

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 211.465 du 23 février 2011

G./A.195.503/VI-18.548

En cause : **l'association sans but lucratif FEDERATION
DES MAISONS DE REPOS PRIVEES DE
BELGIQUE**, en abrégé FEMARBEL,

ayant élu domicile chez
Me Marie VASTMANS, avocat,
avenue Tedesco, n° 7,
1160 Bruxelles,

contre :

la Commission Communautaire Commune,
représentée par son Ministre-Président,

ayant élu domicile chez
Mes Patrick THIEL, Pierre SLEGERS et
Bruno FONTEYN, avocats,
chaussée de La Hulpe, n° 178,
1170 Bruxelles.

LE CONSEIL D'ETAT, VI^e CHAMBRE,

Vu la requête introduite le 15 février 2010 par l'association sans but lucratif FEDERATION DES MAISONS DE REPOS PRIVEES DE BELGIQUE, en abrégé FEMARBEL, qui demande l'annulation de "l'arrêté du Collège réuni du 3 décembre 2009 fixant les normes d'agrément auxquelles doivent répondre les établissements d'accueil ou d'hébergement pour personnes âgées et précisant les définitions de groupement et de fusion ainsi que les normes particulières qu'ils doivent respecter";

Vu le dossier administratif;

Vu les mémoires en réponse et en réplique régulièrement échangés;

Vu le rapport de M. AMELYNCK, Premier auditeur au Conseil d'Etat;

Vu la notification du rapport aux parties et les derniers mémoires;

Vu l'ordonnance du 11 janvier 2011, notifiée aux parties, fixant l'affaire à l'audience du 9 février 2011;

Entendu, en son rapport, M. Paul LEWALLE, Conseiller d'Etat;

Entendu, en leurs observations, Me Emmanuel GOURDIN, loco Me Marie VASTMANS, avocat, comparaisant pour la partie requérante et Me Pierre SLEGERS, avocat, comparaisant pour la partie adverse;

Entendu, en son avis conforme, M. AMELYNCK, Premier auditeur;

Vu le titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973;

Considérant que les faits utiles à l'examen de la requête sont les suivants :

1. Le 24 avril 2008, a été promulguée une ordonnance de l'assemblée réunie de la Commission communautaire commune relative aux établissements d'accueil ou d'hébergement pour personnes âgées.

Cette ordonnance a été publiée au Moniteur belge du 16 mai 2008.

Elle dispose ce qui suit en son article 11 :

" § 1^{er}. - Aucun établissement visé à l'article 2, 4°, a), b) alpha, c), d), e), f) ou g), ne peut être mis en service et aucun gestionnaire ne peut offrir des services dans un établissement visé à l'article 2, 4°, b), alpha, sans avoir été préalablement agréé.

L'agrément est accordé par le Collège réuni, après avis de la section, pour une période de six ans maximum, renouvelable.

La décision d'agrément, visée à l'alinéa 2, fixe le nombre maximum de personnes âgées pouvant être hébergées ou accueillies dans l'établissement.

Pour être agréé par le Collège réuni, l'établissement doit être conforme, s'il échet, aux normes arrêtées par les autorités fédérales compétentes, ainsi qu'aux normes que le Collège réuni peut, de l'avis de la section, arrêter pour chaque catégorie d'établissements visée à l'article 2, 4°.

Ces normes concernent :

1° l'admission et l'accueil des personnes âgées;

2° le respect de la personne âgée, de ses droits et libertés constitutionnels et légaux, en tenant compte de son état de santé et de son droit de mener une vie conforme à la dignité humaine, y compris du point de vue sexuel et affectif, notamment, l'interdiction pour l'établissement et les membres de son personnel d'exiger ou d'accepter de la personne âgée ou de son représentant que ceux-ci leur confient la gestion de son argent ou de ses biens ou leur dépôt, de sa liberté d'aller et venir

librement, de ne recevoir que les visiteurs de son choix et de disposer librement de ses biens, sans préjudice des limites portées à ces droits et libertés par ou en vertu de la loi, du décret ou de l'ordonnance;

3° le projet de vie ainsi que les modalités de participation et d'information des personnes âgées ou de leur représentant;

4° l'examen et le traitement des plaintes des personnes âgées ou de leur représentant;

5° l'alimentation, l'hygiène et les soins à dispenser;

6° le nombre, la qualification, le plan de formation, la moralité et les exigences minimales de présence du personnel et de la direction ainsi qu'en ce qui concerne cette dernière, les conditions d'expérience requise;

7° sauf dans les établissements visés à l'article 2, 4°, b), bêta, les normes architecturales et de sécurité spécifiques aux établissements;

8° sauf dans les établissements visés à l'article 2, 4°, b), bêta, la convention d'accueil ou d'hébergement; le Collège réuni en détermine le contenu.

La convention doit notamment mentionner clairement et limitativement les éléments couverts par le prix de journée ainsi que les frais qui peuvent être facturés soit comme suppléments soit comme avances en faveur de tiers en plus du prix de journée.

Elle ne peut prévoir le paiement d'un acompte ou d'une garantie, autres que ceux autorisés par le Collège réuni.

Le Collège réuni peut établir, le cas échéant, des règles complémentaires pour la fixation des prix facturés;

9° le règlement d'ordre intérieur;

10° la comptabilité, en ce qui concerne le compte individualisé établi pour chaque personne âgée hébergée ou accueillie, la facturation mensuelle et le droit pour la personne âgée ou son représentant de consulter le compte établi, dans le respect des dispositions légales et réglementaires qui s'appliquent en matière comptable aux gestionnaires;

11° dans les établissements visés à l'article 2, 4°, b), bêta, la convention conclue entre l'association des copropriétaires ou son mandataire et le candidat prestataire de services, à laquelle tout résident a l'obligation d'adhérer;

si la personne âgée n'est pas propriétaire, toutes les obligations entre propriétaire et prestataire de services figurent dans le contrat de bail;

12° les contrats d'assurance qui doivent être conclus par le gestionnaire.

