



RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

advies 74.185/3
van 9 oktober 2023

avis 74.185/3
du 9 octobre 2023

over

sur

een voorontwerp van
ordonnantie van de
Gemeenschappelijke
Gemeenschapscommissie
‘houdende diverse bepalingen
betreffende gezondheid en
bijstand aan personen’

un avant-projet d’ordonnance
de la Commission
communautaire commune
‘portant des dispositions
diverses en matière de santé et
d’aide aux personnes’

Op 18 juli 2023 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Ministers, Leden van het Verenigd College van de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie, bevoegd voor Welzijn en Gezondheid verzocht binnen een termijn van dertig dagen, van rechtswege verlengd tot 1 september 2023,* een advies te verstrekken over een voorontwerp van ordonnantie ‘houdende diverse bepalingen betreffende gezondheid en bijstand aan personen’.

Het voorontwerp is door de derde kamer onderzocht op 3 oktober 2023. De kamer was samengesteld uit Jeroen VAN NIEUWENHOVE, kamervoorzitter, Koen MUYLLE en Toon MOONEN, staatsraden, Jan VELAERS, assessor, en Annemie GOOSSENS, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Rein THIELEMANS, eerste auditeur.

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst van het advies is nagezien onder toezicht van Jeroen VAN NIEUWENHOVE, kamervoorzitter.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 9 oktober 2023.

*

Le 18 juillet 2023, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par les Ministres, Membres du Collège réuni de la Commission communautaire commune, en charge de l'Action sociale et de la Santé à communiquer un avis dans un délai de trente jours, prorogé de plein droit jusqu'au 1^{er} septembre 2023 **, sur un avant-projet d'ordonnance ‘portant des dispositions diverses en matière de santé et d'aide aux personnes’.

L'avant-projet a été examiné par la troisième chambre le 3 octobre 2023. La chambre était composée de Jeroen VAN NIEUWENHOVE, président de chambre, Koen MUYLLE et Toon MOONEN, conseillers d'État, Jan VELAERS, assesseur, et Annemie GOOSSENS, greffier.

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

La concordance entre la version française et la version néerlandaise de l'avis a été vérifiée sous le contrôle de Jeroen VAN NIEUWENHOVE, président de chambre.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 9 octobre 2023.

*

* Deze verlenging vloeit voort uit artikel 84, § 1, eerste lid, 2°, *in fine*, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, waarin wordt bepaald dat deze termijn van rechtswege verlengd wordt met vijftien dagen wanneer hij begint te lopen tussen 15 juli en 31 juli of wanneer hij verstrijkt tussen 15 juli en 15 augustus.

** Ce délai résulte de l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2°, *in fine*, des lois ‘sur le Conseil d'État’, coordonnées le 12 janvier 1973 qui précise que ce délai est prolongé de plein droit de quinze jours lorsqu'il prend cours du 15 juillet au 31 juillet ou lorsqu'il expire entre le 15 juillet et le 15 août.

1. Met toepassing van artikel 84, § 3, eerste lid, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, heeft de afdeling Wetgeving zich toegespitst op het onderzoek van de bevoegdheid van de steller van de handeling, van de rechtsgrond¹, alsmede van de vraag of aan de te vervullen vormvereisten is voldaan.

*

STREKKING VAN HET VOORONTWERP

2. Het om advies voorgelegde voorontwerp van ordonnantie van de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie strekt in hoofdzaak tot wijziging van de ordonnantie van 24 april 2008 ‘betreffende de voorzieningen voor ouderen’ op verscheidene punten. Daarnaast wordt een bepaling gewijzigd in de ordonnantie van 7 november 2002 ‘betreffende de centra en diensten voor bijstand aan personen’.

De aan te nemen ordonnantie treedt in werking op 1 januari 2024, met uitzondering van artikel 22 ervan, dat uitwerking heeft met ingang van 1 januari 2023.

VORMVEREISTEN

3. Bij de adviesaanvraag is geen advies van de Inspectie van Financiën en geen begrotingsakkoord gevoegd. Volgens de gemachtigde zijn ze niet gevraagd om de volgende redenen:

“Comme les recettes de la Cocom (Iricare en l’espèce) sont influencées seulement de manière positive par l’instauration de nouvelles amendes administratives, nous avons considéré que ni l’avis de l’Inspection des finances, ni l’accord des membres du Collège réuni compétents pour le budget n’était requis en vertu de l’arrêté du Collège réuni de la Commission communautaire commune du 8 mars 2007 relatif au contrôle administratif et budgétaire ainsi qu’à l’établissement du budget. Cette interprétation n’a pas été remise en cause par les membres du Collège réuni compétents pour le Budget, lesquels ont approuvé l’avant-projet d’ordonnance en 1^{ère} et 2^e lecture.”

Luidens de artikelen 9 en 30 van het besluit van het Verenigd College van de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie van 8 maart 2007 ‘betreffende de administratieve en begrotingscontrole evenals de begrotingsopmaak’ is het advies van de Inspectie van Financiën en het begrotingsakkoord vereist voor de voorontwerpen van ordonnantie waarvoor geen of onvoldoende kredieten bestaan of waardoor, rechtstreeks of onrechtstreeks, de ontvangsten kunnen worden beïnvloed of nieuwe uitgaven kunnen ontstaan. Dat is het geval voor de ontworpen regeling, waarvoor dan ook het advies van de Inspectie van Financiën en het begrotingsakkoord is vereist.

¹ Aangezien het om een voorontwerp van ordonnantie gaat, wordt onder “rechtsgrond” de overeenstemming met de hogere rechtsnormen verstaan.

Uit artikel 12, vierde lid, van hetzelfde besluit kan weliswaar worden afgeleid dat de goedkeuring door het Verenigd College kan worden gelijkgesteld met het begrotingsakkoord, maar dat is enkel het geval als het begrotingsakkoord eerder werd geweigerd door de leden van het Verenigd College, bevoegd voor de Financiën en Begroting, of indien ze geen beslissing hebben genomen binnen tien werkdagen na de aanvraag van het begrotingsakkoord. Dat is hier niet het geval, zodat het begrotingsakkoord (na het advies van de Inspectie van Financiën) hoe dan ook moet worden ingewonnen.

4. Het voorontwerp bevat bepalingen die de verwerking van persoonsgegevens regelen, zoals artikel 7, 2°, a) en d), ervan, dat betrekking heeft op, respectievelijk, de individuele fiche van de oudere en het individuele gezondheidsdossier.

Artikel 36, lid 4, van verordening (EU) 2016/679 van het Europees Parlement en de Raad van 27 april 2016 ‘betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens en tot intrekking van Richtlijn 95/46/EG (algemene verordening gegevensbescherming)’, gelezen in samenhang met artikel 57, lid 1, c), en overweging 96 van die verordening, voorziet in een verplichting om de toezichthoudende autoriteit, in dit geval de Gegevensbeschermingsautoriteit bedoeld in de wet van 3 december 2017 ‘tot oprichting van de Gegevensbeschermingsautoriteit’, te raadplegen bij het opstellen van een voorstel voor een door een nationaal parlement vast te stellen wetgevingsmaatregel, of een daarop gebaseerde regelgevingsmaatregel in verband met verwerking.

Op de vraag of over deze bepalingen het advies van de Gegevensbeschermingsautoriteit is gevraagd, antwoordde de gemachtigde als volgt:

“L’avis de l’APD n’a pas été demandé puisqu’il y avait déjà une habilitation pour traiter ces données dans art. 29/1 ord 24/04/2008. (...)”

Het gegeven dat artikel 29/1 van de ordonnantie van 24 april 2008 al een regeling bevat over de verwerking van persoonsgegevens neemt niet weg dat die regeling inhoudelijk wordt aangevuld bij de aangehaalde ontworpen bepalingen,² zodat het advies van de Gegevensbeschermingsautoriteit alsnog moet worden ingewonnen vooraleer het voorontwerp in de Verenigde Vergadering van de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie wordt ingediend.

