

KV

ROYAUME DE BELGIQUE

AVIS 46.274/4
DU 29 AVRIL 2009

DE LA SECTION DE LÉGISLATION
DU CONSEIL D'ÉTAT

Le CONSEIL D'ÉTAT, section de législation, quatrième chambre, saisi par la Ministre de l'Enfance, de l'Aide à la jeunesse et de la Santé de la Communauté française, le 19 mars 2009, d'une demande d'avis, dans un délai de trente jours prorogé jusqu'au 30 avril 2009 ^(*), sur un projet d'arrêté du Gouvernement de la Communauté française "en matière de dépistage des anomalies congénitales en Communauté française", a donné l'avis suivant :

(*) Par courriel du 26 mars 2009.

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

Le 24 mars 2009, le Parlement de la Communauté française a adopté un décret modifiant le décret du 14 juillet 1997 portant organisation de la promotion de la santé en Communauté française (ci-après le "décret du 14 juillet 1997").

La déléguée du Gouvernement a communiqué à la section de législation du Conseil d'État le parchemin du décret ainsi adopté.

Il apparaît qu'en l'état des textes publiés au Moniteur belge au moment où le présent avis est donné, ce décret n'a pas encore été publié.

Toutefois, dès lors que ledit décret a été effectivement adopté par le Parlement, il a été pris en considération pour l'examen du texte en projet ⁽¹⁾.

C'est donc sous réserve de la sanction et de la promulgation de ce décret, de sa publication et de son entrée en vigueur, que les observations qui suivent sont faites.

⁽¹⁾ Plus spécialement, il a été tenu compte de l'article 9 de ce décret qui prévoit notamment que "le programme quinquennal de promotion de la santé, visé à l'article 2, § 1^{er}, du décret du 14 juillet 1997 précité, couvrant la période 2004-2008, est prolongé à partir du 1^{er} janvier 2009 jusqu'au 31 décembre 2010."

Observations générales

1. Tel que le texte en projet est rédigé, il peut être compris comme imposant aux parents des nourrissons l'obligation d'accepter que leurs enfants fassent l'objet de ces tests de dépistage.

Sans qu'il faille répondre à la question de savoir si la Communauté française pourrait imposer une telle obligation au titre de sa compétence en matière de médecine préventive telle que définie à l'article 5, § 1^{er}, I, 2/, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, il suffit de constater qu'aucune disposition du décret du 14 juillet 1997 n'impose une telle obligation, ou n'habilite le Gouvernement à imposer celle-ci.

La note au Gouvernement relative au texte en projet montre d'ailleurs que l'intention de l'auteur du projet est de mettre en place un programme dans lequel "le dépistage est gratuit mais non obligatoire".

Par conséquent, le texte en projet gagnerait à être revu afin de faire apparaître clairement l'intention de l'auteur du projet telle qu'exprimée dans la note au Gouvernement.

2. Il résulte de l'article 6 de l'arrêté en projet que seuls trois centres de dépistage des anomalies congénitales pourront être agréés. Par ailleurs, l'article 13 du texte en projet impose comme condition d'agrément le fait d'"être rattaché à une université relevant de la Communauté française".

Bien que la condition consistant à "être rattaché à une université de la Communauté française" n'ait pas une portée très précise, il est manifeste que ces deux dispositions limitent fortement l'accès à l'agrément pour les candidats centres de dépistage agréés.

Au regard du principe d'égalité, l'auteur du projet doit être en mesure de justifier ces restrictions par des motifs exacts en fait, admissibles en droit, raisonnables, adéquats, et de nature à démontrer que la limitation ainsi apportée se trouve dans un rapport de proportionnalité raisonnable avec l'objectif de santé public ici poursuivi.

À cet égard, force est de constater que le dossier transmis au Conseil d'État n'apporte aucune justification.

Le seul élément que contient le dossier sur cette question repose sur le fait qu'actuellement, en exécution de l'arrêté royal du 13 mars 1974 relatif à l'agrément des services de dépistage des anomalies congénitales métaboliques et à l'octroi de subventions à ces services ⁽²⁾, seuls trois centres de dépistage sont agréés pour la Communauté française, étant les centres suivants : "UCL Saint-Luc; ULg CHU Sart-Tilman et ULB centre de dépistage néonatal" ⁽³⁾.

Cet élément ne saurait à lui seul justifier les limitations prévues par le texte en projet.

L'auteur du projet examinera ces limitations au regard de la présente observation.