§ 2. Le Collège réuni peut, après avis de la section, fixer des normes spéciales pour des groupements et des fusions d'établissements".

2. En vue d'assurer l'exécution de cette disposition, la partie adverse a préparé un avant-projet d'arrêté qu'elle a soumis à son conseil consultatif de la santé et de l'aide aux personnes.

Ce conseil a émis à l'unanimité, sous réserve de certaines remarques, un avis favorable en date des 13 et 25 février 2009.

3. Le 15 avril 2009, le projet appelé à devenir l'arrêté attaqué a été soumis à la section de législation du Conseil d'Etat. L'avis a été demandé dans un délai de trente jours.

L'avis, qui porte le n° 46.473/VR/3, a été donné le 2 juin 2009, après prorogations du délai de trente jours.

4. A la suite de cet avis, la partie adverse a procédé à des modifications au projet.

5. Le 3 décembre 2009 le collège réuni de la partie adverse a pris un arrêté fixant les normes d'agrément auxquelles doivent répondre les établissements d'accueil ou d'hébergement pour personnes âgées et précisant les définitions de groupement et de fusion ainsi que les normes particulières qu'ils doivent respecter.

Cet arrêté a été publié au Moniteur belge du 17 décembre 2009, édition 2.

Il s'agit de l'acte attaqué.

Considérant que, dans son mémoire en réponse, la partie adverse excipe de l'irrecevabilité de la requête pour défaut d'intérêt; qu'elle soutient que "nulle part, la partie requérante n'indique quels pourraient être les intérêts de ses membres défendus collectivement", ni en quoi l'intérêt collectif prétendu serait distinct des intérêts individuels de ses membres; qu'elle met en question la personnalité civile de la requérante, la faculté pour celle-ci de s'en prévaloir à l'égard des tiers sur la base des articles 3 et 26 de la loi du 27 juin 1921 sur les associations sans but lucratif, les associations internationales sans but lucratif et les fondations, ainsi que la conformité à ses statuts de la décision d'agir en justice; que, dans son dernier mémoire, elle soutient que par l'article 4 de ses statuts, la requérante s'est octroyé un objet social des plus larges, qu'elle n'a ni intérêt propre ni intérêt spécifique à agir, qu'elle ne peut faire valoir un intérêt collectif à l'action pouvant être rattaché à l'objet social qu'elle s'est donné et que certains de ses membres répondent aux exigences de l'arrêté attaqué ou peuvent y répondre;

Considérant qu'en réplique, la requérante affirme qu'elle a fait état de son objet social dans la requête, qu'il est lié à l'acte attaqué, qu'elle a pour objet d'assurer,

par tous les moyens légaux, la défense des intérêts professionnels ou moraux de ses membres, maisons de repos du secteur privé, que l'arrêté attaqué modifie le cadre réglementaire des établissements pour personnes âgées, que son intérêt est bien établi, qu'il était loisible à la partie adverse de consulter les pièces annexées à la requête, ce qu'elle ne l'a visiblement pas fait, qu'il en ressort que la décision d'agir a été prise par son conseil d'administration réuni le 12 janvier 2010, à l'unanimité des membres présents ou représentés, dans le respect de ses statuts et de l'article 13 de la loi du 27 juin 1921 précitée; qu'elle énonce encore que les membres du conseil d'administration ayant pris la décision d'introduire la requête ont été valablement désignés et que cette désignation a fait l'objet d'une publication au Moniteur belge;

Considérant que, sur le vu des pièces jointes à la requête, c'est à juste titre que la requérante se prévaut de la personnalité civile; qu'il apparaît que la décision d'agir a été prise par son conseil d'administration, réuni en conformité à l'article 22 de ses statuts et ayant qualité à cet égard en application de l'article 26 des mêmes statuts; que compte tenu de l'article 4 des mêmes statuts, selon lequel elle a pour objet, notamment, d'assurer, par tous les moyens légaux, la défense des intérêts professionnels ou moraux des associations, des sociétés et des personnes physiques responsables ou gestionnaires de maisons de repos, elle peut se prévaloir d'une atteinte portée par le règlement attaqué aux intérêts collectifs de ses membres; que la requête est recevable;

Considérant que la requérante prend un premier moyen "du défaut de base d'habilitation législative valide, de la violation du principe de la liberté de commerce et d'industrie, consacré notamment par le décret d'Allarde des 2 et 17 mars 1791 et par l'article 6, § 1^{er}, VI, alinéa 3, de la loi spéciale de réforme[s] institutionnelle[s] du 8 août 1980, principe lu isolément ou éventuellement combiné avec les articles 10 et 11 de la Constitution; de la violation des articles 20 et 78 de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980 rendus applicables aux institutions bruxelloises par les articles 8 et 38 de la loi spéciale du 12 janvier 1989 relative aux Institutions bruxelloises; de la violation des articles 43 et 49 du Traité CEE, de la Directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services du marché intérieur, lus isolément ou combinés avec les articles 10 et 11 de la Constitution"; que le moyen est "spécifiquement dirigé contre :

- pour les résidences-services qui ne sont pas soumises au régime de la copropriété, des normes d'agrément visées par les articles 3 à 27, 28 à 60 et 61 à 101 de l'arrêté attaqué;
- pour les résidences-services qui sont soumises au régime de la copropriété des normes d'agrément visées par les articles 3 à 27, 102 à 106 de l'arrêté attaqué;

