

ROYAUME DE BELGIQUE

AVIS 45.609AG
DU 3 FÉVRIER 2009
DE LA SECTION DE LÉGISLATION
DU CONSEIL D'ÉTAT

Le CONSEIL D'ÉTAT, assemblée générale de la section de législation, saisi par le Ministre de la Santé, de l'Action sociale et de l'Égalité des chances de la Région wallonne, le 8 décembre 2008, d'une demande d'avis, dans un délai de trente jours prorogé à quarante-cinq jours^(*), sur un avant-projet de décret "relatif à l'hébergement et à l'accueil des personnes âgées", 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, l'avant-projet appelle les observations ci-après.

I. Portée de l'avant-projet de décret

1. Comme l'indique son article premier, l'avant-projet de décret présentement examiné concerne une matière communautaire transférée à la Région wallonne en application de l'article 138 de la Constitution et des décrets de transferts des 19 et 22 juillet 2003.

L'intention de son auteur est en effet d'arrêter une nouvelle législation d'ensemble relative à l'hébergement et à l'accueil des personnes âgées sur le territoire de la région de langue française (article 1^{er}, deuxième alinéa, de l'avant-projet de décret), nouvelle législation qui, dès son entrée en vigueur qu'il conviendra au Gouvernement de déterminer (article 42 de l'avant-projet), aura pour effet d'abroger la législation actuellement applicable, à savoir 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 (ci-après le "décret du 5 juin 1997"), ainsi que les deux dispositions autonomes temporairement applicables que constituent les articles 27 et 28 du décret du 6 février 2003 modifiant le décret du 5 juin 1997, (ci-après le "décret du 6 février 2003") (article 41 de l'avant-projet).

2. Même s'il s'inscrit en grande partie dans le prolongement de la politique suivie jusqu'à présent par la Région wallonne en matière d'aide et de soins aux personnes âgées ⁽¹⁾, l'avant-projet de décret présentement examiné entend également prendre en considération tant la forte évolution qu'a connue la matière de l'aide et des soins aux personnes âgées ces dernières années que le souci de s'inscrire dans le plan d'action 2005-2009 du Gouvernement de simplification administrative, d'e-gouvernement et de lisibilité.

3. Dans cette perspective, l'avant-projet de décret comporte sept chapitres.

Le chapitre premier, consacré aux dispositions générales, définit, notamment, les catégories d'établissements qui entrent dans le champ d'application de la nouvelle législation. À cet égard, une distinction est établie entre deux grandes catégories d'établissements: d'une part, les "établissements pour personnes âgées" (article 2, 3/, de l'avant-projet), qui regroupent huit catégories d'établissements, dont celles déjà visées par la législation actuelle, et, d'autre part, les "complexes résidentiels pour personnes âgées" (article 2, 4/, de l'avant-projet), notion qui n'existe pas dans la législation actuelle. Cette distinction est importante pour déterminer ceux de ces établissements qui sont concernés par la programmation définie au chapitre II et par la nécessité d'obtenir, préalablement à leur ouverture, l'accord de principe dont question dans la section 1^{ère} du chapitre III. Les autres dispositions du chapitre premier portent sur l'information à fournir aux personnes âgées, sur la nature du service rendu par les établissements et par les complexes résidentiels pour personnes âgées (article 3 de l'avant-projet), sur les obligations auxquelles sont tenus les établissements et complexes qui ont obtenu un titre de fonctionnement (article 4 de l'avant-projet), ainsi que sur la charte et le label de qualité relatifs à la qualité de ces établissements (article 5 de l'avant-projet).

(1) Avec cette conséquence que de nombreux concepts qui figurent déjà dans la législation actuelle se retrouvent dans la législation en projet, que ce soit sous des vocables identiques ("maisons de repos", "résidences-services", "centres d'accueil de jour", "programme d'implantation et de capacité" de certains des établissements concernés, "accord de principe" en vue de l'ouverture de tels établissements, etc.) ou similaires (par exemple, le recours à la notion de "titre de fonctionnement" plutôt qu'à celles d'"agrément" et d'"autorisation provisoire de fonctionnement" afin de pouvoir exploiter un établissement dont l'ouverture a dû, le cas échéant, préalablement être sollicitée).

Le chapitre II reprend les règles relatives à la programmation des établissements pour personnes âgées et ce, par catégorie d'établissements, programmation qui poursuit un triple objectif:

- 1/ maîtriser l'évolution de l'offre d'accueil, d'hébergement ou de soins aux personnes âgées, en fonction des besoins évolutifs et différenciés de ces personnes;
- 2/ assurer une répartition homogène des établissements pour personnes âgées sur l'ensemble du territoire de la Région de langue française afin de garantir une proximité géographique permettant le maintien des liens sociaux existants;
- 3/ garantir au résident le libre choix entre les secteurs public, associatif ou privé commercial. À cette fin, s'inspirant du système déjà actuellement en place ⁽²⁾, l'avant-projet de décret (article 6) habilite le Gouvernement à fixer, par type d'établissement, les capacités minimales et maximales de lits ou de places d'accueil par établissement ainsi que les règles d'implantation par arrondissement et ce, en tenant compte, sauf pour ce qui concerne la nouvelle catégorie d'établissements que constitue l'"accueil familial", de pourcentages soit minimaux, soit maximaux, de répartition de la capacité entre les trois secteurs concernés (public/associatif/privé commercial).

La section 1^{ère} du chapitre III (articles 7 et 8) prévoit, comme c'est déjà le cas dans la législation actuelle pour ceux des établissements qui y sont visés ⁽³⁾, l'obligation pour tout projet d'ouverture, d'extension ou de réouverture d'un établissement pour personnes âgées d'obtenir un "accord de principe" préalable, selon des critères déterminés et suivant la procédure fixée par le Gouvernement. La section 2 du même chapitre traite de la délivrance des "titres de fonctionnement" requis afin de pouvoir exploiter un établissement pour personnes âgées, ayant préalablement fait l'objet d'un "accord de principe", ou un complexe résidentiel pour personnes âgées. Les sous-sections 1^{ère} (article 9) et 6 (articles 15 à 22) contiennent respectivement les dispositions générales (octroi pour une durée indéterminée du titre de fonctionnement;

⁽²⁾ Voir l'article 4, § 1^{er}, du décret du 5 juin 1997 et l'article 27 du décret du 6 février 2003.

⁽³⁾ Voir l'article 4, § 2, du décret du 5 juin 1997.

possibilité d'obtention d'un titre de fonctionnement provisoire; possibilité d'exploiter sur la base d'un titre de fonctionnement unique plusieurs catégories d'établissements au sein d'un même établissement pour personnes âgées) ainsi que les dispositions relatives à la procédure d'octroi, de refus, de suspension ou de retrait d'un titre de fonctionnement. Les sous-sections 2 à 5 (articles 10 à 14) reprennent, pour leur part, les dispositions spécifiques applicables pour chacune des catégories d'établissements concernés (maisons de repos, en ce compris les maisons de repos et de soins ainsi que les maisons qui s'occupent du court séjour - résidences-services - centres d'accueil de jour et/ou de soirée et/ou de nuit - accueil familial - complexes résidentiels pour personnes âgées).

Les rapports entre le gestionnaire d'un établissement et les résidents font l'objet du chapitre IV (articles 23 à 28). Ces dispositions, qui sont en grande partie comparables aux dispositions actuellement applicables, ont notamment trait au règlement d'ordre intérieur de chaque établissement, à la convention à conclure avec chaque résident ou son représentant, au dossier individuel établi pour chaque résident, à la mise en place d'un conseil des résidents dans certains types d'établissements, ainsi qu'aux modalités de paiement d'un acompte lors de l'entrée, d'augmentation du prix en cours d'hébergement ou d'accueil ou de paiement tardif du prix d'hébergement ou d'accueil.

Le chapitre V traite du contrôle des établissements et complexes pour personnes âgées. Y sont fixées : l'obligation pour chaque gestionnaire d'établir un rapport tout les deux ans (article 29); la possibilité pour le bourgmestre ou son délégué, ainsi que pour les agents désignés par le Gouvernement, de visiter les établissements ou complexes (article 30); la faculté d'infliger une amende administrative pour certains manquements (article 31); des sanctions pénales, accompagnées, le cas échéant, d'une interdiction professionnelle, pour certaines infractions par ailleurs non susceptibles de faire l'objet d'une amende administrative (articles 32 et 33); la possibilité d'envoi sur place d'un commissaire du gouvernement en cas d'absence de suivi donné à des constatations sur des manquements graves (article 34); les modalités de fermeture ou d'évacuation d'un établissement ou d'un complexe (articles 35 et 36).

Enfin, les chapitres VI et VII comportent les dispositions modificatives, transitoires, abrogatoires et finales. Il est notamment prévu (article 39) que les "titres de fonctionnement" (sans doute faut-il lire: "les agréments") valides au jour de l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions sont réputés octroyés pour une durée illimitée "à l'exception des titres de fonctionnement provisoire et des titres de fonctionnement suspendus".

4. Pour la suite du présent avis, il est important d'observer qu'il ressort de la description de la portée de l'avant-projet de décret que le champ d'application de celui-ci est très vaste, tant en ce qui concerne les types d'activités concernées ⁽⁴⁾ que la variété des opérateurs susceptibles d'être impliqués ⁽⁵⁾.

II. Observation préalable: de la nécessité d'appréhender l'avant-projet de décret
au regard de la libre circulation et de la libre prestation des activités de service
au sens du droit communautaire

1. Il résulte des dispositions de l'avant-projet de décret examiné que l'exploitation d'un établissement ou d'un complexe résidentiel pour personnes âgées est interdite, sous peine d'amende, si l'on ne bénéficie pas d'un agrément, appelé "titre de fonctionnement" (articles 9 et 31).

⁽⁴⁾ Cela peut, en effet s'étendre des activités qui recouvrent des prestations de soins de santé (voir, par exemple, les maisons de repos et de soins ou les centres de soins) jusqu'à des activités qui ne semblent concerner que la simple prestation de services (voir, par exemple, les complexes résidentiels pour personnes âgées), en passant par des activités qui peuvent, sous certains égards, être assimilées à des activités de "service social" relatives à l'aide aux familles et aux personnes se trouvant de manière permanente ou temporaire dans une situation de besoin (voir, par exemple, les maisons de repos, les résidences-service ou les centres d'accueil de jour ou de nuit).

⁽⁵⁾ Pour rappel, sont en effet autorisés, moyennant l'obtention des "autorisations" requises, à exploiter un établissement pour personnes âgées ou un complexe résidentiel pour personnes âgées, tant des pouvoirs publics, sous l'une ou l'autre forme, que des organisations relevant du secteur associatif, non autrement défini, et que des opérateurs du secteur privé commercial.

Pareille réglementation, qui affecte donc l'accès à une activité de service ou l'exercice d'une telle activité, doit être examinée au regard du droit européen. Des personnes physiques et morales qui, en provenance d'autres États membres de l'Union européenne, useraient du droit qui leur est reconnu par l'article 43 CE de s'établir librement en région de langue française en vue d'y ouvrir un établissement pour personnes âgées, seraient en effet également soumises à ces conditions ⁽⁶⁾.

2. C'est dans ce contexte précis qu'il convient désormais de tenir compte de la directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur (ci-après dénommée la "directive 2006/123/CE") ⁽⁷⁾.

⁽⁶⁾ Voir en ce sens: C.J.C.E., arrêt du 17 juin 1997, Sodemare SA, aff. C-70/95, dans lequel la Cour de justice fut saisie par le Tribunal administratif de la Région de Lombardie d'une question préjudicielle dans le cadre d'une affaire qui voyait une entreprise de droit luxembourgeois demander l'annulation de la législation lombarde réservant le remboursement de prestations sociales à caractère sanitaire, en l'occurrence l'exploitation de résidences pour personnes âgées, aux entreprises n'ayant pas de but lucratif. La Cour a vérifié la compatibilité de cette législation avec l'article 43 CE (ancien article 52 du traité CE). En l'espèce et à l'époque, la Cour a considéré que, "en l'état actuel du droit communautaire, un État membre peut, dans le cadre de sa compétence reconnue pour aménager son système de sécurité sociale, considérer qu'un système d'assistance sociale, tel que celui en cause au principal, implique nécessairement, en vue d'atteindre ses objectifs, que l'admission d'opérateurs privés à ce système en tant que prestataires de services d'assistance sociale soit subordonnée à la condition qu'ils ne poursuivent aucun but lucratif. Par ailleurs, l'impossibilité pour les sociétés qui poursuivent un but lucratif de concourir automatiquement à la réalisation d'un système légal d'assistance sociale d'un État membre par la conclusion d'une convention qui donne droit au remboursement par les autorités publiques des coûts de services d'assistance sociale à caractère sanitaire n'est pas susceptible de placer les sociétés à but lucratif d'autres États membres dans une situation de fait ou de droit désavantageuse par rapport à celle des sociétés à but lucratif de l'État membre d'établissement" (points 32 et 33).

⁽⁷⁾ Sur cette directive, voir notamment: M. FALLON et A.-C. SIMON, "La directive «services»: quelle contribution au marché intérieur ?", J.T.D.E., 2007/2, p. 33; L. IDOT (dir.), "La directive du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur", Europe, 2007, n° 6, pp. 6-17; K. PEGLOW, "La libre prestation de services dans la directive n° 2006/123/CE", RTD eur. 44(1), janvier-mars 2008, pp. 67 et s.
Selon le considérant (5) de cette directive, "il convient de permettre au prestataire de développer ses activités de services au sein du marché intérieur soit en s'établissant dans un État membre, soit en faisant usage de la libre circulation des services. Les prestataires devraient être en mesure de choisir entre ces deux libertés, en fonction de leur stratégie de développement dans chaque État membre".
Le considérant (36) de la directive précise par ailleurs que la notion de "prestataire", définie à l'article 4, 2), de la directive, a vocation à "couvrir également le cas où un opérateur s'établit dans un État membre pour y développer des activités de services". Sont donc bien susceptibles d'être visées par la directive tant la libre circulation des services que, sous l'une ou l'autre forme, la liberté d'établissement des prestataires de services.

Cette directive est entrée en vigueur le 28 décembre 2006 et doit être transposée avant le 28 décembre 2009 (articles 44, paragraphe 1, et 45 de la directive 2006/123/CE). Au plus tard à cette date, la Région wallonne devra donc avoir mis l'ensemble de son droit en conformité avec la directive 2006/123/CE et avoir présenté à la Commission le rapport d'évaluation prescrit par son article 39 et qui servira au processus d'évaluation mutuelle par les États membres, organisé par les paragraphes 3 et 4 du même article. Ce rapport doit, notamment, comporter l'indication des régimes d'autorisation existants et une motivation de leur compatibilité avec la directive (article 9, paragraphe 2, de la directive) ⁽⁸⁾.