5. Indien de aan de Raad van State voorgelegde tekst ten gevolge van het vervullen van de voornoemde vormvereisten nog wijzigingen zou ondergaan,³ moeten de gewijzigde of toegevoegde bepalingen, ter inachtneming van het voorschrift van artikel 3, § 1, eerste lid, van de wetten op de Raad van State, aan de afdeling Wetgeving worden voorgelegd.

² Overigens formuleerde de gemachtigde in opmerking 7 zelf een voorstel tot aanvulling van die bepaling, gelet op het legaliteitsbeginsel inzake de verwerking van persoonsgegevens.

³ Namelijk andere wijzigingen dan diegene waarvan in het advies melding wordt gemaakt of wijzigingen die ertoe strekken tegemoet te komen aan hetgeen in het advies wordt opgemerkt.

ALGEMENE OPMERKINGEN

6. Artikel 7, 2°, van het voorontwerp wijzigt de bepalingen aangaande de erkenningsnormen voor ouderenvoorzieningen. Artikel 8 van het voorontwerp voegt een nieuwe bepaling in aangaande specifieke erkenningsnormen voor de huisvesting in een aangepaste eenheid voor verwarde ouderen of ouderen met ernstige cognitieve stoornissen of bij wie dementie is vastgesteld. Artikel 9 van het voorontwerp vervangt artikel 12 van de ordonnantie van 24 april 2008, dat betrekking heeft op de procedure voor het indienen en behandelen van de erkenningsaanvragen.

Dergelijke regelingen moeten in overeenstemming zijn met de vrijheid van vestiging en met de vrijheid van dienstverrichting, zoals vervat in respectievelijk artikel 9 en artikel 56 van het Verdrag ‘betreffende de werking van de Europese Unie’, alsook met richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 ‘betreffende diensten op de interne markt’ (hierna: de dienstenrichtlijn).⁴ Meer in het bijzonder moeten de ontworpen wijzigingen worden getoetst aan de bepalingen van de artikelen 10 tot 15 en aan hoofdstuk IV van de dienstenrichtlijn.

7. Zoals al is uiteengezet in opmerking 4, bevat het voorontwerp bepalingen die de verwerking van persoonsgegevens regelen, zoals artikel 7, 2°, a) en d), ervan, dat betrekking heeft op, respectievelijk, de individuele fiche van de oudere en het individuele gezondheidsdossier.

Krachtens artikel 22 van de Grondwet geldt voor elke verwerking van persoonsgegevens en, meer in het algemeen, voor elke inmenging in het recht op het privéleven, dat het formeel legaliteitsbeginsel dient te worden nageleefd. Doordat artikel 22 van de Grondwet aan de bevoegde wetgever de bevoegdheid voorbehoudt om vast te stellen in welke gevallen en onder welke voorwaarden afbreuk kan worden gedaan aan het recht op eerbiediging van het privéleven, waarborgt het aan elke burger dat geen enkele inmenging in dat recht kan plaatsvinden dan krachtens regels die zijn aangenomen door een democratisch verkozen beraadslagende vergadering. Een delegatie aan een andere macht is evenwel niet in strijd met het wettelijkheidsbeginsel voor zover de machtiging voldoende nauwkeurig is omschreven en betrekking heeft op de tenuitvoerlegging van maatregelen waarvan de “essentiële elementen” voorafgaandelijk door de wetgever vastgesteld zijn.⁵

Bijgevolg moeten de ‘essentiële elementen’ van de verwerking van persoonsgegevens in de ordonnantie zelf worden vastgelegd. In dat verband is de afdeling Wetgeving van oordeel dat ongeacht de aard van de betrokken aangelegenheid, de volgende elementen in beginsel ‘essentiële elementen’ uitmaken: 1°) de categorie van verwerkte gegevens; 2°) de categorie van betrokken personen; 3°) de met de verwerking nagestreefde

⁴ Uit de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof blijkt dat ouderenvoorzieningen in beginsel ook onder het toepassingsgebied van de dienstenrichtlijn vallen, onverminderd de mogelijkheid dat het gaat om diensten van de gezondheidszorg of om bepaalde sociale diensten die uitdrukkelijk worden uitgezonderd van het toepassingsgebied van de dienstenrichtlijn (zie onder meer GwH 9 december 2010, nr. 135/2010, B.6.1-B.6.3; GwH 25 januari 2012, nr. 10/2012, B.15.1; GwH 23 januari 2014, nr. 6/2014, B.13-B.27).

⁵ Vaste rechtspraak van het Grondwettelijk Hof: zie inzonderheid GwH 18 maart 2010, nr. 29/2010, B.16.1; GwH 20 februari 2020, nr. 27/2020, B.17.

doelstelling; 4°) de categorie van personen die toegang hebben tot de verwerkte gegevens; en 5°) de maximumtermijn voor het bewaren van de gegevens.⁶

Op de vraag of de betrokken persoonsgegevens in de individuele fiche van de oudere en in het individuele gezondheidsdossier reeds vervat zijn in de categorieën van persoonsgegevens die worden opgesomd in artikel 29/1, § 2, van de ordonnantie van 24 april 2008, antwoordde de gemachtigde met het volgende tekstvoorstel tot aanvulling van dat artikel (toevoegingen onderlijnd weergegeven):

“Art. 29/1. § 1. Dans le présent article, on entend par règlement général sur la protection des données : le règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l’égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données et abrogeant la directive 95/46/CE.

§ 2. Afin de répondre aux obligations légales qui leur incombent en vertu de la présente ordonnance, et notamment de mettre à disposition des agents visés à l’article 27 les informations nécessaires pour contrôler le respect des normes adoptées par le Collège réuni en vertu de l’article 11, les établissements pour aînés traitent les données à caractère personnel suivantes :

1° concernant les aînés : les nom, prénom, lieu et date de naissance ;

2° concernant le représentant de l’aîné : les nom et coordonnées ;

3° concernant les membres du personnel : les nom, prénom, lieu et date de naissance et document attestant des qualifications.

Sans préjudice de l’alinéa 1^{er}, et afin d’assurer la facturation des soins auprès des organismes assureurs bruxellois concernés, les maisons de repos, les maisons de repos et de soins, les centres de soins de jour et les centres de court séjour traitent les renseignements relatifs à la mutualité de l’aîné.

Sans préjudice de l’alinéa 1^{er}, et afin d’assurer la continuité et la qualité de l’accompagnement et des soins prodigués aux aînés, les établissements pour aînés traitent les données à caractère personnel suivantes :

1° concernant les professionnels des soins de santé choisis par l’aîné, notamment son médecin traitant, et l’institution hospitalière choisie par l’aîné : les coordonnées ;

2° concernant les personnes de confiance de l’aîné qu’il convient d’avertir en cas de nécessité : les nom et coordonnées ;

3° concernant les prestataires qui accompagnent l’aîné au sein ou en dehors de l’établissement : les nom et coordonnées ;

4° concernant les aînés :

La ou les langues parlée(s) ;

Une photo récente ;

l’assistance morale, religieuse ou philosophique éventuellement souhaitée.

⁶ Adv.RvS 68.936/AV van 7 april 2021 over een voorontwerp dat heeft geleid tot de wet van 14 augustus 2021 ‘betreffende de maatregelen van bestuurlijke politie tijdens een epidemische noodsituatie’, opmerking 101 (Parl.St. Kamer 2020-21, nr. 55-1951/001, 119). Zie ook GwH 10 maart 2022, nr. 33/2022, B.13.1; GwH 22 september 2022, nr. 110/2022, B.11.2; GwH 16 februari 2023, nr. 26/2023, B.74.1; GwH 17 mei 2023, nr. 75/2023, B.55.2.1.

