

KONINKRIJK BELGIË

ADVIES 42.885/1/3

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, eerste en derde kamer, op 20 april door de Vlaamse minister van Financiën en Begroting en Ruimtelijke Ordening verzocht hem, binnen een termijn van vijf werkdagen, van advies te dienen over een voorontwerp van decreet "houdende bepalingen tot begeleiding van de aanpassing van de begroting 2007", heeft op 24 april 2007 het volgende advies gegeven:

Volgens artikel 84, § 1, eerste lid, 2/, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State moeten in de adviesaanvraag de redenen worden opgegeven tot staving van het spoedeisende karakter ervan.

In het onderhavige geval wordt het verzoek om spoedbehandeling als volgt gemotiveerd:

"De hoogdringendheid wordt ingegeven door het feit dat het voorontwerp van decreet tegen 30 april 2007 bij het Vlaams Parlement moet worden ingediend".

Gelet op artikel 19 van de wetten op de rijkscomptabiliteit, gecoördineerd op 17 juli 1991 ⁽¹⁾, naar luid waarvan ontwerpen tot aanpassing van de begroting in het parlement ingediend moeten worden uiterlijk op 30 april, kan die uiterst summiere motivering worden aanvaard, althans voor zover het gaat om bepalingen die kennelijk verband houden met de budgetcontrole 2007.

⁽¹⁾ Uit artikel 16, § 2, van het decreet van 7 mei 2004 houdende regeling van de begrotingen, de boekhouding, de controle inzake subsidies, en de controle door het Rekenhof - formeel in werking getreden op 1 januari 2007 - volgt evenwel dat het ontwerp tot aanpassing van de begroting van het lopende jaar uiterlijk op 31 mei moet worden ingediend bij het Vlaams Parlement. Het blijkt evenwel de bedoeling om, op verzoek van de Vlaamse Regering, de inwerkingtreding van de wet van 16 mei 2003 tot vaststelling van de algemene bepalingen die gelden voor de begrotingen, de controle op de subsidies en voor de boekhouding van de Gemeenschappen en de Gewesten, alsook voor de organisatie van de controle door het Rekenhof, voor de Vlaamse Gemeenschap en het Vlaamse Gewest uit te stellen tot 1 januari 2010, aangezien de federale regering een ontwerp van koninklijk besluit in die zin aan de Raad van State, afdeling wetgeving, heeft voorgelegd waarover op 18 april 2007 het advies 42.534/4 is gegeven. Krachtens artikel 71, § 1, van de bijzondere wet van 16 januari 1989 betreffende de financiering van de Gemeenschappen en de Gewesten blijven de vigerende bepalingen inzake de rijkscomptabiliteit op de gemeenschappen en de gewesten van overeenkomstige toepassing in afwachting dat, conform artikel 50, § 2, van dezelfde bijzondere wet, een wet de algemene bepalingen zal omschrijven die van toepassing zullen zijn op de begroting en de boekhouding van de Gemeenschappen en de Gewesten. Gelet op het voorgaande gaat de Raad van State, afdeling wetgeving, er voor het beoordelen van de voorliggende adviesaanvraag vanuit dat toepassing moet worden gemaakt van artikel 19 van de wetten op de rijkscomptabiliteit, en niet van artikel 16, § 2, van het decreet van 7 mei 2004.

Wat dit laatste betreft, rijst een probleem met de bepalingen van de hoofdstukken VI, XI, XII, afdeling I, en XIV van het ontwerp, zodat over die hoofdstukken geen advies wordt gegeven.

*
* *

Overeenkomstig artikel 84, § 3, eerste lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, heeft de afdeling wetgeving zich moeten beperken tot het onderzoek van de bevoegdheid van de steller van de handeling, van de rechtsgrond ⁽²⁾, alsmede van de vraag of aan de voorgeschreven vormvereisten is voldaan.

