CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

avis 68.101/2
du 26 octobre 2020

sur

un avant-projet de loi 'relatif à un examen de proportionnalité préalable à l'adoption ou la modification d'une réglementation de profession dans le secteur de la santé'

RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

advies 68.101/2
van 26 oktober 2020

over

een voorontwerp van wet 'betreffende een evenredigheidsbeoordeling voorafgaand aan de invoering of de wijziging van een beroepsreglementering in de gezondheidssector'

‡LW-AJLUOCBDG-GIBABQW‡

Le 28 septembre 2020, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par la Ministre des Affaires sociales et de la Santé publique, et de l'Asile et de la Migration à communiquer un avis, dans un délai de trente jours, sur un avant-projet de loi 'relatif à un examen de proportionnalité préalable à l'adoption ou la modification d'une réglementation de profession dans le secteur de la santé'.

L'avant-projet a été examiné par la deuxième chambre le 26 octobre 2020. La chambre était composée de Pierre VANDERNOOT, président de chambre, Patrick RONVAUX et Christine HOREVOETS, conseillers d'État, Christian BEHRENDT et Marianne DONY, assesseurs, et Béatrice DRAPIER, greffier.

Le rapport a été présenté par Anne-Stéphanie RENSON, auditeur adjoint.

La concordance entre la version française et la version néerlandaise a été vérifiée sous le contrôle de Pierre VANDERNOOT.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 26 octobre 2020.

*

Op 28 september 2020 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Minister van Sociale Zaken en Volksgezondheid, en van Asiel en Migratie verzocht binnen een termijn van dertig dagen een advies te verstrekken over een voorontwerp van wet 'betreffende een evenredigheidsbeoordeling voorafgaand aan de invoering of de wijziging van een beroepsreglementering in de gezondheidssector'.

Het voorontwerp is door de tweede kamer onderzocht op 26 oktober 2020. De kamer was samengesteld uit Pierre VANDERNOOT, kamervoorzitter, Patrick RONVAUX en Christine HOREVOETS, staatsraden, Christian BEHRENDT en Marianne DONY, assessoren, en Béatrice DRAPIER, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Anne-Stéphanie RENSON, adjunct-auditeur.

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst van het advies is nagezien onder toezicht van Pierre VANDERNOOT.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 26 oktober 2020.

*

‡LW-AJLUOCBDG-GIBABQW‡

Comme la demande d'avis est introduite sur la base de l'article 84, § 1er, alinéa 1er, 2°, des lois 'sur le Conseil d'État', coordonnées le 12 janvier 1973, la section de législation limite son examen au fondement juridique de l'avant-projet ‡, à la compétence de l'auteur de l'acte ainsi qu'à l'accomplissement des formalités préalables, conformément à l'article 84, § 3, des lois coordonnées précitées.

Sur ces trois points, l'avant-projet appelle les observations suivantes.

COMPÉTENCE

Aux termes de son article 2, paragraphe 1, la directive (UE) n° 2018/958 du Parlement européen et du Conseil du 28 juin 2018 'relative à un contrôle de proportionnalité avant l'adoption d'une nouvelle réglementation de professions', qui est partiellement transposée par l'avant-projet de loi à l'examen, « s'applique aux dispositions législatives, réglementaires ou administratives des États membres qui limitent l'accès à une profession réglementée ou l'exercice de celle-ci, ou l'une des modalités d'exercice de celle-ci, y compris l'usage d'un titre professionnel et les activités professionnelles autorisées sur le fondement de ce titre et qui relèvent du champ d'application de la directive 2005/36/CE ».

Ainsi que l'a déjà fait observer la section de législation dans son avis n° 66.852/1 donné le 22 janvier 2020 sur un avant-projet de loi 'relatif à un examen de proportionnalité préalable à l'adoption ou la modification d'une réglementation de profession',

> « […] la compétence dont il est fait application dans l'avant-projet est liée à la compétence relative aux conditions d'établissement inscrites à l'article 6, § 1er, VI, 6°, de la loi spéciale du 8 août 1980 'de réformes institutionnelles'. Cette disposition a été insérée par la loi spéciale du 6 janvier 2014 'relative à la Sixième Réforme de l'État' et implique que les régions sont compétentes pour les 'conditions d'accès à la profession, à l'exception des conditions d'accès aux professions des soins de santé et aux professions intellectuelles prestataires de services'. Ainsi qu'il en a été donné confirmation dans les travaux préparatoires de la loi spéciale du 6 janvier 2014, cette attribution de compétence ne porte pas préjudice à la compétence des autres autorités d'instaurer un régime de reconnaissance ou d'autorisation dans le cadre de leurs compétences matérielles propres [1] » [2].

L'autorité fédérale est par conséquent compétente pour, d'une part, réglementer les conditions d'accès aux professions des soins de santé (et aux professions intellectuelles prestataires de services) et, d'autre part, instaurer un régime de reconnaissance ou d'autorisation dans le cadre de ses compétences matérielles propres (notamment dans le cadre de ses compétences matérielles en matière de politique de santé conformément à l'article 5, § 1er, I, de la loi spéciale du 8 août 1980 'de réformes institutionnelles').

‡ S'agissant d'un avant-projet de loi, on entend par « fondement juridique » la conformité aux normes supérieures.

[1] *Note de bas de page n° 4 de l'avis cité : Doc. parl.*, Chambre, 2013-2014, n° 53-3201/4, pp. 52-53.

[2] *Doc. parl.*, Chambre, 2019-2020, n° 55-1340/1, p. 36, http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/66852.pdf.

‡LW-AJLUOCBDG-GIBABQW‡

À cet égard, le champ d'application de l'avant-projet de loi à l'examen est défini à l'article 4 comme correspondant aux « dispositions réglementant une profession dans le cadre de la compétence fédérale de la politique de la santé telle que visée à l'article 5, § 1er, I, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles ou une profession de soins de santé telle que visée à l'article 6, § 1er, VI, 6°, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, qui relèvent du champ d'application de la directive 2005/36/CE » [3].

Il résulte de ce qui précède que l'autorité fédérale est compétente pour adopter l'avant-projet.

La formulation de l'article 4 appelle toutefois les deux remarques suivantes :

a) Il est peu heureux de mentionner « l'article 5, § 1er, I, de la loi spéciale du 8 août 1980 » comme « vis[ant] » « la compétence fédérale de la politique de la santé » alors que cette disposition a pour objet principal d'attribuer des compétences en matière de politique de la santé aux communautés, même si cette attribution est assortie de réserves au profit de l'autorité fédérale.

b) Les titres de compétence de l'autorité fédérale en matière de soins de santé ne se limitent pas à ce qui est énoncé ou réservé de manière expresse aux articles 5, § 1er, I, et 6, § 1er, VI, 6°, de la loi spéciale du 8 août 1980 mais peuvent également découler de sa compétence résiduelle, comme par exemple en ce qui concerne la réglementation de l'art de guérir ou la protection de la santé publique [4]. On ne peut exclure, se plaçant en outre dans une perspective évolutive, que ces réglementations contiennent, au sens de l'article 2, paragraphe 1, de la directive n° 2018/958 du 28 juin 2018, des « dispositions législatives, réglementaires ou administratives […] qui limitent l'accès à une profession réglementée ou l'exercice de celle-ci, ou l'une des modalités d'exercice de celle-ci, y compris l'usage d'un titre professionnel et les activités professionnelles autorisées sur le fondement de ce titre et qui relèvent du champ d'application de la directive 2005/36/CE ».

Il convient donc, à l'article 4, alinéa 1er, de l'avant-projet, afin de clarifier le dispositif et d'éviter tout conflit négatif de compétences entre l'autorité fédérale, les communautés et les régions, d'y remplacer les mots « telle que visée à l'article 5, § 1er, I, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles » par les mots « telle qu'elle résulte notamment des exceptions aux compétences communautaires énoncées par l'article 5, § 1er, I, de la loi spéciale du 8 août 1980 ».

---

[3] Quant aux autres professions pour lesquelles l'autorité fédérale est compétente, elles sont régies par un projet de loi distinct 'relatif à un examen de proportionnalité préalable à l'adoption ou la modification d'une réglementation de profession', qui a fait l'objet de l'avis précité n° 66.852/1 du 22 janvier 2020.

[4] Développements précédant la proposition devenue la loi spéciale du 6 janvier 2014 'relative à la Sixième Réforme de l'État', *Doc. parl.*, Sénat, 2012—2013, n° 5-2232/1, p. 35. Sur la compétence résiduelle de l'autorité fédérale par exemple en matière de protection de la santé publique, voir not. l'arrêt n° 2/2009 du 15 janvier 2009 de la Cour constitutionnelle, B.5.2, et en matière d'exercice de la médecine, voir not. l'avis n° 58.553/VR donné le 5 janvier 2016 sur une proposition de loi 'modifiant l'arrêté royal n° 78 du 10 novembre 1967 relatif à l'exercice des professions des soins de santé, afin de permettre la distribution gratuite de moyens contraceptifs et de la pilule du lendemain via les Centres de planning familial au moyen d'un « Pass contraception »' (*Doc. parl.*, Chambre, 2015-2016, n° 54-1456/2, http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/58553.pdf).

‡LW-AJLUOCBDG-GIBABQW‡

En outre, les communautés et les régions – chacune en ce qui concerne les professions de leur ressort – doivent également transposer la directive précitée [5].

OBSERVATIONS PRÉALABLES

1. Ainsi que l'a déjà fait observer la section de législation dans son avis n° 66.852/1 donné le 22 janvier 2020 sur un avant-projet de loi 'relatif à un examen de proportionnalité préalable à l'adoption ou la modification d'une réglementation de profession',

> « [l]'article 13, paragraphe 1, de la directive (UE) 2018/958 prévoit notamment que les États membres mettent en vigueur les dispositions législatives, réglementaires et administratives nécessaires pour se conformer à la directive au plus tard le 30 juillet 2020 et qu'ils en informent immédiatement la Commission européenne. Conformément à l'article 13, paragraphe 2, de la directive, les États membres ont l'obligation de communiquer à ladite Commission le texte des dispositions essentielles de droit interne qu'ils adoptent dans le domaine régi par la directive.
>
> L'adoption de mesures visant à transposer la directive précitée sur l'ensemble du territoire et la communication subséquente d'informations suffisamment claires et précises quant aux mesures ainsi prises doivent, en l'occurrence, faire l'objet d'une attention particulière, compte tenu, d'une part, des règles répartitrices de compétences qui ont pour conséquence que la transposition de la directive concernée sera assurée par différentes autorités au sein de la structure fédérale de l'État et, d'autre part, du fait que la directive sera, pour le seul niveau fédéral, transposée par différents textes normatifs.
>
> Sur ce point, le Conseil d'État, section de législation, rappelle l'article 260, paragraphe 3, du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne qui prévoit la possibilité pour la Commission européenne de demander à la Cour de justice de l'Union européenne de condamner un État membre au paiement d'une somme forfaitaire ou d'une astreinte lorsque l'État membre concerné 'a manqué à son obligation de communiquer des mesures de transposition d'une directive adoptée conformément à une procédure législative'. Dans son arrêt *Commission c. Royaume de Belgique* du 8 juillet 2019, la Grande chambre de la Cour de justice a jugé à ce sujet qu'il incombe aux États membres de fournir des informations suffisamment claires et précises quant aux mesures de transposition d'une directive, établissant que l'intégralité des dispositions de la directive est transposée sur l'ensemble de leur territoire et, le cas échéant, d'accompagner cette communication de la présentation d'un tableau de correspondance indiquant, pour chaque

[5] Voir, en ce qui concerne la Région de Bruxelles-Capitale, l'avis n° 66.212/1 donné le 21 juin 2019 sur un avant-projet d'ordonnance 'relative à la mise en place d'une analyse d'incidences des politiques régionales sur les micro, petites et moyennes entreprises' (http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/66212.pdf) ; cet avant-projet d'ordonnance intègre le contrôle de proportionnalité dans une analyse d'incidences plus large ; voir, en ce qui concerne la Communauté germanophone, l'avis n° 67.085/4 donné le 15 avril 2020 sur un avant-projet devenu le décret du 20 juillet 2020 de la Communauté germanophone 'instaurant un contrôle de proportionnalité préalable à l'adoption ou à la modification d'une réglementation de profession' (*Doc. parl.*, Parl. D. gem., 2019-2020, n° 74/1, pp. 19 à 21, http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/67085.pdf) ; voir, en ce qui concerne la Commission communautaire commune, l'avis n° 67.444/3 donné le 18 juin 2020 sur un avant-projet d'ordonnance 'transposant partiellement la directive 2005/36/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 septembre 2005 relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles et transposant partiellement la directive (UE) 2018/958 du Parlement européen et du Conseil du 28 juin 2018 relative à un contrôle de proportionnalité avant l'adoption d'une nouvelle réglementation de professions'.

