

Rolnummer 5121
Arrest nr. 10/2012 van 25 januari 2012

A R R E S T

In zake : de prejudiciële vragen over de ordonnantie van de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie van 24 april 2008 betreffende de voorzieningen voor opvang of huisvesting van bejaarde personen, en, in het bijzonder, artikel 11, § 1, vijfde lid, 8°, en de bepalingen van hoofdstuk III (« Erkenning ») van die ordonnantie, gesteld door de Raad van State.

Het Grondwettelijk Hof,

samengesteld uit de voorzitters R. Henneuse en M. Bossuyt, en de rechters E. De Groot, L. Lavrysen, A. Alen, J.-P. Snappe, J.-P. Moerman, E. Derycke, J. Spreutels, T. Merckx-Van Goey, P. Nihoul en F. Daoût, bijgestaan door de griffier P.-Y. Dutilleux, onder voorzitterschap van voorzitter R. Henneuse,

wijst na beraad het volgende arrest :

*

* *

I. *Onderwerp van de prejudiciële vragen en rechtspleging*

Bij arrest nr. 211.465 van 23 februari 2011 in zake de vzw « *fédération des Maisons de Repos privées de Belgique (MR-MRS)* » (afgekort : « *Femarbel* ») tegen de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie, waarvan de expeditie ter griffie van het Hof is ingekomen op 3 maart 2011, heeft de Raad van State de volgende prejudiciële vragen gesteld :

« 1. Schenden de artikelen 11 tot 19 van de ordonnantie van de Verenigde Vergadering van de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie van 24 april 2008 betreffende de voorzieningen voor opvang of huisvesting van bejaarde personen de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, in samenhang gelezen met het decreet d'Allarde van 2 en 17 maart 1791 en met de richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende diensten op de interne markt, in zoverre zij de service-residenties, de centra voor dagopvang en de centra voor nachtopvang de verplichting opleggen een voorlopige werkingsvergunning en vervolgens een erkenning te verkrijgen om hun activiteiten te kunnen uitoefenen, en ze gelijkschakelen met andere categorieën van voorzieningen voor bejaarde personen die objectief verschillend zijn, namelijk de rusthuizen, de centra voor dagverzorging, de voorzieningen die over bedden voor kortverblijf beschikken en de woningen voor bejaarden, die, van hun kant, niet aan de genoemde richtlijn worden onderworpen ?

2. Schendt de ordonnantie van 24 april 2008 betreffende de voorzieningen voor opvang of huisvesting van bejaarde personen de artikelen 10 en 11 van de Grondwet en de artikelen 6, § 1, VI, derde lid, 20 en 78 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen, al dan niet in samenhang gelezen met het in het decreet d'Allarde van 2 en 17 maart 1791 verankerde beginsel van de vrijheid van handel en nijverheid, alsook met de artikelen 43 en 49 van het EG-Verdrag en met de richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende diensten op de interne markt, in zoverre zij bepaalt dat de service-residenties die aan het stelsel van de mede-eigendom zijn onderworpen, de centra voor dagopvang en de centra voor nachtopvang het voorwerp van een programmering uitmaken ?

3. Schendt artikel 11, vierde lid [lees : § 1, vijfde lid], 8°, van de ordonnantie van de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie van 24 april 2008 betreffende de voorzieningen voor opvang of huisvesting van bejaarde personen de artikelen 128 en 138 van de Grondwet en (...) artikel 6, § 1, VI, vijfde lid, 3°, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen in zoverre het het Verenigd College ertoe machtigt aanvullende regels vast te leggen voor de bepaling van de gefactureerde prijzen ? ».

Memories zijn ingediend door :

- de vzw « *fédération des Maisons de Repos privées de Belgique (MR-MRS)* », waarvan de maatschappelijke zetel is gevestigd te 1080 Brussel, Vrijheidslaan 80;
- het Verenigd College van de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie.

De vzw « *fédération des Maisons de Repos privées de Belgique (MR-MRS)* » heeft een memorie van antwoord ingediend.

Bij beschikking van 23 november 2011 heeft het Hof de zaak in gereedheid verklaard en de dag van de terechtzitting bepaald op 13 december 2011, na de partijen te hebben uitgenodigd, in een uiterlijk op 8 december 2011 in te dienen aanvullende memorie, waarvan zij binnen dezelfde termijn een afschrift uitwisselen, te preciseren hetgeen volgt :

- de aard van de ondersteuning en verzorging die in de centra voor dagopvang en in de centra voor nachtopvang worden verstrekt;

- de kwalificaties waarover het in dergelijke instellingen aangeworven personeel moet beschikken, alsook de aard van de inmenging van de overheid - indien zij bestaat - in het beheer en de financiering ervan.

De vzw « *fédération des Maisons de Repos privées de Belgique (MR-MRS)* » en het Verenigd College van de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie hebben aanvullende memories ingediend.

Op de openbare terechtzitting van 13 december 2011 :

- zijn verschenen :

- . Mr. P. Schaffner *loco* Mr. M. Vastmans, advocaten bij de balie te Brussel, voor de vzw « *fédération des Maisons de Repos privées de Belgique (MR-MRS)* »;

- . Mr. P. Slegers, tevens *loco* Mr. P. Thiel, en Mr. B. Fonteyn, advocaten bij de balie te Brussel, voor het Verenigd College van de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie;

- hebben de rechters-verslaggevers F. Daoût en A. Alen verslag uitgebracht;

- zijn de voornoemde advocaten gehoord;

- is de zaak in beraad genomen.

De bepalingen van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Grondwettelijk Hof met betrekking tot de rechtspleging en het gebruik van de talen werden toegepast.

II. *De feiten en de rechtspleging in het bodemgeschil*

Op 15 februari 2010 verzoekt de vereniging zonder winstoogmerk « *fédération des Maisons de Repos privées de Belgique* » (afgekort : « *Femarbel* ») de Raad van State om de nietigverklaring van het besluit van het Verenigd College van de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie (afgekort : GGC) van 3 december 2009 tot vaststelling van de erkenningsnormen waaraan de voorzieningen voor opvang of huisvesting van bejaarde personen moeten voldoen alsmede tot nadere omschrijving van de groepering en de fusie en de bijzondere normen waaraan deze moeten voldoen.

Het bestreden besluit werd genomen ter uitvoering van artikel 11 van de ordonnantie van de Verenigde Vergadering van de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie van 24 april 2008 « *betreffende de voorzieningen voor opvang of huisvesting van bejaarde personen* ». In het kader van de middelen die zij voor de Raad van State uitzet, vraagt de verzoekende vzw die laatste om een eerste prejudiciële vraag aan het Hof te stellen omdat het bestreden besluit de service-residenties, de centra voor dagopvang en de centra voor nachtopvang de verplichting oplegt om over een voorlopige werkingsvergunning en over een erkenning te

beschikken om hun activiteiten te kunnen uitoefenen, terwijl de wettelijke grondslag van die verplichting, artikel 11 van de ordonnantie van 24 april 2008, ongrondwettig zou zijn. Die bepaling zou immers op discriminerende wijze afbreuk doen aan de vrijheid van handel en nijverheid alsook aan de vrijheid van dienstverlening van de betrokken voorzieningen.

De vzw vraagt eveneens dat een tweede prejudiciële vraag aan het Hof zou worden gesteld om reden dat de programmering van de service-residenties, de centra voor dagopvang en de centra voor nachtopvang niet zou zijn bepaald door de ordonnantie van 24 april 2008, of wel erdoor zou zijn bepaald maar in strijd met de Grondwet en de rechtstreeks toepasselijke internationaalrechtelijke regels, zodat zij geen grondslag zou kunnen bieden voor een erkenning voor die voorzieningen.

Ten slotte vraagt de vzw dat een derde prejudiciële vraag aan het Hof zou worden gesteld omdat de ordonnantie van 24 april 2008 de regels inzake bevoegdheidsverdeling tussen de federale Staat, de gemeenschappen en de gewesten zou schenden aangezien het prijs- en inkomensbeleid een exclusieve bevoegdheid van de federale overheid is en het optreden van de GGC de bevoegdheid van de federale minister van Economische Zaken om de prijsaanpassingen te bepalen die door de bewoners van bejaardenvoorzieningen moeten worden betaald, niet zou kunnen beperken.

III. *In rechte*

- A -

Ten aanzien van de eerste prejudiciële vraag

A.1.1. De vzw «Femarbel» verwijt de artikelen 11 tot 19 van de ordonnantie van 24 april 2008 betreffende de voorzieningen voor opvang of huisvesting van bejaarde personen dat zij het mogelijk maken dat het besluit van 3 december 2009 erkenningsnormen oplegt voor de service-residenties, de residentiële gebouwen, de centra voor dagopvang en de centra voor nachtopvang. De ordonnantie zou op die manier leiden tot een gelijkschakeling van, enerzijds, de service-residenties, de residentiële gebouwen, de centra voor dagopvang en de centra voor nachtopvang en, anderzijds, de rust- en verzorgingstehuizen, terwijl die twee categorieën van voorzieningen niet objectief vergelijkbaar zouden zijn.

De afdeling wetgeving van de Raad van State zou zelf hebben bevestigd dat niet ervan kan worden uitgegaan dat de eerste categorie van voorzieningen tot de diensten van de gezondheidszorg behoort.

A.1.2. De verzoekende partij voor de verwijzende rechter benadrukt dat de centra voor dagopvang en de centra voor nachtopvang, alsook de service-residenties niet worden gefinancierd door het Rijksinstituut voor Ziekte- en Invaliditeitsverzekering (Riziv). Bijgevolg zou niet kunnen worden verantwoord dat zij aan een erkenning worden onderworpen. Het vereiste kwaliteitsniveau zou voldoende worden gewaarborgd door het spel van de concurrentie, aangezien het om een commerciële dienst gaat.

A.1.3. Ten slotte zou, teneinde de richtlijn 2006/123/EG van 12 december 2006 betreffende diensten op de interne markt in acht te nemen, volgens de verzoekende partij voor de verwijzende rechter moeten worden aangetoond dat er geen waarborg bestaat die even doeltreffend is als en minder restrictief dan de controle vooraf waarin de in het geding zijnde ordonnantie voorziet, zoals een controle achteraf. Dat zou geenszins worden aangetoond in de parlementaire voorbereiding van die ordonnantie.

A.2.1. In haar memorie verwijst de GGC naar het advies van de Raad van State betreffende het ontwerpbesluit van het Verenigd College van de GGC, dat het besluit van 3 december 2009 is geworden. In dat advies heeft de Raad van State onderstreept dat de Gemeenschap bevoegd is om de organieke wetgeving en de algemene erkenningsnormen voor voorzieningen voor opvang en huisvesting van bejaarde personen te bepalen, met toepassing van artikel 5, § 1, II, 5°, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen. Het is ter uitvoering van die bevoegdheid dat de in het geding zijnde ordonnantie van 24 april 2008 zou zijn aangenomen.

Uit de parlementaire voorbereiding van de ordonnantie en uit het erin vermelde begrip « voorziening » zou blijken dat de GGC een wetgevend kader wilde bieden aan alle bejaardenvoorzieningen die onder de bevoegdheid van de GGC vallen. De GGC wilde eveneens de bestaande wetgevingen betreffende die voorzieningen, alsook de regels betreffende de subsidiëring ervan actualiseren.

De GGC voert aan dat het voor de Raad van State bestreden besluit geenszins de voorwaarden voor programmering van die voorzieningen bepaalt, maar enkel betrekking heeft op de erkenningsnormen. Zij wijst erop dat, om te worden erkend, een voorziening in overeenstemming moet zijn met, enerzijds, de normen die door de federale overheden zijn vastgesteld en, anderzijds, de normen die het Verenigd College kan vaststellen voor elke categorie van voorzieningen. In dat verband zouden de erkenningsnormen die uitgaan van de federale overheid een ander voorwerp dekken dan die welke uitgaan van de bicommunautaire wetgever.

