

ROYAUME DE BELGIQUE

AVIS 44.214/4
DU 9 AVRIL 2008

DE LA SECTION DE LÉGISLATION
DU CONSEIL D'ÉTAT

Le CONSEIL D'ÉTAT, section de législation, quatrième chambre, saisi par le Ministre de la Santé, de l'Action sociale et de l'Égalité des chances de la Région wallonne, le 29 février 2008, d'une demande d'avis, dans un délai de trente jours prorogé de quinze jours ^(*), sur un projet d'arrêté du Gouvernement wallon "portant exécution du décret du 7 novembre 2007 relatif aux subsides pour investissements dans les établissements d'accueil pour personnes âgées", a donné l'avis suivant :

(*) Par une lettre du Ministre du 7 mars 2008.

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.

Observations générales

1. Comme son intitulé l'indique, le texte en projet entend "porter exécution du décret du 7 novembre 2007 relatif aux subsides pour investissements dans les établissements d'accueil pour personnes âgées".

Toutefois, il faut relever que le projet d'arrêté à l'examen ne pourvoit pas à l'exécution de l'ensemble des dispositions de ce décret.

Ainsi, conformément à l'article 4, § 1^{er}, 4/, du décret, il appartient au Gouvernement de fixer les modalités selon lesquelles l'organisme demandeur prend en compte les nécessités du développement durable et de l'accessibilité aux personnes à mobilité réduite.

L'article 4, alinéa 4, 7/, et l'article 7, alinéa 3, de l'arrêté en projet, peuvent, étant combinés, être considérés comme pourvoyant à l'exécution de cette disposition en ce qui concerne l'accessibilité aux personnes à mobilité réduite.

Il n'en va pas de même pour ce qui concerne les modalités de prise en compte du développement durable. En effet, en se limitant, en son article 4, alinéa 4, 6/, à exiger que l'avant-projet soit accompagné d'"un mémoire décrivant les moyens qui seront mis en oeuvre pour contribuer au développement durable, particulièrement en ce qui concerne les économies d'énergie et la consommation d'eau", l'arrêté en projet se borne à imposer au demandeur d'exposer comment il prend en compte certaines nécessités du développement durable, mais ne fixe pas lui-même les modalités selon lesquelles ces nécessités doivent être prises en compte, comme l'exige l'article 4, § 1^{er}, 4/, du décret.

.../...

Le texte en projet sera complété en conséquence.

2. L'article 4, alinéa 5, l'article 7, alinéa 6, et l'article 18, alinéa 5, du projet prévoient que des documents doivent être adressés à l'administration "par lettre recommandée ou par toute modalité conférant date certaine à l'envoi".

À propos de ces dispositions il convient de relever ce qui suit :

- 1/ L'article 4 du projet est relatif à la communication de l'avant-projet du demandeur au ministre compétent afin de recueillir l'accord de ce dernier sur ledit avant-projet. L'introduction de cet avant-projet constitue la première étape d'une procédure rythmée par différents délais, à l'issue de laquelle le ministre compétent statue sur l'avant-projet, son accord sur ce dernier valant "promesse de principe";
- 2/ L'article 5, 2/, du décret du 7 novembre 2007 précité, dont la teneur est rappelée par l'article 7, alinéa 1^{er}, du projet impose au demandeur de transmettre son projet au ministre, "sous peine de forclusion, dans un délai de deux ans à dater de la notification de l'accord sur l'avant-projet";
- 3/ L'article 18 du projet est relatif à l'envoi, par le demandeur du subsidé, du dossier relatif au compte final. Le délai dans lequel ce compte doit être approuvé ou "improuvé" prend cours, selon l'article 19 du projet, à dater de la réception du dossier complet par l'administration.

Compte tenu des effets qui, comme exposés ci-avant, sont attachés à la transmission des documents précités, les modes de transmission de ceux-ci doivent être clairement déterminés ou déterminables, ce, tant au regard du principe d'égalité, qu'afin de garantir la sécurité juridique, et de prévenir ainsi les risques de contestation à l'occasion du traitement des différentes demandes.

Or, tel n'est manifestement pas le cas. En effet, la section de législation n'aperçoit pas clairement ce qu'il faut entendre par la notion de "toute autre modalité conférant une date certaine à l'envoi".

.../...

Comme la section de législation l'a déjà suggéré ⁽¹⁾, afin de remédier à cette difficulté et compte tenu des évolutions technologiques, il convient que le Gouvernement détermine la liste des procédés reconnus comme permettant de donner date certaine à l'envoi.