3. L'article 17^{ter}, § 2, du décret du 14 juillet 1997 fait obligation au Gouvernement de fixer la procédure et les conditions d'agrément des structures visées à l'article 17^{ter}, § 1^{er}.

Au regard de cette disposition, le texte en projet appelle les observations suivantes.

⁽²⁾ Arrêté royal que le texte en projet entend abroger.

⁽³⁾ Voir la note au Gouvernement - première lecture, relative au texte en projet.

3.1. Il ne peut être satisfait à l'obligation faite au Gouvernement de fixer la procédure et les conditions d'agrément des structures visées à l'article 17^{ter}, § 1^{er}, ainsi qu'au respect du principe d'égalité entre les différentes personnes agréées que si les conditions d'agrément concernées sont définies avec une précision suffisante.

Tel n'est pas le cas des conditions définies à l'article 13 du projet. Ainsi :

- 1/ au 3/, comme déjà mentionné à l'observation précédente et sous réserve de celle-ci, la condition consistant à "être rattaché à une université relevant de la Communauté française" n'est pas claire : plus spécialement, il convient de préciser la notion même de rattachement;
- 2/ au 5/, il convient de préciser quels seront les critères qui seront mis en oeuvre par l'autorité pour apprécier si le docteur en médecine visé est, ou non, "compétent en matière de dépistage des anomalies congénitales dans le sang";
- 3/ plusieurs conditions d'agrément sont rédigées en ce sens que le demandeur d'agrément et les membres de son personnel doivent, pour que l'agrément soit délivré, s'engager à respecter des obligations déterminées ⁽⁴⁾; ceci ne peut être admis; il incombe en effet au Gouvernement, de fixer les conditions d'agrément directement lui-même, sans que la personne qui demande l'agrément - ou son personnel - doive en outre s'engager à respecter les conditions en question, en veillant, le cas échéant, à distinguer les conditions préalables à l'agrément de celles requises pour son maintien ⁽⁵⁾;

⁽⁴⁾ Voir les conditions fixées à l'article 13, 5/, alinéa 2, 6/, 8/ et 9/.

⁽⁵⁾ En ce sens, voir notamment l'avis 39.927/4, donné le 6 novembre 2006, par la section de législation du Conseil d'État sur un projet devenu l'arrêté du Gouvernement wallon du 25 janvier 2007 relatif à l'agrément des "écoles de pêche" et des formateurs ainsi qu'à l'octroi de subventions aux "écoles de pêche" agréées, ainsi que l'avis 40.059/4, donné le 12 avril 2006, par la section de législation du Conseil d'État sur un projet devenu l'arrêté du Gouvernement wallon du 1^{er} juin 2006 fixant les modalités d'agrément des auditeurs pour la réalisation d'audits énergétiques dans le secteur du logement.

- 4/ la condition prévue au 9/ porte sur le fait que le dépistage doit répondre "à des critères de qualité admis internationalement, notamment en s'inspirant des recommandations de l'ISNS (International Society for Neonatal Screening)"; cette exigence manque de précision; c'est au Gouvernement de déterminer quels sont les critères de qualité imposés; à cet égard, le renvoi à des normes internationales est certes admissible, mais il doit alors être opéré avec précision, sans ambiguïté et à la condition de s'assurer de la publication dans les formes légales des normes internationales concernées ⁽⁶⁾.

3.2. L'article 17^{ter}, § 2, alinéa 2, du décret précité du 14 juillet 1997 prévoit que les conditions d'agrément doivent porter notamment sur l'appareillage et les conditions techniques, les qualifications du personnel et les critères de qualité pour la réalisation des programmes.

A priori, la section de législation n'aperçoit pas quelles peuvent être les dispositions de l'arrêté en projet qui fixent les conditions d'agrément des centres de dépistage qui portent "sur l'appareillage et les conditions techniques".

Le texte en projet doit être revu afin de fixer de telles conditions.

3.3. Les obligations imposées aux centres de dépistage par les articles 7 à 12 du projet ne sont pas rédigées en ce sens qu'elles constitueraient des conditions mises à l'octroi ou au maintien de l'agrément.

Si l'intention de l'auteur du projet est de subordonner le maintien de l'agrément des centres de dépistage à la bonne exécution des missions qui leur sont confiées, le texte en projet doit le faire apparaître expressément.

