

KONINKRIJK BELGIË

ADVIES 46.402/3
VAN 12 MEI 2009

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

De RAAD VAN STATE, afdeling Wetgeving, derde kamer, op 7 april 2009 door de Leden van het Verenigd College bevoegd voor het beleid inzake Bijstand aan personen verzocht hun, binnen een termijn van dertig dagen, verlengd tot 20 mei 2009, van advies te dienen over een ontwerp van besluit van het Verenigd College van de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie "tot vaststelling van de procedures voor de programmering en de erkenning van de voorzieningen voor opvang of huisvesting van bejaarde personen die tot de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie behoren", heeft het volgende advies gegeven:

1. Met toepassing van artikel 84, § 3, eerste lid, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, heeft de afdeling Wetgeving zich toegespitst op het onderzoek van de bevoegdheid van de steller van de handeling, van de rechtsgrond, alsmede van de vraag of aan de te vervullen vormvereisten is voldaan.

*
* *

STREKKING EN RECHTSGROND VAN HET ONTWERP

2. De ordonnantie van 24 april 2008 betreffende de voorzieningen voor opvang of huisvesting van bejaarde personen, bevat een erkenningsregeling voor de voorzieningen die tot de bevoegdheidssfeer van de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie behoren, voor de opvang of de huisvesting van bejaarde personen.

Het voor advies voorgelegde ontwerp van besluit van het Verenigd College van de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie (hierna: Verenigd College) strekt ertoe een aantal procedurele aspecten nader te regelen, enerzijds, van de aanvragen tot het verkrijgen van verschillende types van vergunningen en tot het verkrijgen van de erkenning en de vernieuwing van de erkenning en, anderzijds, van de weigering of de intrekking van de voorlopige werkingsvergunning of de erkenning, en van de sluiting van de voorziening.

Het ontwerp komt in grote mate overeen met het bepaalde in het besluit van het Verenigd College van de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie van 7 oktober 1993 tot vaststelling van de procedure betreffende de voorlopige werkingsvergunning, de erkenning, de weigering en de intrekking van de erkenning en de sluiting van de inrichtingen die bejaarden huisvesten en is bedoeld om de in plaats ervan te komen.

.../...

3.1. De rechtsgrond voor het ontworpen besluit wordt globaal geboden door de artikelen 6, tweede lid, 7, § 1, tweede lid, 10, § 1, tweede lid, 12, eerste en zesde lid, 13, eerste lid, en artikel 18 van de ordonnantie van 24 april 2008.

3.2. Enkele bepalingen van het ontworpen besluit behoeven evenwel, wat de rechtsgrond betreft, een nader onderzoek.

3.2.1. Luidens artikel 5, eerste lid, 11/, van het ontwerp dient het dossier, om ontvankelijk te zijn, onder andere "een afschrift van het contract van beroepsaansprakelijkheidsverzekering dat de aanspraakelijkheid (lees: aansprakelijkheid) van de directeur en het personeel van de voorziening dekt", te bevatten.

Het neerleggen van een afschrift van het contract van beroepsaansprakelijkheidsverzekering kan niet worden gekwalificeerd als een ontvankelijkheidsvoorwaarde, tenzij de verplichting om te beschikken over zulk een verzekering als een erkenningsnorm zou gelden.

Op dit ogenblik maakt deze verplichting deel uit van de erkenningsnormen ⁽¹⁾, maar in het ontwerp van besluit van het Verenigd College tot vaststelling van de erkenningsnormen waaraan de voorzieningen voor opvang of huisvesting van bejaarde personen moeten voldoen alsmede tot nadere omschrijving van de groepering en de fusie en de bijzondere normen waaraan deze moeten voldoen, waarover de Raad van State, afdeling Wetgeving, advies 46.473/3 geeft, wordt deze verplichting echter niet meer rechtstreeks opgelegd ⁽²⁾.

Bijgevolg zou na de inwerkingtreding van het laatstgenoemde ontwerp twijfel kunnen bestaan over het feit of de verplichting om het genoemde afschrift neer te leggen wel een ontvankelijkheidsvoorwaarde is en of er voor het opleggen ervan wel rechtsgrond aanwezig is.

⁽¹⁾ Zie artikel 13, 3/, van het besluit van het Verenigd College van 14 maart 1996 tot vaststelling van de normen waaraan de inrichtingen die bejaarden huisvesten moeten voldoen.