Observations particulières

Préambule

1. À l'alinéa 1^{er} du préambule, il convient de préciser la ou les dispositions du décret du 7 novembre 2007 précité, qui constituent le fondement légal de l'arrêté en projet.

2. Dans un avis récent, donné sur un avant-projet de décret-cadre de la Région wallonne portant rationalisation de la fonction consultative, le Conseil d'État a relevé que, vu la distinction à opérer selon que la Région wallonne exerce ses compétences dans la sphère des matières régionales ou dans celle des matières communautaires pour lesquelles elle exerce, sur le territoire de la région de langue française, les compétences de la Communauté française, le Conseil supérieur des villes, communes et provinces de la Région wallonne est, en l'état actuel des textes, incompétent pour donner des avis dans la seconde sphère de matières citées ⁽²⁾.

La consultation du Conseil supérieur n'est donc pas requise préalablement à l'adoption du texte en projet.

⁽¹⁾ Voir l'avis 37.741/2/4, donné les 10 et 16 novembre 2004 par la section de législation du Conseil d'État sur un avant-projet devenu le décret-programme du 3 février 2005 de relance économique et de simplification administrative (Doc., Parl. wall., 2004-2005, n/ 74/1, p. 90). Voir également l'avis 40.671/4, donné le 4 juillet 2006 sur un projet devenu l'arrêté du Gouvernement wallon du 14 septembre 2006 modifiant l'arrêté du Gouvernement wallon du 4 juillet 2002 fixant la procédure d'octroi des subventions destinées aux infrastructures et équipements des hôpitaux et des maisons de repos.

⁽²⁾ Avis 43.685/4, donné le 12 mars 2008.

Cette consultation n'étant pas obligatoire, l'avis donné par ledit Conseil ne doit pas être mentionné au préambule, à peine de créer une confusion sur le caractère obligatoire de sa consultation.

L'alinéa 4 du préambule sera dès lors omis.

3. Il résulte de l'article 12 du décret de la Région wallonne du 13 juin 2002 relatif à l'organisation des établissements de soins et de l'article 24 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, que les consultations, respectivement, du Conseil wallon des établissements de soins et du Conseil wallon du troisième âge, ne sont pas requises préalablement à l'adoption de l'arrêté en projet.

Les alinéas 5 et 6 doivent dès lors être omis.

Dispositif

Article 4

1. À l'alinéa 1^{er} de la disposition à l'examen, conformément à l'article 5, 1/, du décret du 7 novembre 2007, il convient d'omettre les mots "ou des services".

La même observation vaut pour l'article 7, alinéa 6, du projet.

2. Il convient de rédiger l'alinéa 2, 2/, comme suit :

"2/ que les conditions prévues par l'article 4, § 1^{er}, du décret ont été respectées;"

2. Il résulte de l'article 4, alinéa 2, 3/, à l'examen, que le demandeur de subsides doit, lorsqu'il introduit sa demande, déclarer sur l'honneur que "l'établissement ne pourra refuser des personnes parce qu'elles ne jouissent pas de ressources financières suffisantes pour payer elles-mêmes la totalité des prix d'hébergement lorsque ces personnes bénéficient d'une garantie par engagement pris par un Centre public d'aide [lire : action] sociale".

Cette disposition revient à fixer une condition d'octroi de la subvention non prévue par le décret du 7 novembre 2007 précité, spécialement l'article 4 de ce décret.

Cette condition nouvelle n'était pas prévue dans le texte adopté en première lecture. Elle a été ajoutée à la suite d'observations émanant des organes consultatifs dont l'avis a été demandé sur l'avant-projet d'arrêté.

Ces institutions ont en effet émis le souhait que le texte en projet soit complété par une disposition similaire à celle de l'article 1^{er}, 2/, de l'arrêté royal du 2 mai 1972 fixant les conditions particulières à l'octroi de subsides pour la construction ou le reconditionnement de maisons de repos pour personnes âgées ⁽³⁾.

À ce propos, il faut rappeler que l'arrêté précité du 2 mai 1972 -arrêté que le texte en projet envisage d'abroger-, trouvait son fondement légal dans la loi du 22 mars 1971 octroyant des subsides pour la construction de maisons de repos pour personnes âgées, plus spécialement l'article 5, § 2, de cette loi.