⁽⁶⁾ Voir à ce propos l'avis 39.065/4, donné le 6 octobre 2005, par la section de législation du Conseil d'État sur un projet devenu l'arrêté du Gouvernement de la Communauté française du 20 janvier 2006 en matière de dépistage de cancer du sein par mammographie.

4. Le chapitre 2 de l'arrêté en projet a trait au "pilotage" du programme de médecine préventive en matière de dépistage des anomalies congénitales.

Ce chapitre, qui comprend les articles 2 à 5 du projet, appelle les observations suivantes.

4.1. L'article 17*bis*, § 1^{er}, alinéa 4, du décret du 14 juillet 1997 prévoit que les programmes de médecine préventive à vocation communautaire sont pilotés par un centre de référence, désigné par le Gouvernement, après avis du Conseil supérieur de promotion de la santé, étant entendu qu'à titre exceptionnel, le Gouvernement peut toutefois décider que certains programmes sont pilotés par l'administration.

L'article 2 de l'arrêté en projet confie précisément le "pilotage" du programme concerné à l'administration.

Dès lors que le décret du 14 juillet 1997 impose qu'un tel système ne soit retenu qu'à titre exceptionnel, il appartient à l'auteur du projet d'être en mesure de démontrer l'absolue nécessité de confier à l'administration le pilotage du programme en l'espèce.

À ce propos, il résulte de la note au Gouvernement relative à l'adoption du texte en projet en première lecture que le choix de l'administration pour piloter le programme de dépistage des anomalies congénitales "s'explique par le fait que le programme existe et fonctionne correctement depuis plusieurs années, avec une excellente expertise scientifique".

Afin d'éviter toute critique au regard de l'article 17*bis*, § 1^{er}, alinéa 4, du décret du 14 juillet 1997, cette justification gagnerait à être étoffée.

4.2. Les articles 3 à 5 de l'arrêté en projet mettent en place un comité de pilotage du programme et définissent les missions de ce comité. Ces missions sont essentiellement consultatives. L'article 5, alinéa 3, du projet confère toutefois un pouvoir de décision au comité, qui doit "marquer son accord sur les techniques analytiques utilisées par les centres de dépistage dans le respect des méthodes scientifiques reconnues internationalement". Par ailleurs, une mission de surveillance et de contrôle lui est

.../...

également confiée puisque l'article 5, alinéa 6, prévoit que ce comité "veille à ce que les dispositions légales et réglementaires relatives à la vie privée soient respectées dans le cadre de la mise en oeuvre du programme."

Selon l'article 4, du projet, le comité doit élaborer son règlement d'ordre intérieur et le soumettre à l'approbation du Gouvernement.

La composition du comité est réglée par la même disposition. Il est ainsi prévu que le comité sera composé non seulement de représentants de l'administration, mais aussi de personnes étrangères à celle-ci, parmi lesquelles figure le coordinateur de chaque centre de dépistage, un représentant des médecins responsables des centres de maladies métaboliques, un représentant des centres universitaires d'endocrinologie pédiatrique, un représentant du Conseil supérieur de génétique -qui relève de la compétence de l'autorité fédérale-, deux représentants de l'Office de la Naissance et de l'Enfance, un pédiatre attaché à un service de maternité.

Le Gouvernement ne trouve dans l'article 87 de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles et dans le décret du 14 juillet 1997, aucune disposition susceptible de procurer un fondement légal à l'institution d'un comité doté d'un pouvoir de décision (article 5, alinéa 3) et d'une mission de contrôle (article 5, alinéa 6) et composé de membres n'émanant pas des services de la Communauté française. Au surplus, la Communauté française n'est pas compétente pour créer unilatéralement un organe composé de représentants d'organes relevant de la compétence de l'autorité fédérale.

Les articles 3 à 5 du projet sont donc, dans cette mesure, dépourvus de fondement légal.

L'auteur du projet pourrait toutefois envisager la mise en place d'un organe purement consultatif, le cas échéant, moyennant le respect de l'article 92^{ter} de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles.

L'arrêté en projet sera revu en conséquence.

Observations particulières

Préambule

1. À l'alinéa 1^{er} du préambule, il conviendra de mentionner également l'article 3^{ter} du décret du 14 juillet 1997, inséré par le décret adopté par le Parlement de la Communauté française le 24 mars 2009.

2. Les arrêtés du Gouvernement de la Communauté française visés aux alinéas 2 à 4 du préambule ne procurent pas de fondement juridique à l'arrêté en projet qui ne les abroge pas et ne les modifie pas.