Les établissements pour aînés sont autorisés à traiter des catégories particulières de données visées aux articles 9 et 10 du règlement général sur la protection des données dans la mesure nécessaire à l'accomplissement des obligations qui leur incombent en exécution de la présente ordonnance.

Sans préjudice des alinéas 1^{er} à 3, et afin d'assurer la continuité et la qualité de l'accompagnement et des soins prodigués aux aînés, de façon adaptée à l'évolution de leurs demandes ou besoins, les maisons de repos traitent les données à caractère personnel suivantes concernant les aînés :

1° les dispositions concernant les modalités de fin de vie à respecter conformément aux souhaits de l'aîné ou de son représentant, en ce compris l'assistante morale, religieuse ou philosophique éventuellement souhaitée ;

2° les données relatives au suivi médical des aînés, telles que visées dans le dossier de patient au sens de l'article 33 de la loi du 22 avril 2019 relative à la qualité de la pratique des soins de santé, consignées individuellement pour chaque aîné, la catégorie de dépendance de chaque aîné ainsi que les données relatives à l'administration des soins ;

3° les caractéristiques personnelles, les habitudes et le parcours de vie des aînés ;

4° les souhaits et attentes des aînés en ce qui concerne la vie au sein de l'établissement ;

5° les souhaits et attentes des aînés concernant les loisirs et les activités sociales à proposer par l'établissement ;

6° les souhaits, les habitudes et les préférences alimentaires des aînés.

Sans préjudice des alinéas 1^{er}, 3 et 5, et les maisons de repos peuvent également traiter les convictions religieuses et opinions philosophiques des aînés afin d'assurer l'accompagnement personnalisé des résidents, notamment pour définir les préférences alimentaires de l'aîné ou répondre à certaines demandes spécifiques de l'aîné.

Les données visées à l'alinéa 5 relatives à la santé sont traitées conformément à l'article 9, alinéa 3, du règlement général sur la protection des données, par ou sous la responsabilité d'un professionnel qui est lié par le secret professionnel ou par une autre personne qui est légalement tenue au secret. Le Collège réuni précise les personnes ou instances qui, au sein de l'établissement, ont accès aux données de santé susmentionnées.

Le Collège réuni fixe les autres garanties appropriées qui doivent être mises en œuvre pour sauvegarder les droits et libertés des aînés et limiter les risques qu'ils encourent.

Les données visées aux alinéas 1^{er}, 3, 5 et 6 qui ne tombent pas dans le champ d'application de la loi du 22 avril 2019 relative à la qualité de la pratique des soins de santé sont conservées pendant une durée maximale de 10 ans suivant le départ ou le décès de l'aîné.

Sans préjudice de l'alinéa précédent, le Collège réuni peut fixer un délai effectif de conservation plus court par catégorie d'établissement pour aînés et par type de données.

§ 3. Pour exercer la mission de contrôle qui leur est confiée par ou en vertu de la présente ordonnance, les agents visés à l'article 27 traitent les données visées au § 2, alinéas 1^{er} et 3, nécessaires à la réalisation de cette mission.

Pour exercer la mission de contrôle qui leur est confiée par ou en vertu de la présente ordonnance, les agents visés à l'article 27 peuvent traiter les catégories particulières de données visées au § 2, alinéas 5 et 6, dans la mesure nécessaire à la réalisation de cette mission.

Lorsqu'ils traitent des données visées au § 2, alinéas 5 et 6, relatives à la santé, les agents visés à l'article 27 sont tenus au secret. Le Collège réuni fixe les autres garanties appropriées qui doivent être mises en œuvre pour sauvegarder les droits et libertés des aînés et limiter les risques qu'ils encourent.

Les données visées aux alinéas 1er et 3 sont conservées pendant une durée maximale de trois ans à partir de la date à laquelle elles ont été récoltées par les agents visés à l'article 27.

Sans préjudice de l'alinéa précédent, le Collège réuni peut fixer un délai effectif de conservation plus court par catégorie d'établissement pour aînés et par type de données.

Pour s'assurer que la gestion et la direction de l'établissement sont effectuées par des personnes qui justifient d'une moralité et d'une intégrité en adéquation avec leur fonction et pour pouvoir garantir une offre de soins et de services de qualité, dans le cadre des procédures relatives à l'agrément et au contrôle, le service d'Iriscare chargé du suivi administratif de l'agrément est habilité à traiter les extraits de casier judiciaire, visés à l'article 595 du Code d'instruction criminelle, du gestionnaire et du directeur de l'établissement. Les extraits de casier judiciaire doivent être exempts de condamnations à des peines correctionnelles incompatibles avec la fonction ou criminelles.

Les extraits de casier judiciaire sont conservés pendant un an maximum après leur date de production.

Pour contrôler l'admission de personnes âgées de moins de soixante ans dans les établissements pour aînés qui introduisent, via la direction de l'établissement, une demande d'admission, le service d'Iriscare chargé du suivi administratif traite les données à caractère personnel suivantes de ces personnes :

1° les nom, prénom et date de naissance ;

2° le certificat médical attestant que la personne peut être admise dans l'établissement par dérogation à la condition d'âge, selon les modalités fixées par le Collège réuni.

Les données visées à l'alinéa 1er sont conservées pendant une durée maximale d'un an à partir de la date de leur réception par Iriscare.

§ 5. Les responsables du traitement au sens de l'article 4, 7), du règlement général sur la protection des données sont :

1° les gestionnaires d'établissement pour aînés pour les données à caractère personnel visées au § 2 ;

2° Iriscare pour :

les données visées au § 2, lorsque ces données sont contenues dans des documents dont les agents visés à l'article 27 se sont fait remettre copie ou qu'ils ont emporté contre récépissé, en application de l'article 28, § 1^{er}, 1°, b) ;

les données visées au § 4.

Le Collège réuni détermine les mesures techniques et organisationnelles que les responsables de traitement visés à l'alinéa 1^{er} doivent prendre pour protéger les données à caractère personnel conformément à l'article 32 du règlement général sur la protection des données. Le Collège réuni détermine également la forme de la conservation des données visées aux paragraphes 2 à 4, alinéa 1^{er}, ainsi que, le cas échéant, leur force probante."

Het voorontwerp zal moeten worden aangevuld met een wijzigingsbepaling waarbij die aanvullingen worden aangebracht in artikel 29/1 van de ordonnantie van 24 april 2008, eventueel door een vervanging ervan.

Desalniettemin zal daarbij nog moeten worden nagegaan of het toepassingsgebied van het ontworpen artikel 29/1, § 2, vijfde lid, niet moet worden uitgebreid tot andere voorzieningen voor ouderen dan enkel rusthuizen. Voorts moet artikel 29/1 ook worden aangevuld met de vermelding van de categorieën van personen die toegang hebben tot de verwerkte gegevens.⁷ Ten slotte moet ook de maximale bewaartermijn worden geregeld voor alle verwerkte persoonsgegevens en niet enkel voor bepaalde categorieën van persoonsgegevens, zoals nu het geval is.

8. De gemachtigde verklaarde dat de memorie van toelichting nog zal worden aangevuld met een algemeen deel (naast de artikelsgewijze toelichting).

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Artikel 2

9. De gemachtigde bevestigde dat de met artikel 2 van het voorontwerp beoogde aanpassing van de Franse tekst van het opschrift van de ordonnantie van 24 april 2008 berust op een vergissing in de weergave in de Justel-gegevensbank, die inmiddels is rechtgezet, zodat artikel 2 kan worden weggelaten.

Artikel 9

10. De gemachtigde beaamde dat in de Nederlandse tekst van het ontworpen artikel 12, § 1, vierde lid, van de ordonnantie van 24 april 2008 (artikel 9 van het voorontwerp) “toekenningsprocedure” moet worden geschreven in plaats van “erkenningsprocedure” en dat in dezelfde bepaling moet worden verwezen (zowel in de Nederlandse als in de Franse tekst) naar artikel 19/5 in plaats van naar artikel 19/4.

