

ROYAUME DE BELGIQUE

AVIS 41.208/4

DE LA SECTION DE LÉGISLATION DU CONSEIL D'ÉTAT

Le CONSEIL D'ÉTAT, section de législation, quatrième chambre, saisi par le Ministre, membre du Collège de la Commission communautaire française de Bruxelles-Capitale, compétent pour l'Action sociale et la Famille, le 16 août 2006, d'une demande d'avis, dans un délai de trente jours prorogé jusqu'au 15 octobre 2006 ^(*), sur un avant-projet de décret de la Commission communautaire française "relatif à la politique d'hébergement et d'accueil à mener envers les personnes âgées", a donné le 9 octobre 2006 l'avis suivant :

^(*) Par une lettre du Ministre du 31 août 2006.

Comme la demande d'avis est introduite sur la base de l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 1°, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, tel qu'il est remplacé par la loi du 2 avril 2003, la section de législation limite son examen au fondement juridique du projet, à la compétence de l'auteur de l'acte ainsi qu'à l'accomplissement des formalités préalables, conformément à l'article 84, § 3, des lois coordonnées précitées.

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

Formalités préalables

1. L'avant-projet de décret à l'examen organise l'octroi d'agrément aux établissements résidentiels et aux services non résidentiels destinés aux personnes âgées.

L'article 5, §§ 1^{er} et 3, du décret du 5 juin 1997 portant création du Conseil consultatif bruxellois francophone de l'Aide aux personnes et de la Santé dispose comme suit :

"Art. 5. § 1. D'initiative, à la demande de l'Assemblée ou à la demande du Collège, la section «Aide et soins à domicile» a pour mission de donner des avis sur les questions qui concernent le maintien à domicile, l'aide aux familles et aux personnes âgées, les soins palliatifs, la coordination de soins et services à domicile. Son avis est requis sur les projets de décrets et leurs arrêtés d'exécution ainsi que lorsqu'une norme prescrit l'obtention de l'avis d'un organe consultatif pour un service ou un centre agréé par le Collège dans un des secteurs susmentionnés.

Son avis peut être sollicité par l'Assemblée sur les propositions de décrets.

[...]

§ 3. D'initiative, à la demande de l'Assemblée ou à la demande du Collège, la section "Hébergement" a pour mission de donner des avis sur les questions qui concernent les structures d'accueil et/ou de soins résidentielles. Son avis est requis sur les projets de décrets et leurs arrêtés d'exécution ainsi que lorsqu'une norme prescrit l'obtention de l'avis d'un organe consultatif pour un service ou un centre agréé par le Collège dans un des secteurs susmentionnés.

Son avis peut être sollicité par l'Assemblée sur les propositions de décrets."

En l'espèce, le texte en projet a été soumis pour avis à la section "Hébergement" du Conseil consultatif bruxellois francophone de l'Aide aux personnes et de la Santé.

.../...

Compte tenu de ce qu'il organise non seulement l'agrément des services résidentiels destinés aux personnes âgées, mais aussi l'agrément de services non résidentiels tels que l'accueil de jour, la télévigilance ou l'aide aux personnes âgées maltraitées ⁽¹⁾, il doit également être soumis pour avis à la section "Aide et soins à domicile" du Conseil consultatif.

L'auteur de l'avant-projet veillera à l'accomplissement de cette formalité.

2. Le procès-verbal de la délibération du Collège du 24 juillet 2006 mentionne qu'il "sera tenu compte de l'avis du service juridique pour la seconde lecture".

Si l'avant-projet de décret à l'examen devrait être modifié ultérieurement pour tenir compte de cet avis du service juridique sur des points autres que ceux qui font l'objet du présent avis, il conviendrait de soumettre à nouveau le texte ainsi modifié à l'avis du Conseil d'État.

Fondement juridique

Observations générales

1. Comme l'indique l'article 1^{er}, l'avant-projet de décret à l'examen règle, en vertu de l'article 138 de la Constitution, une matière visée à l'article 128 de la Constitution.

