

ROYAUME DE BELGIQUE

AVIS 45.920/4
DU 23 FÉVRIER 2009

DE LA SECTION DE LÉGISLATION
DU CONSEIL D'ÉTAT

Le CONSEIL D'ÉTAT, section de législation, quatrième chambre, saisi par le Ministre, membre du Collège de la Commission communautaire française de la Région de Bruxelles-Capitale, compétent pour l'Action sociale, la Famille et le Sport, le 30 janvier 2009, d'une demande d'avis, dans un délai de trente jours, sur un projet d'arrêté 2008/1561 "portant application du décret du 22 mars 2007 relatif à la politique d'hébergement et d'accueil à mener envers les personnes âgées", a donné l'avis suivant :

Comme la demande d'avis est introduite sur la base de l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 1/, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, tel qu'il est remplacé par la loi du 2 avril 2003, la section de législation limite son examen au fondement juridique du projet, à la compétence de l'auteur de l'acte ainsi qu'à l'accomplissement des formalités préalables, conformément à l'article 84, § 3, des lois coordonnées précitées.

Sur ces trois points, le projet appelle les observations ci-après.

Observation préalable

L'arrêté en projet tend à exécuter le décret de la Commission communautaire française du 22 mars 2007 relatif à la politique d'hébergement et d'accueil des personnes âgées (ci-après dénommé le "décret du 22 mars 2007") dont il fixe en outre l'entrée en vigueur au 1^{er} mars 2009 ⁽¹⁾. À partir de cette date, une nouvelle législation s'appliquera dans la matière de l'hébergement et de l'accueil des personnes âgées relevant des compétences de la Commission communautaire française ⁽²⁾. Cette législation fait une distinction entre les établissements résidentiels (maisons de repos, résidences-services, maisons communautaires et accueils familiaux ⁽³⁾) et les services non résidentiels (services d'accueil de jour, services de télévigilance et service d'aide aux personnes âgées maltraitées ⁽⁴⁾). Les premiers ne peuvent être exploités que s'ils sont agréés (agrément et, le cas échéant, agrément spécial réglementaire ⁽⁵⁾) et ils sont en outre soumis à une programmation du nombre de places ⁽⁶⁾, programmation dans le cadre de laquelle tout projet d'ouverture d'un établissement résidentiel est, indépendamment de la nécessité de bénéficier d'un agrément, subordonné à l'octroi préalable d'un "accord de principe" ⁽⁷⁾. Les

⁽¹⁾ Article 198 de l'arrêté en projet.

⁽²⁾ Comme l'indique l'article 1^{er} du décret du 22 mars 2007, celui-ci concerne une matière communautaire transférée à la Commission communautaire française en application de l'article 138 de la Constitution.

⁽³⁾ Article 3 du décret du 22 mars 2007.

⁽⁴⁾ Article 4 du décret du 22 mars 2007.

⁽⁵⁾ Article 6 du décret 22 mars 2007. Le non-respect de cette obligation d'agrément est passible d'une amende administrative (article 50, § 1^{er}, du même décret).

⁽⁶⁾ Article 8 du décret du 22 mars 2007 et articles 3 à 6 de l'arrêté en projet.

⁽⁷⁾ Article 11, alinéa 1^{er}, du décret du 22 mars 2007.

seconds ne sont pas tenus d'être agréés, mais s'ils le sont, ils font l'objet d'une programmation ⁽⁸⁾ et peuvent bénéficier de subventions ⁽⁹⁾.

Comme la section de législation du Conseil d'État l'a récemment observé à propos d'un avant-projet de décret de la Région wallonne relatif à l'hébergement et à l'accueil des personnes âgées ⁽¹⁰⁾, pareille réglementation, qui affecte 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 ⁽¹¹⁾, useraient du droit qui leur est reconnu par l'article 43 du Traité CE de s'établir librement dans la région bilingue de Bruxelles-Capitale en vue d'y ouvrir un établissement pour personnes âgées, pourraient en effet également être soumises à ces conditions ⁽¹²⁾.

⁽⁸⁾ Article 8 du décret du 22 mars 2007 et articles 7 à 9 de l'arrêté en projet.

⁽⁹⁾ Article 44 du décret du 22 mars 2007 et articles 162, 173 et 184 de l'arrêté en projet.

⁽¹⁰⁾ Avis 45.609/AG, donné le 3 février 2009, non encore publié.

⁽¹¹⁾ Il ressort expressément de l'arrêté en projet que des personnes morales de droit privé poursuivant un but lucratif peuvent organiser des maisons de repos (article 10 du projet), des résidences services (article 102, § 1^{er}, du projet) ou des maisons communautaires (article 116 du projet).

⁽¹²⁾ Voir en ce sens C.J.C.E., arrêt du 17 juin 1997, Sodemare SA, aff. C-70/95, où 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 du traité CE (ex. article 52 du traité CEE). 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 retenue 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" (paragraphe 32 et 33).

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")⁽¹³⁾. 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 Commission communautaire française 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 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 ladite directive)⁽¹⁴⁾.

Cela signifie que, 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. De plus, il convient de rappeler que, selon la jurisprudence de 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, du Traité 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 sérieusement la réalisation du résultat prescrit par

⁽¹³⁾ Cette directive a été adoptée après que l'avant-projet devenu le décret du 22 mars 2007 a été examiné par la section de législation du Conseil d'État (avis 41.208/4, donné le 9 octobre 2006), raison pour laquelle l'avant-projet n'a pu être examiné sous cet angle.

