

LC

ROYAUME DE BELGIQUE

AVIS 46.260/4
DU 15 AVRIL 2009

DE LA SECTION DE LÉGISLATION
DU CONSEIL D'ÉTAT

Le CONSEIL D'ÉTAT, section de législation, quatrième chambre, saisi par le Ministre de la Santé, de l'Action sociale et de l'Égalité des chances de la Région wallonne, le 18 mars 2009, d'une demande d'avis, dans un délai de trente jours, sur un projet d'arrêté du Gouvernement wallon "portant application du décret du 6 décembre 2007 relatif aux services d'aide aux familles et aux 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.

Observations générales

1. Le projet d'arrêté tend à fixer l'entrée en vigueur et à assurer l'exécution du décret du 6 décembre 2007 relatif aux services d'aide aux familles et aux personnes âgées.

Selon les articles 35 et 37 du projet d'arrêté, tant le décret du 6 décembre 2007 que l'arrêté lui-même produiraient leurs effets le 1^{er} janvier 2009.

Cette rétroactivité ne peut être admise.

En effet, outre les objections auxquelles s'expose une telle rétroactivité du point de vue de la sécurité juridique et du respect des droits individuels des destinataires des dispositions concernées et la difficulté d'appliquer concrètement un certain nombre de celles-ci de manière rétroactive, il convient d'observer que, la violation du décret du 6 décembre 2007 et des mesures prises pour son exécution étant constitutive d'une infraction pénale ⁽¹⁾, la rétroactivité envisagée méconnaîtrait la règle de la non-rétroactivité en matière pénale, que consacrent notamment l'article 7 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et l'article 15 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

Le projet d'arrêté sera revu sur ce point.

⁽¹⁾ Voir l'article 44 du décret du 6 décembre 2007.

2. Depuis l'adoption du décret du 6 décembre 2007, est intervenu le décret-cadre du 6 novembre 2008 portant rationalisation de la fonction consultative pour les matières réglées en vertu de l'article 138 de la Constitution.

Ce décret-cadre contient diverses règles nouvelles applicables dans les matières de l'action sociale et de la santé, et notamment dans le domaine d'application du décret du 6 décembre 2007; il a, au demeurant, prévu l'abrogation de plusieurs dispositions du décret du 6 décembre 2007 ⁽²⁾.

Les dispositions du décret-cadre du 6 novembre 2008 portant sur les matières de l'action sociale et de la santé ne sont, à ce jour, pas encore entrées en vigueur. Un projet d'arrêté du Gouvernement wallon tendant à fixer l'entrée en vigueur du décret-cadre du 6 novembre 2008 pour les matières de l'action sociale et de la santé a toutefois été récemment soumis à la section de législation du Conseil d'État; ce projet d'arrêté a fait l'objet de l'avis 46.110/4, donné le 3 avril 2009.

La section de législation observe aussi qu'une disposition du présent projet d'arrêté suppose que le décret-cadre du 6 novembre 2008 soit entré en vigueur ⁽³⁾.

Dans ces conditions, le mieux est que le décret du 6 décembre 2007 et le présent arrêté en projet n'entrent pas en vigueur avant que ne le soient les dispositions du décret-cadre du 6 novembre 2008 portant sur les matières de l'action sociale et de la santé et les mesures prises pour leur exécution.

⁽²⁾ Voir les articles 99 à 101 du décret-cadre du 6 novembre 2008.

⁽³⁾ Il s'agit de l'article 5, alinéa 1^{er}, 6/, qui prévoit que le comité d'accompagnement des formations visé à l'article 13, § 4, du décret du 6 décembre 2007 comprend un représentant de la commission wallonne de la famille, laquelle commission est instituée par le décret-cadre du 6 novembre 2008. La section de législation observe que l'article 27, § 1^{er}, alinéa 5, du décret du 6 décembre 2007 prévoit également l'intervention de la commission wallonne de la famille. Cette disposition ne peut donc, elle non plus, s'appliquer avant que le décret-cadre du 6 novembre 2008 ne soit entré en vigueur. Toutefois, force est de constater qu'elle ne pourra jamais s'appliquer, puisque l'article 100 du décret-cadre du 6 novembre 2008 en a prévu l'abrogation.