Selon l'article 128, § 2, de la Constitution, la compétence des communautés relative aux matières personnalisables s'exerce, dans la Région bilingue de Bruxelles-Capitale, à l'égard des institutions qui, en raison de leur organisation, doivent être considérées comme appartenant exclusivement à l'une ou à l'autre Communauté.

⁽¹⁾ Voir à cet égard l'article 5 de l'avant-projet de décret.

Lorsque, comme c'est le cas en l'espèce, la Commission communautaire française entend exercer une compétence de la Communauté française dans une matière personnalisable, elle ne peut donc l'exercer qu'à l'égard des institutions établies sur le territoire de la Région bilingue de Bruxelles-Capitale qui, en raison de leur organisation, peuvent être considérées comme appartenant exclusivement à la Communauté française.

À cet égard, l'avant-projet de décret à l'examen appelle les observations suivantes.

1°) L'article 2 vise les établissements résidentiels et les services non résidentiels "appartenant exclusivement à la Communauté française".

Il n'y a pas lieu de préciser dans le texte en projet la compétence de la Commission communautaire française lorsque celle-ci exerce des compétences de la Communauté française. En effet, cette compétence est déjà réglée par l'article 128, § 2, de la Constitution et n'a donc pas lieu d'être rappelée dans un avant-projet de décret.

À l'article 2, les mots "appartenant exclusivement à la Communauté française" seront dès lors omis.

2°) L'article 3 de l'avant-projet à l'examen dispose comme suit :

"Nul ne peut exploiter un établissement résidentiel destiné aux personnes âgées, quelle qu'en soit la dénomination, si celui-ci n'est pas agréé en vertu du présent décret ou d'une ordonnance de la Commission communautaire commune ou d'un décret de la Communauté flamande."

Par une telle disposition, la Commission communautaire française excède sa compétence. En effet, il ne lui appartient pas de préciser les conditions dans lesquelles les établissements qui relèvent de la Commission communautaire commune ou de la Communauté flamande peuvent être exploités.

À l'article 3, il conviendrait donc de supprimer les mots "ou d'une ordonnance de la Commission communautaire commune ou d'un décret de la Communauté flamande".

.../...

Ces deux suppressions n'empêcheront pas l'ensemble des établissements répondant en fait aux définitions de l'avant-projet qui, en raison de leur organisation, doivent être considérés comme appartenant exclusivement à la Communauté française dans la région bilingue de Bruxelles-Capitale au sens de l'article 128, § 2, de la Constitution, d'être soumis à la règle inscrite à l'article 3.

2. Un décret ne peut attribuer directement des pouvoirs à un membre du Collège ou à des services administratifs.

C'est au Collège que le décret doit attribuer les pouvoirs qu'il détermine, le Collège pouvant alors déléguer ceux-ci dans le respect des limites auxquelles est soumise toute délégation de pouvoirs.

En conséquence, les articles 12 à 16, 19, 20, 22 à 24, 28, 30 à 34, 36 à 38, 42, 44, et 47 à 50 seront modifiés et les articles 6, 2°, et 56, omis.

3. Le système d'agrément prévu par l'avant-projet de décret comporte trois phases successives :

- l'accord de principe,
- l'agrément provisoire,
- l'agrément.

Selon l'article 14 de l'avant-projet, les conditions de l'agrément provisoire sont identiques à celles de l'agrément.

Or l'article 17, alinéa 2, donne à entendre qu'un établissement pourrait fonctionner sous le couvert d'un agrément provisoire bien qu'il ne réponde qu'à une partie seulement des normes fixées par le Collège ou encore disposerait d'un délai pour s'y conformer, alors que l'article 14 ne prévoit ni l'une ni l'autre de ces hypothèses.

Cette ambiguïté doit être dissipée.