⁽²⁾ Artikel 7, 9/, van ontwerp 46.473/3 bepaalt enkel dat het huishoudelijk reglement vermeldt dat de voorziening een dergelijke verzekering heeft aangegaan.

3.2.2. De artikelen 4 tot 7 hebben betrekking op de voorlopige werkingsvergunning.

Uit artikel 13, eerste lid, van de ordonnantie van 24 april 2008 volgt dat een voorlopige werkingsvergunning wordt toegekend indien de aanvrager reeds een specifieke vergunning tot ingebruikneming en exploitatie ⁽³⁾ heeft verkregen, alsmede aan de beheerder van de in artikel 2, 4/, b), \$), van deze ordonnantie bedoelde voorzieningen die een eerste aanvraag om erkenning indient, voor zover die aanvraag aan de door het Verenigd College gestelde ontvankelijkheidsvoorwaarden voldoet.

Uit de bewoordingen van dat artikel 13, eerste lid, moet worden afgeleid dat wanneer aan de erin vermelde voorwaarden is voldaan, de voorlopige werkingsvergunning moet worden toegekend, en dat het Verenigd College ⁽⁴⁾ terzake geen discretionaire bevoegdheid heeft.

Uit de artikelen 6 en 7 ⁽⁵⁾ van het ontwerp blijkt evenwel dat de voorlopige werkingsvergunning enkel wordt "meegedeeld", niet alleen wanneer de voorziening kan werken "overeenkomstig de inlichtingen (...) in het beschrijvend dossier", maar ook wanneer "de voorziening kan werken in omstandigheden verenigbaar met de normen waaraan moet worden voldaan" ⁽⁶⁾. Zodoende worden inzake het verkrijgen van de voorlopige werkingsvergunning voorwaarden toegevoegd aan de voorwaarden die zijn opgesomd in artikel 13, eerste lid, van de ordonnantie van 24 april 2008. Daarvoor kan echter geen rechtsgrond worden gevonden in voormeld artikel 13, eerste lid, dat enkel toelaat om "ontvankelijkheidsvoorwaarden" vast te stellen, en evenmin in artikel 18 van diezelfde ordonnantie. Dat artikel 18 laat weliswaar toe bepalingen vast te stellen inzake "de procedure, de kennisgeving, of de uitvoering", maar niet inzake "toekenningsvoorwaarden" van de betrokken vergunning en *a fortiori* niet van

⁽³⁾ Zie de artikelen 6 en volgende van de ordonnantie van 24 april 2008.

⁽⁴⁾ De ontvankelijkheidsvoorwaarden worden bepaald in artikel 5 van het ontwerp.

⁽⁵⁾ Uit artikel 15 van het ontwerp blijkt duidelijk dat de voorlopige werkingsvergunning kan worden geweigerd.

⁽⁶⁾ Met die normen wordt blijkbaar bedoeld op de (erkennings)normen waarvan gewag wordt gemaakt in artikel 11, § 1, vijfde lid, van de ordonnantie van 24 april 2008.

voorwaarden die haaks lijken te staan op een optie die in de ordonnantie zelf is genomen.

De conclusie is dan ook dat voor de artikelen 6 en 7 in hun huidige vorm geen rechtsgrond aanwezig is.

3.2.3. Bij de artikelen 21 en 24 van het ontwerp wordt de burgemeester onder meer belast met de "uitvoering" van respectievelijk het bevel tot onmiddellijke sluiting en het bevel tot sluiting van een voorziening.

Artikel 116 van de Nieuwe Gemeentewet voorziet weliswaar in de mogelijkheid voor de gemeenschapscommissies om de overheden van de provincies en de gemeenten te belasten met de uitvoering van de ordonnanties, de reglementen en de besluiten van de gemeenschapscommissies, doch die opdracht moet uitgaan van het bevoegde orgaan van de gemeenschapscommissies, te dezen van de ordonnantiegever.

Bij ontstentenis van een uitdrukkelijke ordonnantiebepaling in die zin, moet derhalve worden vastgesteld dat het Verenigd College niet de bevoegdheid heeft om aan de gemeentelijke overheden de in het ontwerp bedoelde taken op te dragen.

ALGEMENE OPMERKING

4. Bij de ordonnantie van 24 april 2008 wordt een erkenning als voorwaarde voor de uitbating van een voorziening bedoeld in artikel 2, 4/, van die ordonnantie, alsook van het vooraf verkrijgen van een specifieke vergunning tot ingebruikneming en exploitatie en van een vergunning voor werken ingesteld. Zoals de algemene vergadering van de Raad van State, afdeling Wetgeving, er in haar advies 45.609/AG heeft op gewezen, is het niet uitgesloten dat, althans wat bepaalde voorzieningen betreft, zulk een erkennings- en vergunningsregime kan worden beschouwd als een vergunningsstelsel in de zin van richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende diensten op de interne markt (hierna: dienstenrichtlijn) ⁽⁷⁾.

