

KV

ROYAUME DE BELGIQUE

AVIS 48.602/2/V
DU 25 AOÛT 2010

DE LA SECTION DE LÉGISLATION
DU CONSEIL D'ÉTAT

Le CONSEIL D'ÉTAT, section de législation, deuxième chambre des vacations, saisi par la Ministre de la Santé, de l'Action sociale et de l'Égalité des chances de la Région wallonne, le 28 juillet 2010, d'une demande d'avis, dans un délai de trente jours, sur un projet d'arrêté du Gouvernement wallon "modifiant l'arrêté du Gouvernement wallon du 15 octobre 2009 portant exécution du décret du 30 avril 2009 relatif à l'hébergement et à l'accueil des 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

Le projet examiné vise à modifier l'arrêté du Gouvernement wallon du 15 octobre 2009 portant exécution du décret du 30 avril 2009 relatif à l'hébergement et à l'accueil des personnes âgées.

Tant le décret du 30 avril 2009 que l'arrêté du 15 octobre 2009 font l'objet de recours en annulation, notamment au motif que l'instauration d'un mécanisme de programmation viole la liberté de commerce et d'industrie, la liberté d'établissement et la libre prestation de services mais également que les règles de programmation sont discriminatoires, que l'article 5, § 1^{er}, I, 1/, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles est méconnu en ce que tant le décret que l'arrêté se fondent sur des protocoles qui à ce jour ne sont pas entrés en vigueur et que les habilitations figurant à l'article 6 du décret sont excessives ¹.

Il ressort de la note au Gouvernement que certaines modifications apportées par le projet visent à prendre ces recours en compte.

⁽¹⁾ Voir la requête en annulation introduite devant le Conseil d'État par l'a.s.b.l. Femarbel et al., le 12 janvier 2010 n/ de rôle G/A 195.171; la requête introduite devant la Cour constitutionnelle par l'a.s.b.l. Fédération des Maisons de repos de Belgique le 14 janvier 2010, n/ de rôle 4850.

Formalités préalables et fondement légal

Invité à justifier pourquoi le projet ne doit pas faire l'objet d'un avis de l'Inspecteur des Finances et d'un accord du Ministre du Budget, alors notamment qu'il prévoit la programmation de lits supplémentaires, le délégué de la ministre a répondu :

"L'augmentation de la programmation des lits de court séjour n'a aucun impact sur le budget de la Région wallonne. La création de lits de court séjour est en effet reconnue comme une forme alternative de soins au sens du protocole d'accord numéro 3 (MB du 28/04/2006) et de ses avenants (MB du 4/05/2007, MB du 26/06/2007, MB du 06/08/2008, MB du 20/06/09). L'avenant 3 (MB du 06/08/2008) est consacré aux formes alternatives de soins pour lesquelles les entités fédérées doivent consacrer 20% au minimum des moyens financiers apportés exclusivement par l'INAMI".

L'attention de l'auteur du projet est toutefois une nouvelle fois attirée sur le fait que les protocoles et avenants organisant le financement de la programmation des lits n'ont toujours pas à ce jour reçu l'assentiment des législateurs concernés et ne peuvent, par suite, ressortir tous leurs effets ².

Observations particulières

Préambule

L'alinéa 1^{er} doit être complété par la mention précise des dispositions du décret du 30 avril 2009 relatif à l'hébergement et à l'accueil des personnes âgées qui procurent un fondement juridique au projet.

(2) Il est renvoyé à l'avis 45.609/AG du 3 février 2009 donné par l'assemblée générale de la section de législation du Conseil d'État sur un avant-projet devenu le décret de la Région wallonne du 30 avril 2009 relatif à l'hébergement et à l'accueil des personnes âgées (*Doc. parl.*, Parl. wall., 2008-2009, n° 971/1, observation générale III., B, 1), pp. 41-44).

Dispositif

Article 2

De l'accord du délégué de la ministre, l'article 2 du projet insérera un chapitre 1^{er}*bis* et non *Ibis* dans l'arrêté précité du 15 octobre 2009.

Article 4

1. À l'article 4*bis*, § 1^{er}, *in fine*, les mots "en cours" sont dépourvus de sens et seraient avantageusement remplacés par les mots "sur laquelle porte la demande".

2. Au paragraphe 3 de la même disposition en projet, il conviendrait de déterminer avec précision dans quelle mesure et dans quel ordre il est tenu compte, à titre subsidiaire, des établissements visés aux 1/ et 2/.

Ainsi, il s'agit de faire bénéficier les établissements mentionnés au 1/ prioritairement à ceux mentionnés au 2/, le texte devrait être plus clairement rédigé en ce sens.

Article 7

À l'article 9, alinéa 4, en projet, il semble y avoir une contradiction entre les membres de phrases "Sans préjudice de l'alinéa précédent" et "dans les cas visés aux deux alinéas précédents". Sans doute faut-il omettre le premier de ces deux membres de phrase.

Article 8

1. Selon l'article 7, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, du décret précité du 30 avril 2009, l'ouverture des centres de soins de jour doit faire l'objet d'un accord de principe.

.../...

Dans l'arrêté du 15 octobre 2009 portant exécution du décret du 30 avril 2009 relatif à l'hébergement et à l'accueil des personnes âgées, modifié par le projet, cet accord de principe est organisé par ses articles 14 à 16.