⁽¹⁴⁾ 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".

cette directive ou, à tout le moins, de prendre, dans le même sens, des dispositions nouvelles qui renforcent celles déjà existantes ⁽¹⁵⁾.

Le régime que l'arrêté en projet vise à faire entrer en vigueur au 1^{er} mars 2009 est similaire, sur de nombreux points, au régime de l'avant-projet de décret wallon qui a fait l'objet de l'avis 45.609/AG précité dans lequel la section de législation du Conseil d'État a notamment observé ce qui suit :

"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.

⁽¹⁵⁾ 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. n° C - 129/96, Rec. 1997, I, p. 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).

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 ⁽¹⁶⁾ : 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.

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 ⁽¹⁷⁾. 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 ⁽¹⁸⁾. 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 ⁽¹⁹⁾.

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 ⁽²⁰⁾. Ne sont pas

⁽¹⁶⁾ *Note infrapaginale 10 de l'avis cité* : Voir l'article 4, 1), et, surtout, le considérant (34) de la directive 206/123/CE.

⁽¹⁷⁾ *Note infrapaginale 11 de l'avis cité* : C.J.C.E., arrêt du 27 septembre 1988, Humbel, aff. C-263/86, points 18-19.

⁽¹⁸⁾ *Note infrapaginale 12 de l'avis cité* : 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).

⁽¹⁹⁾ *Note infrapaginale 13 de l'avis cité* : 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.

⁽²⁰⁾ *Note infrapaginale 14 de l'avis cité* : 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.

relevantes 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 par l'autorité, la fourniture de soins de santé constitue un service auquel s'appliquent les règles relatives au marché interne ⁽²¹⁾.

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 ⁽²²⁾, 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 ⁽²³⁾.

⁽²¹⁾ *Note infrapaginale 15 de l'avis cité* : 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).

⁽²²⁾ *Note infrapaginale 16 de l'avis cité* : Note suprapaginale (6).

⁽²³⁾ *Note infrapaginale 17 de l'avis cité* : 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⁽²⁴⁾. Pour les raisons qui viennent d'être indiquées, ce ne sont en réalité pas non plus des «services» au sens du Traité CE⁽²⁵⁾.

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⁽²⁶⁾.

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.

⁽²⁴⁾ *Note infrapaginale 18 de l'avis cité* : Voir les considérants 17, 34, 70 et 72 de la directive.

⁽²⁵⁾ *Note infrapaginale 19 de l'avis cité* : 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).

⁽²⁶⁾ *Note infrapaginale 20 de l'avis cité* : 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.

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 ⁽²⁷⁾.

À cet égard, il convient tout d'abord de rappeler que, conformément à la jurisprudence de la Cour de justice ⁽²⁸⁾, les exceptions à des règles énoncées dans une directive à portée «horizontale» et visant à garantir l'effectivité des droits reconnus par le 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 ⁽²⁹⁾ «ne couvre pas les activités qui

⁽²⁷⁾ *Note infrapaginale 21 de l'avis cité* : 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).

⁽²⁸⁾ *Note infrapaginale 22 de l'avis cité* : Voir, notamment, C.J.C.E., arrêt du 18 mai 1996 Commission c/Italie, aff. C-57/94.

⁽²⁹⁾ *Note infrapaginale 23 de l'avis cité* : Manuel - Directive "services", p. 14

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».

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⁽³⁰⁾. 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

⁽³⁰⁾ *Note infrapaginale 24 de l'avis cité* : 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.

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 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»⁽³¹⁾.

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⁽³²⁾.

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

⁽³¹⁾ Note infrapaginale 25 de l'avis cité : Manuel Directive "services", pp. 15-16.

⁽³²⁾ Note infrapaginale 26 de l'avis cité : Voir notamment les considérants (42) et (43) de la directive.

prestataire considéré, de fournir le service en question ⁽³³⁾.

⁽³³⁾ *Note infrapaginale 27 de l'avis cité : 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 Creevy 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

.../...

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 établissement 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.

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

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 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>).

.../...

de considérer que l'imposition d'un tel titre constitue bien une «exigence» au sens de l'article 4, 7) de la directive ⁽³⁴⁾.

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 ⁽³⁵⁾, 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.

⁽³⁴⁾ *Note infrapaginale 28 de l'avis cité* : 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.

⁽³⁵⁾ *Note infrapaginale 29 de l'avis cité* : 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 prêtera 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>.

À 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 ⁽³⁶⁾, 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 ⁽³⁷⁾, 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 ⁽³⁸⁾ ⁽³⁹⁾.

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/) ⁽⁴⁰⁾ 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».

⁽³⁶⁾ *Note infrapaginale 30 de l'avis cité* : Hypothèse qui paraît cependant peu probable au regard de ce qui a été exposé plus avant dans l'avis.

⁽³⁷⁾ *Note infrapaginale 31 de l'avis cité* : Voir les articles 46 et 55 CE.

⁽³⁸⁾ *Note infrapaginale 32 de l'avis cité* : 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.

⁽³⁹⁾ *Note infrapaginale 33 de l'avis cité* : 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".

⁽⁴⁰⁾ *Note infrapaginale 34 de l'avis cité* : 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).

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.

Certes, la Cour constitutionnelle a considéré qu'une disposition similaire, à savoir l'article 27 du décret du 6 février 2003 ⁽⁴¹⁾, n'apportait pas une atteinte disproportionnée à la liberté de commerce et d'industrie des exploitants de maisons de repos :

«Le législateur décréte 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 décréte.