Observations particulières

Dispositif

Article 8

1. Selon l'article 8, alinéa 1^{er},

"Le Collège détermine, après avis du Conseil consultatif, une programmation pour les établissements résidentiels et services non résidentiels destinés aux personnes âgées."

Le commentaire de cette disposition précise que la programmation sera établie de manière spécifique pour chaque catégorie d'établissements résidentiels ou pour chaque catégorie de services non résidentiels.

Si l'auteur du texte en projet souhaite imposer au Collège d'établir la programmation de cette manière, il conviendrait de le préciser non pas dans le commentaire de l'article, mais dans le dispositif lui-même.

2. L'article 8 se réfère aux "règles de programmation de certaines catégories d'établissements résidentiels établies en concertation entre l'autorité fédérale et les Communautés et Régions dans le cadre des protocoles d'accords relatifs à la politique à mener envers les personnes âgées et des accords conclus entre les commissions communautaires compétentes sur le territoire de la Région de Bruxelles-Capitale".

Comme l'a précisé la déléguée du ministre, les protocoles d'accords visés sont ceux qui ont été conclus "entre l'autorité fédérale et les autorités visées aux articles 128, 130, 135 et 138 de la Constitution, concernant la politique de la santé à mener à l'égard des personnes âgées", dont le plus récent est le protocole n° 3 du 13 juin 2005 ⁽²⁾. De tels protocoles d'accords doivent s'analyser comme constituant des accords de coopération portant sur une matière réglée par la loi, le décret ou l'ordonnance et de nature à lier individuellement les Belges. En application de l'article 92bis, § 1^{er}, de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980, ils doivent, pour produire leurs effets, avoir reçu l'assentiment par les législateurs concernés.

⁽²⁾ Moniteur belge, 28 avril 2006.

À ce jour, aucun d'entre eux n'a fait l'objet de tels assentiments. Ils n'ont donc pas force obligatoire ⁽³⁾.

Afin de prévenir tout contentieux quant à la valeur des règles de programmation, le défaut d'approbation de ces accord pouvant affecter la validité de la programmation et celle des actes administratifs que le Collège prendrait sur la base de celle-ci, il est recommandé d'ajouter in fine du troisième point de l'alinéa 2 de l'article 8, les mots ", régulièrement approuvés".

La disposition en projet vise en outre les "accords conclus entre les commissions communautaires compétentes sur le territoire de la Région de Bruxelles-Capitale". À cet égard, il y a lieu de rappeler que la compétence en matière de politique des personnes âgées s'exerce, sur ce territoire, par la Commission communautaire française, par la Commission communautaire commune ou par la Communauté flamande. Les accords qui sont - ou seraient - conclus en cette matière entre les trois autorités précitées doivent également être considérés comme constituant des accords de coopération. Ils appellent dès lors la même observation quant à leur assentiment par les différents législateurs.

Article 9

1. À l'alinéa 1^{er}, il doit être entendu que le terme "notamment" ne permettrait que l'ajout d'éléments secondaires par rapport aux éléments essentiels dont l'article examiné dresse la liste.

La même observation vaut pour l'article 14, §§ 1^{er} et 2, et l'article 30.

⁽³⁾ Voir l'avis 28.036/4, donné le 28 octobre 1998, sur un projet devenu l'arrêté du Gouvernement wallon du 3 décembre 1998 portant exécution du décret 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; sur les conséquences de cette absence de force obligatoire, voir C.E., n° 117.483, 25 mars 2003, *SA Résidence Harmonie*; C.E., n° 152.449, 9 décembre 2005, *SPRL Séniorie de Carlsbourg*.

2. L'article 9, 1°, habilite de manière générale le Collège à fixer des normes de sécurité.

Comme l'a observé la section de législation dans son avis 34.905/VR, donné le 18 février 2003, sur une proposition de loi instaurant l'obligation de placer des détecteurs de fumée optiques dans les nouvelles habitations ⁽⁴⁾,

"Aucune disposition de la Constitution ou des lois organisant la répartition des compétences entre l'État, les communautés et les régions n'attribue de manière expresse le règlement de [la politique de protection contre l'incendie] aux communautés ou aux régions. Elle est donc restée en principe parmi les compétences résiduelles de l'autorité nationale.