Het was, binnen het gegeven tijdsbestek en gelet op de intense bevraging van de afdeling wetgeving, voor deze niet mogelijk om een grondig onderzoek aan het ontwerp te wijden. Uit de vaststelling dat over een bepaling in dit advies niets wordt gezegd, mag bijgevolg niet zonder meer worden afgeleid dat er niets over gezegd kan worden en, indien er wel iets wordt gezegd, dat er niets meer over te zeggen valt.

*
* *

VORMVEREISTEN

1. Blijkens de stukken gevoegd bij de adviesaanvraag heeft de Vlaamse Regering op 20 april 2007 beslist de Vlaamse minister, bevoegd voor de financiën en de begroting, te gelasten over het voorliggende ontwerp het advies te vragen van respectievelijk de Sociaal-Economische Raad van Vlaanderen (Serv), de Milieu- en Natuurraad van Vlaanderen (Minaraad), de Vlaamse Raad voor Wetenschapsbeleid (VRWB) en de Vlaamse Onderwijsraad (Vlor), met verzoek om spoedbehandeling.

⁽²⁾ Nu het om een voorontwerp van decreet gaat, kan worden aangenomen dat onder "rechtsgrond" wordt verstaan het zich verdragen met de hogere rechtsregels.

Die adviezen blijken nog niet te zijn gegeven.

Indien de aan de Raad van State voorgelegde tekst ten gevolge van de voornoemde adviezen nog wijzigingen zou ondergaan, moeten de gewijzigde bepalingen, ter inachtneming van het voorschrift van artikel 3, § 1, eerste lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, voor een nieuw onderzoek aan de afdeling wetgeving worden voorgelegd.

2. Voor andere opmerkingen in verband met de vormvereisten, wordt verwezen naar de artikelsgewijze bespreking.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Hoofdstuk II - Onderwijs

Vormvereisten

Uit de aan de Raad van State, afdeling wetgeving, voorgelegde stukken blijkt niet dat de Inspectie van Financiën advies heeft gegeven over de bepalingen van hoofdstuk II van het ontwerp. Wel heeft de Vlaamse minister van Financiën en Begroting zijn begrotingsakkoord verleend voor het geheel van het ontwerp.

Artikel 15, § 1, van het besluit van de Vlaamse Regering van 19 januari 2001 houdende regeling van de begrotingscontrole en -opmaak, bepaalt dat het voorafgaand advies van de inspecteur van Financiën verplicht is voor ieder voorstel dat ter beslissing aan de Vlaamse Regering wordt voorgelegd.

Hoofdstuk V - Bekrachtigingen

Artikel 12

Artikel 12, 1/, strekt ertoe, overeenkomstig artikel 35, § 2, tweede lid, van het kaderdecreet bestuurlijk beleid van 18 juli 2003, het besluit van de Vlaamse Regering van 13 oktober 2006 houdende de toewijzing van goederen, rechten en verplichtingen van de afdeling Water van de Administratie Milieu-, Natuur-, Land- en Waterbeheer van het departement Leefmilieu en Infrastructuur van het ministerie van de Vlaamse Gemeenschap en van de cel Hydrologisch Onderzoek van het Instituut voor Natuurbehoud aan het intern verzelfstandigd agentschap met rechtspersoonlijkheid de Vlaamse Milieumaatschappij, bij decreet te bekrachtigen.

Luidens artikel 35, § 2, tweede lid, eerste volzin, van dat kaderdecreet, houden de besluiten die krachtens paragraaf 1 van dat artikel zijn vastgesteld, op uitwerking te hebben indien zij niet bij decreet zijn bekrachtigd binnen twaalf maanden na de datum van hun inwerkingtreding.

Het voornoemde besluit van de Vlaamse Regering van 13 oktober 2006 is in werking getreden op 1 april 2006. De termijn om te bekrachtigen is bijgevolg verstreken, waardoor het besluit niet meer kan worden bekrachtigd.