‡LW-AJLUOCBDG-GIBABQW‡

> disposition de ladite directive, la ou les dispositions nationales assurant sa transposition [6] ».

Cette observation peut être réitérée concernant l'avant-projet à l'examen.

2. L'exposé des motifs contient un tableau de concordance entre le texte de la directive n° 2018/958 et le texte de l'avant-projet de loi.

Si ce tableau s'avère très utile, il n'est toutefois pas suffisant : l'exposé des motifs doit être complété par la présentation d'un tableau établissant une correspondance en sens inverse afin que le Parlement puisse se prononcer en parfaite connaissance de cause sur le choix des moyens mis en œuvre par l'auteur de l'avant-projet pour assurer la transposition de la directive concernée et afin d'éviter que l'exercice du droit d'amendement prévu par l'article 76 de la Constitution excède les limites du pouvoir d'appréciation que le droit européen reconnaît aux États membres [7].

OBSERVATION GÉNÉRALE

L'article 4 de la directive n° 2018/958 impose aux États membres de procéder à un examen de proportionnalité avant l'introduction de nouvelles dispositions législatives, réglementaires ou administratives limitant l'accès à des professions réglementées ou leur exercice ou avant de modifier de telles dispositions existantes.

À cet égard, le considérant n° 14 de la directive précise que les examens de proportionnalité peuvent

> « comprendre un avis obtenu auprès d'un organisme indépendant, y compris les organismes existants qui font partie du processus législatif national, qui se sont vus confier par les États membres concernés la tâche de fournir une telle opinion ».

L'article 7, alinéa 1er, de l'avant-projet charge « tout[e] autorité de procéder à un examen de proportionnalité ». L'alinéa 6 de ce même article précise que l'autorité peut à cette fin, « lorsqu'un tel organe est institué, recueillir l'avis des organes d'avis ou de concertation compétents ».

L'article 8, § 1er, de l'avant-projet charge, quant à lui, « [l]'autorité et, le cas échéant, l'organe d'avis ou de concertation compétent » de procéder à un tel examen de proportionnalité. De même, aux termes de l'article 8, § 5, de l'avant-projet, « [l]'autorité et, le cas échéant, l'organe d'avis ou de concertation compétent examinent également la conformité au principe de proportionnalité des exigences spécifiques relatives à la prestation temporaire ou occasionnel1e de services, prévues dans les législations et réglementations transposant le titre II de la directive 2005/36/CE […] » et, selon le paragraphe 6 de cette disposition, « [d]ans la

[6] *Note de bas de page n° 5 de l'avis cité* : CJUE, 8 juillet 2019, *Commission c. Royaume de Belgique*, C-543/17, point 59.

[7] *Principes de technique législative - Guide de rédaction des textes législatifs et réglementaires*, www.raadvst-consetat.be, onglet « Technique législative », recommandations nos 191 à 193.

‡LW-AJLUOCBDG-GIBABQW‡

mesure ou les dispositions réglementant une profession concernent la réglementation de professions relatives à la santé, et ont une implication pour la sécurité des patients, l'autorité et le cas échéant l'organe d'avis ou de concertation tiennent compte dans leur examen de proportionnalité de l'objectif de garantir un haut degré de protection de la santé humaine ».

L'article 5 de l'avant-projet à l'examen charge enfin « l'autorité et le cas échéant l'organe d'avis ou de concertation » de veiller à ce que « [l]es dispositions ne soient pas directement ou indirectement discriminatoires en fonction de la nationalité ou du lieu de résidence ».

La lecture combinée des articles 5, 7 et 8 prête à confusion quant aux responsabilités respectives de l'autorité et de l'organe d'avis ou de concertation, s'agissant du contrôle de la proportionnalité au sens large.

Le commentaire de l'article 5 expose à cet égard ce qui suit :

« Dans le présent avant-projet de loi, on vise tant les autorités elles-mêmes que les organes d'avis et de concertation qui adoptent des dispositions législatives, réglementaires ou administratives ou participent à leur adoption. Bien évidemment, l'obligation de veiller à la proportionnalité incombe à l'autorité. Cependant, il est également prévu que les organes d'avis et de concertation qui participent à la préparation ou à l'adoption de dispositions qui influencent l'exercice des professions, appliquent le même examen de non-discrimination et de proportionnalité. Pour ce motif, le texte fait référence à 'et le cas échéant l'organe d'avis ou de concertation'. Lorsque cet organe aura effectué cet examen, l'autorité pourra reprendre et s'approprier cette évaluation. Dans le secteur des soins de santé ces organes jouent en effet souvent un rôle déterminant. Leur composition, généralement paritaire, permet d'assurer une prise en compte effective de la réalité de terrain, tant au niveau des professionnels visés que des utilisateurs des services concernés. Il semble dès lors indiqué que ces organes puissent réaliser un examen de proportionnalité et de non-discrimination, qui est alors réputé réalisé par l'autorité ».

Interrogé à cet égard, le délégué de la Ministre a répondu ce qui suit :

« La responsabilité de l'évaluation de la proportionnalité incombe (évidemment) à l'autorité. Celle-ci peut donc, soit réaliser elle-même l'exercice d'évaluation, ou se fonder sur le travail qui aurait été réalisé par l'organe d'avis ou de concertation. L'article 5 doit être lu au regard de l'article 6 qui le suit et qui contient la précision relative à cette responsabilité de l'autorité. L'article 5 porte uniquement sur l'obligation de réaliser une évaluation et la possibilité, pour un organe d'avis, de le faire également. L'article 6, qui suit, précise alors qui en assume la responsabilité. Ceci correspond, par ailleurs, très largement à la pratique actuelle dans le secteur des soins de santé : de nombreux organes (souvent paritaires) éclairent les autorités publiques sur la politique en matière de soins de santé. Au sein de ces organes, les avis divergents sont discutés et mènent, souvent, à une solution équilibrée et proportionnée. Il appartient, ensuite, à l'autorité publique de trancher. L'autorité fonde sa décision sur ce travail préparatoire qui participe au dossier administratif de la décision. Le contentieux, notamment devant le Conseil d'État, est l'occasion répétée de constater la proportionnalité des mesures adoptées, sur la base du travail préparatoire des organes d'avis. Les articles 5 et 6 reprennent cette séquence. […]

À l'article 8, la séquence existe entre les paragraphes : le paragraphe 1er détermine la nécessité d'un examen de proportionnalité et les organes compétents pour ce faire, le paragraphe 2 en détermine l'autorité compétente ».

‡LW-AJLUOCBDG-GIBABQW‡

Il résulte de ce qui précède que la responsabilité de veiller à la proportionnalité incombe à l'autorité. Contrairement à ce que le libellé des articles 5 et 8 laisse à penser, il n'appartient donc pas à l'organe d'avis ou de concertation de procéder lui-même à l'examen de la proportionnalité, ni de veiller lui-même à l'absence de discrimination, même s'il lui est loisible de le faire. Son rôle se limite à remettre un avis à cet égard à l'autorité, sur lequel celle-ci pourra s'appuyer pour effectuer l'examen de proportionnalité en tant que tel. Si l'organe d'avis ou de concertation a procédé à l'examen de la proportionnalité ou a veillé à l'absence de discrimination, l'autorité pourra, si elle partage ces analyses, se contenter de s'y référer pour les faire siennes.

Contrairement à ce qu'affirme le délégué de la Ministre, la précision relative à la responsabilité de l'autorité figurant à l'article 6 ne concerne que l'objet de cet article, à savoir la vérification de l'existence d'objectifs d'intérêt général. Cette précision ne s'applique par conséquent ni à l'article 5, ni à l'article 8.

La réponse du délégué de la Ministre relative à l'article 8 et à la « séquence » entre les paragraphes 1er et 2 ne peut pas non plus être suivie. L'article 7, alinéa 1er, charge en effet « toute autorité » de procéder à un examen de proportionnalité [8], tandis que l'article 8, § 1er, charge quant à lui « l'autorité et, le cas échéant, l'organe d'avis ou de concertation » d'y procéder. S'agissant des éléments à prendre à compte dans le cadre de cet examen de proportionnalité, les paragraphes 2 à 4 de l'article 8 ne visent que « l'autorité », tandis que les paragraphes 5 et 6 visent quant à eux « l'autorité et, le cas échéant, l'organe d'avis ou de concertation ». En conclusion, la lecture combinée des articles 7 et 8 prête à confusion quant aux responsabilités respectives pour l'établissement de l'examen de proportionnalité.

La formulation des articles 5 et 8 sera par conséquent revue afin de clarifier les responsabilités respectives de l'autorité, d'une part, et de l'organe d'avis ou de concertation, d'autre part.

OBSERVATIONS PARTICULIÈRES

ARRÊTÉ DE PRÉSENTATION

S'agissant d'une matière monocamérale visée à l'article 74 de la Constitution, l'arrêté de présentation sera formulé en ce sens [9].

Par conséquent, les mots « aux Chambres législatives et de déposer » seront omis.

[8] L'alinéa 6 de l'article 7 précise qu'à cette fin, l'autorité peut recueillir l'avis des organes d'avis ou de concertation compétents, lorsqu'un tel organe est institué.

[9] *Principes de technique législative - Guide de rédaction des textes législatifs et réglementaires*, www.raadvst-consetat.be, onglet « Technique législative », formule F 4-1-10-1.

‡LW-AJLUOCBDG-GIBABQW‡

DISPOSITIF

Article 3

1. Ainsi que l'a déjà fait observer la section de législation dans son avis n° 66.852/1 précité donné le 22 janvier 2020 sur un avant-projet de loi 'relatif à un examen de proportionnalité préalable à l'adoption ou la modification d'une réglementation de profession',

> « [e]n ce qui concerne la définition des notions 'titre professionnel protégé' et 'activités réservées', l'article 3, § 1er, 2° et 3°, de l'avant-projet se conforme aux définitions correspondantes données à l'article 3 de la directive (UE) 2018/958. Ce n'est pas pour autant que les discordances existant entre les textes français et néerlandais de la disposition concernée de la directive doivent être reproduites en droit interne. Mieux vaudrait donc remplacer, dans le texte néerlandais de l'article 3, § 1er, 2° et 3°, de l'avant-projet, les mots 'uit hoofde van wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen' par les mots 'uit hoofde van wettelijke, verordenende of bestuursrechtelijke bepalingen'.
>
> Dans le texte néerlandais de la notion 'bepalingen ter reglementering van een beroep' [10], définie à l'article 3, § 1er, 4°, de l'avant-projet, il y a également lieu de mentionner – par analogie avec le texte français – 'elke wettelijke, verordenende of bestuursrechtelijke bepaling' ».

Pareille observation peut être réitérée concernant l'article 3, § 1er, 2° à 4°, de l'avant-projet.

2. Au paragraphe 1er, 5°, dans le texte français, les mots « de soins » seront insérés entre les mots « une profession » et les mots « de santé » et, dans le texte néerlandais, le mot « gezondheidsberoep » sera remplacé par le mot « gezondheidszorgberoep ».

Article 6

Après avoir énoncé, à l'alinéa 1er, que « l'autorité veille à ce que les dispositions réglementant une profession qu'elle entend adopter et à ce que les modifications qu'elle souhaite apporter à de telles dispositions existantes soient objectivement justifiées par des objectifs d'intérêt général [...] », l'alinéa 2, première phrase, de la disposition examinée prévoit que, « [l]orsqu'à cette fin l'autorité s'appuie sur l'avis d'un ou se concerte avec un organe d'avis ou de concertation, cet organe d'avis ou de concertation indique comment l'objectivité de l'avis peut être préservée ». « À cette fin, », poursuit la seconde phrase de l'alinéa 2, « l'organe d'avis ou de concertation peut déterminer les conditions de protection des conflits d'intérêts de ses membres dans un règlement d'ordre intérieur ».

