



CONSEIL D'ÉTAT

section de législation

avis 61.665/4
du 5 juillet 2017

sur

un projet d'arrêté du Gouvernement wallon 'portant exécution
du décret du 9 mars 2017 relatif au prix d'hébergement et au
financement de certains appareillages des services
médico-techniques lourds en hôpital'

Le 9 juin 2017, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par le Vice-Président et Ministre des Travaux publics, de la Santé, de l'Action sociale et du Patrimoine de la Région wallonne à communiquer un avis, dans un délai de trente jours, sur un projet d'arrêté du Gouvernement wallon 'portant exécution du décret du 9 mars 2017 relatif au prix d'hébergement et au financement de certains appareillages des services médico-techniques lourds en hôpital'.

Le projet a été examiné par la quatrième chambre le 5 juillet 2017. La chambre était composée de Pierre VANDERNOOT, président de chambre, Martine BAGUET et Bernard BLERO, conseillers d'État, Marianne DONY, assesseur, et Charles-Henri VAN HOVE, greffier assumé.

Le rapport a été présenté par Pauline LAGASSE, auditeur adjoint.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 5 juillet 2017.

*

Comme la demande d'avis est introduite sur la base de l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2°, des lois 'sur le Conseil d'État', coordonnées le 12 janvier 1973, 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 suivantes.

FORMALITÉS PRÉALABLES

L'alinéa 6 du préambule mentionne l'avis de l'organe de concertation tel que prévu par l'accord de coopération-cadre du 27 février 2014 entre la Communauté française, la Région wallonne et la Commission communautaire française 'relatif à la concertation intra-francophone en matière de santé et d'aide aux personnes et aux principes communs applicables en ces matières'.

Cet avis ne figure cependant pas au dossier remis à la section de législation du Conseil d'État. L'auteur du projet veillera au bon accomplissement de cette formalité.

OBSERVATION GÉNÉRALE

1. Aux articles 5, § 1^{er}, alinéa 2, 11, § 1^{er}, alinéa 2, et 12, § 1^{er}, alinéa 2, l'utilisation de la notion d'« arrêté ministériel pris en Gouvernement » n'est pas orthodoxe.

À cet égard, de deux choses l'une :

– si la volonté est de faire en sorte que les questions réglées par la voie d'un arrêté ministériel donnent lieu à un accord politique en Gouvernement, il y a lieu de le prévoir dans une décision du Gouvernement et non dans le texte en projet ;

– si la volonté est de réserver la décision au Gouvernement, les habilitations octroyées au ministre par les dispositions précitées doivent être supprimées et il appartiendra alors au Gouvernement de prendre les arrêtés portant sur les objets mentionnés dans ces articles.

2. Le projet ne permet pas d'exécuter entièrement l'habilitation contenue à l'article 15, alinéa 3, du décret du 9 mars 2017 'relatif au prix d'hébergement et au financement de certains appareillages des services médico-techniques lourds en hôpital'.

En effet, l'article 22 du projet précise uniquement les obligations des hôpitaux visées par l'article 15, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 1°, 2° et 3°, du décret du 9 mars 2017.

Or, l'article 15, alinéa 1^{er}, 4° et 5°, du même décret prévoit également des obligations en termes de développement durable et d'accessibilité de l'hôpital aux personnes à

mobilité réduite, pour lesquelles l'article 15, alinéa 3, du décret impose au Gouvernement de prévoir des modalités d'application et de sanction.

Les seuls contrôles organisés par le projet sont prévus par les articles 21, § 1^{er}, et 23 du projet, qui se réfèrent uniquement aux obligations reprises par l'article 22 du projet.

Seul l'article 18, alinéa 2, 7^o et 8^o, du projet évoque les obligations de l'hôpital en termes de développement durable et d'accessibilité pour les personnes à mobilité réduite sans cependant que celle-ci fasse l'objet d'un quelconque contrôle.

Le projet doit dès lors être complété sur ce point.

OBSERVATIONS PARTICULIÈRES

PRÉAMBULE

À l'alinéa 1^{er}, il convient d'omettre la référence aux articles 5, 19 et 21 du décret du 9 mars 2017 'relatif au prix d'hébergement et au financement de certains appareillages des services médico-techniques lourds en hôpital' (ci-après : « le décret du 9 mars 2017 »), ces dispositions ne procurant pas de fondement juridique au projet.

S'agissant de la mention de l'article 22 du décret du 9 mars 2017, il est renvoyé à l'observation n° 2 sous l'article 17.

Il convient, par contre, d'également viser les articles 13, alinéas 3, et 14 du décret du 9 mars 2017 à titre de fondement juridique du projet.

DISPOSITIF

Article 1^{er}

In fine, on écrira « de celle-ci ».

Article 2

Au 12^o, il n'est pas cohérent de définir la notion de « la section » – qui est une notion au singulier – par le renvoi à « les sections [...] visées respectivement à l'article 6, § 2, 1^o, 2^o et 3^o du décret du 9 mars 2017 ».