⁽⁷⁾ Advies 45.609/AG van 3 februari 2009 over een voorontwerp van decreet van het Waalse Gewest "relatif à l'hébergement et à l'accueil des personnes âgées", opmerkingen 3.1 tot 6 (*Parl. St.*, Waals Parl., 2008-2009, nr. 971/1, blz. 30-37).

Al kan het beginsel van het erkennings- en vergunningsvereiste thans niet meer worden getoetst gelet op het bepaalde in de ordonnantie van 24 april 2008, dient toch te worden gewezen op de bij artikel 39, lid 1, van die richtlijn opgelegde verplichting om de Europese Commissie te rapporteren over de vergunningsstelsels en de in het raam daarvan gestelde eisen, en op aan het in het raam hiervan vereiste onderzoek van de interne regelgeving (zie considerans 74 van die richtlijn).

In de mate dat de dienstenrichtlijn van toepassing is op bepaalde bij het ontwerp bedoelde voorzieningen (wat kan afhangen van de feitelijke toestand inzake de ouderenvoorzieningen in het tweetalige gebied Bussel-Hoofdstad), en kan worden aangetoond dat is voldaan aan de bij artikel 9 van de dienstenrichtlijn gestelde voorwaarden opdat een vergunningsstelsel kan worden ingevoerd, dient bovendien te worden nagegaan of de vergunningsvoorwaarden in overeenstemming zijn met de bij die richtlijn gestelde vereisten.

Te dien aanzien kan worden verwezen naar het reeds genoemde advies 45.609/AG, waarin het volgende wordt opgemerkt:

"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⁽⁸⁾, 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⁽⁹⁾.

BIJZONDERE OPMERKINGEN

Opschrift

5. Hoewel de vergunningen bedoeld in de hoofdstukken II en III van het ontwerp noodzakelijk zijn voor het exploiteren van voorzieningen waarvoor een programmatie bestaat, heeft het ontwerp op zichzelf genomen geen betrekking op "de procedures voor de programmering". Teneinde elke verwarring over het voorwerp van het ontworpen besluit te vermijden, passe men het opschrift ervan aan, bijvoorbeeld in de zin van het besluit van 7 oktober 1993 waarvan de opheffing wordt beoogd.

Aanhef

6. Het eerste lid van de aanhef dient te worden weggelaten, nu artikel 116 van de Nieuwe Gemeentewet geen rechtsgrond kan bieden voor het ontworpen besluit.

⁽⁸⁾ Voetnoot 55 uit het geciteerde advies: Dont, notamment, la limitation du nombre d'opérateurs économiques autorisés à s'établir.

⁽⁹⁾ Voetnoot 56 uit het geciteerde advies: 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.

7. Conform hetgeen is opgemerkt betreffende de rechtsgrond voor het ontworpen besluit, dient in het tweede lid van de aanhef de verwijzing naar de artikelen 12, vijfde lid, en 14 tot 17 te worden weggelaten, en dient bijkomend te worden verwezen naar de artikelen 6, tweede lid, en 12, zesde lid, van de ordonnantie van 24 april 2008.

8. Volgens de meest recente wetgevingstechnische voorschriften verdient het aanbeveling in de aanhef de verwijzing naar het advies van de Raad van State als volgt te redigeren:

"Gelet op advies 46.402/3 van de Raad van State, gegeven op 12 mei 2009, met toepassing van artikel 84, § 1, eerste lid, 1/, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973;" ⁽¹⁰⁾.

Artikel 18

9. Het is niet duidelijk hoe artikel 18 van het ontwerp zich verhoudt tot artikel 17, § 1, tweede lid, van de ordonnantie van 24 april 2008, hoewel dit artikel 18 uitdrukkelijk de toepassing van artikel 17, § 1, tweede lid, onverlet laat.

Uit artikel 17, § 1, tweede lid, van de ordonnantie volgt immers dat de voorziening drie maanden na de kennisgeving van de weigerings- of intrekkingbeslissing wordt gesloten, terwijl krachtens de ontworpen bepaling een weigering of intrekking van de voorlopige werkingsvergunning of erkenning "de sluiting van de betrokken voorziening tot gevolg (heeft) op de datum van haar kennisgeving".