Le commentaire de la disposition précise à cet égard ce qui suit :

> « Lorsqu'une autorité a recours à un organe d'avis ou de concertation, ses membres devraient garantir la même objectivité qu'une autorité publique. Tout comme le

[10] *Note de bas de page n° 6 de l'avis cité* : Le texte néerlandais de diverses dispositions de l'avant-projet mentionne 'bepalingen tot reglementering van een beroep' (voir notamment les articles 4, 5, 6, alinéa 1er, et 7, alinéas 1er et 3, de l'avant-projet). Dans un souci d'uniformité terminologique, il est évident qu'il faudrait chaque fois formuler la notion concernée dans les termes de l'article 3, § 1er, 4°, de l'avant-projet.

‡LW-AJLUOCBDG-GIBABQW‡

gouvernement, ils sont tenus d'éviter les conflits d'intérêts. L'organe d'avis ou de concertation concerné doit indiquer comment l'objectivité est garantie. Cela peut être fait de manière unique en fixant des règles pour éviter les conflits d'intérêts dans un règlement d'ordre intérieur.

[…]

Le texte insiste sur la nécessité d'objectivité et d'indépendance de l'avis. Ceci vaut évidemment pour l'autorité publique elle-même, lorsqu'elle réalise l'évaluation. Ceci s'impose cependant aussi aux organes d'avis et de concertation lorsqu'ils interviennent. Comme exposé à l'article 6, ces organes doivent s'organiser pour offrir une telle garantie, tout en conservant leur compétences techniques ».

Interrogé à cet égard, le délégué de la Ministre a répondu ce qui suit :

« La composition des organes d'avis et de concertation et les matières concernées sont éminemment variables, mais se caractérisent par quelques particularités communes : le haut degré de spécialisation des membres des organes et l'appel fréquent à des conseillers externes, plus spécialisés encore. La méthodologie de type 'scientifique' qui prévaut dans le domaine des soins de santé est, en pratique, répercutée dans le fonctionnement de ces organes. Afin de s'assurer de cette objectivité il est donc proposé de fonctionner comme en matière d'études et de publications scientifiques, par une forme d'auto-évaluation (déclaration des conflits d'intérêts etc.), comme cela est déjà très largement pratiqué. La possibilité de fonctionner par le recours à un règlement d'ordre intérieur est mis en avant dans cette logique.

C'est en ce sens que le commentaire des articles indique que : 'Het betrokken advies- of overlegorgaan moet aangeven hoe de objectiviteit wordt gegarandeerd. Dit kan geschieden door eenmalig in een reglement van orde regels te bepalen ter voorkoming van belangenconflicten'.

Lorsque, à l'issue de l'exercice, l'autorité s'approprie l'avis, elle doit aussi 'valider' l'objectivité de cet avis. Elle se fonde, pour cela, sur les indications données par l'organe d'avis ou de concertation. La responsabilité n'est donc pas laissée à l'organe d'avis ou de concertation, mais la charge d'y veiller oui, sous le contrôle de l'autorité compétente pour la prise de décision ».

Tel qu'il est rédigé et commenté, l'alinéa 2 doit être mis en rapport avec le considérant 14 de la directive à transposer, selon lequel

« [l]es États membres devraient procéder à des examens de la proportionnalité de manière objective et indépendante, y compris lorsqu'une profession est réglementée de manière indirecte par un organisme professionnel spécifique habilité à cet effet. Ces examens pourraient comprendre un avis obtenu auprès d'un organisme indépendant, y compris les organismes existants qui font partie du processus législatif national, qui se sont vus confier par les États membres concernés la tâche de fournir une telle opinion. Cela revêt une importance particulière lorsque les examens sont réalisés par des autorités locales, des organismes de réglementation ou des organisations professionnelles, dont la proximité avec les conditions locales et les connaissances spécialisées pourraient, dans certains cas, en faire les organismes les plus à même de définir le meilleur moyen d'atteindre les objectifs d'intérêt général, mais dont les choix pourraient profiter aux opérateurs établis aux dépens des nouveaux entrants sur le marché ».

‡LW-AJLUOCBDG-GIBABQW‡

Alors que ce considérant n° 14, qui n'est lui-même pas traduit dans le dispositif de la directive qu'il convient de transposer, a pour objet d'énoncer que l'autorité, qui doit procéder aux examens de la proportionnalité de manière objective et indépendante, peut pour ce faire solliciter un avis « auprès d'un organisme indépendant », le texte de l'avant-projet s'en écarte puisque, comme il a été exposé, il entend imposer, selon les termes mêmes de l'alinéa 2, l'exigence d'objectivité dans les avis. Le commentaire de la disposition va même jusqu'à énoncer une exigence d'« indépendance » dans le chef des membres qui composent les organes qui les donnent, non pas pour ceux des seuls « organismes indépendants » que l'autorité souhaiterait spécifiquement consulter à cette fin mais pour ceux de tous les organes d'avis et de concertation qui auront émis un avis ou avec lesquels l'autorité se sera concertée dans le cadre de l'examen auquel il est procédé.

Or, force est de constater que de nombreux organes d'avis et de concertation institués dans la matière des réglementations liées aux professions de santé sont composés de membres dont la fonction consiste précisément à représenter des intérêts particuliers (professions médicales, industrie pharmaceutique, organismes assureurs, organisations d'employeurs, syndicats, etc.) [11] de telle sorte qu'on n'aperçoit pas comment l'exigence d'éviter les conflits d'intérêt pourrait être remplie à leur égard.

L'auteur de l'avant-projet est donc invité à vérifier si la portée de l'article 6, alinéa 2, tel qu'il est explicité dans son commentaire, correspond bien à son intention ou si cet alinéa ne doit pas plutôt se limiter à imposer les contraintes d'objectivité et d'indépendance qu'il prévoit dans la seule hypothèse où l'avis qui est donné dans le cadre de l'examen de proportionnalité émane d'un « organisme indépendant » au sens entendu par le considérant 14 de la directive n° 2018/958. Il est rappelé à cet égard que l'article 6, alinéa 2, n'est pas requis pour transposer celle-ci.

Que l'intention soit ou non de soumettre au régime de l'article 6, alinéa 2, de l'avant-projet tous les organes d'avis ou de concertation qui seront intervenus à un titre ou à un autre dans l'examen de la proportionnalité, il est en tout état de cause permis de douter que la simple faculté laissée à l'organe d'avis ou de concertation de « déterminer des conditions de protection des conflits d'intérêts [12] de ses membres dans un règlement d'ordre intérieur » et que le fait que l'organe indique lui-même comment l'objectivité « peut » être préservée permettent à eux seuls de garantir l'indépendance et l'objectivité de l'organe d'avis ou de concertation.

Par conséquent, qu'elle soit revue ou non pour en limiter la portée aux seuls organes d'avis et de concertation qui peuvent être tenus pour des « organismes indépendants » au sens du considérant n° 14 de la directive en voie de transposition partielle, la formulation actuelle de l'article 6, alinéa 2, sera en tout cas réexaminée afin de mieux garantir l'indépendance et l'objectivité voulues des organes qu'elle englobera dans son champ d'application, la même observation valant *mutatis mutandis* pour les articles 5, 7, alinéa 6, et 8 de l'avant-projet.

[11] Voir sur ce point, plus haut, les réponses du délégué de la Ministre reproduites dans l'observation générale et dans l'observation n° 1.4 formulée sous l'article 9.

[12] À noter que, dans la version française, l'expression « conditions de protection des conflits d'intérêts » est peu heureuse dès lors qu'on ne cherche précisément pas à « protéger » de tels conflits d'intérêts, mais bien à les éviter.

‡LW-AJLUOCBDG-GIBABQW‡

Article 7

1. Dès lors que la première phrase de l'alinéa 1er impose à toute autorité de réaliser un examen de proportionnalité, la deuxième phrase du même alinéa est redondante et sera par conséquent omise. Elle ne correspond au demeurant à aucune disposition de la directive n° 2018/958.

2. Selon l'alinéa 3, une explication suffisamment détaillée pour permettre l'appréciation du respect du principe de proportionnalité ne doit être jointe qu'aux seules dispositions réglementant « directement » une profession.

Le commentaire de l'article 7 précise à cet égard ce qui suit :

> « […] l'article 7 prévoit que les dispositions qui visent à réglementer directement une profession, sont accompagnées d'une explication détaillée. Ceci peut se faire dans un exposé des motifs, un rapport au Roi etc. Cette exigence n'exclut évidemment pas que des réglementations indirectes de professions reposent également sur des motifs appropriés. Dès lors, cependant, que l'intention n'est pas dans ces cas-là de réglementer une profession, il est approprié de ne pas imposer de joindre formellement une évaluation détaillée ».

L'article 4, paragraphe 3, de la directive n° 2018/958 n'opère toutefois pas pareille distinction entre les dispositions réglementant directement et indirectement une profession, et impose à « toute disposition » d'être accompagnée d'une telle explication.

Afin d'assurer une transposition correcte de la directive précitée, le mot « directement » sera par conséquent omis [13].

Article 8

L'article 8, § 1er, alinéa 2, prévoit la réalisation d'un examen de proportionnalité « adapté » [14] pour les dispositions réglementant « indirectement » une profession.

À nouveau [15], il convient de relever que la directive n° 2018/958 n'opère pas de distinction entre les dispositions réglementant directement et indirectement une profession.

L'article 4, paragraphe 2, de la directive précise toutefois que l'étendue de l'examen de proportionnalité est « proportionné à la nature, au contenu et à l'effet de la disposition ». Cette exigence est transposée à l'article 7, alinéa 2, de l'avant-projet.

Au vu de la précision figurant déjà à l'article 7, alinéa 2, la distinction opérée par l'article 8, § 1er, entre les dispositions réglementant directement et indirectement une profession est inutile.

[13] Voir également en ce sens l'observation formulée sous l'article 8.

[14] Le commentaire de l'article 8 parle d'une « évaluation formellement moins sévère ».

[15] Voir l'observation formulée sous l'article 7.

‡LW-AJLUOCBDG-GIBABQW‡

Cette distinction est en outre source de confusion dès lors que l'avant-projet ne définit pas ce qu'il y a lieu d'entendre par « disposition réglementant directement une profession » et « disposition réglementant indirectement une profession ». Par ailleurs, l'article 8, § 1er, alinéa 2, deuxième phrase, donne à penser que l'autorité ne devrait prendre en compte, dans son examen de proportionnalité, les restrictions déjà existantes que dans l'hypothèse d'une disposition réglementant indirectement une profession. Or, il ressort de l'article 7, paragraphe 2, f), et paragraphe 3, de la directive que l'autorité doit systématiquement tenir compte « de l'effet des dispositions nouvelles ou modifiées lorsqu'elles sont conjuguées à d'autres dispositions limitant l'accès à la profession ou son exercice ».

Il résulte de ce qui précède que, dans un souci de sécurité juridique et de correcte transposition de la directive n° 2018/958, il convient d'omettre, d'une part, le mot « directement » au paragraphe 1er, alinéa 1er, ainsi que, d'autre part, l'alinéa 2 de ce même paragraphe.

Article 9

1.1. L'article 8, paragraphe 1, de la directive n° 2018/958 impose aux États membres de mettre, « par les moyens appropriés, l'information à la disposition des citoyens, des bénéficiaires de services et des autres parties prenantes concernées, y compris celles qui ne sont pas membres de la profession concernée, avant d'introduire de nouvelles dispositions législatives, réglementaires ou administratives limitant l'accès à des professions réglementées ou leur exercice ou de modifier de telles dispositions existantes ».

1.2. De l'accord du délégué de la Ministre, l'article 9, alinéa 1er, sera complété pour viser également l'hypothèse d'une modification de dispositions existantes, conformément à l'article 8, paragraphe 1, de la directive n° 2018/958.

1.3. L'article 9, alinéa 1er, confie à « l'autorité ou le cas échéant l'organe d'avis ou de concertation » le soin de mettre l'information adéquate à la disposition des citoyens, des bénéficiaires de services et des autres parties prenantes.

Selon le commentaire de l'article,

> « [c]et article indique que lors de l'introduction de nouvelles restrictions aux professions dans le secteur de la santé ou des professions de la santé, l'autorité ou, le cas échéant, l'organe d'avis ou de concertation (lorsqu'il est chargé de l'élaboration des règles) fournit des informations appropriées aux parties prenantes. Selon l'ampleur de la restriction, l'information sera plus ou moins importante ».