Ils ne doivent donc pas figurer au préambule sous forme de visas mais peuvent y être mentionnés par le biais de considérants ⁽⁷⁾. Le préambule sera revu en conséquence.

3. L'avis du Conseil supérieur de promotion de la santé n'est pas requis préalablement à l'adoption de l'arrêté en projet.

Il ne doit donc pas figurer au préambule sous forme de visa mais peut y être mentionné par le biais d'un considérant.

4. L'alinéa relatif à l'avis du Conseil d'État doit être mentionné comme suit :

"Vu l'avis 46.274/4 du Conseil d'État, donné le 29 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;" ⁽⁸⁾.

⁽⁷⁾ Voir *Principes de technique législative - Guide de rédaction des textes législatifs et réglementaires*, 2008, onglet "Technique législative", recommandation n/ 39, www.conseildetat.be (29/04/2009).

⁽⁸⁾ 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 (29/04/2009).

Dispositif

Article 7

Au 6/ de l'article 7 du projet, la section de législation se demande comment le centre de dépistage pourra "s'assurer que les cas positifs avérés sont effectivement pris en charge" : en effet, le centre ne dispose d'aucun pouvoir de contrainte à l'égard des tiers et aucun pouvoir de ce type ne peut au demeurant lui être conféré.

Le 6/ en projet doit être revu à la lumière de cette observation. Sur ce point, si le 6/ en projet entend se référer aux obligations qui pèsent sur le centre de dépistage, en application de l'article 11, celles-ci devraient apparaître plus clairement.

Article 12

Le paragraphe 2 de l'article 12 du projet dispose comme suit :

"S'il appert qu'un centre de dépistage désire utiliser des données non anonymes en dehors du cadre du présent programme, celui-ci ne le fera qu'après avis favorable du comité d'éthique le concernant, ainsi qu'après avis favorable du Comité sectoriel visé aux articles 37 et suivants de la loi du 15 janvier 1990 relative à l'institution et à l'organisation d'une Banque-carrefour de la sécurité sociale."

Cette disposition ne peut être admise car la Communauté française ne peut rappeler des obligations qui s'imposent en vertu d'une législation et d'une réglementation qui relèvent de la compétence de l'autorité fédérale, ni, *a fortiori*, confier des missions à des structures qui relèvent de la compétence de cette même autorité.

Le paragraphe 2 de l'article 12 sera donc omis.

Article 14

1. L'article 14 du projet fait état d'une liste de maternités fixée par l'administration. Il résulte par ailleurs de cette disposition que l'administration est habilitée à ajouter le cas échéant des nouveaux tests de dépistage à ceux qui figurent dans "la liste" (lire vraisemblablement : "la liste des tests qui figurent à l'article 7, § 2, 1/, de l'arrêté en projet").

De telles dispositions ne sont pas admissibles. Comme le Conseil d'État l'a déjà rappelé, il ne peut être accordé de délégation d'un pouvoir réglementaire à l'administration, dépourvue de la personnalité juridique.

La disposition à l'examen sera revue afin qu'une autorité assumant la responsabilité politique soit habilitée à adopter les mesures concernées. En effet, si l'article 69 de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles permet au Gouvernement de déléguer son pouvoir réglementaire, c'est dans les limites de l'admissibilité des délégations au regard des principes constitutionnels, tels qu'ils résultent notamment de l'unité du pouvoir réglementaire et de la responsabilité politique des ministres devant le Parlement ⁽⁹⁾.

2. Par ailleurs, il convient que l'arrêté en projet établisse lui-même les règles essentielles permettant de déterminer le montant du "financement" additionnel visé à l'article 14, § 2, du projet. Cette disposition sera complétée en conséquence.

⁽⁹⁾ Voir en ce sens, par exemple, l'avis 42.112/4, donné le 12 février 2007, sur un avant-projet devenu le décret du 6 décembre 2007 relatif aux services d'aide aux familles et aux personnes âgées (*Doc. parl.*, Parl. wall., 2007-2008, n° 671/1); voir également l'avis 44.132/4, donné le 10 mars 2008, par la section de législation du Conseil d'État sur un projet devenu l'arrêté du Gouvernement de la Communauté française du 11 juillet 2008 relatif au programme de dépistage du cancer du sein par mammographie numérique en Communauté française.

