



RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

advies 61.472/3
van 4 juli 2018

avis 61.472/3
du 4 juillet 2018

over

sur

een voorstel van ordonnantie
'betreffende de beperking van
de risico's van
drugsverslaving' (*Parl.St.*
Br. Parl. 2016-17, nr. B-75/1)

une proposition d'ordonnance
'relative à la réduction des
risques liés à la toxicomanie'
(*Doc.Parl.* Parl. Rég.
Brux-Cap., 2016-17,
n° B-75/1)

Op 5 mei 2017 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Voorzitter van het Brussels Hoofdstedelijk Parlement verzocht een advies te verstrekken over een voorstel van ordonnantie ‘betreffende de beperking van de risico’s van drugsverslaving’ (*Parl.St. Br. Parl.* 2016-17, nr. B-75/1).

Het voorstel is door de derde kamer onderzocht op 16 mei 2017, 4 juli 2017 en 22 mei 2018. De kamer was samengesteld uit Jan SMETS, staatsraad, voorzitter, Jeroen VAN NIEUWENHOVE en Koen MUYLLE, staatsraden, Jan VELAERS en Bruno PEETERS, assessoren, en Astrid TRUYENS, griffier.

De verslagen zijn uitgebracht door Rein THIELEMANS, eerste auditeur en Frédéric VANNESTE, auditeur.

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst van het advies is nagezien onder toezicht van Jan SMETS, staatsraad.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 4 juli 2018.

*

Le 5 mai 2017, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par le Président du Parlement de la Région de Bruxelles-Capitale à communiquer un avis, sur une proposition d'ordonnance ‘relative à la réduction des risques liés à la toxicomanie’ (*Doc.Parl. Parl. Rég. Brux-Cap.*, 2016-2017, n° B-75/1).

La proposition a été examinée par la troisième chambre les 16 mai 2017, 4 juillet 2017 et 22 mai 2018. La chambre était composée de Jan SMETS, conseiller d'État, président, Jeroen VAN NIEUWENHOVE et Koen MUYLLE, conseillers d'État, Jan VELAERS et Bruno PEETERS, assesseurs, et Astrid TRUYENS, greffier.

Les rapports ont été présentés par Rein THIELEMANS, premier auditeur et Frédéric VANNESTE, auditeur.

La concordance entre la version française et la version néerlandaise de l'avis a été vérifiée sous le contrôle de Jan SMETS, conseiller d'État.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 4 juillet 2018.

*

STREKKING VAN HET VOORSTEL

1. Het voor advies voorgelegde¹ voorstel van ordonnantie van de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie voorziet in een erkennings- en subsidiëringsregeling voor diensten voor risicobeperking, waarmee wordt bedoeld diensten die een “volksgezondheidsstrategie [nastreven] die ertoe strekt de schade ten gevolge van het gebruik van psychoactieve producten te voorkomen of te beperken”.

De activiteiten van de diensten voor risicobeperking omvatten onder meer voorlichting, bewustmaking en opvoeding inzake de aan druggebruik verbonden risico's en van de middelen om ze te beperken, doorverwijzing van de drugsgebruikers naar welzijnsdiensten en diensten voor algemene of gespecialiseerde zorg, promotie en verdeling van gezondheidsmateriaal en -producten die de risico's reduceren, bevordering en supervisie van gedragingen, handelingen en procedures ter preventie van de risico's, ook in een daartoe bestemd lokaal, alsook de deelname aan de analyse, monitoring en voorlichting ten behoeve van de overheden en de gebruikers over de samenstelling, de gewoonten inzake transformatie en gebruik en het gevaarlijke karakter van de betrokken substanties (artikel 3 van het voorstel). De actor van elke erkende dienst voor risicobeperking die een handeling stelt in het kader van de voormelde activiteiten, wordt onweerlegbaar geacht (lees: vermoed) uitsluitend in te grijpen in het kader van zijn opdracht om de risico's te reduceren, met uitsluiting van enige andere intentie (artikel 4).

Het voorstel bepaalt door welke instanties de te erkennen dienst moet zijn opgericht (artikel 5) en door wie de aanvraag tot erkenning of tot hernieuwing van de erkenning moet worden ingediend volgens de regels die het Verenigd College vaststelt (artikel 6). Het Verenigd College wordt gemachtigd om de procedure voor de erkenning, weigering en intrekking van de erkenning vast te stellen (artikel 7), alsook de minimale personeelsformatie, de vereiste diploma's en kwalificaties en de regels voor de toekenning van afwijkingen hierop (artikel 8). De erkenning wordt toegekend voor een onbepaalde duur, maar bij een eerste aanvraag tot erkenning wordt een voorlopige erkenning voor een hernieuwbare duur van een jaar verleend volgens de door het Verenigd College te bepalen regels (artikel 9).

Binnen de perken van de begrotingskredieten worden aan de erkende diensten subsidies verleend, die betrekking hebben op personeelskosten (die nader worden omschreven), opleidingskosten en werkings- en uitrustingskosten. Het Verenigd College bepaalt de subsidiëeringswijze (artikelen 10 tot 12). Eveneens binnen de perken van de begrotingskredieten kan een subsidie worden toegekend voor het uitvoeren van innoverende projecten, die minstens jaarlijks worden geëvalueerd (artikel 13).

¹ De adviesaanvraag werd bij de Raad van State ingediend op 5 mei 2017. Het voorstel van ordonnantie kon evenwel pas effectief door de Raad van State worden onderzocht nadat op 22 maart 2018 antwoorden werden ontvangen op een aantal vragen van de eerste auditeur-verslaggeefster.

Het voorstel bevat bepalingen over de kwartaalvoorschotten en de jaarlijkse eindafrekening voor de subsidies (artikel 14), over de controle en de inspecties (artikel 15) en over het jaarlijks te bezorgen activiteitenverslag (artikel 16).

BEVOEGDHEID

A. Materiële bevoegdheid

2. Op de vraag in welke gemeenschapsbevoegdheid de voorgestelde regeling volgens de indieners van het voorstel moet worden ingepast en hoe de regeling zich verhoudt tot de federale residuaire bevoegdheid inzake de uitoefening van de geneeskunde en inzake de reglementering van geneesmiddelen en levensmiddelen, zoals onder meer geregeld in de wet van 24 februari 1921 ‘betreffende het verhandelen van giftstoffen, slaapmiddelen en verdovende middelen, psychotrope stoffen, ontsmettingsstoffen en antiseptica en van de stoffen die kunnen gebruikt worden voor de illegale vervaardiging van verdovende middelen en psychotrope stoffen’,² verklaarde de gemachtigde het volgende:

“La Commission communautaire commune est, à notre sens, compétente pour adopter pareille ordonnance en vertu des prérogatives dont elle dispose en matière de santé. Comme vous l’aurez constaté, nous nous référons à de nombreuses reprises à cette compétence dans les développements de notre proposition d’ordonnance.

Nous nous référons plus précisément à l’article 5, § 1, I, 6° et 8° qui traitent de:

‘l’organisation des soins de santé de première ligne et le soutien aux professions des soins de santé de première ligne’ (transfert de compétence intervenu suite à la 6^{ième} réforme de l’État, cf. loi spéciale du 6 janvier 2014) et à ‘l’éducation sanitaire ainsi que les activités et services de médecine préventive, ainsi que toute initiative en matière de médecine préventive’ (compétence datant d’avant la 6^{ième} réforme de l’Etat).

A noter, en ce qui concerne les aspects de prévention, que les développements relatifs à la loi spéciale du 6 janvier 2014 précisent que ‘Aujourd’hui les communautés sont déjà compétentes pour l’éducation sanitaire, de même que pour les activités et services de médecine préventive, à l’exception des mesures prophylactiques nationales. Dorénavant, seules les communautés pourront prendre des initiatives en matière de prévention. Les moyens actuellement engagés au niveau fédéral pour la prévention seront transférés aux communautés. Le fonds de lutte contre les assuétudes sera aussi transféré aux communautés’.

Notre proposition d’ordonnance ne relève pas selon nous de la matière de l’aide aux personnes ou d’autres matières. Elle n’est nullement liée à des compétences de la Région de Bruxelles-Capitale.

Elle vise uniquement à régler l’agrément et le subventionnement des services actifs en matière de réduction des risques.