Interrogé à cet égard, le délégué de la Ministre a répondu ce qui suit :

> « Dans le secteur des soins de santé, les organes d'avis et de concertation existent déjà. Leur rôle est déterminé par les législations et réglementations qui les instituent. Leur intervention dans le processus d'élaboration et d'adoption de dispositions réglementaires ou légales est fixée, pour chaque organe, dans la législation qui les instaure. Ces interventions sont aussi nombreuses que les organes eux-mêmes et les différentes réglementations doivent donc être appliquées. Elles assurent une information utile. Au

‡LW-AJLUOCBDG-GIBABQW‡

besoin, le Roi est habilité à apporter les précisions nécessaires là où un organe d'avis ou de concertation serait nouvellement créé ou dans le cas où un organe existant serait nouvellement et autrement consulté ».

À la lecture de la réponse du délégué de la Ministre, la section de législation n'aperçoit toutefois pas l'hypothèse dans laquelle un organe d'avis ou de concertation (dès lors qu'il n'est pas l'auteur de la disposition nouvelle ou modificative en projet réglementant une profession) disposerait de l'information adéquate à mettre à la disposition des citoyens, des bénéficiaires de services et des autres parties prenantes. Lorsque ce type d'organe n'est pas l'auteur de la disposition envisagée, l'on n'aperçoit pas non plus les motifs qui justifieraient que l'organe d'avis ou de concertation soit tenu responsable de la mise à disposition d'informations à cet égard, qui plus est sur un portail fédéral.

À défaut de justification plus complète, l'autorité sera désignée comme seule responsable de la mise à disposition de l'information.

1.4. L'article 9, alinéas 4 et 5, de l'avant-projet prévoit la possibilité de remplacer l'obligation d'information par une procédure d'avis ou de concertation avec un organe d'avis ou de concertation.

L'objectif poursuivi par l'article 8, paragraphe 1, de la directive n° 2018/958 est d'informer « [l]es citoyens, [l]es bénéficiaires de services et [l]es autres parties prenantes concernées, y compris celles qui ne sont pas membres de la profession concernée » de toute disposition en préparation réglementant une profession. Cet objectif d'information ne se confond pas avec l'objectif de participation visé, quant à lui, par l'article 8, paragraphe 2, de la directive.

Interrogé à cet égard, le délégué de la Ministre a précisé ce qui suit :

« À nouveau, la proportionnalité des évaluations doit être gardée à l'esprit. Plus encore, pourtant, c'est la composition (paritaire) des organes d'avis et de concertation dans le secteur de la santé qui est déterminant en l'espèce. En effet, ces organes sont composés des parties prenantes, prestataires et bénéficiaires des services, au travers de représentants.

Ainsi, les organes au sein du SPF Santé Publique sont-ils composés de représentants des professions concernées et de représentants d'organisations de patients. Au sein de l'INAMI, les organes sont composés de (représentants des) professionnels de santé concernés et de représentants de Organismes Assureurs (= les Unions nationales de mutualités ; ces dernières réunissent les mutualités qui sont des associations de bénéficiaires de l'assurance soins de santé). Le système belge de soins de santé est intrinsèquement constitué sur un mode paritaire et de concertation.

Ceci constitue, par ailleurs, un motif déterminant de la proposition d'un avant-projet de loi distinct pour le secteur et les professions de la santé, outre le texte plus général n° 55-1340 ».

Le champ d'application de l'article 8, paragraphe 1, de la directive n° 2018/958 est toutefois plus large que celui envisagé dans la réponse du délégué de la Ministre. Il ne s'agit pas, en effet, de mettre l'information uniquement à disposition des prestataires et des bénéficiaires des services concernés (représentés au sein de l'organe d'avis ou de concertation paritaire) mais aussi des citoyens et des parties prenantes qui ne sont pas membres de la profession concernée.

‡LW-AJLUOCBDG-GIBABQW‡

Par conséquent, l'avis ou une concertation avec un organe d'avis ou de concertation ne peut remplacer l'information requise des citoyens, des bénéficiaires de services et des autres parties prenantes concernées.

Afin d'assurer une transposition correcte de la directive n° 2018/958, les alinéas 4 et 5 seront donc omis.

Article 10

L'article 8, paragraphe 2, de la directive n° 2018/958 impose aux États membres d'associer dûment toutes les parties concernées et de leur donner la possibilité d'exprimer leur point de vue.

L'article 10, alinéa 1er, de l'avant-projet entend transposer cette obligation d'association.

L'article 10, alinéa 2, prévoit en outre la possibilité de remplacer cette association « par un avis ou une concertation avec un organe d'avis ou de concertation ».

Pareille concertation avec un organe de concertation ne peut être admise qu'à la condition que celui-ci rassemble « toutes les parties concernées », conformément à l'article 8, paragraphe 2, de la directive.

S'agissant de la faculté de remplacer l'association par un avis d'un organe d'avis, il convient de rappeler la jurisprudence de la section du contentieux administratif du Conseil d'État selon laquelle

> « […] associer un organe à l'élaboration d'un règlement implique non seulement l'action de recevoir et d'examiner d'éventuelles suggestions mais, en outre, celle d'en débattre avec lui, c'est-à-dire au moins de lui exposer avant de prendre la décision, les raisons pour lesquelles il n'est pas jugé opportun de les suivre, si tel est le cas, de sorte que cet organe puisse obtenir une garantie que son point de vue ne sera pas écarté sans motif admissible (arrêt Région wallonne, n° 31.587, du 14 décembre 1988) […] » [16].

La procédure d'association va donc au-delà de la simple opportunité de donner un avis. Il s'agit de permettre un échange d'idées effectif avec toutes les parties prenantes concernées [17].

L'article 10, alinéa 2, sera par conséquent revu en ce sens, afin d'assurer une transposition correcte de la directive n° 2018/958.

[16] C.E., 20 juin 2005, n° 146.259, *Région wallonne*. Dans le même sens, la Cour constitutionnelle considère que la procédure d'association dans le cadre du fédéralisme coopératif exige que la ou les entités associée(s) « aient effectivement l'occasion de faire connaître à l'autorité compétente leur point de vue sur ces projets. Elle exige en règle générale que cette autorité réponde aux observations et objections formulées par les Gouvernements (associés), sans toutefois que son pouvoir de décision en soit affecté » (C.C., 21 novembre 2013, n° 158/2013, B.8.2).

[17] Voir en ce sens not. l'avis n° 49.282/AV/3 donné le 5 avril 2011 sur un avant-projet devenu l'arrêté ministériel du 19 mai 2011 'modifiant l'arrêté ministériel du 7 mai 2008 'relatif à la vaccination contre la fièvre catarrhale du mouton' (http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/49282.pdf).

‡LW-AJLUOCBDG-GIBABQW‡

Article 11

1. L'article 11, alinéa 1er, habilite « le Ministre ayant dans ses attributions la mesure qui organise une profession » à mener une consultation publique.

En vertu des principes constitutionnels relatifs à l'exercice des pouvoirs, il n'appartient pas à la loi d'attribuer directement à un ministre des pouvoirs qui reviennent normalement au Roi. Certes, il n'est pas incompatible avec ces principes de conférer à un ministre une délégation de pouvoirs d'ordre accessoire ou secondaire mais il n'en demeure pas moins qu'il appartient alors, en principe, au Roi et non au législateur, d'octroyer pareille délégation. En effet, l'octroi par le législateur d'une délégation directe de tels pouvoirs à un ministre signifierait que le législateur empiéterait sur une prérogative qui revient au Roi en tant que chef du pouvoir exécutif fédéral [18].

2. L'article 11, alinéa 1er, tend à transposer la deuxième phrase de l'article 8, paragraphe 2, de la directive n° 2018/958, qui dispose que,

> « [l]orsque cela est pertinent et approprié, les États membres mènent des consultations publiques conformément à leurs procédures nationales ».

La tenue de consultations publiques est donc une obligation des États membres lorsque cela s'avère pertinent et approprié [19]. Par conséquent, afin d'assurer une transposition correcte de la directive, la formulation de l'article 11, alinéa 1er, sera revue de manière à ne plus prévoir une simple faculté d'organisation de consultation publique (« peut mener »), mais bien d'en imposer l'organisation lorsque cela est pertinent et approprié.

Article 12

Dans le texte français du paragraphe 2, cinquième phrase, le mot « dispositions » sera remplacé par le mot « modalités » afin d'éliminer la discordance avec le texte néerlandais.

Article 14

L'article 14 charge le Roi de désigner le Service Public Fédéral chargé d'indiquer à la Commission européenne les autorités qui sont chargées de la communication et de la réception des informations en vue de l'application de l'article 13.

[18] *Principes de technique législative - Guide de rédaction des textes législatifs et réglementaires*, www.raadvst-consetat.be, onglet « Technique législative », recommandation n° 7.3 : « [...] il ne revient pas au législateur de s'immiscer dans l'organisation interne du pouvoir exécutif et de confier le règlement d'une matière directement à un ministre. Seul le Roi ou un gouvernement de Communauté ou de Région peut accorder une telle délégation ».

[19] En ce sens, voir l'avis n° 67.444/3 précité.

‡LW-AJLUOCBDG-GIBABQW‡

Ainsi que l'a déjà fait observer la section de législation dans son avis n° 66.852/1 précité, donné le 22 janvier 2020 sur un avant-projet de loi 'relatif à un examen de proportionnalité préalable à l'adoption ou la modification d'une réglementation de profession',

> « [i]l serait davantage conforme à l'article 37 de la Constitution de charger le Roi, qui est titulaire du pouvoir exécutif fédéral, de cette mission. Il n'appartient en effet pas au législateur de s'immiscer dans l'organisation du pouvoir exécutif qui, en vertu de la disposition constitutionnelle précitée, est une compétence autonome du Roi. Le cas échéant, le Roi peut ensuite confier la mission à l'un des services du pouvoir exécutif ».

*

‡LW-AJLUOCBDG-GIBABQW‡

Aangezien de adviesaanvraag ingediend is op basis van artikel 84, § 1, eerste lid, 2°, van de wetten 'op de Raad van State', gecoördineerd op 12 januari 1973, beperkt de afdeling Wetgeving overeenkomstig artikel 84, § 3, van de voornoemde gecoördineerde wetten haar onderzoek tot de rechtsgrond van het voorontwerp,‡ de bevoegdheid van de steller van de handeling en de te vervullen voorafgaande vormvereisten.

Wat die drie punten betreft, geeft het voorontwerp aanleiding tot de volgende opmerkingen.

BEVOEGDHEID

Richtlijn (EU) 2018/958 van het Europees Parlement en de Raad van 28 juni 2018 'betreffende een evenredigheidsbeoordeling voorafgaand aan een nieuwe reglementering van beroepen', die bij voorliggend voorontwerp van wet gedeeltelijk omgezet wordt, is luidens artikel 2, lid 1, ervan "van toepassing op de wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen van de lidstaten die de toegang tot of de uitoefening, dan wel één van de wijzen van uitoefening, van een gereglementeerd beroep beperken, met inbegrip van het voeren van beroepstitels en de beroepsactiviteiten die een dergelijke titel toelaat, en die binnen het toepassingsgebied van Richtlijn 2005/36/EG vallen".

In advies 66.852/1, dat op 22 januari 2020 gegeven is over een voorontwerp van wet 'betreffende een evenredigheidsbeoordeling voorafgaand aan de invoering of de wijziging van een beroepsreglementering', heeft de afdeling Wetgeving reeds het volgende opgemerkt:

> "De bevoegdheid waarvan in het voorontwerp toepassing wordt gemaakt, hangt (...) samen met de bevoegdheid met betrekking tot de vestigingsvoorwaarden zoals bedoeld in artikel 6, § 1, VI, 6°, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 'tot hervorming der instellingen'. Deze bepaling werd ingevoegd bij de bijzondere wet van 6 januari 2014 'met betrekking tot de Zesde Staatshervorming' en houdt in dat de gewesten bevoegd zijn voor de 'vestigingsvoorwaarden, met uitzondering van de voorwaarden voor toegang tot gezondheidszorgberoepen en tot dienstverlenende intellectuele beroepen'. Zoals werd bevestigd tijdens de parlementaire voorbereiding van de bijzondere wet van 6 januari 2014 doet deze bevoegdheidstoewijzing geen afbreuk aan de bevoegdheid van de andere overheden om in een erkennings- of vergunningsstelsel te voorzien binnen het kader van hun eigen materiële bevoegdheden."[1-2]

De federale overheid is bijgevolg bevoegd om enerzijds regels voor te schrijven inzake de voorwaarden voor toegang tot gezondheidszorgberoepen (en tot dienstverlenende intellectuele beroepen) en anderzijds te voorzien in een erkennings- of vergunningsstelsel binnen het kader van haar specifieke materiële bevoegdheden (in het bijzonder binnen het kader van haar materiële bevoegdheden inzake gezondheidsbeleid overeenkomstig artikel 5, § 1, I, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 'tot hervorming der instellingen').