De GGC wijst erop dat die aangelegenheid, in het Waalse Gewest, het voorwerp heeft uitgemaakt van een decreet van 30 april 2009 betreffende de opvang en de huisvesting van bejaarde personen. Dat decreet werd ter beoordeling voorgelegd aan het Hof, dat hieromtrent het arrest nr. 135/2010 van 9 december 2010 heeft gewezen. De GGC wijst erop dat de verzoekende partij voor de verwijzende rechter geen beroep heeft ingesteld tegen de ordonnantie van 24 april 2008.

A.2.2. Wat meer in het bijzonder de eerste prejudiciële vraag betreft, geeft de GGC aan dat zij, naar haar mening, ontkennend dient te worden beantwoord. Zij wijst erop dat de in de vraag bedoelde richtlijn 2006/123/EG de bestaande Europese instrumenten, *in casu* artikel 49 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie waarbij de vrijheid van vestiging is vastgelegd, en artikel 56 van hetzelfde Verdrag dat betrekking heeft op het vrij verrichten van diensten, aanvult. De richtlijn zou eveneens de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie formaliseren in een wettekst. De richtlijn zou dus niet tot doel hebben een nieuw wetgevend kader in te voeren.

Door middel van de richtlijn zou de Europese wetgever de lidstaten verplichten belemmeringen voor het vrij verkeer van diensten en voor de vrijheid van vestiging, die zij in hun interne rechtsorde tot stand kunnen brengen, te beperken. Artikel 9 van de richtlijn zou aldus de lidstaten verplichten na te gaan of het noodzakelijk is om een vergunningsstelsel te behouden.

De Dienstenrichtlijn zou uitdrukkelijk een reeks diensten van haar toepassingsgebied uitsluiten. De GGC voert aan dat de uitsluiting, van het toepassingsgebied van die richtlijn, van de diensten van de gezondheidszorg en van de sociale diensten slechts een geringe impact zou hebben op de verplichtingen die ervoor gelden. De richtlijn zou immers hoofdzakelijk ertoe strekken de principes die door het Europese Hof van Justitie zijn omlinjd inzake vergunningsstelsel voor een dienst, te formaliseren, teneinde een interne dienstenmarkt tot stand te brengen. De door het Hof van Justitie omlinjd principes zijn echter eveneens van toepassing op de diensten van de gezondheidszorg en op de sociale diensten. De GGC betwist bijgevolg niet dat bepaalde voorzieningen die door het bestreden besluit worden beoogd, wel degelijk binnen het toepassingsgebied van de richtlijn vallen.

A.2.3. Wat het onderzoek van de in de prejudiciële vraag aangeklaagde identieke behandeling betreft, betwist de GGC niet dat een erkenning gelijkstaat met een vergunning in de zin van artikel 9 van de Dienstenrichtlijn, noch dat zulk een erkenning de vrijheid van handel en nijverheid enigszins beperkt.

De GGC wijst erop dat de ordonnantie van 24 april 2008 de bejaarden beoogt en dat alle betrokken voorzieningen gemeen hebben dat zij voor de huisvesting van die personen bestemd zijn. De zogenaamde discriminaties en belemmeringen zouden dus moeten worden onderzocht in het licht van het doel van bescherming gericht op de eigen behoeften van bejaarden. Rekening houdend met het feit dat alle door de ordonnantie beoogde instellingen bestemd zijn voor de huisvesting van bejaarden, zou het niet discriminerend zijn om identieke situaties identiek te behandelen.

De GGC wijst nog erop dat de in de ordonnantie van 24 april 2008 beoogde voorzieningen die gezondheidszorg verstrekken aan bejaarden, eveneens onderworpen zijn aan aanvullende erkenningsnormen die uitgaan van de federale overheid. Welnu, de normen die zijn uitgevaardigd inzake gezondheidszorg, verantwoord een specifieke financiering door het Riziv. Die financiering door het Riziv zou echter beantwoorden aan het beleid inzake zorgverstrekking en zou geen betrekking hebben op het beleid inzake bijstand aan bejaarden.

A.2.4. De GGC geeft vervolgens aan dat een erkenning van de in de ordonnantie beoogde voorzieningen in zoverre zij bejaarden opvangen en huisvesten, zou beantwoorden aan zowel vereisten inzake bescherming van de

afnemers van de aangeboden diensten als doelstellingen van sociaal beleid. Die doelstellingen zouden evenwel dwingende redenen van algemeen belang vormen. Het principe zou in het Belgische recht zijn erkend door de bijzondere wetgever, alsook in de parlementaire voorbereiding van het Waalse decreet van 30 april 2009 betreffende de opvang en de huisvesting van bejaarde personen. Dat principe zou eveneens zijn bevestigd in het arrest van het Hof nr. 135/2010 van 9 december 2010.

Wat de evenredigheid van de maatregel betreft, wordt door de GGC aangevoerd dat het opleggen van een voorafgaande vergunning evenredig zou zijn met het doel van de wetgever omdat dit doel niet kan worden bereikt door een gewone voorafgaande verklaring en/of een controle achteraf. Door het commerciële karakter van de dienst zou men geenszins kunnen stellen dat zulk een controle zou volstaan. Dat standpunt zou eveneens zijn bevestigd in het voormelde arrest nr. 135/2010 van het Hof.

De GGC onderstreept dat de wetgever te dezen heeft voorzien in een procedure voor erkenning van de voorzieningen, in twee fasen : de toekenning van de voorlopige werkingsvergunning, en die van de erkenning. De bicommunautaire wetgever zou op die manier, na een noodzakelijke afweging van de belangen, de weg hebben gekozen die hij het minst bindend achtte om zijn doel te bereiken.

De GGC voert verder nog aan dat de artikelen 11 tot 19 van de ordonnantie van 24 april 2008 evenmin leiden tot een onevenredige aantasting van de vrijheid van handel en nijverheid van de uitbaters van bejaardenvoorzieningen en, in het bijzonder, van de uitbaters van service-residenties, centra voor dagopvang en centra voor nachtopvang. De GGC steunt haar bewering op hetzelfde arrest nr. 135/2010 van het Hof.

A.3.1. In haar memorie van antwoord voert de vzw «Femarbel» aan dat de GGC verwarring tracht te scheppen tussen de afnemer van de diensten die worden aangeboden door de dienstverrichters die in de in het geding zijnde ordonnantie worden beoogd - *in casu* de bejaarden -, en de adressaat van de in het geding zijnde norm. Het zou met betrekking tot die laatste zijn dat moet worden onderzocht of het opleggen van een erkenning aanleiding kan geven tot discriminatie. Ook al zijn alle voorzieningen die door de ordonnantie worden beoogd bestemd voor opvang van bejaarden, toch zouden zij wezenlijk verschillende kenmerken vertonen, meer bepaald wat de behandeling ervan betreft in het licht van de richtlijn 2006/123/EG, de aangeboden diensten en de financiering ervan.

Zoals de afdeling wetgeving van de Raad van State in herinnering zou hebben gebracht, zouden de service-residenties, de centra voor dagopvang en de centra voor nachtopvang niet op dezelfde wijze als de rust- en verzorgingstehuizen kunnen worden beschouwd als diensten van de gezondheidszorg, maar zou dus moeten worden geoordeeld dat zij commerciële diensten in de zin van de richtlijn verrichten.

A.3.2. Meer algemeen zou nog moeten worden vastgesteld dat, ook al bieden alle beoogde voorzieningen diensten aan bejaarden aan, zij niet allemaal gezondheidszorg verstrekken aan hun bewoners, en bijgevolg niet dezelfde infrastructuur impliceren. Het zou dus aangewezen zijn die voorzieningen anders te behandelen dan de rust- en verzorgingstehuizen en de dagverzorgingscentra.

Ten slotte benadrukt de verzoekende vzw voor de verwijzende rechter dat de categorieën van voorzieningen die door de ordonnantie worden beoogd, niet allemaal op identieke wijze worden gefinancierd omdat de service-residenties, de centra voor dagopvang en de centra voor nachtopvang niet worden beschouwd als diensten van de gezondheidszorg en bijgevolg niet door het Riziv worden gefinancierd.

A.3.3. Wat betreft het doel dat een dwingende reden van algemeen belang vormt, zou moeten worden vastgesteld dat de parlementaire voorbereiding van de ordonnantie van 24 april 2008 daarover niets vermeldt, zodat zulk een reden de identieke behandeling die in de prejudiciële vraag wordt aangeklaagd, niet zou kunnen verantwoorden. De evenredigheid van de maatregel zou evenmin blijken uit de parlementaire voorbereiding van de ordonnantie. Welnu, de enkele bewering dat een controle achteraf niet zou toelaten om op identieke wijze de fundamentele belangen die de ordonnantie, en bijgevolg de bestreden akte, willen beschermen, te garanderen, zou niet kunnen volstaan om aan te tonen dat het doel niet door minder bindende maatregelen zou kunnen worden bereikt. Het gaat er niet om aan te tonen dat een andere maatregel dan een erkenning op identieke wijze de in het geding zijnde belangen kan vrijwaren, maar wel na te gaan of dat alternatief voor de maatregel die de wetgever heeft gekozen, die belangen voldoende kan vrijwaren.

Er wordt op gewezen dat, indien een voorziening binnen een categorie van voorzieningen valt waarvoor het Verenigd College een programmering heeft vastgesteld (artikel 6 van de ordonnantie van 24 april 2008), de toekenning van een specifieke vergunning tot ingebruikneming en exploitatie reeds toelaat een controle van de

voorziening en de inachtneming van een aantal normen door die laatste te verzekeren. Die controle omvat een kwalitatieve beoordeling van diensten voor bejaarden en zou kunnen aantonen dat een controle achteraf niet noodzakelijk ondoeltreffend of onvoldoende zou zijn om het doel van de ordonnantie te vrijwaren.

A.3.4. De vzw « Femarbel » beklemtoont ten slotte dat artikel 11 van de ordonnantie het Verenigd College machtigt om erkenningsnormen aan te nemen in een twaalfstal aangelegenheden die geen verband houden met vereisten inzake volksgezondheid. Die normen zijn echter vatbaar voor interpretatie en laten een ruime beoordelingsbevoegdheid aan de overheid. De in de prejudiciële vraag beoogde bepalingen onderwerpen het vergunningsstelsel voor dienstenactiviteiten op strikte wijze aan precieze voorwaarden die te dezen duidelijk niet zouden worden vervuld omdat zij geen beoordelingsbevoegdheid voor de overheid toestaan.

Het arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie nr. C-169/07 van 10 maart 2009 wordt ter ondersteuning van dat argument geciteerd.

Ten aanzien van de tweede prejudiciële vraag

Wat de ontvankelijkheid van de vraag betreft

A.4.1. In haar memorie voert de GGC in hoofdorde aan dat de vraag gedeeltelijk onontvankelijk is.

Zo zou, in de veronderstelling dat de programmeringsnormen die zijn uitgevaardigd bij de ordonnantie van 24 april 2008 ongrondwettig worden verklaard of strijdig met het internationaal recht, een dergelijke vaststelling van ongrondwettigheid en/of van schending van een supranationale norm op geen enkele wijze gevolgen kunnen hebben voor de geldigheid van het voor de verwijzende rechter bestreden besluit van 3 december 2009. Dat besluit legt immers enkel erkenningsvoorwaarden ten uitvoer die onderscheiden zijn van de programmeringsvoorwaarden.

Indien de tweede vraag toch nuttig zou blijken, zou nog moeten worden vastgesteld dat het niet de bestreden ordonnantie is, maar wel het uitvoeringsbesluit ervan, dat in de mogelijkheid voorziet dat de service-residenties die aan het stelsel van mede-eigendom zijn onderworpen, de centra voor dagopvang en de centra voor nachtopvang het voorwerp van een programmering uitmaken. Het Hof zou zich bijgevolg onbevoegd moeten verklaren om over die vraag uitspraak te doen.