Bien que le délai de transposition de la directive ne soit pas encore venu à expiration, il convient d'attirer l'attention de l'auteur de l'avant-projet de décret sur les aspects juridiques suivants:

- 1/ tout d'abord, pendant la phase de transposition, les États membres doivent procéder à un examen de leur législation (considérant (74) de la directive 2006/123/CE), recenser les régimes d'autorisation et les évaluer un à un;

⁽⁸⁾ Selon le considérant (69) de la directive, "(...) il convient d'évaluer certaines exigences nationales non discriminatoires qui, de par leurs caractéristiques, sont susceptibles de restreindre sensiblement, voire d'empêcher l'accès à une activité ou son exercice au titre de la liberté d'établissement. L'évaluation devrait porter uniquement sur la compatibilité de ces exigences, avec les critères déjà fixés par la Cour de justice quant à la liberté d'établissement (...). Lorsque ces exigences sont discriminatoires, qu'elles ne sont pas objectivement justifiées par une raison impérieuse d'intérêt général ou qu'elles sont disproportionnées, il convient de les supprimer ou de les modifier. Le résultat de l'évaluation sera différent en fonction de la nature de l'activité et de l'intérêt général concerné. En particulier, ces exigences pourraient être pleinement justifiées lorsqu'elles poursuivent des objectifs de politique sociale".

Concernant la méthodologie conseillée par la Commission en vue de la réalisation de ce rapport d'évaluation par chaque État membre, voir le "Manuel relatif à la mise en oeuvre de la directive «services»", pp. 80 à 84 (ci-après: Manuel - Directive "services") (http://ec.europa.eu/internal_market/services/services-dir/index_fr.htm).

Il sera à diverses reprises renvoyé à ce manuel dans le cadre du présent avis tout en ayant présent à l'esprit que figure à l'en-tête de ce document une clause de non responsabilité, rédigée comme suit:

"Le présent document, élaboré par les services de la Direction générale Marché intérieur et services, n'engage pas la Commission européenne en tant qu'institution. Il est à noter que la Commission européenne peut adopter une position différente de celle exposée dans ce document, par exemple dans le cadre d'un recours en manquement à la suite de l'examen approfondi des mesures nationales de transposition".

- 2/ ensuite, il convient de rappeler que, selon la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes (ci-après: la "Cour de justice"), si les États membres ne sont pas tenus d'adopter les mesures de transposition d'une directive avant l'expiration du délai prévu à cet effet, il résulte de l'application combinée des articles 10, second alinéa, CE et 249, troisième alinéa, du même Traité, ainsi que de la directive elle-même que, pendant ce délai, ils doivent s'abstenir de prendre des dispositions de nature à compromettre la réalisation du résultat prescrit par cette directive ou, à tout le moins, de prendre, dans le même sens, des dispositions nouvelles qui renforcent celles déjà existantes ⁽⁹⁾;
- 3/ par ailleurs, et, comme cela sera exposé dans la suite de l'avis, même si le délai de transposition n'est pas encore expiré, l'article 15, paragraphes 3, 6 et 7, de la directive impose déjà un certain nombre d'obligations aux États membres et ce, pour toute législation qu'ils adoptent en la matière depuis le 28 décembre 2006;
- 4/ enfin, la question se pose si, compte tenu de la date ultime de transposition de la directive au regard du moment auquel le présent avis est donné, ainsi que du délai qui sera nécessaire pour adopter les arrêtés d'exécutions nécessaires à l'entrée en vigueur du décret, il ne conviendrait pas que l'auteur de l'avant-projet de décret veille dès à présent à prendre en considération la nécessité d'assurer la transposition de l'ensemble des dispositions de la directive 2006/123/CE. Il est renvoyé sur ce point à l'observation III. A. (4) ci-après.

⁽⁹⁾ Comme l'a rappelé l'assemblée générale de la section de législation dans son avis 39.717/AG, donné les 7 et 21 février 2006, sur un avant-projet devenu la loi du 15 septembre 2006 réformant le Conseil d'État et instituant un Conseil du Contentieux des Étrangers (note 27):

"Selon une jurisprudence constante de la Cour de justice des Communautés européennes (voir, notamment, l'arrêt de la Cour du 18 décembre 1997, *Inter-Environnement Wallonie c/ Région wallonne*, aff. C - 129/96, Rec. 1997, I, pp. 7411 et suivantes), même si le délai de transposition d'une directive n'est pas encore venu à expiration et même si les États membres destinataires ne sont pas tenus d'adopter les mesures adéquates avant l'expiration de ce délai de transposition, il n'en reste pas moins qu'il incombe à ces États membres de s'abstenir de prendre, pendant le délai de transposition fixé par une directive pour la mettre en oeuvre, des dispositions de nature à compromettre sérieusement la réalisation du résultat prescrit par cette directive" (*Doc. parl.*, Chambre, 2005-2006, n/ 2479/1, p. 276).

3.1. Prise en compte de la directive 2006/123/CE

L'exposé des motifs étant muet sur ce point, le délégué du ministre, invité à faire savoir s'il avait été tenu compte de la directive 2006/123/CE lors de l'élaboration de l'avant-projet de décret, a répondu, sans plus, que l'avant-projet de décret n'entre pas dans le champ d'application de la directive, en vertu des exclusions figurant à l'article 2, paragraphe 2, f) et j), de celle-ci.

Cette réponse, et notamment la question de déterminer les différentes hypothèses dans lesquelles il pourrait être considéré que la directive 2006/123/CE ne trouve effectivement pas à s'appliquer, appellent les observations suivantes.

3.2. L'application du droit européen, primaire ou dérivé, et la notion de "services"

Les établissements visés par l'avant-projet de décret pourraient-ils tout d'abord être considérés comme n'étant tout simplement pas des "services" au sens tant de l'article 4, 1), de la directive 2006/123/CE que de l'article 50 du Traité CE ? Dans l'affirmative, ils échapperaient alors, sous l'angle de la liberté d'établissement et de la liberté de circulation des services, au droit européen, tant primaire que dérivé.

À cet égard, la notion de "services" doit être comprise au sens de l'article 50 CE et conformément à la jurisprudence de la Cour de justice ⁽¹⁰⁾: un service est donc toute activité économique non salariée dans le cadre de laquelle une rémunération est versée en contrepartie économique des prestations rendues. Cette caractéristique est absente dans le cas des activités qui sont accomplies, sans contrepartie économique, par l'État ou pour le compte de l'État, dans le cadre de ses missions dans les domaines social, culturel, éducatif et judiciaire, tels que les cours dispensés au sein du système d'éducation nationale ou encore la gestion des régimes de sécurité sociale qui n'ont aucune activité de nature économique.

⁽¹⁰⁾ Voir l'article 4, 1), et, surtout, le considérant (34) de la directive 206/123/CE.

Ainsi, dans son arrêt Humbel, la Cour de justice a, en 1988, considéré que les services d'éducation fournis dans le cadre du système d'éducation nationale n'ont pas de caractère économique ⁽¹¹⁾. La Cour a fondé son raisonnement sur deux motifs: d'une part, la circonstance que l'autorité qui organise un service d'enseignement n'a pas l'intention d'effectuer les prestations contre rémunération, mais remplit simplement ses missions dans les domaines social, culturel et éducatif; d'autre part, le système d'éducation nationale est, en règle, financé par le trésor et non par les élèves ou leurs parents ⁽¹²⁾. Par contre, en ce qui concerne l'enseignement prodigué contre rémunération par des particuliers, la Cour de justice a, cette fois, considéré qu'il y avait bien une activité économique pouvant être qualifiée de "service" au sens du Traité ⁽¹³⁾.

S'agissant cette fois des soins médicaux, la Cour a également jugé que la fourniture de tels soins contre rémunération tombe dans le champ d'application des dispositions du Traité relatives à la libre circulation des services ⁽¹⁴⁾. Ne sont pas pertinentes à cet égard les questions de savoir de quelle manière, dans quelles circonstances, selon quel système de sécurité sociale, que le patient doive également payer une partie des coûts ou que ceux-ci soient intégralement à charge de l'autorité ou de la sécurité sociale: dès qu'il y a paiement en contrepartie de ces prestations de soins, même

⁽¹¹⁾ C.J.C.E., arrêt du 27 septembre 1988, Humbel, aff. C-263/86, points 18-19.

⁽¹²⁾ La Cour de justice a, en effet, conclu, en ce qui concerne les services d'éducation fournis dans le cadre du système d'éducation nationale, que les droits d'inscription ou de scolarité que les élèves ou leurs parents doivent parfois acquitter dans le cadre de ce système, ne constituent pas, en tant que tels, une rémunération, lorsque le financement du système est assuré pour l'essentiel par des fonds publics (C.J.C.E., arrêt du 7 décembre 1993, Wirth, aff. C-109/92).

⁽¹³⁾ C.J.C.E., arrêt du 7 décembre 1993, Wirth, aff. C-109/92, § 17; C.J.C.E., arrêt du 13 novembre 2003, Neri, aff. C-153/02, § 39.

⁽¹⁴⁾ Voir notamment: C.J.C.E., arrêt du 13 mai 2003, Muller Fauré, aff. C-385/99, point 103; C.J.C.E., arrêt du 12 juillet 2001, Geraets - Smits et Peerboom, aff. C-157/99, points 53-56; C.J.C.E., arrêt du 28 avril 1998, Kohll, aff. C-158/96, points 16-21.

En matière de doctrine, voir, entre autre: G. DAVIES, "The Community's internal market - based competence to regulate health care: scope, strategies and consequences", MJ 2007, 215-238; F. VAN OVERMEIREN, "De dienstenrichtlijn en gezondheidszorg: de gevolgen van de interne markt zwart op wit", R.D.S., 2006, 172-217; Y. JORENS, "Het voorstel «Bolkestein-richtlijn»: een gevaar voor het Belgisch sociaal recht ?", R.D.S., 1996, 26-63.

par l'autorité, la fourniture de soins de santé constitue un service auquel s'appliquent les règles relatives au marché interne ⁽¹⁵⁾.

En ce qui concerne les services sociaux, la jurisprudence de la Cour de justice est relativement limitée. Il peut cependant être renvoyé à l'arrêt Sodemare, déjà cité ⁽¹⁶⁾, dans lequel la Cour a accepté d'examiner sous l'angle de la liberté d'établissement le grief invoqué par une société de droit luxembourgeois exploitant des maisons de repos en Italie, mais n'ayant pas droit aux subventions publiques dès lors qu'elle poursuivait un but lucratif.

Dans un arrêt récent de la Cour de justice de l'AELE, il a également été considéré que les services d'accueil d'enfants, reconnus et subsidiés par l'autorité, ne sont pas des services économiques, même s'ils sont gérés par des entreprises privées à but lucratif ⁽¹⁷⁾.

⁽¹⁵⁾ Voir, à ce sujet, R. BAETEN et H. VERSCHUEREN, "Gezondheidszorg binnen de Europese interne markt. Is er nog ruimte voor solidariteit?", in M. SANTENS (Ed.), *Een rechtvaardige gezondheidszorg*, Bruges, La Charte, 2008, p. 212 (et les références citées).

Reste, selon ces auteurs, la question d'essentielle savoir si des institutions de soins purement publiques et directement mises en place par les autorités peuvent être considérées comme des "services" au sens du Traité. À cet égard, certains pensent pouvoir dégager le fil conducteur suivant dans la jurisprudence de la Cour de justice: "(Traduction libre) l'exclusion des services d'intérêt général non économiques du champ d'application de la directive (et de la libre circulation des services en tant que telle) n'a finalement de sens que lorsque ces tâches sont réservées à l'autorité et que celle-ci en assure l'exécution, ou que l'exécution de l'une de ces tâches est, dans le cadre d'un système légal, conférée au moyen de droits exclusifs ou spécifiques. Dès lors que la tâche n'est pas conférée de manière exclusive et que l'entité qui en est chargée accomplit également des activités commerciales, la directive est d'application aux tâches jusqu'alors réservées à l'autorité" (J.W. VAN DE GRONDEN, "Bestaat er een coherente visie op de verhouding tussen diensten van algemeen economisch belang, de Dienstenrichtlijn en andere communautaire regelingen?", S.E.W. 2007, (399), 396).

⁽¹⁶⁾ Note suprapaginale (6).

⁽¹⁷⁾ Arrêt de la Cour de justice de l'AELE, du 21 février 2008, *Private Barnehagers Landforbund*, aff. E - 5/07, §§ 78-83. La jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes en matière d'enseignement a ainsi, en quelque sorte, été transposée au secteur de l'accueil d'enfants. En l'espèce, la Cour de justice de l'AELE s'est fondée sur les éléments suivants pour considérer qu'il n'y a pas de contrepartie économique: 80 % des coûts sont supportés par le secteur public; il n'y a pas de lien entre les coûts réels du service et la quote-part payée par les parents; il y a une obligation légale pour les autorités locales de prévoir suffisamment de places d'accueil; les services d'accueil d'enfants jouent un rôle social, culturel, éducatif et pédagogique important.

En application de l'article 2, paragraphe 2, a), de la directive 2006/123/CE, sont par ailleurs expressément exclus du champ d'application de la directive, les "services d'intérêt général non-économiques", à savoir des activités qui sont effectuées par ou au nom de l'autorité sans aucune contrepartie économique dans le cadre de leurs missions dans les domaines social, culturel, éducatif et judiciaire ⁽¹⁸⁾. Pour les raisons qui viennent d'être indiquées, ce ne sont en réalité pas non plus des "services" au sens du Traité CE ⁽¹⁹⁾.

En conclusion, et même si l'auteur de l'avant-projet de décret semble pouvoir se mouvoir dans une zone grise aux contours peu précis, il est difficile de pouvoir considérer que l'ensemble des établissements concernés par l'avant-projet de décret pourrait être considéré comme tombant intégralement en-dehors du champ d'application de la directive 2006/123/CE, du fait qu'ils ne seraient pas des "services" au sens de l'article 50 CE et de la directive 2006/123/CE. Cela ne semble, notamment, pas être le cas des établissements relevant du secteur privé commercial et qui, en fonction du type d'établissement considéré, peuvent aller jusqu'à représenter 30 à 50 % maximum de l'"offre de services".

À la lumière de la jurisprudence qui vient d'être rappelée, on ne peut à cet égard pas se fonder sur la circonstance que l'ensemble de ces établissements seraient des établissements reconnus et principalement subsidiés par l'autorité ⁽²⁰⁾.