‡ Aangezien het om een voorontwerp van wet gaat, wordt onder "rechtsgrond" de overeenstemming met de hogere rechtsnormen verstaan.

[1] *Voetnoot 4 van het geciteerde advies: Parl.St.* Kamer 2013-14, nr. 53-3201/4, 52-53.

[2] *Parl.St.* Kamer, 2019-20, nr. 55-1340/1, 36, http://www.raadvst-consetat.be/dbx/adviezen/66852.pdf.

‡LW-AJLUOCBDG-GIBABQW‡

In dat verband wordt het toepassingsgebied van voorliggend voorontwerp van wet in artikel 4 gedefinieerd als "de bepalingen tot reglementering van een beroep in het kader van de federale bevoegdheid voor het gezondheidsbeleid zoals bedoeld in […] artikel 5, § 1, I, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen of een gezondheidsberoep zoals bedoeld bij artikel 6, § 1, VI, 6°, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen, die onder het toepassingsgebied van richtlijn 2005/36/EG vallen".[3]

Uit hetgeen voorafgaat volgt dat de federale overheid bevoegd is voor het aannemen van het voorontwerp.

De wijze waarop artikel 4 gesteld is, geeft evenwel aanleiding tot de twee volgende twee opmerkingen:

a) Het is niet echt aan te bevelen om "artikel 5, § 1, I, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980" te vermelden als de bepaling waarin "de federale bevoegdheid voor het gezondheidsbeleid" "bedoeld" wordt terwijl die bepaling er hoofdzakelijk toe strekt bevoegdheden inzake het gezondheidsbeleid op te dragen aan de gemeenschappen, ook al wordt daarbij op bepaalde punten voorbehoud gemaakt ten voordele van de federale overheid.

b) De bevoegdheden van de federale overheid inzake gezondheidszorg zijn niet beperkt tot wat op uitdrukkelijke wijze vervat of voorbehouden is in de artikelen 5, § 1, I, en 6, § 1, VI, 6°, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 maar kunnen eveneens voortvloeien uit haar residuaire bevoegdheid, zoals bijvoorbeeld inzake de reglementering van de geneeskunst of de bescherming van de volksgezondheid.[4] Het valt, zeker vanuit een evolutief oogpunt, niet uit te sluiten dat die reglementeringen, in de zin van artikel 2, lid 1, van richtlijn 2018/958 van 28 juni 2018, "wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen [bevatten] die de toegang tot of de uitoefening, dan wel één van de wijzen van uitoefening, van een gereglementeerd beroep beperken, met inbegrip van het voeren van beroepstitels en de beroepsactiviteiten die een dergelijke titel toelaat, en die binnen het toepassingsgebied van Richtlijn 2005/36/EG vallen".

Teneinde het dispositief te verduidelijken en elk negatief bevoegdheidsconflict tussen de federale overheid en de gemeenschappen en de gewesten te voorkomen, dienen in artikel 4, eerste lid, van dit voorontwerp de woorden "zoals bedoeld in artikel 5, § 1, I, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen" bijgevolg vervangen te worden door de woorden "zoals die inzonderheid voortvloeit uit de uitzonderingen op de

[3] De overige beroepen waarvoor de federale overheid bevoegd is, worden hunnerzijds geregeld bij een afzonderlijk wetsontwerp 'betreffende een evenredigheidsbeoordeling voorafgaand aan de invoering of de wijziging van een beroepsreglementering', waarover op 22 januari 2020 voornoemd advies 66.852/1 gegeven is.

[4] Toelichting voorafgaand aan het voorstel dat geleid heeft tot de bijzondere wet van 6 januari 2014 'met betrekking tot de Zesde Staatshervorming', *Parl.St.* Senaat 2012-13, nr. 5-2232/1, 35. In verband met de residuaire bevoegdheid van de federale overheid, bijvoorbeeld inzake de bescherming van de volksgezondheid, zie inzonderheid arrest nr. 2/2009 van 15 januari 2009 van het Grondwettelijk Hof, B.5.2, en inzake de uitoefening van de geneeskunst, zie inzonderheid advies 58.553/VR, dat op 5 januari 2016 verstrekt is over een wetsvoorstel 'tot wijziging van koninklijk besluit nr. 78 van 10 november 1967 betreffende de uitoefening van de gezondheidszorgberoepen, teneinde anticonceptiemiddelen en de morning-afterpil gratis te verdelen via centra voor gezinsplanning, op vertoon van een 'Anticonceptiepas'' (*Parl.St.* Kamer 2015-16, nr. 54-1456/2, http://www.raadvst-consetat.be/dbx/adviezen/58553.pdf).

‡LW-AJLUOCBDG-GIBABQW‡

gemeenschapsbevoegdheden vervat in artikel 5, § 1, I, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980".

Daarenboven moeten ook de gemeenschappen en de gewesten – elk wat de beroepen betreft waarvoor ze bevoegd zijn – de voornoemde richtlijn omzetten.[5]

VOORAFGAANDE OPMERKINGEN

1. De afdeling Wetgeving heeft in advies 66.852/1, dat op 22 januari 2020 gegeven is over een voorontwerp van wet 'betreffende een evenredigheidsbeoordeling voorafgaand aan de invoering of de wijziging van een beroepsreglementering', reeds het volgende opgemerkt:

> "In artikel 13, lid 1, van richtlijn (EU) 2018/958 wordt onder meer bepaald dat de lidstaten de nodige wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen in werking doen treden om uiterlijk op 30 juli 2020 aan de richtlijn te voldoen en dat zij de Europese Commissie daarvan onverwijld in kennis stellen. Overeenkomstig artikel 13, lid 2, van de richtlijn dienen de lidstaten aan de Europese Commissie de tekst van de belangrijkste bepalingen van intern recht mee te delen die zij op het onder de richtlijn vallende gebied vaststellen.
>
> Het nemen van maatregelen ter omzetting van de meermaals genoemde richtlijn op het gehele grondgebied en vervolgens het meedelen van voldoende duidelijke en nauwkeurige inlichtingen met betrekking tot de aldus genomen maatregelen dient *in casu* een bijzonder aandachtspunt uit te maken gelet op, enerzijds, de bevoegdheidsverdelende regels die tot gevolg hebben dat het omzetten van de betrokken richtlijn zaak is van diverse overheden binnen de Federale Staatsstructuur en, anderzijds, het gegeven dat de omzetting van de richtlijn alleen al op het federale niveau zal gebeuren door middel van verschillende normatieve teksten.
>
> Wat dat betreft brengt de Raad van State, afdeling Wetgeving, het bepaalde in artikel 260, lid 3, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie in herinnering waarin voor de Europese Commissie in de mogelijkheid wordt voorzien om het Hof van Justitie van de Europese Unie te verzoeken om een lidstaat te veroordelen tot betaling van een forfaitaire som of een dwangsom wanneer de betrokken lidstaat 'zijn verplichting tot mededeling van maatregelen ter omzetting van een volgens een wetgevingsprocedure aangenomen richtlijn niet is nagekomen'. In het arrest in de zaak *Commissie v. België* van 8 juli 2019 heeft de Grote Kamer van het Hof van Justitie hieromtrent geoordeeld dat op de lidstaten de verplichting rust om voldoende duidelijke en nauwkeurige inlichtingen over de maatregelen ter omzetting van een richtlijn te verstrekken, waaruit blijkt dat alle bepalingen van de richtlijn op hun volledige

[5] Zie, wat het Brussels Hoofdstedelijk Gewest betreft, advies 66.212/1, dat op 21 juni 2019 verstrekt is over een voorontwerp van ordonnantie 'betreffende de invoering van een impactanalyse van het gewestelijke beleid op kleine, middelgrote en micro-ondernemingen' (http://www.raadvst-consetat.be/dbx/adviezen/66212.pdf); bij dat voorontwerp van ordonnantie wordt de evenredigheidsbeoordeling geïntegreerd in een ruimere impactanalyse; zie, wat de Duitstalige Gemeenschap betreft, advies 67.085/4, dat op 15 april 2020 verstrekt is over een voorontwerp dat geleid heeft tot het decreet van 20 juli 2020 van de Duitstalige Gemeenschap 'tot invoering van een evenredigheidsbeoordeling voorafgaand aan de aanneming of wijziging van beroepsreglementeringen' (*Parl.St.* D.Gem., 2019-2020, nr. 74/1, 19 tot 21, http://www.raadvst-consetat.be/dbx/adviezen/67085.pdf) ; zie, wat de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie betreft, advies 67.444/3, dat op 18 juni 2020 verstrekt is over een voorontwerp van ordonnantie 'tot gedeeltelijke omzetting van richtlijn 2005/36/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 september 2005 betreffende de erkenning van beroepskwalificaties en tot gedeeltelijke omzetting van richtlijn (EU) 2018/958 van het Europees Parlement en de Raad van 28 juni 2018 betreffende een evenredigheidsbeoordeling voorafgaand aan een nieuwe reglementering van beroepen'.

‡LW-AJLUOCBDG-GIBABQW‡

grondgebied worden omgezet, en om, in voorkomend geval vergezeld van een concordantietabel, uiteen te zetten met welke nationale bepaling of bepalingen elk van de bepalingen van de richtlijn wordt omgezet.[6]"

Die opmerking kan opnieuw gemaakt worden in verband met voorliggend voorontwerp.

2. De memorie van toelichting bevat een tabel in verband met de overeenstemming tussen de tekst van richtlijn 2018/958 en de tekst van het voorontwerp van wet.

Hoewel die tabel erg nuttig blijkt, volstaat ze evenwel niet: de memorie van toelichting moet aangevuld worden met een tabel waarin de overeenstemming in omgekeerde zin weergegeven wordt, opdat het Parlement zich met volle kennis van zaken kan uitspreken over de keuze van de middelen die de steller van het voorontwerp aangewend heeft om te zorgen voor de omzetting van de richtlijn in kwestie en om te voorkomen dat de uitoefening van het recht van amendering, vervat in artikel 76 van de Grondwet, de grenzen overschrijdt van de beoordelingsbevoegdheid die het Europees recht aan de lidstaten laat.[7]

ALGEMENE OPMERKING

Krachtens artikel 4 van richtlijn 2018/958 dienen de lidstaten vóór de invoering van nieuwe of de wijziging van bestaande wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen die de toegang tot of de uitoefening van gereglementeerde beroepen beperken, een evenredigheidsbeoordeling te verrichten.

In dat verband staat in overweging 14 van de richtlijn dat de evenredigheidsbeoordelingen

"een advies [kunnen] omvatten dat is verkregen van een onafhankelijk orgaan - inclusief bestaande organen die een onderdeel vormen van het nationale wetgevingsproces - dat door de lidstaat in kwestie met de verlening van een dergelijk advies belast is".

Bij artikel 7, eerste lid van het voorontwerp wordt "[e]lke autoriteit" belast met het uitvoeren van een "evenredigheidsbeoordeling". In het zesde lid van datzelfde artikel staat dat de autoriteit, "wanneer zulk orgaan is ingericht, [te dien einde] het advies [vermag] in te winnen van de bevoegde advies- of overlegorganen".

Bij artikel 8, § 1, van het voorontwerp, zijnerzijds, wordt de "autoriteit en, in voorkomend geval, het bevoegde overleg- of adviesorgaan" belast met het uitvoeren van een dergelijke evenredigheidsbeoordeling. Luidens artikel 8, § 5, van het voorontwerp waarborgen de "autoriteit en, in voorkomend geval, het bevoegde overleg- of adviesorgaan (…) daarnaast ook de

[6] *Voetnoot 5 van het geciteerde advies*: HvJ 8 juli 2019, Commissie v. België, C-543/17, ECLI:EU:C:2019:573, punt 59.