L'attention est aussi attirée sur le fait que des observations seront faites plus loin à propos de l'incidence du décret-cadre du 6 novembre 2008 sur deux dispositions particulières du projet d'arrêté ⁽⁴⁾.

3. Plusieurs dispositions du projet d'arrêté - figurant, en l'occurrence, à l'article 1^{er}, 2/, 3/, 4/, 7/ et 9/, à l'article 2, alinéa 1^{er}, première phrase, à l'article 3, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, et à l'article 8, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, et à l'article 26, § 4, alinéa 2, première phrase ⁽⁵⁾ - n'ont d'autre objet que de rappeler des règles fixées par le décret du 6 décembre 2007.

Un tel rappel est inutile. Le rappel de dispositions de nature législative présente aussi l'inconvénient d'être de nature à induire en erreur sur la nature juridique exacte des règles en question.

Le projet d'arrêté sera revu sur ce point

4. Le projet d'arrêté est en défaut d'exécuter plusieurs dispositions du décret du 6 décembre 2007 - en l'occurrence celles figurant à l'article 36, § 2, alinéas 1^{er} et 2, à l'article 37, alinéa 2, première phrase, et à l'article 40, seconde phrase - qui imposent au Gouvernement de prendre des règles déterminées.

Il sera complété sur ces points.

Observations particulières

Préambule

1. Les dispositions visées aux alinéas 1^{er} et 2 ne procurent pas un fondement légal au projet d'arrêté.

⁽⁴⁾ Voir l'observation n/ 2, c), sur l'article 26, et l'observation relative à l'article 29.

⁽⁵⁾ Pour cette dernière disposition, uniquement en ce qui concerne les dérogations prévues par l'article 27 du décret du 6 décembre 2007.

Ces alinéas seront donc omis.

2. Il convient également de viser au préambule les arrêtés qui sont abrogés par l'article 36 du projet.

Compte tenu de l'observation formulée sous cet article 36, il convient également de mentionner dans le préambule l'arrêté de l'Exécutif de la Communauté française du 13 novembre 1990, qu'il est suggéré de modifier.

3. L'avis du Conseil d'État doit être mentionné comme suit :

"Vu l'avis 46.260/4 du Conseil d'État, donné le 15 avril 2009, en application de l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 1/, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973;" ⁽⁶⁾.

Dispositif

Observation préalable

En vue de se conformer à l'article 4, 3/, des décrets des 19 et 22 juillet 1993 attribuant l'exercice de certaines compétences de la Communauté française à la Région wallonne et à la Commission communautaire française, il sera inséré un article 1^{er}, indiquant que l'arrêté règle, en application de l'article 138 de la Constitution, une matière visée à l'article 128, § 1^{er}, de celle-ci.

⁽⁶⁾ Voir *Principes de technique législative - Guide de rédaction des textes législatifs et réglementaires*, 2008, onglet "Technique législative", recommandation n° 36.1 et formule F 3-5-2, www.conseildetat.be (15/04/2009).

Article 1^{er}

Au 5/, il incombe au Gouvernement de désigner plus précisément les "services compétents".

Article 2

1. Le pouvoir que la seconde phrase de l'alinéa 1^{er} donne au ministre de "préciser les formations reconnues dans le cadre du décret" est excessivement large.

Le Gouvernement ne peut déléguer au ministre que le pouvoir de régler des questions de détail.

Le texte sera revu en conséquence.

2. L'assimilation qu'envisage l'alinéa 2 implique une dérogation à l'article 11, § 2, du décret du 6 décembre 2007.

Or, aucune disposition du décret du 6 décembre 2007 n'habilite le Gouvernement à prévoir une telle dérogation.

L'alinéa 2 sera donc omis.

Article 3

Au paragraphe 2, il convient de préciser ce qu'il y a lieu d'entendre par le "projet N.O.W".

Article 4

1. Au troisième alinéa du paragraphe 1^{er}, le projet doit préciser les critères en fonction desquels le ministre peut accorder la dérogation envisagée.