Le dispositif sera revu en conséquence.

Article 5

1. Au paragraphe 3, alinéa 1^{er}, 2^o, a), il convient de définir ce qu'il y a lieu d'entendre par « l'index E » et par « l'index M ».
2. Dès lors que, conformément à l'article 20 de la loi spéciale du 8 août 1980 'de réformes institutionnelles', le pouvoir exécutif appartient au Gouvernement, l'auto-habilitation qui est prévue par le paragraphe 4, alinéa 1^{er}, en faveur de celui-ci n'a pas de sens et sera omise.

Article 6

L'alinéa 4 prévoit uniquement, en ce qui concerne les hôpitaux psychiatriques, le financement de places de parking en plein air. Contrairement aux hôpitaux généraux, le financement de places de parking couvertes et, plus particulièrement, de places de parking souterraines justifiées par des prescriptions urbanistiques n'est pas autorisé, ce qui paraît contraire au principe constitutionnel d'égalité et de non-discrimination.

Le fait qu'à l'heure actuelle la presque totalité des hôpitaux psychiatriques ne dispose que de places de parking en plein air ne suffit pas à justifier une telle exclusion.

À défaut d'une justification adéquate, le dispositif sera revu dans le respect des articles 10 et 11 de la Constitution.

Article 8

1. Il convient de se référer aux « annexes 1, 2 et 3 » de l'arrêté en projet à la place des « annexes I, II, III du présent arrêté ».
2. De l'accord du délégué, il convient de définir les termes « S_i » et « M_i » comme suit :

« 'S_i' : indice du coût de la main-d'œuvre au premier trimestre de l'année i, tel que calculé par le SPF Economie ;

'M_i' : indice des prix à la production dans la construction au premier trimestre de l'année i, tel que calculé par le SPF Economie ».

Le dispositif sera complété en conséquence.

Article 9

Interrogé sur la formule mentionnée au paragraphe 1^{er}, 2°, du projet, le délégué du Ministre relève qu'elle contient une erreur et propose de la réécrire comme suit :

« 2° Le nombre de mètres carrés maximum de la deuxième section relative aux places de parking est obtenu en multipliant le nombre de places de parking, calculé conformément à l'article 6, par le nombre de mètres carrés de la colonne B du tableau figurant à l'annexe 2 ».

Le dispositif sera revu en conséquence.

Article 10

Au paragraphe 4, il convient de se référer au « paragraphe 2, 1° et 2° », à la place du « paragraphe 1^{er}, 1° et 2° ».

Article 11

Pour plus de clarté, le délégué du Ministre propose de réécrire l'article 11, § 1^{er} du projet comme suit :

« Art. 11. § 1^{er}. En vertu de l'article 13 du décret du 9 mars 2017, le prix d'hébergement annuel tel que calculé en application de l'article 10 est divisé pour obtenir un prix facturable à la journée réalisée. Le diviseur correspond à la somme des éléments suivants, calculé sur la base du dernier exercice connu de l'Agence :

1° le nombre de lits d'hospitalisation complète agréé tel que visé à l'article 5, § 1^{er}, 1°, 4°, 6°, 7°, 19° et 20° ou le nombre de lits retenus s'il est fait application de l'article 5, § 2, multiplié, par index de lits, par les taux suivants, qui traduisent l'occupation des lits :

80 % x 6/7 x 365 pour les journées portant sur les lits d'index E et M ;

80% x 365 pour les journées portant sur les lits de soins intensifs (fonction I, index NIC et index MIC) et grands brûlés ;

90 % x 365 pour les journées portant sur des lits d'index lits G et Sp ;

85 % x 365 pour les journées en lits psychiatriques de jour et de nuit ;

90% x 6/7 x 365 pour les journées dans les autres types de lits d'hospitalisation complète.

2° le nombre de lits d'hospitalisation de jour ou de nuit agréé en service et hôpital psychiatrique compris à l'article 5, § 1^{er}, 4° multiplié par l[e] taux suivan[t], qui tradui[t] l'occupation des lits :

85 % x 259 pour les journées en lits psychiatriques de jour ou de nuit ;

3° le nombre de forfaits en hospitalisation non médicale et médicale de jour en hôpital général, en moyenne sur les trois dernières années ».

Il est renvoyé pour le surplus à l'observation générale n° 1.

Article 13

Dès lors que le délai dans lequel les demandes d'inscription dans le plan de construction doivent être introduites aura un caractère contraignant, l'appel à candidatures effectué par le ministre, tel qu'il est prévu par l'alinéa 2, ne peut être fait par le biais d'une simple circulaire mais doit prendre la forme d'un arrêté ministériel.

Articles 13, 17, 18, 19 et 21

Les articles 13, 17 et 19 du projet se réfèrent, pour l'élaboration des plans de construction sur la base de programmes d'investissements, à la notion « d'avant-projets » repris au sein de ces programmes d'investissements.