Si la loi de 1924 vise notamment ‘ceux qui auront facilité à autrui l’usage à titre onéreux ou à titre gratuit des substances spécifiées à l’article 2bis, § 1, soit en procurant à

² GwH 10 april 2008, nr. 62/2008, B.14.1 tot B.14.2; GwH 31 juli 2008, nr. 112/2008, B.14.1 tot B.14.2; GwH18 december 2008, nr. 187/2008, B.13.1 tot B.13.2 en GwH 19 oktober 2017, nr. 121/2017, B.14.1 tot B.14.2.

cet effet un local, soit par tout autre moyen, ou qui auront incité à cet usage', elle précise également que 'Ne sont pas soumises à l'application de l'alinéa précédent, l'offre en vente, la vente au détail et la délivrance, même à titre gratuit, visées à l'article 4, § 2, 6°, de l'arrêté royal n° 78 du 10 novembre 1967 relatif à l'exercice de l'art de guérir, de l'art infirmier, des professions paramédicales et aux commissions médicales.'

Les locaux au sein desquels des activités de réduction des risques interviendraient permettent, selon nous, de répondre à des objectifs exclusifs de santé publique. Ces activités sont mises en œuvre par des professionnels du secteur, soumises à un agrément par un pouvoir public et sur une base légale claire. Non seulement, elles ne visent aucun but de lucre mais sont subventionnées et ne peuvent en aucun cas être assimilées par exemple à des fumeries d'opium, interdites par la législation de 1921. Le législateur de 1921 n'a pas pu envisager l'hypothèse des pratiques de réduction des risques., qui n'existaient tout simplement pas à l'époque. Notons également que les dispositifs de réduction des risques ne visent nullement à 'faciliter à autrui l'usage de substances', dans le sens où la supervision prévue, dans le cadre de la prévention des risques 'consiste à mettre en garde les usagers contre les pratiques à risque, à les accompagner et à leur prodiguer des conseils relatifs aux modalités de consommation des substances psychoactives ou classées comme stupéfiants afin de prévenir ou de réduire les risques de transmission des infections et les autres complications sanitaires. Elle ne comporte aucune participation active aux gestes de consommation'. En aucun cas, les pratiques de réduction des risques ne peuvent dès lors, à yeux, être considérées comme des pratiques d'encouragement, ni même de facilitation.

Bref nous pensons qu'un dispositif de réduction des risques, en ce compris le recours à des salles de consommation à moindre risque, n'est en rien visé par la loi de 1921."

3. Uit de definitie van risicobeperking in artikel 2, 1°, van het voorstel, alsook uit de omschrijving van de activiteiten van de diensten voor risicobeperking in artikel 3 van het voorstel, blijkt dat de voorgestelde regeling in beginsel kan worden ingepast in "de activiteiten en diensten op het vlak van de preventieve gezondheidszorg, evenals alle initiatieven inzake de preventieve gezondheidszorg" als vermeld in artikel 5, § 1, I, eerste lid, 8°, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 'tot hervorming der instellingen'. Wat betreft de gemeenschapsbevoegdheid ter zake heeft de Raad van State in advies 34.339/AV van 29 april 2003 uiteengezet dat de bevoegdheid inzake de preventieve gezondheidszorg enkel betrekking heeft op bepaalde aspecten die een zekere band moeten vertonen met bepaalde ziektes of aandoeningen. Maatregelen die wel kunnen bijdragen tot de gezondheid van de mens, maar die slechts onrechtstreeks te maken hebben met ziekten en aandoeningen, vallen buiten die gemeenschapsbevoegdheid.³ In dit geval ligt die band met het voorkomen van ziektes en aandoeningen duidelijk voor, gelet op de doelstellingen en de activiteiten van de diensten voor risicobeperking.

³ Adv. 34.339/AV van 29 april 2003 over een voorontwerp dat heeft geleid tot het decreet van de Vlaamse Gemeenschap van 21 november 2003 'betreffende het preventieve gezondheidsbeleid', *Parl.St.* VI.Parl. 2002-03, nr. 1709/1, 147-151.

4.1. Overeenkomstig artikel 3, § 2, eerste lid, van de wet van 24 februari 1921 is het strafbaar om, onder bezwarende titel of om niet, voor een ander het gebruik van de stoffen bedoeld in artikel 2bis, § 1, van dezelfde wet⁴ gemakkelijker te maken door het verschaffen daartoe van een lokaal of door enig ander middel, of tot dit gebruik aan te zetten. Volgens het tweede lid van dezelfde paragraaf 2 valt niet onder die strafbepaling het te koop aanbieden, de detailverkoop en de terhandstelling, zelfs kosteloos, met een profylactisch doel tegen besmettelijke ziekten of met het oog op de behandeling van chronische ziekten, zoals thans geregeld in artikel 6, § 2, 5°, van de wet ‘betreffende de uitoefening van de gezondheidszorgberoepen’, gecoördineerd op 10 mei 2015.⁵

Overeenkomstig artikel 3, § 3, van de wet van 24 februari 1921 is het strafbaar voor de beoefenaars van de geneeskunde, van de diergeneeskunde of van een paramedisch beroep om misbruik te maken van het voorschrijven, toedienen of afleveren van geneesmiddelen die slaapmiddelen, verdovende middelen of psychotropische stoffen bevatten die afhankelijkheid kunnen teweegbrengen, onderhouden of verergeren. In afwijking daarvan wordt volgens paragraaf 4 de behandeling met vervangingsmiddelen verstrekt door een beoefenaar van de geneeskunde niet bestraft.⁶

Zoals in opmerking 2 is uiteengezet, passen deze bepalingen in de federale residuaire bevoegdheid inzake de uitoefening van de geneeskunde en inzake de reglementering van geneesmiddelen en levensmiddelen.

4.2. Luidens artikel 4 van het voorstel van ordonnantie wordt “de actor van elke dienst voor risicobeperking die erkend is volgens de bepalingen van artikel 5 en een handeling stelt in het kader van de in artikel 3 opgesomde activiteiten, (...) onweerlegbaar geacht uitsluitend in te grijpen in het kader van zijn opdracht om de risico's te reduceren, met uitsluiting van enige andere intentie”.

In de adviesaanvraag wordt betreffende dit artikel het volgende uiteengezet:

“Je souhaite en particulier votre attention sur l'article 4 de la proposition d'ordonnance, qui instaure une présomption irréfragable d'absence d'intention délictueuse au bénéfice des personnes travaillant pour un organisme agréé. Cette disposition exclut ainsi expressément l'élément moral, qui est l'un des éléments constitutifs d'une infraction, afin d'empêcher des poursuites pénales (voir commentaire de l'article). Cette disposition constitue donc un empiètement sur la compétence fédérale en matière de droit pénal et requiert de ce fait un recours à la théorie des compétences implicites, visées à l'article 10 de la loi spéciale du 8 août 1980.”

Uit die uiteenzetting blijkt dat met het voorgestelde artikel wordt beoogd een rechtvaardigingsgrond in te voeren ten aanzien van gelijk welk misdrijf, waaronder de in

⁴ In die laatste wetsbepaling wordt melding gemaakt van slaapmiddelen, verdovende middelen en de andere psychotrope stoffen die afhankelijkheid kunnen teweegbrengen en waarvan de lijst door de Koning wordt vastgesteld, alsook van planten waaruit deze stoffen kunnen worden getrokken.

⁵ Zie daarover ook het koninklijk besluit van 5 juni 2000 ‘tot uitvoering van artikel 4, § 2, 6°, van het koninklijk besluit nr. 78 van 10 november 1967 betreffende de uitoefening van de gezondheidszorgberoepen’.

⁶ Zie daarover ook het koninklijk besluit van 19 maart 2004 ‘tot reglementering van de behandeling met vervangingsmiddelen’.

opmerking 4.1 weergegeven misdrijven, die bovendien een onweerlegbaar karakter heeft. Nog afgezien van de vraag of de formulering ervan adequaat is om deze doelstelling te bereiken,⁷ moet worden onderzocht of het invoeren van deze rechtvaardigingsgrond valt binnen de bevoegdheid van de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie en of geen inbreuk wordt gemaakt op de voormelde federale residuaire bevoegdheid inzake de uitoefening van de geneeskunde en inzake de reglementering van geneesmiddelen en levensmiddelen, op de daaraan accessoire federale strafrechtelijke bevoegdheid en, gelet op de algemeenheid van de bewoordingen van het voorgestelde artikel, op de algemene federale bevoegdheid inzake strafrecht.