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,

⁽⁴¹⁾ *Note infrapaginale 35 de l'avis cité* : 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).

bien qu'averties depuis 1997 de l'objectif de la Région wallonne, ont néanmoins poursuivi une politique de croissance»⁽⁴²⁾.

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

⁽⁴²⁾ *Note infrapaginale 36 de l'avis cité* : C.C., arrêt n° 188/2005 du 14 décembre 2005, B.6.4.

l'ensemble des établissements visés par l'avant-projet de décret⁽⁴³⁾. 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⁽⁴⁴⁾, la section de législation se limite⁽⁴⁵⁾, 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.

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

⁽⁴³⁾ *Note infrapaginale 37 de l'avis cité* : Il est pensé plus particulièrement à la nouvelle notion de "complexe résidentiel pour personnes âgées" (article 2, 4/, de l'avant-projet de décret).

⁽⁴⁴⁾ *Note infrapaginale 38 de l'avis cité* : 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").

⁽⁴⁵⁾ *Note infrapaginale 39 de l'avis cité* : 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.

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 ⁽⁴⁶⁾.

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 :

⁽⁴⁶⁾ *Note infrapaginale 40 de l'avis cité* : 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.

- 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.»

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⁽⁴⁷⁾ et est proportionné⁽⁴⁸⁾.

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»;

⁽⁴⁷⁾ *Note infrapaginale 41 de l'avis cité* : 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.

⁽⁴⁸⁾ *Note infrapaginale 42 de l'avis cité* : Les principes de non-discrimination, de nécessité et de proportionnalité sont expressément rappelés aux considérants (54) et (56) de la directive 2006/123/CE.

- 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 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 ⁽⁴⁹⁾. 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 ⁽⁵⁰⁾.

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 ⁽⁵¹⁾, 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

⁽⁴⁹⁾ *Note infrapaginale 43 de l'avis cité* : 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 Etats 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'Etat 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'Etat, préalable au détachement des travailleurs).

⁽⁵⁰⁾ *Note infrapaginale 44 de l'avis cité* : Voir les considérants (47) et (59) de la directive 2006/123/CE.

⁽⁵¹⁾ *Note infrapaginale 45 de l'avis cité* : Voir les considérants (42) et (43) de la directive 2006/123/CE.

circonstanciée, le cas échéant pour chacun des types d'établissement concernés ⁽⁵²⁾. 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 ⁽⁵³⁾ 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)» ⁽⁵⁴⁾

1. En cas de maintien du nombre limité d'«accords de principe» susceptibles d'être octroyés, en fonction de la programmation préalablement arrêtée ⁽⁵⁵⁾ et, par voie de conséquence, du nombre de «titres de fonctionnement» susceptibles d'être ensuite délivrés ⁽⁵⁶⁾, une telle limitation devra également pouvoir être justifiée par une ou plusieurs raisons impérieuses d'intérêt général ⁽⁵⁷⁾.

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

⁽⁵²⁾ *Note infrapaginale 46 de l'avis cité* : 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.

⁽⁵³⁾ *Note infrapaginale 47 de l'avis cité* : Voir ainsi notamment les articles 10 à 15 de cette directive.

⁽⁵⁴⁾ *Note infrapaginale 48 de l'avis cité* : 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.

⁽⁵⁵⁾ *Note infrapaginale 49 de l'avis cité* : Articles 6 et 7 de l'avant-projet de décret.

⁽⁵⁶⁾ *Note infrapaginale 50 de l'avis cité* : Articles 9 et suivants de l'avant-projet de décret.

⁽⁵⁷⁾ *Note infrapaginale 51 de l'avis cité* : Voir, à cet égard, l'article 11, paragraphe 1, b), de la directive 2006/123/CE.

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⁽⁵⁸⁾.

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».

⁽⁵⁸⁾ *Note infrapaginale 52 de l'avis cité* : 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.

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 ⁽⁵⁹⁾.

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'arrêt 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 ⁽⁶⁰⁾.

⁽⁵⁹⁾ *Note infrapaginale 53 de l'avis cité* : 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.

⁽⁶⁰⁾ *Note infrapaginale 54 de l'avis cité* : 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).

(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;
- (...)».

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⁽⁶¹⁾, 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⁽⁶²⁾.

⁽⁶¹⁾ *Note infrapaginale 55 de l'avis cité* : Dont, notamment, la limitation du nombre d'opérateurs économiques autorisés à s'établir.

⁽⁶²⁾ *Note infrapaginale 56 de l'avis cité* : 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.

(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 habilitier 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 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'«autorisation» 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⁽⁶³⁾, soit que cela devrait faire l'objet d'un accord de coopération au sens de l'article 92bis 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⁽⁶⁴⁾."

⁽⁶³⁾ *Note infrapaginale 57 de l'avis cité* : 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).

⁽⁶⁴⁾ *Note infrapaginale 58 de l'avis cité* : 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.

Les observations faites dans cet avis quant à l'examen de l'avant-projet de décret wallon au regard du droit européen valent, *mutatis mutandis*, pour le régime qui sera appliqué à la suite de l'adoption de l'arrêté en projet et de l'entrée en vigueur du décret du 22 mars 2007.

En conséquence, c'est sous cette réserve que l'arrêté en projet est examiné.