11. In dezelfde bepaling wordt gewag gemaakt van de in artikel 11, § 1, vijfde lid, 7°, bedoelde brandveiligheidsnormen maar de bepaling waarnaar wordt verwezen heeft betrekking op “architectonische en veiligheidsnormen”. Het is dan ook raadzaam om in die laatste bepaling ook uitdrukkelijk gewag te maken van brandveiligheidsnormen.

Die opmerking geldt *mutatis mutandis* voor artikel 15 van het voorontwerp (ontworpen artikel 19/5, eerste lid, 2°, van de ordonnantie van 24 april 2008).

⁷ Het huidige artikel 29/1, § 2, zevende lid, van de ordonnantie van 24 april 2008 bepaalt immers enkel dat het Verenigd College verduidelijkt welke personen of instanties, binnen de instelling, toegang hebben tot de bovengenoemde gezondheidsgegevens. Indien die toegang ook moet worden gegeven aan de diensten van het Verenigd College of aan andere instanties, moet dat worden vermeld.

12. In het ontworpen artikel 12, § 2, tweede lid, van de ordonnantie van 24 april 2008 wordt bepaald dat wanneer de termijn voor kennisgeving aan de aanvrager van de beslissing van het Verenigd College inzake de erkenningsaanvraag verstreken is, de erkenning wordt geacht te zijn toegekend. Aldus wordt een beroep gedaan op het procedé van de stilzwijgende beslissing.

Al kan dat procedé niet geheel worden afgekeurd wanneer de stilzwijgende beslissing in het voordeel van de betrokkene is, moet toch worden opgemerkt dat aan een stilzwijgende besluitvorming een aantal nadelen zijn verbonden. Zo is een dergelijk procedé in de eerste plaats niet bevorderlijk voor de rechtszekerheid, al was het maar omdat een schriftelijke beslissing ontbreekt, wat tot bewijsproblemen aanleiding kan geven, en de stilzwijgende beslissing in beginsel niet op dezelfde wijze zal worden meegedeeld of bekendgemaakt als uitdrukkelijk genomen beslissingen, met alle gevolgen van dien voor de kenbaarheid en de aanvechtbaarheid van dergelijke stilzwijgende beslissingen. Meer bepaald houdt het procedé van de stilzwijgende beslissing hierdoor ook grotere risico's in voor een schending van de belangen van derden die op een impliciete, doch daarom niet minder verstrekkende wijze, in het gedrang kunnen komen. In de tweede plaats kan het procedé van de stilzwijgende beslissing in strijd komen met het algemeen belang, in zoverre een dergelijk procedé tot gevolg kan hebben dat impliciet beslissingen worden genomen zonder dat daarmee een zorgvuldige voorbereiding en afweging van alle betrokken belangen gepaard gaat. Ten slotte zijn die beslissingen uiteraard niet formeel gemotiveerd, wat de wettigheidscontrole erop kan bemoeilijken.

Het ontworpen artikel 12, § 2, tweede lid, wordt dan ook op dit punt het best herzien.

Artikel 16

13. In de Nederlandse tekst van artikel 16 van het voorontwerp schrijve men “het opschrift” in plaats van “de titel”.

Artikel 17

14. Het ontworpen artikel 26/1 van de ordonnantie van 24 april 2008 (artikel 17 van het voorontwerp) bepaalt dat het Verenigd College de procedure kan vaststellen volgens welke ouderen, hun vertegenwoordiger of iedere belanghebbende bij Iriscare een klacht kunnen indienen over de werking van een voorziening, alsook de procedure volgens welke Iriscare deze klachten behandelt.

De gemachtigde beaamde dat het beter zou zijn om in de ontworpen bepaling rechtstreeks een recht toe te kennen om bij Iriscare een klacht in te dienen en vervolgens het Verenigd College te machtigen om de procedure voor de indiening en de behandeling van de klacht te bepalen (veeleer dan te schrijven dat het Verenigd College die procedure *kan* vaststellen).

Artikel 19

15. De gemachtigde stemde ermee in dat in de Nederlandse tekst van het ontworpen artikel 28/1, § 1, 2/2°, van de ordonnantie van 24 april 2008 (artikel 19 van het voorontwerp) beter wordt geschreven “procedure niet naleeft” in plaats van “procedure overtreedt”.

Op de vraag of een administratieve geldboete van 2500 tot 25.000 euro niet disproportioneel is voor de overtreding van minder belangrijke of zelfs louter formele elementen van de procedure voor de vrijwillige sluiting van een voorziening en of het misschien vooral gaat om het niet-naleven van elementen van de procedure die verband houden met de bescherming van de ouderen,⁸ antwoordde de gemachtigde bevestigend. De ontworpen bepaling zal dan ook toegespitst moeten worden op het niet-naleven van dergelijke elementen van de procedure. Eventueel kan het Verenigd College worden gemachtigd om die elementen aan te wijzen bij de uitwerking van die procedure.

16. In de Nederlandse tekst van het ontworpen artikel 28/1, § 3, tweede lid, van de ordonnantie van 24 april 2008 schrijve men “vastgesteld” in plaats van “opgesteld”.

17. In dezelfde bepaling schrijve men “zes maanden” in plaats van “drie maanden”, gelet op het huidige artikel 28/1, § 3, eerste lid, van de ordonnantie van 24 april 2008.

18. In artikel 19, 4°, van het voorontwerp moet worden verwezen naar het “huidige vierde lid, dat het vijfde lid wordt” in plaats van naar “lid 5”. Bovendien moeten de woorden “tweede lid” worden vervangen door de woorden “derde lid” (niet: “vierde lid”).

Artikel 20

19. De wijziging bij artikel 20 van het voorontwerp zou kunnen worden aangegrepen om in de Franse tekst van artikel 29 van de ordonnantie van 24 april 2008 telkens de woorden “de la aîné” en “à la aîné” respectievelijk te verbeteren naar “de l’aîné” en “à l’aîné”. De gemachtigde was het daarmee eens.

Artikelen 22 en 24

20. De gemachtigde beaamde dat artikel 22 van het voorontwerp in een afzonderlijk hoofdstuk moet worden ondergebracht aangezien het niet een wijziging betreft van de ordonnantie van 24 april 2008 maar van de ordonnantie van 15 december 2022 ‘tot wijziging van de ordonnantie van 24 april 2008 betreffende de voorzieningen voor opvang of huisvesting van bejaarde personen’.

⁸ Zie het ontworpen artikel 19/4, tweede lid, van de ordonnantie van 24 april 2008 (artikel 14 van het voorontwerp).

21. Artikel 24, tweede lid, van het voorontwerp verleent terugwerkende kracht aan artikel 22 van de aan te nemen ordonnantie tot 1 januari 2023, namelijk de datum van inwerkingtreding van de ordonnantie van 15 december 2022.⁹ Artikel 22 van het voorontwerp vervangt de verwijzing in artikel 40, tweede lid, van de laatstgenoemde ordonnantie naar artikel 35 door een verwijzing naar artikel 36.

21.1. Artikel 35 van de ordonnantie van 15 december 2022 voorziet in de opheffing van de artikelen 32 en 33 van de ordonnantie van 24 april 2008. Doordat die opheffingsbepaling met terugwerkende kracht tot 1 januari 2023 niet meer wordt vermeld in artikel 40, tweede lid, van de ordonnantie van 15 december 2022, moet ze geacht worden onder de inwerkingtredingsbepaling van artikel 40, eerste lid, van die ordonnantie te vallen en bijgevolg uitwerking te hebben gehad vanaf 1 januari 2023, veeleer dan dat het Verenigd College de datum van inwerkingtreding ervan nog moet bepalen, zoals het geval is volgens de huidige tekst van artikel 40 van de ordonnantie van 15 december 2022.

