

AW

ROYAUME DE BELGIQUE

AVIS 42.112/4
DU 12 FÉVRIER 2007

DE LA SECTION DE LÉGISLATION
DU CONSEIL D'ÉTAT

Le CONSEIL D'ÉTAT, section de législation, quatrième chambre, saisi par la Ministre de la Santé, de l'Action sociale et de l'Égalité des chances de la Région wallonne, le 16 janvier 2007, d'une demande d'avis, dans un délai de trente jours, sur un avant-projet de décret "relatif aux services d'aide aux familles et aux personnes âgées", a donné l'avis suivant :

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.

Observations générales

1. En vertu de l'article 3, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, de l'avant-projet de décret relatif aux services d'aide aux familles et aux personnes âgées, "un service d'aide aux familles et aux personnes âgées ne peut être exploité sans être agréé". Cette interdiction est assortie d'importantes sanctions (article 42).

Parmi les conditions d'agrément figure notamment celle que les services soient créés par des personnes morales de droit public ou par des associations sans but lucratif (article 9).

Outre l'exclusion des fondations⁽¹⁾, l'avant-projet de décret exclut ainsi que le service d'aide aux familles et aux personnes âgées fasse l'objet d'une activité commerciale. Par ailleurs, les activités sans but lucratif sont soumises aux conditions énoncées aux articles 8 à 17 de l'avant-projet.

La validité de ce dispositif doit être appréciée, notamment, au regard du droit au travail et au libre choix d'une activité professionnelle, consacré par l'article 23, alinéa 3, 1°, de la Constitution, de la liberté d'association qui postule celle de ne pas s'associer, consacrée par l'article 27 de la Constitution, de la libre circulation et de la liberté de commerce et d'industrie, consacrées par l'article 6, § 1^{er}, VI, alinéa 3, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles et par les articles 49 et suivants du traité instituant la Communauté européenne.

⁽¹⁾ La section de législation ne voit pas la raison d'exclure la possibilité pour des fondations d'être agréées alors que ces institutions sont créées en vertu de la loi du 27 juin 1921 sur les associations sans but lucratif, les associations internationales sans but lucratif et les fondations.

La Cour d'arbitrage a rappelé, à propos des libertés consacrées à l'article 23, alinéa 3, 1°, de la Constitution que "ces libertés peuvent faire l'objet de restrictions, à condition qu'elles soient objectivement et raisonnablement justifiées et qu'elles ne soient pas disproportionnées par rapport à l'objectif poursuivi" ⁽²⁾. Ces principes sont également applicables aux autres libertés énumérées plus haut.

L'exposé des motifs est exempt de pareille justification. Il appartiendra dès lors au législateur d'apprécier si ces restrictions aux libertés sont nécessaires à la poursuite d'un objectif d'intérêt général et si elles sont proportionnées à cet objectif.

Dans l'exercice de son pouvoir d'appréciation, il conviendrait qu'il ait égard notamment aux considérations suivantes.

Dans nombre de réglementations, intervenant notamment dans le domaine des services d'aide aux familles, l'agrément n'est requis que des services qui postulent librement une subvention, voire un label ⁽³⁾. En ce cas, les questions soulevées ci-avant ne se posent pas, les libertés concernées étant alors préservées.

Par ailleurs, les activités réglementées par l'avant-projet sont définies de manière tellement générale par les articles 2, 2°, 4 et 5 qu'il est difficile de déterminer quels sont les métiers qui ne pourraient plus être exercés que conformément au décret en projet. Ainsi, se pose la question de savoir si une personne agissant en dehors de toute organisation doit être qualifiée de "service" au sens de l'avant-projet. De même, une personne âgée pourrait-elle encore engager, dans le cadre d'une relation *intuitu personae*, une personne à son service sans devoir passer par un service agréé ?

2. Comme la section de législation l'a rappelé à de nombreuses reprises, notamment en son avis 28.517/4 donné le 3 février 1999 sur l'avant-projet devenu le

⁽²⁾ Arrêt n° 113/2004 du 23 juin 2004, B.7. Voir également, à propos du lien entre la liberté d'association et le subventionnement, l'arrêt n° 121/98 du 3 décembre 1998.