Artikel 18 van het ontwerp dient op dat punt te worden verduidelijkt.

⁽¹⁰⁾ *Beginselen van de wetgevingstechniek. Handleiding voor het opstellen van wetgevende en reglementaire teksten*, Raad van State, 2008, nr. 36.1, formule F 3-5-2, te raadplegen op de internetsite van de Raad van State (www.raadvst-consetat.be).

Artikelen 21 en 24

10. Onverminderd opmerking 3.2.3 dient, met betrekking tot de artikelen 21 en 24 van het ontwerp, het volgende te worden opgemerkt.

Krachtens de artikelen 21 en 24 van het ontwerp is de burgemeester belast met de "uitvoering" van respectievelijk het bevel tot onmiddellijke sluiting en het bevel tot sluiting van een voorziening. In die bepalingen wordt in het midden gelaten of de burgemeester kan overgaan tot "gedwongen uitvoering". Volgens artikel 21 lijkt dat wel degelijk zo, nu de burgemeester tot "onmiddellijke evacuatie" kan overgaan; in artikel 24 wordt enkel gewag gemaakt van het nemen van "alle noodzakelijke maatregelen". In dat verband moet op het volgende worden gewezen ⁽¹¹⁾.

De beslissing om tot sluiting over te gaan, is bindend voor de betrokkene. Die bestuurshandeling geniet bovendien het "privilège du préalable", krachtens hetwelk ze uitvoerbaar is zolang ze zelf niet vernietigd, opgeheven of ingetrokken is, ongeacht of ze regelmatig dan wel onregelmatig is ⁽¹²⁾.

Dat een eenzijdige bestuurshandeling de burger bindt, betekent nog niet dat de administratie zelf tot gedwongen uitvoering kan overgaan, zonder zich daarvoor tot de rechter te wenden ⁽¹³⁾. Integendeel, de administratie is daartoe niet gerechtigd, "wanneer geen wettekst haar daartoe machtigt en er geen bijzondere omstandigheden zijn die een dringend ingrijpen noodzakelijk maken, ten einde een ernstige verstoring van de openbare orde te voorkomen" ⁽¹⁴⁾.

⁽¹¹⁾ Zie advies 45.217/3 van 4 november 2008 over een voorontwerp dat geleid heeft tot het Woonzorgdecreet van 13 maart 2009, *Parl. St.*, VI. Parl. 2008-2009, nr. 1975/1, p. 154-155 en advies 45.365/3 van 25 november 2008 over een voorontwerp dat geleid heeft tot het decreet van 20 maart 2009 houdende diverse bepalingen betreffende het beleidsdomein Welzijn, Volksgezondheid en Gezin, *Parl. St.*, VI. Parl., 2008-2009, nr. 2020/1, pp. 69-70.

⁽¹²⁾ R.v.St., 21 oktober 1994, Legrand, nr. 49.811.

⁽¹³⁾ A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME EN J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch Administratief recht*, Mechelen, 2006, 17^{de} uitgave, p. 7-8, nr. 9.

⁽¹⁴⁾ Cass., 20 januari 1994, *Arr. Cass.*, 1994, I, p. 79, nr. 35, met noot en *Rev. dr. commun.*, 1994-95, 232, met noot van M. NIHOUL.

Indien de stellers van het ontwerp met de ontworpen bepaling de bedoeling zouden hebben om aan een bestuurlijke overheid de bevoegdheid te verlenen om de ambtshalve tenuitvoerlegging van een bepaalde overheidsbeslissing mogelijk te maken, waardoor wordt afgeweken van de regel dat de overheid zich vooraf tot de rechter moet wenden om dwang te mogen uitoefenen, is het noodzakelijk daartoe in een *uitdrukkelijke machtiging* te voorzien.

De beslissing om die bevoegdheid te verlenen is een beleidsbeslissing. Het staat meer bepaald aan de ordonnantiegever om te oordelen of er voldoende zwaarwichtige redenen zijn die verantwoorden dat er afgeweken wordt van het beginsel dat niemand, ook de overheid niet, zichzelf recht doet ⁽¹⁵⁾. De Raad van State kan er alleen maar op wijzen dat het voornoemde beginsel essentieel is in een rechtsstaat, en dat de ordonnantiegever daaraan slechts met de grootste omzichtigheid mag tornen.