De gemachtigde bevestigde dat die terugwerkende kracht niet nodig is. In dat geval kan beter de verwijzing naar artikel 35 in artikel 40, tweede lid, van de ordonnantie van 15 december 2022 worden opgeheven en kan in dat artikel 40 een nieuw lid worden ingevoegd waarin wordt bepaald dat in afwijking van het eerste lid, artikel 35 in werking treedt op 1 januari 2024. Op die wijze wordt de inwerkingtreding van artikel 35 van de ordonnantie van 15 december 2022 alsnog op een transparante wijze en zonder terugwerkende kracht geregeld.

21.2. Artikel 36 van de ordonnantie van 15 december 2022 voorziet in de opheffing van de ordonnantie van 13 juli 2017 ‘streckende tot instelling van een moratorium van het aantal bedden voor bepaalde voorzieningen voor opvang of huisvesting van bejaarde personen’. Doordat die opheffingsbepaling met terugwerkende kracht tot 1 januari 2023 zal worden vermeld in artikel 40, tweede lid, van de ordonnantie van 15 december 2022, moet ze geacht worden geen uitwerking te hebben gehad op 1 januari 2023, overeenkomstig artikel 40, eerste lid, van die ordonnantie, maar kan het Verenigd College de datum van inwerkingtreding ervan nog steeds bepalen, overeenkomstig het tweede lid van dat artikel.

Vanuit louter juridisch oogpunt is de opheffing van een opheffingsbepaling (en ook het wijzigen van de inwerkingtreding ervan) met terugwerkende kracht mogelijk, maar een dergelijke werkwijze is niet transparant voor de burger en kan leiden tot rechtsonzekerheid. Aangezien de gemachtigde verklaarde dat er geen rechtsgedingen hangende zijn met betrekking tot de opheffing van de ordonnantie van 13 juli 2017 bij artikel 36 van de ordonnantie van 15 december 2022, kunnen de bepalingen van de eerstgenoemde ordonnantie het best worden hernomen in een nieuw voorontwerp van ordonnantie.

⁹ Zie artikel 40, eerste lid, van die ordonnantie.

Of aan een dergelijke nieuwe uitvaardiging van de bepalingen van de ordonnantie van 13 juli 2017 terugwerkende kracht kan worden verleend tot de datum van de opheffing van die ordonnantie, namelijk 1 januari 2023, hangt af van de vraag of na die datum erkenningen of vergunningen tot ingebruikneming of exploitatie werden verleend bovenop het maximum aantal bedden dat ingevolge het betrokken moratorium in acht moest worden genomen. De gemachtigde bevestigde dat dat niet het geval is en dat werd gehandeld alsof het moratorium nog zou gelden. In dat geval bestaat geen bezwaar tegen de terugwerkende kracht.

*

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

*

PORTÉE DE L'AVANT-PROJET

2. L'avant-projet d'ordonnance de la Commission communautaire commune soumis pour avis a essentiellement pour objet de modifier l'ordonnance du 24 avril 2008 'relative aux établissements pour aînés' sur différents points. Par ailleurs, une disposition est modifiée dans l'ordonnance du 7 novembre 2002 'relative aux centres et services de l'aide aux personnes'.

L'ordonnance à adopter entre en vigueur le 1^{er} janvier 2024, à l'exception de son article 22, qui produit ses effets le 1^{er} janvier 2023.

FORMALITÉS

3. L'avis de l'Inspection des Finances et l'accord budgétaire n'ont pas été joints à la demande d'avis. Selon le délégué, ceux-ci n'ont pas été demandés pour les raisons suivantes :

« Comme les recettes de la Cocom (Iricare en l'espèce) sont influencées seulement de manière positive par l'instauration de nouvelles amendes administratives, nous avons considéré que ni l'avis de l'Inspection des finances, ni l'accord des membres du Collège réuni compétents pour le budget n'était requis en vertu de l'arrêté du Collège réuni de la Commission communautaire commune du 8 mars 2007 relatif au contrôle administratif et budgétaire ainsi qu'à l'établissement du budget. Cette interprétation n'a pas été remise en cause par les membres du Collège réuni compétents pour le Budget, lesquels ont approuvé l'avant-projet d'ordonnance en 1^{ère} et 2^e lecture ».

Selon les articles 9 et 30 de l'arrêté du Collège réuni de la Commission communautaire commune du 8 mars 2007 'relatif au contrôle administratif et budgétaire ainsi qu'à l'établissement du budget', l'avis de l'Inspection des Finances et l'accord budgétaire sont requis pour les avant-projets d'ordonnance pour lesquels les crédits sont insuffisants ou inexistantes ou qui sont directement ou indirectement de nature à influencer les recettes ou à entraîner des dépenses nouvelles. Tel est le cas des dispositions en projet, qui requièrent dès lors l'avis de l'Inspection des Finances et l'accord budgétaire.

Il se déduit certes de l'article 12, alinéa 4, du même arrêté que l'approbation par le Collège réuni peut être assimilée à l'accord budgétaire, mais uniquement dans le cas où l'accord budgétaire a été préalablement refusé par les membres du Collège réuni, compétents pour les Finances et le Budget, ou si ceux-ci n'ont pas statué dans les dix jours ouvrables qui suivent la

¹ S'agissant d'un avant-projet d'ordonnance, on entend par « fondement juridique » la conformité avec les normes supérieures.

demande d'accord budgétaire. Tel n'est pas le cas en l'espèce, si bien que l'accord budgétaire (après l'avis de l'Inspection des Finances) doit en tout état de cause être recueilli.

4. L'avant-projet contient des dispositions réglant le traitement de données à caractère personnel, comme son article 7, 2°, a) et d), qui porte respectivement sur la fiche individuelle de l'aîné et le dossier individuel de santé.

L'article 36, paragraphe 4, du règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 'relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données)', combiné avec l'article 57, paragraphe 1, c), et le considérant 96 de ce règlement, impose de consulter l'autorité de contrôle, en l'occurrence l'Autorité de protection des données visée dans la loi du 3 décembre 2017 'portant création de l'Autorité de protection des données', dans le cadre de l'élaboration d'une proposition de mesure législative devant être adoptée par un parlement national, ou d'une mesure réglementaire fondée sur une telle mesure législative, qui se rapporte au traitement.

À la question de savoir si l'avis de l'Autorité de protection des données a déjà été recueilli à propos de ces dispositions, le délégué a répondu ce qui suit :

« L'avis de l'APD n'a pas été demandé puisqu'il y avait déjà une habilitation pour traiter ces données dans art. 29/1 ord 24/04/2008. [...] ».

Le fait que l'article 29/1 de l'ordonnance du 24 avril 2008 contienne déjà un régime relatif au traitement de données à caractère personnel n'empêche pas que ce régime soit complété sur le fond par les dispositions en projet précitées ², de sorte que l'avis de l'Autorité de protection des données doit encore être recueilli avant de déposer l'avant-projet à l'Assemblée réunie de la Commission communautaire commune.

5. Si l'accomplissement des formalités susmentionnées devait encore donner lieu à des modifications du texte soumis au Conseil d'État ³, les dispositions modifiées ou ajoutées devraient être soumises à la section de législation, conformément à la prescription de l'article 3, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, des lois sur le Conseil d'État.

² Le délégué a d'ailleurs lui-même formulé, à l'observation 7, une proposition visant à compléter cette disposition, compte tenu du principe de légalité en matière de traitement des données à caractère personnel.

³ À savoir d'autres modifications que celles dont fait état l'avis ou que celles visant à répondre aux observations formulées dans l'avis.

