

ROYAUME DE BELGIQUE

AVIS 42.375/AG
42.376/AG
42.377/AG
DU 20 MARS 2007

DE LA SECTION DE LÉGISLATION
DU CONSEIL D'ÉTAT

Le CONSEIL D'ÉTAT, assemblée générale de la section de législation, saisi par la Ministre de la Santé, de l'Action sociale et de l'Égalité des chances de la Région wallonne, le 22 février 2007, d'une demande d'avis, dans un délai de trente jours prorogé à quarante-cinq jours ^(*), sur :

- 1/ un avant-projet de décret "portant approbation du protocole n/ 1 et de ses avenants, conclu entre le Gouvernement fédéral 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" (42.375/AG),
- 2/ un avant-projet de décret "portant approbation du protocole n/ 2 et de ses avenants, conclu entre le Gouvernement fédéral 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" (42.376/AG),
- 3/ un avant-projet de décret "portant approbation du protocole n/ 3 conclu entre le Gouvernement fédéral 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" (42.377/AG),

a donné l'avis suivant :

(*) Cette prorogation résulte de l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 1/, des lois coordonnées sur le Conseil d'État qui dispose que le délai de trente jours est prorogé à quarante-cinq jours dans le cas où l'avis est donné par l'assemblée générale en application de l'article 85.

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, le projet appelle les observations ci-après.

I. La portée des avant-projets de décret

1. Les avant-projets à l'examen tendent à procurer l'assentiment à des "protocoles" numérotés de 1 à 3 et datés respectivement des 9 juin 1997, 1^{er} janvier 2003 et 13 juin 2005, conclus entre le Gouvernement fédéral, le Gouvernement flamand, le Gouvernement de la Communauté germanophone, le Gouvernement wallon, le Collège de la Commission communautaire française et le Collège réuni de la Commission communautaire commune, concernant la politique de la santé à mener à l'égard des personnes âgées, ainsi qu'à des "avenants" aux deux premiers de ces protocoles. Ces instruments tendent pour l'essentiel à harmoniser la programmation et l'agrément des maisons de repos et des maisons de repos et de soins entre les différentes autorités compétentes.

Ces protocoles et leurs avenants déterminent eux-même, expressément pour la plupart d'entre eux, implicitement pour certains d'entre eux ⁽¹⁾, la date de leur entrée en vigueur ou de leur prise d'effet, qui est chaque fois antérieure à celle à laquelle ils seront soumis pour assentiment aux assemblées parlementaires concernées et, *a fortiori*, à celle de l'assentiment lui-même.

Les avant-projets de décrets d'assentiment disposent que ces derniers produisent leurs effets à des dates qui correspondent à celles auxquelles les protocoles et leurs avenants étaient destinés à entrer en vigueur ou à prendre effet, voire, pour certains d'entre eux, à une date antérieure.

⁽¹⁾ Voir le paragraphe 16.2 du présent avis.

II. La nature juridique des protocoles et de leurs avenants

Le contexte juridique de la présentation des avant-projets de décret à l'examen

2. Ainsi que l'explique l'exposé des motifs des avant-projets à l'examen, le dépôt de ceux-ci devant le Parlement wallon tend à combler le vide juridique résultant de l'absence d'assentiment législatif aux protocoles concernés et à leurs avenants.

Il est utile de rappeler le contexte juridique qui permet de confirmer la nécessité de pareil assentiment.

3. Examinant un projet devenu l'arrêté royal du 28 janvier 1998 fixant la date visée à l'article 5, § 4, de la loi du 27 juin 1978 modifiant la législation sur les hôpitaux et relative à certains autres formes de dispensation de soins, la section de législation du Conseil d'État constatait que le projet

"s'inscrit dans le cadre du protocole du 9 juin 1997 conclu entre le gouvernement fédéral et les autorités visées aux articles 128, 130 et 135 de la Constitution, concernant la politique de la santé à mener à l'égard des personnes âgées".

Elle faisait l'observation suivante :

"La fixation d'une programmation qui porte tant sur le nombre de lits MRS que sur celui des lits de maison de repos requiert, dès lors, la conclusion d'un accord de coopération, prévu à l'article 92bis, § 1^{er}, de la loi spéciale susvisée du 8 août 1980 " ⁽²⁾.

L'article 4 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, charge le Gouvernement de fixer la programmation d'implantation et de capacité des maisons de repos en prenant en compte, notamment, les "dispositions fixées par l'autorité fédérale en matière de financement des soins en maisons de repos".

⁽²⁾ Avis 27.204/3 donné le 16 décembre 1997 sur un projet devenu l'arrêté royal du 28 janvier 1998 fixant la date visée à l'article 5, § 4, de la loi du 27 juin 1978 modifiant la législation sur les hôpitaux et relative à certaines autres formes de dispensation de soins.