⁽¹⁸⁾ Voir les considérants 17, 34, 70 et 72 de la directive.

⁽¹⁹⁾ Par contre, les "services d'intérêt économique général" sont bien visés par la directive 2006/123/CE, mais soumis à un régime, en partie, spécifique (articles 15, paragraphe 4, et 17, paragraphe 1).

⁽²⁰⁾ Il convient d'observer à ce sujet que l'avant-projet de décret ne prévoit aucun régime de subventions au profit des établissements qu'il entend réglementer, que le décret du 7 novembre 2007 relatif aux subsides pour investissements dans les établissements d'accueil pour personnes âgées ne concerne qu'une partie seulement de ces établissements (à savoir, un pouvoir subordonné, une fondation ou une association sans but lucratif - article 2, 5/, du décret) et que, quoi qu'il en soit, tout établissement doit, pour pouvoir fonctionner, avoir reçu, en application des dispositions de l'avant-projet de décret, un "titre de fonctionnement" et, le cas échéant, "un accord de principe" et ce, qu'il bénéficie ou non de subventions.

En définitive, seule une analyse au cas par cas de chaque type d'établissement concerné ainsi que des prestations qu'il propose, peut permettre de conclure, au regard de la jurisprudence de la Cour de justice, dont il convient cependant de tenir compte qu'elle a essentiellement été élaborée dans d'autres secteurs d'activité que celui visé par l'avant-projet de décret, que ce type d'établissement est ou non un "service". Mais, dès lors que l'avant-projet de décret organise un seul régime applicable à l'ensemble des établissements qu'il vise, un examen des dispositions de l'avant-projet au regard des exigences de la directive 2006/123/CE s'impose, en tout état de cause, ne fût-ce que pour ceux de ces établissements dont il ne peut être contesté qu'il s'agit de "services" au sens de la directive.

3.3. L'application de l'une des hypothèses d'exclusion prévues par la directive 2006/123/CE

3.3.1. Dans la mesure où les établissements visés par l'avant-projet de décret doivent, au moins pour partie, être considérés comme des "services", il convient de tenir compte de ce que l'article 2, paragraphe 2, de la directive prévoit diverses exclusions faisant échapper les services visés par ces exclusions au champ d'application de la directive. Parmi celles-ci, le délégué du ministre a expressément visé dans sa réponse celles figurant à l'article 2, paragraphe 2, f) et j), de la directive ⁽²¹⁾.

À cet égard, il convient tout d'abord de rappeler que, conformément à la jurisprudence de la Cour de justice ⁽²²⁾, les exceptions à des règles énoncées dans une directive à portée "horizontale" et visant à garantir l'effectivité des droits reconnus par le

⁽²¹⁾ L'article 2, paragraphe 2, f), vise les services de soins dans leur ensemble, tandis que l'article 2, paragraphe 2, j), ne concerne qu'un certain nombre (un "noyau dur") de services sociaux, définis de manière telle qu'il soit possible d'éviter des interprétations trop divergentes par les États membres (Voir, à ce sujet: Commissaire McGreevy, "Statement on the Revised Proposal for the Services Directive", European Parliament, Plenary Session 4 April 2006, SPEECH/06/220 - proposition modifiée de directive du Parlement européen et du Conseil concernant les services dans le marché interne, COM/2006/160 def. - Voir également: B. VAN ORMELINGEN, "le domaine de la directive 2006/123/CE relative aux services dans le marché intérieur", Ann. dr. Louvain, 2007, 307-373).

⁽²²⁾ Voir, notamment, C.J.C.E., arrêt du 18 mai 1996 Commission c/Italie, aff. C-57/94.

Traité CE, doivent être interprétées de manière stricte. Or, les deux exceptions visées par le délégué du ministre n'ont pas pour effet d'exclure des "secteurs" entiers du champ d'application de la directive, mais bien certains "services d'activités" délimités. En l'occurrence, un établissement visé par l'avant-projet de décret pourrait bénéficier de l'une de ces exclusions pour partie de ses activités, en tant que "service de soins de santé" ou de "service social", alors qu'il resterait soumis à la directive pour d'autres de ses activités. Il conviendra en conséquence d'examiner *in concreto* pour chacune des activités de service accomplies par un établissement, si cette activité est ou non de nature à justifier son exclusion du champ d'application de la directive.

C'est dans cette optique que sont examinées ci-après les deux hypothèses d'exclusion invoquées par le délégué du ministre.

3.3.2. L'article 2, paragraphe 2, f), de la directive 2006/123/CE exclut du champ d'application de celle-ci "les services de soins de santé, qu'ils soient ou non assurés dans le cadre d'établissements de soins et indépendamment de la manière dont ils sont organisés et financés au niveau national ou de leur nature publique ou privée". Selon le considérant (22) de la directive 2006/123/CE, cette exclusion couvre "les services de soins de santé et pharmaceutiques fournis par des professionnels de la santé aux patients pour évaluer, maintenir ou rétablir leur état de santé lorsque ces activités sont réservées à une profession de santé réglementée dans l'État membre dans lequel les services sont fournis". Le Manuel relatif à la mise en oeuvre de la directive "service", précise que cette exclusion ⁽²³⁾

"ne couvre pas les activités qui ne sont pas destinées à maintenir, évaluer ou rétablir l'état de santé des patients. Ainsi, les activités destinées à améliorer le bien-être ou à permettre la relaxation, comme les clubs de sport ou de fitness, sont couvertes par la directive "services" et doivent être couvertes par les mesures de mise en œuvre. Par ailleurs, l'exclusion des services de santé ne couvre que les activités réservées à une profession de santé réglementée dans l'État membre où le service est fourni [à savoir, conformément à l'article 4, 11/, de la directive, une activité ou un ensemble d'activités professionnelles visées à l'article 3, paragraphe 1, point a), de la directive 2005/36/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 septembre 2005 relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles]. Les services qui peuvent être fournis sans qu'une qualification professionnelle spécifique ne soit exigée doivent donc être couverts par les mesures de mise en œuvre".

⁽²³⁾ Manuel - Directive "services", p. 14

Compte tenu de ce qui précède, si les maisons de repos et de soins, telles que définies à l'article 2, 3/, b), de l'avant-projet de décret, peuvent effectivement être considérées comme exclues du champ d'application de la directive 2006/123/CE, en vertu de l'exception prévue à l'article 2, paragraphe 2, f), de celle-ci, il ne semble pas nécessairement en aller de même, au regard du caractère restrictif de cette définition, pour d'autres catégories d'établissements visées par l'avant-projet examiné sous le vocable d'"établissements pour personnes âgées", au sens de l'article 2, 3/, de l'avant-projet de décret. À cet égard, la simple circonstance qu'il soit fait état dans le texte de l'avant-projet de ce que, pour certains de ces établissements, des "soins infirmiers ou paramédicaux" ou "une prise en charge thérapeutique et sociale" seront, au besoin, procurés ou assurée, ne semble pas suffire, au regard de la directive 2006/123/CE, à les qualifier, sans plus, de "services de soins de santé" au sens l'article 2, paragraphe 2, f), de la directive ⁽²⁴⁾. A fortiori semble-t-il en aller ainsi des "complexes résidentiels pour personnes âgées", au sens de l'article 2, 4/, de l'avant-projet de décret, à l'égard desquels aucune allusion n'est faite quant à la fourniture de soins de santé ou quant à une éventuelle prise en charge thérapeutique et sociale.

3.3.3. L'article 2, paragraphe 2, j), de la directive 2006/123/CE, rend celle-ci non applicable aux "services sociaux relatifs au logement social, à l'aide à l'enfance et à l'aide aux familles et aux personnes se trouvant de manière permanente ou temporaire dans une situation de besoin qui sont assurés par l'État, par des prestataires mandatés par l'État ou par des associations caritatives reconnues comme telles par l'État". Le Manuel relatif à la mise en oeuvre de la directive "service", précise que

"la notion d'«associations caritatives reconnues comme telles par l'État» comprend les églises et les organisations religieuses poursuivant des fins charitables et bénévoles. À la lumière du libellé de cette exclusion et des explications données au considérant (27) [de la directive,] il est clair que ces services ne sont pas exclus

⁽²⁴⁾ On observera encore que le considérant (33) de la directive, après avoir rappelé que les services couverts par la directive concernent une grande variété d'activités en constante évolution, mentionne: "... Les services aux consommateurs sont également compris, notamment (...) ainsi que dans la mesure où ils ne sont pas exclus du champ d'application de la directive, les services à domicile, comme le soutien aux personnes âgées. Ces activités peuvent concerner à la fois des services qui nécessitent une proximité entre prestataire et destinataire, des services qui impliquent un déplacement du destinataire ou du prestataire et des services qui peuvent être fournis à distance (...)" Or, tel paraît bien être le cas des "centres d'accueil de jour", ainsi que des "centres d'accueil de soirée et/ou de nuit" et la seule circonstance qu'il soit précisé dans l'avant-projet de décret (article 2, 3/, d) et e)) que ces centres doivent, au besoin, être à même d'assurer "une prise en charge thérapeutique et sociale", ne semble pas suffire à pouvoir les qualifier de "services de soins de santé" au sens de l'article 2, paragraphe 2, f), de la directive.

lorsqu'ils sont fournis par d'autres types de prestataires, par exemple des opérateurs privés agissant sans un mandat de l'État. À titre d'exemple, l'aide à l'enfance assurée par des nourrices privées ou d'autres services d'aide à l'enfance (comme les camps de vacances) fournis par des opérateurs privés ne sont pas exclus du champ d'application de la directive "services". De même, les services sociaux relatifs à l'aide aux familles et aux personnes se trouvant de manière permanente ou temporaire dans une situation de besoin en raison de l'insuffisance de leurs revenus familiaux ou d'un manque total ou partiel d'indépendance, ainsi que les services aux personnes risquant d'être marginalisées, comme les services de soins aux personnes âgées ou les services destinés aux chômeurs, ne sont exclus du champ d'application de la directive «services» que dans la mesure où ils sont fournis par l'un des prestataires visés ci-dessus (c'est-à-dire l'État, des prestataires mandatés par l'État ou des associations caritatives reconnues comme telles par l'État). Ainsi, par exemple, les services privés à domicile d'aide ménagère ne sont pas exclus de la directive «services» et doivent être couverts par les mesures de mise en œuvre" ⁽²⁵⁾.

Les établissements pour personnes âgées qui sont directement organisés par les autorités publiques ou par des institutions qui peuvent être qualifiées de caritatives au sens de la directive 2006/123/CE échappent donc à celle-ci.

Peut-il être considéré que les autres établissements, notamment ceux qui poursuivent un but de lucre, sont, du seul fait du "titre de fonctionnement" qu'ils doivent obtenir préalablement à leur exploitation, des "prestataires mandatés par l'État" au sens de l'article 2, paragraphe 2, j), de la directive 2006/123/CE ? Pareille interprétation paraît *a priori* difficile à admettre, du fait qu'elle conduirait à vider la directive de sa substance, puisque son objectif essentiel est justement d'amener les États à limiter les régimes d'agrément à ce qui est strictement nécessaire ⁽²⁶⁾.

La notion de "mandatement" n'est par ailleurs pas définie dans la directive 2006/123/CE. Le Manuel relatif à la mise en oeuvre de la directive, dans l'extrait précité, se contente de préciser qu'elle emporte l'obligation, pour le prestataire considéré,

⁽²⁵⁾ Manuel Directive "services", pp. 15-16.

⁽²⁶⁾ Voir notamment les considérants (42) et (43) de la directive.

de fournir le service en question ⁽²⁷⁾.

⁽²⁷⁾ Manuel Directive "services", p. 15.

Cette notion a toutefois été précisée à l'occasion d'une question parlementaire adressée par le député européen Harlem Désir à la Commission européenne. La question écrite était rédigée comme suit:

"Le processus de transposition de la directive relative aux services dans le marché intérieur (2006/123/CE) engagé dans les États membres pose la question des modalités d'exclusion des services sociaux dont les prestataires sont mandatés par l'État.

La notion de mandatement, que l'on retrouve dans le droit communautaire de la concurrence relatif aux services d'intérêt économique général (SIEG), est ainsi introduite pour la première fois dans un texte relatif au marché intérieur sans que ne soient définies ni la portée ni les modalités concrètes de cette formulation en droit interne, si ce n'est au moyen du «manuel relatif à la mise en œuvre de la directive "services"» et de l'obligation qui y est formulée de fournir les services sociaux concernés. Cependant, ce document d'information n'a pas de statut légal.

Doit-on assimiler la notion de mandatement en droit du marché intérieur à celle développée dans le droit de la concurrence relative aux SIEG et récemment précisée par l'arrêt BUPA (affaire T -289/03) ?

Cette notion nécessite-t-elle un acte officiel de mandatement, comme c'est le cas en droit communautaire de la concurrence ? Une obligation de nature contractuelle qui lie le prestataire à une autorité publique au moyen d'un marché public, d'une concession ou d'une convention de subvention est-elle constitutive d'un mandatement au sens de l'article 2, paragraphe 2, point j) ?

Les cadres juridiques nationaux relatifs à certains services sociaux, tel que celui qui est en vigueur en France, ne prévoyant ni mandatement explicite des prestataires, ni obligation de fournir les services sociaux, et ne les qualifiant pas explicitement de SIEG, peuvent-ils bénéficier des dispositions relatives aux articles 2, paragraphe 2, point j), 15, paragraphe 4, et 17, paragraphe 1 ? Si tel n'était pas le cas, le risque existerait de voir de nombreux services sociaux soumis à la directive «services» alors que le Parlement européen les a exclus de son champ d'application" (Question écrite P-1609/08 posée le 13 mars 2008, <http://www.europarl.europa.eu>)

Le commissaire européen Mc Creavy a répondu au nom de la Commission:

"La notion de «prestataires mandatés par l'État» qui figure à l'article 2, paragraphe 2, point j) de la directive services est à distinguer de celle d'entreprise chargée de la gestion d'un service d'intérêt économique général au sens de l'article 86 (2). Ces notions ont, en effet, des finalités différentes. Tandis que la première notion vise à délimiter la portée de l'exclusion de certains services sociaux du champ d'application de la directive «services», la deuxième vise à déterminer les conditions dans lesquelles les États membres peuvent déroger à l'application des règles du Traité pour certaines entreprises chargées de la gestion d'un service d'intérêt économique général.

Ainsi, dans le cadre de l'application du paquet sur les services d'intérêt économique général (SIEG) qui spécifie les conditions dans lesquelles certaines aides d'État sont compatibles avec l'article 86(2), le mandat correspond à l'acte officiel qui confie à l'entreprise la prestation d'un SIEG. Le mandat doit définir la nature et la durée des obligations de service public, les entités auxquelles la prestation de ces services a été confiée, les paramètres de calcul de la compensation, ainsi que les sauvegardes pour éviter la surcompensation.