Article 18

L'article 18 du projet dispose comme suit :

"En vertu de l'article 1^{er}, § 1^{er}, alinéa 6 du décret du 14 juin 2001 modifiant la loi du 27 juillet 1971 sur le financement et le contrôle des institutions universitaires, la perception d'une participation dans les frais généraux dans le chef de l'université n'est pas d'application."

L'article 1^{er} du décret du 14 juin 2001 modifiant la loi du 27 juillet 1971 sur le financement et le contrôle des institutions universitaires ne comporte pas de paragraphe 1^{er}.

En revanche, il insère dans la loi précitée du 27 juillet 1971 un article 39bis qui comporte un paragraphe 1^{er} qui compte six alinéas et dispose comme suit :

"Les institutions universitaires perçoivent une participation dans les frais généraux pour :

- toutes les missions de recherche accomplies pour des tiers contre rétribution dans le cadre de conventions ou de subventions;
- pour les livraisons à des tiers de services ou fournitures découlant des connaissances, des technologies, des résultats de recherche scientifique ou de recherches scientifiques thématiques dont dispose l'institution universitaire.

Le taux de cette participation est d'au moins 15 % et se calcule sur le montant total de ces conventions, subventions ou livraisons, à l'exclusion de cette participation.

Le produit de cette participation est attribué au patrimoine non affecté des institutions universitaires.

Aucune convention, subvention ou livraison de services ou fournitures à des tiers ne peut être acceptée sans l'autorisation préalable de l'institution universitaire.

Ne sont pas soumis à cette participation les programmes de recherche fondamentale à savoir, ceux qui ont pour sources de financement :

1/ les allocations annuelles visées par les articles 25 et 34 de la présente loi;

2/ les subventions du Fonds national de la recherche scientifique, du Fonds de la recherche fondamentale collective sur initiative des chercheurs, du Fonds de recherche scientifique médicale, du Fonds pour la formation à la recherche dans l'industrie et dans l'agriculture et de l'Institut inter-universitaire des sciences nucléaires;

.../...

3/ les subventions du Fonds de la recherche fondamentale collective d'initiative ministérielle;

4/ les actions de recherche concertées;

5/ et les Fonds spéciaux pour la recherche.

L'institution universitaire précise dans son règlement d'ordre intérieur les modalités de cette perception."

L'intention de l'auteur du projet est manifestement de viser, dans l'article 18 à l'examen, l'alinéa 5, du paragraphe 1^{er} de l'article 39bis ainsi reproduit.

Dans cette mesure, l'article 18 du projet appelle l'observation suivante.

Il faut tout d'abord constater que l'article 39bis, § 1^{er}, alinéa 5, précité ne comporte aucune habilitation au Gouvernement pour définir les programmes de recherche qui ne sont pas soumis à la participation aux frais généraux.

Il s'en déduit que ne sont pas soumis à cette participation les seuls programmes énumérés à cet alinéa 5.

Dans ces conditions, de deux choses l'une :

- soit l'article 18 du projet entend rappeler la teneur de cet alinéa 5, dans la limite du champ d'application de celui-ci : dans ce cas, cette disposition est inutile; en tout état de cause, il n'appartient pas au Gouvernement de reproduire, dans un arrêté réglementaire, une règle déjà inscrite dans une disposition de nature législative; en effet, pareil procédé peut induire en erreur sur la nature de la règle en question; il laisse par ailleurs à penser qu'il est au pouvoir du Gouvernement de modifier cette règle alors que ce pouvoir appartient au seul législateur;
- soit le texte en projet entend étendre le champ d'application de l'alinéa 5 précité; or, il n'est pas au pouvoir du Gouvernement de modifier ainsi une disposition décrétole.

Quelle que soit l'hypothèse, il se déduit de ce qui précède que l'article 18 du projet doit être omis.

.../...

3. Au paragraphe 3, alinéa 2, il y a lieu de supposer que c'est le montant initial qui est indexé.

Article 27

Le paragraphe 1^{er} de la disposition à l'examen est rédigé de telle manière qu'il peut être compris comme impliquant qu'une fois la procédure lancée, elle mène dans tous les cas au retrait de l'agrément, ce qui ne se peut.

Afin de remédier à cette difficulté, il convient de remplacer, dans ce paragraphe 1^{er}, les mots "de retirer l'agrément" par les mots "statuant sur le retrait éventuel de l'agrément".

Article 31

La date d'entrée en vigueur de l'arrêté en projet doit être complétée.

La chambre était composée de

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

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

LE GREFFIER,

LE PRÉSIDENT,

C. GIGOT

Ph. HANSE