Il paraît donc souhaitable de déplacer l'article 12, § 1^{er}, en projet, au sein de ces dispositions, en évitant toutefois les doubles emplois. Ainsi, sur ce dernier point, l'exigence d'un questionnaire d'identification, qui figure à l'article 12, § 1^{er}, *in fine*, en projet, résulte déjà de l'article 14, alinéa 2, 1/, de l'arrêté précité du 15 octobre 2009.

Au demeurant, il semble que ce soit le régime des articles 14 à 16 de cet arrêté qui, selon le projet, s'applique implicitement puisque c'est l'article 15, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, de l'arrêté précité du 15 octobre 2009 qui prévoit l'avis de la Commission wallonne des Aînés, lequel n'est envisagé que de manière allusive par l'article 12, § 1^{er}, alinéa 2, en projet.

2. À l'article 12, § 2, 3/, en projet, les mots "du nombre", avant les mots "de résidents" paraissent devoir être omis.

3. Il résulterait du remplacement de l'article 12 de l'arrêté précité du 15 octobre 2009 qu'il ne serait plus possible pour les "centre[s] d'accueil de jour de fonctionner également en tant que centre[s] d'accueil de soirée et/ou de nuit", comme cette disposition le prévoit actuellement.

Il appartient à l'auteur du projet de vérifier si telle est bien son intention.

Article 10

Invité à expliciter et justifier la portée de l'article 10, le délégué de la ministre a répondu :

"L'article 10 du projet a pour objectif d'établir correctement les bases sur lesquelles les accords de principe seront octroyés (règles de programmation et critères de priorité fixés par le décret). Vous constaterez que le texte actuel de l'article 15 de l'arrêté est lacunaire.

.../...

Par ailleurs, le mot «peut» vise l'hypothèse où il n'y aurait pas ou pratiquement pas de lit à distribuer".

La modification envisagée ne permet toutefois pas de rencontrer l'observation suivante formulée par le Conseil d'État en son avis précité :

"La répartition des lits dans le respect de ces critères se fait via la procédure de l'accord de principe, définie aux articles 7 et 8 du décret et aux articles 15 à 17 du projet d'arrêté. Invité à exposer comment l'administration déterminera à qui sera octroyé l'accord de principe dans le cas où la programmation ne permettra pas de satisfaire toutes les demandes, le délégué de la Ministre a répondu :

«L'article 8 du décret fixe des critères d'attribution des accords de principe. Le Ministre conservera toujours un pouvoir d'appréciation vu le nombre limité de possibilités.

Les projets recevables auxquels il ne peut être donné satisfaction sont de fait placés dans une liste d'attente pour une éventuelle attribution future.»

L'arrêté en projet n'organise pas une procédure garantissant l'égalité des candidats à la programmation et rendant possible la sélection de ceux-ci.

Le projet devrait être complété sur ce point".

Article 17

Dans la phrase liminaire, il y a lieu d'écrire "À l'article 27, § 1^{er}, alinéa 2, du même arrêté, ...".

Article 20

La section de législation estime que l'extension des mesures de contention à l'égard de tout résident, et pas seulement, comme dans le texte actuel, des personnes âgées désorientées constitue une atteinte inadmissible aux droits fondamentaux des intéressés.

Une telle extension ne saurait donc être admise.

Par ailleurs, le Conseil d'État observe que si précédemment la première mesure de contention était prise par l'équipe de soin comprenant nécessairement le médecin traitant du résident, le texte en projet prévoit que la présence de ce médecin traitant n'est plus requise qu'à l'occasion de la première mesure, une simple information de ce dernier pouvant suffire en cas de prolongation de ladite mesure.

Le Conseil d'État n'aperçoit pas pourquoi il serait plus difficile d'obtenir le concours du médecin traitant lors de la première mesure que lors d'une prolongation.

Cette distinction est d'autant plus critiquable que le concours de ce médecin traitant constitue une garantie non négligeable pour l'intéressé.

À tout le moins, la décision ne pourrait-elle être prolongée sans l'intervention d'un médecin tiers expert ³.

Article 22

Le Conseil d'État constate qu'à l'annexe V, point 6.5.2, alinéa 5, les mots "après la sortie du résident" ne figurent pas dans le texte actuel.

Article 28

La référence faite au "présent arrêté" dans le texte en projet ne peut, semble-t-il, concerner que l'arrêté dont le projet est présentement examiné.

Or, comme la modification envisagée tend à s'insérer dans l'annexe à l'arrêté précité du 15 octobre 2009, cette référence se lira comme faite à ce dernier arrêté.

⁽³⁾ Voir en ce sens les arrêts de la Cour des droits de l'homme du 16 juin 2005, Storck c. Allemagne et R.L. et M-J.D. c. France du 19 mai 2004

La rédaction du texte en projet doit être modifiée afin de faire référence à l'arrêté modificatif en projet.

La même observation vaut pour l'article 29, 2/.

La chambre était composée de

Messieurs	R. ANDERSEN,	premier président du Conseil d'État,
	P. LEWALLE,	conseillers d'État,
	P. VANDERNOOT,	
Madame	A.-C. VAN GEERSDAELE,	greffier.

Le rapport a été présenté par M. X. DELGRANGE, premier auditeur-chef de section.

LE GREFFIER

LE PREMIER PRÉSIDENT

A.-C. VAN GEERSDAELE

R. ANDERSEN