- pour les centres d'accueil de jour des normes d'agrément visées par les articles 3 à 27, 28 à 60 et 193 à 232 de l'arrêté attaqué;
- pour les centres d'accueil de nuit des normes d'agrément visées par les articles 3 à 27, 28 à 60 et 233 à 247 de l'arrêté attaqué";

qu'en une première branche, la requérante reproche à l'acte attaqué d'imposer aux résidences-services et aux centres d'accueil de jour et de nuit l'obtention d'une autorisation de fonctionnement provisoire et ensuite d'un agrément pour pouvoir exercer leur activité, soutient que cette contrainte est inconstitutionnelle parce qu'elle porte une atteinte discriminatoire à la liberté du commerce et de l'industrie et à la libre prestation des services sans être justifiée par un objectif légitime et une raison impérieuse d'intérêt général, que l'article 11 de l'ordonnance du 24 avril 2008 traite de la même manière, d'une part, les résidences-services, les complexes résidentiels, les centres d'accueil de jour et les centres d'accueil de nuit et, d'autre part, les autres établissements, alors que ces deux catégories d'établissements ne sont pas objectivement comparables et que les résidences-services, les complexes résidentiels, les centres d'accueil de jour et les centres d'accueil de nuit fournissent des services commerciaux visés par la directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006; qu'elle demande que soit posée à la Cour constitutionnelle la question préjudicielle suivante :

" Les articles 11 à 19 de l'ordonnance de l'assemblée réunie de la Commission communautaire commune du 24 avril 2008 relative aux établissements d'accueil ou d'hébergement pour personnes âgées violent-ils les articles 10 et 11 de la Constitution combinés avec le décret d'Allarde des 2 et 17 mars 1791 et la directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services du marché intérieur en ce qu'ils imposent aux résidences-services, aux centres d'accueil de jour et aux centres d'accueil de nuit d'obtenir une autorisation de fonctionnement provisoire puis un agrément pour pouvoir exercer leurs activités et les placent sur le même pied que d'autres catégories d'établissements pour personnes âgées objectivement différente[s] à savoir les maisons de repos, les centres de soins de jour, les établissements disposant de lits de courts séjours et les habitations pour personnes âgées qui, eux, ne sont pas soumis à ladite Directive ?";

qu'en une deuxième branche, la requérante affirme que l'acte attaqué fixe, en son titre II, des normes d'agrément pour l'ensemble des établissements pour personnes âgées visées par l'article 2, 4°, de l'ordonnance de la Commission communautaire commune du 24 avril 2008 précitée, en ce compris les résidences-services et les centres d'accueil de jour et de nuit, alors que les dispositions visées dans son moyen limitent strictement le régime d'autorisation des activités de service à des conditions précises qui ne sont manifestement pas rencontrées en l'espèce, notamment le fait de pouvoir être justifié par un objectif légitime et une raison impérieuse d'intérêt général n'autorisant pas de pouvoir d'appréciation de la part de l'autorité qui délivre l'accord

de principe et le titre de fonctionnement; qu'en une troisième branche, la requérante soutient que la programmation des résidences-services, des centres d'accueil de jour et de nuit n'est pas prévue par l'ordonnance du 24 avril 2008 ou est prévue par celle-ci mais en contrariété à la Constitution et aux règles de droit international directement applicables en sorte qu'elle ne peut servir de justification à l'exigence d'un agrément pour ces établissements; qu'elle demande que soit adressée à la Cour constitutionnelle une seconde question préjudicielle, qu'elle formule comme suit :

" L'ordonnance du 24 avril 2008 relative aux établissements d'accueil ou d'hébergement pour personnes âgées viole-t-elle les articles 10 et 11 de la Constitution et les articles 6, § 1^{er}, VI, alinéa 3, 20 et 78 de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980, lus isolément ou combinés avec le principe de la liberté de commerce et d'industrie consacré par le décret d'Allarde des 2 et 17 mars 1791 ainsi qu'avec les articles 43 et 49 du Traité CE et avec la directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services du marché intérieur, en ce qu'elle prévoit que les résidences-services soumises au régime de la copropriété, les centres d'accueil de jour et les centres d'accueil de nuit font l'objet d'une programmation ?";

Considérant que, dans son mémoire en réponse et son dernier mémoire, la partie adverse soutient, à titre principal, que le premier moyen est irrecevable, particulièrement en sa troisième branche, qu'il "ne vise nullement à contester la manière dont sont modalisé[e]s les normes d'agrément par l'arrêté querellé mais vise uniquement l'obligation même d'un agrément", que l'exigence d'un tel agrément est fondée sur l'ordonnance du 4 avril 2008, elle-même, que la requérante ne vise pas l'acte attaqué mais bien l'ordonnance du 24 avril 2008, que dans l'avis n° 46.473/VR/3, donné le 2 juin 2009 sur le projet appelé à devenir l'arrêté attaqué, la section de législation du Conseil d'Etat a affirmé que le principe de la condition d'agrément ne pouvait plus être vérifié compte tenu des dispositions du 24 avril 2008, que l'objet véritable du moyen n'est pas l'annulation de l'arrêté attaqué, mais bien la reconnaissance de l'inconstitutionnalité de la norme qui lui est supérieure, que la requérante qui n'a pas saisi la Cour constitutionnelle d'un recours en annulation de l'ordonnance du 24 avril 2008, alors qu'elle a introduit un tel recours à l'encontre du décret wallon du 30 avril 2009 relatif à l'hébergement et à l'accueil des personnes âgées, tente de couvrir cette lacune et que l'arrêté attaqué ne vise pas les normes de programmation mais uniquement les normes d'agrément, en application du chapitre III de l'ordonnance d'habilitation; qu'à titre subsidiaire, elle affirme que le moyen n'est pas fondé, en faisant valoir, en substance, que les différentes libertés visées au moyen ne sont aucunement absolues, que le principe qui prévaut est celui de la nécessité et de la proportionnalité de l'entrave au regard de l'objectif d'intérêt général poursuivi, qu'elle ne conteste pas qu'un agrément s'assimile à une autorisation, au sens de l'article 9 de la directive services, que les régimes d'autorisation, susceptibles d'entraver la libre prestation des services (au sein de l'Union européenne), ne doivent