⁽³⁾ Cette disposition est ainsi libellée :
"Sans préjudice des conditions fixées à l'article 5, § 1^{er}, de la loi du 22 mars 1971, octroyant des subsides pour la construction de maisons de repos pour personnes âgées, l'organisme demandeur doit, pour bénéficier d'un subside de l'État pour la construction, le reconditionnement et l'équipement d'une maison de repos :
[...]
2/ s'engager en outre à garder à son établissement un caractère social :
a) s'il s'agit d'une commission d'assistance publique, elle admettra par priorité les personnes âgées qui ne jouissent pas de ressources financières suffisantes pour payer elles-mêmes la totalité du prix de la pension;
b) s'il s'agit d'un autre organisme qu'une commission d'assistance publique, il ne pourra refuser des personnes parce qu'elles ne jouissent pas de ressources financières suffisantes pour payer elles-mêmes la totalité du prix d'entretien lorsque le placement de ces personnes est garanti par un engagement pris par une commission d'assistance publique."

Cette disposition habilitait le Roi à fixer des conditions d'octroi des subventions autres que celles prévues à l'article 5, § 1^{er}, de la loi, se rapportant notamment à l'admission de certaines catégories de personnes.

Le décret du 7 novembre 2007 précité, dont l'article 7 abroge la loi du 22 mars 1971, ne comporte pas de disposition similaire à l'article 5, § 2, de la loi, habilitant le Gouvernement wallon à fixer des conditions d'octroi des subsides autres que celles prévues par le décret. Il ne contient aucune autre habilitation au Gouvernement pour ajouter de nouvelles conditions d'octroi de subvention pour investissement.

L'article 4, alinéa 2, 3/, est donc dépourvu de fondement légal et doit être omis.

Article 5

L'alinéa 5 de la disposition à l'examen prévoit qu'en notifiant sa décision au demandeur, le ministre lui "(fait) part des remarques qu'appelle le dossier introduit".

Cette disposition est ambiguë.

Il va de soi que la décision du ministre contient en elle-même ce sur quoi le ministre marque son accord et dans quelle limite la demande est accueillie.

Sil s'agit uniquement d'émettre des commentaires non contraignants, la section de législation n'aperçoit pas en quoi ceux-ci pourront consister ni quelle sera leur utilité.

En conséquence, il y a lieu d'omettre les mots "en lui faisant part des remarques qu'appelle le dossier introduit" ⁽⁴⁾.

⁽⁴⁾ Le Conseil d'État a déjà fait une observation similaire dans son avis 33.043/4, donné le 10 juin 2002 sur le projet devenu l'arrêté du Gouvernement wallon du 4 juillet 2002 fixant la procédure d'octroi des subventions destinées aux infrastructures et équipements des hôpitaux et des maisons de repos, arrêté que le texte en projet entend abroger.

La même observation vaut pour l'article 8, alinéa 3.

Article 6

L'article 6, en projet, est rédigé comme suit :

"Si le Ministre n'a pas statué dans les douze mois visés à l'article 5, l'avant-projet est considéré comme approuvé".

Ce faisant, cette disposition organise un régime de décision tacite.

La mise en oeuvre d'un tel régime a pour effet d'écarter l'application de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs.

Ceci ne peut être admis que si une disposition de nature législative l'autorise.

Or, tel n'est pas le cas en l'espèce.

Article 12

La première phrase de l'alinéa 3 de l'article 12 du projet est ainsi rédigée :

"Le Ministre fixe le montant définitif de son intervention financière en fonction de la proposition du choix du ou des adjudicataires dans les trois mois de la réception du dossier complet."

La portée de cette disposition n'est pas claire. La section de législation se demande en effet comment le montant du subside est déterminé "en fonction de la proposition du choix de l'adjudicataire".

À tout le moins faut-il observer que, si la disposition à l'examen implique que le montant est déterminé en fonction de la seule identité de l'adjudicataire, dans ce cas, elle n'est pas admissible.

.../...

En effet, le procédé ainsi mis en place implique *de facto* une limitation de la liberté contractuelle du maître de l'ouvrage. D'une part, cette limitation est excessive dès lors que l'on n'aperçoit pas quel motif en rapport avec les objectifs de la législation sur laquelle est fondé l'arrêté en projet et qui relève de la politique du troisième âge, pourrait la justifier. D'autre part, et en tout état de cause, elle est dépourvue de fondement légal.

Dans cette hypothèse, la disposition doit être omise.

Second article 19

(erronément numéroté 19 - à numéroté Article 20)

La disposition à l'examen habilite le ministre compétent à fixer les coûts maxima à prendre en considération pour l'octroi des subsides, les critères de base techniques aux fins d'établir le coût maximum admissible au bénéfice des subsides et les taux des frais généraux.

Ces habilitations sont excessives dès lors qu'elles ont pour effet de déléguer au ministre l'ensemble des compétences attribuées au Gouvernement par l'article 3, §§ 2 et 3, et l'article 5, 4/, d., du décret du 7 novembre 2007 précité, et ce, sans que soient fixés les critères à mettre en oeuvre par le ministre à l'occasion de l'exercice des pouvoirs qui lui sont ainsi délégués.