Compte tenu toutefois du lien entre cette matière et certaines compétences attribuées aux communautés et aux régions, la Cour d'arbitrage a précisé 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 de leur recours, au besoin, à l'article 10 de la loi spéciale du 8 août 1980», et qu'en conséquence la politique en matière de sécurité, plus particulièrement la protection contre l'incendie, n'est pas demeurée une matière purement fédérale. La Cour a considéré que l'autorité fédérale est compétente pour édicter les normes de base, c'est-à-dire celles qui sont communes à une catégorie de constructions sans que soit prise en compte leur destination, mais que les communautés ou les régions sont habilitées à régler les aspects de sécurité qui sont spécifiques aux constructions, établissements et institutions relevant de leurs compétences; elles ont le pouvoir en ce cas d'«adapter et compléter les normes de base, sans mettre celles-ci en péril». ⁽⁵⁾"

En habilitant de manière générale et illimitée le Collège à fixer des normes de sécurité, l'article 9, 1°, porte atteinte aux règles répartitrices des compétences entre l'État fédéral et les Communautés et Régions ⁽⁶⁾.

L'article 9, 1°, sera modifié en conséquence.

⁽⁴⁾ *Doc. parl.*, Chambre, 2002-2003, n° 2296/2, p. 3.

⁽⁵⁾ Cette jurisprudence résulte des arrêts n°s 40, du 15 octobre 1987 (cons. 2.B.2), 41, du 29 octobre 1987 (cons. 2.B.3), 49, du 10 mars 1988 (cons. 2.B.2), et 67, du 9 novembre 1988 (cons. 9.B).

⁽⁶⁾ Voir avis 28.244/4, donné le 25 novembre 1998, sur un avant-projet de décret sur le tourisme de terroir (*Doc.*, Cons. rég. wallon, 1998-1999, n° 515/1).

3. L'article 9, 9°, vise le résident ou son "répondant", alors que l'article 10, 1°, vise le résident ou son "représentant". Pour éviter toute difficulté d'interprétation ⁽⁷⁾ et de l'accord de la déléguée du ministre, le terme "répondant" sera remplacé par le terme "représentant".

4. Selon les informations fournies par la déléguée du ministre, l'intention de l'auteur de l'avant-projet de décret n'est pas de porter atteinte à la liberté de choix du médecin et des autres praticiens, liberté garantie en particulier par l'article 6 de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient. L'article 9, 9°, suscite dès lors les observations suivantes.

1°) L'article 9, 9°, ne vise que le libre choix du médecin, des soignants et paramédicaux pour les prestations non couvertes par l'intervention de l'assurance-maladie invalidité ou par le prix de journée. Il pourrait dès lors laisser penser que ce libre choix n'existe pas s'agissant des prestations couvertes par l'intervention de l'assurant maladie-invalidité ou par le prix de journée.

2°) L'article 9, 9°, habilite le Collège à déterminer des normes d'agrément portant sur ce libre choix. Dès lors que la volonté de l'auteur n'est pas de porter atteinte au libre choix, la section de législation n'aperçoit pas quelle pourrait être la portée de cette habilitation.

Article 12

1. Au paragraphe 2, il n'y a pas lieu d'établir une distinction entre l'hypothèse où le dossier n'est pas complet et celle où il n'est pas recevable. En effet, lorsqu'un dossier n'est pas complet, il est irrecevable.

Au paragraphe 2, les termes "complet ou" seront en conséquence supprimés.

⁽⁷⁾ Voir avis 25.119/9, donné le 16 septembre 1996 sur un avant-projet de décret devenu le décret du 5 juin 1997 relatif aux maisons de repos pour personnes âgées (*Doc., Cons. rég. wallon, 1996-1997, 213/1, p. 25*).