Examinant 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, la section de législation du Conseil d'État faisait notamment les deux observations générales suivantes :

- "[S]i la Région wallonne est compétente, au titre des attributions qui sont les siennes en matière de politique de santé ⁽³⁾, pour délivrer l'«agrégation spéciale» des maisons de repos et de soins, elle ne l'est pas pour établir la programmation de celles-ci, cette matière étant de la compétence de l'autorité fédérale ⁽⁴⁾.

La fixation d'une programmation qui porte tant sur le nombre de « lits MRS » que sur celui des lits de maisons de repos requiert la conclusion d'un accord de coopération soumis à l'article 92bis de la loi spéciale du 8 août 1980 ⁽⁵⁾."

- "Interrogé sur le point de savoir en quoi le programme qui est fixé pour l'ensemble de la Région wallonne «tient compte [...] des dispositions fédérales en matière de financement des soins en maisons de repos», le délégué du Gouvernement s'est référé au protocole conclu le 9 juin 1997 entre le Gouvernement fédéral et les autorités visées aux articles 128, 130 et 135 de la Constitution, concernant la politique de la santé à l'égard des personnes âgées.

L'attention des auteurs du projet est attirée sur ce que ce protocole n'a pas encore été approuvé par les divers législateurs concernés, conformément à l'article 92bis, § 1^{er}, de la loi spéciale du 8 août 1980, et que par suite, en l'état actuel, il n'a pas acquis force obligatoire" ⁽⁶⁾.

⁽³⁾ (*Note 4 de l'avis cité :*) Article 5, § 1^{er}, I, spécialement le 1/ de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, et article 3, 6/, des décrets des 19 et 22 juillet 1993 attribuant l'exercice de certaines compétences de la Communauté française à la Région wallonne et à la Commission communautaire française.

⁽⁴⁾ (*Note 5 de l'avis cité :*) Voir spécialement l'article 5, § 1^{er}, I, 1/, d, de la loi spéciale précitée.

⁽⁵⁾ (*Note 6 de l'avis cité :*) En ce sens, voir l'avis de la section de législation du Conseil d'État L.27.204/3, donné sur un projet d'arrêté royal «précisant les règles visées aux articles 32 et 35 de la loi sur les hôpitaux, coordonnée le 7 août 1987, relatives à la désaffectation de services hospitaliers et précisant la réduction équivalente de lits hospitaliers dans des services hospitaliers désaffectés, visée à l'article 5, § 4, alinéa 1^{er}, de la loi du 27 juin 1978 modifiant la législation sur les hôpitaux et relative à certaines autres formes de dispensation de soins».

⁽⁶⁾ 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.

4. Examinant un projet devenu l'arrêté royal du 7 avril 2005 relatif à l'intervention de l'assurance soins de santé dans le cadre de nouvelles alternatives de soins aux personnes âgées destinées à renforcer les soins à domicile, la section de législation faisait l'observation suivante :

"L'arrêté en projet vise par ailleurs, en ce qui concerne l'autorité fédérale, à pourvoir à l'exécution de l'«avenant n/ 1 du 8 décembre 2003 au protocole d'accord n/ 2 du 1^{er} janvier 2003, conclu entre l'autorité fédérale et les autorités visées aux articles 128, 130, 135 et 138 de la Constitution, relatif à la politique de santé à mener à l'égard des personnes âgées, concernant l'exécution du point 6 de ce protocole : nouvelles alternatives», qui doit lui-même être regardé à la lumière du protocole d'accord n/ 2 mentionné dans son intitulé. Le Conseil d'État, section de législation, souligne toutefois que, dès lors que l'avenant et le protocole d'accord visés ont des incidences budgétaires et, par conséquent, grèvent l'État fédéral, ces accords de coopération⁽⁷⁾ auraient dû être approuvés par les législateurs concernés, conformément à l'article 92bis, § 1^{er}, alinéa 2, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, ce qui n'a pas été le cas. En conséquence, ces accords ne peuvent, pour l'heure, avoir aucun effet"⁽⁸⁾.

5. Dans son arrêt n/ 117.483 du 25 mars 2003, la section d'administration du Conseil d'État n'a pas pris en compte le protocole précité du 9 juin 1997 au motif que celui-ci n'avait pas fait l'objet d'un assentiment par les législateurs concernés.

6. Dans son arrêt n/ 137.678 du 26 novembre 2004, la section d'administration du Conseil d'État constate que, par l'article 27 du décret du 6 février 2003 modifiant le décret du 5 juin 1997,

"le législateur wallon a entendu exercer lui-même la compétence qu'il avait précédemment attribuée au Gouvernement wallon par l'article 4, § 1^{er}, du décret du 5 juin 1997, précité, en matière de programmation des maisons de repos et des centres d'accueil de jour".