⁽³⁾ Voir notamment l'arrêté de l'Exécutif de la Communauté française du 16 décembre 1988 réglant l'agrément des services d'aide aux familles et aux personnes âgées et l'octroi de subventions à ces services, que l'avant-projet examiné tend à remplacer; le décret de la Commission communautaire française du 27 mai 1999 relatif à l'agrément et à l'octroi de subventions aux services d'aide à domicile.

décret de la Commission communautaire française du 27 mai 1999 relatif à l'agrément et à l'octroi de subventions aux services d'aide à domicile,

"Pour concilier les principes régissant la répartition des compétences entre les pouvoirs législatif et exécutif, les éléments essentiels de la réglementation envisagée doivent figurer dans le texte même du décret. Les limites de la délégation consentie au Collège de la Commission Communautaire française doivent être définies par le décret aussi précisément que possible, de préférence en indiquant de manière concrète les circonstances dans lesquelles il peut faire usage de cette délégation et en définissant, à tout le moins dans leurs grandes lignes, les mesures à prendre" ⁽⁴⁾.

L'avant-projet se caractérise par un nombre élevé d'habilitations au Gouvernement qui sont largement conçues et dont les contours sont en outre particulièrement flous. Tel est le cas, par exemples, des dispositions suivantes :

- l'article 4, § 2, alinéa 2, et l'article 5, § 2, alinéa 2, en ce qu'ils chargent le Gouvernement d'adopter le "statut" des aides familiales, des aides seniors et des gardes à domicile, statut qui définit notamment les activités des services visés par l'avant-projet et partant, le champ d'application de celui-ci;
- l'article 7, § 1^{er}, en ce qu'il habilite le Gouvernement à étendre au bénéfice des "aidants proches du requérant" le bénéfice de l'aide et l'article 7, § 3, en ce que l'ensemble de la définition de "l'évaluation" est en pratique confiée au Gouvernement;
- l'article 11 en ce qu'il charge le Gouvernement de définir les diplômes ou qualifications requis des aides familiales, des aides seniors et des gardes à domicile;
- l'article 13, § 4, en ce qu'il impose de suivre une formation permanente selon les modalités déterminées par le Gouvernement sans établir les éléments essentiels de cette formation;
- l'article 16 en ce qu'il charge le Gouvernement d'organiser le contrôle des services;

⁽⁴⁾ Doc., Ass. Cocof, 1998-1999, n° 79/1.

- l'article 18, § 3;
- l'article 23, §§ 1^{er} et 4;
- les articles 24, § 1^{er}, 5°, et § 3, 28 et 29, en ce qu'ils chargent le Gouvernement de déterminer "les autres dépenses [...] engagées par les services dans le cadre de leurs missions" et les modalités d'octroi des subventions, les articles 28 et 29 chargeant en outre le Gouvernement d'en définir les conditions d'octroi;
- l'article 25 en ce qu'il charge le Gouvernement de déterminer les critères du nombre maximum d'heures d'aide à la vie quotidienne par zone d'activités, le Gouvernement définissant également les zones d'activités (article 2, 3°);
- l'article 26, §§ 2 et 3, en ce qu'il charge le Gouvernement de fixer les critères de détermination des contingents territoriaux;
- les articles 36, § 1^{er}, et 38, § 1^{er}, en ce qu'ils chargent le Gouvernement de déterminer le montant forfaitaire de la subvention visée.

L'avant-projet de décret sera largement revu et complété afin que tous les éléments essentiels de la réglementation envisagée par l'avant-projet figurent dans celui-ci.

L'avant-projet reste par ailleurs en défaut de définir les critères permettant de déterminer le montant des subventions, alors que l'article 20 requiert que trois membres du personnel aient un emploi exclusivement subventionné.