Formalités préalables

1. L'article 5, §§ 1^{er} et 3, du décret du 5 juin 1997 portant création du Conseil consultatif bruxellois francophone de l'Aide aux personnes et de la Santé dispose comme suit :

"Art. 5. § 1. D'initiative, à la demande de l'Assemblée ou à la demande du Collège, la section «Aide et soins à domicile» a pour mission de donner des avis sur les questions qui concernent le maintien à domicile, l'aide aux familles et aux personnes âgées, les soins palliatifs, la coordination de soins et services à domicile. Son avis est requis sur les projets de décrets et leurs arrêtés d'exécution ainsi que lorsqu'une norme prescrit l'obtention de l'avis d'un organe consultatif pour un service ou un centre agréé par le Collège dans un des secteurs susmentionnés.

Son avis peut être sollicité par l'Assemblée sur les propositions de décrets.

[...]

§ 3. D'initiative, à la demande de l'Assemblée ou à la demande du Collège, la section «Hébergement» a pour mission de donner des avis sur les questions qui concernent les structures d'accueil et/ou de soins résidentielles. Son avis est requis sur les projets de décrets et leurs arrêtés d'exécution ainsi que lorsqu'une norme prescrit l'obtention de l'avis d'un organe consultatif pour un service ou un centre agréé par le Collège dans un des secteurs susmentionnés.

Son avis peut être sollicité par l'Assemblée sur les propositions de décrets."

En l'espèce, le texte en projet a été soumis pour avis à la section "Hébergement" du Conseil consultatif bruxellois francophone de l'Aide aux personnes et de la Santé.

Compte tenu de ce qu'il organise non seulement l'agrément des services résidentiels destinés aux personnes âgées, mais aussi l'agrément de services non résidentiels tels que l'accueil de jour, la télévigilance ou l'aide aux personnes âgées maltraitées, il doit également être soumis pour avis à la section "Aide et soins à domicile" du Conseil consultatif ⁽⁶⁵⁾.

L'auteur du projet veillera à l'accomplissement de cette formalité.

2. Certaines dispositions de l'arrêté en projet, en particulier l'annexe 3B qui fixe les normes de sécurité, constituent des "règles techniques" au sens de la directive 98/34/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 juin 1998 prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques et des règles relatives aux services de la société de l'information.

En vertu de l'article 8 de la directive 98/34/CE, de telles dispositions doivent, lorsqu'elles sont à l'état de projet, être communiquées à la Commission européenne.

Il ne ressort pas du dossier qu'une telle communication a été faite. Il conviendra de veiller à l'accomplissement de cette formalité.

Observations générales

1. L'arrêté en projet a pour objet d'exécuter le décret du 22 mars 2007. Toutes les dispositions de ce décret qui habilitent le Collège à prendre certaines mesures ne reçoivent toutefois pas d'exécution dans l'arrêté en projet. À titre d'exemple, l'article 10 du décret, qui prévoit que le Collège fixe des normes d'agrément supplémentaires pour les établissements résidentiels - qui portent notamment sur le compte individuel des résidentes, les mesures d'informations en matière de fermeture, concordat, liquidation ou faillite des établissements et les conditions spécifiques aux regroupements

⁽⁶⁵⁾ Voir l'avis 41.208/4, donné le 9 octobre 2006, sur un avant-projet devenu le décret du 22 mars 2007 (*Doc. parl.*, Ass. comm. comm. fr. , 2006-2007, n/ 82/1, p. 26).

d'établissements sous un seul agrément - n'a pas reçu d'exécution pour les autres établissements résidentiels autres que les maisons de repos. De même, l'arrêté en projet ne détermine pas de procédure de levée de la suspension de l'agrément d'un établissement résidentiel, alors que l'article 22 du décret du 22 mars 2007 l'y habilite.

2. L'arrêté en projet, spécialement en son titre VI qui a trait aux procédures relatives à l'agrément des établissements résidentiels, paraphrase à de nombreuses reprises des dispositions du décret du 22 mars 2007.

À titre d'exemple, on peut observer que :

- 1/ l'article 134, § 2, première phrase, du projet paraphrase l'article 12, § 2, du décret du 22 mars 2007;
- 2/ l'article 136 du projet paraphrase l'article 18 du décret du 22 mars 2007;
- 3/ l'article 139, § 1^{er} et 2, du projet paraphrase l'article 21, § 1^{er}, du décret du 22 mars 2007;
- 4/ l'article 140, § 2, du projet reproduit partiellement l'article 23, § 2, alinéa 3, du décret du 22 mars 2007;
- 5/ l'article 189, § 1^{er} et 2, du projet est redondant avec l'article 35 du décret du 22 mars 2007.

Il est rappelé qu'il n'est pas indiqué de reproduire ou de paraphraser des dispositions décrétales dans un arrêté car, en reproduisant - même fidèlement - le contenu de ces dispositions, l'auteur du projet agit comme s'il était compétent pour arrêter - et donc aussi modifier - les normes supérieures reproduites.

Si l'intention de l'auteur du projet est uniquement de préciser les délégations faites par le Collège à l'un de ses membres, il convient non pas de reproduire le contenu des dispositions décrétales concernées, mais uniquement d'indiquer que pour l'application de telle ou telle disposition, délégation est donnée au membre du Collège.

.../...

3. Puisque l'administration n'est pas une entité distincte du membre du Collège, il n'y a pas lieu, dans un texte réglementaire, de décrire ou d'organiser les rapports entre le membre du Collège et son administration.

4. Compte tenu de la programmation prévue pour tous les établissements résidentiels et les services non-résidentiels agréés, la question se pose de savoir comment, lorsque les candidats qui remplissent les critères d'agrément sont plus nombreux que le nombre d'agréments qui peuvent être octroyés, ces candidats sont départagés. La section de législation n'aperçoit pas en effet quelle est la procédure de sélection des candidats qui permettrait de les départager lorsqu'ils sont trop nombreux. Il convient de compléter l'arrêté en projet sur ce point ⁽⁶⁶⁾.