Dans le contexte de ladite directive, la Commission considère que pour qu'un prestataire puisse être considéré comme «mandaté par l'État» au sens de l'article 2, paragraphe 2, point j), ce prestataire doit avoir l'obligation d'assurer le service dont il a été chargé par l'État. Un prestataire chargé par l'État de

Compte tenu des imprécisions qui règnent encore la matière, il ne peut, en l'état actuel des choses, pas être, sans plus, considéré qu'il est exclu qu'une notion telle que celle de "titre de fonctionnement" puisse, comme dans d'autres systèmes d'agrément ou d'autorisation, être conçue comme impliquant une obligation, pour le prestataire considéré, de fournir le service en question, auquel cas il pourrait donc être considéré qu'il y a "mandat" au sens de l'article 2, paragraphe 2, j), de la directive. Compte tenu cependant du contenu des dispositions de l'avant-projet de décret présentement examiné, tel ne semble toutefois pas être le cas, en l'espèce, du fait même que l'obtention d'un "titre de fonctionnement" n'implique pas pour son bénéficiaire l'obligation de fournir le service en question et, donc, d'exploiter effectivement l'établissement ou le complexe pour personnes âgées. Rien n'interdit non plus à cette personne d'arrêter à tout moment et de son plein gré l'exploitation de cet établissement ou de ce complexe.

3.3.4. Il y a donc lieu de conclure que, si divers établissements visés par l'avant-projet de décret peuvent être considérés comme échappant au champ d'application de la directive, soit parce qu'ils ne sont tout simplement pas des "services" au sens de l'article 50 CE et de la directive 2006/123/CE, soit parce qu'ils peuvent être considérés comme entrant dans l'une des hypothèses d'exclusion prévues par l'article 2, paragraphe 2, f) et j), de la directive, il n'en va cependant pas de même pour d'autres établissements également visés par l'avant-projet. Cette seule constatation suffit à conclure que l'avant-projet de décret doit, donc, être examiné au regard de la directive 2006/123/CE.

l'obligation de prêter un service, par exemple à l'issue d'un marché public ou par le biais d'une concession de services, peut être considéré comme un prestataire «mandaté» par l'État au sens de la directive «services». Ceci est également valable pour tout autre type de mesure prise par l'État pour autant qu'une telle mesure implique une obligation de prêter le service pour le prestataire en question.

Les États membres sont tenus de transposer la directive «services» au plus tard le 28 décembre 2009. Il leur appartient, dans le cadre de leurs travaux de transposition de la directive en droit national, de tirer les conséquences de ce qui précède"(Réponse du 25 avril 2008, <http://www.europarl.europa.eu>).

.../...

3.4. La notion d'"exigence" au sens de la directive 2006/123/CE

Compte tenu de ce que le "titre de fonctionnement" doit être sollicité et obtenu préalablement à toute exploitation d'un établissement, il y a par ailleurs lieu de considérer que l'imposition d'un tel titre constitue bien une "exigence" au sens de l'article 4, 7) de la directive ⁽²⁸⁾.

Il y a donc également lieu, sous cet angle, de prendre en compte les dispositions pertinentes de la directive 2006/123/CE.

4. Il convient, en outre, de rappeler que, même s'agissant des établissements pour personnes âgées qui bénéficieraient de l'une des deux exceptions qui viennent d'être examinées et qui, dès lors, ne seraient pas soumis à la directive 2006/123/CE, il n'en demeure pas moins, comme l'a encore observé récemment la section de législation ⁽²⁹⁾,

⁽²⁸⁾ Tel ne serait pas le cas s'il s'agissait, par exemple, de mettre en place un régime de reconnaissance facultatif, qui ne serait donc pas requis pour l'exploitation de l'établissement, mais qui pourrait, par exemple, permettre l'octroi de subventions ou d'un label de qualité aux établissements concernés.

⁽²⁹⁾ Voir en ce sens, notamment, l'avis 45.057/4, donné le 17 septembre 2008, sur un avant-projet devenu le décret du 20 novembre 2008 relatif à l'organisation du transport médico-sanitaire, *Doc. parl.*, Parl. wall., 2008-2009, n/ 852/1 (observation 1 sous l'article 6, § 1^{er} et les références citées). Voir également le Manuel - Directive services" dans lequel il est précisé que:
"Il y a également lieu de souligner que les matières qui sont exclues du champ d'application de la directive "services" restent pleinement couvertes par le traité CE. Les services exclus demeurent donc, bien évidemment, couverts par la liberté d'établissement et la libre prestation de services. Le droit national régissant ces activités de services doit être conforme aux articles 43 et 49 du traité CE et les principes développés par la Cour de justice des Communautés européennes (ci-après dénommée Cour de justice) sur la base de l'application de ces articles doivent être respectés. Il appartient aux États membres de veiller à ce que leur législation soit conforme au traité CE, tel qu'interprété par la Cour de justice. La Commission continuera à exercer son rôle de gardienne du traité CE et prêter assistance aux États membres dans cette tâche." (p. 9, n/ 1.1.). Cette exigence est encore rappelée à diverses reprises dans le Manuel (voir, notamment, p. 12 - n/ 2.1.2.; p. 39 - n/ 6.2.; p. 43 - n/ 6.2.4.; p. 49 - n/ 6.3.4.; p. 56 - n/ 7.1.3.3. et p. 58 - n/ 7.1.4.).
Voir également la réponse donnée le 6 octobre 2008 par le Commissaire McCreavy au nom de la Commission à la question écrite posée le 9 juin 2008 par le député européen Pierre Pribetich (E-3222/08), <http://www.europarl.europa.eu>.

qu'un régime d'agrément a nécessairement pour effet de restreindre diverses libertés, notamment la liberté d'établissement et la liberté de prestation des services, consacrées par les articles 43 et 49 CE, ainsi que par l'article 6, § 1^{er}, VI, alinéa 3, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles et par la liberté du commerce et de l'industrie, qui s'impose à la Région wallonne en vertu de la disposition précitée de la loi spéciale du 8 août 1980. Le législateur décréteil doit dès lors, en tout état de cause, être en mesure d'établir que la réglementation qu'il entend appliquer est compatible, notamment, avec l'article 43 CE, tel qu'il est interprété par la Cour de justice.

A moins que l'ensemble des établissements concernés par l'avant-projet de décret puissent être considérés comme n'étant pas non plus des "services" au sens de l'article 50 CE ⁽³⁰⁾, il s'ensuit qu'il y aura lieu d'être à même d'établir que les restrictions envisagées en matière d'ouverture et d'exploitation d'établissements pour personnes âgées et de complexes résidentiels pour personnes âgées sont objectivement et raisonnablement justifiées par des raisons impérieuses d'intérêt général au sens de la jurisprudence de la Cour de justice, en ce compris, compte tenu de la matière concernée, des raisons de santé publique ⁽³¹⁾, qu'elles sont propres à garantir la réalisation des objectifs qu'elles poursuivent et qu'elles ne sont pas disproportionnées par rapport à l'objectif poursuivi ^{(32) (33)}.

⁽³⁰⁾ Hypothèse qui paraît cependant peu probable au regard de ce qui a été exposé plus avant dans l'avis.

⁽³¹⁾ Voir les articles 46 et 55 CE.

⁽³²⁾ Voir, notamment: C.J.C.E., arrêt du 4 juillet 2000, Haim, aff. C-424/97, Rec., p. I-5123, point 57; C.J.C.E., arrêt du 17 octobre 2002, Payroll, aff. C-79/01, Rec., p. I-8923, point 26; C.J.C.E., arrêt du 5 octobre 2004, CaixaBank France, aff. C-442/02, Rec., p. I-8961, point 11.

⁽³³⁾ Pour un précédent mettant en évidence la nécessité d'un double examen sous l'angle de la directive 2006/123/CE, d'une part, et des articles 43 et suivants, ainsi que 49 et suivants CE, d'autre part, voir, notamment, l'avis 43.646/2, donné le 24 octobre 2007, sur un avant-projet de décret de la Région wallonne "modifiant le décret du 13 mars 2003 relatif à l'agrément des agences de placement".

5.1. Il résulte également de l'avant-projet de décret examiné que les établissements pour personnes âgées visés à l'article 2, 3/, de l'avant-projet font l'objet d'une programmation par laquelle le Gouvernement arrête la capacité maximale de lits ou de places pour l'ensemble du territoire de la région de langue française, notamment afin d'assurer une répartition homogène de ces établissements sur l'ensemble du territoire de la Région wallonne (article 6, § 1^{er}, 2/)⁽³⁴⁾ et de garantir au résident le libre choix entre les secteurs public, associatif ou privé commercial (article 6, § 1^{er}, 3/). À cette fin, l'avant-projet fixe, pour certains types d'établissements, des critères de répartition des lits, des logements ou des places entre les différents secteurs (article 6, §§ 2 à 5). C'est sur la base de cette programmation qu'il est exigé que tout projet d'ouverture d'un établissement pour personnes âgées, d'extension de celui-ci ou de réouverture après une interruption d'exploitation ayant entraîné la perte du titre de fonctionnement, de même que tout changement de secteur d'un établissement d'accueil pour personnes âgées, fasse l'objet d'un "accord de principe" du Gouvernement (article 7). Il en résulte que l'ouverture et l'exploitation d'un établissement pour personnes âgées, quel que soit le secteur envisagé, requiert l'obtention préalable d'un "accord de principe" du Gouvernement, outre l'exigence d'un "titre de fonctionnement".

5.2. Un tel système de programmation, qui a nécessairement, lui aussi, pour effet de limiter la liberté d'établissement, est indissociablement lié aux autres dispositions de l'avant-projet de décret relatives à l'exigence du "titre de fonctionnement" et appelle, en conséquence, des observations analogues à celles qui viennent d'être formulées concernant ce titre.

⁽³⁴⁾ Sans doute s'agit-il de viser le territoire de la région de langue française (voir l'article 1^{er}, alinéa 2, de l'avant-projet de décret).

Certes, la Cour constitutionnelle a considéré qu'une disposition similaire, à savoir l'article 27 du décret du 6 février 2003 ⁽³⁵⁾, n'apportait pas une atteinte disproportionnée à la liberté de commerce et d'industrie des exploitants de maisons de repos:

"Le législateur décréteil peut légitimement veiller à répartir équitablement le nombre de lits disponibles en maison de repos. La circonstance qu'il soit prévu en l'espèce une limitation du nombre de lits disponibles pour le secteur privé commercial est justifiée par les objectifs poursuivis par le législateur décréteil.

Il n'est en effet pas dépourvu de justification de pratiquer une politique qui tend notamment à la maîtrise des dépenses et qui, à cette fin, décourage le développement excessif de maisons de repos poursuivant un but de lucre et qui, bien qu'averties depuis 1997 de l'objectif de la Région wallonne, ont néanmoins poursuivi une politique de croissance" ⁽³⁶⁾.

⁽³⁵⁾ Cet article 27, qui constitue une disposition autonome et qui fixe des règles complémentaires par rapport à celles déjà fixées par l'article 4, § 1^{er}, du décret du 5 juin 1997, dispose:

"Art. 27. Sans préjudice de la délégation octroyée au Gouvernement par l'article 4, § 1^{er}, 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:

- 1/ le programme relatif au nombre de lits de maison de repos est fixé pour l'ensemble de la Région wallonne à 6,8 lits par cent habitants âgés de soixante ans au moins. La programmation se réalise par arrondissement afin de permettre à chaque arrondissement de disposer de 6,3 lits par cent habitants âgés de soixante ans au moins. Dans ce programme, 29 % au minimum des lits sont réservés au secteur public, 21 % au minimum au secteur privé non lucratif et 50 % au maximum au secteur privé commercial;
- 2/ le programme relatif au nombre de logements particuliers dans les résidences-services est fixé à deux logements pour cent personnes âgées de soixante ans au moins pour chaque arrondissement. Dans ce programme, 40 % des logements sont réservés au secteur public, 30 % au secteur privé non lucratif et 30 % au secteur privé commercial;
- 3/ le programme relatif au nombre de places d'accueil des centres d'accueil de jour est fixé à deux places pour cent personnes âgées de plus soixante ans au moins pour chaque arrondissement. Dans ce programme, 40 % des places sont réservés au secteur public, 30 % au secteur privé non lucratif et 30 % au secteur privé commercial."

Sur la portée de cette disposition autonome, par rapport à l'habilitation conférée au Gouvernement par l'article 4, § 1^{er}, du décret du 5 juin 1997, tel que modifié par l'article 3 du décret du 6 février 2003, voir l'avis 36.011/4 donné le 10 décembre 2003 sur un projet devenu l'arrêté du Gouvernement wallon du 15 janvier 2004 modifiant l'arrêté du Gouvernement wallon du 3 décembre 1998 portant exécution du décret du 5 juin 1997 (observation générale I).

⁽³⁶⁾ C.C., arrêt n/ 188/2005 du 14 décembre 2005, B.6.4.

Il y a toutefois lieu de constater que la Cour n'a exercé son contrôle qu'au regard du droit interne, que l'arrêt de la Cour ne concerne que l'un des aspects de la programmation envisagée par l'avant-projet de décret présentement examiné, à savoir la répartition des lits en maison de repos, et que cet arrêt est, en tout état de cause, antérieur à la directive 2006/123/CE.

6. En conclusion:

1/ il résulte des considérations qui précèdent qu'un certain nombre des établissements visés par l'avant-projet de décret peuvent difficilement être considérés comme échappant au champ d'application de la directive 2006/123/CE et, en tout état de cause, aux dispositions du droit primaire européen. L'auteur de l'avant-projet de décret est en conséquence invité à réexaminer celui-ci dans son ensemble et à pouvoir justifier, en fonction du type d'établissement considéré ou du type d'activité concernée:

- soit que le régime envisagé par l'avant-projet de décret n'entre pas dans le champ d'application des libertés d'établissement et de libre circulation des services, étant donné qu'il ne s'agit pas d'un "service" au sens de l'article 50 CE, mais d'un "service d'intérêt général non économique";
- soit que le régime peut se justifier au regard du droit primaire européen et du droit interne, dès lors qu'il pourrait être dûment établi que le type d'établissement visé ou d'activité concernée, nonobstant la circonstance qu'il s'agit bien d'un "service" au sens de l'article 50 CE, n'entre cependant pas dans le champ d'application de la directive 2006/123/CE;
- soit que ce régime peut se justifier au regard des exigences de la directive 2006/123/CE.