pas être discriminatoires à l'égard du prestataire, qu'ils doivent être justifiés par une raison impérieuse d'intérêt général, que l'objectif poursuivi ne puisse pas être réalisé par une mesure moins contraignante, notamment parce qu'un contrôle a posteriori interviendrait trop tardivement pour avoir une efficacité réelle, et que ces conditions, reprises textuellement de l'article 9 de la directive service, sont celles préalablement dégagées par la jurisprudence de la Cour européenne de justice; qu'elle affirme que le régime d'autorisation mis en place n'est pas discriminatoire à l'égard du prestataire visé, que, quant à la première discrimination alléguée, le moyen manque en droit en ce qu'il ignore l'objet de la disposition attaquée, que celle-ci vise, comme l'indique le champ d'application de l'ordonnance du 24 avril 2008, les personnes âgées, que l'ensemble des établissements concernés sont destinés à l'hébergement de personnes âgées, que, comme l'a relevé la section de législation du Conseil d'Etat, l'arrêté attaqué a été pris dans le cadre de la compétence de la partie adverse en matière de "politique du troisième âge", que les discriminations et entraves prétendues doivent s'analyser au regard de l'objectif de protection orientée sur les besoins propres des personnes âgées, qu'au regard de l'objectif poursuivi par l'arrêté attaqué, la protection et la prise en compte des besoins spécifiques des personnes âgées, l'ensemble des institutions se trouve dans la même situation, qu'il s'agit d'institutions destinées à héberger des personnes âgées, que le traitement identique de situations identiques, au regard de l'objectif poursuivi, n'est pas discriminatoire, que la deuxième discrimination alléguée, fondée sur la différence découlant du financement des établissements, procède de la même logique, que les établissements dispensant des soins reçoivent un financement de la part de l'INAMI, au contraire des établissements n'en dispensant pas, que le financement par l'INAMI répond à la politique de dispensation de soins, et ne concerne en rien la politique d'aide aux personnes, notamment aux personnes âgées, que, quant à la troisième discrimination alléguée, fondée sur la combinaison d'une obligation de programmation et d'un agrément, elle affirme que la programmation, d'une part, et l'agrément, d'autre part, participent de logiques distinctes et sont traités par l'ordonnance du 24 avril 2008 dans des chapitres distincts, que les critères de programmation sont des instruments visant à réguler l'offre d'hébergement alors que l'agrément porte sur la qualité de celui-ci et que l'obligation d'agrément se justifie parfaitement pour des établissements ne faisant pas l'objet d'une programmation; qu'elle affirme encore que l'agrément est justifié par une raison impérieuse d'intérêt général, que cette notion est, en droit européen, définie librement par chacun des Etats membres, notamment à l'aune des principes dégagés par la Cour de justice, que la définition qu'en donne la directive services est particulièrement éclairante, qu'aux termes de l'article 4, 8), il s'agit :

" [...]

des raisons reconnues comme telles par la jurisprudence de la Cour de justice, qui incluent les justifications suivantes : l'ordre public, la sécurité publique, la santé publique, la préservation de l'équilibre financier du système de sécurité sociale, la protection des consommateurs, des destinataires de services et des travailleurs, la loyauté des transactions commerciales, la lutte contre la fraude, la protection de l'environnement et de l'environnement urbain, la santé des animaux, la propriété intellectuelle, la conservation du patrimoine national historique et artistique, des objectifs de politique sociale et des objectifs de politique culturelle",

que l'agrément des établissements visés dans l'ordonnance du 24 avril 2008, en ce que ces derniers accueillent et hébergent des personnes âgées, répond tant à des impératifs de protection des destinataires des services offerts, qu'à des objectifs de politique sociale, que la protection spécifique des personnes âgées constitue en outre une raison impérieuse d'intérêt général consacrée par l'article 25 de la charte des droits fondamentaux de l'union européenne, qu'en droit belge également le législateur spécial a reconnu que la politique du troisième âge constitue une raison impérieuse d'intérêt général en l'intégrant explicitement dans le chapitre consacré à l'aide aux personnes, que les éclaircissements que l'on a pu lire dans l'exposé des motifs du projet appelé à devenir le décret wallon du 30 avril 2009 précité, dont le principe de la condition d'agrément est identique à celui mis en place par l'ordonnance critiquée du 24 avril 2008, sont parfaitement transposables à cette dernière ordonnance (Parl.Wallon, S.O., 2008-2009, n° 971/1, p. 8), qu'il appartient à la requérante, si elle le juge nécessaire, de dénoncer la manière dont la notion de "raisons impérieuses d'intérêt général" est appliquée par l'Etat membre, en l'occurrence la Belgique, eu égard aux impératifs de la directive services, devant la Commission européenne en vue de l'introduction d'une éventuelle action en manquement à l'encontre de la Belgique et conformément au principe de la séparation des pouvoirs, il n'appartient au Conseil d'Etat que d'apprécier si la qualification du régime d'agrément mis en œuvre en tant que raisons impérieuses d'intérêt général est manifestement déraisonnable, quod non in casu; qu'elle fait valoir encore que l'objectif ne peut être atteint par des mesures moins contraignantes, que l'exigence d'une autorisation préalable est proportionnée au but poursuivi, que celui-ci ne pourrait être atteint par une simple déclaration préalable ou un contrôle a posteriori qui ne permettrait pas de garantir de manière identique les intérêts fondamentaux que l'ordonnance, et par voie de conséquence, l'acte attaqué, entendent protéger, qu'il ne peut raisonnablement être soutenu que le législateur bicommunautaire n'a pas entendu chercher la solution la moins contraignante possible, eu égard aux objectifs poursuivis, qu'il a prévu une procédure d'agrément des établissements en deux phases, l'octroi de l'autorisation de fonctionnement provisoire et de l'agrément et qu'il a, après avoir effectué la balance des intérêts, choisi la voie qu'il estimait la moins contraignante aux fins d'atteindre l'objectif poursuivi; qu'elle dénie encore l'ambiguïté des motifs impérieux d'intérêt général en énonçant que les travaux parlementaires de l'ordonnance du 24 avril 2008 sont antérieurs à l'entrée en vigueur de la directive 2006/123, qu'on ne peut reprocher