5. Il ressort d'une lecture combinée des articles 11, § 9, et 12 et de l'annexe 1 du projet que les maisons de repos sont tenues d'adopter un règlement d'ordre intérieur dans lequel elles s'engagent à respecter l'entière liberté d'opinion philosophique, politique et religieuse du résident.

À cet égard, comme l'a rappelé l'avis 45.609/AG précité de l'assemblée générale se référant à un avis précédant de la section de législation ⁽⁶⁷⁾ :

(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 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

⁽⁶⁶⁾ Cette observation est similaire à celle qui est faite en ce qui concerne le respect du droit européen, à la différence qu'elle vaut pour toutes les catégories d'établissements résidentiels et de services non résidentiels, qu'ils relèvent ou pas de l'application de la directive 2006/123/CE.

⁽⁶⁷⁾ Avis 45.217/3, donné le 4 novembre 2008, sur un avant-projet de "woonzorgdecreet" (*Doc. parl.*, Vl. Parl., 2008-2009, n° 1975/1, pp. 138 à 141).

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»⁽⁶⁸⁾. 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⁽⁶⁹⁾. 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.

⁽⁶⁸⁾ *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).

⁽⁶⁹⁾ *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 ⁽⁷⁰⁾.

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 ⁽⁷¹⁾. 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

⁽⁷⁰⁾ *Note infrapaginale 31 de l'avis cité* : Voir l'avis 44.521/AG du 20 mai 2008, cité, avec références.

⁽⁷¹⁾ *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).

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."

Nonobstant l'article 9, 7/, du décret du 22 mars 2007, la réglementation, telle qu'elle est envisagée, appelle la même observation.

Observations particulières

Dispositif

Article 7

L'article 7 fixe la capacité maximale de places de services d'accueil de jour qui peuvent être agréées. Or, selon l'article 8 du décret du 22 mars 2007, la programmation des services non résidentiels est, par opposition, aux établissements résidentiels une programmation du nombre de services et non du nombre de places.

L'article 7 sera donc modifié afin de fixer uniquement la programmation du nombre de services d'accueil de jour.

Article 11

1. Au paragraphe 4, il convient de viser l'accord écrit "du mandataire" et non "du représentant légal du résident".

La même observation vaut pour l'ensemble du projet, notamment les articles 17 et 22.

2. Selon le paragraphe 7, alinéa 1^{er}, le résident ne jouit du libre choix du personnel paramédical et de kinésithérapie que lorsque ce personnel n'est pas engagé par la maison de repos dans les liens d'un contrat d'emploi. Comme l'a observé la section de

.../...

législation dans son avis 41.208/4 précité ⁽⁷²⁾, l'intention du législateur décréteil n'a pas été, par l'adoption de l'article 9, 9/, du décret du 22 mars 2007, de porter atteinte à la liberté de choix du médecin et des autres praticiens, garantie, en particulier, par l'article 6 de la loi du 22 août 2002 relative au droit du patient ⁽⁷³⁾. Cet alinéa doit donc être revu pour tenir compte de cette observation.

3. Au paragraphe 9, les mots "ou linguistique" seront omis, parce que le Collège comme la Commission sont incompétents, de quelque manière que ce soit, pour régler l'emploi des langues.

Article 16

1. À défaut d'une disposition décréteale expresse en ce sens, l'arrêté en projet ne peut prévoir la nullité de plein droit d'une convention.

Le paragraphe 1^{er}, sera adapté en conséquence et le paragraphe 6 sera omis.

L'observation vaut pour la suite du projet, notamment les articles 106, §§ 3 et 7, 118, §§ 3 et 4, 128, §§ 3 et 6, et 147, §§ 3 et (3).

2. Au paragraphe 1^{er}, 4/, la dernière phrase de l'alinéa 3 sera omise. Il n'appartient pas au Collège d'interférer dans les modalités d'exécution d'une décision judiciaire.

⁽⁷²⁾ Observation 4 sous l'article 9.

⁽⁷³⁾ Selon l'article 2, 3/, de la même loi du 22 août 2002, il convient d'entendre par "praticien professionnel" : "le praticien visé à l'arrêté royal n/ 78 du 10 novembre 1967 relatif à l'exercice des professions des soins de santé ainsi que le praticien professionnel ayant une pratique non conventionnelle, telle que visée dans la loi du 29 avril 1999 relative aux pratiques non conventionnelles dans les domaines de l'art médical, de l'art pharmaceutique, de la kinésithérapie, de l'art infirmier et des professions paramédicales".

La même observation vaut pour la suite du projet, notamment l'article 118, § 3, 5/, alinéa 3.

3. Au paragraphe 1^{er}, 5/, la section de législation n'aperçoit pas la raison de préciser que "le cas échéant, les dispositions du Titre XI du Livre I^{er} du Code civil sont appliquées". Soit ces dispositions peuvent s'appliquer et il n'est pas nécessaire de le mentionner, soit l'auteur du projet entend les rendre applicables, ce qui ne peut être admis, car le Collège de la Commission communautaire française n'est pas compétent pour préciser dans quelles hypothèses s'appliquent des dispositions fédérales.

La même observation vaut pour la suite du projet, notamment l'article 128, § 3, 6/.