[7] *Beginselen van de wetgevingstechniek - Handleiding voor het opstellen van wetgevende en reglementaire teksten*, www.raadvst-consetat.be, tab "Wetgevingstechniek", aanbevelingen 191 tot 193.

‡LW-AJLUOCBDG-GIBABQW‡

conformiteit met het evenredigheidsbeginsel van specifieke vereisten met betrekking tot de tijdelijke of incidentele verrichting van diensten, zoals bedoeld in de wetgevingen en reglementeringen tot omzetting van titel II van Richtlijn 2005/36/EG" en, luidens paragraaf 6 van die bepaling, "houden de autoriteit en in voorkomend geval het advies- of overlegorgaan [in de mate dat de bepalingen tot reglementering van een beroep betrekking hebben op de reglementering van beroepen die verband houden met de gezondheidszorg en gevolgen hebben voor de veiligheid van de patiënt], in hun evenredigheidsbeoordeling rekening met de doelstelling om te zorgen voor een hoog niveau van bescherming van de menselijke gezondheid."

Bij artikel 5 van voorliggend voorontwerp ten slotte wordt "de autoriteit en in voorkomend geval het advies- of overlegorgaan" ermee belast ervoor te zorgen dat de "bepalingen direct noch indirect discriminerend zijn op grond van nationaliteit of woonplaats".

Als de artikelen 5, 7 en 8 in onderling verband gelezen worden, ontstaat verwarring wat de respectieve verantwoordelijkheden betreft van de autoriteit en van het advies- of overlegorgaan met betrekking tot de evenredigheidsbeoordeling in ruime zin.

In de bespreking van artikel 5 staat in dat verband het volgende:

> "In dit voorontwerp van wet worden zowel de autoriteiten als de advies- en overlegorganen bedoeld die wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen aannemen of deelnemen aan hun aanneming. Vanzelfsprekend behoort de verplichting om op de evenredigheid te waken aan de overheid. Weliswaar wordt ook voorzien dat de advies- en overlegorganen die deelnemen aan de voorbereiding of de bepaling van regels die de uitoefening van de beroepen beïnvloeden, dezelfde non-discriminatie- en evenredigheidstoets doorvoeren. Om die reden wordt in de tekst verwezen naar 'in voorkomend geval het advies- of overlegorgaan'. Wanneer dit orgaan deze toets zal hebben doorgevoerd, zal de overheid deze beoordeling kunnen opnemen en zich eigen maken. In de gezondheidssector spelen deze organen immers vaak een doorslaggevende rol. Door de over het algemeen paritaire samenstelling van deze organen kan ervoor worden gezorgd dat er daadwerkelijk rekening wordt gehouden met de werkelijkheid, zowel wat betreft de beroepsbeoefenaren in kwestie als wat betreft de gebruikers van de betrokken diensten. Het lijkt dan ook aangewezen dat deze organen eveneens een evenredigheids- en non-discriminatietoets kunnen doorvoeren, die dan wordt geacht te zijn doorgevoerd door de autoriteit."

Op een vraag dienaangaande heeft de gemachtigde van de minister het volgende geantwoord:

> "La responsabilité de l'évaluation de la proportionnalité incombe (évidemment) à l'autorité. Celle-ci peut donc, soit réaliser elle-même l'exercice d'évaluation, ou se fonder sur le travail qui aurait été réalisé par l'organe d'avis ou de concertation. L'article 5 doit être lu au regard de l'article 6 qui le suit et qui contient la précision relative à cette responsabilité de l'autorité. L'article 5 porte uniquement sur l'obligation de réaliser une évaluation et la possibilité, pour un organe d'avis, de le faire également. L'article 6, qui suit, précise alors qui en assume la responsabilité. Ceci correspond, par ailleurs, très largement à la pratique actuelle dans le secteur des soins de santé : de nombreux organes (souvent paritaires) éclairent les autorités publiques sur la politique en matière de soins de santé. Au sein de ces organes, les avis divergents sont discutés et mènent, souvent, à une solution équilibrée et proportionnée. Il appartient, ensuite, à l'autorité publique de trancher. L'autorité fonde sa décision sur ce travail préparatoire qui participe au dossier

‡LW-AJLUOCBDG-GIBABQW‡

> administratif de la décision. Le contentieux, notamment devant le Conseil d'État, est l'occasion répétée de constater la proportionnalité des mesures adoptées, sur la base du travail préparatoire des organes d'avis. Les articles 5 et 6 reprennent cette séquence. […]
>
> À l'article 8, la séquence existe entre les paragraphes : le paragraphe 1er détermine la nécessité d'un examen de proportionnalité et les organes compétents pour ce faire, le paragraphe 2 en détermine l'autorité compétente."

Uit het voorgaande blijkt dat de verantwoordelijkheid voor het waarborgen van de evenredigheid bij de overheid ligt. In tegenstelling tot wat uit de bewoordingen van de artikelen 5 en 8 afgeleid zou kunnen worden, staat het dus niet aan het advies- of overlegorgaan om de evenredigheid zelf te beoordelen, noch om er zelf op toe te zien dat er zich geen discriminatie voordoet, ook al staat het dat orgaan vrij dat te doen. Zijn rol beperkt zich tot het uitbrengen van een advies daaromtrent aan de autoriteit, die zich daarop kan baseren om de evenredigheidsbeoordeling als zodanig uit te voeren. Indien het advies- of overlegorgaan de evenredigheidsbeoordeling uitgevoerd heeft of ervoor gezorgd heeft dat er zich geen discriminatie voordoet, kan de autoriteit, indien ze het met die analyses eens is, zich ertoe beperken naar die analyses te verwijzen en zich daarbij aan te sluiten.

In tegenstelling tot wat de gemachtigde van de minister beweert, heeft de precisering met betrekking tot de verantwoordelijkheid van de autoriteit die in artikel 6 vervat is, alleen betrekking op het doel van dat artikel, namelijk het nagaan of in dat kader doelstellingen van algemeen belang nagestreefd worden. Die precisering slaat bijgevolg noch op artikel 5, noch op artikel 8.

Het antwoord dat de gemachtigde van de minister gegeven heeft in verband met artikel 8 en de samenhang tussen de paragrafen 1 en 2 kan evenmin bijgetreden worden. Bij artikel 7, eerste lid, wordt "elke autoriteit" immers belast met het uitvoeren van een evenredigheidsbeoordeling,[8] terwijl artikel 8, § 1, "de autoriteit en, in voorkomend geval, het bevoegde advies- of overlegorgaan" belast met het uitvoeren van een dergelijke evenredigheidsbeoordeling. Wat de gegevens betreft die in het kader van die evenredigheidsbeoordeling in aanmerking moeten worden genomen, is in de paragrafen 2 tot en met 4 van artikel 8 alleen sprake van "de autoriteit", terwijl in de paragrafen 5 en 6 sprake is van "de autoriteit en, in voorkomend geval, het overleg- of adviesorgaan". Kortom, als de artikelen 7 en 8 in onderlinge samenhang gelezen worden, ontstaat verwarring over de respectieve verantwoordelijkheden voor het verrichten van de evenredigheidsbeoordeling.

De formulering van de artikelen 5 en 8 moet derhalve aldus herzien worden dat de respectieve verantwoordelijkheden van enerzijds de autoriteit en anderzijds het advies- of overlegorgaan verduidelijkt worden.

[8] In artikel 7, zesde lid, staat dat, wanneer zulk orgaan is ingericht, de autoriteit te dien einde het advies mag inwinnen van de bevoegde advies- of overlegorganen.

‡LW-AJLUOCBDG-GIBABQW‡

BIJZONDERE OPMERKINGEN

INDIENINGSBESLUIT

Aangezien het gaat om een monocamerale aangelegenheid als bedoeld in artikel 74 van de Grondwet, moet het indieningsbesluit in die zin geformuleerd worden.[9]

Bijgevolg moeten de woorden "aan de Wetgevende kamers voor te leggen en" geschrapt worden.

DISPOSITIEF

Artikel 3

1. De afdeling Wetgeving heeft in haar voornoemd advies 66.852/1 van 22 januari 2020 over een voorontwerp van wet 'betreffende een evenredigheidsbeoordeling voorafgaand aan de invoering of de wijziging van een beroepsreglementering' reeds het volgende opgemerkt:

> "In artikel 3, § 1, 2° en 3°, van het voorontwerp wordt voor de omschrijving van de begrippen "beschermde beroepstitel" en "voorbehouden activiteiten" aangesloten bij de overeenstemmende definities in artikel 3 van richtlijn (EU) 2018/958. Dit betekent nochtans niet noodzakelijk dat discordanties die bestaan tussen de Nederlandse en de Franse tekst van de betrokken richtlijnbepaling moeten worden overgeheveld naar het interne recht. In de Nederlandse tekst van artikel 3, § 1, 2° en 3°, van het voorontwerp worden de woorden 'uit hoofde van wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen' dan ook het best vervangen door de woorden 'uit hoofde van wettelijke, verordenende of bestuursrechtelijke bepalingen'.
>
> Ook in de Nederlandse tekst van het in artikel 3, § 1, 4°, van het voorontwerp omschreven begrip 'bepalingen ter reglementering van een beroep',[10] dient - naar analogie van de Franse tekst - van 'elke wettelijke, verordenende of bestuursrechtelijke bepaling' melding te worden gemaakt."

Met betrekking tot artikel 3, § 1, 2° tot 4° van dit voorontwerp kan eveneens een soortgelijke opmerking gemaakt worden.

2. In paragraaf 1, 5°, moeten in de Franse tekst de woorden "de soins" worden ingevoegd tussen de woorden "une profession" en de woorden "de santé" en moet in de Nederlandse tekst het woord "gezondheidsberoep" worden vervangen door het woord "gezondheidszorgberoep".

---

[9] *Beginselen van de wetgevingstechniek - Handleiding voor het opstellen van wetgevende en reglementaire teksten*, www.raadvst-consetat.be, tabblad Wetgevingstechniek, formule F 4-1-10-1.

[10] *Voetnoot 6 van het geciteerde advies*: In de Nederlandse tekst van diverse bepalingen van het voorontwerp wordt melding gemaakt van "bepalingen tot reglementering van een beroep" (zie onder meer de artikelen 4, 5, 6, eerste lid, en 7, eerste en derde lid, van het voorontwerp). Uiteraard zou ter wille van de terminologische eenvormigheid het betrokken begrip telkens moeten worden verwoord op de wijze waarop het in artikel 3, § 1, 4°, van het voorontwerp wordt omschreven.

‡LW-AJLUOCBDG-GIBABQW‡

Artikel 6

Terwijl in het eerste lid van de voorliggende bepaling staat dat "[de] autoriteit (…) ervoor [zorgt] dat de voorgenomen invoering of wijziging van bestaande bepalingen tot reglementering van een beroep objectief gerechtvaardigd is uit hoofde van doelstellingen van algemeen belang (...)", staat in het tweede lid, eerste zin, ervan dat "[w]anneer de autoriteit te dien einde [een] beroep doet op het advies of overleg pleegt met een advies- of overlegorgaan, (…) dit advies- of overlegorgaan [aangeeft] hoe de objectiviteit van het advies kan worden gevrijwaard". In de tweede zin van het tweede lid wordt vervolgens bepaald dat "[het] advies- of overlegorgaan (…) daartoe in een inwendig reglement de voorwaarden [kan] bepalen [inzake] vrijwaring van de belangenconflicten in hoofde van haar leden".

In de bespreking van die bepaling wordt in dat verband het volgende gepreciseerd:

> "Wanneer een autoriteit [een] beroep doet op een advies- of overlegorgaan, moeten hun leden ervoor zorgen dat dezelfde objectiviteit als een overheidsinstantie wordt gegarandeerd. Ze zijn, net als de overheid, verplicht belangenconflicten te vermijden. Het betrokken advies- of overlegorgaan moet aangeven hoe de objectiviteit wordt gegarandeerd. Dit kan geschieden door eenmalig in een reglement van orde regels te bepalen ter voorkoming van belangenconflicten.
>
> (...)
>
> De tekst legt de nadruk op de noodzakelijke objectiviteit en onafhankelijkheid van het advies. Dit geldt vanzelfsprekend voor de betrokken overheid zelf, wanneer zij de beoordeling doorvoert. Dit geldt evenwel ook voor de advies- en overlegorganen, wanneer zij optreden. Zoals uiteengezet bij artikel 6, dienen deze organen zich aldus te organiseren dat zij deze garantie bieden, zonder evenwel hun technische bekwaamheid te verliezen."