Certaines des habilitations portent en outre sur les "modalités" d'application des dispositions de l'avant-projet. Pareille rédaction est ambiguë. S'il s'agit de fixer des conditions de fond, elles doivent, conformément à ce qui vient d'être exposé, être fixées, à tout le moins en ce qui concerne leurs éléments essentiels, par le décret lui-même et l'habilitation doit alors être mieux qualifiée. S'il ne s'agit que de conférer un pouvoir général d'exécution au Gouvernement, celui-ci résulte déjà de l'article 20 de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, qu'il est inutile et illégal de confirmer; ainsi comprises ces habilitations seront omises.

.../...

Enfin, l'avant-projet ne peut contenir d'habilitation directe au ministre ou à l'administration. Il résulte, en effet de l'article 69 de la loi spéciale du 8 août 1980 que, conformément aux précisions prérappelées, une habilitation ne peut être faite qu'au Gouvernement, celui-ci disposant alors du pouvoir d'organiser les délégations qu'il entend prévoir dans les limites de leur admissibilité au regard des principes constitutionnels, tels qu'ils résultent notamment de l'unité du pouvoir réglementaire et de la responsabilité politique des ministres devant le Parlement.

3. L'avant-projet reste en défaut de marquer la distinction entre les obligations qu'une institution doit remplir au moment de la demande d'agrément ou de subvention et celles qui ne doivent l'être qu'une fois l'agrément ou le subventionnement obtenu, en vue de leur maintien.

4. Tel qu'il est actuellement conçu et rédigé l'avant-projet soulève d'autres difficultés ⁽⁵⁾.

⁽⁵⁾ Ainsi par exemple :

a) La section de législation n'aperçoit pas quel est l'objet de la notion de "statut" mentionné à l'article 12. Il conviendrait en outre de préciser si ce "statut" est adopté par le service, de manière complémentaire à celui établi par le Gouvernement en vertu des articles 4 et 5 de l'avant-projet ou s'il s'agit seulement de ce dernier "statut". Dans ce cas, le "statut" est arrêté et non pas seulement approuvé par le Gouvernement.

b) À l'article 24, § 2, 3°, il conviendrait de justifier, au regard du principe d'égalité, pourquoi l'ancienneté des gardes à domicile n'est pas prise en considération. D'une manière générale, au paragraphe 2, l'usage du pronom "elles" conduit à une grande ambiguïté de la disposition. Ainsi on ne comprend pas pourquoi le "temps de formation" prévu au paragraphe 1^{er}, 3°, est subventionné en fonction du nombre d'heures prestées par les aides et non à raison de leur nombre, d'autant que l'on peut difficilement justifier que la formation des aides ne soit que partielle. On ne comprend pas, au 1° et au 5°, comment le "nombre d'heures attribuées les années précédentes" peut constituer, avec le "nombre d'heures prestées par les aides au cours d'une année", un critère d'octroi des subventions. Par ailleurs, on ne voit pas comment pourront être calculés les "frais de transport" visés au paragraphe 1^{er}, 4°, à défaut de prendre en compte les distances réellement parcourues par les aides. Enfin, la section de législation du Conseil d'État ne voit pas en quoi la "densité de la population" visée au paragraphe 2, 4°, constitue un critère pertinent pour la fixation de la subvention destinée à prendre en charge principalement les dépenses de personnel et les frais de fonctionnement du service.

Compte tenu toutefois des observations qui précèdent, l'avant-projet doit être fondamentalement revu. Avant d'être adopté en vue d'être soumis au Parlement, il appartient à l'auteur de l'avant-projet de le soumettre à nouveau, ainsi revu, à la section de législation du Conseil d'État.

La chambre était composée de

Messieurs	Ph. HANSE,	président de chambre,
	P. LIÉNARDY,	conseillers d'État,
	P. VANDERNOOT,	
Madame	C. GIGOT,	greffier.

Le rapport a été présenté par M. X. DELGRANGE, premier auditeur.

LE GREFFIER,

LE PRÉSIDENT,

C. GIGOT

Ph. HANSE