⁽⁷⁾ (Note 4 de l'avis cité :) Nonobstant le fait que le protocole d'accord visé et son avenant ne sont pas formellement intitulés comme tels, il s'agit, fondamentalement, eu égard à la nature très concrète des obligations qu'ils renferment, d'accords de coopération et pas de simples déclarations de politique.

⁽⁸⁾ Avis 38.062/1 donné le 3 février 2005 sur un projet devenu l'arrêté royal du 7 avril 2005 relatif à l'intervention de l'assurance soins de santé dans le cadre de nouvelles alternatives de soins aux personnes âgées destinées à renforcer les soins à domicile.

Elle pose la question préjudicielle suivante à la Cour d'arbitrage :

"Le [décret wallon du 6 février 2003 modifiant le 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] ne méconnaît-il pas les normes répartitrices de compétences entre l'État fédéral, les Communautés et les Régions en ce que, par ses articles 27 et 28, il impose une programmation des maisons de repos pour personnes âgées sans tenir compte des dispositions fédérales en matière de financement des soins en maison de repos pour personnes âgées visées à l'article 4, § 1^{er}, alinéa 4, du décret du 5 juin 1997, précité et non prises en compte dans la programmation prévue à l'article 4 de l'arrêté du Gouvernement wallon du 3 décembre 1998, précité ?"

7. Par un arrêt n/ 152.449 du 9 décembre 2005, la section d'administration du Conseil d'État dit pour droit :

"Considérant qu'en vertu du protocole du 9 juin 1997, précité, ainsi que de l'avenant n/ 1 dont ce protocole a fait l'objet le 28 janvier 1998, les parties ont, entre autres mesures, convenu d'augmenter le nombre de lits de maisons de repos et de soins disponibles et ce, à raison de 5.000 lits par an pendant une période de cinq ans prenant cours le 1^{er} janvier 1998; que, le 28 janvier 1998, l'État fédéral, les Communautés et les Régions ont conclu, au sein de la Conférence interministérielle compétente, un avenant n/ 1 au protocole précité en vue de répartir entre les Communautés et Régions, pour la période allant du 1^{er} janvier 1998 au 31 décembre 2002, les 25.000 nouveaux lits de maisons de repos en lits de maisons de repos et de soins; qu'il en ressort que la Région wallonne était autorisée à délivrer aux établissements de soins situés sur son territoire des autorisations de "requalification" de lits de maisons de repos en lits de maisons de repos et de soins à concurrence d'un nombre global maximum de 1.577 lits par an;

Considérant que tant le protocole du 9 juin 1997, précité, que l'avenant du 28 janvier 1998, constituent des accords de coopération portant sur une matière réglée par la loi ou le décret; qu'ils sont de nature à lier individuellement les Belges; qu'en application de l'article 92*bis*, § 1^{er}, de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980, ils devaient, pour produire leurs effets, être approuvés par la loi et par des décrets; qu'à la date de la décision attaquée, cette exigence n'avait pas été satisfaite, ainsi qu'il ressort de l'avis de la Section de législation n/ 28.036/4 du 28 octobre 1998; que dès lors, ils ne pouvaient servir de fondement à l'exception soulevée".

C'est cet arrêt qui, selon l'exposé des motifs, aurait révélé la nécessité de donner assentiment aux différents protocoles.

8. Par un arrêt n/ 188/2005 du 14 décembre 2005, la Cour d'arbitrage a apporté la réponse suivante à la question préjudicielle du Conseil d'État mentionnée plus haut sous le n/ 6 :

"B.4.1. La Cour est interrogée sur le point de savoir si l'article 27 du décret en cause méconnaît les règles répartitrices de compétences en ce qu'il impose une programmation des maisons de repos pour personnes âgées sans tenir compte des dispositions fédérales en matière de financement des soins en maisons de repos pour personnes âgées.

B.4.2. L'article 5, § 1^{er}, I, 1/, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles inclut dans les matières personnalisables visées à l'article 128, § 1^{er}, de la Constitution et, ce faisant, attribue aux communautés «la politique de dispensation de soins dans et au dehors des institutions de soins», à l'exception, notamment, de l'assurance maladie-invalidité et des règles de base relatives à la programmation.

Quant à l'article 5, § 1^{er}, II, 5/, de la même loi spéciale, il attribue aux communautés :

«La politique du troisième âge à l'exception de la fixation du montant minimum, des conditions d'octroi et du financement du revenu légalement garanti aux personnes âgées».