Op een vraag in dat verband heeft de gemachtigde van de minister het volgende geantwoord:

> "La composition des organes d'avis et de concertation et les matières concernées sont éminemment variables, mais se caractérisent par quelques particularités communes : le haut degré de spécialisation des membres des organes et l'appel fréquent à des conseillers externes, plus spécialisés encore. La méthodologie de type 'scientifique' qui prévaut dans le domaine des soins de santé est, en pratique, répercutée dans le fonctionnement de ces organes. Afin de s'assurer de cette objectivité il est donc proposé de fonctionner comme en matière d'études et de publications scientifiques, par une forme d'auto-évaluation (déclaration des conflits d'intérêts etc.), comme cela est déjà très largement pratiqué. La possibilité de fonctionner par le recours à un règlement d'ordre intérieur est mis en avant dans cette logique.
>
> C'est en ce sens que le commentaire des articles indique que : 'Het betrokken advies- of overlegorgaan moet aangeven hoe de objectiviteit wordt gegarandeerd. Dit kan geschieden door eenmalig in een reglement van orde regels te bepalen ter voorkoming van belangenconflicten'.
>
> Lorsque, à l'issue de l'exercice, l'autorité s'approprie l'avis, elle doit aussi 'valider' l'objectivité de cet avis. Elle se fonde, pour cela, sur les indications données par l'organe d'avis ou de concertation. La responsabilité n'est donc pas laissée à l'organe d'avis ou de concertation, mais la charge d'y veiller oui, sous le contrôle de l'autorité compétente pour la prise de décision".

‡LW-AJLUOCBDG-GIBABQW‡

Zoals het tweede lid gesteld is en besproken wordt, moet het in verband gebracht worden met overweging 14 van de om te zetten richtlijn, die als volgt luidt:

> "De lidstaten moeten de evenredigheidsbeoordelingen op objectieve en onafhankelijke wijze uitvoeren, ook wanneer een beroep indirect wordt gereglementeerd doordat aan een specifieke beroepsorde de bevoegdheid tot reglementeren wordt verleend. Deze beoordelingen kunnen een advies omvatten dat is verkregen van een onafhankelijk orgaan - inclusief bestaande organen die een onderdeel vormen van het nationale wetgevingsproces - dat door de lidstaat in kwestie met de verlening van een dergelijk advies belast is. Dit is van bijzonder belang in gevallen waarin de beoordeling wordt verricht door lokale autoriteiten, regelgevende instanties of beroepsorganisaties, die, omdat ze dichter bij de plaatselijke situatie staan en over specifieke kennis beschikken, in bepaalde gevallen de eerst aangewezenen zouden kunnen zijn om uit te maken hoe de doelstellingen van algemeen belang het best kunnen worden bereikt, maar wier beleidskeuzes de gevestigde marktdeelnemers voordelen zouden kunnen opleveren ten koste van nieuwkomers."

Terwijl die overweging 14, die zelf niet in het dispositief van de richtlijn overgenomen is, tot doel heeft te bepalen dat de autoriteit die de evenredigheidsbeoordelingen op objectieve en onafhankelijke wijze dient uit te voeren, daartoe het advies "van een onafhankelijk orgaan" kan inwinnen, wijkt de tekst van het voorontwerp daarvan af, aangezien die tekst, zoals hierboven uiteengezet is, volgens de bewoordingen zelf van het tweede lid, strekt tot het opleggen van het vereiste van objectiviteit in de adviezen. De bespreking van deze bepaling gaat zelfs zover dat ze een vereiste van "onafhankelijkheid" oplegt aan de leden van de organen die deze adviezen verlenen, niet alleen aan de leden van de "onafhankelijke instanties" die de overheid daartoe specifiek zou wensen te raadplegen, maar aan de leden van alle advies- en overlegorganen die een advies hebben uitgebracht of waarmee de autoriteit overleg heeft gepleegd in het kader van de beoordeling die verricht wordt.

Er valt evenwel op te merken dat veel advies- en overlegorganen die opgericht zijn op het gebied van reglementeringen inzake de gezondheidszorgberoepen, bestaan uit leden die net tot taak hebben specifieke belangen te vertegenwoordigen (medische beroepen, farmaceutische industrie, verzekeringsinstellingen, werkgeversorganisaties, vakbonden, enz.) [11] zodat niet duidelijk is hoe, wat hen betreft, voldaan zou kunnen worden aan het vereiste belangenconflicten te vermijden.

De steller van het voorontwerp wordt dan ook verzocht na te gaan of de strekking van artikel 6, tweede lid, zoals verduidelijkt in de bespreking ervan, wel overeenstemt met zijn bedoeling, dan wel of dat lid niet veeleer beperkt moet blijven tot het opleggen van de daarin bepaalde verplichtingen inzake objectiviteit en onafhankelijkheid, die krachtens dat lid alleen gelden in het geval dat het advies dat in het kader van de evenredigheidsbeoordeling uitgebracht wordt, uitgaat van een "onafhankelijk orgaan" in de zin van overweging 14 van richtlijn 2018/958. In dat verband wordt erop gewezen dat artikel 6, tweede lid, niet vereist is voor het omzetten van die richtlijn.

[11] Zie wat dat betreft de antwoorden van de gemachtigde van de minister die overgenomen zijn in de bovenstaande algemene opmerking en in opmerking 1.4 die *infra* bij artikel 9 gemaakt wordt.

‡LW-AJLUOCBDG-GIBABQW‡

Ongeacht of het al dan niet de bedoeling is om alle advies- of overlegorganen die in een of andere hoedanigheid aan de evenredigheidsbeoordeling deel zouden nemen, te onderwerpen aan de regeling van artikel 6, tweede lid, van het voorontwerp, kan hoe dan ook betwijfeld worden of de loutere mogelijkheid die aan het advies- of overlegorgaan geboden wordt om "in een inwendig reglement de voorwaarden [te] bepalen [inzake] vrijwaring van de belangenconflicten[12] in hoofde van haar leden" en of het feit dat het orgaan zelf aangeeft hoe de objectiviteit van het advies gevrijwaard "kan" worden, het op zich mogelijk maken de onafhankelijkheid en de objectiviteit van het advies- of overlegorgaan te waarborgen.

Ongeacht of de huidige formulering van artikel 6, tweede lid, al dan niet aldus herzien wordt dat de reikwijdte ervan beperkt wordt tot de advies- en overlegorganen die beschouwd kunnen worden als "onafhankelijke organen" in de zin van overweging 14 van de richtlijn die hierbij gedeeltelijk omgezet wordt, moet die formulering bijgevolg hoe dan ook opnieuw onderzocht worden teneinde te voorzien in betere waarborgen op het stuk van de vereiste onafhankelijkheid en objectiviteit van de organen die binnen het toepassingsgebied ervan zullen vallen; deze opmerking geldt *mutatis mutandis* eveneens voor de artikelen 5, 7, zesde lid, en 8 van het voorontwerp.

Artikel 7

1. Aangezien bij de eerste zin van het eerste lid elke autoriteit verplicht wordt om een evenredigheidsbeoordeling uit te voeren, moet de tweede zin van hetzelfde lid als redundant weggelaten worden. Die zin stemt overigens niet overeen met enige bepaling van richtlijn 2018/958.

2. Luidens het derde lid hoeft een toelichting die voldoende gedetailleerd is om op basis daarvan de naleving van het evenredigheidsbeginsel te beoordelen, alleen bij de bepalingen tot "rechtstreekse" reglementering van een beroep gevoegd te worden.

In de bespreking van artikel 7 wordt in dit verband het volgende gepreciseerd:

> "(...) artikel 7 [voorziet] dat bepalingen die rechtstreeks beogen een beroep te regelen, vergezeld gaan van een gedetailleerde toelichting. Dit kan gebeuren in een memorie van toelichting, een verslag aan de Koning, enz. Deze verplichting sluit vanzelfsprekend niet uit dat onrechtstreekse reglementering ook op passende motieven moet rusten. Gelet dat het in die gevallen evenwel niet de bedoeling is om een beroep te reglementeren, is het passend om niet formeel op te leggen om de gedetailleerde beoordeling formeel toe te voegen."

In artikel 4, derde lid, van richtlijn 2018/958 wordt evenwel geen dergelijk onderscheid gemaakt tussen de bepalingen die een beroep rechtstreeks dan wel onrechtstreeks reglementeren en wordt de verplichting om van een dergelijke toelichting vergezeld te gaan voor alle bepalingen ingesteld.

[12] Er dient te worden opgemerkt dat in de Franse tekst de uitdrukking "conditions de protection des conflits d'intérêts" ongelukkig gekozen is, aangezien het juist niet de bedoeling is om dergelijke belangenconflicten te beschermen, maar wel om ze te vermijden.

‡LW-AJLUOCBDG-GIBABQW‡

Met het oog op een correcte omzetting van de voornoemde richtlijn, moet het woord "rechtstreekse" bijgevolg weggelaten worden.[13]

Artikel 8

Krachtens artikel 8, § 1, tweede lid, dient een "passende"[14] evenredigheidsbeoordeling uitgevoerd te worden voor bepalingen waarbij een beroep "onrechtstreeks" gereglementeerd wordt.

Ook hier[15] moet erop gewezen worden dat in richtlijn 2018/958 geen onderscheid gemaakt wordt naargelang de bepalingen een beroep rechtstreeks dan wel onrechtstreeks reglementeren.

In artikel 4, lid 2, van de richtlijn wordt evenwel bepaald dat de omvang van de beoordeling "evenredig [is] met de aard, de inhoud en de effecten van de bepaling". Dat vereiste wordt omgezet bij artikel 7, tweede lid, van het voorontwerp.

In het licht van de precisering die reeds voorkomt in artikel 7, tweede lid, is het niet nodig om in artikel 8, § 1, een onderscheid te maken naargelang de bepalingen een beroep rechtstreeks dan wel onrechtstreeks reglementeren.

Dat onderscheid geeft bovendien aanleiding tot verwarring, aangezien in het voorontwerp niet gedefinieerd wordt wat verstaan moet worden onder "bepaling tot rechtstreekse reglementering van een beroep" en onder "bepaling tot onrechtstreekse reglementering van een beroep". Daarenboven wekt artikel 8, § 1, tweede lid, tweede zin, de indruk dat de autoriteit in haar evenredigheidsbeoordeling de reeds bestaande beperkingen alleen in aanmerking zou moeten nemen ingeval het gaat om een bepaling tot onrechtstreekse reglementering van een beroep. Uit artikel 7, lid 2, f), en lid 3, van de richtlijn blijkt echter dat de autoriteit systematisch rekening dient te houden met "het effect van nieuwe of gewijzigde bepalingen, in combinatie met andere bepalingen die de toegang tot of de uitoefening van het beroep beperken".

Uit het voorgaande volgt dat ter wille van de rechtszekerheid en met het oog op een correcte omzetting van richtlijn 2018/958 enerzijds het woord "rechtstreekse" in paragraaf 1, eerste lid, en anderzijds het tweede lid van diezelfde paragraaf weggelaten dienen te worden.

[13] Zie eveneens in die zin de opmerking die bij artikel 8 gemaakt wordt.

[14] In de bespreking van artikel 8 is er sprake van een "minder strenge formele beoordeling".

[15] Zie de opmerking die bij artikel 7 gemaakt is.

‡LW-AJLUOCBDG-GIBABQW‡

Artikel 9

1.1. Krachtens artikel 8, lid 1, van richtlijn 2018/958 dienen de lidstaten "via daartoe geëigende middelen informatie beschikbaar [te stellen] aan burgers, afnemers van diensten en andere relevante belanghebbenden, met inbegrip van degenen die geen beoefenaars zijn van het betrokken beroep, voordat zij nieuwe wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen invoeren of bestaande bepalingen wijzigen die de toegang tot of de uitoefening van gereglementeerde beroepen beperken".

1.2. De gemachtigde van de minister is het ermee eens dat artikel 9, eerste lid, aldus aangevuld moet worden dat het overeenkomstig artikel 8, lid 1, van richtlijn 2018/958 eveneens betrekking heeft op het geval waarin bestaande bepalingen gewijzigd worden.