Article 28

Selon l'article 28, § 2, du projet, les normes de sécurité fixées à l'annexe 3B de l'arrêté en projet s'imposeront aux maisons de repos agréées après l'entrée en vigueur de l'arrêté en projet ainsi qu'aux extensions, nouvelles implantations et bâtiments faisant l'objet de travaux lourds de rénovation des maisons de repos agréées précédemment. Quant à ces dernières, l'article 28, § 1^{er}, du projet précise qu'elles sont régies par l'arrêté royal du 12 mars 1974 fixant les normes de sécurité auxquelles doivent répondre les maisons de repos pour personnes âgées.

Pour éviter toute confusion, l'article 28, § 1^{er}, qui constitue une disposition transitoire, trouverait mieux sa place en fin de projet. La même observation vaut pour la suite du projet, notamment les articles 30, §§ 1^{er} et 4, 35, 39, 43, § 1^{er}, 44, § 3, 45, § 4 et 55, § 3.

Par ailleurs, l'article 28, § 2, qui doit être revu pour tenir compte de l'observation qui précède, se combine mal avec l'article 198 du projet, qui fixe l'entrée en vigueur de l'arrêté en projet.

Selon l'article 198, l'arrêté en projet entre en vigueur le 1^{er} mars 2009, à l'exception de l'article 28, § 2, qui entrera en vigueur à la date fixée par le Collège et au plus tard le 1^{er} juillet 2009. Or l'article 28, § 2, prévoit de s'appliquer aux maisons de repos agréées après l'entrée en vigueur de l'arrêté en projet. Telles qu'elles sont rédigées, ces dispositions prévoient donc que les normes fixées par l'article 28, § 2, s'appliqueront aux maisons de repos agréées après le 1^{er} mars 2009, mais à partir de la date d'entrée en vigueur de l'article 28, § 2, qui sera fixée par le Collège. L'intention de l'auteur du projet ne serait-elle pas plutôt de prévoir que les nouvelles normes fixées dans l'article 28, § 2, ne s'imposeront qu'aux maisons de repos agréées après l'entrée en vigueur de cette disposition ? Si tel est le cas, l'article 28, § 2, sera modifié en ce sens.

Article 33

La disposition n'envisage pas le cas où une personne assure les funérailles du défunt sans être son mandataire.

Article 48

L'article 48 prévoit que l'agrément est refusé lorsque certaines personnes ont fait l'objet d'une des condamnations pénales mentionnées. Autrement dit, il conditionne l'octroi de l'agrément à l'absence de certaines condamnations pénales. Selon l'article 21, § 1^{er}, du décret du 22 mars 2007, le non-respect des normes d'agrément peut entraîner notamment le retrait de l'agrément. La section de législation n'aperçoit dès lors pas pourquoi l'article 48 du projet précise que l'agrément peut être retiré lorsque certaines personnes ont fait l'objet d'une des condamnations pénales mentionnées.

En conséquence, à l'article 48, les mots "ou retiré" seront omis.

Article 60

Au paragraphe 1^{er}, 3/, il convient d'écrire "coordonnée le 14 juillet 1994".

La même observation vaut pour l'article 61, § 2.

Article 62

À l'alinéa 1^{er}, il conviendrait, si telle est l'intention de l'auteur du projet, de préciser que les catégories de dépendances B et C sont celles prévues par l'arrêté ministériel du 6 novembre 2003 fixant le montant et les conditions d'octroi de l'intervention visée à l'article 37, § 12, de la loi relative à l'assurance obligatoire soins de santé et indemnités, coordonnée le 14 juillet 1994, dans les maisons de repos et de soins et dans les maisons de repos pour personnes âgées (article 60, § 2, 3/).

Article 67

Le paragraphe 2 doit être omis. Il va de soi que la collecte des données et leur traitement doivent se faire conformément à la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée et il n'appartient pas au Collège de le rappeler.

Article 72

Selon l'article 72, l'ensemble du personnel des maisons de repos est tenu au secret professionnel au sujet des données médicales ou personnelles dont il aurait eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions.

Par la référence au "secret professionnel" - qui n'est pas imposé au personnel des maisons de repos par le décret du 22 mars 2007 - dont la violation est incriminée par l'article 458 du Code pénal, le texte en projet lui-même procède à pareille incrimination. Si l'intention est effectivement de prévoir ainsi qu'en cas de violation du secret professionnel, les sanctions pénales prévues par l'article 458 du Code pénal seront applicables, la disposition concernée doit être omise. En effet, eu égard à l'article 12 de la Constitution et à l'article 11 de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, il n'appartient pas au Collège de régler les cas dans lesquels le secret professionnel visé à l'article 458 du Code pénal est d'application.

.../...

La même observation vaut pour l'article 181, § 2, 4/, du projet.

Article 88

Le texte en projet reste en défaut d'exécuter l'habilitation conférée au Collège par l'article 9, 13/, du décret du 22 mars 2007 de fixer également les modalités d'adaptation et de modification du prix de la journée d'hébergement.

Article 92

Il n'y a pas lieu de mentionner les modifications apportées à la loi du 27 juin 1921 sur les associations sans but lucratif, les associations internationales sans but lucratif et les fondations par la loi du 16 janvier 2003 portant création d'une banque Carrefour des Entreprises, modernisation du registre de commerce, création de guichets-entreprises agréés et portant diverses dispositions, ni de manière exemplative certaines dispositions de cette loi. La première technique a pour effet de figer la référence à un état de la législation et la seconde ne se comprend guère dans son contexte.