2/ dans le cadre de ce réexamen, qui ne pourra que s'avérer utile en vue de la préparation du rapport d'évaluation qu'il conviendra de communiquer prochainement à la Commission en application de l'article 39 de la directive 2006/123/CE, l'auteur de l'avant-projet veillera également à examiner, en fonction de la ou des option(s) retenue(s) parmi celles énumérées au 1/, si, pour certains types d'établissements, les dispositions en projet ne devraient pas être précisées, complétées ou modifiées, afin de mieux les rendre compatibles avec les exigences du droit européen, primaire ou dérivé, à prendre en considération. La question se pose à cet égard s'il est effectivement indiqué, au regard de la directive 2006/123/CE, de vouloir rassembler sous un seul régime l'ensemble des

établissements visés par l'avant-projet de décret ⁽³⁷⁾. Il peut, en tout état de cause, s'avérer opportun, si telle est bien l'intention de l'auteur de l'avant-projet de décret, de faire ressortir plus clairement dans le texte en projet que les établissements concernés sont, dans leur ensemble, soit des services d'intérêt général non économiques, soit, en tout état de cause, des services exclus du champ d'application de la directive 2006/123/CE;

- 3/ étant donné que c'est en premier lieu à l'auteur de l'avant-projet de décret qu'il incombe, sur la base des données concrètes dont il dispose, des objectifs qu'il poursuit, ainsi que du régime qu'il entend mettre en place concernant l'organisation et les éventuelles modalités de subventions applicables aux institutions pour personnes âgées que le décret entend viser, de procéder à un réexamen de l'ensemble des dispositions de l'avant-projet ⁽³⁸⁾, la section de législation se limite ⁽³⁹⁾, dans la suite du présent avis, à formuler quelques observations générales au sujet de certaines problématiques mises en avant par l'avant-projet de décret et ce, en veillant à mettre concrètement en évidence quelques aspects de l'impact spécifique que peut revêtir la directive 2006/123/CE, dans toutes les situations où il devrait être considéré que cette directive trouve à s'appliquer.

⁽³⁷⁾ Il est pensé plus particulièrement à la nouvelle notion de "complexe résidentiel pour personnes âgées" (article 2, 4/, de l'avant-projet de décret).

⁽³⁸⁾ Il convient à cet égard d'observer que les modalités selon lesquelles il doit être procédé à un examen de la législation au regard des exigences de la directive 2006/123/CE ont été fixées dans des accords, directives ou manuels élaborés en coopération entre le niveau fédéral et les entités fédérées (voir, à ce sujet, le site internet de l'Agence pour la simplification administrative, établie auprès du Service Public Fédéral Chancellerie du Premier Ministre: <http://www.dav.fgov.be/showpage.php?iPageID=4026&sLangCode=FR> - onglet "Projets ASA - Directive Services".

⁽³⁹⁾ Pour une attitude déjà adoptée en ce sens à l'égard d'une demande d'avis analogue à celle présentement examinée, voir l'avis 45.325/4, donné le 12 novembre 2008, sur un projet d'arrêté du Gouvernement wallon relatif à l'autorisation de prise en charge des personnes handicapées par des personnes physiques ou morales qui ne sont pas agréées par une autorité publique.

III. Examen de l'avant-projet de décret

A. Au regard du droit européen

(partant de l'hypothèse que l'avant-projet concerne, au moins pour partie, des établissements ou complexes pour personnes âgées qui relèvent du champ d'application de la directive 2006/123/CE et qu'il convient, à cet égard, de tenir compte, dès à présent, des obligations qui pèsent sur le législateur décentralisé quant aux modalités de transposition de cette directive - voir à cet égard le point II.2. ci-avant)

(1) Au regard du principe même des régimes d'"autorisation" ("titre de fonctionnement" et "accord de principe")

1. Compte tenu de la définition qui en est donnée et des explications complémentaires développées au considérant (39) de la directive, il n'est pas douteux que tant le "titre de fonctionnement" requis pour pouvoir exploiter un établissement pour personnes âgées ou un complexe résidentiel pour personnes âgées, que l'"accord de principe" préalable à toute ouverture ou réouverture d'un établissement pour personnes âgées, doivent être considérées comme une "autorisation" au sens de l'article 4, 6), de la directive 2006/123/CE.

2.1. À cet égard, la directive 2006/123/CE consacre ses articles 9 à 13 aux régimes d'autorisation applicables aux prestataires oeuvrant dans le cadre de la liberté d'établissement, la notion de "régime d'autorisation" étant entendue dans un sens large⁽⁴⁰⁾.

Selon l'article 9, paragraphe 1, de la directive 2006/123/CE,

"1. Les États membres ne peuvent subordonner l'accès à une activité de service et son exercice à un régime d'autorisation que si les conditions suivantes sont réunies:

- a) le régime d'autorisation n'est pas discriminatoire à l'égard du prestataire visé;
- b) la nécessité d'un régime d'autorisation est justifiée par une raison impérieuse d'intérêt général;
- c) l'objectif poursuivi ne peut pas être réalisé par une mesure moins contraignante, notamment parce qu'un contrôle a posteriori interviendrait trop tardivement pour avoir une efficacité réelle."

⁽⁴⁰⁾ Il ne semble effectivement pas qu'il y a lieu de prendre en considération les dispositions de la directive 2006/123/CE (articles 16 à 21) qui sont relatives aux conditions dans lesquelles les États membres d'accueil sont tenus de respecter le droit des prestataires qui fournissent des services dans ces États dans le cadre de la libre circulation des services (la "prestation de services transfrontaliers"), car la nature de l'activité soumise à autorisation préalable par l'avant-projet examiné rend difficilement concevable son exercice en région de langue française dans le cadre de la libre circulation des services. Quant à la manière de déterminer qu'un opérateur qui se déplace dans un autre État membre pour y exercer une activité de service preste celle-ci dans le cadre de la liberté d'établissement ou de la libre circulation des services, il y a lieu d'avoir égard à l'article 4, 5), de la directive 2006/123/CE et au considérant (77) de cette directive (Voir également le Manuel - Directive "services", p. 51 - n/ 7.1.1.) Il s'ensuit que les activités concernées par l'avant-projet de décret ne peuvent manifestement pas être considérées comme n'ayant qu'un caractère temporaire.

Il est par ailleurs rappelé dans le Manuel - Directive "services", d'une part, que les dispositions du chapitre III (articles 9 à 15) de la directive, relatives aux cas d'établissement, "couvrent à la fois le cas où un prestataire veut s'établir dans un autre État membre et celui où un prestataire veut s'établir dans son propre État membre" (p. 33) et, d'autre part, que les articles 9 à 13 de la directive s'appliquent à tous les régimes d'autorisation relatifs à l'accès à une activité de service ou à son exercice, à l'exception toutefois des régimes d'autorisation qui sont régis, directement ou indirectement, par d'autres instruments communautaires.

Compte tenu de ces exigences, il est vivement recommandé que soient indiquées dans l'exposé des motifs du décret en projet les raisons qui permettent de considérer que le régime mis en place (exigence d'un "titre de fonctionnement" et, le cas échéant, d'un "accord de principe") est justifié par une raison impérieuse d'intérêt général ⁽⁴¹⁾ et est proportionné ⁽⁴²⁾.

2.2. À cet égard:

- il conviendra de pouvoir mettre clairement en évidence la ou les raisons impérieuses d'intérêt général qui permettent de justifier, au regard du type d'établissement concerné et du type d'activité considérée, tant l'exigence de l'"accord de principe", lorsque celui-ci est requis, que celle du "titre de fonctionnement";
- une attention particulière devra être réservée à la capacité de pouvoir démontrer, qu'en fonction du type d'établissement concerné, l'imposition d'une autorisation préalable, dont l'avant-projet de décret détermine le régime juridique, respecte bien l'exigence prévue par l'article 9, paragraphe 1, c), de la directive 2006/123/CE. En

⁽⁴¹⁾ L'article 4, paragraphe 8, de la directive 2006/123/CE définit les "raisons impérieuses d'intérêt général" comme suit: "des raisons reconnues comme telles par la jurisprudence de la Cour de justice, qui incluent les justifications suivantes: l'ordre public, la sécurité publique, la santé publique, la préservation de l'équilibre financier du système de sécurité sociale, la protection des consommateurs, des destinataires de services et des travailleurs, la loyauté des transactions commerciales, la lutte contre la fraude, la protection de l'environnement et de l'environnement urbain, la santé des animaux, la propriété intellectuelle, la conservation du patrimoine national historique et artistique, des objectifs de politique sociale et des objectifs de politique culturelle". Il est également rappelé dans le Manuel - Directive "services" (p. 46) que la notion de raison impérieuse d'intérêt général "fait référence aux raisons légitimes de nature autre qu'économique poursuivies par un État membre et reconnues comme telles par la jurisprudence de la Cour de justice, qui incluent, notamment, l'ordre public, la santé publique, la sécurité publique, la protection de l'environnement, la protection des consommateurs et les objectifs de politique sociale". Il est par ailleurs rappelé, dans le considérant (40) de la directive 2006/123/CE que la notion de "raisons impérieuses d'intérêt général", dont il est question dans la directive, a été élaborée par la Cour de justice dans sa jurisprudence relative aux articles 43, 46, 49 et 55 du Traité CE et que cette jurisprudence est susceptible d'encore évoluer.

⁽⁴²⁾ Les principes de non-discrimination, de nécessité et de proportionnalité sont expressément rappelés aux considérants (54) et (56) de la directive 2006/123/CE.

effet, la jurisprudence actuelle de la Cour de justice est fixée en ce sens qu'un régime d'autorisation est disproportionné quand une simple déclaration préalable offrirait aux autorités nationales une garantie aussi efficace et moins restrictive que le contrôle préalable ⁽⁴³⁾. Le considérant (54) de la directive 2006/123/CE précise, dans le même sens, "qu'un régime d'autorisation n'est admissible que lorsqu'un contrôle *a posteriori* ne serait pas efficace compte tenu de l'impossibilité de constater *a posteriori* les défauts des services concernés et compte tenu des risques et dangers qui résulteraient de l'absence de contrôle *a priori*". L'article 9, paragraphe 1, c), de la directive consacre cette solution;

- il conviendra également d'établir que la ou les raisons impérieuses d'intérêt général ainsi invoquées sont de nature à justifier que l'accord de principe ou que le titre de fonctionnement octroyé ne valent pas pour l'ensemble du territoire concerné par l'avant-projet de décret, mais uniquement pour un établissement donné ⁽⁴⁴⁾.

Compte tenu de ce que l'un des objectifs de la directive 2006/123/CE est de supprimer autant que possible les régimes d'autorisation, de même que les formalités et les procédures qui, en raison de leur excessive lourdeur, font obstacle à la liberté d'établissement et à la création de nouvelles entreprises de services ⁽⁴⁵⁾, les divers éléments qui viennent d'être mis en évidence et qui, aux yeux de l'auteur de l'avant-projet de décret, seraient de nature à justifier le régime d'autorisation préalable, sous ses différents aspects, devront pouvoir être exposés de manière circonstanciée, le cas échéant pour chacun des

⁽⁴³⁾ C.J.C.E., arrêt du 13 mars 2003, Commission/Espagne, C-463/00, Rec., p. I-4581, point 69 (rappel des critères susceptibles de justifier un régime d'autorisation administrative préalable); C.J.C.E., arrêt du 19 janvier 2006, Commission/Allemagne, C-244/04, Rec., p. I-885, points 41, 45 et 62 (reconnaissance du caractère excessif d'une mesure obligatoire de contrôle préalable au détachement de travailleurs dans d'autres États membres, une simple déclaration préalable accompagnée, le cas échéant, de la notification de certains documents, pouvant suffire); C.J.C.E., arrêt du 21 septembre 2006, Commission/Autriche, C-168/04, Rec., p. I-9041, point 52 (l'obligation de signaler à l'État membre le détachement de travailleurs de l'entreprise sur son territoire est une mesure au moins aussi efficace et moins restrictive que la subordination de la délivrance d'une confirmation par l'État, préalable au détachement des travailleurs).

⁽⁴⁴⁾ Voir les considérants (47) et (59) de la directive 2006/123/CE.

⁽⁴⁵⁾ Voir les considérants (42) et (43) de la directive 2006/123/CE.

types d'établissement concernés ⁽⁴⁶⁾. Il conviendrait de même que l'auteur de l'avant-projet établisse que le nouveau régime envisagé en matière d'octroi de l'autorisation répond dès à présent aux exigences auxquelles un régime d'autorisation est subordonné sur la base de la directive 2006/123/CE ⁽⁴⁷⁾ ou, à tout le moins, n'ont pas pour effet de rendre plus difficile la transposition future de cette directive.

3. Pour ceux des établissements concernés dont il pourrait être démontré qu'ils n'entrent pas dans le champ d'application de la directive 2006/123/CE, tout en étant des services au sens de l'article 50 CE, il convient que, pour les raisons qui ont été précédemment exposées, des justifications analogues puissent être fournies au regard des articles 43 et 49 CE, ainsi que de l'article 6, § 1^{er}, VI, alinéa 3, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles et de la liberté du commerce et de l'industrie, qui s'impose à la Région wallonne en vertu de la disposition précitée de la loi spéciale du 8 août 1980.

(2) Au regard du nombre limité des "autorisations" et du principe de l'égalité des attributaires d'"autorisation(s)" ⁽⁴⁸⁾

1. En cas de maintien du nombre limité d'"accords de principe" susceptibles d'être octroyés, en fonction de la programmation préalablement arrêtée ⁽⁴⁹⁾ et, par voie de conséquence, du nombre de "titres de fonctionnement" susceptibles d'être ensuite délivrés ⁽⁵⁰⁾, une telle limitation devra également pouvoir être justifiée par une ou plusieurs raisons impérieuses d'intérêt général ⁽⁵¹⁾.

⁽⁴⁶⁾ Cette motivation devra, au demeurant, figurer dans le rapport visé à l'article 39 de la directive 2006/123/CE, conformément à l'article 9, paragraphe 2, de celle-ci.

⁽⁴⁷⁾ Voir ainsi notamment les articles 10 à 15 de cette directive.

⁽⁴⁸⁾ Principe consacré tant par les articles 10 et 11 de la Constitution, que par le droit européen primaire et par la directive 2006/123/CE.

⁽⁴⁹⁾ Articles 6 et 7 de l'avant-projet de décret.

⁽⁵⁰⁾ Articles 9 et suivants de l'avant-projet de décret.

⁽⁵¹⁾ Voir, à cet égard, l'article 11, paragraphe 1, b), de la directive 2006/123/CE.