Sous les réserves des exceptions mentionnées dans la loi spéciale, toute la politique de dispensation des soins et toute la politique du troisième âge ont été transférées aux communautés.

En ce qui concerne la Communauté française et dans les limites de la région de langue française, ces compétences sont exercées par la Région wallonne, en application de l'article 138 de la Constitution et de l'article 3, 6/ et 7/, des décrets II des 19 et 22 juillet 1993, adoptés respectivement par la Communauté française et la Région wallonne.

B.4.3. Selon le protocole n/ 2 conclu le 1^{er} janvier 2003, «entre le Gouvernement fédéral et les autorités visées aux articles 128, 130, 135 et 138 de la Constitution concernant la politique de santé à mener à l'égard des personnes âgées», l'État fédéral, les communautés et les régions s'engagent à se concerter de manière approfondie afin d'assurer, à long terme, un financement équilibré de la sécurité sociale, en maîtrisant l'évolution de l'offre de soins tout en garantissant aux personnes âgées des services de qualité et accessibles. À cet effet, tout usage inefficace de lits agréés doit être évité grâce à une optimisation de l'offre de lits en maisons de repos pour personnes âgées.

L'État fédéral est chargé de fixer une programmation générale déterminant la capacité d'accueil globale des maisons de repos sises en région de langue française.

B.4.4. Le décret en cause, qui entend donner application à ce protocole, respecte la programmation générale établie au niveau fédéral et en fait la base de la programmation particulière qu'il instaure entre les différentes catégories de maisons de repos.

Compte tenu de ce qui précède, il n'apparaît pas que le législateur décréte a excédé ses compétences.

B.4.5. La deuxième question préjudicielle appelle une réponse négative."

9. Examinant 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, la section de législation a fait l'observation suivante en son avis 41.208/4 donné le 9 octobre 2006 :

"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 [...]. 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.

À ce jour, aucun d'entre eux n'a fait l'objet de tels assentiments. Ils n'ont donc pas force obligatoire ⁽⁹⁾.

⁽⁹⁾ (Note 3 de l'avis cité :) 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*.

Afin de prévenir tout contentieux quant à la valeur des règles de programmation, le défaut d'approbation de ces accords 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" ⁽¹⁰⁾.

10. Il résulte de ces précédents que les protocoles auxquels les avant-projet examinés entendent donner assentiment sont bien des accords de coopération au sens de l'article 92bis de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles. Dès lors, ils ne peuvent avoir d'effet s'ils n'ont pas reçu l'assentiment de tous les législateurs concernés.

Par contre, il est possible à la Région wallonne, lorsqu'elle entend fixer la programmation des maisons de repos, de prendre en compte la législation fédérale sur la base des protocoles, indépendamment de l'assentiment qui serait donné à ceux-ci.

III. Observations générales - L'admissibilité de la rétroactivité des décrets en projet

11. L'article 92bis, § 1^{er}, alinéa 2, de la loi spéciale précitée du 8 août 1980 dispose :

"Les accords qui portent sur les matières réglées par décret, ainsi que les accords qui pourraient grever la Communauté ou la Région ou lier des Belges individuellement, n'ont d'effet qu'après avoir reçu l'assentiment par décret. Les accords qui portent sur les matières réglées par la loi, ainsi que les accords qui pourraient grever l'État ou lier des Belges individuellement, n'ont d'effet qu'après avoir reçu l'assentiment par la loi."

⁽¹⁰⁾ Avis 41.208/4, donné le 9 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.

Cette disposition est rendue applicable :

- à la Communauté germanophone par l'article 55*bis* de la loi du 31 décembre 1983 de réformes institutionnelles pour la Communauté germanophone;
- à la Région de Bruxelles-Capitale par l'article 42 de la loi spéciale du 12 janvier 1989 relative aux institutions bruxelloises;
- à la Commission communautaire commune par l'article 63, alinéa 1^{er}, de la même loi spéciale;
- à la Commission communautaire française par l'article 4, 1/, commun au décret de la Communauté française n/ II du 19 juillet 1993 attribuant l'exercice de certaines compétences de la Communauté française à la Région wallonne et à la Commission communautaire française, au décret de la Région wallonne n/ II et au décret n/ III de la Commission communautaire française portant tous deux la même date du 22 juillet 1993 et le même intitulé que celui du décret précité de la Communauté française du 19 juillet 1993.

L'article 92*bis*, § 1^{er}, alinéa 2, de la loi spéciale précitée du 8 août 1980 a principalement l'objet suivant : un accord de coopération portant sur les matières réglées par la loi, le décret ou l'ordonnance ou pouvant grever l'État, les communautés ou les régions ou lier des Belges individuellement ne peut produire ses effets que si les législateurs compétents y ont donné assentiment.