Nu dient te worden vastgesteld dat de ordonnantiegever aan een bestuurlijke overheid niet de bevoegdheid heeft verleend om de ambtshalve tenuitvoerlegging van een bepaalde overheidsbeslissing mogelijk te maken, en evenmin het Verenigd College heeft gemachtigd dat te bepalen, dienen de artikelen 21 en 24 in die zin te worden begrepen dat ze de burgemeester niet toelaten tot een ambtshalve tenuitvoerlegging over te gaan.

⁽¹⁵⁾ Rdpl. A. VANWELKENHUYZEN, "La maxime «Nul ne peut se faire justice à soi-même», ses limites et ses sanctions en droit public belge", *Rev. adm.*, 1967, (173), 179. Vgl. M.-A. FLAMME, *Droit administratif*, Brussel, 1989, I, p. 20, nr. 9.

De kamer was samengesteld uit

de Heren	J. SMETS,	staatsraad, voorzitter,
	B. SEUTIN, P. BARRA,	staatsraden,
	H. COUSY, J. VELAERS,	assessoren van de afdeling Wetgeving,
Mevrouw	A.-M. GOOSSENS,	griffier.

Het verslag werd uitgebracht door de H. B. STEEN, auditeur.

DE GRIFFIER,

DE VOORZITTER,

A.-M. GOOSSENS

J. SMETS

ROYAUME DE BELGIQUE

AVIS 46.402/3
DU 12 MAI 2009

DE LA SECTION DE LÉGISLATION
DU CONSEIL D'ÉTAT

Le CONSEIL D'ÉTAT, section de législation, troisième chambre, saisi par les Membres du Collège réuni compétents pour la politique d'Aide aux personnes, le 7 avril 2009, d'une demande d'avis, dans un délai de trente jours, prorogé jusqu'au 20 mai 2009, sur un projet d'arrêté du Collège réuni de la Commission communautaire commune "fixant les procédures de programmation et d'agrément des établissements d'accueil ou d'hébergement pour personnes âgées relevant de la Commission communautaire commune", a donné l'avis suivant:

1. En application de l'article 84, § 3, alinéa 1^{er}, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, la section de législation a fait porter son examen essentiellement sur la compétence de l'auteur de l'acte, le fondement juridique et l'accomplissement des formalités prescrites.

*

* *

PORTÉE ET FONDEMENT JURIDIQUE DU PROJET

2. L'ordonnance du 24 avril 2008 relative aux établissements d'accueil ou d'hébergement pour personnes âgées règle l'agrément des établissements d'accueil ou d'hébergement pour personnes âgées qui relèvent de la sphère de compétences de la Commission communautaire commune.

Le projet d'arrêté du Collège réuni de la Commission communautaire commune (ci-après: le Collège réuni) soumis pour avis a pour objet de préciser un certain nombre d'aspects procéduraux, d'une part, des demandes d'octroi de différents types d'autorisations et d'obtention de l'agrément ainsi que de renouvellement de l'agrément et, d'autre part, du refus ou du retrait de l'autorisation de fonctionnement provisoire ou de l'agrément, ainsi que de la fermeture de l'établissement.

Le projet correspond dans une large mesure aux prescriptions de l'arrêté du Collège réuni de la Commission communautaire commune du 7 octobre 1993 fixant la procédure relative à l'autorisation de fonctionnement provisoire, à l'agrément, au refus et au retrait d'agrément et à la fermeture des établissements hébergeant des personnes âgées, qu'il est destiné à remplacer.

3.1. L'arrêté en projet trouve globalement son fondement juridique dans les articles 6, alinéa 2, 7, § 1^{er}, alinéa 2, 10, § 1^{er}, alinéa 2, 12, alinéas 1^{er} et 6, 13, alinéa 1^{er}, et 18 de l'ordonnance du 24 avril 2008.

3.2. Quelques dispositions de l'arrêté en projet appellent cependant un examen plus approfondi en ce qui concerne le fondement juridique.

.../...

3.2.1. Selon l'article 5, alinéa 1^{er}, 11/, du projet, le dossier doit contenir, entre autres, pour être recevable, "une copie du contrat d'assurance en responsabilité civile professionnelle concernant la responsabilité du directeur et du personnel de l'établissement".

Le dépôt d'une copie du contrat d'assurance en responsabilité civile professionnelle ne peut être considéré comme une condition de recevabilité, sauf si l'obligation de disposer d'un tel contrat fait partie des normes d'agrément.