En outre, pour ceux des établissements concernés dont il doit être considéré qu'ils entrent dans le champ d'application de la directive 2006/123/CE, il convient également de prendre en considération l'article 12 de cette directive, lequel dispose:

"Sélection entre plusieurs candidats

1. Lorsque le nombre d'autorisations disponibles pour une activité donnée est limité en raison de la rareté des ressources naturelles ou des capacités techniques utilisables, les États membres appliquent une procédure de sélection entre les candidats potentiels qui prévoit toutes les garanties d'impartialité et de transparence, notamment la publicité adéquate de l'ouverture de la procédure, de son déroulement et de sa clôture.

2. Dans les cas visés au paragraphe 1, l'autorisation est octroyée pour une durée limitée appropriée et ne doit pas faire l'objet d'une procédure de renouvellement automatique, ni prévoir tout autre avantage en faveur du prestataire dont l'autorisation vient juste d'expirer ou des personnes ayant des liens particuliers avec ledit prestataire.

3. Sous réserve du paragraphe 1 et des articles 9 et 10, les États membres peuvent tenir compte, lors de l'établissement des règles pour la procédure de sélection, de considérations liées à la santé publique, à des objectifs de politique sociale, à la santé et à la sécurité des salariés ou des personnes indépendantes, à la protection de l'environnement, à la préservation du patrimoine culturel et autres raisons impérieuses d'intérêt général, conformément au droit communautaire."

2.1. Compte tenu de ce qui précède, les articles 6, 7, 9 et suivants de l'avant-projet de décret présentement examiné appellent dès à présent les observations suivantes.

2.2. S'il devait être admis que la nécessité de limiter le nombre d'"accords de principe" et de "titres de fonctionnement" se justifie "en raison de la rareté des ressources naturelles ou des capacités techniques utilisables", au sens de l'article 12, paragraphe 1, de la directive 2006/123/CE, l'article 9, § 1^{er}, alinéa 2, de l'avant-projet de décret serait alors manifestement contraire à l'article 12, paragraphe 2, de la directive, en ce qu'il prévoit que le titre de fonctionnement définitif est accordé pour une période indéterminée, alors que cette disposition de la directive prévoit expressément que l'autorisation n'est octroyée que pour une durée limitée appropriée et qu'elle ne peut pas faire l'objet d'une procédure de renouvellement automatique ⁽⁵²⁾.

⁽⁵²⁾ Dans le Manuel Directive "services", il est bien fait état (p. 37) de ce que "dans le cas où le nombre d'autorisations disponibles est limité, une limitation des autorisations dans le temps peut souvent se révéler nécessaire pour garantir l'accès de tous les prestataires au marché sur un pied d'égalité", mais une telle obligation de limiter la durée d'une autorisation n'est cependant expressément prévue que dans les cas limitativement énumérés à l'article 12, paragraphe 1, de la directive.

Il y aurait également lieu de considérer que l'avant-projet de décret reste en défaut de mettre en place, en application de l'article 12, paragraphe 1, de la directive 2006/123/CE,

"une procédure de sélection entre les candidats potentiels qui prévoit toutes les garanties d'impartialité et de transparence, notamment la publicité adéquate de l'ouverture de la procédure, de son déroulement et de sa clôture".

L'avant-projet de décret devrait donc être revu afin de rencontrer ces diverses exigences.

2.3. À supposer que la limitation du nombre d'"autorisations" soit justifiée par des raisons autres que la rareté des ressources naturelles ou des capacités techniques, mais qui pourraient être admises car considérées comme des raisons impérieuses d'intérêt général, il n'en reste pas moins, comme le rappelle le considérant (62) de la directive 2006/123/CE, que ces autorisations doivent, en tout état de cause, rester soumises au respect des autres dispositions en matière de régime d'autorisation prévues par la directive.

Il s'indique, en conséquence, de veiller à ce que les critères d'octroi de ces autorisations soient, en application de l'article 10, paragraphe 2, et de l'article 15, paragraphe 3, de la directive, non discriminatoires, justifiés par une raison impérieuse d'intérêt général et proportionnels à cet objectif d'intérêt général.

Il convient, notamment, que le bien-fondé du système envisagé de la fixation de pourcentages par secteurs concernés soit réexaminé et, qu'en cas de maintien, ce système puisse être dûment justifié au regard des observations qui précèdent, l'exposé des motifs pouvant être utilement complété en ce sens ⁽⁵³⁾.

⁽⁵³⁾ Pour les raisons déjà mentionnées (voir, supra, II.5.2.), la simple circonstance que de tels pourcentages sont déjà inscrits dans l'article 27 du décret du 6 février 2003 et qu'ils n'ont pas été censurés par la Cour constitutionnelle dans son arrêt n° 188/2005, précité, n'est pas de nature à dispenser l'auteur de l'avant-projet de décret de satisfaire à cette exigence de justification. Au demeurant, les États membres devront indiquer, dans le rapport visé à l'article 39 de la directive 2006/123/CE, conformément à l'article 15, paragraphe 5, a), de celle-ci, les exigences qu'ils envisagent de maintenir au sens du paragraphe 2 de cet article, ainsi que, les raisons pour lesquelles ils estiment que ces exigences sont conformes aux conditions visées au paragraphe 3 du même article.

3. L'article 2, 3/, c), alinéa 4, de l'avant-projet de décret soustrait au champ d'application du décret en projet certains établissements réunissant les caractéristiques d'une résidence-services qui se fondent respectivement sur l'arrêté du Régent du 2 juillet 1949 et sur le décret de la Communauté française du 30 juin 1982. De même, l'article 2, 4/, alinéa 2, de l'avant-projet soustrait au champ d'application du décret en projet les habitations pour vieux ménages et les centres de service communs.

Il convient également de pouvoir justifier la différence de traitement ainsi pratiquée au regard du principe d'égalité ⁽⁵⁴⁾.

(3) Au regard des conditions d'octroi des "autorisations"

1. Toujours au cas où le législateur décréterait pour le maintien d'un régime d'autorisation, il doit prendre en considération l'article 10 de la directive 2006/123/CE, qui dispose:

"Conditions d'octroi de l'autorisation

1. Les régimes d'autorisation doivent reposer sur des critères qui encadrent l'exercice du pouvoir d'appréciation des autorités compétentes afin que celui-ci ne soit pas utilisé de manière arbitraire.

2. Les critères visés au paragraphe 1 sont:

- a) non discriminatoires;
 - b) justifiés par une raison impérieuse d'intérêt général;
 - c) proportionnels à cet objectif d'intérêt général;
 - d) clairs et non ambigus;
 - e) objectifs;
 - f) rendus publics à l'avance;
 - g) transparents et accessibles
- (...)"

⁽⁵⁴⁾ Voir, déjà dans ce sens, l'avis 33.206/4, donné le 3 juillet 2002 sur un avant-projet devenu le décret 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 (*Doc. parl.*, Parl. wall., 2002-2003, n° 413/1).

L'auteur de l'avant-projet de décret doit donc réexaminer l'ensemble du texte en projet afin de vérifier que chaque condition qui est imposée est notamment, d'une part, justifiée par une raison impérieuse d'intérêt général et, d'autre part, proportionnelle à cet objectif.

2. L'attention de l'auteur de l'avant-projet de décret est également attirée sur ce que, à partir du 28 décembre 2006, les États membres ne peuvent plus, dans une nouvelle réglementation qu'ils adoptent, subordonner l'accès à une activité de service ou son exercice au respect des exigences énumérées à l'article 15, paragraphe 3, de la directive 2006/123/CE ⁽⁵⁵⁾, que si ces exigences sont conformes aux conditions fixées par le paragraphe 3 du même article, à savoir qu'elles sont non-discriminatoires, justifiées par une raison impérieuse d'intérêt général et proportionnées ⁽⁵⁶⁾.

(4) Au regard des autres exigences liées à la transposition de la directive 2006/123/CE

De manière plus générale et dès lors qu'il devrait être considéré que la directive 2006/123/CE trouve bien à s'appliquer à, au moins, certains des divers établissements visés par l'avant-projet de décret, il conviendrait que son auteur, compte tenu du délai ultime de transposition de la directive, du moment auquel le présent avis est donné, ainsi que du laps de temps nécessaire à l'adoption du projet de décret, à l'élaboration de ses arrêtés d'exécution et à la détermination de sa date d'entrée en vigueur, examine si les dispositions en projet ne devraient pas d'ores et déjà être revues, complétées ou modifiées, afin d'arrêter, dès à présent, dans le décret, ou d'y habiliter le Gouvernement, dans le respect des principes applicables en matière de délégation du pouvoir réglementaire, les mesures de transposition nécessaires afin de rendre applicables aux établissements concernés les dispositions de la directive autres que celles qui viennent d'être expressément examinées. La section de législation pense, notamment, aux

⁽⁵⁵⁾ Dont, notamment, la limitation du nombre d'opérateurs économiques autorisés à s'établir.

⁽⁵⁶⁾ Sur l'obligation de justifier également ces exigences dans le rapport d'évaluation prévu à l'article 39, paragraphe 1, de la directive, ainsi que sur l'obligation de notifier à la Commission toute nouvelle disposition législative, réglementaire ou administrative adoptée depuis le 28 décembre 2006 et qui prévoirait de telles exigences, ainsi que les raisons qui se rapportent à ces exigences, voir l'article 15, paragraphes 6 et 7, de la directive 2006/123/CE.

dispositions de la directive en matière de simplification des procédures administratives (article 5), de mise en place de guichets uniques (article 6), d'accès à l'information dans le chef des prestataires et des destinataires (article 7), de recours aux procédures électroniques (article 8), de prise en compte d'"autorisations" délivrées par des autorités compétentes d'autres États membres dans des conditions d'octroi "équivalentes" (article 10, paragraphe 3), d'obligation d'information à prévoir dans le chef des prestataires de services (article 22), de règlement des litiges (article 27), etc.

Il ne pourrait en aller autrement que s'il pouvait être considéré soit que ces diverses exigences sont déjà ou seront prochainement transposées par la Région wallonne, agissant dans le cadre des matières transférées, par une législation de type "horizontal", soit que les exigences à transposer relèvent de la compétence de l'État fédéral⁽⁵⁷⁾, soit que cela devrait faire l'objet d'un accord de coopération au sens de l'article 92*bis* de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles.

Si l'auteur de l'avant-projet de décret devait choisir de s'inscrire dans la première des options envisagées, l'exposé des motifs devrait être complété afin d'indiquer de quelle manière la directive 2006/123/CE a été transposée et il conviendrait, en application de l'article 44, paragraphe 1, alinéa 3, de la directive 2006/123/CE, de compléter le projet de décret par une disposition précisant qu'il transpose ladite directive dans la matière de l'hébergement et de l'accueil des personnes âgées⁽⁵⁸⁾.

⁽⁵⁷⁾ Il en est ainsi des dispositions concernant la protection des consommateurs ou celles relevant du droit des pratiques du commerce (article 6, § 1^{er}, VI, alinéa 2, 2/, et alinéa 4, 4/, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles).

⁽⁵⁸⁾ Il est également rappelé qu'en application du considérant (118) de la directive 2006/123/CE, les États membres sont aussi encouragés à établir et à rendre publics leurs propres tableaux qui illustrent, dans la mesure du possible, la concordance entre la directive et les mesures de transposition de celle-ci en droit interne.

B. Au regard de la répartition des compétences entre le législateur fédéral et le législateur décentral.

(1) Sous l'angle des dispositions de l'avant-projet de décret relatives à la programmation des établissements pour personnes âgées

1. L'article 2, 3/, b), de l'avant-projet de décret, d'une part, définit les "maisons de repos et de soins", comme les maisons de repos qui s'inscrivent dans le cadre de l'article 5 de la loi du 27 juin 1978 modifiant la législation sur les hôpitaux et relative à certaines autres formes de dispensation de soins ⁽⁵⁹⁾ et, d'autre part, habilite le Gouvernement à arrêter des règles spécifiques en ce qui concerne l'âge des personnes dans des lits de maisons de repos et de soins affectés à des pathologies particulières. Concernant la programmation des établissements pour personnes âgées, l'article 6, § 2, 1/, de l'avant-projet habilite le Gouvernement à arrêter la capacité maximale de lits de maisons de repos pour l'ensemble de la Région wallonne ⁽⁶⁰⁾, en ce compris les lits de maison de repos (au sens de l'article 2, 3/, a), de l'avant-projet) reconvertis en lits de maison de repos et de soins (au sens de l'article 2, 3/, b), de l'avant-projet), ainsi que les capacités maximale et minimale d'accueil par établissement, tandis que le 2/ de la même disposition de l'avant-projet autorise également le Gouvernement à établir les règles permettant la requalification de lits de maison de repos en lits de maison de repos et de soins. Dans la partie générale de l'exposé des motifs, il est à cet égard fait état de ce que la détermination du nombre de lits, de places d'accueil ou de logements peut, notamment, varier en fonction des décisions politiques menées au niveau fédéral en matière de financement des soins de santé.

⁽⁵⁹⁾ Actuellement, l'article 170, paragraphe 1^{er}, alinéa 1^{er}, de la loi relative aux hôpitaux et à d'autres établissements de soins, coordonnée le 10 juillet 2008, qui dispose:

"Dans le cadre d'une planification établie par le ministre qui a la Santé publique dans ses attributions, et selon des normes déterminées par arrêté royal, une agrégation spéciale peut être accordée aux services intégrés de soins à domicile, aux services de soins infirmiers à domicile et aux maisons de repos agréées pour personnes âgées, pour la dispensation d'un ensemble de soins permettant de raccourcir le séjour en hôpital ou de l'éviter. Une intervention peut être accordée par ou en vertu de la loi relative à l'assurance obligatoire soins de santé et indemnités, coordonnées le 14 juillet 1994".

⁽⁶⁰⁾ Sans doute s'agit-il de viser "la région de langue française".

La question se pose dès lors de savoir dans quelle mesure ces dispositions de l'avant-projet peuvent être considérées comme compatibles avec l'article 5, § 1^{er}, I, 1/, d), de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980 qui, bien que la matière de la dispensation de soins dans et au dehors des institutions de soins soit attribuée aux communautés, réserve au législateur fédéral la fixation des règles de base relatives à la programmation en matière de santé et, donc, la fixation des règles de base en matière de financement des soins en maison de repos et de soins pour personnes âgées.