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

6. L'article 7, 2°, de l'avant-projet modifie les dispositions relatives aux normes d'agrément des établissements pour aînés. L'article 8 de l'avant-projet insère une nouvelle disposition relative aux normes spécifiques d'agrément de l'hébergement en unité adaptée des aînés désorientés ou présentant des troubles cognitifs majeurs ou diagnostiqués déments. L'article 9 de l'avant-projet remplace l'article 12 de l'ordonnance du 24 avril 2008, qui porte sur la procédure d'introduction et de traitement des demandes d'agrément.

De tels régimes doivent être conformes à la liberté d'établissement et à la libre prestation des services, comme le prévoient respectivement l'article 49 et l'article 56 du Traité 'sur le fonctionnement de l'Union européenne', ainsi qu'à la directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 'relative aux services dans le marché intérieur' (ci-après : la directive services)⁴. Plus particulièrement, les modifications en projet doivent être appréciées au regard des dispositions des articles 10 à 15 et du chapitre IV de la directive services.

7. Ainsi qu'il a déjà été observé au point 4, l'avant-projet contient des dispositions réglant le traitement de données à caractère personnel, comme son article 7, 2°, a) et d), qui porte respectivement sur la fiche individuelle de l'aîné et le dossier individuel de santé.

Conformément à l'article 22 de la Constitution, le respect du principe de légalité formelle s'applique à tout traitement de données à caractère personnel et, plus généralement, à toute ingérence dans le droit au respect de la vie privée. En réservant au législateur compétent le pouvoir de fixer dans quels cas et à quelles conditions il peut être porté atteinte au droit au respect de la vie privée, l'article 22 de la Constitution garantit à tout citoyen qu'aucune ingérence dans l'exercice de ce droit ne peut avoir lieu qu'en vertu de règles adoptées par une assemblée délibérante, démocratiquement élue. Une délégation à un autre pouvoir n'est toutefois pas contraire au principe de légalité, pour autant que l'habilitation soit définie de manière suffisamment précise et porte sur l'exécution de mesures dont les « éléments essentiels » sont fixés préalablement par le législateur⁵.

Par conséquent, les 'éléments essentiels' du traitement de données à caractère personnel doivent être fixés dans l'ordonnance elle-même. À cet égard, la section de législation considère que, quelle que soit la matière concernée, constituent, en principe, des 'éléments essentiels' les éléments suivants : 1°) les catégories de données traitées ; 2°) les catégories de personnes concernées ; 3°) la finalité poursuivie par le traitement ; 4°) les catégories de personnes ayant accès aux données traitées ; et 5°) le délai maximal de conservation des données⁶.

⁴ Il ressort de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle que les établissements pour aînés relèvent en principe également du champ d'application de la directive services, sans préjudice de la possibilité qu'il s'agisse de services de soins de santé ou de certains services sociaux qui sont expressément exclus du champ d'application de la directive services (voir notamment C.C., 9 décembre 2010, n° 135/2010, B.6.1-B.6.3 ; C.C., 25 janvier 2012, n° 10/2012, B.15.1 ; C.C., 23 janvier 2014, n° 6/2014, B.13-B.27).

⁵ Jurisprudence constante de la Cour constitutionnelle : voir notamment C.C., 18 mars 2010, n° 29/2010, B.16.1 ; C.C., 20 février 2020, n° 27/2020, B.17.

⁶ Avis C.E. 68.936/AG du 7 avril 2021 sur un avant-projet devenu la loi du 14 août 2021 'relative aux mesures de police administrative lors d'une situation d'urgence épidémique', observation 101 (*Doc. parl.*, Chambre, 2020-21,

À la question de savoir si les données à caractère personnel concernées figurant sur la fiche individuelle de l'aîné et dans le dossier individuel de santé se trouvent déjà dans les catégories de données à caractère personnel énumérées à l'article 29/1, § 2, de l'ordonnance du 24 avril 2008, le délégué a répondu par la proposition de texte suivante, qui complète cet article (ajouts indiqués par un soulignement) :

« Art. 29/1. § 1. Dans le présent article, on entend par règlement général sur la protection des données : le règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données et abrogeant la directive 95/46/CE.

§ 2. Afin de répondre aux obligations légales qui leur incombent en vertu de la présente ordonnance, et notamment de mettre à disposition des agents visés à l'article 27 les informations nécessaires pour contrôler le respect des normes adoptées par le Collège réuni en vertu de l'article 11, les établissements pour aînés traitent les données à caractère personnel suivantes :

1° concernant les aînés : les nom, prénom, lieu et date de naissance ;

2° concernant le représentant de l'aîné : les nom et coordonnées ;

3° concernant les membres du personnel : les nom, prénom, lieu et date de naissance et document attestant des qualifications.

Sans préjudice de l'alinéa 1^{er}, et afin d'assurer la facturation des soins auprès des organismes assureurs bruxellois concernés, les maisons de repos, les maisons de repos et de soins, les centres de soins de jour et les centres de court séjour traitent les renseignements relatifs à la mutualité de l'aîné.

Sans préjudice de l'alinéa 1^{er}, et afin d'assurer la continuité et la qualité de l'accompagnement et des soins prodigués aux aînés, les établissements pour aînés traitent les données à caractère personnel suivantes :

1° concernant les professionnels des soins de santé choisis par l'aîné, notamment son médecin traitant, et l'institution hospitalière choisie par l'aîné : les coordonnées ;

2° concernant les personnes de confiance de l'aîné qu'il convient d'avertir en cas de nécessité : les nom et coordonnées ;

3° concernant les prestataires qui accompagnent l'aîné au sein ou en dehors de l'établissement : les nom et coordonnées ;

4° concernant les aînés :

La ou les langues parlée(s) ;

Une photo récente ;

l'assistance morale, religieuse ou philosophique éventuellement souhaitée.

Les établissements pour aînés sont autorisés à traiter des catégories particulières de données visées aux articles 9 et 10 du règlement général sur la protection des données dans la mesure nécessaire à l'accomplissement des obligations qui leur incombent en exécution de la présente ordonnance.

Sans préjudice des alinéas 1^{er} à 3, et afin d'assurer la continuité et la qualité de l'accompagnement et des soins prodigués aux aînés, de façon adaptée à l'évolution de leurs demandes ou besoins, les maisons de repos traitent les données à caractère personnel suivantes concernant les aînés :

1° les dispositions concernant les modalités de fin de vie à respecter conformément aux souhaits de l'aîné ou de son représentant, en ce compris l'assistante morale, religieuse ou philosophique éventuellement souhaitée ;

2° les données relatives au suivi médical des aînés, telles que visées dans le dossier de patient au sens de l'article 33 de la loi du 22 avril 2019 relative à la qualité de la pratique des soins de santé, consignées individuellement pour chaque aîné, la catégorie de dépendance de chaque aîné ainsi que les données relatives à l'administration des soins ;

3° les caractéristiques personnelles, les habitudes et le parcours de vie des aînés ;

4° les souhaits et attentes des aînés en ce qui concerne la vie au sein de l'établissement ;

5° les souhaits et attentes des aînés concernant les loisirs et les activités sociales à proposer par l'établissement ;

6° les souhaits, les habitudes et les préférences alimentaires des aînés.

Sans préjudice des alinéas 1^{er}, 3 et 5, et les maisons de repos peuvent également traiter les convictions religieuses et opinions philosophiques des aînés afin d'assurer l'accompagnement personnalisé des résidents, notamment pour définir les préférences alimentaires de l'aîné ou répondre à certaines demandes spécifiques de l'aîné.

Les données visées à l'alinéa 5 relatives à la santé sont traitées conformément à l'article 9, alinéa 3, du règlement général sur la protection des données, par ou sous la responsabilité d'un professionnel qui est lié par le secret professionnel ou par une autre personne qui est légalement tenue au secret. Le Collège réuni précise les personnes ou instances qui, au sein de l'établissement, ont accès aux données de santé susmentionnées.