à leurs auteurs de ne pas respecter une directive non encore entrée en vigueur et de ne pas avoir donné une quelconque publicité aux motifs d'intérêt général poursuivi, que les objectifs en ressortent à suffisance, qu'on y lit notamment :

- " Une importance particulière est donnée dans le projet d'ordonnance à la protection et au respect de la personne et de ses choix de vie. Il est, en effet, prévu que l'établissement doit garantir notamment une vie conforme à la dignité humaine, la plus grande liberté d'occupation des lieux, le droit de ne recevoir que les visiteurs de son choix, et s'interdire d'exiger ou d'accepter de la personne âgée que celle-ci lui confie la gestion de son argent et de ses biens ou leur dépôt.

Le projet de vie est un élément central dans l'accueil de la personne. Celle-ci doit mener sa vie, à tout moment, de manière active et participative.

Une attention particulière a aussi été accordée au respect des biens des personnes et à la transparence des prix, notamment par l'établissement de sanctions lorsque le gestionnaire ne gère pas les comptes de manière individualisée, que le gestionnaire, par ruse, contrainte, menace, dol ou en profitant de l'état de faiblesse ou de maladie de la personne âgée, se fait remettre des bien[s] appartenant à celle-ci ou que le gestionnaire administre des fonds ou biens appartenant à la personne âgée. Des sanctions sont aussi prévues lorsque le gestionnaire impose à la personne âgée ou à son représentant, comme condition préalable à l'accueil ou au séjour, le paiement d'un acompte ou d'une garantie, autre que ceux autorisés par le Collège réuni" (Doc. parl., assemblée réunie de la Commission communautaire commune, session ordinaire, 2006-2007, doc B-102/2, p. 4);

qu'on n'aperçoit pas que les objectifs poursuivis manquent de clarté et présentent une ambiguïté certaine; qu'elle soutient enfin que les questions préjudicielles que la requérante propose de poser à la Cour constitutionnelle sont superfétatoires ou inutiles à la solution du litige et qu'il n'y a dès lors pas lieu de les poser; qu'elle précise, dans son dernier mémoire, que la question préjudicielle proposée dans le cadre de la première branche du moyen n'est pas nécessaire et que celle qui est proposée dans la troisième branche n'est pas utile à la solution du litige;

Considérant que la requérante affirme, dans son mémoire en réplique, et son dernier mémoire qu'elle a intérêt à son moyen, que le constat de la contrariété de l'ordonnance du 24 avril 2008 à des règles de droit international directement applicables ou à la Constitution aurait nécessairement pour effet de priver l'arrêté attaqué d'une base légale valide, de telle sorte que celui-ci devrait être annulé, que si le Conseil d'Etat ne peut constater directement la contrariété d'un acte de nature législative à la Constitution, il doit poser la question préjudicielle formulée dans la requête, que, par la troisième branche du moyen, elle reproche à l'arrêté attaqué de prévoir des conditions d'agrément pour les résidences-services, les centres d'accueil de jour et les centres d'accueil de nuit en exécution d'une disposition légale inconstitutionnelle ou contraire à des règles de droit international directement applicables, que la partie adverse prétend s'appuyer sur une règle répartitrice de compétences pour justifier qu'un agrément soit imposé aux résidences-services et aux

centres d'accueil de jour et de nuit mais que le moyen n'est pas pris de la violation des règles répartitrices de compétences, que le seul caractère d'établissement pour personnes âgées ne justifie pas l'exigence d'un agrément, que la section de législation a indiqué que les résidences-services, les centres d'accueil de jour et les centres d'accueil de nuit ne pouvaient pas être considérés comme étant des services de soins de santé comme peuvent l'être les maisons de repos et de soins, qu'elle a recommandé au législateur wallon de mettre en évidence la ou les raisons impérieuses d'intérêt général permettant de justifier, au regard du type d'établissement concerné et du type d'activité considérée, l'exigence de l'agrément appelé en Région wallonne titre de fonctionnement, qu'il convient pour respecter le prescrit de la directive 2006/123/CE de pouvoir démontrer qu'il n'existe pas de garantie aussi efficace et moins restrictive que le contrôle préalable et qu'un contrôle a posteriori ne serait pas efficace, que nulle part, dans les travaux préparatoires de l'ordonnance du 24 avril 2008, cette démonstration n'est faite, que le législateur bruxellois a manifestement traité l'ensemble des établissements pour personnes âgées de la même manière sans tenir compte de la spécificité des résidences-services et des centres d'accueil de jour et de nuit, que les centres d'accueil de jour et de nuit et les résidences-services ne peuvent pas être considérés comme des services de soins de santé, qu'ils ne sont pas financés par l'INAMI, que dès lors qu'ils ne font pas l'objet d'un financement public, un agrément ne se justifie pas, que l'exigence d'un niveau de qualité est garantie par le jeu de la concurrence, que les services médicaux qui sont dispensés dans ces établissements le seront nécessairement par des praticiens dûment qualifiés, que les résidences-services non soumises au régime de la copropriété ne font pas l'objet d'une programmation, à l'inverse des résidences-services soumises à ce régime, des centres d'accueil de nuit et des centres d'accueil de jour, qu'il est permis de s'interroger sur la constitutionnalité de la soumission à ce régime et qu'il y a lieu de poser la question préjudicielle formulée dans la requête en annulation, qu'il n'y a pas de motif impérieux d'intérêt général qui justifierait que les résidences-services, les centres d'accueil de jour et les centres d'accueil de nuit soient soumis à l'obligation d'un agrément, que les travaux préparatoires de l'ordonnance du 24 avril 2008 révèlent que cette question n'a même pas été abordée, que si l'on peut admettre que la directive 2006/123/CE n'était pas entrée en vigueur lors des discussions parlementaires préalables à l'adoption de l'ordonnance du 24 avril 2008, il n'en demeure pas moins que cette directive existait, qu'elle allait entrer en vigueur quelques mois plus tard et que, pour cette raison, la section de législation du Conseil d'Etat a attiré l'attention du législateur wallon sur la nécessité de la prendre en compte;