Les protocoles et les avenants en cause devant recevoir la qualification d'accords de coopération au sens de l'article 92*bis* de la loi spéciale précitée du 8 août 1980 ⁽¹¹⁾, tel est précisément l'objet des avant-projets à l'examen qui, sur ce point, n'appellent pas d'observation.

⁽¹¹⁾ Voir les n^{os} 2 à 10, plus haut, spécialement le n/ 10, ci-avant.

12. Toutefois, les avant-projets d'assentiment, respectivement en leurs articles 7, 8 et 3, disposent qu'ils produisent leurs effets à des dates révolues, qui seront donc nécessairement antérieures à celle de leur adoption et de leur publication.

Ces dates correspondent à celles auxquelles les protocoles et leurs avenants auxquels il est envisagé de donner l'assentiment avaient vocation à entrer en vigueur ou à prendre effet, voire, pour certains d'entre eux, à une date antérieure. Les protocoles et leurs avenants ont été, en leur temps, publiés au *Moniteur belge*.

Il en résulte que ces accords de coopération auront produit leurs effets avant d'avoir fait l'objet des lois, des décrets et des ordonnances contenant l'assentiment qu'ils auraient dû recevoir.

Il convient d'examiner si pareil procédé est admissible et, le cas échéant, à quelle condition il le serait.

13. Une application conforme à la sécurité juridique de l'article 92bis, § 1^{er}, alinéa 2 de la loi spéciale précitée du 8 août 1980 suppose que l'assentiment des organes législatifs de l'ensemble des autorités parties à un accord de coopération précède l'entrée en vigueur et, partant, la prise d'effet d'un accord de coopération.

La méthode envisagée par les avant-projets à l'examen place les assemblées législatives devant le fait accompli, leur laissant le choix de consentir à un dispositif déjà appliqué et à l'égard duquel elles ne disposent plus, en fait, de possibilité d'influence, ou de refuser l'assentiment, avec toutes les conséquences néfastes qui ne manqueraient pas d'en résulter.

14. Le même article, dont on a vu qu'il avait pour objet principal de requérir l'intervention du législateur pour qu'un accord de coopération dans les hypothèses mentionnées sur cette disposition puisse produire ses effets ⁽¹²⁾, n'exige toutefois pas de manière claire et explicite qu'il y ait une succession dans le temps entre l'acte législatif d'assentiment et la prise d'effet de l'accord de coopération concerné.

⁽¹²⁾ Voir le n/ 11, plus haut.

Le mécanisme de l'assentiment n'entraîne pas comme conséquence que le défaut d'assentiment en temps utile empêche le pouvoir législatif de chacune des autorités concernées de procurer cet assentiment avec effet rétroactif.

Le texte de l'article 92*bis*, § 1^{er}, alinéa 2, de la loi spéciale précitée du 8 août 1980 s'inspire de celui qui, à la date de sa rédaction, formait l'article 68, alinéa 2, de la Constitution en matière de traités internationaux, lequel disposait :

"Les traités de commerce et ceux qui pourraient grever l'État ou lier individuellement les Belges, n'ont d'effet qu'après avoir reçu l'assentiment des Chambres".

Aujourd'hui, la deuxième phrase des paragraphes 2 et 3 de l'article 167 de la Constitution dispose également que les traités conclus par le Roi et par les Gouvernements de région et de communauté "n'ont d'effet qu'après avoir reçu l'assentiment" des Chambres ou du Parlement compétent.

L'usage de la préposition "après" dans ces dispositions constitutionnelles, qui précède la référence à l'assentiment législatif, n'a pas fait obstacle à ce que, dans certaines conditions, il ait été admis qu'un traité international puisse faire l'objet d'une loi d'assentiment après sa mise en oeuvre.

De même, la formulation de l'article 190 de la Constitution, aux termes duquel

"[a]ucune loi, aucun arrêté ou règlement d'administration générale, provinciale ou communale, n'est obligatoire qu'après avoir été publié dans la forme déterminée par la loi",

dans laquelle l'usage de la même préposition "après" paraît aussi, à première lecture, devoir empêcher qu'une loi, un arrêté ou un règlement puisse prendre effet avant sa publication, n'a pas empêché que des textes normatifs puissent valablement, à certaines conditions fixées par la jurisprudence, recevoir une application rétroactive.

15. Il s'ensuit que, si le procédé de l'assentiment avec effet rétroactif d'un accord de coopération est admissible, ce n'est cependant qu'à certaines conditions.

Ce procédé doit en tout cas rester exceptionnel et ne saurait devenir pratique courante, en raison même des inconvénients qu'il présente du point de vue du contrôle parlementaire et de la sécurité juridique.