Selon la déléguée du ministre, la volonté est de distinguer l'hypothèse où le dossier n'est pas complet de celle où il est complet, mais où les documents qui sont joints ne sont pas conformes à ce qui est exigé (par exemple, transmission d'un certificat de bonnes vie et moeurs dont la date serait plus ancienne que ce qui est exigé).

Cette précision pourrait être apportée dans le commentaire des articles.

Les mêmes observations valent pour les articles 15, alinéa 1^{er}, et 31.

2. Au paragraphe 2, alinéa 3, il est prévu que le Collège prend sa décision dans un délai déterminé. Plusieurs autres dispositions prévoient également l'obligation de l'autorité administrative de prendre et de notifier une décision dans un délai déterminé.

Ces dispositions n'indiquent cependant pas les conséquences qui s'attachent au dépassement de ces délais. Il semble bien qu'il s'agisse de délais d'ordre. Cette précision devrait figurer dans l'exposé des motifs.

Article 14

1. L'article 14, § 1^{er}, énumère les documents du dossier administratif qui accompagne la demande d'agrément ou d'agrément spécial.

Certains de ces documents ne sont pas relatifs aux conditions d'agrément énoncées aux articles 9 et 10, mais semblent renvoyer à des exigences supplémentaires.

Par exemple, l'article 14, § 1^{er}, 8°, prévoit que le dossier administratif doit comporter "une copie du contrat d'assurance en responsabilité civile professionnelle du directeur et du personnel, du contrat d'assurance incendie et du contrat d'assurance en responsabilité civile objective". Si la copie du contrat d'assurance incendie peut se rapporter aux exigences en matière de sécurité prévues à l'article 10, 7°, la section de législation n'aperçoit pas à quelle exigence font écho les copies des contrats d'assurance en responsabilité civile précités.

Le texte en projet sera revu afin d'éviter toute confusion entre les conditions d'agrément - qui figureront aux articles 9 et 10 - et les documents qui prouvent le respect de ces conditions - qui eux, seront indiqués à l'article 14, § 1^{er}.

2. Comme en a convenu la déléguée du ministre, il y aurait lieu de définir ce que l'on entend, à l'article 14, § 1^{er}, 1°, par "projet de vie de l'établissement".

Article 15

À l'alinéa 3, il est prévu que "le Collège octroie [...] un agrément provisoire ou un agrément spécial provisoire à l'établissement résidentiel".

Il ressort de la suite du texte et des déclarations de la déléguée du ministre que la volonté n'est pas d'obliger le Collège à octroyer un agrément, mais de l'obliger à prendre une décision quant à l'octroi ou au refus.

Mieux vaut dès lors prévoir que "le Collège statue sur l'octroi d'un agrément".

L'alinéa 3 sera modifié en conséquence.

La même observation vaut pour les articles 19, alinéa 2, 31, alinéa 3, et 33, alinéa 2.

Article 17

Indépendamment de l'observation générale n° 3, à l'alinéa 3, la section de législation n'aperçoit pas le sens du recours, au demeurant suspensif, qui pourrait être formé non pas contre un acte administratif mais contre un effet que le décret attache de plein droit à l'écoulement d'un délai d'un an ou de deux ans suivant l'octroi de l'agrément provisoire.

Ce texte doit être fondamentalement repensé.

Article 18

La section de législation n'aperçoit pas l'utilité de cette disposition dès lors que l'article 3 prévoit déjà qu'aucun établissement ne peut être exploité sans agrément.

L'article 18 sera en conséquence omis.

Article 23

Le paragraphe 2, alinéa 2, prévoit qu'une interdiction peut être prononcée à titre de sûreté. Il conviendrait de préciser dans le texte même que seuls sont visés les établissements pour personnes âgées relevant de la Commission communautaire française, et que cette mesure ne peut être prise que pour une durée maximale que le texte devrait fixer.