Le Collège réuni fixe les autres garanties appropriées qui doivent être mises en œuvre pour sauvegarder les droits et libertés des aînés et limiter les risques qu'ils encourent.

Les données visées aux alinéas 1^{er}, 3, 5 et 6 qui ne tombent pas dans le champ d'application de la loi du 22 avril 2019 relative à la qualité de la pratique des soins de santé sont conservées pendant une durée maximale de 10 ans suivant le départ ou le décès de l'aîné.

Sans préjudice de l'alinéa précédent, le Collège réuni peut fixer un délai effectif de conservation plus court par catégorie d'établissement pour aînés et par type de données.

§ 3. Pour exercer la mission de contrôle qui leur est confiée par ou en vertu de la présente ordonnance, les agents visés à l'article 27 traitent les données visées au § 2, alinéas 1^{er} et 3, nécessaires à la réalisation de cette mission.

Pour exercer la mission de contrôle qui leur est confiée par ou en vertu de la présente ordonnance, les agents visés à l'article 27 peuvent traiter les catégories particulières de données visées au § 2, alinéas 5 et 6, dans la mesure nécessaire à la réalisation de cette mission.

Lorsqu'ils traitent des données visées au § 2, alinéas 5 et 6, relatives à la santé, les agents visés à l'article 27 sont tenus au secret. Le Collège réuni fixe les autres garanties appropriées qui doivent être mises en œuvre pour sauvegarder les droits et libertés des aînés et limiter les risques qu'ils encourent.

Les données visées aux alinéas 1er et 3 sont conservées pendant une durée maximale de trois ans à partir de la date à laquelle elles ont été récoltées par les agents visés à l'article 27.

Sans préjudice de l'alinéa précédent, le Collège réuni peut fixer un délai effectif de conservation plus court par catégorie d'établissement pour aînés et par type de données.

Pour s'assurer que la gestion et la direction de l'établissement sont effectuées par des personnes qui justifient d'une moralité et d'une intégrité en adéquation avec leur fonction et pour pouvoir garantir une offre de soins et de services de qualité, dans le cadre des procédures relatives à l'agrément et au contrôle, le service d'Iriscare chargé du suivi administratif de l'agrément est habilité à traiter les extraits de casier judiciaire, visés à l'article 595 du Code d'instruction criminelle, du gestionnaire et du directeur de l'établissement. Les extraits de casier judiciaire doivent être exempts de condamnations à des peines correctionnelles incompatibles avec la fonction ou criminelles.

Les extraits de casier judiciaire sont conservés pendant un an maximum après leur date de production.

Pour contrôler l'admission de personnes âgées de moins de soixante ans dans les établissements pour aînés qui introduisent, via la direction de l'établissement, une demande d'admission, le service d'Iriscare chargé du suivi administratif de traite les données à caractère personnel suivantes de ces personnes :

1° les nom, prénom et date de naissance ;

2° le certificat médical attestant que la personne peut être admise dans l'établissement par dérogation à la condition d'âge, selon les modalités fixées par le Collège réuni.

Les données visées à l'alinéa 1er sont conservées pendant une durée maximale d'un an à partir de la date de leur réception par Iriscare.

§ 5. Les responsables du traitement au sens de l'article 4, 7), du règlement général sur la protection des données sont :

1° les gestionnaires d'établissement pour aînés pour les données à caractère personnel visées au § 2 ;

2° Iriscare pour :

les données visées au § 2, lorsque ces données sont contenues dans des documents dont les agents visés à l'article 27 se sont fait remettre copie ou qu'ils ont emporté contre récépissé, en application de l'article 28, § 1^{er}, 1^o, b) ;

les données visées au § 4.

Le Collège réuni détermine les mesures techniques et organisationnelles que les responsables de traitement visés à l'alinéa 1^{er} doivent prendre pour protéger les données à caractère personnel conformément à l'article 32 du règlement général sur la protection des données. Le Collège réuni détermine également la forme de la conservation des données visées aux paragraphes 2 à 4, alinéa 1^{er}, ainsi que, le cas échéant, leur force probante ».

On complétera l'avant-projet par une disposition modificative apportant ces ajouts à l'article 29/1 de l'ordonnance du 24 avril 2008, éventuellement en le remplaçant.

Néanmoins, il faudra encore vérifier à cet égard si le champ d'application de l'article 29/1, § 2, alinéa 5, en projet, ne doit pas être étendu aux établissements pour aînés autres que les maisons de repos uniquement. Ensuite, l'article 29/1 doit également être complété par la mention des catégories de personnes ayant accès aux données traitées⁷. Enfin, il convient aussi de régler le délai maximum de conservation de toutes les données à caractère personnel traitées, et pas seulement de certaines catégories de données à caractère personnel, comme c'est le cas actuellement.

8. Le délégué a déclaré que l'exposé des motifs sera encore complété par une partie générale (outre le commentaire des articles).

EXAMEN DU TEXTE

Article 2

9. Le délégué a confirmé que l'adaptation du texte français de l'intitulé de l'ordonnance du 24 avril 2008, visée à l'article 2 de l'avant-projet, est fondée sur une erreur de reproduction dans la banque de données Justel, qui a entre-temps été corrigée, si bien que l'article 2 peut être omis.

Article 9

10. Le délégué a convenu que, dans le texte néerlandais de l'article 12, § 1^{er}, alinéa 4, en projet, de l'ordonnance du 24 avril 2008 (article 9 de l'avant-projet), il faut écrire « toekenningsprocedure » au lieu de « erkenningsprocedure » et que la même disposition doit renvoyer (aussi bien dans le texte néerlandais que dans le texte français) à l'article 19/5 plutôt qu'à l'article 19/4.

11. La même disposition fait mention des normes de sécurité incendie visées à l'article 11, § 1^{er}, alinéa 5, 7°, mais la disposition à laquelle il est renvoyé concerne les « normes architecturales et de sécurité ». Il est dès lors conseillé d'également faire explicitement mention des normes de sécurité incendie dans cette dernière disposition.

Cette observation s'applique *mutatis mutandis* à l'article 15 de l'avant-projet (article 19/5, alinéa 1^{er}, 2°, en projet, de l'ordonnance du 24 avril 2008).

12. L'article 12, § 2, alinéa 2, en projet, de l'ordonnance du 24 avril 2008 prévoit que lorsque le délai de notification au demandeur de la décision du Collège réuni en ce qui concerne la demande d'agrément est passé, l'agrément est réputé accordé. Il est ainsi recouru au procédé de la décision tacite.

⁷ En effet, l'article 29/1, § 2, alinéa 7, actuel, de l'ordonnance du 24 avril 2008 prévoit uniquement que le Collège réuni précise les personnes ou instances qui, au sein de l'établissement, ont accès aux données de santé susmentionnées. Si cet accès doit aussi être donné aux services du Collège réuni ou à d'autres instances, il faut le mentionner.

Même si ce procédé ne peut pas être totalement écarté lorsque la décision tacite est à l'avantage de l'intéressé, il faut néanmoins noter que pareille décision présente un certain nombre d'inconvénients. Ainsi, tout d'abord, un tel procédé ne contribue pas à la sécurité juridique, ne fût-ce qu'en raison de l'absence d'une décision écrite, ce qui pourrait donner lieu à des problèmes quant à l'administration de la preuve, et parce qu'en principe une décision tacite ne sera pas notifiée ni publiée dans les mêmes formes que les décisions expresses, avec toutes les conséquences qui en découlent en termes d'accessibilité et de contestation de telles décisions tacites. Plus particulièrement, le procédé de la décision tacite risque de ce fait d'impliquer davantage une violation des intérêts de tiers, lesquels sont susceptibles d'être affectés d'une manière certes implicite, mais non moins importante. Par ailleurs, le procédé de la décision tacite est susceptible de se heurter à l'intérêt général dans la mesure où un tel procédé peut emporter que certaines décisions soient prises de manière implicite sans s'accompagner d'une préparation minutieuse ni d'une mise en balance de tous les intérêts en présence. Enfin, ces décisions sont forcément dépourvues de motivation formelle, ce qui risque d'entraver le contrôle de légalité.