Il n'est pas davantage nécessaire de mentionner avec précision les arrêtés royaux d'exécution de la loi du 27 juin 1921 précitée, on peut se limiter à une formule plus générale "et leurs arrêtés d'exécution", ce qui a pour effet de viser aussi de manière implicite mais certaine les arrêtés royaux d'exécution de la loi du 17 juillet 1975 relative à la comptabilité des entreprises.

Article 106

Au paragraphe 4, 2/, il convient conformément à l'article 105 de viser l'"assemblée des résidents" au lieu du "comité de participation".

Article 107

Comme l'a confirmé la déléguée du membre du Collège, la notion de "fiche administrative du résident" renvoie à ce que l'article 9, 14/, du décret du 22 mars 2007 dénomme "fiche individuelle". Pour éviter toute confusion, mieux vaut reprendre, dans l'arrêté en projet, les mêmes termes que ceux utilisés dans le décret précité ⁽⁷⁴⁾.

L'article 107 sera modifié en ce sens. La même observation vaut pour les articles 119 et 129 du projet.

Article 117

La section de législation n'aperçoit pas ce qui peut justifier que le règlement d'ordre intérieur des maisons communautaires ne doit pas être approuvé par l'autorité, contrairement à ce qui est prévu pour les règlements d'ordre intérieur des autres établissements résidentiels.

Article 118

Dans la disposition, il y a deux paragraphes 4.

L'article 128 du projet appelle la même observation.

Article 119

Au 2/, il convient de viser "l'article 118" au lieu de "l'article 117".

⁽⁷⁴⁾ Cfr l'article 17 de l'arrêté en projet qui vise bien la fiche individuelle.

Article 122

Comme l'a confirmé la déléguée du membre du Collège, le Code du logement s'applique aux maisons communautaires sans qu'il soit nécessaire de le mentionner. En outre, une telle mention peut laisser croire que le Collège de la Commission communautaire française est compétent pour modifier le champ d'application de ce code, alors qu'il s'agit d'une compétence régionale.

L'article 122 sera revu. La même observation vaut pour l'article 131 du projet.

Article 129

Au 2/, il convient de viser "l'article 128" au lieu de "l'article 127".

Article 136

La section de législation n'aperçoit pas quelle disposition du décret du 22 mars 2007 autorise le Collège à prévoir que l'administration doit avertir le gestionnaire de la décision du Ministre "au plus tard 10 jours avant l'expiration de l'agrément ou de l'agrément spécial provisoire". Le délai d'un mois étant par ailleurs déjà prévu à l'article 18 du décret du 22 mars 2007, la seconde phrase de l'article 136 du projet sera omise.

Article 137

1. Au paragraphe 1^{er}, alinéa 1^{er}, afin de mieux faire ressortir que le recours en question constitue un recours organisé préalable au sens de l'article 20 du décret du 22 mars 2007, il convient de remplacer les mots "le demandeur ou le gestionnaire peut introduire un recours auprès du Collège" par les mots "le recours du demandeur ou du gestionnaire est introduit auprès du Collège".

.../...

La même observation vaut *mutatis mutandis* pour les articles 188, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, et 191, § 2, du projet.

2. Au paragraphe 1^{er}, alinéa 2, la section de législation n'aperçoit pas la raison pour laquelle le recours n'est pas également suspensif en cas de refus d'agrément spécial.

Article 139

Le paragraphe 4 prévoit que

"L'administration avertit le gestionnaire de la décision du Collège quant au recours dans les 15 jours de la décision de celui-ci".

L'article 22 du décret du 22 mars 2007 prévoyant une décision du collège et non un recours, les mots "quant au recours" sont à omettre du projet.

La même observation vaut pour l'article 189, § 4, du projet.

Article 141

Le paragraphe 2 prévoit une possibilité de recours auprès du Collège dans le cadre d'une demande de modification d'agrément. Le décret du 22 mars 2007 ne prévoyant pas une telle hypothèse de recours, il va de soi que la disposition en projet ne peut être admise que si le recours envisagé est considéré comme un simple recours facultatif.

Afin de mieux faire ressortir cette portée, le début du paragraphe 2 serait mieux rédigé comme suit :

"§ 2. En cas de désaccord du gestionnaire avec la décision du Ministre, et sans préjudice de l'exercice des recours juridictionnels dont il dispose ... (la suite comme au projet)".

.../...

La même observation vaut *mutatis mutandis* pour les articles 142, § 5, et 191, § 2, du projet.

Article 142

La division des paragraphes 2 et 3 doit se faire, à l'instar de l'article 192, § 2, en 1/, 2/, ..., en précisant le renvoi aux dispositions pertinentes de l'article 14, § 1^{er}, du décret du 22 mars 2007.

Les phrases liminaires et les dispositions examinées seront revues à la lumière de cette observation.

Article 145

Compte tenu de la définition donnée au service d'accueil de jour par l'article 4, 1/, du décret du 22 mars 2007, la section de législation n'aperçoit pas la disposition du décret qui autoriserait le Collège à prévoir que les résidents d'une maison de repos ou d'une maison de repos et de soins ne peuvent avoir accès à un service d'accueil de jour.

Article 150

Au 1/, la notion de "chef d'entreprise" n'est pas adaptée au fonctionnement des associations sans but lucratif, il faut utiliser un vocable plus adéquat.

La même observation vaut pour l'article 167 du projet.

Article 173

La section de législation n'aperçoit pas à quoi se rapportent les mots "remplissant les critères définis par le présent arrêté". Sans doute s'agit-il de supprimer ces mots puisque ces critères sont, par ailleurs, expressément définis au même article.