La même observation vaut pour les articles 24, § 2, alinéa 4, 37 et 38, § 2, alinéa 3, de l'avant-projet.

Article 30

1. Il est renvoyé à l'observation 1 formulée sous l'article 14 quant à la nécessité de distinguer les conditions d'octroi d'un agrément et les documents tendant à prouver le respect de ces conditions.

2. Comme en a convenu la déléguée du ministre, il y aurait lieu de définir ce que l'on entend par "projet d'accueil ou de service du service non résidentiel".

Article 45

En principe, les conditions d'octroi de subventions doivent être fixées, en tout cas en leurs éléments essentiels, par décret.

.../...

Toutefois, dès lors que la disposition en projet habilite le Collège à octroyer des subventions aux services non résidentiels agréés, il peut être considéré qu'il est satisfait à ce principe de légalité, l'agrément étant réglé par le décret en projet.

Il y aurait lieu, en conséquence, d'omettre l'habilitation faite au Collège de fixer "les conditions et modalités" des subventions envisagées, qui pourrait être interprété, en violation du principe de légalité rappelé ci-avant, comme portant sur des conditions de fond complémentaires à celles de l'agrément, seule une habilitation portant sur la procédure d'octroi de la subvention étant admissible.

Si, par contre, l'intention de l'auteur de l'avant-projet est de soumettre des conditions autres que celles relatives à l'agrément, il convient que l'avant-projet de décret en fixe lui-même les éléments essentiels.

Article 51

L'article 51 prévoit des amendes administratives en cas de violation de certaines dispositions de l'avant-projet de décret (alinéa 1^{er}), en fixe les montants (alinéa 2), prévoit qu'en cas de récidive dans les cinq ans, ces montants peuvent être doublés (alinéa 2) et précise que "le Collège fixe les modalités relatives à la fixation et la perception de ces amendes" (alinéa 3).

L'article 51 est toutefois en défaut de prévoir certains éléments essentiels du régime. À tout le moins, il devrait également déterminer l'instance qui inflige l'amende administrative visée et les règles de procédure de base selon lesquelles l'amende est ainsi infligée ⁽⁸⁾.

Compte tenu du fait qu'en l'espèce le montant de l'amende est fixée de manière forfaitaire par le décret, la juridiction compétente pour en connaître est le Conseil d'État, dès lors que cette sanction est prononcée par une autorité administrative.

⁽⁸⁾ Voir avis 36.080/1/2/3/4, donné les 7 et 12 novembre 2003, sur un avant-projet devenu la loi du 22 décembre 2003 portant des dispositions diverses (*Doc. parl.*, Chambre, 2003-2004, 473/1, p. 453 et 454).

Le texte à l'examen prévoit cependant qu'en cas de récidive les montants de l'amende "peuvent" être doublés, ce qui confère un pouvoir d'appréciation à l'autorité qui prononce la sanction. Aussi en vue de couper court à toutes discussions et complications quant au juge compétent, il conviendrait de préciser que l'amende "est" doublée en cas de récidive.

Observation finale

L'emploi d'un signe typographique en forme de point est à proscrire. En effet, la subdivision d'un article se fait en 1°, 2°, 3°, eux-mêmes éventuellement subdivisés en a), b), c) ⁽⁹⁾.

⁽⁹⁾ Voir Conseil d'État, Légistique formelle, recommandations et formules, novembre 2001, <http://www.raadvst-consetat.be>.

La chambre était composée de

Messieurs	R. ANDERSEN,	premier président du Conseil d'État,
	P. LIÉNARDY,	conseillers d'État,
	P. VANDERNOOT,	
Madame	C. GIGOT,	greffier.

Le rapport a été présenté par Mme L. VANCRAYEBECK, auditeur adjoint.

LE GREFFIER,

LE PREMIER PRÉSIDENT,

C. GIGOT

R. ANDERSEN