A.4.2. In haar memorie van antwoord herinnert de vzw « Femarbel » aan de rechtspraak van het Hof volgens welke het enkel aan de verwijzende rechter staat om uitspraak te doen over de toepasbaarheid van een voor hem aangevoerde norm, en om in voorkomend geval te beslissen of het Hof over die norm moet worden ondervraagd. Ook al onderzoekt het Hof soms de pertinentie van een vraag, toch mag die toetsing slechts marginaal zijn. De verzoekende vzw neemt de redenering van de verwijzende rechter over en wijst erop dat, te dezen, de pertinentie van de tweede vraag die aan het Hof wordt gesteld, daadwerkelijk door het verwijzende rechtscollege werd onderzocht, wat een ernstige aanwijzing voor die pertinentie zou zijn.

De verzoekende vzw wijst eveneens erop dat de tweede vraag steunt op de combinatie van een verplichting tot programmering en een erkenning, en het Grondwettelijk Hof ondervraagt over het bestaan van een eventuele discriminatie in zoverre de ordonnantie van 24 april 2008 twee categorieën van verschillende voorzieningen, *in casu* die welke het voorwerp van een programmering uitmaken en die welke dat niet doen, op dezelfde manier behandelt (het opleggen van een erkenning). De vraag zou bijgevolg niet losstaan van het geschil dat hangende is voor de Raad van State.

Ten gronde

A.5.1. De vzw « Femarbel » wijst erop dat de service-residenties die onderworpen zijn aan de wetgeving betreffende de mede-eigendom, alsook de centra voor dagopvang en de centra voor nachtopvang niet het voorwerp uitmaken van een programmering, zoals in artikel 4 van de ordonnantie van 24 april 2008 wordt gepreciseerd. De andere voorzieningen voor opvang en huisvesting van bejaarden maken wel het voorwerp van zulk een programmering uit. Een erkenning opleggen aan beide categorieën van voorzieningen zou discriminerend zijn. Een dergelijke discriminatie zou niet alleen betrekking hebben op de voorzieningen die niet het voorwerp van een programmering uitmaken, maar ook op de voorzieningen waarvoor op ongrondwettige wijze een programmering is bepaald. De verzoekende vzw voor de verwijzende rechter vraagt zich immers af of

het te verantwoorden is dat de service-residenties die niet aan het stelsel van mede-eigendom zijn onderworpen, de centra voor dagopvang en de centra voor nachtopvang het voorwerp uitmaken van een programmering terwijl die categorieën van voorzieningen commerciële diensten aanbieden in de zin van de richtlijn 2006/123/EG. Ook hier stelt de vzw « Femarbel » dat er geen dwingende reden van algemeen belang is die kan verantwoorden dat de service-residenties, de centra voor dagopvang en de centra voor nachtopvang aan een erkenningsverplichting worden onderworpen.

A.5.2. In haar memorie voert de GGC aan dat de verplichting tot programmering niet voortvloeit uit de in het geding zijnde ordonnantie, zodat de tweede vraag op een verkeerd postulaat steunt. De ordonnantie voorziet immers enkel in de mogelijkheid, voor het Verenigd College, om die weg op te gaan. De discriminatie die door de vzw « Femarbel » wordt aangevoerd, zou bijgevolg enkel kunnen worden afgeleid uit de manier waarop het Verenigd College de mogelijkheid die de ordonnantie van 24 april 2008 aan dat College toekent, heeft willen toepassen. De prejudiciële vraag zou dus ontkenkend moeten worden beantwoord.

De GGC wijst nog erop dat de programmering en de erkenning uitgaan van een verschillende logica en door de ordonnantie van 24 april 2008 in onderscheiden hoofdstukken worden behandeld. Zo zijn de programmeringscriteria instrumenten die ertoe strekken het huisvestingsaanbod te reguleren, terwijl de erkenning betrekking heeft op de kwaliteit van die huisvesting. De verplichting tot erkenning zou perfect kunnen worden verantwoord voor de voorzieningen die niet het voorwerp van een programmering uitmaken.

Wat de zogenaamde schending van de artikelen 6, § 1, VI, derde lid, 20 en 78 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen betreft, zou meteen moeten worden vastgesteld dat de in het geding zijnde ordonnantie betrekking heeft op een aangelegenheid die men als persoonsgebonden kan kwalificeren, en niet op een economische aangelegenheid zoals bedoeld in het voormelde artikel 6.

De GGC wijst erop dat de Raad van State, in zijn advies over het voorontwerp van ordonnantie, geen enkele opmerking heeft geformuleerd over een zogenaamde schending van de bevoegdheidsverdelende regels. De GGC steunt haar argumentatie eveneens op het voormelde arrest nr. 135/2010 van het Hof.

A.5.3. In haar memorie van antwoord herhaalt de vzw « Femarbel » dat niets verantwoordt dat in een identieke behandeling wordt voorzien voor de bejaardenvoorzieningen die het voorwerp uitmaken van een programmering en die welke niet het voorwerp daarvan uitmaken. Geen enkele dwingende reden van algemeen belang zou overigens verantwoorden dat de service-residenties, de centra voor dagopvang en de centra voor nachtopvang aan een erkenningsverplichting worden onderworpen.

Louter beweren, zoals het Verenigd College in zijn memorie doet, dat de erkenningsverplichting perfect kan worden verantwoord voor voorzieningen die niet het voorwerp uitmaken van een programmering, zou onvoldoende zijn om de identieke behandeling van de bejaardenvoorzieningen, in het licht van het vergunningsstelsel dat bij de in het geding zijnde ordonnantie is ingevoerd, te verantwoorden.

Ten aanzien van de derde prejudiciële vraag

A.6.1. De vzw « Femarbel » onderstreept dat artikel 11, § 1, vijfde lid, 8°, van de ordonnantie van 24 april 2008 het Verenigd College machtigt om aanvullende regels vast te leggen voor de bepaling van de gefactureerde prijzen, en dat College onder meer in staat stelt om op imperatieve wijze te preciseren welke elementen gedekt worden door de dagprijs en welke kosten bovenop de dagprijs kunnen worden aangerekend hetzij als toeslagen hetzij als voorschotten ten gunste van derden.

Volgens de verzoekende partij voor de verwijzende rechter zou zulk een machtiging strijdig zijn met artikel 6, § 1, VI, vijfde lid, 3°, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980.

De omstandigheid dat de afdeling wetgeving van de Raad van State in dat verband geen enkele opmerking zou hebben geformuleerd, zou niet relevant zijn. Bepalen wat de prijs voor huisvesting en opvang moet omvatten, zou noodzakelijkerwijs een rechtstreekse weerslag hebben op het niveau van die prijs. Alleen de federale minister van Economische Zaken zou echter bevoegd zijn om de prijzen te bepalen en een eventuele verhoging te aanvaarden.

A.6.2. In haar memorie wijst de GGC erop dat het Hof zich reeds over een identieke kwestie heeft uitgesproken in zijn arrest nr. 26/99 van 3 maart 1999, waarbij het besloot dat er geen schending was van de

bevoegdheidverdelende regels. De redenering die door het Hof werd gevolgd zou te dezen volledig kunnen worden overgenomen, zodat de derde prejudiciële vraag ontkennend zou moeten worden beantwoord.

A.6.3. In haar memorie van antwoord wijst de vzw « Femarbel » erop dat, in het door het GGC geciteerde arrest van het Hof, bij dat laatste beroep was ingesteld tot vernietiging van artikel 5, § 2, 2°, van het decreet van het Waalse Gewest van 5 juni 1997 betreffende de rustoorden, de serviceflats en de dagcentra voor bejaarden en houdende oprichting van de « Conseil wallon du troisième âge ». Volgens de verzoekende vzw voor de verwijzende rechter zou echter moeten worden vastgesteld dat zowel de identiteit van de auteur van de norm als de in het geding zijnde norm zelf niet identiek zijn. Zo werd, in het arrest van het Hof, bij de in het geding zijnde bepaling de Regering gemachtigd om erkenningsnormen voor de rustoorden te bepalen, waaronder de « aanpassingsmodaliteiten van de huisvestings- of opvangprijs ». Het Hof heeft de draagwijdte van die termen onderzocht op basis van de parlementaire voorbereiding van het decreet.

Volgens de vzw « Femarbel » machtigde de voor het Hof in het geding zijnde bepaling de Waalse Regering niet om rechtstreeks in te grijpen in de huisvestings- of opvangprijs, maar wel om modaliteiten te bepalen voor de toepassing van een prijsverhoging die zouden zijn goedgekeurd door de federale minister die bevoegd is inzake prijsbeleid teneinde het effect van zulk een verhoging te verzachten. De machtiging die voor het Verenigd College is gecreëerd bij artikel 11, vierde lid, 8°, van de ordonnantie van 24 april 2008, zou echter veel verder gaan dan het louter bepalen van de aanpassingsmodaliteiten van de huisvestings- of opvangprijs in de zin van het decreet van het Waalse Gewest van 5 juni 1997. De machtiging aan het Verenigd College zou het immers in staat stellen om rechtstreeks invloed uit te oefenen op het prijsniveau, waardoor werkelijk inbreuk zou worden gemaakt op de federale bevoegdheid inzake prijsbeleid.

Aanvullende memorie van de vzw « Femarbel »

A.7.1. Ten aanzien van de eerste aanvullende vraag die aan de partijen is gesteld over de aard van de ondersteuning en verzorging die worden verstrekt in de centra voor dagopvang en in de centra voor nachtopvang, preciseert de vzw « Femarbel » dat die centra gebouwen zijn die zijn gesitueerd in afzonderlijke lokalen binnen eenzelfde rusthuis of een rust- en verzorgingstehuis, of in voorkomend geval functioneel daarmee zijn verbonden, en bejaarden ouder dan 60 jaar opvangen. In beide soorten voorzieningen kunnen de bejaarden een familiale en huishoudelijke verzorging en eventueel een therapeutische verzorging genieten. Het betreft een gerichte opvang die ertoe strekt de bejaarden thuis te houden waarbij tegelijk de afzondering, het sedentair leven en het geleidelijke verlies van autonomie wordt bestreden. Het gaat niet om structuren die verzorging bieden aan bejaarden. Dergelijke centra vergen dus geen ingewikkelde structuren op het vlak van uitrusting en verzorgingspersoneel, zelfs indien de bejaarden die er worden opgevangen, toegang kunnen hebben tot de verzorging die hun gezondheidstoestand vereist.

A.7.2. Wat de tweede aanvullende vraag betreft die aan de partijen is gesteld, verwijst de vzw « Femarbel » naar artikel 224 van het besluit van het Verenigd College tot vaststelling van de erkenningsnormen waaraan de voorzieningen voor opvang of huisvesting van bejaarde personen moeten voldoen. De vzw benadrukt dat, behalve de vereiste om te beschikken over een brevet van EHBO'er, niets is gepreciseerd ten aanzien van het personeel van de centra voor dagopvang. Alleen de aanwezigheid van een directeur is eveneens vereist.

Er wordt ook verwezen naar artikel 190 van het besluit van het Verenigd College, waarin wordt gepreciseerd dat de voorziening moet beschikken over voldoende verpleegkundig, verzorgend en paramedisch personeel om voortdurend, zowel overdag als 's nachts, voor het toezicht op en de verzorging van de bejaarde personen in te staan.

A.7.3. Wat de financiering en het beheer van die centra betreft, is er voor die laatste geen enkele financiering vanwege het Riziv in zoverre zij niet worden beschouwd als gezondheidsdiensten. Hooguit kunnen zij subsidies genieten overeenkomstig de artikelen 20, 21 en 22 tot 26 van de ordonnantie van 24 april 2008 betreffende de voorzieningen voor opvang of huisvesting van bejaarde personen.

Aanvullende memorie van de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie

A.8.1. Wat de aard van de in de centra voor dagopvang en de centra voor nachtopvang verstrekte hulp betreft, zou uit de parlementaire voorbereiding van de in het geding zijnde ordonnantie alsook uit het besluit van

het Verenigd College van 3 december 2009 blijken dat de aard van de beoogde hulp betrekking heeft op de begeleiding van de bejaarde bij het verrichten van alle handelingen van zijn dagelijks leven die hij wegens zijn autonomieverlies niet helemaal alleen kan uitvoeren.