4.3. Wat betreft het vergelijkbare geval van het instellen van een strafuitsluitende verschoningsgrond, heeft het Grondwettelijk Hof geoordeeld dat de gemeenschappen en de gewesten op grond van artikel 11, eerste lid, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980⁸ een dergelijke verschoningsgrond slechts kunnen invoeren in zoverre die betrekking heeft op de door hen ingevoerde strafbaarstellingen.⁹ In dezelfde zin heeft de Raad van State, afdeling Wetgeving, opgemerkt dat de gemeenschappen op grond van die bepaling geen (specifieke) rechtvaardigingsgrond kunnen instellen ten aanzien van federaal omschreven misdrijven.¹⁰

Artikel 11, eerste lid, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 biedt derhalve geen bevoegdheidsrechtelijke grondslag voor artikel 4 van het voorstel.

4.4. Er dient evenwel nog te worden nagegaan of de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie, om artikel 4 van het voorstel aan te nemen, een beroep zou kunnen doen op artikel 10 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980,¹¹ naar luid waarvan de decreten (of hier de ordonnanties) bepalingen kunnen bevatten betreffende aangelegenheden waarvoor de deelstaatparlementen niet bevoegd zijn, voor zover die bepalingen noodzakelijk zijn voor de uitoefening van hun bevoegdheid.

In beginsel is er niets dat belet dat artikel 10 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980, dat een algemene draagwijdte heeft en de vertolking is van een algemeen beginsel betreffende bevoegdheidsverdeling, toepassing zou vinden op strafrechtelijke aangelegenheden.¹² Zoals in de adviesaanvraag is aangegeven, is een beroep op de impliciete

⁷ De rechtvaardigingsgrond lijkt immers enkel te kunnen ingrijpen op misdrijven waarvoor een bijzonder opzet vereist is.

⁸ Dat artikel is van overeenkomstige toepassing op de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie op grond van artikel 63, eerste lid, van de bijzondere wet van 12 januari 1989 'met betrekking tot de Brusselse instellingen'.

⁹ GwH 10 april 2008, nr. 62/2008, B. 8.2 en B.9; GwH, 31 juli 2008, nr. 112/2008, B.8.2 en B.8.9; GwH 18 december 2008, nr. 187/2008, B.7.2 en B.8; GwH 19 oktober 2017, nr. 121/2017, B.8 en B.9. In dezelfde zin adv.RvS 61.527/1 van 21 juni 2017 over een voorontwerp dat heeft geleid tot de ordonnantie van 16 november 2017 'inzake het bestrijden van discriminatie op het vlak van tewerkstelling in het Brussels Hoofdstedelijk Gewest', *Parl.St.* Br.Parl. 2016-17, nr. A-549/1, (16) 18.

¹⁰ Adv.RvS 42.544/VR/3 van 2 oktober 2007 over een voorontwerp dat heeft geleid tot het decreet van de Vlaamse Gemeenschap van 18 juli 2008 'betreffende de zorg- en bijstandsverlening', *Parl.St.* Vl.Parl. 2007-08, nr. 1708/1, (37) 45-46.

¹¹ Dat artikel is eveneens op de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie van toepassing op grond van artikel 63, eerste lid, van de bijzondere wet van 12 januari 1989.

¹² Verslag SCHILTZ-BENKER, *Parl.St.* Senaat 1992-93, nr. 558/5, 416. Zie voor een toepassing betreffende een aangelegenheid inzake strafrecht, adv.RvS 61.527/1 van 21 juni 2017, *l.c.*, 18 en inzake een aangelegenheid inzake

bevoegdheden evenwel slechts mogelijk wanneer de aan te nemen regeling als noodzakelijk kan worden beschouwd voor de uitoefening van de bevoegdheden van de betrokken gemeenschap of het betrokken gewest, de betrokken aangelegenheid zich tot een gedifferentieerde regeling leent en de weerslag van de ontworpen bepalingen op die aangelegenheid slechts marginaal is.¹³

De beoogde rechtvaardigingsgrond, zoals toegelicht in de adviesaanvraag, heeft een zeer algemene draagwijdte: hij kan worden ingeroepen met betrekking tot elke handeling die wordt gesteld in het raam van de in artikel 3 van het voorstel opgesomde activiteiten, die zelf al zeer ruim en bovendien slechts op enuntiatieve wijze zijn omschreven, en hij kan ten aanzien van gelijk welk federaal omschreven misdrijf worden ingeroepen. Omwille van dat onbepaalde en derhalve potentieel zeer brede toepassingsgebied kan de bepaling niet worden geacht een slechts marginale weerslag te hebben op de federale bevoegdheid en gaat zij alleen al om die reden de bevoegdheid van de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie te buiten.¹⁴

Bovendien wordt nergens in de toelichting bij het voorstel of in de verklaringen van de gemachtigde aangetoond dat een dermate ruime bepaling als artikel 4 van het voorstel noodzakelijk zou zijn voor de uitoefening van de bevoegdheid van de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie.¹⁵ Wel kan niet geheel worden uitgesloten dat het invoeren van een of meerdere specifieke, op de ontworpen regeling toegespitste, rechtvaardigingsgronden noodzakelijk zouden kunnen worden geacht voor de uitoefening van de bevoegdheden van de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie, maar daarbij dient in acht te worden genomen dat in de wet van 24 februari 1921 reeds bepalingen zijn opgenomen die onder bepaalde voorwaarden de bestraffing uitsluiten van zekere handelingen die worden gesteld in het raam van de behandeling van gebruikers van verdovende middelen (artikelen 3, § 2, tweede lid, en § 4, van die wet).

4.5. De conclusie is dan ook dat artikel 4 van het voorstel in zijn huidige vorm geen doorgang kan vinden.

strafvordering, bijvoorbeeld adv.RvS 43.509/VR/4 van 20 november 2007 over een voorontwerp dat heeft geleid tot het decreet van het Waalse Gewest van 5 juni 2008 'relatif à la recherche, la constatation, la poursuite, et la répression des infractions en les mesures de réparation en matière d'environnement', *Parl.St.* W.Parl. 2007-08, nr. 771/1, (35) 53-55.

¹³ Vaste rechtspraak van het Grondwettelijk Hof, zie bijvoorbeeld: GwH 11 mei 2017, nr. 55/2017, B.3.3; GwH 25 mei 2016, nr. 73/2016, B.25.2; GwH 29 oktober 2015, nr. 152/2015, B.14.7.

¹⁴ Op dit algemene karakter wordt bovendien nog een onweerlegbaar vermoeden geënt dat een uitzondering inhoudt op de algemene regel dat hoewel de beklaagde het bestaan van een rechtvaardigingsgrond niet moet bewijzen, maar slechts dient aan te tonen dat ze niet van alle grond ontbloot is, het openbaar ministerie (of de burgerlijke partij) toch kan bewijzen dat er geen rechtvaardigingsgrond voorhanden is (zie bijvoorbeeld R. DECLERCQ, *Beginnelsen van Strafrechtspleging*, Mechelen, Kluwer, 2010, 870-875). Door het invoeren van dit onweerlegbaar vermoeden wordt de aantasting van de federale bevoegdheid nog meer geaccentueerd.

¹⁵ De gemachtigde verklaarde daarentegen dat "[à] notre estime, les services actifs en matière de réduction des risques ne seront pas amenés à poser un quelconque acte punissable au sens de la législation fédérale de 1921. Afin d'éviter toute méprise à ce sujet et par souci de clarté, il nous semblait utile de prévoir une disposition rappelant le cadre dans lequel s'inscrit le travail de ces services".

B. Territoriale bevoegdheid

5. Overeenkomstig artikel 128, § 2, van de Grondwet, gelezen in samenhang met artikel 135 ervan, en gelet op het gegeven dat een erkenningsregeling wordt beoogd van diensten voor risicobeperking, kan de voorgestelde regeling enkel worden toegepast ten aanzien van instellingen (diensten) gevestigd in het tweetalige gebied Brussel-Hoofdstad die op grond van hun activiteiten niet geacht moeten worden uitsluitend te behoren tot de bevoegdheid van de Vlaamse Gemeenschap of de Franse Gemeenschap.¹⁶

ALGEMENE OPMERKINGEN

6.1. De indieners van het voorstel verklaarden dat de erkenning van de diensten voor risicobeperking niet alleen een voorwaarde is om in aanmerking te komen voor subsidies (zoals blijkt uit de artikelen 10 en 13 van het voorstel), maar ook een voorwaarde om de activiteiten vermeld in artikel 3 van het voorstel te mogen uitoefenen:

“L’agrément n’aurait pas pour unique finalité le subventionnement, il constituerait également une condition pour exercer les activités décrites à l’article 3 de la proposition d’ordonnance.”