Pour l'heure, cette obligation fait partie des normes d'agrément ⁽¹⁾, mais dans le projet d'arrêté du Collège réuni fixant les normes d'agrément auxquelles doivent répondre les établissements d'accueil ou d'hébergement pour personnes âgées et précisant les définitions de groupement et de fusion ainsi que les normes particulières qu'ils doivent respecter, sur lequel le Conseil d'État, section de législation, rend l'avis 46.473/3, cette obligation n'est plus imposée directement ⁽²⁾.

Après l'entrée en vigueur du projet précité, on ne saurait dire par conséquent avec certitude si l'obligation de déposer cette copie est ou non une condition de recevabilité et si cette obligation a bien un fondement juridique.

3.2.2. Les articles 4 à 7 concernent l'autorisation de fonctionnement provisoire.

Il ressort de l'article 13, alinéa 1^{er}, de l'ordonnance du 24 avril 2008 qu'une autorisation de fonctionnement provisoire est accordée aux demandeurs disposant déjà de l'autorisation spécifique de mise en service et d'exploitation ⁽³⁾, ainsi qu'au gestionnaire des établissements visés à l'article 2, 4/, b), §), de cette ordonnance qui introduisent une première demande d'agrément, pour autant que soient remplies les conditions de recevabilité fixées par le Collège réuni.

(1) Voir l'article 13, 3/, de l'arrêté du Collège réuni du 14 mars 1996 fixant les normes d'agrément auxquelles doivent répondre les établissements hébergeant des personnes âgées.

(2) L'article 7, 9/, du projet 46.743/3 dispose seulement que le règlement d'ordre intérieur indique le fait que l'établissement a conclu une telle assurance.

(3) Voir les articles 6 et suivants de l'ordonnance du 24 avril 2008.

De la formulation de cet article 13, alinéa 1^{er}, il faut inférer que quand les conditions qui y sont prévues sont remplies, l'autorisation de fonctionnement provisoire doit être délivrée, et que le Collège réuni ⁽⁴⁾ n'a pas de compétence discrétionnaire en la matière.

Il ressort toutefois des articles 6 et 7 ⁽⁵⁾ du projet que l'autorisation de fonctionnement provisoire est "notifiée", non seulement quand l'établissement peut fonctionner "conformément aux informations contenues dans le dossier descriptif", mais aussi quand "l'établissement peut fonctionner dans des conditions compatibles avec les normes auxquelles il doit répondre" ⁽⁶⁾. Pour obtenir l'autorisation de fonctionnement provisoire, des conditions sont, de ce fait, ajoutées aux conditions énumérées à l'article 13, alinéa 1^{er}, de l'ordonnance du 24 avril 2008. Or, aucun fondement juridique n'est procuré à cette fin par l'article 13, alinéa 1^{er}, précité, qui permet uniquement de fixer les "conditions de recevabilité", ni par l'article 18 de cette même ordonnance. Cet article 18 permet, il est vrai, d'arrêter des dispositions "de procédure, de notification ou d'exécution", mais pas pour ce qui est des "conditions d'octroi" de l'autorisation concernée ni *a fortiori* des conditions qui semblent aller à l'encontre d'une option qui a été prise dans l'ordonnance même.

En conclusion, dans leur forme actuelle, les articles 6 et 7 n'ont pas de fondement juridique .

3.2.3. Les articles 21 et 24 du projet chargent le bourgmestre entre autres de "l'exécution" de, respectivement, l'ordre de fermeture immédiate et l'ordre de fermeture d'un établissement.

(4) Les conditions de recevabilité sont définies à l'article 5 du projet.

(5) Il apparaît clairement à l'article 15 du projet que l'autorisation de fonctionnement provisoire peut être refusée.

(6) Ce sont apparemment les normes (d'agrément) mentionnées à l'article 11, § 1^{er}, alinéa 5, de l'ordonnance du 24 avril 2008 qui sont visées en l'espèce.

Si l'article 116 de la Nouvelle loi communale prévoit la possibilité pour les commissions communautaires de charger les autorités des provinces et des communes de l'exécution des ordonnances, règlements et arrêtés des commissions communautaires, cette délégation doit émaner de l'organe compétent des commissions communautaires, à savoir en l'espèce du législateur régional bruxellois.

En l'absence d'une disposition d'ordonnance expresse dans ce sens, force est donc de constater que le Collège réuni n'est pas compétent pour déléguer les tâches visées dans le projet aux autorités communales.