Mieux vaut dès lors revoir l'article 12, § 2, alinéa 2, en projet sur ce point.

Article 16

13. Dans le texte néerlandais de l'article 16 de l'avant-projet, on écrira « het opschrift » au lieu de « de titel ».

Article 17

14. L'article 26/1, en projet, de l'ordonnance du 24 avril 2008 (article 17 de l'avant-projet) dispose que le Collège réuni peut déterminer la procédure selon laquelle les aînés, leur représentant ou toute personne justifiant d'un intérêt peuvent introduire une plainte auprès d'Iriscare concernant le fonctionnement d'un établissement, ainsi que la procédure de traitement de ces plaintes par Iriscare.

Le délégué a convenu qu'il serait préférable que la disposition en projet accorde directement le droit d'introduire une plainte auprès d'Iriscare et habilite ensuite le Collège réuni à déterminer la procédure d'introduction et de traitement de la plainte (plutôt qu'écrire que le Collège réuni *peut* déterminer cette procédure).

Article 19

15. De l'accord du délégué, mieux vaudrait écrire dans le texte néerlandais de l'article 28/1, § 1^{er}, 2/2^o, en projet, de l'ordonnance du 24 avril 2008 (article 19 de l'avant-projet), « procedure niet naleeft » au lieu de « procedure overtreedt ».

Le délégué a répondu par l'affirmative à la question de savoir si une amende administrative de 2500 à 25.000 euros n'est pas disproportionnée pour le non-respect d'éléments moins importants, voire même purement formels, de la procédure de fermeture volontaire d'un établissement et si, peut-être, il s'agirait surtout du non-respect d'éléments de la procédure relatifs à la protection des aînés⁸. On axera par conséquent la disposition en projet sur le non-respect de tels éléments de la procédure. Le Collège réuni peut éventuellement être habilité à indiquer ces éléments lors de l'élaboration de cette procédure.

16. Dans le texte néerlandais de l'article 28/1, § 3, alinéa 2, en projet, de l'ordonnance du 24 avril 2008, on écrira « vastgesteld » au lieu de « opgesteld ».

17. Dans la même disposition, on écrira « six mois » au lieu de « trois mois », compte tenu de l'actuel article 28/1, § 3, alinéa 1^{er}, de l'ordonnance du 24 avril 2008.

18. L'article 19, 4°, de l'avant-projet doit renvoyer à l'« alinéa 4 actuel, qui devient l'alinéa 5 » au lieu de l'« alinéa 5 ancien ». En outre, les mots « alinéa 2 » doivent être remplacés par les mots « alinéa 3 » (et non « alinéa 4 »).

Article 20

19. La modification apportée par l'article 20 de l'avant-projet pourrait être mise à profit pour corriger chaque fois, dans le texte français de l'article 29 de l'ordonnance du 24 avril 2008, les mots « de la aîné » et « à la aîné » respectivement en « de l'aîné » et « à l'aîné ». Le délégué a marqué son accord sur ce point.

Articles 22 et 24

20. Le délégué a convenu que l'article 22 de l'avant-projet doit figurer dans un chapitre distinct puisqu'il ne concerne pas une modification de l'ordonnance du 24 avril 2008 mais bien de l'ordonnance du 15 décembre 2022 'modifiant l'ordonnance du 24 avril 2008 relative aux établissements d'accueil ou d'hébergement pour personnes âgées'.

21. L'article 24, alinéa 2, de l'avant-projet attribue à l'article 22 de l'ordonnance à adopter un effet rétroactif au 1^{er} janvier 2023, c'est-à-dire la date d'entrée en vigueur de l'ordonnance du 15 décembre 2022⁹. L'article 22 de l'avant-projet remplace la référence à l'article 35, faite à l'article 40, alinéa 2, de l'ordonnance citée en dernier, par une référence à l'article 36.

⁸ Voir l'article 19/4, alinéa 2, en projet, de l'ordonnance du 24 avril 2008 (article 14 de l'avant-projet).

⁹ Voir l'article 40, alinéa 1^{er}, de cette ordonnance.

21.1. L'article 35 de l'ordonnance du 15 décembre 2022 prévoit l'abrogation des articles 32 et 33 de l'ordonnance du 24 avril 2008. Dès lors que cette disposition abrogatoire avec effet rétroactif au 1^{er} janvier 2023 n'est plus mentionnée à l'article 40, alinéa 2, de l'ordonnance du 15 décembre 2022, il y a lieu de considérer qu'elle entre dans le champ d'application de la disposition d'entrée en vigueur de l'article 40, alinéa 1^{er}, de cette ordonnance et, partant, qu'elle a produit ses effets à partir du 1^{er} janvier 2023, plutôt que de considérer que le Collège réuni doit encore en fixer la date d'entrée en vigueur, comme c'est le cas selon le texte actuel de l'article 40 de l'ordonnance du 15 décembre 2022.

Le délégué a confirmé que cette rétroactivité n'est pas nécessaire. Dans ce cas, mieux vaudrait abroger la référence à l'article 35 qui est faite à l'article 40, alinéa 2, de l'ordonnance du 15 décembre 2022 et insérer, dans cet article 40, un nouvel alinéa prévoyant que, par dérogation à l'alinéa 1^{er}, l'article 35 entre en vigueur le 1^{er} janvier 2024. Ainsi, l'entrée en vigueur de l'article 35 de l'ordonnance du 15 décembre 2022 est encore réglée d'une manière transparente et sans effet rétroactif.

21.2. L'article 36 de l'ordonnance du 15 décembre 2022 prévoit l'abrogation de l'ordonnance du 13 juillet 2017 'visant à instaurer un moratoire sur le nombre de lits pour certains établissements d'accueil et d'hébergement pour personnes âgées'. Dès lors que cette disposition abrogatoire avec effet rétroactif au 1^{er} janvier 2023 sera mentionnée à l'article 40, alinéa 2, de l'ordonnance du 15 décembre 2022, elle est censée ne pas avoir produit ses effets le 1^{er} janvier 2023, conformément à l'article 40, alinéa 1^{er}, de cette ordonnance, mais le Collège réuni peut encore en fixer la date d'entrée en vigueur, conformément à l'alinéa 2 de cet article.

D'un point de vue purement juridique, l'abrogation d'une disposition abrogatoire (ainsi que la modification de son entrée en vigueur) avec effet rétroactif est possible, mais un tel procédé n'est pas transparent pour le citoyen et peut être source d'insécurité juridique. Dès lors que le délégué a déclaré qu'aucun litige n'était pendant en ce qui concerne l'abrogation de l'ordonnance du 13 juillet 2017 par l'article 36 de l'ordonnance du 15 décembre 2022, il serait préférable de reproduire les dispositions de l'ordonnance citée en premier dans un nouvel avant-projet d'ordonnance.

La question de savoir si pareille nouvelle adoption des dispositions de l'ordonnance du 13 juillet 2017 peut se voir attribuer un effet rétroactif à la date de l'abrogation de cette ordonnance, à savoir le 1^{er} janvier 2023, dépend de la question de savoir si, après cette date, des agréments ou des autorisations de mise en service ou d'exploitation ont été octroyés au-delà du nombre maximum de lits qui devait être pris en compte en exécution du moratoire concerné. Le délégué a confirmé que tel n'était pas le cas et que l'on a agi comme si le moratoire était encore d'application. Dans ce cas, la rétroactivité ne soulève aucune objection.

DE GRIFFIER - LE GREFFIER

DE VOORZITTER - LE PRÉSIDENT

Annemie GOOSSENS

Jeroen VAN NIEUWENHOVE