2. À cet égard, des protocoles, conclus "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", tendent bien, pour l'essentiel, à harmoniser la programmation et l'agrément des maisons de repos, ainsi que des maisons de repos et de soins entre les différentes autorités compétentes. Ces divers protocoles et leurs avenants reposent sur le postulat qu'il est fondamental de maîtriser l'évolution de l'offre de soins, qu'ils soient privés ou publics, et d'assurer, à long terme, dans le cadre du budget fédéral, un financement équilibré de la sécurité sociale, tout en garantissant aux personnes âgées nécessitant des soins des services de qualité, que ce soit au sein des maisons de repos et des maisons de repos et de soins, ou d'autres établissements ayant également pour tâche de prendre partiellement en charge des personnes nécessitant des soins, tels les centres de soins de jour, les dispositifs de "court-séjour" et les autres formules alternatives d'accueil de soins ou en support aux soins à domicile par le biais des services de soins à domicile, comme les structures résidentielles adaptées aux besoins des personnes âgées ayant des problèmes psychiatriques stabilisés. À cet égard, la concertation approfondie entre l'État fédéral et les communautés et régions vise à mettre en place une politique de santé concertée afin de faire face aux besoins des personnes âgées nécessitant des soins, tout en maîtrisant, notamment par la mise en place d'une programmation concertée des structures d'accueil de soins, dans lesquelles les soins dispensés sont financés par l'assurance soins de santé, l'évolution des dépenses dans le cadre du budget de l'assurance maladie, fixé par le Gouvernement fédéral pour le secteur des maisons de repos. L'accent est également mis dans ces divers protocoles et leurs avenants sur l'importance d'une meilleure intégration des soins et des soins continus, particulièrement lors du passage d'une forme de soins à l'autre (soins à domicile; hôpital; soins résidentiels provisoires ou définitifs; hôpital de jour gériatrique; etc.).

.../...

Cependant, comme l'a observé la section de législation à diverses reprises ⁽⁶¹⁾, ces protocoles, de même que leurs avenants, sont des accords de coopération au sens de l'article 92bis de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, si bien qu'ils n'entreront en vigueur que lorsque l'ensemble des parties concernées y auront donné assentiment. Or, à ce jour, seule la Région wallonne, pour des raisons vraisemblablement liées au développement d'un contentieux la concernant dans cette matière devant la section du contentieux administratif du Conseil d'État ⁽⁶²⁾, a donné assentiment à ces protocoles par des décrets du 12 juillet 2007, précités. Ceux-ci sont donc, pour l'heure, dépourvus de portée juridique et le législateur wallon ne pourrait donc,

⁽⁶¹⁾ Voir les avis 42.375/AG, 42.376/AG et 42.377/AG, de l'assemblée générale de la section de législation du Conseil d'État, donné le 20 mars 2007, sur des avant-projets devenus le décret du 12 juillet 2007 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) (*Doc. parl.*, Parl. wall., 2006-2007, n° 607/1, pp. 39-46), le décret du 12 juillet 2007 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) (*Doc. parl.*, Parl. wall., 2006-2007, n° 608/1, p. 52) et le décret du 12 juillet 2007 portant approbation du protocole n° 3 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 (42.377/AG), (*Doc. parl.*, Parl. wall., 2006-2007, n° 609/1, p. 32). La section de législation s'est encore récemment référée à cet avis dans l'avis 45.554/1 du 16 décembre 2008 sur un projet d'arrêté royal fixant les conditions dans lesquelles le Comité de l'Assurance peut conclure des conventions en application de l'article 56, § 2, alinéa 1^{er}, 3/, de la loi relative à l'assurance obligatoire soins de santé et indemnités, coordonnée le 14 juillet 1994, pour le financement de formes alternatives de soins et de soutien aux soins en matière de soins aux personnes âgées. Dans 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, précité (avis cité dans l'avis 42.375-377/AG, précité), la section de législation a expressément observé:

- que, si la Région wallonne est compétente, au titre des attributions qui sont les siennes en matière de politique de santé 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;
- et que la fixation d'une programmation qui porte tant sur le nombre de "lits M.R.S." que sur celui des lits de maisons de repos requiert la conclusion d'un accord de coopération.

⁽⁶²⁾ Voir, notamment, les arrêts n°s 117.483 du 25 mars 2003, S.A. Résidence harmonie, 123.067 du 19 septembre 2003, S.P.R.L.U. Résidence Biernaux, et 152.449 du 9 décembre 2005, S.P.R.L. Seniorie de Carlsbourg.

sans excéder ses compétences, mettre en oeuvre de manière unilatérale ces accords de coopération puisque, par définition et comme le rappellent leurs préambules, ceux-ci mettent en commun les compétences propres de l'autorité fédérale dans le domaine des soins de santé et des autorités communautaires dans le domaine de l'aide aux personnes.

3. Toutefois, en réponse à une question préjudicielle posée par la section du contentieux administratif du Conseil d'État au sujet de l'article 27 du décret du 6 février 2003 ⁽⁶³⁾, la Cour constitutionnelle a, dans son arrêt n/ 188/2005 du 14 décembre 2005, déjà cité, considéré que:

"B.4.3. Selon le protocole n/ 2 conclu le 1^{er} janvier 2003 [...], 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 décentral a excédé ses compétences."

4. Par la suite, l'assemblée générale de la section de législation, saisie par le Gouvernement wallon de divers avant-projets de décrets portant assentiment à divers protocoles dont il est question ci-avant, après avoir rappelé ⁽⁶⁴⁾ que, si de tels protocoles constituent bien des accords de coopération au sens de l'article 92bis de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles et ne peuvent dès lors avoir d'effet tant qu'ils

⁽⁶³⁾ Voir l'arrêt n/ 137.678 du 26 novembre 2004 et le texte de cet article 27 repris à la note suprapaginale (35).

⁽⁶⁴⁾ Voir l'avis 42.375-42.376-42.377/AG, précité (point II, *in fine*).

n'ont pas reçu l'assentiment de tous les législateurs concernés, n'en a pas moins considéré qu'il est par contre possible à la Région wallonne, lorsqu'elle entend fixer la programmation des maisons de repos, de prendre en compte la législation fédérale adoptée sur la base des protocoles et ce, indépendamment de l'assentiment qui serait donné à ceux-ci.

5. Compte tenu des observations qui précèdent, il y a lieu de considérer que les dispositions de l'avant-projet de décret relatives à la programmation des établissements pour personnes âgées relèvent bien de la compétence de la Région wallonne, pour autant que la Région wallonne respecte, dans le cadre de sa propre programmation des établissements pour personnes âgées, les normes de programmation générale valablement ⁽⁶⁵⁾ adoptées par l'autorité fédérale en vue de fixer les critères de programmation et les conditions qui régissent la mise en service et l'exploitation d'institutions de soins ⁽⁶⁶⁾.

Une telle précision pourrait utilement figurer dans le texte même du dispositif ⁽⁶⁷⁾ ou, à tout le moins, être mieux explicitée dans l'exposé des motifs.

⁽⁶⁵⁾ Ainsi, dans divers arrêts récents, la section du contentieux administratif, après avoir rappelé l'absence d'effet juridique des divers protocoles et avenants conclus en la matière, a également considéré que la Région wallonne ne pouvait non plus fonder ses décisions sur des normes fédérales arrêtées unilatéralement en la matière, dès lors que ces normes n'avaient pas été valablement adoptées, du fait de l'absence de consultation, non valablement motivée, de la section de législation du Conseil d'État (arrêts n^{os} 174.635 du 19 septembre 2007, Société coopérative à responsabilité limitée Seniorerie La Pairelle, 179.544 du 13 février 2008, S.P.R.L. Résidence Le Charlemagne, et 179.797 du 18 février 2008, S.P.R.L. Résidence des Ardennes).

⁽⁶⁶⁾ Comme l'a encore observé récemment la section de législation concernant la Commission communautaire commune, cette compétence de l'autorité fédérale ne fait pas obstacle à ce que les régions et les communautés puissent compléter et appliquer les normes de base fédérales, sans pour autant leur porter atteinte (avis 44.233/3, donné le 25 mars 2008, sur un projet d'arrêté du Collège réuni "fixant les procédures de programmation et d'agrément spécial des maisons de repos et de soins, des centres de soins de jour, des initiatives d'habitation protégée et des maisons de soins psychiatriques"). Voir également, pour une observation analogue, l'avis 45.217/3, donné le 4 novembre 2008, sur un avant-projet de "woonzorgdecreet" (point 6.1.) (*Doc. parl.*, Vl. Parl., 2008-2009, n/ 1975/1, pp. 115-158).

⁽⁶⁷⁾ Comparer avec l'article 4, § 1^{er}, alinéa 3, du décret du 5 juin 1997.

(2) Sous l'angle des dispositions de l'avant-projet relatives à l'information et à la publicité en faveur des établissements ou des complexes résidentiels pour personnes âgées

1. L'article 3, § 2, de l'avant-projet de décret règle la publicité que peuvent pratiquer les établissements ou complexes résidentiels pour personnes âgées et ce, en procédant à une énumération limitative des éléments pouvant faire l'objet d'une telle publicité. Le commentaire de l'article précise à cet égard que la publicité est ainsi limitée à certains éléments d'information de nature objective, ce qui empêchera toute pratique de nature uniquement commerciale.

L'attention de l'auteur de l'avant-projet est cependant attirée sur le fait qu'est ainsi pratiquement interdite toute forme de publicité commerciale, alors même qu'un nombre important d'établissements ou de complexes résidentiels pour personnes âgées sont des agents du secteur privé commercial et peuvent, en conséquence, recourir à la publicité commerciale conformément aux dispositions arrêtées en la matière par la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur ⁽⁶⁸⁾. Or, en vertu de l'article 6, § 1^{er}, VI, alinéa 5, 4/, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, l'autorité fédérale est, comme il a déjà été observé par la section de législation au sujet de l'avant-projet devenu le décret du 5 juin 1997 ⁽⁶⁹⁾, compétente pour le droit des pratiques du commerce.

⁽⁶⁸⁾ Il convient de noter que sont également susceptibles de tomber dans le champ d'application de la loi, notamment, les organismes publics qui exercent une activité à caractère commercial (article 1^{er}, 6., b), de la loi), de même que les personnes qui exercent avec ou sans but de lucre une activité à caractère commercial, financier ou industriel (article 1^{er}, 6., c), de la loi).

⁽⁶⁹⁾ Voir l'avis 25.119/9, donné le 16 septembre 1996, sur l'avant-projet de décret devenu 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 (observation sous l'article 3) (*Doc. parl.*, Parl. wall., 1996-1997, n/ 231/1) .

En l'espèce, et, en tout état de cause, dans la mesure où la disposition en projet a vocation à s'appliquer à des acteurs du secteur privé commercial, il ne peut être considéré qu'en adoptant cette disposition, le législateur décréteil agirait dans les limites de sa compétence, telles que rappelées ci-avant, du fait même que tant le caractère limitatif des éléments de publicité autorisés que le peu d'éléments visés dans cette liste exhaustive, aboutit à rendre pratiquement inopérantes au secteur considéré les dispositions de la loi du 14 juillet 1991, précitée, alors même que ces dispositions, qui opèrent, notamment la transposition de directives européennes en la matière ⁽⁷⁰⁾, consacrent le principe fondamental selon lequel la publicité commerciale est, en règle, autorisée, moyennant le respect des garanties prévues par la loi et sauf les pratiques interdites par celle-ci.

La disposition envisagée n'est donc admissible que s'il peut-être démontré dans l'exposé des motifs qu'elle satisfait aux conditions d'application de l'article 10 de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles. En l'état actuel du dossier, l'assemblée générale de la section de législation n'aperçoit cependant pas, ce qui, en l'espèce, pourrait justifier le recours à cette disposition.

2. L'attention de l'auteur de l'avant-projet est toutefois attirée sur ce que cette observation n'aurait pas lieu d'être si, plutôt que de recourir à une liste exhaustive des éléments de publicité autorisés, il était opté, comme c'est le cas dans la législation actuelle ⁽⁷¹⁾, pour une liste obligatoire mais non limitative, des éléments à mentionner dans toute forme de publicité visant à informer les "consommateurs" potentiels.

⁽⁷⁰⁾ Voir, notamment, l'article 1^{er} de la loi du 5 juin 2007 modifiant la loi du 14 juillet 1991, précitée.

⁽⁷¹⁾ Voir l'article 3 du décret du 5 juin 1997 et l'article 3 de l'arrêté du gouvernement wallon du 3 décembre 1998 portant exécution de ce décret.

Cette façon de procéder permettrait également d'éviter toute contestation quant à une éventuelle incompatibilité de la disposition en projet avec, d'une part, les exigences du droit communautaire au regard, notamment, de la libre prestation des services ⁽⁷²⁾, et, d'autre part, avec la liberté d'expression consacrée par l'article 10 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, en ce qu'elle porte sur la liberté d'information ⁽⁷³⁾.

(3) Sous l'angle des dispositions de l'avant-projet de décret relatives à la fixation du prix de l'hébergement ou de l'accueil dans les établissements ou les complexes résidentiels pour personnes âgées

1. Diverses dispositions de l'avant-projet de décret ⁽⁷⁴⁾ habilient le Gouvernement à arrêter les normes visant notamment les services couverts par le prix d'hébergement et les modalités d'adaptation du prix d'hébergement. Des modalités sont par ailleurs fixées concernant le paiement d'un acompte éventuel du prix d'hébergement ou d'accueil, d'éventuelles augmentations de ce prix ou en cas de paiement tardif du prix ⁽⁷⁵⁾.

⁽⁷²⁾ Sur ce que les mesures prises par les États membres en vue de lutter contre les excès de la publicité commerciale sont considérées comme des restrictions imposées à la libre prestation des services, voir, notamment: C.J.C.E., arrêts du 25 juillet 1991, *Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda e.a.*, aff. C-288/89, Rec. p. I-4007, point 27, et du 28 octobre 1999, *Arbeitsgemeinschaft Deutscher Rundfunkanstalten (ARD)*, aff. C-6/98, Rec. p. I-7599, point 50.

⁽⁷³⁾ Sur ce que la protection découlant de l'article 10 de la Convention s'étend également à la publicité commerciale, voir, notamment G. COHEN-JONATHAN, "Article 10", in *la Convention européenne des droits de l'homme - Commentaire article par article* (Sous la direction de L.-E. PETTITI, E. DECAUX et P.-H. IMBERT), 2^{ème} Ed., Paris, Economica, 1999, pp. 365 et stes, spéc. pp. 368 à 372 [et les arrêts cités]]. Voir également: Cour eur. D.H., arrêt du 28 juin 2001, *VGT Verein Gegen Tierfabrieken c. Suisse*, Rec., 2001-VI, p. 277, points 66 à 70.

⁽⁷⁴⁾ Voir, notamment, les articles 10, § 1^{er}, 1/ et 2/, 11, § 2, 1/ et 2/, 12, § 1^{er}, 2/ (par renvoi), et 14, 1/.