Article 194

1. Au paragraphe 1^{er}, 3/, a), il y a lieu de viser "l'annexe 10".
2. Au paragraphe 1^{er}, 3/, c), il convient d'écrire "visées aux articles 161, 168, ou 183".

Article 197

Comme l'a confirmé la déléguée du membre du Collège, la dernière phrase se contente de rappeler l'application de l'article 52 du décret du 22 mars 2007. Elle sera dès lors omise.

Article 198

Il est renvoyé à l'observation formulée sous l'article 28 du projet.

Articles 198 et 199

Compte tenu de la date à laquelle le présent avis est donné, la section de législation s'interroge sur la possibilité de maintenir comme prévu à l'article 198 du projet, le 1^{er} mars 2009 comme date d'entrée en vigueur de l'arrêté en projet. Si cette date est maintenue, il conviendra, le cas échéant, de pouvoir justifier cette date au regard du principe de non-rétroactivité des actes réglementaires.

.../...

Annexes

Annexes 1 à 10

Afin d'assurer une meilleure lisibilité des annexes par rapport aux dispositions du décret du 22 mars 2007 et de l'arrêté en projet, il est suggéré, comme cela a été fait par l'auteur du projet pour les annexes 6 à 10, mais seulement pour ce qui concerne les dispositions du décret, de compléter l'intitulé des annexes par la mention de l'article du décret et de la disposition de l'arrêté auxquels chacune de ces annexes se rapporte.

Annexes 3 A et 3 B

Compte tenu de l'article 28, §§ 2 et 5, de l'arrêté en projet, le chapitre II ("Entretien, contrôle et occupation") de l'annexe 3 B fait double emploi avec l'annexe 3 A ("Entretien, contrôle et occupation") et doit être omis.

Annexe 3 A

1. À l'alinéa 1^{er} du paragraphe 1.1.2, la référence aux "paragraphe 1.7 et 1.8 de l'annexe 3 A" est incorrecte.

2. À l'alinéa 2 du même paragraphe, il est renvoyé à un "modèle en annexe" qui n'existe pas dans la version de l'annexe soumise à l'avis de la section de législation.

Annexe 3 B

Au paragraphe 0.3 et au paragraphe 0.4, la section de législation n'aperçoit pas à quelles annexes 4 et 5, il est renvoyé.

Annexe 9

Il y a lieu de viser l'article 14, et non l'article 12, du décret du 22 mars 2007.

Observations finales de légistique

Le projet d'arrêté présente tant dans sa structure que dans sa rédaction de graves lacunes.

On a relevé, à titre d'exemples :

- 1/ le manque de respect des règles d'orthographe, notamment l'emploi correct des majuscules, ou des règles typographiques, notamment le fait que le signe "\$", qui n'est pas une abréviation, ne doit pas être suivi d'un point ou le manque d'uniformité dans la présentation de la structure du texte et des dispositions;
- 2/ en de nombreux endroits, la structure du projet est fautive
 - a) pour les raisons exposées dans le guide de rédaction des textes légaux et réglementaires, il est préférable d'adopter la numérotation en chiffres arabes; il arrive même, comme au titre V, que la numérotation passe des chiffres romains aux chiffres arabes (cfr le chapitre 1, idem du chapitre 4 dans le titre VIII),
 - b) au titre II, dans le chapitre IV, la section 4 manque,
 - c) au titre III, dans le chapitre III, il est inutile de prévoir une section 1 puisqu'il n'y a pas de section 2,
 - d) au titre V, dans le chapitre 1, la section 3 manque ⁽⁷⁵⁾,

⁽⁷⁵⁾ Comme en a convenu la délégué du membre du Collège :
"La section 2 (page 35) devrait être intitulée "Convention".
La section 4 (page 37) devrait devenir Section 3 et être intitulée "Dossier confidentiel administratif".
La section 5 (page 37) devrait devenir la section 4 "Assurances obligatoires".

e) le titre VI n'est pas divisé en chapitres mais erronément en sections, il en va de même du titre X.

- 3/ par ailleurs, il n'est pas nécessaire de créer des sections qui ne contiennent qu'un seul article puisque la simple lecture de celui-ci renseigne suffisamment quant à sa portée;
- 4/ il n'y a pas lieu de diviser un article en paragraphes lorsque ceux-ci ne comportent qu'un seul alinéa; cela est inutile notamment aux articles 59, 60, 61 ou 62 du projet;
- 6/ il convient d'omettre le symbole "€" et de le remplacer en toutes lettres par le mot "euro", lequel prend la marque du pluriel.

Le texte en projet étant destiné à être publié, consulté ou reproduit de manière numérique, il convient que sa conception et sa réalisation en permettent aux usagers une utilisation, y compris par des moteurs de recherche ou des traitements de textes, dépourvue des déficiences qui l'affectent aujourd'hui.

L'ensemble du projet devra donc être soigneusement relu en ayant égard aux recommandations du guide de rédaction des textes légaux et réglementaires que la section de législation se dispensera de citer plus en détail ⁽⁷⁶⁾.

⁽⁷⁶⁾ Voir *Principes de technique législative - Guide de rédaction des textes législatifs et réglementaires*, 2008, onglet "Technique législative", www.conseildetat.be.

La chambre était composée de

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

Le rapport a été présenté par Mme L. VANCRAVEBECK, auditeur.

LE GREFFIER,

LE PRÉSIDENT,

C. GIGOT

Ph. HANSE