Hoofdstuk IX - Fonds stationsomgevingen

Artikel 22

Krachtens artikel 9, tweede lid, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen dient de decreetgever de oprichting, de samenstelling, de bevoegdheid en de werking van, en het toezicht op de openbare instellingen te regelen.

Gelet hierop dient artikel 22 van het ontwerp te worden aangevuld met de basisregels betreffende de werking van het fonds, en dient de aan de Vlaamse Regering in dit artikel toegekende delegatie bijgevolg te worden ingeperkt.

Hoofdstuk X - Fonds voor de subsidiëring van zorgvernieuwingprojecten

Artikel 26

1. In het ontworpen artikel 24 wordt gewag gemaakt van financiële middelen die "in uitvoering van punt 6 van het protocol nr. 2 van 1 januari 2003 en punt 3 (12 RVT-equivalenten palliatieve dagopvang Vlaamse Gemeenschap) van hoofdstuk 3 van het protocol nr. 3 van 13 juni 2005 gesloten tussen de federale regering en de overheden bedoeld in de artikelen 128, 130, 135 en 138 van de grondwet over het te voeren ouderenzorgbeleid" door de federale overheid aan de Vlaamse Gemeenschap worden toegekend.

De Raad van State, afdeling wetgeving, zitting houdend in algemene vergadering, heeft geoordeeld dat met de genoemde protocollen, die zijn te beschouwen als samenwerkingsakkoorden in de zin van artikel 92bis, § 1, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen, moet worden ingestemd door de betrokken wetgevende vergaderingen ⁽³⁾, nu zij betrekking hebben op aangelegenheden bedoeld in het tweede lid van die bepaling.

Aan het Vlaams Parlement zal om die instemming moeten worden gevraagd, evenals met het protocol nr. 1 en zijn avenanten gesloten tussen de Federale Regering en de Overheden bedoeld in de artikelen 128, 130, 135 en 138 van de Grondwet over het te voeren ouderenzorgbeleid.

⁽³⁾ Advies 42.375/AV-42.376/AV-42.377/AV van 20 maart 2007 over voorontwerpen van decreet van het Waalse Gewest "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/AV), "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/AV), en "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/AV). Teneinde het Vlaams Parlement volledig voor te lichten, wordt dit advies als bijlage bij het voorliggende advies gevoegd.
.../...

2. Voor het overige kan worden verwezen naar opmerking 2 bij artikel 84 in advies 41.455/1/3 van 12 en 13 oktober 2006 over een voorontwerp dat geleid heeft tot het decreet van 22 december 2006 houdende bepalingen tot begeleiding van de begroting 2007 ⁽⁴⁾.

Hoofdstuk XIII - Eigen vermogen van het Vlaams Instituut voor het Onroerend Erfgoed ⁽⁵⁾

Artikel 41

1. Artikel 41, eerste lid, voorziet in een machtiging aan het EV VIOE om, op contractuele basis personeel aan te werven, tewerk te stellen en te ontslaan.

Overeenkomstig artikel 9 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen moet de rechtspositieregeling van het personeel van openbare instellingen opgericht door de gemeenschappen en de gewesten, worden vastgesteld door de decreetgever zelf, zodat de gemeenschaps- of gewestregering terzake alleen kan optreden wanneer het decreet haar daartoe de bevoegdheid verleent. Overeenkomstig artikel 87, § 4, van de bijzondere wet moeten die statutaire regelen bovendien in overeenstemming zijn met de algemene principes van het administratief en geldelijk statuut van het rijkspersoneel, die van rechtswege van toepassing zijn op het personeel van de administraties van de gemeenschappen en de gewesten en van de publiekrechtelijke rechtspersonen die afhangen van de gemeenschappen en de gewesten; de principes zijn thans bepaald in het koninklijk besluit van 22 december 2000 tot bepaling van de algemene principes van het administratief en geldelijk statuut van de rijksambtenaren die van toepassing zijn op het personeel van de diensten van de Gemeenschaps- en Gewestregeringen en van de Colleges van de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie en van de Franse Gemeenschapscommissie, alsook op de publiekrechtelijke rechtspersonen die ervan afhangen (hierna: APKB).