Considérant que la requérante prend un deuxième moyen, "dirigé notamment contre les articles 25, 68, 106, 194 ainsi que contre l'annexe I de l'arrêté attaqué", "de la violation des articles 128 et 138 de la Constitution, de la violation de

l'article 6, § 1^{er}, VI, alinéa 5, 3^o, de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980, de la violation de la loi du 22 janvier 1945 sur la réglementation économique et les prix, notamment en ses articles 1^{er} et 2, de la violation des articles 10, 11 et 23, alinéa 3, 1^o, de la Constitution, de la violation des principes généraux de droit administratif de proportionnalité et du raisonnable, de la violation du principe de la liberté de commerce et d'industrie, notamment consacré par le décret d'Allarde des 2 et 17 mars 1791 et du défaut de base d'habilitation législative valide et conforme aux règles répartitrices de compétences prises à l'appui du moyen"; qu'en une première branche, elle relève que diverses dispositions de l'arrêté attaqué, qu'elle identifie comme les articles 25, 68, 106, 194 et son annexe I, ont pour objet de déterminer le contenu de la convention d'accueil et d'hébergement, notamment en ce qui concerne le prix de journée et les frais qui peuvent être facturés, soit comme suppléments, soit comme avance en faveur de tiers en plus du prix de journée, et de fixer des règles complémentaires pour les prix facturés, que ces dispositions sont fondées sur l'article 11, alinéa 4, 8^o, de l'ordonnance du 24 avril 2008, alors que la politique des prix et des revenus est une compétence exclusive de l'autorité fédérale et que l'intervention de la partie adverse ne peut limiter la compétence du ministre fédéral des affaires économiques pour fixer les adaptations de prix à payer par les résidents dans les établissements pour personnes âgées; qu'elle demande que soit posée la question préjudicielle suivante à la Cour constitutionnelle :

" L'article 11, alinéa 4, 8^o, de l'ordonnance du 24 avril 2008 relative aux établissements d'accueil ou d'hébergement pour personnes âgées de la Commission communautaire commune viole-t-il les articles 128 et 138 de la Constitution et [...] l'article 6, § 1^{er}, VI, alinéa 5, 3^o, de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980 en ce qu'il habilite le collège réuni à établir des règles complémentaires pour la fixation des prix facturés ?";

qu'en une deuxième branche, elle soutient que l'arrêté attaqué réglemente de manière détaillée et contraignante la structure du prix à payer par les résidents dans les établissements pour personnes âgées et limitent de manière substantielle toute possibilité d'adaptation du prix d'hébergement postérieur à l'entrée en vigueur de l'arrêté attaqué alors que la politique des prix et des revenus est une compétence exclusive de l'autorité fédérale; qu'en une troisième branche, elle affirme que la combinaison des mesures très restrictives relatives à la structure du prix et à la limitation des possibilités d'augmentation du prix ne permettront plus aux établissements pour personnes âgées relevant du secteur privé commercial de maintenir un seuil de rentabilité raisonnable alors que la liberté du commerce et de l'industrie doit être garantie; qu'en une quatrième branche, elle soutient que les restrictions concernant la fixation de la structure du prix et l'adaptation du prix s'appliquent à tous les établissements pour personnes âgées, qu'ils relèvent du secteur associatif, du secteur public ou du secteur privé commercial, alors que les

gestionnaires relevant de l'un ou l'autre de ces secteurs se trouvent dans des situations qui ne sont nullement comparables en termes de perspectives de rentabilité; qu'en une cinquième branche, elle énonce que l'arrêté attaqué impose des contraintes nouvelles très importantes en matière de prix d'hébergement dans les établissements pour personnes âgées par rapport à la réglementation antérieure, contraire au principe du standstill en matière de droit au travail et au libre choix d'une activité professionnelle; qu'en une sixième branche, elle fait valoir que l'annexe I de l'arrêté attaqué est rendue obligatoire à l'ensemble des établissements pour personnes âgées, en ce comprises les résidences services, alors que celles-ci forment une catégorie tout à fait particulière caractérisée par l'indépendance des résidents et le libre choix de ceux-ci en matière de services;

Considérant que, dans son mémoire en réponse, la partie adverse soutient, quant à la première branche, que le moyen est irrecevable, que son véritable objet n'est pas l'annulation de l'arrêté attaqué, mais bien la reconnaissance de l'inconstitutionnalité de la norme qui lui est supérieure; qu'elle affirme, à titre principal, quant à la première et à la deuxième branche, que les règles de répartition des compétences ont été respectées, particulièrement les articles 5, § 1^{er} II, 5°, et 6, § 1^{er}, VI, alinéa 5, 3°, de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980, que la Cour constitutionnelle a affirmé que les Communautés et les Régions ne sont pas privées de toute compétence en ce qui concerne les tarifs des services qui relèvent de leur compétence, mais qu'elles doivent tenir compte de la politique des prix menée par l'autorité fédérale, et notamment des règles établies par ou en vertu de la loi du 22 janvier 1945 (C.A., 3 mars 1999, n° 26/99), que le Constituant et le législateur spécial, dans la mesure où ils n'en disposent pas autrement, ont attribué aux Communautés et aux Régions toute la compétence d'édicter les règles propres aux matières qui leur ont été transférées et ce, sans préjudice du recours, au besoin, à l'article 10 de la loi spéciale du 8 août 1980, qu'a été transféré aux Communautés, sous réserve des exceptions mentionnées dans la loi spéciale, l'ensemble de la politique du troisième âge, en ce compris tous les aspects de cette politique qui visent spécialement la protection des personnes âgées, que, dans l'exercice de sa compétence en matière de politique du troisième âge, la Commission communautaire commune peut adopter des règles tarifaires relatives aux services relevant de cette matière, pourvu que ces règles respectent la politique des prix menée au plan fédéral, qu'elle peut imposer des règles relatives à la détermination de ce que le prix facturé au résident doit comprendre, aux fins notamment de garantir la transparence des factures dans un souci de protection des personnes âgées, que, au cours des travaux préparatoires de l'ordonnance du 24 avril 2008, un amendement a été adopté en vue d'habiliter le collège réuni à prendre les normes nécessaires en vue de clarifier les prix, dans un souci de protéger les personnes âgées et sans empiéter sur les compétences dévolues au pouvoir fédéral