Wat de verstrekte verzorging betreft, zou, voor de centra voor dagopvang, uit het besluit van 3 december 2009 voortvloeien dat die verzorging bestaat « in de uitvoering, in een context van continuïteit van de zorgverstrekkingen na raadpleging van de bejaarde zelf, van de ‘richtlijnen’ van de behandelende arts betreffende het verstrekken van een voorgeschreven verzorging of geneesmiddel ».

Wat de centra voor nachtopvang betreft, zou eveneens uit de bepalingen van het besluit van het Verenigd College van 3 december 2009 voortvloeien dat de verstrekte zorg bestaat in het uitvoeren van de instructies van de persoonlijke arts van de opgevangen persoon. Het betreft derhalve een materiële bijstand aan die persoon opdat die de door zijn behandelende arts voorgeschreven behandeling zou volgen.

A.8.2. Wat de vereiste beroepskwalificaties van het aangeworven personeel betreft, preciseert de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie in de eerste plaats dat, in tegenstelling tot wat de door het Hof gestelde vraag suggereert, het personeel niet noodzakelijk rechtstreeks wordt « aangeworven » door het centrum voor dagopvang of het centrum voor nachtopvang.

Wat het centrum voor dagopvang betreft, is het personeel niet ertoe gehouden vooraf een bepaald diploma te behalen, behalve het brevet van EHBO'er. Het is eveneens onderworpen aan de verplichting om een voortgezette opleiding van minstens 30 uur per jaar te volgen, waarvan het programma door de bevoegde ministers wordt erkend.

Wanneer een bepaalde zorgverstrekking noodzakelijk blijkt, rekening houdend met de voorschriften van de behandelende arts, bepaalt artikel 213 van het besluit van het Verenigd College van 3 december 2009 dat een beoefenaar van de verpleegkunde zorgt voor de verdeling en de toediening aan de bejaarde persoon van de door de behandelende arts voorgeschreven geneesmiddelen.

De directeur van het centrum voor dagopvang is onderworpen aan afzonderlijke beroepsvereisten. Er zijn twee mogelijkheden. Ofwel is de directeur rechtstreeks verbonden aan het centrum voor dagopvang en dan zal hij minstens houder moeten zijn van een diploma niet-universitair hoger onderwijs en een opleiding van honderd uur moeten volgen waarbij het slagen daarvoor wordt bevestigd door een getuigschrift, ofwel is de directeur ook directeur van het rusthuis, waarbij hij dan moet beantwoorden aan de beroepsvereisten om die functie uit te oefenen.

Voor de centra voor nachtopvang wordt in de eerste plaats onderstreept dat dergelijke centra zich moeten bevinden binnen een rusthuis dat gedurende de nacht opvang biedt. In die mate preciseren de artikelen 245 tot 247 van het besluit van 3 december 2009 dat de directeur dezelfde moet zijn als die van het rusthuis waarin het centrum is ondergebracht. Hij moet minstens houder zijn van een diploma niet-universitair hoger onderwijs en een opleiding volgen van minstens vijfhonderd uur bij een universiteit of opleidingscentrum dat is erkend door de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie of een andere gemeenschap of bevoegde gemeenschapscommissie. Hij zal eveneens moeten deelnemen aan een voortgezette opleiding van minstens drie dagen per jaar, die door een getuigschrift wordt bevestigd.

Van het personeel van het centrum voor nachtopvang wordt geen enkele beroepskwalificatie geëist voor de taken in de keuken, het restaurant, de linnenkamer, de wasserij en het technisch onderhoud, de netheid en de hygiëne van de lokalen. Daarentegen kan alleen het verpleegkundig, verzorgend en paramedisch personeel instaan voor het toezicht en de verzorging van de bejaarden.

Er wordt verwezen naar artikel 192 van het besluit van het Verenigd College zoals het is gewijzigd in september 2011.

A.8.3. Ten aanzien van de aard van het optreden van de overheid in het beheer van de centra voor dagopvang en de centra voor nachtopvang gaat het Verenigd College uit van het beginsel dat het Hof met overheid alleen de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie heeft willen beogen. Het preciseert dat alleen de erkenningsnormen bij de ordonnantie zijn bepaald. Die hebben effectief gevolgen voor het beheer van de beoogde voorzieningen.

Wat ten slotte de aard van het optreden van de overheid in de financiering van de centra voor dagopvang en de centra voor nachtopvang betreft, is het Verenigd College ook hier van mening dat het Hof met « overheid » alleen de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie heeft willen beogen. Het wijst erop dat de investeringssubsidies bepaald in de ordonnantie van 24 april 2008 de vorm zullen aannemen van ofwel een tegemoetkoming in de kostprijs van de bouw, de uitbreiding, de verbouwing of de uitrusting, ofwel een toekenning van de waarborg van de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie voor de terugbetaling van de leningen of andere schulden die zijn aangegaan voor de financiering van de werkzaamheden die worden gesubsidieerd overeenkomstig artikel 22 van de ordonnantie.

De werkingssubsidies zijn specifiek voor de centra voor dagverzorging, de centra voor dagopvang en de centra voor nachtopvang en zijn verbonden aan de naleving van de door het Verenigd College vastgestelde erkenningsnormen.

Er wordt verwezen naar het besluit van het Verenigd College van 7 mei 2009 « tot bepaling van de regels betreffende de verschillende vormen van financiële tegemoetkoming van de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie in de bouw, de uitbreiding, de verbouwing of de uitrusting van gebouwen bestemd voor de uitoefening van de activiteiten van de voorzieningen bedoeld in de ordonnantie van 24 april 2008 betreffende de voorzieningen voor opvang of huisvesting van bejaarde personen », voor wat de centra voor nachtopvang betreft.

De voorwaarden inzake de investeringssubsidies voor de centra voor dagopvang zijn in dit stadium niet geregeld door het Verenigd College.

- B -

B.1.1. Aan het Hof zijn drie prejudiciële vragen gesteld over de ordonnantie van de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie van 24 april 2008 betreffende de voorzieningen voor opvang of huisvesting van bejaarde personen.

De derde vraag heeft betrekking op de overeenstemming van artikel 11, § 1, vijfde lid, 8°, van de voormelde ordonnantie met de bevoegdheidverdelende regels, terwijl de eerste twee vragen betrekking hebben op de bestaanbaarheid van andere artikelen van dezelfde ordonnantie met het beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie.

B.1.2. Het onderzoek van de overeenstemming van een wetskrachtige bepaling met de bevoegdheidverdelende regels moet in beginsel dat van de bestaanbaarheid ervan met de bepalingen van titel II en met de artikelen 170, 172 en 191 van de Grondwet voorafgaan.

B.1.3. Het Hof beantwoordt bijgevolg eerst de vraag in verband met de bevoegdheidverdelende regels.

Ten aanzien van de bevoegdheidverdelende regels

B.2. Met de derde prejudiciële vraag wenst het verwijzende rechtscollege te vernemen of artikel 11, § 1, vijfde lid, 8°, van de in het geding zijnde ordonnantie de artikelen 128 en 138 van de Grondwet en artikel 6, § 1, VI, vijfde lid, 3°, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen schendt, in zoverre het het Verenigd College van de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie ertoe machtigt aanvullende regels vast te stellen voor het bepalen van de gefactureerde prijzen.

B.3.1. Het in het geding zijnde artikel 11 legt de erkenningsvoorwaarden vast waaraan de in artikel 2, 4°, van de ordonnantie beoogde voorzieningen moeten beantwoorden.

Het vierde en het vijfde lid van het voormelde artikel 11, § 1, bepalen :

« Om te worden erkend door het Verenigd College, moet de voorziening in voorkomend geval voldoen aan de door de bevoegde federale overheid opgelegde normen alsook aan de normen die het Verenigd College, na advies van de afdeling, kan opleggen voor iedere categorie van voorzieningen bedoeld in artikel 2, 4°.

Die normen hebben betrekking op :

1° de opname en de opvang van de bejaarde personen;

2° het respect voor de bejaarde, zijn grondwettelijke en wettelijke rechten en vrijheden, rekening houdend met zijn gezondheid en zijn recht op een menswaardig leven, ook op seksueel en affectief vlak, met name het verbod voor de voorziening of de personeelsleden om het beheer van het geld en van de goederen van de bejaarde persoon of van zijn vertegenwoordiger of hun inbewaargeving te eisen of te aanvaarden, zijn recht om zich vrij te verplaatsen en slechts de bezoekers van zijn keuze te ontvangen, zijn recht om vrij over zijn bezittingen te beschikken, zonder afbreuk te doen aan de beperkingen van die rechten en vrijheden door of krachtens de wet, het decreet of de ordonnantie;

3° het leefproject alsook de wijzen van participatie en voorlichting van de bejaarde personen of van hun vertegenwoordiger;

4° het onderzoek en de behandeling van de klachten van de bejaarde personen of van hun vertegenwoordiger;

5° de voeding, de hygiëne en de zorgverstrekking;

6° het aantal, de kwalificatie, het opleidingsplan, de moraliteit en de minimale aanwezigheidsvereisten voor het personeel en de directie en, voor wat die laatste betreft, de vereiste ervaringsvoorwaarden;

7° behalve de in artikel 2, 4°, b), β, bedoelde voorzieningen, de architectonische en veiligheidsnormen die specifiek gelden voor de voorzieningen;

8° behalve in de in artikel 2, 4°, b), β, bedoelde voorzieningen, de overeenkomst voor opvang of huisvesting. Het Verenigd College bepaalt de inhoud ervan.

De overeenkomst moet onder meer duidelijk en uitputtend vermelden welke elementen gedekt worden door de dagprijs en welke kosten kunnen aangerekend worden hetzij als toeslagen hetzij als voorschotten ten gunste van derden bovenop de dagprijs.

Ze mag niet voorzien in de betaling van een ander voorschot of andere waarborgsom dan die door het Verenigd College toegestaan.

Het Verenigd College kan, in voorkomend geval, aanvullende regels vastleggen voor de bepaling van de gefactureerde prijzen;

[...] ».

B.3.2. Artikel 128 van de Grondwet bepaalt :

« § 1. De Parlementen van de Vlaamse en de Franse Gemeenschap regelen, elk voor zich, bij decreet, de persoonsgebonden aangelegenheden, alsook, voor deze aangelegenheden, de samenwerking tussen de gemeenschappen en de internationale samenwerking, met inbegrip van het sluiten van verdragen.

Een wet aangenomen met de in artikel 4, laatste lid, bepaalde meerderheid, stelt deze persoonsgebonden aangelegenheden vast, alsook de vormen van samenwerking en de nadere regelen voor het sluiten van verdragen.

§ 2. Deze decreten hebben kracht van wet respectievelijk in het Nederlandse taalgebied en in het Franse taalgebied, alsmede, tenzij wanneer een wet aangenomen met de in artikel 4, laatste lid, bepaalde meerderheid er anders over beschikt, ten aanzien van de instellingen gevestigd in het tweetalige gebied Brussel-Hoofdstad die, wegens hun organisatie, moeten worden beschouwd uitsluitend te behoren tot de ene of de andere gemeenschap ».

Artikel 138 van de Grondwet bepaalt :

« Het Parlement van de Franse Gemeenschap enerzijds en het Parlement van het Waalse Gewest en de Franse taalgroep van het Parlement van het Brusselse Hoofdstedelijke Gewest anderzijds kunnen in onderlinge overeenstemming en elk bij decreet beslissen dat het Parlement van het Waalse Gewest en zijn Regering in het Franse taalgebied en de Franse taalgroep van het Parlement van het Brusselse Hoofdstedelijke Gewest en zijn College in het tweetalige gebied Brussel-Hoofdstad geheel of gedeeltelijk bevoegdheden van de Franse Gemeenschap uitoefenen.

Deze decreten worden aangenomen met een meerderheid van twee derden van de uitgebrachte stemmen in het Parlement van de Franse Gemeenschap en met volstrekte meerderheid van de uitgebrachte stemmen in het Parlement van het Waalse Gewest en in de Franse taalgroep van het Parlement van het Brusselse Hoofdstedelijke Gewest, op voorwaarde dat de meerderheid van de leden van het betrokken Parlement of de betrokken taalgroep aanwezig is. Zij kunnen de financiering van de bevoegdheden die zij aanduiden, regelen, alsook de overdracht van het personeel, de goederen, rechten en verplichtingen die erop betrekking hebben.