De bij het ontwerp gevolgde werkwijze moet worden getoetst aan het APKB. Die toetsing noopt tot de hiernavolgende opmerkingen.

⁽⁴⁾ *Parl. St.*, Vl. Parl., 2006-2007, nr. 965/1, blz. 138-139.

⁽⁵⁾ Hierna: EV VIOE

Eén van de principes van het APKB is dat aan de personeelsbehoeften uitsluitend kan worden voldaan door ambtenaren die zich in een statutaire toestand bevinden (artikel 2, § 1, eerste lid). Evenwel kunnen bepaalde personeelsleden bij arbeidsovereenkomst in dienst worden genomen, doch "uitsluitend om: (1/) aan uitzonderlijke en tijdelijke personeelsbehoeften te voldoen, hetzij voor in de tijd beperkte acties hetzij voor een buitengewone toename van het werk; (2/) ambtenaren te vervangen bij gehele of gedeeltelijke afwezigheid, ongeacht of zij in dienstactiviteit zijn of niet, wanneer de duur van die afwezigheid tot vervanging noopt en waarvan de modaliteiten worden bepaald in het statuut; (3/) bijkomende of specifieke opdrachten te vervullen, waarvan de lijst vooraf wordt bepaald door elke uitvoerende macht; (4/) te voorzien in de uitvoering van taken die een bijzondere kennis of ruime ervaring op hoog niveau vereisen, beide relevant voor de uit te voeren taken" (artikel 2, § 1, tweede lid).

Een publiekrechtelijke rechtspersoon als bedoeld bij artikel 9 van de bijzondere wet mag voorts, in afwijking van het voornoemde beginsel, contractuele personeelsleden hebben, in zoverre die rechtspersoon activiteiten verricht "in mededinging met andere publieke of private marktdeelnemers" (artikel 2, § 2, eerste lid, van het APKB). Indien zulke activiteiten tot "het wezen" van de opdracht van de rechtspersoon behoren, mogen alle personeelsleden bij arbeidsovereenkomst worden aangeworven (artikel 2, § 2, tweede lid, van het APKB).

Opdat de regeling inzake het personeel, vervat in artikel 41 van het ontwerp, verenigbaar zou zijn met het APKB, is dus vereist dat aan één van de voorwaarden gesteld in artikel 2, § 1, eerste lid, en § 2, eerste lid, van het APKB is voldaan en wanneer al de personeelsleden contractueel zouden worden aangeworven dat het EV VIOE voor het wezen van zijn opdracht, in mededinging treedt met andere marktdeelnemers.

Al wordt in de memorie van toelichting die laatste uitzondering ingeroepen, wordt het niet aannemelijk gemaakt dat voor het EV VIOE de toepassingsvoorwaarden ervan aanwezig zijn. Derhalve dient artikel 41, eerste lid, van het ontwerp op dit punt te worden herbekeken.

2. Luidens artikel 41, derde lid, kan het EV VIOE personeel ter beschikking stellen van de Vlaamse Overheid en is op die ter beschikkingstelling de wet van 24 juli 1987 betreffende de tijdelijke arbeid, de uitzendarbeid en het ter beschikking stellen van werknemers ten behoeve van gebruikers niet van toepassing.

.../...

Wat de contractuele personeelsleden van het EV VIOE betreft, die prestaties moeten leveren voor de Vlaamse Overheid, geldt een principieel verbod van terbeschikkingstelling ten behoeve van gebruikers, op grond van artikel 31 van de wet van 24 juli 1987. De openbare sector is niet van de toepassingsfeer van die wet uitgesloten ⁽⁶⁾.

De regeling betreffende de terbeschikkingstelling van werknemers ten behoeve van gebruikers strekt tot de bescherming van contractuele werknemers ⁽⁷⁾. Zulk een regeling maakt deel uit van de aangelegenheid van het arbeidsrecht, die krachtens artikel 6, § 1, VI, vijfde lid, 12/, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot de federale bevoegdheid is blijven behoren.