OBSERVATION GÉNÉRALE

4. L'ordonnance du 24 avril 2008 instaure un agrément comme condition pour l'exploitation d'un établissement visé à l'article 2, 4/, de cette ordonnance, ainsi que pour l'obtention préalable d'une autorisation spécifique de mise en service et d'exploitation et d'une autorisation de travaux. Comme l'assemblée générale du Conseil d'État, section de législation, l'a précisé dans son avis 45.609/AG, il n'est pas exclu, du moins en ce qui concerne certains établissements, qu'un tel régime d'agrément et d'autorisation puisse être regardé comme un régime d'autorisation au sens 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: directive services) ⁽⁷⁾.

Même si, actuellement, le principe de la condition d'agrément et d'autorisation ne peut plus être vérifié compte tenu des dispositions de l'ordonnance du 24 avril 2008, il faut néanmoins attirer l'attention sur l'obligation inscrite à l'article 39, paragraphe 1, de cette directive, de rédiger pour la Commission européenne un rapport concernant les régimes d'autorisation et les exigences posées dans ce contexte, ainsi que sur l'examen de la réglementation interne exigé dans ce cadre (voir considérant 74 de la directive précitée).

⁽⁷⁾ Avis 45.609/AG du 3 février 2009 sur un avant-projet de décret de la Région wallonne relatif à l'hébergement et à l'accueil des personnes âgées, observations 3.1 à 6 (*Doc. parl.*, Parl. wall., 2008-2009, n° 971/1, pp. 30-37).

Dans la mesure où la directive services s'applique à certains établissements visés par le projet (ce qui peut dépendre de la situation de fait des établissements pour personnes âgées situés dans la région bilingue de Bruxelles-Capitale) et où il peut être démontré qu'il est satisfait aux conditions énoncées à l'article 9 de la directive services pour pouvoir instaurer un régime d'autorisation, il faudra en outre vérifier si les conditions d'autorisation sont conformes aux exigences de cette directive.

À cet égard, on se reportera à l'avis 45.609/AG précité qui a observé ce qui suit:

"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 ⁽⁸⁾, 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 ⁽⁹⁾".

OBSERVATIONS PARTICULIÈRES

Intitulé

5. Bien que les autorisations, visées aux chapitres II et III du projet, soient nécessaires à l'exploitation d'établissements pour lesquels il existe une programmation, le projet pris isolément ne porte pas sur "les procédures de programmation". Afin d'éviter toute confusion sur l'objet de l'arrêté en projet, il faudra en adapter l'intitulé, par exemple dans le sens de l'arrêté du 7 octobre 1993, dont l'abrogation est envisagée.

Préambule

6. Le premier alinéa du préambule doit être omis, dès lors que l'article 116 de la Nouvelle loi communale ne peut pas procurer de fondement juridique à l'arrêté en projet.

7. Conformément à l'observation relative au fondement juridique de l'arrêté en projet, on omettra la référence aux articles 12, alinéa 5, et 14 à 17, faite au deuxième alinéa du préambule, et on ajoutera une référence aux articles 6, alinéa 2, et 12, alinéa 6, de l'ordonnance du 24 avril 2008.

8. Suivant les règles de légistique les plus récentes, il est recommandé, dans le préambule, de rédiger la référence à l'avis du Conseil d'État comme suit:

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

(9) *Note 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.

"Vu l'avis 46.402/3 du Conseil d'État, donné le 12 mai 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;" ⁽¹⁰⁾.

Article 18

9. On n'aperçoit pas le rapport entre l'article 18 du projet et l'article 17, § 1^{er}, alinéa 2, de l'ordonnance du 24 avril 2008, bien que cet article 18 laisse expressément entière l'application de l'article 17, § 1^{er}, alinéa 2.

En effet, il résulte de l'article 17, § 1^{er}, alinéa 2, de l'ordonnance que l'établissement est fermé après un délai de trois mois suivant la notification de la décision de refus ou de retrait, alors que la disposition en projet prévoit qu'un refus ou un retrait de l'autorisation de fonctionnement provisoire ou de l'agrément "entraîne la fermeture de l'établissement concerné à la date de sa notification".

L'article 18 du projet devra être précisé sur ce point.

Articles 21 et 24

10. Sans préjudice de l'observation 3.2.3, les articles 21 et 24 du projet appellent les observation suivantes.

En vertu des articles 21 et 24 du projet, le bourgmestre est chargé de l'"exécution", respectivement, de l'ordre de fermeture immédiate et de l'ordre de fermeture d'un établissement. Ces dispositions ne précisent pas si le bourgmestre peut procéder à l'"exécution forcée".