(Doc. Parl., Assemblée réunie de la Commission communautaire commune, sess. o., 2007-2008, B-102/2, p. 29), que dans l'avis n° 46.473/VR/3 du 2 juin 2009, donné au sujet du projet appelé à devenir l'arrêté attaqué, la section de législation du Conseil d'Etat a énoncé, notamment, quant au respect, par les normes d'agrément figurant dans le projet, des règles répartitrices de compétences, que :

" 4.7. Compte tenu de cette répartition des compétences, les normes d'agrément fixées dans le projet ne donnent lieu à aucune observation, dès lors que celles-ci peuvent être regardées comme des règles d'agrément générales auxquelles doivent répondre les établissements d'accueil et d'hébergement pour personnes âgées et qu'elles ne rendent «pas impossible ou exagérément difficile» l'exercice de la compétence fédérale d'adopter des «normes d'agrément nationales» particulières ni ne dérogent, en outre, à ces normes",

qu'ainsi, selon " le premier juge" de la légalité de l'arrêté attaqué, ni l'ordonnance du 24 avril 2008, ni l'arrêté attaqué ne méconnaissent les règles relatives à la répartition des compétences entre le pouvoir fédéral et la Commission communautaire commune; qu'à titre subsidiaire, en ce qui concerne la contrariété de l'arrêté attaqué aux règles visées au moyen, la partie adverse soutient que l'argumentation de la requérante ne se fonde sur aucun texte, qu'elle méconnaît la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, que la réalité de la perte financière alléguée n'est nullement étayée, et qu'il n'apparaît pas que la structuration du prix critiquée soit de nature à provoquer pareille perte; que, quant à la troisième branche, la partie adverse fait valoir que, selon la Cour constitutionnelle, la liberté de commerce et d'industrie ne peut se concevoir comme une liberté absolue, et que, compte tenu de la nature des services que l'arrêté attaqué impose d'inclure dans le prix facturé, les restrictions à la liberté de commerce et d'industrie ne peuvent être considérées comme manifestement déraisonnables ou disproportionnées par rapport aux objectifs poursuivis de protection des personnes âgées; que, quant à la quatrième branche, elle soutient qu'elle repose sur des affirmations invérifiables, que la requérante se fonde sur l'hypothèse selon laquelle les pouvoirs publics accorderaient des aides illicites et incompatibles avec le marché commun aux établissements ressortissant au secteur associatif et au secteur public, sans prendre en considération la spécificité des établissements; que, quant à la cinquième branche, elle énonce que la requérante n'établit pas que la Commission communautaire commune n'aurait pas tenu compte des obligations visées à l'article 23, alinéa 2, de la Constitution, que cette disposition empêche que le législateur compétent réduise sensiblement le niveau de protection offert par la législation applicable sans motifs liés à l'intérêt général, qu'il n'apparaît pas que les normes attaquées réduisent sensiblement le droit au travail des gestionnaires d'établissements pour personnes âgées et que l'arrêté attaqué est expressément fondé sur un motif d'intérêt général qui est la protection des personnes âgées; que, quant à la sixième branche, la partie adverse affirme que la requérante entretient la confusion entre les articles 68 et 106 de l'arrêté attaqué, qui imposent d'indiquer dans la convention

d'hébergement, le "prix mensuel d'hébergement" et l'annexe I qui prévoit, conformément à l'article 25 du même arrêté, que soit établi pour chaque personne âgée "un relevé détaillé de toutes les charges", que les articles 68 et 106 exigent que soit indiqué dans la convention d'hébergement le prix que le résident sera tenu de payer, tandis que l'annexe I de l'arrêté mentionne les éléments de frais que l'établissement doit répertorier et tenir à la disposition du résident, l'objectif de cette disposition étant de garantir une transparence en matière de facturation;

Considérant que, dans son mémoire en réplique, la requérante maintient que, dans la mesure où la disposition d'habilitation est contraire aux règles répartitrices de compétences, les articles 25, 68, 106, 194 et l'annexe I de l'arrêté attaqué sont privés de tout fondement légal valide, que l'absence d'observation de la section de législation du Conseil d'Etat au regard des règles répartitrices de compétence "ne constitue pas un sceau de légalité absolu" et qu'il y a lieu de poser la question proposée à la Cour constitutionnelle, que l'arrêté attaqué impose d'inclure une soixantaine d'éléments de frais dans le prix de la journée, ce qui exercera une action directe sur la hauteur de ce prix, que seul le ministre fédéral des Affaires économiques est compétent pour fixer ces prix et en accepter éventuellement l'augmentation, que la troisième branche du moyen s'inscrit dans la continuité de la deuxième, que "les établissements pour personnes âgées ne sont pas en mesure de répercuter directement l'incidence de l'imposition d'un contenu très strict pour le prix de journée par une augmentation de celui-ci puisque le prix d'hébergement est fixé par le Ministre de l'économie", que, quant à la quatrième branche, elle note que la partie adverse "qualifie d'illégal de tels soutiens publics desquels elle est systématiquement exclue", qu'elle maintient son argumentation quant à la cinquième branche et constate que la partie adverse rejoint ses conclusions quant à la sixième branche;