In beginsel kan de decreetgever niet afwijken van de bedoelde regels van het arbeidsrecht. Hij zou op dat terrein slechts kunnen treden als hij zich kan beroepen op de "impliciete bevoegdheid" bedoeld in artikel 10 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980.

Daartoe is vereist dat de aanwending van de impliciete bevoegdheid "noodzakelijk" is voor de uitoefening van de eigen bevoegdheden van het gewest. Bovendien moet blijken dat de betrokken aangelegenheid zich tot een gedifferentieerde regeling leent, en dat de weerslag van een afwijkende gewestelijke regeling op de bevoegdheid van de federale overheid slechts marginaal is.

De hieromtrent in de memorie van toelichting opgenomen verantwoording lijkt de toets aan deze voorwaarden te kunnen doorstaan. Het eindoordeel hieromtrent komt, in voorkomend geval, het Arbitragehof toe.

Artikel 42

Luidens artikel 42, § 1, 6/, heeft de inspecteur van financiën geaccrediteerd voor Onroerend Erfgoed, zitting in de beheerscommissie die het EV VIOE bestuurt.

Het behoort niet tot de gewone taak van een inspecteur van financiën om een publiekrechtelijke rechtspersoon te besturen. De Raad van State vraagt zich dan ook af of het niet beter is om in artikel 42, § 1, 6/, de woorden "een inspecteur van Financiën" te

⁽⁶⁾ Arbitragehof, 10 juni 1998, nr. 65/98, B.3.

⁽⁷⁾ Zelfde arrest B.6.

vervangen door de meer algemene uitdrukking "een ambtenaar, deskundig in financiën en begroting", met vermelding van de overheid die dit lid aanwijst.

Op die manier zou ook worden vermeden dat aan het advies van de inspecteur van financiën, bedoeld in artikel 45, § 1, derde lid, van het ontwerp, een gebrek aan onafhankelijkheid verweten zou kunnen worden.

Artikel 46

De draagwijdte van de in artikel 46 aan de Vlaamse Regering verleende bevoegdheid dient beter te worden omlijnd.

Het advies betreffende de hoofdstukken I, II, III en XVII werd gegeven door de eerste kamer, samengesteld uit

de Heren	M. VAN DAMME,	kamervoorzitter,
	J. BAERT,	
	W. VAN VAERENBERGH,	staatsraden,
Mevrouw	A. BECKERS,	griffier.

De verslagen werden uitgebracht door de HH. R. AERTGEERTS en P. DEPUYDT, eerste auditeurs-afdelingshoofd, de H. W. PAS en Mevr. K. BAMS, auditeurs.

DE GRIFFIER,

DE VOORZITTER,

A. BECKERS

M. VAN DAMME

Het advies betreffende de hoofdstukken I, IV, V, VII, VIII, IX, X, XII, afdelingen II en III, XIII, XV, XVI en XVII werd gegeven door de derde kamer, samengesteld uit

de Heren	J. SMETS,	staatsraad, voorzitter,
	B. SEUTIN,	
	W. VAN VAERENBERGH,	staatsraden,
	H. COUSY,	assessoren van de
	J. VELAERS,	afdeling wetgeving,
Mevrouw	A.-M. GOOSSENS,	griffier.

De verslagen werden uitgebracht door Mevr. R. THIELEMANS, eerste auditeur, de HH. J. VAN NIEUWENHOVE, W. PAS en B. WEEKERS, en Mevr. K. BAMS, auditeurs.

DE GRIFFIER,

DE VOORZITTER,

A.-M. GOOSSENS

J. SMETS

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 92*bis* 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 92*bis*, § 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^{os} 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^{os} 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^{os} 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 décréteur qui porte atteinte, au détriment d'une catégorie de citoyens, aux garanties juridictionnelles offertes à tous.

19.3. Le 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