Deze bevoegdheden worden, naar gelang van het geval, uitgeoefend bij wege van decreten, besluiten of verordeningen ».

B.3.3. Bij artikel 5, § 1, II, 5°, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 wordt tot de in artikel 128, § 1, van de Grondwet bedoelde persoonsgebonden aangelegenheden gerekend en aan de gemeenschappen toegewezen :

« het bejaardenbeleid met uitzondering van de vaststelling van het minimumbedrag, van de toekenningsvoorwaarden en van de financiering van het wettelijk gewaarborgd inkomen voor bejaarden ».

De Grondwetgever en de bijzondere wetgever hebben aan de gemeenschappen en de gewesten de volledige bevoegdheid toegekend tot het uitvaardigen van regels die eigen zijn aan de aan hen toegewezen aangelegenheden, tenzij zij er anders over hebben beschikt en zulks onverminderd hun beroep, indien nodig, op artikel 10 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980.

Daaruit volgt dat, onder voorbehoud van de in de bijzondere wet vermelde uitzonderingen, het gehele bejaardenbeleid aan de gemeenschappen is toegewezen, met inbegrip van alle aspecten van dat beleid die specifiek de bescherming van de bejaarden beogen.

B.3.4. Artikel 6, § 1, VI, vijfde lid, 3°, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 bepaalt :

« Bovendien is alleen de federale overheid bevoegd voor :

[...]

3° het prijs- en inkomensbeleid;

[...] ».

Dat voorbehoud van bevoegdheid impliceert niet dat de gemeenschappen en de gewesten elke bevoegdheid wordt ontzegd wat betreft de tarieven van de diensten die onder hun bevoegdheid vallen; die tariefregels moeten echter rekening houden met het prijsbeleid dat door de federale overheid wordt gevoerd, en inzonderheid met de regels die door of krachtens de wet van 22 januari 1945 betreffende de economische reglementering en de prijzen zijn vastgesteld.

B.4. Met de aanneming van het in het geding zijnde ordonnantie heeft de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie een aspect van het bejaardenbeleid willen regelen, aangelegenheid die, zoals het Hof heeft aangegeven in B.3.3, ressorteert onder de bevoegdheid van de gemeenschappen krachtens artikel 5, § 1, II, 5°, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 en die, overeenkomstig artikel 135 van de Grondwet en artikel 63 van de bijzondere wet van 12 januari 1989 met betrekking tot de Brusselse instellingen, eveneens toekomt aan de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie.

De uitvoering van die bevoegdheid sluit niet uit dat tariefregels met betrekking tot de onder die aangelegenheid ressorterende diensten worden aangenomen, op voorwaarde dat die regels rekening houden met het op federaal niveau gevoerde prijsbeleid.

B.5.1. Zoals het Hof heeft opgemerkt in B.3.1, mogen de in artikel 2, 4°, van de ordonnantie beoogde voorzieningen niet in gebruik worden genomen zonder de erkenning van het Verenigd College van de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie te hebben gekregen, met inachtneming van de normen die zijn vastgesteld door de federale overheden, alsook van die welke zijn vastgesteld door het Verenigd College, waarbij elk in zijn respectieve bevoegdheidssfeer optreedt. Dat College is met name ertoe gemachtigd de inhoud te bepalen van de overeenkomst voor opvang of huisvesting, die, zoals in de in het geding zijnde bepaling wordt gepreciseerd, de elementen moet vermelden die door de dagprijs zijn gedekt, alsook de kosten die, bovenop de dagprijs, kunnen worden aangerekend als toeslagen of als voorschotten ten gunste van derden.

Artikel 40 van het besluit van het Verenigd College van 3 december 2009 « tot vaststelling van de erkenningsnormen waaraan de voorzieningen voor opvang of huisvesting van bejaarde personen moeten voldoen alsmede tot nadere omschrijving van de groepering en de fusie en de bijzondere normen waaraan deze moeten voldoen », voert de machtiging uit die is vervat in artikel 11, § 1, vijfde lid, 8°, van de in het geding zijnde ordonnantie.

B.5.2. Volgens de memorie van toelichting bij het ontwerp van ordonnantie wilde de ordonnantiegever een wetgevend kader uittekenen voor alle bejaardenvoorzieningen die onder de bevoegdheid van de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie ressorteren. Er is eveneens onderstreept dat de ordonnantie ertoe strekte het belang van het respect voor de bejaarde te erkennen, ongeacht zijn ideologische, filosofische, religieuze overtuiging of seksuele geaardheid, alsook zijn goederen (*Doc.*, Verenigde Vergadering van de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie, 2006-2007, B-102/1, pp. 1 en 2).

Voorts is in de Commissie voor de Sociale Zaken onderstreept :

« In het ontwerp van ordonnantie wordt bijzondere aandacht gegeven aan de bescherming en aan de eerbiediging van de persoon en zijn of haar levenskeuze. Er wordt namelijk bepaald dat de inrichting een leven moet garanderen dat menswaardig is, dat de persoon de plaats zo vrij mogelijk moet kunnen gebruiken en het recht moet hebben slechts zelfgekozen bezoekers te ontvangen. Ook zal de inrichting noch eisen noch aanvaarden dat de bejaarde persoon geld of goederen aan de inrichting toevertrouwt om deze te beheren of in bewaring te nemen.

De manier van leven is een centraal gegeven in de opvang van de persoon. Steeds moet de opgevangen persoon zijn of haar leven op actieve en participatieve wijze kunnen leiden.

Zo ging de aandacht uit naar het eerbiedigen van de goederen van de personen en naar de transparantie van de prijzen, meer bepaald door het opleggen van een sanctie indien de beheerder de rekeningen niet op individuele wijze beheert, indien de beheerder door list, dwang, bedreiging, bedrog of gebruikmakend van de zwakte of de ziekte van de bejaarde persoon, zich goederen laat overhandigen die het eigendom van de bejaarde persoon zijn, of indien de beheerder geld of goederen beheert die het eigendom van de bejaarde persoon zijn. Ook zijn er sancties voorzien wanneer de beheerder aan de bejaarde persoon of zijn vertegenwoordiger als voorwaarde voor de opvang of het verblijf, de betaling oplegt van een voorschot of een borgsom die niet overeenstemt met de bedragen toegestaan door het Verenigd College » (*Doc.*, Verenigde Vergadering van de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie, 2006-2007, B-102/2, p. 4).

In verband met de prijsbepaling staat nog te lezen :

« De heer [...] weet dat de prijszetting geregeld wordt door de FOD Economie. Hij beveelt evenwel aan om een soepel standpunt in te nemen om misbruiken te voorkomen. De volksvertegenwoordiger haalt het voorbeeld aan van een bejaarde die over weinig middelen beschikt en kiest voor een rusthuis met een lage dagprijs. De extra kosten voor een reeks gezondheidsvoorzieningen blijken evenwel zeer hoog te zijn en zijn maandelijkse factuur verdubbelt. Men kan pleiten voor transparante gegevens op een internetsite bijvoorbeeld, maar het is niet realistisch ervan uit te gaan dat zulks volstaat om bejaarden voor te bereiden op een keuze tussen bepaalde goedkope rusthuizen.

Het commissielid pleit er bijgevolg voor dat het Verenigd College inspraak behoudt om dat soort misbruiken te voorkomen. Hij vindt dat de bepaling in die zin moet worden begrepen. Dat soort maatregel is al van toepassing in Vlaanderen, waar bijvoorbeeld de luiers niet gefactureerd mogen worden en in de dagprijs begrepen zijn » (*ibid.*, pp. 29-30).

B.5.3. De bevoegde minister wees in de Commissie nog erop dat ter zake rekening moest worden gehouden met het aanhangsel nr. 5 (lees nr. 2) bij het « Protocolakkoord nr. 2 gesloten op 1 januari 2003 tussen de Federale Overheid en de Overheden bedoeld in de artikelen 128, 130, 135 en 138 van de Grondwet, betreffende het te voeren ouderenzorgbeleid, inzake de uitvoering van punt 9, van dit protocol : de overdracht en de uitwisseling van gegevens tussen de diensten van de Federale Overheid en de diensten van de Gemeenschappen en Gewesten » (*Belgisch Staatsblad*, 27 september 2004). Dat laatste bepaalt immers dat contact zou worden opgenomen met de FOD Economie opdat de gegevens met betrekking tot de dagprijs en de toeslagen die moeten worden aangerekend aan de patiënt in geval van een verblijf in een instelling, ook zouden kunnen worden geraadpleegd op een met name daartoe gecreëerde internetsite.

De minister verwees eveneens naar het arrest nr. 26/99 van het Hof van 3 maart 1999 en herinnerde eraan dat het decreet van de Franse Gemeenschapscommissie al in die maatregel voorzag en dat zij geen twee verschillende systemen in Brussel wenste in te voeren. Het was immers niet de bedoeling de federale overheid te vervangen, maar op te treden om de bejaarden te beschermen (*ibid.*, p. 30).

B.6. Uit de hiervoor aangegeven parlementaire voorbereiding blijkt dat het geenszins de bedoeling van de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie was zelf de prijzen te bepalen, maar wel de bejaarden een aantal waarborgen te bieden door middel van een grotere transparantie van de gehanteerde prijzen, alsook van een controle van de voorschotten of toeslagen ten opzichte van die prijzen die in voorkomend geval op onrechtmatige wijze zouden kunnen worden aangerekend.

Gelet op het doel van de bescherming van de bejaarden dat zij wenste na te streven, alsook op de beperkte draagwijdte van de maatregel, overschrijdt de machtiging aan het Verenigd College niet de bevoegdheden van de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie in verband met het bejaardenbeleid en doet zij niet op onevenredige

wijze afbreuk aan de federale bevoegdheid inzake het prijs- en inkomensbeleid, waarbij de federale overheid bevoegd blijft om de dagprijs vast te stellen.

B.7. De derde prejudiciële vraag dient ontkennend te worden beantwoord.

Ten aanzien van het beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie

B.8.1. De eerste prejudiciële vraag heeft betrekking op de bestaanbaarheid, met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, in samenhang gelezen met het decreet d'Allarde van 2 en 17 maart 1791 en met de richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende diensten op de interne markt, van de artikelen 11 tot 19 van de in het geding zijnde ordonnantie.

De verwijzende rechter stelt aan het Hof een vraag over het feit dat de service-residenties, de centra voor dagopvang en de centra voor nachtopvang, door de werking van de in het geding zijnde bepalingen van de ordonnantie, een voorlopige werkingsvergunning en vervolgens een erkenning moeten verkrijgen om hun activiteiten te kunnen uitoefenen, waardoor zij op identieke wijze worden behandeld als andere bejaardenvoorzieningen die zich in objectief verschillende situaties zouden bevinden, namelijk de rusthuizen, de centra voor dagverzorging, de voorzieningen die over bedden voor kortverblijf beschikken en de woningen voor bejaarden die niet aan de genoemde richtlijn zijn onderworpen.

B.8.2. In de tweede prejudiciële vraag stelt de verwijzende rechter aan het Hof een vraag over de bestaanbaarheid van de in het geding zijnde ordonnantie met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet en met de artikelen 6, § 1, VI, derde lid, 20 en 78 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen, al dan niet in samenhang gelezen met het in het decreet d'Allarde van 2 en 17 maart 1791 verankerde beginsel van de vrijheid van handel en nijverheid, alsook met de artikelen 43 en 49 van het EG-Verdrag (thans de artikelen 49 en 56 van het Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie) en met richtlijn 2006/123/EG, in zoverre die ordonnantie bepaalt dat de service-residenties die aan het stelsel van de mede-eigendom zijn onderworpen, de centra voor dagopvang en de centra voor nachtopvang het voorwerp van een programmering uitmaken.