Les conditions d'admissibilités de l'assentiment rétroactif sont les suivantes :

- 1/) la prise d'effet anticipée doit résulter des accords de coopération eux-mêmes, de préférence par l'effet d'une disposition expresse relative à leur entrée en vigueur qui y figure (voir les observations figurant sous les n^{os} 16 et 18, ci-après);
- 2/) Les assemblées parlementaires doivent être invitées à formuler leur assentiment rétroactif en pleine connaissance de cause (voir les observations figurant sous les n^{os} 17 et 18, plus bas);
- 3/) Il doit être satisfait aux conditions générales de l'admissibilité de la rétroactivité de dispositions législatives (voir l'observation figurant sous le n/ 19, plus bas).

16.1. La première condition, selon laquelle la prise d'effet doit résulter des accords de coopération eux-mêmes, de préférence par l'effet d'une disposition expresse relative à leur entrée en vigueur ou à leur prise d'effet, ne suscite pas de difficultés importantes.

Sauf quelques-uns des textes soumis à l'assentiment, ces derniers mentionnent expressément leur date d'entrée en vigueur.

16.2. Les difficultés suivantes se présentent toutefois :

a) Selon le texte de l'avenant n/ 4 au protocole n/ 1, publié au Moniteur belge du 27 janvier 2005, p. 2383, la date de son entrée en vigueur n'est pas précisée au point 4; il y est écrit en effet : "Le présent avenant entre en vigueur le ...". Toutefois, la version de cet avenant figurant au dossier joint à la demande d'avis fait apparaître que la date du "11.12.02", soit celle du 11 décembre 2002, y a été ajoutée manuellement; il s'agit également de la date mentionnée comme étant celle de la signature de cet avenant. On peut donc considérer que les parties sont convenues de faire entrer cet avenant en vigueur à cette dernière date.

Il convient dès lors de publier à nouveau au Moniteur belge cet avenant en annexe au décret d'assentiment, avec la mention expresse de sa date d'entrée en vigueur ⁽¹³⁾.

b) L'avenant n° 2 au protocole n° 2 ne contient aucune disposition relative à sa prise d'effet.

Celle-ci résulte toutefois de son économie même. Ayant trait à des engagements à mettre en oeuvre dans le courant de l'année 2005, on peut considérer qu'il produit ses effets à la date du 1^{er} janvier 2005. Il eût été préférable qu'une disposition expresse ait réglé cette question.

c) Les avenants n°s 3, 4 et 5 au protocole n° 2 figurant au dossier ne sont pas datés mais le premier et le troisième énoncent qu'ils "entre[nt] en vigueur le jour de [leur] signature" et le second dispose qu'il "entre en vigueur à la date de sa signature".

Il résulte toutefois du texte de ces avenants tel que publié au Moniteur belge du 23 novembre 2005 ⁽¹⁴⁾ qu'ils ont été signés le 13 juin 2005, en sorte que c'est à cette dernière date qu'ils doivent être considérés être entrés en vigueur. Il est regrettable que les avenants figurant au dossier joint à la demande d'avis n'aient pas mentionné la date de leur signature.

16.3. Malgré ces difficultés, il ressort de ce qui précède que l'entrée en vigueur ou la prise d'effet des accords de coopération auxquels il est envisagé de demander l'assentiment au Parlement wallon est déterminée soit par une référence expresse en ce sens dans ces accords, tels qu'ils peuvent être explicités sur ce point, pour certains d'entre eux, par leur publication au Moniteur belge, soit par l'économie de leur texte.

⁽¹³⁾ Il s'indiquerait d'ailleurs, dans un souci de sécurité juridique, de publier au Moniteur belge l'ensemble des protocoles et des avenants approuvés en annexe aux décrets dont l'avant-projet est à l'examen. Il doit en aller d'autant plus ainsi que les publications intervenues manquent parfois de clarté. Ainsi par exemple, les avenants n°s 3 et 4 au protocole n° 2 (Moniteur belge, 23 novembre 2005, pp. 50351 et 50361) ne mentionnent pas, notamment dans leur intitulé, le fait qu'ils constituent de pareils avenants.

⁽¹⁴⁾ Quant au caractère insatisfaisant de certains autres aspects de cette publication en ce qui concerne les avenants n°s 3 et 4, voir la note précédente.

La première condition mise à l'admissibilité d'une application anticipée des accords de coopération par rapport aux décrets d'assentiment est donc remplie.

17. Les assemblées parlementaires doivent être invitées à formuler leur assentiment rétroactif en pleine connaissance de cause. Telle est la deuxième condition mise à pareil assentiment.

Il convient dès lors que l'exposé des motifs soit précisé sur ce point.

Il n'est en revanche pas admissible que le dispositif des avant-projets mentionne leur prise d'effet.