1.3. Bij artikel 9, eerste lid, wordt aan "de autoriteit of in voorkomend geval het advies- of overlegorgaan" de taak opgedragen om passende informatie beschikbaar te stellen aan burgers, afnemers van diensten en andere belanghebbenden.

Volgens de bespreking van dat artikel

> "duidt [dit artikel] erop dat bij het invoeren van nieuwe beperkingen m.b.t. beroepen in de gezondheidssector of gezondheidsberoepen, de autoriteit of in voorkomend geval het advies- of overlegorgaan (wanneer zij is belast met de voorbereiding van de bepaling van de regels) passende informatie beschikbaar stelt aan de belanghebbenden. Al naar gelang de omvang van de beperking, zal de informatie omvangrijker zijn."

Op een vraag in dat verband heeft de gemachtigde van de minister het volgende geantwoord:

> "Dans le secteur des soins de santé, les organes d'avis et de concertation existent déjà. Leur rôle est déterminé par les législations et réglementations qui les instituent. Leur intervention dans le processus d'élaboration et d'adoption de dispositions réglementaires ou légales est fixée, pour chaque organe, dans la législation qui les instaure. Ces interventions sont aussi nombreuses que les organes eux-mêmes et les différentes réglementations doivent donc être appliquées. Elles assurent une information utile. Au besoin, le Roi est habilité à apporter les précisions nécessaires là où un organe d'avis ou de concertation serait nouvellement créé ou dans le cas où un organe existant serait nouvellement et autrement consulté."

Op basis van het antwoord van de gemachtigde van minister is het de afdeling Wetgeving evenwel niet duidelijk in welk geval een advies- of overlegorgaan (aangezien het niet de steller is van de ontworpen nieuwe bepaling of van de ontworpen wijzigingsbepaling tot reglementering van een beroep) over de passende informatie zou beschikken die aan burgers, afnemers van diensten en andere belanghebbenden beschikbaar gesteld moet worden. Wanneer dat type orgaan niet de steller is van de ontworpen bepaling, is het evenmin duidelijk welke redenen grond zouden opleveren om het advies- of overlegorgaan verantwoordelijk te stellen voor het ter beschikking stellen van informatie ter zake, en dan nog via een federaal portaal.

Bij gebrek aan een omstandiger verantwoording moet de autoriteit aangewezen worden als enige verantwoordelijke voor het ter beschikking stellen van de informatie.

‡LW-AJLUOCBDG-GIBABQW‡

1.4. Artikel 9, vierde en vijfde lid, van het voorontwerp voorziet in de mogelijkheid om de informatieplicht te vervangen door een procedure voor het inwinnen van het advies van of het plegen van overleg met een advies- of overlegorgaan.

Het doel dat met artikel 8, lid 1, van richtlijn 2018/958 nagestreefd wordt, is het informeren van "burgers, afnemers van diensten en andere relevante belanghebbenden, met inbegrip van degenen die geen beoefenaars zijn van het betrokken beroep" over elke bepaling tot reglementering van een beroep die voorbereid wordt. Die bedoeling informatie te verstrekken valt niet samen met het streven naar betrokkenheid waarnaar op zijn beurt verwezen wordt in artikel 8, lid 2, van de richtlijn.

Naar aanleiding van een vraag in dat verband heeft de gemachtigde van de minister de volgende toelichting gegeven:

> "À nouveau, la proportionnalité des évaluations doit être gardée à l'esprit. Plus encore, pourtant, c'est la composition (paritaire) des organes d'avis et de concertation dans le secteur de la santé qui est déterminant en l'espèce. En effet, ces organes sont composés des parties prenantes, prestataires et bénéficiaires des services, au travers de représentants.
>
> Ainsi, les organes au sein du SPF Santé Publique sont-ils composés de représentants des professions concernées et de représentants d'organisations de patients. Au sein de l'INAMI, les organes sont composés de (représentants des) professionnels de santé concernés et de représentants de Organismes Assureurs (= les Unions nationales de mutualités; ces dernières réunissent les mutualités qui sont des associations de bénéficiaires de l'assurance soins de santé). Le système belge de soins de santé est intrinsèquement constitué sur un mode paritaire et de concertation.
>
> Ceci constitue, par ailleurs, un motif déterminant de la proposition d'un avant-projet de loi distinct pour le secteur et les professions de la santé, outre le texte plus général n° 55-1340."

Het toepassingsgebied van artikel 8, lid 1, van richtlijn 2018/958 is evenwel ruimer dan dat waarvan sprake is in het antwoord van de gemachtigde van de minister. Het doel bestaat er immers niet in om de informatie ter beschikking te stellen van alleen de verstrekkers en de begunstigden van de betrokken diensten (vertegenwoordigd in het paritair samengesteld advies- of overlegorgaan), maar ook aan de burgers en de belanghebbenden die geen beoefenaars zijn van het betrokken beroep.

Bijgevolg kan het advies van of een overleg met een advies- of overlegorgaan niet volstaan ter vervanging van de informatie die beschikbaar gesteld moet worden aan burgers, afnemers van diensten en andere relevante belanghebbenden.

Teneinde te voorzien in een correcte omzetting van richtlijn 2018/958 moeten het vierde en het vijfde lid van artikel 9 dan ook weggelaten worden.

‡LW-AJLUOCBDG-GIBABQW‡

Artikel 10

Bij artikel 8, lid 2, van richtlijn 2018/958 wordt aan de lidstaten de verplichting opgelegd om op gepaste wijze met alle betrokken partijen te overleggen en hun de gelegenheid te geven hun standpunten kenbaar te maken.

Artikel 10, eerste lid, van het voorontwerp strekt tot omzetting van die verplichting om de belanghebbenden daarbij te betrekken.

Daarnaast voorziet artikel 10, tweede lid, in de mogelijkheid om dat overleg te vervangen "door een advies of overleg van of met een advies- of overlegorgaan".

Een dergelijk overleg met een overlegorgaan kan slechts aanvaard worden op voorwaarde dat het orgaan, overeenkomstig artikel 8, lid 2, van de richtlijn, "alle betrokken partijen" samenbrengt.

Wat de mogelijkheid betreft om het overleg te vervangen door een advies van een adviesorgaan, dient herinnerd te worden aan de volgende rechtspraak van de afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State:

> "(…) dat het betrekken van een orgaan bij het ontwerpen van een reglement niet alleen de handeling van het ontvangen en het onderzoeken van eventuele suggesties inhoudt, maar tevens de handeling van beraadslaging ermee, dat wil zeggen op zijn minst het uiteenzetten aan dat orgaan, vooraleer de beslissing wordt genomen, van de redenen waarom het niet dienstig geacht wordt in te gaan op die suggesties, indien het geval zich voordoet, zodat dat orgaan de garantie krijgt dat zijn standpunt niet zonder aanvaardbare reden zal worden van de hand gewezen; (arrest Waals Gewest, nr. 31.587, van 14 december 1988) (…)".[16]

De procedure van het betrekken van belanghebbenden houdt dus meer in dan de loutere mogelijkheid een advies te geven. Het komt erop aan een daadwerkelijke uitwisseling van ideeën mogelijk te maken tussen alle relevante belanghebbenden.[17]

Artikel 10, tweede lid, moet bijgevolg in die zin herzien worden teneinde voor een correcte omzetting van richtlijn 2018/958 te zorgen.

[16] RvS 20 juni 2005, nr. 146.259, *Waals Gewest*. In dezelfde zin is het Grondwettelijk Hof van oordeel dat de procedure van het betrekken van de Gewestregeringen bij het uitwerken van ontwerpen in het kader van het samenwerkingsfederalisme vereist dat de daarbij betrokken entiteit of entiteiten "daadwerkelijk in de gelegenheid worden gesteld om hun opvatting over die ontwerpen aan de bevoegde overheid kenbaar te maken. Het vereist in de regel dat die overheid antwoordt op de opmerkingen en bezwaren die door de [daarbij betrokken] regeringen worden geformuleerd, zonder dat daardoor evenwel haar beslissingsbevoegdheid wordt aangetast" (GwH 21 november 2013, nr. 158/2013, B.8.2).

[17] Zie in die zin inzonderheid advies 49.282/AV/3, dat op 5 april 2011 gegeven is over een voorontwerp dat geleid heeft tot het ministerieel besluit van 19 mei 2011 'tot wijziging van het ministerieel besluit van 7 mei 2008 'betreffende de vaccinatie tegen blauwtong' (http://www.raadvst-consetat.be/dbx/adviezen/49282.pdf).

‡LW-AJLUOCBDG-GIBABQW‡

Artikel 11

1. De Minister tot wiens bevoegdheid de maatregel ter reglementering van een beroep behoort, wordt er bij artikel 11, eerste lid, toe gemachtigd een openbare raadpleging te houden.

Krachtens de grondwettelijke beginselen inzake de uitoefening der machten staat het niet aan de wetgever om rechtstreeks aan een minister bevoegdheden toe te kennen die normaal aan de Koning toekomen. Het is weliswaar niet onverenigbaar met die beginselen om aan een minister bevoegdheden inzake bijkomstige of detailkwesties te delegeren maar in dat geval staat het niettemin in beginsel aan de Koning, en niet aan de wetgever, om een dergelijke delegatie te verlenen. Indien de wetgever zulke bevoegdheden rechtstreeks aan een minister delegeert, zou dat namelijk betekenen dat de wetgever zich een prerogatief toe-eigent dat toekomt aan de Koning als hoofd van de federale uitvoerende macht.[18]

2. Artikel 11, eerste lid, strekt tot omzetting van de tweede zin van artikel 8, lid 2, van richtlijn 2018/958, die als volgt luidt:

> "In voorkomend geval en voor zover gepast, houden de lidstaten openbare raadplegingen in overeenstemming met de nationale procedures."

Het houden van openbare raadplegingen is dus een verplichting die op de lidstaten rust, voor zover de omstandigheden daartoe aanleiding geven.[19] Teneinde voor een correcte omzetting van de richtlijn te zorgen, moet de formulering van artikel 11, eerste lid, bijgevolg aldus herzien worden dat niet meer voorzien wordt in de loutere mogelijkheid een openbare raadpleging te houden ("mag (…) een openbare raadpleging houden"), maar dat bepaald wordt dat een openbare raadpleging gehouden dient te worden wanneer de omstandigheden daartoe aanleiding geven.

Artikel 12

In de Franse tekst van paragraaf 2, vijfde zin, moet het woord "dispositions" vervangen worden door het woord "modalités" teneinde het gebrek aan overeenstemming met de Nederlandse tekst te verhelpen.

[18] *Beginselen van de wetgevingstechniek - Handleiding voor het opstellen van wetgevende en reglementaire teksten*, www.raadvst-consetat.be, tab "Wetgevingstechniek", aanbeveling 7.3: "Het komt (…) de wetgever niet toe om zich te mengen in de interne organisatie van de uitvoerende macht en de regeling van een aangelegenheid rechtstreeks aan een minister op te dragen. Alleen de Koning of een Gemeenschaps- of een Gewestregering kan een dergelijke delegatie uitvaardigen."

[19] Zie in die zin het voornoemde advies 67.444/3.

‡LW-AJLUOCBDG-GIBABQW‡

Artikel 14

Bij artikel 14 wordt de Koning ermee belast de Federale Overheidsdienst aan te wijzen die aan de Europese Commissie meedeelt welke overheidsautoriteiten belast zijn met het meedelen en ontvangen van de informatie met het oog op de toepassing van artikel 13.

Zoals de afdeling Wetgeving reeds opgemerkt heeft in het voornoemde advies 66.852/1 van 22 januari 2020 over een voorontwerp van wet 'betreffende een evenredigheidsbeoordeling voorafgaand aan de invoering of de wijziging van een beroepsreglementering'

> "zou [het] meer in overeenstemming zijn met artikel 37 van de Grondwet om de Koning, bij wie de federale uitvoerende macht berust, te belasten met deze opdracht. Het komt de wetgever immers niet toe zich te mengen in de organisatie van de uitvoerende macht, wat krachtens het genoemde grondwetsartikel een zelfstandige bevoegdheid van de Koning is. In voorkomend geval kan de Koning de opdracht vervolgens aan een van de diensten van de uitvoerende macht toevertrouwen."

LE GREFFIER – DE GRIFFIER LE PRÉSIDENT – DE VOORZITTER

Béatrice DRAPIER Pierre VANDERNOOT

‡LW-AJLUOCBDG-GIBABQW‡