B.9.1. De artikelen 11 tot 19 van de in het geding zijnde ordonnantie vormen hoofdstuk III ervan, gewijd aan de erkenning van de voorzieningen voor opvang of huisvesting van bejaarde personen. Zij bepalen :

« Art. 11. § 1. Zonder voorafgaande erkenning kan geen enkele in artikel 2, 4° a), b), α, c), d), e), f) of g) bedoelde voorziening in gebruik worden gesteld en mag geen enkele beheerder diensten aanbieden in een voorziening bedoeld in artikel 2, 4°, b), β.

De erkenning wordt door het Verenigd College verleend, na advies van de afdeling, voor een periode van maximum zes jaar die hernieuwd kan worden.

De in het tweede lid bedoelde beslissing tot erkenning bepaalt het maximum aantal bejaarde personen die in de voorziening kunnen worden gehuisvest of opgevangen.

Om te worden erkend door het Verenigd College, moet de voorziening in voorkomend geval voldoen aan de door de bevoegde federale overheid opgelegde normen alsook aan de normen die het Verenigd College, na advies van de afdeling, kan opleggen voor iedere categorie van voorzieningen bedoeld in artikel 2, 4°.

Die normen hebben betrekking op :

1° de opname en de opvang van de bejaarde personen;

2° het respect voor de bejaarde, zijn grondwettelijke en wettelijke rechten en vrijheden, rekening houdend met zijn gezondheid en zijn recht op een menswaardig leven, ook op seksueel en affectief vlak, met name het verbod voor de voorziening of de personeelsleden om het beheer van het geld en van de goederen van de bejaarde persoon of van zijn vertegenwoordiger of hun inbewaargeving te eisen of te aanvaarden, zijn recht om zich vrij te verplaatsen en slechts de bezoekers van zijn keuze te ontvangen, zijn recht om vrij over zijn bezittingen te beschikken, zonder afbreuk te doen aan de beperkingen van die rechten en vrijheden door of krachtens de wet, het decreet of de ordonnantie;

3° het leefproject alsook de wijzen van participatie en voorlichting van de bejaarde personen of van hun vertegenwoordiger;

4° het onderzoek en de behandeling van de klachten van de bejaarde personen of van hun vertegenwoordiger;

5° de voeding, de hygiëne en de zorgverstrekking;

6° het aantal, de kwalificatie, het opleidingsplan, de moraliteit en de minimale aanwezigheidsvereisten voor het personeel en de directie en, voor wat die laatste betreft, de vereiste ervaringsvoorwaarden;

7° behalve de in artikel 2, 4°, b), β, bedoelde voorzieningen, de architectonische en veiligheidsnormen die specifiek gelden voor de voorzieningen;

8° behalve in de in artikel 2, 4°, b), β , bedoelde voorzieningen, de overeenkomst voor opvang of huisvesting. Het Verenigd College bepaalt de inhoud ervan.

De overeenkomst moet onder meer duidelijk en uitputtend vermelden welke elementen gedekt worden door de dagprijs en welke kosten kunnen aangerekend worden hetzij als toeslagen hetzij als voorschotten ten gunste van derden bovenop de dagprijs.

Ze mag niet voorzien in de betaling van een ander voorschot of andere waarborgsom dan die door het Verenigd College toegestaan.

Het Verenigd College kan, in voorkomend geval, aanvullende regels vastleggen voor de bepaling van de gefactureerde prijzen;

9° het huishoudelijk reglement;

10° de boekhouding, wat betreft de individuele rekening die wordt opgesteld voor elke gehuisveste of opgevangen persoon, de maandelijkse factuur en het recht voor de bejaarde of zijn vertegenwoordiger om de opgestelde rekening te raadplegen, met naleving van de wettelijke en reglementaire bepalingen die op de beheerders van toepassing zijn wat de boekhouding betreft;

11° in de in artikel 2, 4°, b), β , bedoelde voorzieningen, de overeenkomst gesloten tussen de vereniging van de mede-eigenaars of haar gemachtigde, en de kandidaatdienstverlener;

overeenkomst die iedere bewoner verplicht dient te onderschrijven; indien de bejaarde persoon geen eigenaar is, worden alle verplichtingen tussen eigenaar en dienstverlener opgenomen in de huurovereenkomst;

12° de verzekeringscontracten die door de beheerder gesloten moeten worden.

§ 2. Het Verenigd College kan, na advies van de afdeling, voor groeperingen en fusies van voorzieningen speciale normen vaststellen.

Art. 12. De aanvraag om erkenning of vernieuwing van de erkenning wordt vergezeld van een beschrijvend dossier waarvan de inhoud wordt vastgesteld door het Verenigd College, na advies van de afdeling.

Het Verenigd College meldt de ontvangst van de aanvraag binnen vijftien dagen na de ontvangst ervan en geeft desgevallend aan welke bijkomende documenten nodig zijn voor het onderzoek ervan.

Binnen zestig dagen na de ontvangst van het volledige dossier, bezorgt het Verenigd College de aanvraag, met het verslag van het Bestuur, om advies aan de afdeling.

De afdeling krijgt zestig dagen om haar advies aan het Verenigd College en de aanvrager te bezorgen. Het Verenigd College kan elk van die termijnen terugbrengen tot dertig dagen voor de aanvragen tot vernieuwing van de erkenning en voor de aanvragen tot erkenning na een [...] eerder en conform artikel 13 toegekende voorlopige werkingsvergunning. De vastgestelde termijn wordt met dertig dagen verlengd wanneer het volledige dossier tussen

15 juni en 15 augustus aan het Verenigd College of aan de afdeling wordt bezorgd. Als de vastgestelde termijn verstreken is, wordt het advies van de afdeling geacht gunstig te zijn.

De beslissing van het Verenigd College wordt binnen dertig dagen na het advies van de afdeling aan de aanvrager meegedeeld. De termijn wordt op zestig dagen gebracht wanneer het advies van de afdeling uitdrukkelijk of stilzwijgend uitgebracht wordt tussen 15 juni en 15 augustus. Als de vastgestelde termijn verstreken is, wordt de erkenning geacht toegekend te zijn.

Het Verenigd College kan de bijkomende regels voor de procedure voor erkenning vaststellen en haar in het tweede en derde lid vastgestelde bevoegdheden overdragen aan de personeelsleden van het Bestuur die het bij besluit aanwijst.

Art. 13. Het Verenigd College kent een voorlopige werkingsvergunning toe aan de voorzieningen die over de in artikel 7. bedoelde vergunning beschikken, alsmede aan de beheerder van de in [...] artikel 2, 4^o, b), β, bedoelde voorzieningen [die] een eerste aanvraag om erkenning indienen, voor zover die aanvraag aan de door voormeld College gestelde ontvankelijkheidsvoorwaarden voldoet, na advies van de afdeling.

Die vergunning wordt verleend voor een periode van één jaar, eenmaal hernieuwbaar, en bepaalt het maximum aantal bejaarde personen die in de voorziening kunnen worden gehuisvest of opgevangen. Zij wordt binnen zestig dagen na ontvangst van de aanvraag aan de beheerder medegedeeld.

Art. 14. Op eigen initiatief of op verzoek van de beheerder, kan het Verenigd College, na advies van de afdeling, een verlenging toestaan van de erkenning of de voorlopige werkingsvergunning aan de voorzieningen waarvan de procedure tot aanvraag van de erkenning of tot vernieuwing van de erkenning aan de gang is en de erkenning of de vroegere voorlopige werkingsvergunning verstreken is. Het Verenigd College stelt de spoedvoorwaarden en -regels vast voor de toekenning van die vergunning, na advies van de afdeling.

Art. 15. § 1. Indien het aantal in de voorziening gehuisveste of opgevangen personen tijdelijk meer dan 10 % lager ligt dan het in de erkenning vastgestelde aantal, kan dat aantal worden aangepast aan de reële bezetting van de voorziening, vermeerderd met 10 %. Die aanpassing wijzigt niet de vergunning tot ingebruikneming of exploitatie waarin voorzien in artikel 6. Elke latere verhoging van de opvang of huisvestingscapaciteit wordt toegekend conform de artikelen 11 en 13.

§ 2. De erkenning en de voorlopige werkingsvergunning gelden slechts voor de voorziening gevestigd op het adres vermeld in de erkenningsaanvraag. Zij vervallen van rechtswege in geval van verandering van de beheerder.

De erkenning of de voorlopige werkingsvergunning moet worden vermeld op alle akten, facturen, brieven, bestelbons en andere stukken uitgaande van de voorziening.

De naam en het nummer van de erkenning of de voorlopige werkingsvergunning van de voorziening worden goed zichtbaar op de voorgevel van de voorziening aangebracht.

Art. 16. Indien zich tijdens de erkenningsperiode wijzigingen voordoen in de voor de toepassing van artikel 11, § 1, vierde lid, relevante gegevens, brengt de beheerder het Verenigd College daarvan op de hoogte.

Art. 17. § 1. Als wordt vastgesteld dat een norm vastgesteld krachtens artikel 11, § 1, vierde lid, niet of niet meer wordt nageleefd in een voorziening waarop hij van toepassing is, kan het Verenigd College, na advies van de afdeling en nadat het vooraf de beheerder heeft gehoord, de voorlopige werkingsvergunning of de erkenning, naar gelang van het geval, weigeren of intrekken.

Onverminderd § 3 van dit artikel, mag de beheerder, zodra die beslissingen zijn meegedeeld, geen nieuwe bejaarde personen meer opvangen en moet hij binnen een termijn van drie maanden zorgen voor de opvang van de betrokken personen in een andere voorziening. Op het einde van die termijn, wordt de voorziening gesloten.

§ 2. Onverminderd § 3 van dit artikel, kan het Verenigd College, bij wijze van overgangsmaatregel, de onmiddellijke sluiting van een voorziening bevelen, wanneer redenen van uiterst dringende noodzakelijkheid inzake volksgezondheid of veiligheid het rechtvaardigen.

Onverminderd § 3 van dit artikel, moet de beheerder toezien op de onmiddellijke evacuatie van de bejaarde personen. Het Verenigd College licht onmiddellijk de afdeling over haar maatregel in. Het neemt een definitieve beslissing na ontvangst van het advies van de afdeling, dat binnen de dertig dagen wordt uitgebracht.

§ 3. Voor de in artikel 2, 4°, b), β, bedoelde voorzieningen, wanneer het Verenigd College de intrekking van de voorlopige werkingsvergunning of de intrekking dan wel de weigering van erkenning van de voorziening of nog de onmiddellijke intrekking van de voorlopige werkingsvergunning of erkenning beveelt, geeft het eveneens onmiddellijk kennis van deze beslissing aan de vereniging der mede-eigenaars of aan haar gemachtigde die, onverwijld, de behoudende maatregelen neemt die de beslissing inhoudt.

Art. 18. Het Verenigd College kan, na advies van de afdeling, bijkomende bepalingen vaststellen inzake de procedure, de kennisgeving of de uitvoering van de beslissingen tot toekenning, weigering of intrekking van de voorlopige werkingsvergunning of de erkenning, onmiddellijke sluiting of onmiddellijke intrekking van de erkenning.

Art. 19. Iedere beslissing tot erkenning, tot voorlopige werkingsvergunning, tot intrekking van de voorlopige werkingsvergunning, tot weigering of tot intrekking van de erkenning en tot sluiting van een voorziening wordt binnen de zestig dagen aan de burgemeester meegedeeld. Hij houdt een register bij van de voorzieningen op het grondgebied van zijn gemeente. Dat register is toegankelijk voor de bevolking ».

B.9.2. De programmering bedoeld in de tweede prejudiciële vraag maakt het voorwerp uit van hoofdstuk II van de in het geding zijnde ordonnantie, dat bestaat uit de artikelen 4 tot 10 ervan, die bepalen :

« Afdeling 1. - Programmeringscriteria

Art. 4. Het Verenigd College kan, na advies van de afdeling, de programmering van de voorzieningen voor bejaarden bedoeld in artikel 2, 4° of een gedeelte ervan vaststellen, met uitzondering van die welke bedoeld zijn in artikel 2, 4°, b), β, teneinde :

1° de evolutie van het aanbod inzake opvang, huisvesting of verzorging van de bejaarden te beheersen, rekening houdend met de evolutie van de behoeften van de Brusselse bevolking;

2° de protocolakkoorden gesloten tussen de federale overheid en de overheden bedoeld in de artikelen 128, 130 en 135 van de Grondwet betreffende het te voeren ouderenzorgbeleid, naar behoren uit te voeren.