Dit zal dan in elk geval uitdrukkelijk ook in de tekst van het voorstel tot uiting moeten komen, bijvoorbeeld door na artikel 4 een nieuw artikel in te voegen waarin wordt bepaald dat de in artikel 3 vermelde activiteiten enkel kunnen worden uitgeoefend door erkende diensten voor risicobeperking.¹⁷ Aangezien een verbod om activiteiten uit te oefenen zonder erkenning precies geformuleerd moet zijn, zeker wanneer sancties zouden worden verbonden aan het overtreden ervan, moeten die activiteiten op exhaustieve wijze worden opgesomd in het voorstel. In artikel 3 van het voorstel moet het woord “zoals” dan ook worden weggelaten.

Voorts moeten de indieners van het voorstel nagaan of en welke sancties zij wensen te verbinden aan het overtreden van het voormelde verbod, in de wetenschap dat het verbod enkel afdwingbaar is met een regeling inzake controles en sancties (zie in dat verband ook opmerking 15).

¹⁶ Aangezien die diensten overeenkomstig artikel 5 van het voorstel moeten zijn opgericht door bepaalde instellingen of rechtspersonen, kan worden aangenomen dat natuurlijke personen niet in aanmerking komen voor een erkenning als dienst voor risicobeperking.

¹⁷ Uiteraard moet een dergelijke bepaling bevoegdheidsconform worden gelezen in het licht van opmerking 5, namelijk dat de uitoefening van deze activiteiten door *bicommunautaire instellingen (diensten)* enkel mogelijk is nadat ze zijn erkend overeenkomstig de voorgestelde regeling.

6.2. Tegelijkertijd betoogden de indieners dat de in artikel 3 van het voorstel omschreven activiteiten die enkel zouden mogen worden uitgeoefend door de erkende diensten voor thuisverzorging, beschouwd moeten worden als een niet-economische dienst van algemeen belang die buiten het toepassingsgebied van de dienstenrichtlijn¹⁸ valt¹⁹ en ook buiten het toepassingsgebied van de bepalingen van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: VWEU) inzake de vrijheid van vestiging en het vrij verkeer van diensten:²⁰

“Pareilles activités ne tombent toutefois pas, selon nous, dans la catégorie des services exerçant une activité économique. Il n’est nullement prévu que soit mis en place un marché concurrentiel de la réduction des risques. Il nous semble dès lors que l’on est en présence de services d’intérêt général ne relevant pas du champ d’application du TFUE.”

De Raad van State kan met deze zienswijze instemmen.

7. Artikel 5 van het voorstel bevat een erkenningsvoorwaarde voor de diensten voor risicobeperking. Artikel 8 van het voorstel bevat een delegatie aan het Verenigd College om voorwaarden te bepalen inzake de minimale personeelsformatie en inzake de diploma's en kwalificaties die verlangd worden van de leden van het team van de erkende kaders (zie daarover ook de opmerkingen 10.1 en 10.2).

De gemachtigde verklaarde dat het bij nader inzien de bedoeling is om het Verenigd College te machtigen om bijkomende erkenningsvoorwaarden te bepalen:

“En l’état actuel du texte, les conditions d’agrément sont effectivement celles visées aux articles 5 et 8. Suite à votre judicieuse question, nous envisageons toutefois de le revoir afin d’habiliter le Collège à fixer, le cas échéant, d’autres conditions.”

Een dergelijke machtiging moet dan worden toegevoegd aan de reeds bestaande delegaties in artikel 8 van het voorstel. Indien de indieners van het voorstel al concrete bijkomende erkenningsvoorwaarden in gedachten hebben, kunnen ze nu al worden toegevoegd aan artikel 5 van het voorstel. Ten slotte kunnen de artikelen 5 en 8 beter worden versmolten tot één artikel.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Artikel 3

8. In artikel 3, 4°, van het voorstel wordt omschreven waaruit de supervisie van gedragingen, handelingen en procedures ter preventie van risico's bestaat. Daaraan wordt toegevoegd dat “[d]e supervisie (...) geen actieve deelname aan de gebruikshandelingen [omvat]”. Indien het de bedoeling is om tegen te gaan dat medewerkers van de diensten voor

¹⁸ Richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 ‘betreffende diensten op de interne markt’.

¹⁹ Zie artikel 2, lid 2, a), van de dienstenrichtlijn, alsook het *Handboek voor de implementatie van de Dienstenrichtlijn*, punten 2.1.1 en 2.1.2, pp. 10-11.

²⁰ Zie protocol nr. 26 ‘betreffende de diensten van algemeen belang’ bij het VWEU.

risicobeperkingen actief deelnemen aan de gebruikshandelingen, is het wellicht beter om dit als een erkenningsvoorwaarde te formuleren dan – zoals nu het geval is – als een loutere bepaling dat die actieve deelname niet behoort tot de activiteiten die diensten voor risicobeperking moeten uitoefenen.

Artikelen 6 en 7

9. In artikel 6 van het voorstel wordt het Verenigd College gemachtigd om de regels te bepalen volgens dewelke een aanvraag tot (hernieuwing van de) erkenning wordt ingediend. Deze delegatie overlapt met de delegatie in artikel 7 van het voorstel om de procedure voor (onder meer) de erkenning vast te stellen.

Bovendien rijst de vraag of in artikel 7 van het voorstel niet eveneens moet worden voorzien in de mogelijkheid van de schorsing (naast de intrekking) van de erkenning.

Het is dan ook raadzaam om de artikelen 6 en 7 van het voorstel te versmelten en alle procedurele aspecten in een enkele delegatie aan het Verenigd College op te nemen.

Artikel 8

10.1. Bij artikel 8, eerste zin, van het voorstel wordt het Verenigd College onder meer gemachtigd om de diploma's en kwalificaties vast te stellen "die verlangd worden van de leden van het team van de erkende kaders". Het zou beter zijn om te schrijven: "die verlangd worden van de *medewerkers* van de erkende *diensten*".

10.2. Bij artikel 8, tweede zin, van het voorstel wordt het Verenigd College gemachtigd om "de regels vast [te leggen] voor de toekenning van de afwijking van de diploma- en kwalificatievereisten".

Indien het de bedoeling is om afwijkende regels te bepalen voor de diploma- en kwalificatievereisten, zoals minder strenge vereisten in bepaalde gevallen, wordt met deze delegatie niets toegevoegd aan de delegatie vervat in de eerste zin en kan de tweede zin beter worden weggelaten.

Indien het daarentegen de bedoeling is om regels vast te leggen volgens dewelke in individuele gevallen kan worden afgeweken van diploma- en kwalificatievereisten, moet dat uitdrukkelijk worden bepaald. Een dergelijke regeling zal overigens moeten kunnen worden verantwoord in het licht van het gelijkheidsbeginsel.

Artikel 9

11. Artikel 9, tweede lid, van het voorstel regelt de voorlopige erkenning, voor een hernieuwbare duur van een jaar, van diensten voor risicobeperking die een eerste erkenningsaanvraag hebben ingediend. Op de vraag of de rechtsgevolgen van een dergelijke voorlopige erkenning verschillen van die van een erkenning, bijvoorbeeld wat betreft de subsidies,²¹ antwoordde de gemachtigde het volgende:

“Il nous apparaît évident que le service jouissant d’un agrément provisoire bénéficie déjà d’une subvention durant sa période d’essai.”

Het zou beter zijn om het tweede lid in te leiden met de woorden “In afwijking van het eerste lid” en het woord “voorlopige” te schrappen. De tijdelijkheid van de erkenning blijkt dan nog steeds uit de vermelding dat de erkenning een hernieuwbare duur heeft van een jaar. Er kan dan evenwel geen twijfel meer over bestaan dat de erkenningen voor onbepaalde en bepaalde duur in beginsel dezelfde rechtsgevolgen hebben.

Er kan dan ook worden afgezien van de delegatie aan het Verenigd College om ter zake de nadere regels te bepalen, aangezien de procedurele aspecten reeds vervat zijn in de delegatie in de te versmelten artikelen 6 en 7 van het voorstel (zie daarover opmerking 9) en de eventuele bijkomende erkenningsvoorwaarden hun beslag kunnen krijgen in de delegatie die in de te versmelten artikelen 5 en 8 van het voorstel wordt uitgewerkt (zie daarover opmerking 7).