⁽¹⁰⁾

Principes de technique législative. Guide de rédaction des textes législatifs et réglementaires, Conseil d'État, 2008, n/ 36.1, formule F 3-5-2, à consulter sur le site internet du Conseil d'État (www.raadvst-consetat.be).

Selon l'article 21, tel paraît pourtant être le cas puisque le bourgmestre peut procéder à l'"évacuation immédiate"; l'article 24 fait uniquement mention de l'adoption de "toutes les mesures nécessaires". À cet égard, il convient de relever ce qui suit ⁽¹¹⁾.

La décision de procéder à la fermeture est contraignante à l'égard de l'intéressé. Cet acte administratif bénéficie en outre du "privilège du préalable" en vertu duquel il est applicable aussi longtemps qu'il n'a pas été annulé, suspendu ou retiré, qu'il soit entaché d'irrégularité ou non ⁽¹²⁾.

La circonstance qu'une décision administrative unilatérale oblige le citoyen ne signifie toutefois pas pour autant que l'administration puisse procéder elle-même à une exécution forcée sans en référer au juge ⁽¹³⁾. Au contraire, l'administration n'y est pas autorisée "à défaut de texte légal l'y habilitant et en l'absence de circonstances particulières nécessitant une intervention urgente en vue d'éviter une atteinte grave à l'ordre public" ⁽¹⁴⁾.

Si par la disposition en projet, les auteurs du projet entendent conférer à une autorité administrative le pouvoir de permettre l'exécution d'office d'une décision administrative déterminée en dérogeant à la règle selon laquelle l'autorité doit préalablement s'adresser au juge pour pouvoir procéder à l'exécution forcée, il est nécessaire à cette fin de prévoir une *délégation expresse*.

⁽¹¹⁾ Voir l'avis 45.217/3 du 4 novembre 2008 sur un avant-projet devenu le "Woonzorgdecreet" du 13 mars 2009, *Doc. parl.*, Parl. fl., 2008-2009, n/ 1975/1, p. 154-155 et l'avis 45.365/3 du 25 novembre 2008 sur un avant-projet devenu le décret du 20 mars 2009 "houdende diverse bepalingen betreffende het beleidsdomein Welzijn, Volksgezondheid en Gezin", *Doc. parl.*, Parl. fl., 2008-2009, n/ 2020/1, pp. 69-70.

⁽¹²⁾ C.E., 21 octobre 1994, Legrand, n/ 49.811.

⁽¹³⁾ A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME et J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, Malines, 2006, 17^e édition, pp. 7-8, n/ 9.

⁽¹⁴⁾ Cass., 20 janvier 1994, *Arr. Cass.*, 1994, I, p. 79, n/ 35, avec note et *Rev. dr. commun*, 1994-95, 232, avec note de M. NIHOUL.

La décision visant à conférer ce pouvoir est une décision d'opportunité. Il incombe plus particulièrement au législateur régional bruxellois d'apprécier s'il existe des motifs suffisamment graves justifiant de déroger au principe selon lequel personne, y compris l'autorité, ne peut se faire justice à soi-même ⁽¹⁵⁾. Le Conseil d'État ne peut que souligner que le principe précité est essentiel dans un État de droit et que le législateur régional bruxellois ne peut s'en écarter qu'avec la plus grande prudence.

Dès lors qu'il faut constater que le législateur régional bruxellois n'a pas conféré à une autorité administrative le pouvoir de permettre l'exécution d'office d'une décision administrative déterminée et n'a pas non plus habilité le Collège réuni à le faire, les articles 21 et 24 doivent être interprétés en ce sens qu'ils n'autorisent pas le bourgmestre à procéder à une exécution d'office.

(15)

Voir A. VANWELKENHUYZEN, "La maxime «Nul ne peut se faire justice à soi-même», ses limites et ses sanctions en droit public belge", *Rev. adm.*, 1967, (173), 179. Comp. M.-A. FLAMME, *Droit administratif*, Bruxelles, 1989, I, p. 20, n° 9.

La chambre était composée de

Messieurs	J. SMETS,	conseiller d'État, président,
	B. SEUTIN, P. BARRA,	conseillers d'État,
	H. COUSY, J. VELAERS,	assesseurs de la section de législation,
Madame	A.-M. GOOSSENS,	greffier.

Le rapport a été présenté par M. B. STEEN, auditeur.

La concordance entre la version néerlandaise et la version française a été vérifiée sous le contrôle de M. B. SEUTIN.

LE GREFFIER,

LE PRÉSIDENT,

A.-M. GOOSSENS

J. SMETS