De programmering is gebaseerd op objectieve criteria die onder meer verband houden met de specialisatie van de voorzieningen, hun opvang- of huisvestingscapaciteit en hun uitrusting, de kwaliteit van hun onderhouds-, hulp- en verzorgingspersoneel en hun goed administratief en financieel beheer. Die criteria kunnen onder meer de coördinatie bevorderen van de voorzieningen en de activiteiten, de geografische nabijheid inzake aanbod en vraag naar opvang en huisvesting, de diversificatie van het aanbod volgens de diversiteit van de vraag en de continuïteit van de opvang, van de huisvesting of van de verzorging in functie van de evolutie van de behoeften van de bejaarde.

De programmering houdt rekening met de ramingen inzake de evolutie van de behoeften, met de termijnen voor de verwezenlijking van de plannen voor de afschaffing, vermindering, verhoging of schepping van opvang of huisvesting gezien onder meer de verplichtingen die voor de publiekrechtelijke rechtspersonen voortvloeien uit de toezichtprocedures en procedures voor overheidsopdrachten met het oog op het verwezenlijken van een billijke verdeling van de voorzieningen tussen de verschillende sectoren die de beheerders vertegenwoordigen.

Art. 5. De criteria vermeld in artikel 4 zijn forfaitaire rekenkundige regels of formules bestemd om de behoeften te meten, rekening houdend onder meer met de bevolkingscijfers, de leeftijdsstructuur, socio-economische indicatoren, de morbiditeit en de billijke verdeling vermeld in artikel 4, derde lid.

Die criteria zijn van toepassing voor het gehele tweetalige gebied Brussel-Hoofdstad.

Het Verenigd College of het personeelslid van het Bestuur dat het daartoe machtigt, geeft iedereen die erom verzoekt de omstandige informatie over de programmering.

Afdeling 2. - Specifieke vergunning tot ingebruikneming en exploitatie.

Art. 6. Het is verboden om een in artikel 2, 4° bedoelde nieuwe voorziening in gebruik te nemen of te exploiteren, of een uitbreiding van de opvang- of huisvestingscapaciteit van een van die bestaande voorzieningen in gebruik te nemen of te exploiteren zonder de toestemming van het Verenigd College, indien de betrokken voorziening onder een categorie van voorzieningen valt waarvoor het Verenigd College een programmering vastgesteld heeft overeenkomstig hoofdstuk II. De toestemming bedoeld in het eerste lid, die betekent dat een project in de programmering past, wordt ‘ specifieke toestemming voor de ingebruikneming of exploitatie ‘ genoemd.

Voor de toepassing van het eerste lid, kan het Verenigd College, na advies van de afdeling, de voorwaarden vaststellen voor de overdracht van bedden of plaatsen tussen voorzieningen van hetzelfde type.

Art. 7. § 1. De in artikel 6 bedoelde vergunning wordt door het Verenigd College verleend, na advies van de afdeling, en vermeldt het aantal bedden of plaatsen waarvoor ze wordt verleend.

Bij de aanvraag tot het verkrijgen van de vergunning wordt een beschrijvend dossier gevoegd waarvan de inhoud wordt bepaald door het Verenigd College, na advies van de afdeling.

Het Verenigd College meldt de ontvangst van het verzoek binnen vijftien dagen na de ontvangst ervan en geeft desgevallend aan welke bijkomende documenten nodig zijn voor het onderzoek ervan.

Binnen vijftien dagen na de ontvangst van het volledige dossier, bezorgt het Verenigd College de aanvraag, met het verslag van het Bestuur, om advies aan de afdeling. Die termijn wordt op dertig dagen gebracht als het volledige dossier bezorgd wordt tussen 15 juni en 15 augustus.

De afdeling krijgt zestig dagen om haar advies aan het Verenigd College en de aanvrager te bezorgen. Na het verstrijken van die termijn, wordt het advies geacht gunstig te zijn.

De beslissing van het Verenigd College wordt binnen dertig dagen na het advies van de afdeling aan de aanvrager meegedeeld. Die termijn bedraagt zestig dagen indien het advies van de afdeling uitdrukkelijk of stilzwijgend gegeven wordt tussen 15 juni en 15 augustus. Na het verstrijken van die termijn, wordt de vergunning geacht te zijn toegekend.

Het Verenigd College kan zijn bevoegdheden bedoeld in het derde en het vierde lid overdragen aan de personeelsleden van het Bestuur die het bij besluit aanwijst.

§ 2. De vergunning die overeenkomstig paragraaf 1 afgegeven wordt, verstrijkt wanneer aan het project waarvoor zij werd verleend, geen begin van uitvoering is gegeven binnen de twaalf maanden na de afgifte ervan of wanneer de begunstigde na meer dan twaalf maanden nog niet de nodige maatregelen genomen heeft voor de goede afloop van het project.

§ 3. De afgegeven vergunning kan niet worden overgedragen, behalve bij vervanging van de beheerder van de voorziening waarop ze betrekking heeft en voor zover ze op dezelfde vestigingsplaats en volgens dezelfde voorwaarden en termijnen wordt geconcretiseerd.

§ 4. Na advies van de afdeling en de beheerder, die voorafgaandelijk gehoord wordt, kan het Verenigd College het aantal krachtens paragraaf 1 vergunde bedden of plaatsen afschaffen of verminderen indien die structureel onbezet blijven gedurende ten minste drie opeenvolgende jaren na hun ingebruikneming of exploitatie.

Het Verenigd College bepaalt de voorwaarden en de regels voor de uitvoering van die paragraaf en stelt met name voor iedere categorie voorzieningen het percentage van de niet bezetting vast dat in aanmerking genomen moet worden en dat niet lager mag zijn dan tien.

Art. 8. Het Verenigd College beveelt, na advies van de afdeling, de sluiting van een voorziening die in gebruik of in exploitatie is genomen zonder de specifieke vergunning tot ingebruikneming en exploitatie te hebben verkregen of waarvan de aanvraag is geweigerd.

Het artikel 17, § 1, tweede lid is van toepassing.

Afdeling 3. - Vergunning voor werken.

Art. 9. Het is verboden een in artikel 2, 4°, bedoelde nieuwe voorziening te bouwen, of een van die bestaande voorzieningen uit te breiden, te verbouwen, te vervangen of de bestemming ervan te wijzigen zonder de toestemming van het Verenigd College indien de geplande werken betrekking hebben op een voorziening die valt onder een categorie van voorzieningen waarvoor het Verenigd College een programmering heeft vastgesteld krachtens hoofdstuk II. De toestemming bedoeld in het eerste lid, die betekent dat het project in de programmering past, wordt ' vergunning voor de werken genoemd '.

Art. 10. § 1. De in artikel 9 bedoelde vergunning wordt door het Verenigd College verleend, na advies van de afdeling, en vermeldt het aantal bedden of plaatsen waarvoor ze wordt verleend.

Bij de aanvraag tot het verkrijgen van de vergunning wordt een beschrijvend dossier gevoegd waarvan de inhoud wordt bepaald door het Verenigd College, na advies van de afdeling.

Het Verenigd College meldt de ontvangst van de aanvraag binnen vijftien dagen na de ontvangst ervan en geeft desgevallend aan welke bijkomende documenten nodig zijn voor het onderzoek ervan.

Binnen zestig dagen na de ontvangst van het volledige dossier, bezorgt het Verenigd College de aanvraag, met het verslag van het Bestuur, om advies aan de afdeling. Die termijn wordt op negentig dagen gebracht als het volledige dossier bezorgd wordt tussen 15 juni en 15 augustus. De afdeling krijgt zestig dagen om haar advies aan het Verenigd College en de aanvrager te bezorgen. Na het verstrijken van die termijn, wordt het advies geacht gunstig te zijn.

De beslissing van het Verenigd College wordt binnen dertig dagen na het advies van de afdeling aan de aanvrager meegedeeld. Die termijn bedraagt zestig dagen indien het advies van de afdeling uitdrukkelijk of stilzwijgend gegeven wordt tussen 15 juni en 15 augustus. Na het verstrijken van die termijn, wordt de vergunning geacht te zijn toegekend.

De vergunningsaanvraag voor de werken kan samen ingediend worden met de vergunningsaanvraag bedoeld in afdeling 2 als die betrekking heeft op het hetzelfde project.

Het Verenigd College kan zijn bevoegdheden bedoeld in het derde en het vierde lid overdragen aan de personeelsleden van het Bestuur die het bij besluit aanwijst.

§ 2. De vergunning die overeenkomstig paragraaf 1 verleend wordt, verstrijkt wanneer aan het project waarvoor zij werd verleend, geen begin van uitvoering is gegeven binnen twee jaar na de afgifte ervan of wanneer de begunstigde na meer dan twaalf maanden nog niet de nodige maatregelen genomen heeft voor de goede afloop van het project.

§ 3. De verleende vergunning kan niet worden overgedragen, behalve bij vervanging van de beheerder van de voorziening waarop ze betrekking heeft en voor zover ze op dezelfde vestigingsplaats en volgens dezelfde voorwaarden en termijnen wordt geconcretiseerd ».

B.10. Artikel 9 van de richtlijn 2006/123/EG van 12 december 2006 betreffende diensten op de interne markt (hierna : de richtlijn) bepaalt :

« 1. De lidstaten stellen de toegang tot en de uitoefening van een dienstenactiviteit niet afhankelijk van een vergunningstelsel, tenzij aan de volgende voorwaarden is voldaan :

a) het vergunningstelsel heeft geen discriminerende werking jegens de betrokken dienstverrichter;

b) de behoefte aan een vergunningstelsel is gerechtvaardigd om een dwingende reden van algemeen belang;

c) het nagestreefde doel kan niet door een minder beperkende maatregel worden bereikt, met name omdat een controle achteraf te laat zou komen om werkelijk doeltreffend te zijn.

2. In het in artikel 39, lid 1, bedoelde verslag beschrijven de lidstaten hun vergunningstelsels en geven zij de redenen aan waarom deze met lid 1 van onderhavig artikel verenigbaar zijn.

3. Deze afdeling is niet van toepassing op elementen van vergunningstelsels die direct of indirect geregeld zijn bij andere communautaire instrumenten ».

Luidens artikel 4 van de richtlijn dient onder dienst te worden begrepen « elke economische activiteit, anders dan in loondienst, die gewoonlijk tegen vergoeding geschiedt, zoals bedoeld in artikel 50 van het Verdrag ».

Van het toepassingsgebied van de richtlijn zijn evenwel, krachtens artikel 2 ervan, een aantal activiteiten uitgesloten, waaronder :

« f) diensten van de gezondheidszorg, al dan niet verleend door gezondheidszorgfaciliteiten en ongeacht de wijze waarop zij op nationaal niveau zijn georganiseerd en worden gefinancierd en ongeacht de vraag of de diensten openbaar of particulier van aard zijn ».

De tweeëntwintigste considerans van de richtlijn preciseert dat die uitsluiting de medische en farmaceutische diensten zou moeten omvatten die mensen werkzaam in de gezondheidszorg aan patiënten verlenen om hun gezondheid te beoordelen, te bewaren of te

verbeteren wanneer die activiteiten zijn voorbehouden aan een beroep van de gezondheidszorg dat is gereguleerd in de lidstaat waar de diensten worden geleverd.

Van het toepassingsgebied van de richtlijn zijn eveneens uitgesloten :

« j) sociale diensten betreffende sociale huisvesting, kinderopvang en ondersteuning van gezinnen of personen in permanente of tijdelijke nood, die worden verleend door de staat, door dienstverrichters die hiervoor een opdracht hebben of een mandaat gekregen van de staat, of door liefdadigheidsinstellingen die als zodanig door de staat zijn erkend ».