Artikel 10

12. In artikel 10 van het voorstel wordt het Verenigd College gemachtigd om de “subsidiëeringswijze” van de erkende diensten voor risicobeperking te bepalen. Indien daarmee louter de bedragen en de berekeningsregels voor de subsidies worden bedoeld, kan dat beter uitdrukkelijk worden bepaald. Indien specifieke voorwaarden worden beoogd voor die subsidiëring (naast de erkenningsvoorwaarden), moet dat eveneens uitdrukkelijk worden bepaald.

Artikel 12

13. In artikel 12 van het voorstel wordt bepaald op welke elementen de subsidies voor de reële personeelskosten betrekking hebben, “[o]nverminderd de regels betreffende de administratieve en budgettaire controle”. Die vermelding kan beter worden weggelaten, omdat ze overbodig is²² en bovendien de vraag kan doen rijzen waarom dat niet wordt bepaald voor de overige onderdelen van de subsidies.

²¹ In de artikelen 10 en 13 van het voorstel wordt immers gewag gemaakt van subsidies voor de *erkende* diensten, zonder dat de *voorlopig erkende* diensten daar afzonderlijk worden vermeld.

²² Dat de overheid bij de toekenning van subsidies de regels inzake administratieve en budgettaire controle in acht moet nemen, spreekt immers vanzelf.

Artikel 13

14. Bij artikel 13 van het voorstel wordt voorzien in de mogelijkheid om een subsidie toe te kennen voor het uitvoeren van innoverende projecten. De indieners van het voorstel zijn het ermee eens dat er voorwaarden bepaald moeten worden voor de toekenning van die subsidies of dat daartoe een delegatie moet worden verleend aan het Verenigd College.

Indien artikel 14 van het voorstel geen betrekking heeft op deze subsidies (zie daarover opmerking 15), moet bovendien ook worden voorzien in procedureregels zoals die in dat artikel worden bepaald.

Artikel 14

15. Het is niet duidelijk of artikel 14 van het voorstel enkel betrekking heeft op de subsidies bedoeld in artikel 10 of ook op de subsidies bedoeld in artikel 13. In elk geval moet dat worden verduidelijkt; in het eerste geval moet artikel 13 worden aangevuld zoals vermeld in opmerking 14, tweede alinea.

Artikel 15

16. Indien in het voorstel wordt bepaald dat voor de uitoefening van de activiteiten vermeld in artikel 3 een erkenning is vereist (zie daarover opmerking 6.1), moet in artikel 15 van het voorstel ook worden voorzien in regels inzake controle ten aanzien van natuurlijke personen en niet-erkende rechtspersonen die deze activiteiten zouden uitoefenen.

*

PORTÉE DE LA PROPOSITION

1. La proposition d'ordonnance de la Commission communautaire commune soumise pour avis ¹ prévoit un régime d'agrément et de subvention pour les services actifs en matière de réduction des risques, qui s'entendent des services qui poursuivent une « stratégie de santé publique qui vise à prévenir ou limiter les dommages liés à l'utilisation de produits psychoactifs ».

Les activités des services actifs en matière de réduction des risques comprennent notamment l'information, la sensibilisation et l'éducation en matière de risques liés à l'usage de drogues et des moyens de les réduire, l'orientation des usagers de drogue vers les services sociaux et les services de soins généraux ou de soins spécialisés, la promotion et la distribution des matériels et produits de santé destinés à la réduction des risques, la promotion et la supervision des comportements, des actes et des procédures de prévention des risques, y compris dans un local affecté à cette fin, ainsi que la participation à l'analyse, au suivi et à l'information, à destination des pouvoirs publics et des usagers, sur la composition, sur les usages en matière de transformation et de consommation et sur la dangerosité des substances concernées (article 3 de la proposition). L'intervenant de tout service actif en matière de réduction des risques agréé, qui pose un acte dans le cadre des activités précitées, est présumé de manière irréfutable intervenir exclusivement dans le cadre de sa mission de réduction des risques, à l'exclusion de toute autre intention (article 4).

La proposition détermine quels organismes doivent avoir créé le service à agréer (article 5) et qui doit introduire la demande d'agrément ou de renouvellement d'agrément selon les modalités arrêtées par le Collège réuni (article 6). Le Collège réuni est habilité à arrêter la procédure d'agrément, de refus et de retrait d'agrément (article 7), ainsi que le cadre minimal, les diplômes et qualifications requis et les modalités d'octroi de dérogations à ceux-ci (article 8). L'agrément est accordé pour une durée indéterminée, mais lors d'une première demande d'agrément, un agrément provisoire pour une durée d'un an renouvelable est délivré selon les modalités à fixer par le Collège réuni (article 9).

Dans les limites des crédits budgétaires, des subventions sont octroyées aux services agréés, qui concernent les frais de personnel (qui sont précisés plus avant), les frais de formation et les frais de fonctionnement et d'équipement. Le Collège réuni détermine les modalités du subventionnement (article 10 à 12). Toujours dans les limites des crédits budgétaires, une subvention peut également être octroyée pour la réalisation de projets novateurs, qui sont évalués au moins une fois par an (article 13).

La proposition comporte des dispositions relatives aux avances trimestrielles et au décompte final des subventions (article 14), au contrôle et aux inspections (article - 15) et au rapport d'activités à transmettre annuellement (article 16).

¹ La demande d'avis a été introduite au Conseil d'État le 5 mai 2017. Toutefois, le Conseil d'État n'a pu examiner effectivement la proposition d'ordonnance qu'après avoir reçu, le 22 mars 2018, des réponses à un certain nombre de questions posées par le premier auditeur rapporteur.

COMPÉTENCE

A. Compétence matérielle

2. À la question de savoir dans quelle compétence communautaire la réglementation proposée doit s'inscrire selon les auteurs de la proposition et comment cette réglementation s'articule avec la compétence résiduelle fédérale en matière d'exercice de la médecine et en matière de réglementation des médicaments et des denrées alimentaires, telle qu'elle est notamment réglée dans la loi du 24 février 1921 'concernant le trafic des substances vénéneuses, soporifiques, stupéfiantes, psychotropes, désinfectantes ou antiseptiques et des substances pouvant servir à la fabrication illicite de substances stupéfiantes et psychotropes'², le délégué a déclaré ce qui suit :

« La Commission communautaire commune est, à notre sens, compétente pour adopter pareille ordonnance en vertu des prérogatives dont elle dispose en matière de santé. Comme vous l'aurez constaté, nous nous référons à de nombreuses reprises à cette compétence dans les développements de notre proposition d'ordonnance.

Nous nous référons plus précisément à l'article 5, § 1, I, 6° et 8° qui traitent de :

'l'organisation des soins de santé de première ligne et le soutien aux professions des soins de santé de première ligne' (transfert de compétence intervenu suite à la 6^{ième} réforme de l'État, cf. loi spéciale du 6 janvier 2014) et à 'l'éducation sanitaire ainsi que les activités et services de médecine préventive, ainsi que toute initiative en matière de médecine préventive' (compétence datant d'avant la 6^{ième} réforme de l'État).

À noter, en ce qui concerne les aspects de prévention, que les développements relatifs à la loi spéciale du 6 janvier 2014 précisent que 'Aujourd'hui les communautés sont déjà compétentes pour l'éducation sanitaire, de même que pour les activités et services de médecine préventive, à l'exception des mesures prophylactiques nationales. Dorénavant, seules les communautés pourront prendre des initiatives en matière de prévention. Les moyens actuellement engagés au niveau fédéral pour la prévention seront transférés aux communautés. Le fonds de lutte contre les assuétudes sera aussi transféré aux communautés'.

Notre proposition d'ordonnance ne relève pas selon nous de la matière de l'aide aux personnes ou d'autres matières. Elle n'est nullement liée à des compétences de la Région de Bruxelles-Capitale.

Elle vise uniquement à régler l'agrément et le subventionnement des services actifs en matière de réduction des risques.

Si la loi de 1924 vise notamment 'ceux qui auront facilité à autrui l'usage à titre onéreux ou à titre gratuit des substances spécifiées à l'article 2bis, § 1, soit en procurant à cet effet un local, soit par tout autre moyen, ou qui auront incité à cet usage', elle précise également que 'Ne sont pas soumises à l'application de l'alinéa précédent, l'offre en vente, la vente au détail et la délivrance, même à titre gratuit, visées à l'article 4, § 2, 6°, de l'arrêté royal n° 78 du 10 novembre 1967 relatif à l'exercice de l'art de guérir, de l'art infirmier, des professions paramédicales et aux commissions médicales.'