Dès lors que, comme il vient d'être montré, l'entrée en vigueur ou la prise d'effet des accords de coopération résulte de ces accords eux-mêmes, il ne convient pas que chacun des pouvoirs législatifs appelés à donner son assentiment énonce une règle supplémentaire à cet effet. Non seulement pareille disposition serait-elle inutile mais en outre pareil procédé conduit-il au risque de voir chacun des législateurs régler cette question de manière différente ⁽¹⁵⁾. En l'espèce, ce risque doit être d'autant plus pris en considération que certaines des dates mentionnées dans les avant-projets de décret d'assentiment pour la prise d'effet de certains des accords de coopération concernés sont différentes de celles de leur entrée en vigueur ou de leur prise d'effet telles qu'elles résultent de ces accords ⁽¹⁶⁾.

⁽¹⁵⁾ Des objections similaires s'opposent en principe à ce que, même lorsque les accords de coopération ne contiennent aucune disposition relative à leur entrée en vigueur, les lois, les décrets et les ordonnances qui leur procurent l'assentiment règlent la question de leur entrée en vigueur et de celle de ces accords. En ce cas en effet, il résulte de l'article 92*bis*, § 1^{er}, alinéa 2, de la loi spéciale précitée du 8 août 1980 que c'est après la publication du dernier texte législatif d'assentiment que l'accord de coopération entre en vigueur.

⁽¹⁶⁾ Voir notamment l'article 7, alinéa 1^{er}, de l'avant-projet de décret dans l'affaire n/ 42.375/AV, aux termes duquel l'article 2, relatif à l'assentiment au protocole n/ 1, "produit ses effets au 1^{er} janvier 1997", alors qu'aux termes de l'article 8 de ce protocole, celui-ci "entre en vigueur le jour de sa signature", soit le 9 juin 1997; l'article 7, alinéa 5, de l'avant-projet de décret dans la même affaire n/ 42.375/AV, aux termes duquel l'article 6, relatif à l'assentiment à l'avenant n/ 4 au protocole n/ 1, "produit ses effets au 1^{er} octobre 2002", alors qu'aux termes de l'article 4 de cet avenant, celui-ci "entre en vigueur le 11.12.02" (voir l'observation faite au n/ 16.2, a)).

18. Il résulte des observations formulées sous les n^{os} 17 et 18 que les articles 7, 8 et 3, respectivement, des trois décrets à l'examen, qui fixent la prise d'effet rétroactive de chacune des dispositions d'assentiment aux protocoles et aux avenants concernés, doivent être omis, cette prise d'effet résultant directement de ces protocoles et de ces avenants.

19.1. Selon la troisième condition à examiner, il doit être satisfait aux règles générales de l'admissibilité de la rétroactivité de dispositions législatives.

19.2. Comme la Cour d'arbitrage⁽¹⁷⁾ et la section de législation du Conseil d'État l'ont déjà souligné à plusieurs reprises, la non-rétroactivité des lois, des décrets et des ordonnances est une garantie ayant pour but de prévenir l'insécurité juridique et cette garantie exige que le contenu du droit soit prévisible et accessible, de sorte que chacun puisse prévoir, à un degré raisonnable, les conséquences d'un acte déterminé au moment où cet acte se réalise. Toujours selon la Cour d'arbitrage, la rétroactivité des lois et décrets peut uniquement être justifiée lorsqu'elle est indispensable pour réaliser un objectif général, comme le bon fonctionnement ou la continuité du service public. S'il s'avère en outre que la rétroactivité a pour effet d'influencer dans un sens déterminé l'issue de procédures juridictionnelles ou d'empêcher les juridictions de se prononcer sur une question de droit, la nature du principe en cause exige que des circonstances exceptionnelles justifient cette intervention du législateur ou du législateur décentralisé qui porte atteinte, au détriment d'une catégorie de citoyens, aux garanties juridictionnelles offertes à tous.

19.3. La section de législation du Conseil d'État ne dispose pas des informations lui permettant d'apprécier si, en fait et en droit, les conditions énoncées ci-avant sont réunies en l'espèce.

⁽¹⁷⁾ Voir par exemple Cour d'arbitrage, n/ 30/2004, 3 mars 2004, B.5; Cour d'arbitrage, n/ 193/2004, 24 novembre 2004, B.8.4; Cour d'arbitrage, n/ 20/2006, 1^{er} février 2006, B.13.2; Cour d'arbitrage, n/ 39/2006, 8 mars 2006, B.5.1; Cour d'arbitrage, n/ 55/2006, 19 avril 2006, B.6.