2. Il n'est pas au pouvoir du Gouvernement wallon de rappeler qu'une disposition relevant du législateur fédéral s'applique. En conséquence, au paragraphe 2, les mots "Sans préjudice de l'article 21 de la loi du 16 mars 1971 sur le travail" doivent être omis.

3. En tant qu'elle prévoit que "le plan est soumis pour avis au conseil d'entreprise/comité de concertation ou, à défaut, à la délégation syndicale", la seconde phrase du paragraphe 5 règle une question qui relève du droit du travail, matière réservée au législateur fédéral en vertu de l'article 6, § 1^{er}, VI, alinéa 5, 12/, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles.

Le texte sera revu en conséquence.

Article 5

1. À l'alinéa 1^{er}, dans la seconde phrase, il incombe au Gouvernement de déterminer de manière exhaustive la composition du comité d'accompagnement des formations, et non pas d'indiquer seulement qui, "au moins", en fait partie.

En outre, il convient de fixer le nombre de représentants de l'administration appelés à faire partie du comité.

2. Il résulte de l'article 13, § 4, du décret du 6 décembre 2007 que le contenu du programme de formation permanente élaboré par le comité d'accompagnement des formations est soumis à l'approbation du Gouvernement - ou de celui de ses membres qui reçoit une délégation à cette fin.

.../...

Contrairement à ce que prévoit la troisième phrase de l'alinéa 2 de la disposition à l'examen, il ne peut donc être admis qu'en l'absence de décision à l'expiration du délai imparti, "le contenu du programme est réputé approuvé".

Cette phrase sera donc omise.

3. La portée exacte de l'alinéa 3 n'apparaît pas clairement. S'il s'agit de confier une mission particulière de contrôle à l'administration, il conviendrait de le préciser. En revanche, s'il ne s'agit que de rappeler les missions de contrôle normal de l'administration, la disposition est inutile et peut être omise.

Article 8

1. Selon l'article 29, alinéa 1^{er}, du décret du 6 décembre 2007, "le Gouvernement attribue par service un nombre maximal annuel d'heures subventionnées d'activités d'aide à la vie quotidienne, dénommé «contingent»". L'alinéa 2 du même article énumère les divers critères sur la base desquels le Gouvernement fixe le contingent : ces critères sont "le contingent attribué au service l'année précédente, le contingent utilisé par le service l'année précédente, le nombre d'habitants de la ou des communes desservies par le service, l'âge des habitants de la ou des communes desservies par le service et la hauteur de la contribution financière des bénéficiaires du service".

À la lecture de l'article 8 du projet d'arrêté, la section de législation n'aperçoit pas comment a été dûment pris en compte dans le mécanisme général de fixation du contingent à attribuer à chaque service le critère de "la hauteur de la contribution financière des bénéficiaires du service".

2. L'article 31 du décret du 6 décembre 2007 charge le Gouvernement de prévoir "un dispositif de mise en commun et de répartition des heures subventionnables attribuées mais non utilisées par certains services". La même disposition précise que "ces heures bénéficient aux services qui ont effectué des activités au-delà des limites du contingent qui leur a été attribué et, si un solde subsiste, aux services en attente d'un agrément".

Le texte à l'examen contient - en particulier aux paragraphes 4 à 6 - des dispositions tendant à établir le dispositif prévu par la disposition citée.

Toutefois, il ne respecte pas pleinement les règles auxquelles l'article 31 du décret du 6 décembre 2007 soumet l'attribution des heures non utilisées par certains services.

Ainsi, au paragraphe 5, b), premier point, il envisage d'attribuer des heures non utilisées à des services de catégorie B, c'est-à-dire à des services qui n'ont pas utilisé la totalité des heures qui leur avaient été attribuées, ce qui ne correspond pas aux prévisions de l'article 31 du décret du 6 décembre 2007.

3. Le texte sera revu à la lumière des observations qui précèdent.

Articles 11 et 21

Ces dispositions prévoient des règles différentes selon que les services concernés relèvent du "secteur privé" ou du "secteur public". En outre, l'article 11, alinéa 1^{er}, 2/, met en place un régime reposant sur une distinction supplémentaire, qui est faite entre catégories de services relevant du "secteur public".