B.11. Zoals het Hof heeft geoordeeld in zijn arrest nr. 135/2010 van 9 december 2010, sluit artikel 2, lid 2, f), van de richtlijn de rustoorden, de rust- en verzorgingstehuizen en de dagverzorgingscentra van het toepassingsgebied ervan uit als diensten van de gezondheidszorg die die voorzieningen moeten verlenen.

Het Hof, dat werd verzocht de bestaanbaarheid, met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, in samenhang gelezen met de richtlijn 2006/123/EG, na te gaan van het decreet van het Waals Parlement van 30 april 2009 « betreffende de opvang en de huisvesting van bejaarde personen », dat voorzag in een stelsel van vergunning van de Regering voor elk project inzake de opening van een voorziening voor bejaarden, heeft immers geoordeeld :

« B.6.3. [...] »

In casu wordt in de federale en Waalse reglementering aan de rustoorden de verplichting opgelegd om over verpleegkundig en verzorgingspersoneel en, in voorkomend geval, over personeel voor reactivering te beschikken.

Bovendien wordt in het protocolakkoord nr. 2, dat op 1 januari 2003 is gesloten ‘ tussen de Federale Regering en de Overheden bedoeld in de artikelen 128, 130, 135 en 138 van de Grondwet, over het te voeren ouderenzorgbeleid ’, opgemerkt, met betrekking tot de financiering van die twee soorten van inrichtingen voor bejaarde personen, ‘ dat men op termijn moet komen tot een integratie van de financiering van de rust- en verzorgingstehuizen, zodat elke bewoner met een profiel van ernstige zorg een identieke financiering voor adequate zorg gewaarborgd kan worden; dat het derhalve van belang is om de uitbreiding van voor zorg bestemde opvangcapaciteit te begunstigen ’ (*Parl. St.*, Waals Parlement, 2008-2009, nr. 971-1, pp. 4 tot 6).

Ten slotte zijn de overheidsfinanciering van de rustoorden en die van de rust- en verzorgingstehuizen vergelijkbaar, aangezien zij grotendeels op de tegemoetkoming van het Riziv berusten. Ook al bestaat er een verschil in financiering dat voortvloeit uit de mate van afhankelijkheid van de door beide voorzieningen opgevangen personen, toch houden beide

rechtstreeks verband met het in België van toepassing zijnde stelsel van de gezondheidszorg, hetgeen de tegemoetkoming van de federale Staat trouwens verantwoordt.

Zoals in de voormelde memorie van toelichting in herinnering wordt gebracht :

‘ Hetzelfde geldt voor het “dagverzorgingscentrum”, dat in het decreet wordt omschreven als “een dagcentrum dat over een structuur voor gezondheidszorgen beschikt die overdag sterk afhankelijke personen die zorgen nodig hebben ten laste neemt en die de nodige steun verleent om deze personen thuis te houden” en dat, met toepassing van de federale reglementering, over verzorgings- en verpleegkundig personeel moet beschikken.

De dagverzorgingscentra maken het voorwerp uit van een programmering in coördinatie met de federale Staat sedert het tweede aanhangsel, van 25 mei 1999, bij het protocol nr. 1 van 9 juni 1997 gesloten tussen de federale Regering en de overheden bedoeld in de artikelen 128, 130 en 135 van de Grondwet, over het te voeren ouderenzorgbeleid. De dagverzorgingscentra die, naar luid van het decreet, “een structuur voor gezondheidszorgen [...] [moeten aanbieden die] overdag sterk afhankelijke personen die zorgen nodig hebben ten laste neemt en die de nodige steun verleent om deze personen thuis te houden”, worden grotendeels gefinancierd door het Riziv, overeenkomstig het ministerieel besluit van 22 juni 2000 tot vaststelling van de tegemoetkoming bedoeld in artikel 37, § 12, van de wet betreffende de verplichte verzekering voor geneeskundige verzorging en uitkeringen, gecoördineerd op 14 juli 1994, in de centra voor dagverzorging ’ (*ibid.*, p. 5).

B.6.4. Uit al die overwegingen vloeit voort dat de rustoorden, de rust- en verzorgingstehuizen en de dagverzorgingscentra inrichtingen met betrekking tot diensten van de gezondheidszorg zijn die binnen de werkingssfeer van de bij artikel 2, lid 2, onder f), van de voormelde richtlijn 2006/123/EG vastgestelde uitsluiting vallen ».

B.12. Te dezen hebben de aan het Hof voorgelegde vragen betrekking op de service-residenties, de centra voor dagopvang en de centra voor nachtopvang.

Artikel 2, 4°, b), van de ordonnantie definieert de service-residentie en het residentieel gebouw die diensten aanbieden, als :

« α) ofwel, één of meerdere gebouwen, welke ook hun benaming is, die functioneel een geheel vormen en die privéwoningen omvatten die bestemd zijn of aangeboden worden voor verhuring, verkoop of enige andere vorm van gebruik, zelfs gratis, en waar bejaarde personen een zelfstandig leven kunnen leiden, met gemeenschappelijke dienstuitrustingen waarop ze vrijwillig een beroep kunnen doen;

β) ofwel, één of meerdere gebouwen, welke ook hun benaming is, die functioneel een geheel vormen onderworpen aan de regeling van de wet van 30 juni 1994 betreffende de mede-eigendom, en die privéwoningen omvatten waar bejaarde personen een zelfstandig leven kunnen leiden, en waar diensten worden aangeboden waarop ze een beroep doen ».

Dezelfde bepaling definieert in 4°, e), ervan het centrum voor dagopvang als :

« een gebouw of een gedeelte van een gebouw, welke ook de benaming ervan is, dat deel uitmaakt van een rusthuis of dat verbonden is met een rusthuis en dat overdag een opvangstructuur biedt aan bejaarden die thuis wonen en die in het centrum aangepaste ondersteuning en verzorging krijgen die passen bij hun verlies aan autonomie ».

Het centrum voor nachtopvang wordt in artikel 2, 4^o, g), van de ordonnantie gedefinieerd als :

« een gebouw of een deel van een gebouw, welke ook de benaming ervan is, van een rusthuis waar gedurende de nacht opvang wordt geboden aan bejaarden die weliswaar thuis wonen maar die 's nachts behoefte hebben aan toezicht, hulp en zorg waarvoor hun naastbestaanden niet constant kunnen instaan ».

B.13. De regelingen inzake programmering en erkenning ingesteld bij de in het geding zijnde ordonnantie hebben betrekking op vergunningen in de zin van artikel 9 van de richtlijn 2006/123/EG. Zij dienen derhalve te voldoen aan de daarin aangegeven voorwaarden wanneer zij betrekking hebben op « diensten » in de zin van artikel 4 van de richtlijn.

B.14. Het onderzoek van de bestaanbaarheid van de in het geding zijnde ordonnantie met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, in samenhang gelezen met de voormelde richtlijn, vereist dat eerst wordt nagegaan of de categorieën van voorzieningen voor bejaarden die in de twee aan het Hof voorgelegde prejudiciële vragen worden beoogd, wel degelijk vallen onder het toepassingsgebied van het begrip « dienst » dat in de richtlijn wordt beoogd.

B.15.1. Er mee rekening houdend dat uit de definitie van de service-residenties in artikel 2, 4^o, b), van de ordonnantie blijkt dat daar geen gezondheidszorg wordt verstrekt, valt die categorie van voorzieningen zonder enige twijfel onder het toepassingsgebied van richtlijn 2006/123/EG.

B.15.2. Betreffende de centra voor dagopvang blijkt uit de aanvullende memories die de partijen hebben neergelegd in antwoord op de door het Hof gestelde vragen, dat de aldaar verstrekte gezondheidszorg bestaat in de uitvoering, in een context van continuïteit van de zorgverstrekking, van de richtlijnen van de behandelende arts betreffende het toedienen van gezondheidszorg of het verdelen van een voorgeschreven geneesmiddel aan de bejaarde persoon.

Wat de centra voor nachtopvang betreft, bestaat de verstrekte verzorging in de uitvoering van de instructies van de arts van de opgevangen persoon. Het betreft bijgevolg de materiële bijstand aan die persoon opdat hij de door zijn behandelende arts voorgeschreven behandeling kan volgen. Artikel 213 van het besluit van het Verenigd College van 3 december 2009 bepaalt daartoe dat een beoefenaar van de verpleegkunde zorgt voor de verdeling en de toediening aan de bejaarde persoon van de voorgeschreven geneesmiddelen.

De vzw « Femarbel » preciseert dat die centra gebouwen zijn die zijn gesitueerd in afzonderlijke lokalen binnen een rusthuis of een rust- en verzorgingstehuis of in voorkomend geval daarmee functioneel zijn verbonden.

B.15.3. Rekening houdend met die elementen blijft er twijfel bestaan over de vraag of de richtlijn 2006/123/EG van 12 december 2006 van toepassing is op de centra voor dagopvang en de centra voor nachtopvang zoals die zijn gedefinieerd in artikel 2, 4°, *e*) en *f*), van de ordonnantie van 24 april 2008.

Het Hof van Justitie van de Europese Unie is bevoegd om, bij wijze van prejudiciële beslissing, uitspraak te doen over de uitlegging van de richtlijnen genomen door de instellingen van de Europese Unie (artikel 267, eerste alinea, *b*), in samenhang gelezen met artikel 288, eerste alinea, van het Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie). Indien een vraag te dezen aanzien wordt opgeworpen in een zaak aanhangig bij een nationale rechterlijke instantie waarvan de beslissingen volgens het nationale recht niet vatbaar zijn voor hoger beroep, is die instantie ertoe gehouden zich tot het Hof van Justitie te wenden (artikel 267, derde alinea, van hetzelfde Verdrag), tenzij zij vaststelt « dat de opgeworpen vraag niet relevant is of dat de betrokken gemeenschapsbepaling reeds door het Hof [van Justitie] is uitgelegd of dat de juiste toepassing van het gemeenschapsrecht zo evident is, dat redelijkerwijze geen ruimte voor twijfel kan bestaan » (HvJ, 6 oktober 1982, 283/81, *CILFIT*), hetgeen te dezen niet het geval is.

B.16. Alvorens het onderzoek voor te zetten van de eerste twee prejudiciële vragen die te dezen aan het Hof zijn voorgelegd en betrekking hebben op de bestaanbaarheid van de ordonnantie van 24 april 2008 met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, in samenhang gelezen met de richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van

12 december 2006, dient bijgevolg aan het Hof van Justitie van de Europese Unie de in het dictum geformuleerde prejudiciële vraag te worden gesteld.

Om die redenen,

het Hof

- zegt voor recht :

Artikel 11, § 1, vijfde lid, 8°, van de ordonnantie van de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie van 24 april 2008 betreffende de voorzieningen voor opvang of huisvesting van bejaarde personen schendt niet de artikelen 128 en 138 van de Grondwet en artikel 6, § 1, VI, vijfde lid, 3°, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen;

- stelt voor het overige, alvorens de eerste twee aan het Hof gestelde prejudiciële vragen te beantwoorden, aan het Hof van Justitie van de Europese Unie de volgende prejudiciële vraag :

« Dienen de diensten van de gezondheidszorg bedoeld in artikel 2, lid 2, f), en de sociale diensten bedoeld in artikel 2, lid 2, j), van richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 ‘ betreffende diensten op de interne markt ’ in die zin te worden geïnterpreteerd dat van het toepassingsgebied van de richtlijn de centra voor dagopvang, in de zin van de ordonnantie van de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie van 24 april 2008 betreffende de voorzieningen voor opvang of huisvesting van bejaarde personen, zouden zijn uitgesloten, in zoverre zij aangepaste ondersteuning en verzorging verstrekken bij het verlies aan autonomie van de bejaarden, alsook de centra voor nachtopvang, in de zin van dezelfde ordonnantie, in zoverre zij bejaarden hulp en gezondheidszorg verstrekken waarvoor hun naastbestaanden niet voortdurend kunnen instaan ? ».

Aldus uitgesproken in het Frans en het Nederlands, overeenkomstig artikel 65 van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Grondwettelijk Hof, op de openbare terechtzitting van 25 januari 2012.

De griffier,

De voorzitter,

P.-Y. Dutilleux

R. Henneuse