Il lui paraît toutefois qu'en l'espèce, la rétroactivité des décrets d'assentiment est indispensable à la réalisation d'un objectif général, comme le bon fonctionnement ou la continuité du service public, ou comme la validité de la mise en harmonie de la programmation et de l'agrément des maisons de repos et des maisons de repos et de soins entre les différentes autorités compétentes.

En revanche, la section de législation du Conseil d'État ne peut que formuler une réserve plus nette pour le cas où des procédures juridictionnelles seraient pendantes, qui feraient apparaître que les protocoles et leurs avenants viendraient régulariser de manière préjudiciable pour certains justiciables des situations litigieuses et auraient pour effet d'influencer dans un sens défavorable pour eux l'issue de ces procédures ou d'empêcher les juridictions de se prononcer sur une question de droit. En ce cas, il reviendrait aux autorités concernées de justifier de la présence des conditions exposées ci-avant relatives à l'admissibilité de la rétroactivité.

19.4. Indépendamment de la rétroactivité des décrets d'assentiment en projet, dont il vient d'être question, il convient de relever que certains des protocoles et de leurs avenants eux-mêmes règlent des situations qui se sont déroulées, partiellement en tout cas, antérieurement à leur date de conclusion, de leur publication au Moniteur belge ⁽¹⁸⁾ et même de la date de leur entrée en vigueur ⁽¹⁹⁾.

Les observations et les réserves faites ci-avant, sous les n^{os} 19.2 et 19.3, valent également pour la rétroactivité de ces protocoles et de ces avenants.

⁽¹⁸⁾ En ce cas, les protocoles et leurs avenants auraient dû disposer qu'ils "produisent leurs effets" à une date antérieure plutôt que de mentionner qu'ils "entrent en vigueur" à cette date.

⁽¹⁹⁾ Ainsi, par exemple, l'avenant n/ 4 au protocole n/ 1, comme il a été exposé plus haut sous le n/ 16.2, a), dispose qu'il entre en vigueur le 11 décembre 2002, date de sa signature, alors qu'il règle notamment des questions à la date du 1^{er} octobre 2002. L'avenant n/ 3 au protocole n/ 2 soulève des difficultés analogues. Quant aux avenants n^{os} 4 et 5 au même protocole n/ 2, la question se pose de savoir si les précisions qu'ils fournissent s'appliquent avec effet rétroactif à la date d'entrée en vigueur de ce protocole, auquel cas la question de l'admissibilité de leur rétroactivité se poserait également.

20. Il convient enfin de rappeler que, s'agissant d'accords de coopération, le dispositif relatif à leur assentiment, en ce compris en ce qui concerne la rétroactivité, ne sera complet que lorsque l'ensemble des assemblées législatives concernées auront donné leur assentiment aux accords de coopération en cause.

III. Observation particulière

21. L'"annexe", datée du 25 octobre 2000, au protocole n° 1 du 9 juin 1997 ne fait l'objet d'aucune disposition décrétable d'assentiment.

Elle ne contient aucune disposition d'entrée en vigueur mais, selon son économie, elle a vocation à s'appliquer à partir du 1^{er} janvier 2000 et doit donc être considérée comme prenant effet à cette date.

Il convient de procurer un assentiment particulier à cette "annexe" : celle-ci ne peut être considérée comme intégrée au protocole lui-même puisqu'elle constitue un accord conclu ultérieurement.

Les considérations relatives à l'admissibilité de la rétroactivité des décrets d'assentiment rétroactifs aux accords de coopération et de la rétroactivité des accords de coopération eux-mêmes, figurant aux n^{os} 11 à 20 ci-avant, valent pour cette annexe et pour l'assentiment qui lui serait procuré.

L'assemblée générale de la section de législation était composée de :

Messieurs	R. ANDERSEN,	premier président du Conseil d'État,
	M. VAN DAMME,	présidents de chambre,
	Y. KREINS,	
	D. ALBRECHT,	
	Ph. HANSE,	
	P. LIÉNARDY,	conseillers d'État,
	J. BAERT,	
	J. SMETS,	
	P. VANDERNOOT,	
	J. JAUMOTTE,	
Madame	M. BAGUET,	
Messieurs	B. SEUTIN,	
	W. VAN VAERENBERGH,	
	H. COUSY,	assesseurs de la section de législation,
	J. KIRKPATRICK,	
	J. VELAERS,	
	H. BOSLY,	
Madame	D. LANGBEEN,	greffier en chef,
Monsieur	M. FAUCONIER,	greffier assumé.

Les rapports ont été rédigés par MM. X. DELGRANGE, premier auditeur et J. VAN NIEUWENHOVE, auditeur.

LE GREFFIER EN CHEF,

LE PREMIER PRÉSIDENT,

D. LANGBEEN

R. ANDERSEN