² C.C., 10 avril 2008, n° 62/2008, B.14.1 à B.14.2; C.C., 31 juillet 2008, n° 112/2008, B.14.1 à B.14.2; C.C., 18 décembre 2008, n° 187/2008, B.13.1 à B.13.2 et C.C., 19 octobre 2017, n° 121/2017, B.14.1 à B.14.2.

Les locaux au sein desquels des activités de réduction des risques interviendraient permettent, selon nous, de répondre à des objectifs exclusifs de santé publique. Ces activités sont mises en œuvre par des professionnels du secteur, soumises à un agrément par un pouvoir public et sur une base légale claire. Non seulement, elles ne visent aucun but de lucre mais sont subventionnées et ne peuvent en aucun cas être assimilées par exemple à des fumeries d'opium, interdites par la législation de 1921. Le législateur de 1921 n'a pas pu envisager l'hypothèse des pratiques de réduction des risques., qui n'existaient tout simplement pas à l'époque. Notons également que les dispositifs de réduction des risques ne visent nullement à 'faciliter à autrui l'usage de substances', dans le sens où la supervision prévue, dans le cadre de la prévention des risques 'consiste à mettre en garde les usagers contre les pratiques à risque, à les accompagner et à leur prodiguer des conseils relatifs aux modalités de consommation des substances psychoactives ou classées comme stupéfiants afin de prévenir ou de réduire les risques de transmission des infections et les autres complications sanitaires. Elle ne comporte aucune participation active aux gestes de consommation'. En aucun cas, les pratiques de réduction des risques ne peuvent dès lors, à yeux, être considérées comme des pratiques d'encouragement, ni même de facilitation.

Bref nous pensons qu'un dispositif de réduction des risques, en ce compris le recours à des salles de consommation à moindre risque, n'est en rien visé par la loi de 1921 ».

3. Il ressort de la définition de réduction des risques figurant à l'article 2, 1^o, de la proposition, ainsi que de la définition des activités des services actifs en matière de réduction des risques inscrite à l'article 3 de la proposition, que la réglementation proposée peut en principe s'inscrire dans « les activités et services de médecine préventive, ainsi que toute initiative en matière de médecine préventive » au sens de l'article 5, § 1^{er}, I, alinéa 1^{er}, 8^o, de la loi spéciale du 8 août 1980 'de réformes institutionnelles'. En ce qui concerne la compétence communautaire en la matière, le Conseil d'État a exposé dans l'avis 34.339/AG du 29 avril 2003 que la compétence en matière de médecine préventive n'a trait qu'à certains aspects qui doivent présenter quelque lien avec certaines maladies ou affections. Des mesures qui peuvent effectivement contribuer à la santé humaine, mais qui ne sont qu'indirectement en rapport avec des maladies ou des affections échappent à cette compétence des communautés ³. En l'occurrence, ce lien avec la prévention de maladies et d'affections est clairement présent, compte tenu des objectifs et des activités des services actifs en matière de réduction des risques.

4.1. L'article 3, § 2, alinéa 1^{er}, de la loi du 24 février 1921 prévoit que le fait de faciliter à autrui l'usage à titre onéreux ou à titre gratuit des substances spécifiées à l'article 2bis, § 1^{er}, de la même loi ⁴, soit en procurant à cet effet un local, soit par tout autre moyen, ou d'inciter à cet usage, est punissable. Selon l'alinéa 2 du même paragraphe 2, ne tombent pas sous l'application de cette disposition pénale, l'offre en vente, la vente au détail et la délivrance, même à titre gratuit, dans un but de prophylaxie contre des maladies contagieuses ou dans un but de

³ Avis C.E. 34.339/AV du 29 avril 2003 sur un avant-projet devenu le décret de la Communauté flamande du 21 novembre 2003 'betreffende het preventieve gezondheidsbeleid', *Doc. parl.*, Parl. fl., 2002-03, n° 1709/1, pp. 147-151.

⁴ Cette dernière disposition légale mentionne des substances soporifiques, stupéfiantes et autres substances psychotropes susceptibles d'engendrer une dépendance et dont la liste est fixée par le Roi, ainsi que des plantes dont ces substances peuvent être extraites.

traitement des maladies chroniques, telles qu'elles sont actuellement réglées par l'article 6, § 2, 5°, de la loi 'relative à l'exercice des professions des soins de santé', coordonnée le 10 mai 2015 ⁵.

L'article 3, § 3, de la loi du 24 février 1921 prévoit que sont passibles de peines les praticiens de l'art de guérir, de l'art vétérinaire ou d'une profession paramédicale qui auront abusivement prescrit, administré ou délivré des médicaments contenant des substances soporifiques, stupéfiantes ou psychotropes de nature à créer, entretenir ou aggraver une dépendance. Par dérogation, le paragraphe 4 dispose que les traitements de substitution dispensés par un praticien de l'art de guérir ne sont pas sanctionnés ⁶.

Comme il a été exposé dans l'observation 2, ces dispositions s'inscrivent dans la compétence fédérale résiduelle en matière d'exercice de la médecine et en matière de réglementation des médicaments et des denrées alimentaires.

4.2. Selon l'article 4 de la proposition d'ordonnance, « [l]'intervenant de tout service actif en matière de réduction des risques, agréé selon les dispositions prévues à l'article 5, posant tout acte dans le cadre des activités énumérées à l'article 3, est considéré, de manière irréfragable, comme agissant uniquement et exclusivement dans le cadre de sa mission de réduction des risques, à l'exclusion de toute autre intention ».

Concernant cet article, la demande d'avis expose ce qui suit :

« Je souhaite en particulier votre attention sur l'article 4 de la proposition d'ordonnance, qui instaure une présomption irréfragable d'absence d'intention délictueuse au bénéfice des personnes travaillant pour un organisme agréé. Cette disposition exclut ainsi expressément l'élément moral, qui est l'un des éléments constitutifs d'une infraction, afin d'empêcher des poursuites pénales (voir commentaire de l'article). Cette disposition constitue donc un empiètement sur la compétence fédérale en matière de droit pénal et requiert de ce fait un recours à la théorie des compétences implicites, visées à l'article 10 de la loi spéciale du 8 août 1980 ».

Il ressort de cet exposé que l'article proposé vise à instaurer une cause de justification à l'égard de n'importe quelle infraction, dont les infractions reproduites dans l'observation 4.1., qui revêt en outre un caractère irréfragable. Indépendamment même de la question de savoir si sa formulation est adéquate pour atteindre cet objectif ⁷, il convient d'examiner si l'instauration de cette cause de justification s'inscrit dans la compétence de la Commission communautaire commune et s'il n'est pas porté atteinte à la compétence résiduelle fédérale précitée en matière d'exercice de la médecine et en matière de réglementation des médicaments et des denrées alimentaires, à la compétence pénale fédérale y accessoire et, eu égard au caractère général des termes de l'article proposé, à la compétence fédérale générale en matière de droit pénal.

⁵ Voir également à ce sujet l'arrêté royal du 5 juin 2000 'portant exécution de l'article 4, § 2, 6° de l'arrêté royal n° 78 du 10 novembre 1967 relatif à l'exercice des professions des soins de santé'.

⁶ Voir également à ce sujet l'arrêté royal du 19 mars 2004 'réglementant le traitement de substitution'.

⁷ En effet, la cause de justification semble uniquement pouvoir agir sur les infractions pour lesquelles un dol spécial est exigé.

4.3. En ce qui concerne le cas similaire de l'instauration d'une cause d'excuse exclusive de peine, la Cour constitutionnelle a jugé que les communautés et régions ne peuvent instaurer pareille cause d'excuse que si elle porte sur des manquements qu'elles érigent elles-mêmes en infraction⁸ conformément à l'article 11, alinéa 1^{er}, de la loi spéciale du 8 août 1980⁹. Dans le même sens, le Conseil d'État, section de législation, a observé que les communautés, en vertu de cette disposition, ne peuvent instaurer un motif de justification (spécifique) à l'égard d'infractions définies au niveau fédéral¹⁰.

L'article 11, alinéa 1^{er}, de la loi spéciale du 8 août 1980 ne procure dès lors aucun fondement, au regard de la répartition des compétences, à l'article 4 de la proposition.