Le texte en projet doit être revu de manière à inscrire cette délégation dans des limites admissibles, et à fixer les critères précis à mettre en oeuvre par le ministre.

Article 20

(à numéroté Article 21)

La disposition à l'examen entend abroger notamment l'arrêté du Gouvernement wallon du 4 juillet 2002 fixant la procédure d'octroi des subventions destinées aux infrastructures et équipements des hôpitaux et des maisons de repos.

.../...

L'abrogation de cet arrêté est également prévue par l'article 21 du projet d'arrêté du Gouvernement wallon "fixant la procédure d'octroi des subventions destinées aux infrastructures et équipement des hôpitaux", sur lequel la section de législation du Conseil d'État a donné ce même jour l'avis 44.215/4.

Cette abrogation doit figurer dans l'un de ces deux projets seulement et non dans les deux, et les deux projets doivent entrer en vigueur concomitamment.

La disposition en projet sera revue en conséquence.

Articles 21, 22 et 23
(à numéroter Articles 22, 23 et 24)

Si, comme il résulte de l'article 22 du projet, l'arrêté en projet n'entend s'appliquer qu'aux demandes d'octroi de subventions reçues après son entrée en vigueur, il convient de prévoir une disposition similaire à l'article 23 qui fixe la date d'entrée en vigueur du décret du 7 novembre 2007 précité, lequel constitue le fondement légal de l'arrêté en projet.

Par ailleurs, l'article 21, disposition transitoire dont l'objet est de régler le sort des demandes d'octroi de subventions qui ont déjà reçu une promesse de principe avant l'entrée en vigueur de l'arrêté en projet, est alors dépourvu de sens : puisque l'arrêté en projet n'entend pas s'appliquer à ces demandes, par hypothèse déjà reçues avant son entrée en vigueur, elles demeurent régies par l'arrêté du 4 juillet 2002 précité.

En tout état de cause, et même si, contrairement à ce qu'implique l'article 22 du projet, l'intention de son auteur était de soumettre à l'arrêté en projet les demandes ayant reçu une promesse de principe avant son entrée en vigueur, la section de législation n'aperçoit pas le sens ni l'utilité de son article 21 de l'arrêté en projet.

En effet, tout comme le texte en projet, l'arrêté du 4 juillet 2002 précité prévoit l'octroi d'une promesse de principe au stade de l'accord sur avant-projet, l'octroi de la promesse ferme au stade de l'accord sur projet, et la fixation du montant définitif de la subvention en suite de l'examen, par le ministre, du dossier relatif à l'attribution du marché. La section de législation n'aperçoit donc pas pour quels motifs, il y aurait lieu de prévoir, comme le fait l'article 21 du projet, que les dossiers qui ont fait l'objet d'une promesse de principe sur la base de l'arrêté du 4 juillet 2002 précité ne recevront de promesse ferme d'octroi que par la notification, par le Ministre, de son accord sur le dossier d'attribution du marché ⁽⁵⁾.

Les articles 21 à 23 du projet seront réexaminés et selon le cas, omis ou revus, à la lumière de ces observations.

⁽⁵⁾ À ce propos, il y a lieu de relever que l'article 21 du projet est inspiré de l'article 23 de l'arrêté précité du 4 juillet 2002. Cet article 21 se justifiait pleinement à l'époque dès lors, que contrairement à l'arrêté du 4 juillet 2002, les arrêtés ministériels du 3 novembre 1969 et du 3 mai 1972, abrogés par l'arrêté du 4 juillet 2002, organisaient tous deux un système dans lequel la promesse de principe de la subvention était éventuellement donnée lors de l'accord sur le projet, tandis que la promesse ferme de subvention intervenait, le cas échéant, en suite de l'examen du dossier relatif à l'attribution du marché (voir l'annexe de l'arrêté ministériel du 3 novembre 1969 déterminant les règles relatives à l'intervention financière de l'État dans la construction, le reconditionnement, l'équipement et l'appareillage d'hôpitaux (point III, 1 et 2) et l'annexe de l'arrêté ministériel du 3 mai 1972 fixant les critères et les modalités selon lesquels les subsides sont octroyés pour la construction, le reconditionnement et l'équipement des maisons de repos pour personnes âgées (point III, A et B).

La chambre était composée de

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

Le rapport a été présenté par Mme A. VAGMAN, auditeur.

LE GREFFIER,

LE PRÉSIDENT,

C. GIGOT

Ph. HANSE