# Grondwettelijk Hof (Arbitragehof): Arrest van 25 Januari 2012 (België). RG 10/2012

* Date : 25-01-2012
* Language : Dutch
* Section : Case law
* Source : Justel N-20090125-1
* Role number : 10/2012

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 ? ».

(...)

III. In rechte

(...)

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), ss, bedoelde voorzieningen, de architectonische en veiligheidsnormen die specifiek gelden voor de voorzieningen;

8° behalve in de in artikel 2, 4°, b), ss, 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), alpha, 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), ss.

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), ss, bedoelde voorzieningen, de architectonische en veiligheidsnormen die specifiek gelden voor de voorzieningen;

8° behalve in de in artikel 2, 4°, b), ss, 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), ss, 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°, b), ss, bedoelde voorzieningen [die] een eerste aanvraag om erkenning indienen, voor zover die aanvraag aan de door voormeld College gestelde ontvankelijkheidvoorwaarden 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), ss, 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), ss, 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 gereglementeerd in de lidstaat waar de diensten worden geleverd.

Van het toepassingsgebied van de richtlijn zijn eveneens uitgesloten :

« j) sociale diensten betreffende sociale huisvesting, kinderzorg 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 :

« alpha) 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;

ss) 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°, 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. Ermee rekening houdend dat uit de definitie van de service-residenties in artikel 2, 4°, 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,

P.-Y. Dutilleux.

De voorzitter,

R. Henneuse.