En vue de respecter le principe constitutionnel de l'égalité devant la loi, il appartient au Gouvernement d'être en mesure de justifier ces différences de traitement de manière concrète, pertinente et objective.

.../...

Article 13

En vertu de l'article 26, première phrase, du décret du 6 décembre 2007, il incombe au Gouvernement de fixer le barème des contributions réclamées par les services d'aide aux familles et aux personnes âgées.

Contrairement à ce que prévoit la seconde phrase en projet, le Gouvernement ne peut déléguer purement et simplement au ministre son pouvoir en la matière. Il lui incombe, à tout le moins, de fixer les règles essentielles en la matière.

Le texte sera revu en conséquence.

Article 26

1. Le paragraphe 1^{er} appelle la même observation que celle faite à propos de l'article 13.

2. Les paragraphes 2 à 4 organisent l'octroi de dérogations aux règles fixées par ou en vertu des articles 26, 27 et 34 du décret du 6 décembre 2007.

Le texte doit être fondamentalement revu pour tenir compte de ce qui suit :

a) Si les articles 26 et 27, § 1^{er}, du décret du 6 décembre 2007 prévoient expressément que le Gouvernement peut déroger aux règles qu'ils énoncent, il n'est, par contre, pas prévu qu'il puisse être dérogé à la règle, fixée en application de l'article 34 du même décret, qui détermine la hauteur de la participation de la personne aidée aux frais de déplacement des aides.

b) Les articles 26 et 27, § 1^{er}, du décret du 6 décembre 2007 fixent diverses conditions d'octroi des dérogations qu'ils envisagent.

Ils ne donnent pas au Gouvernement le pouvoir de prendre des dispositions réglementaires qui, comme l'envisagent les paragraphes 2 et 3 en projet, tendent à préciser ces conditions, à en ajouter ou à régler la procédure d'instruction des demandes de dérogation.

En outre, parmi les dispositions à l'examen, s'expose particulièrement à critique celle qui, au paragraphe 3, prévoit qu'à défaut de réponse dans le délai imparti pour statuer sur la demande de dérogation, "la dérogation est considérée comme accordée pour le premier semestre concerné par la demande". Un tel mécanisme de décision implicite n'est, en effet, pas prévu par le décret du 6 décembre 2007.

c) Quant au régime de recours qu'organise le paragraphe 4, alinéa 1^{er}, en projet, il y a lieu de relever que le décret-cadre du 6 novembre 2008 a, dans des dispositions dont, comme indiqué dans l'observation générale n° 2, l'entrée en vigueur devrait être antérieure ou concomitante à celle du décret du 6 décembre 2007 et de l'arrêté en projet, prévu et réglé lui-même un régime de recours contre toute décision prise en matière d'action sociale ou de santé, ce qui inclut les décisions statuant sur une demande de dérogation introduite sur la base de l'article 26 ou de l'article 27, § 1^{er}, du décret du 6 décembre 2007 ⁽⁷⁾.

d) Le paragraphe 4, alinéa 2, appelle les observations suivantes :

- en ce qui concerne les dérogations prévues par l'article 27 du décret du 6 décembre 2007, la première phrase en projet n'a guère d'autre objet que de paraphraser le paragraphe 3, alinéa 1^{er}, seconde phrase, de cette disposition;
- dans la seconde phrase en projet, il est envisagé de déléguer au ministre le pouvoir que l'article 27, § 3, alinéa 2, du décret du 6 décembre 2007 donne au Gouvernement de modifier, dans les circonstances qu'indique le texte, les limites fixées au paragraphe 1^{er} du même article.

⁽⁷⁾ Voir tout particulièrement les articles 65 à 73 du décret-cadre du 6 novembre 2008. La section de législation observe, au demeurant, que l'article 100 du décret-cadre du 6 novembre 2008 a prévu l'abrogation de l'article 27, § 1^{er}, alinéa 5, du décret du 6 décembre 2007, que le paragraphe 4, alinéa 1^{er}, en projet reproduit ou paraphrase très largement.