4.4. Toutefois, il faut encore vérifier si la Commission communautaire commune, pour adopter l'article 4 de la proposition, pourrait invoquer l'article 10 de la loi spéciale du 8 août 1980¹¹, selon lequel les décrets (ou en l'espèce les ordonnances) peuvent porter des dispositions relatives à des matières pour lesquelles les parlements d'une entité fédérée ne sont pas compétents, dans la mesure où ces dispositions sont nécessaires à l'exercice de leur compétence.

En principe, rien n'empêche que l'article 10 de la loi spéciale du 8 août 1980, qui a une portée générale et qui traduit un principe général relatif à la répartition des compétences, trouve à s'appliquer à des matières pénales¹². Comme l'indique la demande d'avis, un recours aux compétences implicites n'est toutefois possible que si le dispositif à adopter peut être considéré comme nécessaire à l'exercice des compétences de la communauté ou de la région concernée, que la matière visée se prête à un régime différencié et que l'incidence des dispositions en projet sur cette matière ne soit que marginale¹³.

La cause de justification visée, comme le précise la demande d'avis, a une portée très générale : elle peut être invoquée pour tout acte posé dans le cadre des activités énumérées à l'article 3 de la proposition, qui sont elles-mêmes déjà très étendues et ne sont en outre

⁸ C.C., 10 avril 2008, n° 62/2008, B.8.2 et B.9; C.C., 31 juillet 2008, n° 112/2008, B.8.2 et B.8.9; C.C., 18 décembre 2008, n° 187/2008, B.7.2 et B.8; C.C., 19 octobre 2017, n° 121/2017, B.8 et B.9. Dans le même sens, l'avis C.E. 61.527/1 du 21 juin 2017 sur un avant-projet devenu l'ordonnance du 16 novembre 2017 'visant à lutter contre les discriminations en matière d'emploi en Région de Bruxelles-Capitale', *Doc. parl.*, Parl. Rég. Brux.-Cap., 2016-2017, n° A-549/1, pp. (16) 18.

⁹ Cet article s'applique par analogie à la Commission communautaire commune en vertu de l'article 63, alinéa 1^{er}, de la loi spéciale du 12 janvier 1989 'relative aux Institutions bruxelloises'.

¹⁰ Avis C.E. 42.544/VR/3 du 2 octobre 2007 sur un avant-projet devenu le décret de la Communauté flamande du 18 juillet 2008 'betreffende de zorg- en bijstandsverlening', *Doc. parl.*, Parl. fl., 2007-2008, n° 1708/1, pp. (37) 45-46.

¹¹ Cet article s'applique également à la Commission communautaire commune en vertu de l'article 63, alinéa 1^{er}, de la loi spéciale du 12 janvier 1989.

¹² Rapport SCHILTZ-BENKER, *Doc. parl.*, Sénat, 1992-93, n° 558/5, p. 416. Voir, pour une application relative à une matière de droit pénal, l'avis C.E. 61.527/1 du 21 juin 2017, *l.c.*, p. 18, et concernant une matière d'instruction criminelle, par exemple l'avis C.E. 43.509/VR/4 du 20 novembre 2007 sur un avant-projet devenu le décret de la Région wallonne du 5 juin 2008 'relatif à la recherche, la constatation, la poursuite, et la répression des infractions en les mesures de réparation en matière d'environnement', *Doc. parl.*, Parl. wall., 2007-08, n° 771/1, pp. (35) 53-55.

¹³ Jurisprudence constante de la Cour constitutionnelle, voir par exemple : C.C., 11 mai 2017, n° 55/2017, B.3.3; C.C., 25 mai 2016, n° 73/2016, B.25.2; C.C., 29 octobre 2015, n° 152/2015, B.14.7.

énumérées que de manière indicative, et elle peut être invoquée à l'égard de n'importe quelle infraction définie au niveau fédéral. En raison de ce champ d'application indéterminé et dès lors potentiellement très large, la disposition ne peut pas être réputée n'avoir qu'une incidence marginale sur la compétence fédérale et excède pour ce seul motif déjà la compétence de la Commission communautaire commune¹⁴.

En outre, les développements de la proposition ou les déclarations du délégué ne démontrent nullement qu'une disposition à ce point large comme l'article 4 de la proposition serait nécessaire à l'exercice de la compétence de la Commission communautaire commune¹⁵. S'il ne peut être entièrement exclu que l'instauration d'une ou de plusieurs causes de justification spécifiques, concernant spécialement de la réglementation en projet, pourrait être réputée nécessaire à l'exercice des compétences de la Commission communautaire commune, il faut toutefois tenir compte à cet égard que des dispositions excluant sous certaines conditions la répression de certains actes posés dans le cadre du traitement d'utilisateurs de substances stupéfiantes, sont déjà inscrites dans la loi du 24 février 1921 (article 3, §§ 2, alinéa 2, et 4, de cette loi).

4.5. En conclusion, l'article 4 de la proposition ne peut se concrétiser dans sa forme actuelle.

B. Compétence territoriale

5. Conformément à l'article 128, § 2, de la Constitution, combiné avec l'article 135 de celle-ci, et compte tenu du fait qu'un régime d'agrément des services actifs en matière de réduction des risques est visé, le régime proposé ne peut être appliqué qu'à l'égard des organismes (services) établis dans la région bilingue de Bruxelles-Capitale qui, en raison de leurs activités, ne doivent pas être considérés comme relevant exclusivement de la compétence de la Communauté française ou de la Communauté flamande¹⁶.

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

6.1. Les auteurs de la proposition ont déclaré que l'agrément des services actifs en matière de réduction des risques est non seulement une condition pour pouvoir prétendre à des

¹⁴ En outre, une présomption irréfutable se greffe encore sur ce caractère général, qui prévoit une exception à la règle générale selon laquelle même si le prévenu ne doit pas prouver l'existence d'une cause de justification, mais seulement démontrer qu'elle n'est pas dénuée de tout fondement, le ministère public (ou la partie civile) peut néanmoins prouver qu'il n'existe aucune cause de justification (voir par exemple R. DECLERCQ, *Beginnselen van Strafrechtspleging*, Malines, Kluwer, 2010, pp. 870-875). L'instauration de cette présomption irréfutable accentue encore plus l'atteinte à la compétence fédérale.

¹⁵ Le délégué a déclaré en revanche qu'«[à] notre estime, les services actifs en matière de réduction des risques ne seront pas amenés à poser un quelconque acte punissable au sens de la législation fédérale de 1921. Afin d'éviter toute méprise à ce sujet et par souci de clarté, il nous semblait utile de prévoir une disposition rappelant le cadre dans lequel s'inscrit le travail de ces services ».

¹⁶ Dès lors que, conformément à l'article 5 de la proposition, ces services doivent avoir été créés par certaines institutions ou personnes morales, on peut admettre que les personnes physiques ne peuvent prétendre à un agrément en tant que service actif en matière de réduction des risques.

subventions (ainsi qu'il ressort des articles 10 et 13 de la proposition), mais aussi une condition pour pouvoir exercer les activités mentionnées à l'article 3 de la proposition :

« L'agrément n'aurait pas pour unique finalité le subventionnement, il constituerait également une condition pour exercer les activités décrites à l'article 3 de la proposition d'ordonnance ».

En tout état de cause, il faudra le formuler expressément dans le texte de la proposition, par exemple en insérant après l'article 4 un article nouveau disposant que les activités mentionnées à l'article 3 ne peuvent être exercées que par des services agréés pour la réduction des risques¹⁷. Dès lors qu'il y a lieu de formuler précisément une interdiction d'exercer ces activités sans agrément, *a fortiori* si des sanctions sont liées à la violation de cette interdiction, ces activités doivent être énumérées de manière exhaustive dans la proposition. À l'article 3 de la proposition, on omettra par conséquent les mots « telles que ».

En outre, les auteurs de la proposition vérifieront s'ils souhaitent prévoir des sanctions en cas d'infraction à l'interdiction précitée et si oui lesquelles, sachant que l'interdiction n'est contraignante que s'il existe un régime de contrôles et de sanctions (voir également à cet égard l'observation 15).