Considérant que, dans son dernier mémoire, la partie adverse affirme que la question préjudicielle proposée dans la première branche du second moyen est inutile puisque la Cour d'arbitrage a déjà statué sur une question d'objet identique par son arrêt n° 26/99 du 3 mars 1999; qu'à l'audience, elle a fait état, dans le même sens, d'un arrêt n° 135/2010 prononcé le 9 décembre 2010 par la Cour constitutionnelle;

Considérant que, selon l'article 26, § 2 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle, lorsqu'une question préjudicielle est soulevée devant une juridiction telle que le Conseil d'Etat, celle-ci doit demander à la Cour constitutionnelle de statuer sur cette question; qu'elle n'y est cependant pas tenue lorsque la Cour constitutionnelle a déjà statué sur une question ou un recours ayant un objet identique;

Considérant qu'il n'apparaît pas que, par son arrêt n° 26/99 du 3 mars 1999, la Cour constitutionnelle, alors la Cour d'arbitrage, ait statué sur une question ou un recours d'objet identique à celui des questions proposées dans le cadre du présent recours; que, par l'arrêt précité, la Cour s'est prononcée en effet sur un recours en annulation de l'article 5, § 2, 2°, du décret de la Région wallonne du 5 juin 1997 relatif aux maisons de repos, résidences services et aux centres d'accueil de jour pour personnes âgées et portant création du Conseil wallon du troisième âge, introduit par le Conseil des ministres; que, par l'arrêt n° 135/2010 prononcé le 9 décembre 2010, la Cour constitutionnelle statue sur la requête de l'A.S.B.L. FEMARBEL, requérante dans le présent litige; que, toutefois, c'est un décret de la Région wallonne du 30 avril 2009 relatif à l'hébergement et à l'accueil des personnes âgées qui a fait l'objet de l'arrêt; que, compte tenu de ces différences, ces arrêts ne justifient pas qu'il soit fait exception à l'obligation de poser les questions préjudicielles fondée sur l'article 26, § 2, de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle;

Considérant que la requérante fait valoir, à juste titre, que "le constat qui serait fait de la contrariété de l'ordonnance du 24 avril 2008 à des règles de droit international directement applicables ou à la Constitution aurait nécessairement pour effet de priver l'arrêté attaqué d'une base légale valide" de telle sorte que le Conseil d'Etat "n'aurait [...] d'autre choix que d'annuler l'arrêté attaqué"; que le constat de contrariété de l'article 11, alinéa 4, 8°, de cette ordonnance aux règles répartitrices de compétences invoquées par la requérante dans son deuxième moyen aurait le même effet; que la requérante dispose d'un intérêt suffisant à son premier moyen, ainsi qu'à la première branche de son deuxième moyen; qu'il y a lieu de poser à la Cour constitutionnelle les questions préjudicielles telles que proposées par la requérante,

D E C I D E :

Article 1^{er}.

Il est sursis à statuer.

Article 2.

Les questions suivantes, telles que formulées par la requérante, sont posées à titre préjudiciel à la Cour constitutionnelle :

- 1) "Les articles 11 à 19 de l'ordonnance de l'assemblée réunie de la Commission communautaire commune du 24 avril 2008 relative aux établissements d'accueil ou d'hébergement pour personnes âgées violent-ils les articles 10 et 11 de la Constitution

combinés avec le décret d'Allarde des 2 et 17 mars 1791 et la directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services du marché intérieur en ce qu'ils imposent aux résidences-services, aux centres d'accueil de jour et aux centres d'accueil de nuit d'obtenir une autorisation de fonctionnement provisoire puis un agrément pour pouvoir exercer leurs activités et les placent sur le même pied que d'autres catégories d'établissements pour personnes âgées objectivement différente[s] à savoir les maisons de repos, les centres de soins de jour[r], les établissements disposant de lits de courts séjours et les habitations pour personnes âgées qui, eux, ne sont pas soumis à ladite Directive ?";

2) "L'ordonnance du 24 avril 2008 relative aux établissements d'accueil ou d'hébergement pour personnes âgées viole-t-elle les articles 10 et 11 de la Constitution et les articles 6, § 1^{er}, VI, alinéa 3, 20 et 78 de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980, lus isolément ou combinés avec le principe de la liberté de commerce et d'industrie consacré par le décret d'Allarde des 2 et 17 mars 1791 ainsi qu'avec les articles 43 et 49 du Traité CE et avec la directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services du marché intérieur, en ce qu'elle prévoit que les résidences-services soumises au régime de la copropriété, les centres d'accueil de jour et les centres d'accueil de nuit font l'objet d'une programmation ?";

3) "L'article 11, alinéa 4, 8°, de l'ordonnance du 24 avril 2008 relative aux établissements d'accueil ou d'hébergement pour personnes âgées de la Commission communautaire commune viole-t-il les articles 128 et 138 de la Constitution et [...] l'article 6, § 1^{er}, VI, alinéa 5, 3°, de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980 en ce qu'il habilite le collège réuni à établir des règles complémentaires pour la fixation des prix facturés ?".

Article 3.

Sur le vu des réponses données aux questions par la Cour constitutionnelle, le membre de l'auditorat, désigné par l'Auditeur général, est chargé de déposer un rapport complémentaire.

Article 4.

A dater de la notification du rapport complémentaire, chacune des parties disposera d'un délai unique de trente jours pour déposer un dernier mémoire.

Article 5.

Les dépens sont réservés.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre, le
vingt-trois février deux mille onze par :

M^{me} Odile DAURMONT,
MM. Paul LEWALLE,
Yves HOUYET,
M^{me} Katty LAUVAU,

Président de chambre,
Conseiller d'Etat,
Conseiller d'Etat,
Greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Katty LAUVAU.

Odile DAURMONT.