S'agissant de poser un acte aussi important que la modification d'un décret, une telle délégation excède les limites dans lesquelles il est admis que le Gouvernement délègue ses pouvoirs à l'un de ses membres.

Article 29

La disposition à l'examen tend à exécuter l'article 43 du décret du 6 décembre 2007.

Or, l'article 101 du décret-cadre du 6 novembre 2008 a prévu l'abrogation de l'article 43 du décret du 6 décembre 2007, la matière des plaintes relatives au fonctionnement des services et des institutions qui interviennent dans le domaine de l'action sociale et de la santé, étant désormais appelée à faire l'objet de dispositions applicables à l'ensemble de ces services et de ces institutions ⁽⁸⁾.

Dès lors que, comme indiqué dans l'observation générale n° 2, le décret du 6 décembre 2007 et l'arrêté en projet ne devraient pas entrer en vigueur avant que ne le soient les dispositions du décret-cadre du 6 novembre 2008 portant sur les matières de l'action sociale et de la santé, et les mesures prises pour leur exécution, il convient donc d'omettre l'article à l'examen.

Articles 31 à 34

1. Conformément à l'article 2, 8/, à l'article 4, § 2, et à l'article 5, § 2, du décret du 6 décembre 2007, il incombe au Gouvernement d'arrêter - et non pas d'approuver, comme l'indiquent les dispositions à l'examen - le statut de l'aide familiale, le statut du garde à domicile et la liste des structures d'hébergement collectif qui ne sont pas constitutives d'un domicile au sens du décret.

La formulation des dispositions à l'examen sera revue en conséquence.

⁽⁸⁾ Voir tout particulièrement l'article 38, alinéa 2, 4/, et l'article 76 du décret-cadre du 6 novembre 2008.

2. L'article 32 ne permet pas de déterminer avec suffisamment de précision quelles sont les dispositions du statut de l'aide familiale qui s'appliquent à l'aide senior.

Il serait préférable que l'arrêté indique directement lui-même quelles dispositions sont applicables à l'aide senior.

Article 36

La disposition à l'examen abrogeant l'arrêté de l'Exécutif de la Communauté française du 16 décembre 1988 réglant l'agrément des services d'aide aux familles et aux personnes âgées et l'octroi de subventions à ces services, il convient d'adapter en conséquence l'article 8, alinéa 2, et l'article 14, second tiret, de l'arrêté de l'Exécutif de la Communauté française du 13 novembre 1990 relatif à l'organisation de centres de formation d'aides familiales.

Annexe 1

Au point 1.1 du *littera* B, la liste des filières de formation n'est pas entièrement conforme à ce que prévoit l'article 11, § 2, du décret du 6 décembre 2007.

Le texte sera revu en conséquence.

Annexe 2

Selon l'article 5, § 2, alinéa 2, du décret du 6 décembre 2007, le statut du garde à domicile doit préciser la fonction et la mission de celui-ci.

Le statut du garde à domicile ne peut régler que ces questions.

À la différence de ce que prévoit l'article 4, § 2, alinéa 2, du même décret pour le statut de l'aide familiale, la disposition précitée du décret du 6 décembre 2007 n'a pas prévu que le statut du garde à domicile puisse contenir des règles d'accès à la profession ou des règles de déontologie portant sur les droits et obligations du garde à domicile ⁽⁹⁾.

L'annexe en projet sera revue en conséquence.

Observation finale

Les sections 7, 8 et 9 du chapitre V doivent être pourvues d'un intitulé.

⁽⁹⁾ Lors de la discussion du projet devenu le décret du 6 décembre 2007, un amendement tendant à compléter l'article 5, § 2, alinéa 2, en vue de "faire un parallèle par rapport au statut de l'aide familiale" a été rejeté (*Doc. parl.*, Parl. wall., 2007-2008, n/ 671/4, et n/ 671/21bis, pp. 9 et 15).

La chambre était composée de

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

Le rapport a été présenté par M. B. JADOT, premier auditeur chef de section.

LE GREFFIER,

LE PRÉSIDENT,

C. GIGOT

Ph. HANSE