6.2. Parallèlement, les auteurs de la proposition ont affirmé que les activités définies à l'article 3 de la proposition qui pourraient uniquement être exercées par les services agréés pour les soins à domicile, doivent être considérées comme un service d'intérêt général non économique qui échappe¹⁸ au champ d'application de la directive services¹⁹ ainsi qu'à celui des dispositions du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après : TFUE) en matière de liberté d'établissement et de libre circulation des services²⁰ :

« Pareilles activités ne tombent toutefois pas, selon nous, dans la catégorie des services exerçant une activité économique. Il n'est nullement prévu que soit mis en place un marché concurrentiel de la réduction des risques. Il nous semble dès lors que l'on est en présence de services d'intérêt général ne relevant pas du champ d'application du TFUE ».

Le Conseil d'État peut se rallier à ce point de vue.

7. L'article 5 de la proposition prévoit une condition d'agrément pour les services actifs en matière de réduction des risques. L'article 8 de la proposition confère une délégation au Collège réuni en vue de déterminer des conditions relatives au cadre minimal ainsi qu'aux diplômes et qualifications requis pour les membres de l'équipe des cadres agréés (voir également à ce propos les observations 10.1 et 10.2).

¹⁷ Il va de soi qu'une telle disposition doit être lue conformément aux règles répartitrices de compétences à la lumière de l'observation 5, c'est-à-dire que l'exercice de ces activités par des *organismes (services) bicommunautaires* n'est possible qu'après qu'ils ont été agréés en application du régime proposé.

¹⁸ Voir l'article 2, paragraphe 2, a), de la directive services, ainsi que le *Manuel relatif à la mise en œuvre de la directive « services »*, points 2.1.1 et 2.1.2, pp. 10-11.

¹⁹ Directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 'relative aux services dans le marché intérieur'.

²⁰ Voir le protocole n° 26 'sur les services d'intérêt général' annexé au TFUE.

Le délégué a déclaré qu'après analyse, l'intention est d'habiliter le Collège réuni à définir des conditions d'agrément supplémentaires:

« En l'état actuel du texte, les conditions d'agrément sont effectivement celles visées aux articles 5 et 8. Suite à votre judicieuse question, nous envisageons toutefois de le revoir afin d'habiliter le Collège à fixer, le cas échéant, d'autres conditions ».

Il y a donc lieu d'ajouter une telle délégation aux délégations déjà existantes inscrites à l'article 8 de la proposition. Si les auteurs de la proposition devaient déjà envisager des conditions d'agrément concrètes, ils pourraient d'ores et déjà les ajouter à l'article 5 de la proposition. Enfin, mieux vaut fusionner les articles 5 et 8 en un seul article.

EXAMEN DU TEXTE

Article 3

8. L'article 3, 4°, de la proposition définit en quoi consiste la supervision des comportements, des [actes] et des procédures de prévention des risques. Il ajoute que « [la supervision] ne comporte aucune participation active aux [actes] de consommation ». Si l'intention est d'empêcher que des collaborateurs des services actifs en matière de réduction des risques participent activement aux actes de consommation, mieux vaut sans doute le préciser sous la forme d'une condition d'agrément et non – comme c'est le cas actuellement – sous la forme d'une simple disposition que cette participation active ne relève pas des activités que doivent exercer des services actifs en matière de réduction des risques.

Articles 6 et 7

9. L'article 6 de la proposition habilite le Collège réuni à déterminer les règles selon lesquelles une demande (de renouvellement) d'agrément est introduite. Cette délégation fait double emploi avec la délégation prévue à l'article 7 de la proposition permettant de fixer la procédure d'agrément (entre autres).

Par ailleurs, la question se pose de savoir si l'article 7 de la proposition ne devrait pas également prévoir la possibilité de la suspension (outre le retrait) de l'agrément.

Il est par conséquent conseillé de fusionner les articles 6 et 7 de la proposition et d'inscrire tous les aspects procéduraux dans une délégation unique au Collège réuni.

Article 8

10.1. L'article 8, première phrase, de la proposition habilite le Collège réuni, notamment, à arrêter les diplômes et qualifications « requis pour les membres de l'équipe des cadres agréés ». Il serait préférable d'écrire : « requis pour les *collaborateurs des services agréés* ».

10.2. L'article 8, deuxième phrase, de la proposition habilite le Collège réuni à « arrête[r] également les modalités d'octroi de dérogation à ces diplômes et qualifications ».

Si l'intention est de fixer des règles dérogatoires pour les exigences en matière de diplômes et de qualifications, comme des exigences moins strictes dans certains cas, cette délégation n'ajoute rien à la délégation inscrite dans la première phrase et il vaut mieux omettre la deuxième phrase.

S'il s'agit au contraire de fixer des règles selon lesquelles, dans des cas individuels, il peut être dérogé aux exigences en matière de diplômes et de qualifications, il y a lieu de le préciser expressément. Pareille disposition devra du reste pouvoir être justifiée au regard du principe d'égalité.

Article 9

11. L'article 9, alinéa 2, de la proposition règle l'agrément provisoire, pour une durée d'un an renouvelable, de services actifs en matière de réduction des risques qui ont introduit une première demande d'agrément. À la question de savoir si les effets juridiques d'un tel agrément provisoire diffèrent de ceux d'un agrément, par exemple en ce qui concerne les subventions ²¹, le délégué a donné la réponse suivante :

« Il nous apparaît évident que le service jouissant d'un agrément provisoire bénéficie déjà d'une subvention durant sa période d'essai ».

Mieux vaudrait introduire l'alinéa 2 par les mots « Par dérogation à l'alinéa 1^{er}, » et supprimer le mot « provisoire ». Le caractère temporaire de l'agrément ressort encore et toujours de la mention selon laquelle l'agrément a une durée d'un an renouvelable. Il ne peut toutefois plus subsister de doute quant au fait que les agréments pour une durée indéterminée et déterminée produisent en principe les mêmes effets juridiques.

On peut dès lors renoncer à la délégation au Collège réuni lui permettant de fixer les modalités en la matière, puisque les aspects procéduraux sont déjà inclus dans la délégation inscrite aux articles 6 et 7, à fusionner, de la proposition (voir à ce sujet l'observation 9) et que les éventuelles conditions d'agrément supplémentaires peuvent être réglées dans la délégation élaborée dans les articles 5 et 8, à fusionner, de la proposition (voir à ce sujet l'observation 7).

Article 10

12. L'article 10 de la proposition habilite le Collège réuni à déterminer le « mode de subventionnement » des services agréés actifs en matière de réduction des risques. Si l'on ne vise par là que les montants et les règles de calcul des subventions, mieux vaut le prévoir expressément. Si l'on vise par contre des conditions spécifiques pour ce subventionnement (outre les conditions d'agrément), il convient également de le prévoir expressément.

²¹ Les articles 10 et 13 de la proposition font en effet mention de subventions pour les services agréés, mais ne mentionnent pas séparément les services agréés provisoirement.

Article 12

13. L'article 12 de la proposition détermine les éléments sur lesquels portent les subventions pour les frais réels du personnel, « [s]ans préjudice des règles relatives au contrôle administratif et budgétaire ». Cette mention sera de préférence omise parce qu'elle est superflue²² et qu'elle peut en outre soulever la question de savoir pourquoi elle n'est pas prévue pour les autres dispositions relatives aux subventions.

Article 13

14. L'article 13 de la proposition prévoit la possibilité d'octroyer une subvention pour la réalisation de projets novateurs. De l'accord des auteurs de la proposition, il y a lieu de fixer des conditions pour l'octroi de ces subventions ou de conférer une délégation à cet effet au Collège réuni.

Si l'article 14 de la proposition ne concerne pas ces subventions (voir à cet égard l'observation 15), il faut en outre prévoir des règles de procédure telles que celles visées dans cet article.

Article 14

15. On n'aperçoit pas clairement si l'article 14 de la proposition concerne uniquement les subventions visées à l'article 10 ou aussi celles visées à l'article 13. En tout état de cause, il convient de le préciser; dans le premier cas, on complètera l'article 13 comme il est indiqué dans l'observation 14, alinéa 2.

Article 15

16. Dans l'hypothèse où la proposition disposerait qu'un agrément est requis pour l'exercice des activités mentionnées à l'article 3 (voir à ce propos l'observation 6.1), il faudrait également prévoir à l'article 15 de la proposition des règles de contrôle à l'égard des personnes physiques et des personnes morales non agréées qui exerceraient ces activités.

DE GRIFFIER - LE GREFFIER

DE VOORZITTER - LE PRÉSIDENT

Astrid TRUYENS

Jan SMETS

²² Le fait que l'autorité doive respecter les règles relatives au contrôle administratif et budgétaire pour l'octroi de subventions va en effet de soi.