⁽⁷⁵⁾ Voir les articles 26, 27 et 28 de l'avant-projet de décret.

2. Comme l'a encore rappelé récemment à ce sujet la section de législation du Conseil d'État ⁽⁷⁶⁾, il résulte de divers arrêts de la Cour constitutionnelle ⁽⁷⁷⁾ que la compétence réservée à l'autorité fédérale en matière de politique des prix et des revenus doit être interprétée de manière plutôt restrictive et que cette réserve de compétence ne peut aller jusqu'à enlever aux communautés et aux régions la compétence de fixer les tarifs des services qui relèvent des matières qui leur sont attribuées. Les communautés et les régions peuvent, donc, fixer des tarifs dans les matières pour lesquelles elles sont compétentes, étant entendu qu'elles doivent cependant tenir compte de ce qui a été arrêté par le législateur fédéral en matière de politique générale des prix, en application, notamment, de la loi du 22 janvier 1945 sur la réglementation économique et les prix.

3. Il y a donc lieu de conclure que les dispositions de l'avant-projet de décret qui viennent d'être mentionnées ne posent pas de problème de compétence sur ce point.

C. Observations diverses

(1) Garanties à prévoir en matière de "visite des établissements"

1. L'article 30, § 1^{er}, de l'avant-projet de décret permet au bourgmestre ou à son délégué, "à tout moment de visiter un établissement ou complexe résidentiel pour personnes âgées dans le but de contrôler les conditions d'hébergement et de bien-être des personnes qui y sont hébergées ou accueillies".

Aucune autorisation préalable d'un juge n'est prévue lorsque les lieux visités, comme la chambre d'un résident, constituent un domicile au sens de l'article 15 de la Constitution.

⁽⁷⁶⁾ Voir l'avis 45.217/3, précité (point 6.3.) (note suprapaginale (66)).

⁽⁷⁷⁾ Arrêts n° 56/96 du 15 octobre 1996 (B.21), 81/97 du 17 décembre 1997 (B.13.4), 26/99 du 3 mars 1999 (B.5), et 25/2004 du 11 février 2004 (B.4 et B.5).

Il convient par ailleurs d'observer à cet égard que la protection de la vie privée garantie, notamment, par l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et par l'article 22 de la Constitution, peut s'étendre à des lieux non constitutifs d'un domicile au sens précité ⁽⁷⁸⁾.

Or, l'intervention d'un juge est, au regard de ces dispositions, une garantie importante lorsqu'il s'agit de permettre qu'il soit pénétré dans les lieux en question à l'insu ou sans le consentement du propriétaire ou de son ayant droit. Dispenser d'une telle intervention n'est admissible que si cette dispense peut être justifiée par des raisons propres aux infractions concernées et est limitée à ce qui est strictement nécessaire pour réaliser l'objectif légitime poursuivi et si l'absence de la garantie d'une intervention judiciaire préalable est compensée par d'autres garanties suffisantes pour éviter les abus ⁽⁷⁹⁾.

En l'espèce, il n'apparaît pas que les conditions qui viennent d'être énoncées soient remplies.

Il convient en conséquence de compléter en ce sens l'article 30, § 1^{er}, de l'avant-projet.

2. Une observation analogue peut être formulée au regard de l'article 30, § 2, alinéa 5, en projet, dans la mesure où il ne prévoit l'autorisation du juge du tribunal de police ou de son suppléant qu'en cas de visite dans les locaux constitutifs d'un domicile (au sens de l'article 15 de la Constitution).

⁽⁷⁸⁾ Pour ce qui concerne la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en la matière, voir: Cour eur. D.H., arrêt du 12 avril 2002, *Société Colas Est e.a.*, paragraphes 40 à 42. Voir également les avis 35.826/2/V de la section de législation du Conseil d'État, donné le 1^{er} septembre 2003, sur un avant-projet devenu le décret du 1^{er} avril 2004 relatif aux attractions touristiques (*Doc parl.*, Parl. wall., 2003/2004, n/ 642/1, p. 31-38) et 41.594/1-2-3-4, donné les 6 et 7 novembre 2006 (troisième chambre), 7 novembre 2006 (première et quatrième chambre) et 7 et 8 novembre 2006 (deuxième chambre), sur un avant-projet devenu la loi du 27 décembre 2006 portant des dispositions diverses (*Doc. parl.*, Chambre, 2006/2007, n/ 2760/2).

⁽⁷⁹⁾ Voir l'arrêt de la Cour constitutionnelle n/ 105/2007 du 19 juillet 2007.

(2) Prise en compte du principe de légalité

L'article 24, alinéa 3, de l'avant-projet de décret, charge le Gouvernement de définir la liste minimale des informations qui doit contenir le dossier individuel de chaque résident.

L'établissement de ce dossier constitue une ingérence dans la vie privée. Conformément à l'article 22, alinéa 1^{er}, de la Constitution, tel qu'interprété par la Cour constitutionnelle ⁽⁸⁰⁾, le décret doit fixer lui-même les cas et les conditions de cette ingérence et ce, dans le respect de la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel. Il convient également, de tenir compte, le cas échéant, de ce que les prescriptions relatives à la constitution d'un dossier médical pour chaque patient relèvent de la compétence résiduaire du législateur fédéral concernant l'exercice de l'art de guérir et des professions paramédicales ⁽⁸¹⁾.

(3) Le respect des convictions idéologiques, philosophiques et religieuses

L'avant-projet de décret impose aux différents établissements pour personnes âgées l'obligation d'adopter un règlement d'ordre intérieur qui doit, notamment, respecter les convictions idéologiques, philosophiques et religieuses des résidents ⁽⁸²⁾.

Confrontée à une disposition similaire, la section de législation a fait récemment l'observation suivante:

(Traduction libre)

"9. L'«aide résidentielle» (woonzorg) organisée est soumise, entre autres, aux principes de fonctionnement suivants, qui, en vertu de l'article 48, alinéa 2, de l'avant-projet, font également office de conditions d'agrément pour les différentes

⁽⁸⁰⁾ Voir, notamment, l'arrêt n/ 50/2003 du 30 avril 2003 (B.8.10). Voir, dans le même sens, l'avis 45.217/3, précité (point 6.4) (note suprapaginale (66)).

⁽⁸¹⁾ Voir, pour une observation analogue, l'avis 45.217/3, précité (point 6.2.3) (note suprapaginale (66)).

⁽⁸²⁾ Articles 10, § 1^{er}, 9/, a), 11, § 1^{er}, 8/, a), 12, § 1^{er}, 2/), de l'avant-projet.

structures d'aide résidentielle: la garantie d'un accès à l'aide résidentielle sans aucune forme de discrimination basée sur les convictions ou l'appartenance idéologiques, religieuses et philosophiques des utilisateurs et des aidants de proximité (article 4, 1/) et le respect, sans aucune forme de discrimination, des convictions idéologiques, religieuses et philosophiques des utilisateurs et des aidants de proximité (article 4, 5/). Ces dispositions s'apparentent à une garantie du droit individuel à des convictions idéologiques, religieuses et philosophiques prévalant sur le droit de même nature dont bénéficient les initiateurs de la structure. Dans le chef de ces dernières personnes, il peut s'agir d'une restriction de la liberté de religion et d'orientation philosophique, garantie par les articles 19 de la Constitution, 9 de la CEDH et 18 du PIDCP, ainsi que du droit d'association, garanti par les articles 27 de la Constitution, 11 de la CEDH et 22 du PIDCP.

Dans son avis du 20 mai 2008, l'assemblée générale du Conseil d'État a rappelé «que, par exemple, des établissements d'enseignement, hospitaliers et d'aide sociale peuvent avoir un fondement religieux ou philosophique. La circonstance que certains d'entre eux se fondent sur un engagement religieux ou philosophique n'a jamais été considérée comme contraire à la Constitution belge, laquelle doit au contraire être interprétée comme autorisant pareilles initiatives»⁽⁸³⁾. Dès lors, la Constitution n'exclut pas non plus qu'une structure pour personnes âgées ait un fondement religieux ou philosophique ou qu'une telle structure s'adresse exclusivement à une catégorie déterminée de personnes, par exemple des ecclésiastiques âgés.

Dans la mesure où les dispositions en projet interdisent aux initiateurs de s'adresser exclusivement à des personnes partageant la même conception philosophique, elles comportent une restriction à la liberté de religion et d'orientation philosophique.

Selon les articles 9, paragraphe 2, et 11, paragraphe 2, de la CEDH et les articles 18, paragraphe 3, et 22, paragraphe 2, du PIDCP, les restrictions à la liberté de religion et d'orientation philosophique ainsi qu'à la liberté d'association doivent être prévues par la loi, constituer des mesures nécessaires dans une société démocratique et servir l'un des objectifs visés expressément dans ces dispositions⁽⁸⁴⁾. Il y a lieu d'examiner si la restriction des droits fondamentaux concernés peut s'autoriser au regard de ces conditions.

9.1. À première vue, la condition selon laquelle la restriction aux droits fondamentaux concernés doit être prévue par la «loi» est remplie, puisqu'il s'agit de dispositions décrétales. La question se pose néanmoins de savoir si la portée de la notion de «discrimination», utilisée à l'article 4, 1/ et 5/, du projet («sans aucune forme de discrimination») est suffisamment claire. Ainsi, il est permis de se demander si la discrimination indirecte est aussi visée. Il convient en tout cas de préciser le projet sur ce point.

⁽⁸³⁾ *Note infrapaginale 29 de l'avis cité*: Pour une application en matière de liberté de religion, voir l'avis 44.521/AG du 20 mai 2008 sur une proposition de loi "visant à appliquer la séparation de l'État et des organisations et communautés religieuses et philosophiques non confessionnelles" (*Doc. parl.*, Sénat, 2007-2008, n/ 4-351/2).

⁽⁸⁴⁾ *Note infrapaginale 30 de l'avis cité*: Bien que cela ne soit pas formulé ainsi, c'est une seule et même approche qui s'applique en droit interne en ce qui concerne la restriction des droits fondamentaux, sauf dispositions spécifiques dans la Constitution.

9.2. En ce qui concerne la présence d'une justification pertinente à la restriction des droits fondamentaux concernés et répondant en outre au principe de proportionnalité, il faut relever tout d'abord que l'exposé des motifs ne contient aucune justification à ce sujet. On peut toutefois présumer que l'intention est d'éviter que des personnes ne puissent pas être prises en charge par des structures d'aide résidentielle ou ne puissent continuer à y résider en raison de leurs convictions idéologiques, religieuses ou philosophiques.

Bien que cet objectif puisse être considéré comme étant légitime, la question se pose de savoir si les dispositions en question ne peuvent pas avoir des conséquences disproportionnées. À cet égard, il faut souligner que les restrictions aux droits fondamentaux ne sont autorisées, en vertu de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, que si elles se justifient par «un besoin social impérieux», et qu'il y a lieu de prendre en considération les circonstances concrètes qui engendrent la restriction du droit fondamental concerné ainsi que de trouver un équilibre entre les circonstances impérieuses justifiant la restriction et son incidence sur le droit fondamental garanti. En outre, cette restriction ne peut aller plus loin que ce qui est nécessaire pour atteindre le but poursuivi ⁽⁸⁵⁾.

Le fait que la justification de la restriction aux droits fondamentaux des initiateurs de la structure réside dans la garantie d'un droit fondamental des utilisateurs de cette structure n'y change rien en soi, étant donné qu'en cas de conflit entre droits fondamentaux, il s'impose de rechercher un équilibre entre les intérêts en cause. Ce n'est que dans le cadre de l'appréciation concrète de ces intérêts que le fait d'invoquer la réalisation d'un droit fondamental en justification de la restriction peut jouer un rôle.

À la lumière de ce qui précède, il est permis de douter que l'article 4, 1/ et 5/, du projet puisse être réputé conforme aux dispositions précitées des traités et de la Constitution.

Il faut observer, à cet égard, que ces dispositions ont un champ d'application très général et s'appliquent même aux structures qui doivent, certes, être agréées pour pouvoir être exploitées, mais qui ne font pas appel aux subventions de l'État ou qui n'y ont pas droit ⁽⁸⁶⁾. Compte tenu de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, dont il ressort qu'une évaluation *in concreto* est requise pour pouvoir apprécier s'il existe un «besoin social impérieux», d'une part, et si la restriction est proportionnée au but poursuivi, d'autre part, il apparaît au Conseil d'État que le champ d'application très général des dispositions précitées en projet, qui ne tiennent compte ni de l'existence ou non d'alternatives pour les personnes âgées concernées, ni de la mesure dans laquelle une certaine conception philosophique donne réellement un fondement à l'organisation et au fonctionnement de la structure concernée, est difficilement conciliable avec les principes énumérés ci-dessus et, quoi qu'il en soit, va plus loin que ce qui est nécessaire pour atteindre le but poursuivi."

⁽⁸⁵⁾ *Note infrapaginale 31 de l'avis cité*: Voir l'avis 44.521/AG du 20 mai 2008, cité, avec références.

⁽⁸⁶⁾ *Note infrapaginale 32 de l'avis cité*: Textuellement, l'article 4 s'applique même à tout le secteur de l'aide résidentielle organisée, et donc également aux structures qui ont une simple obligation de déclaration, mais cela ne semble pas être le but recherché (voir observation 11).

Les dispositions susvisées de l'avant-projet de décret appellent les mêmes observations.

(4) Le principe de la séparation des pouvoirs

Comme l'a rappelé à d'innombrables reprises la section de législation du Conseil d'État, les articles 20 et 69 de la loi spéciale du 8 août 1980 s'opposent à ce que le décret confie directement une tâche d'exécution à l'administration. L'article 2, 2/, de l'avant-projet de décret sera omis et les articles 2, 1/, 7, 10, 11, 15, 29 et 30, notamment, seront revus.

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,	
	Ph. HANSE	
	P. LIÉNARDY,	conseillers d'État,
	J. BAERT,	
	J. SMETS,	
	J. JAUMOTTE,	
Madame	M. BAGUET,	
Messieurs	B. SEUTIN,	
	W. VAN VAERENBERGH,	
	P. BARRA,	
	H. COUSY,	assesseurs de la section de législation,
	J. VELAERS,	
	H. BOSLY,	
	M. TISON,	
Mesdames	G. de LEVAL,	
	A. WEYEMBERGH,	
	A. BECKERS,	greffier,

Les rapports ont été rédigés par MM. X. DELGRANGE, premier auditeur et D. VAN EECKHOUTTE, auditeur adjoint.

LE GREFFIER,

LE PREMIER PRÉSIDENT,

A. BECKERS

R. ANDERSEN