Les articles 18, 19 et 21 du projet se réfèrent pour leur part à la notion de « projet » pour viser les éléments du programme d'investissement admis au sein du plan de construction.

Cette terminologie n'est cependant pas en accord avec l'article 18 du décret du 9 mars 2017. En effet, il ressort de l'article 18, § 3, de ce décret que la notion de « projet » doit s'entendre au sens de la notion d'« avant-projet » telle qu'elle est utilisée par l'arrêté en projet.

Il convient, dès lors, de revoir sous cet angle le dispositif, de telle sorte que la terminologie utilisée corresponde à celle du décret du 9 mars 2017.

Articles 15 et 19

Dans un souci de sécurité juridique et compte tenu de la formulation utilisée aux articles 15, alinéa 2, et 19, § 1^{er}, alinéa 2, du projet, de l'accord du délégué du Ministre, aux articles 15, alinéa 4, et 19, § 1^{er}, alinéa 4, du projet, les termes « le projet est définitivement réputé complet » seront remplacés par les termes « le dossier est réputé complet ».

Article 16

L'article 18, § 2, du décret du 9 mars 2017 prévoit que

« Le Gouvernement détermine le contenu et les modalités de transmission des programmes d'investissements des hôpitaux qui demandent l'intégration dans le calcul des parties du prix d'hébergement visé au § 1^{er}. Il fixe sur proposition du ministre de la

santé, les critères de sélection prioritaire pour l'introduction de programmes d'investissements dans les plans de construction ».

Tel que rédigé, l'article 16 du projet ne respecte pas l'habilitation qui est ainsi prévue. Cette disposition se contente en effet de fixer les éléments qui peuvent être pris en compte de manière générale, sans que ceux-ci puissent être qualifiés de « critères de sélection prioritaire » au sens de l'article 18, § 2, du décret.

Le dispositif de l'article 16 du projet sera dès lors fondamentalement revu.

Article 17

1. La seconde phrase de l'article 17 du projet se limite à reproduire un dispositif similaire à celui actuellement prévu par l'article 18, § 3, du décret du 9 mars 2017.

Des dispositions qui ne font que rappeler une norme supérieure, en la reproduisant ou en la paraphrasant, n'ont en principe pas leur place dans des règles d'exécution, notamment parce que la nature juridique des dispositions reproduites pourrait en devenir incertaine et que cela donne erronément à penser que l'autorité qui reproduit les règles peut les modifier.

La seconde phrase de l'article 17 du projet sera dès lors omise.

2. Conformément à l'article 22 du décret du 9 mars 2017, il appartient au Gouvernement de fixer la date à laquelle le premier plan pluriannuel de construction est arrêté, cette date ne pouvant aller au-delà du 1^{er} janvier 2018.

Il convient dès lors de compléter le projet d'arrêté afin de mettre en œuvre cette habilitation.

Article 22

1. À l'article 22, § 3, du projet, il convient de viser l'article 15, alinéa 1^{er}, 2^o, du décret du 9 mars 2017 à la place de l'article 14, § 2, du même décret.

2. Interrogé sur la conformité de l'article 22, § 4, du projet avec le principe constitutionnel d'égalité et de non-discrimination, le délégué du Ministre propose d'adapter cette disposition comme suit, afin de prévoir un ratio d'investissement minimum variable selon le caractère plus ou moins récent de la construction ou de la rénovation de l'hôpital :

« § 4. L'hôpital maintient un ratio d'investissement visant au maintien de la qualité de son infrastructure au moins égal à la formule suivante :

À partir de 2018,

$$\sum_{i=j}^{t-1} Ibruts_i \geq 0,9 \times \sum_{i=j}^{t-1} (C_i + E_i + R_i + T_i)$$

Où $Ibruts_i$ correspond à l'ensemble des investissements bruts faits par l'hôpital dans le courant de l'année i , à l'exception des investissements hospitaliers inscrits dans un programme d'investissement décidé par le Gouvernement wallon antérieurement au 1^{er} janvier 2018 ou de tout autre subventionnement d'une autorité publique ;

Où j correspond à la première année où l'hôpital active des m² dans les plans de construction ;

Où t correspond à l'année en cours ;

Où C_i , E_i , R_i et T_i correspondent respectivement aux résultats des opérations visées à l'article 10, § 2, 1^o, 2^o, 3^o et 4^o du présent arrêté.

Et dès que $t \geq j + 25$,

$$\sum_{i=t-25}^{t-1} Ibruts_i \geq 0,9 \times \sum_{i=t-25}^{t-1} (C_i + E_i + R_i + T_i)$$

Où $Ibruts_i$ correspond à l'ensemble des investissements bruts faits par l'hôpital dans le courant de l'année i , à l'exception des investissements hospitaliers inscrits dans un programme d'investissement décidé par le Gouvernement wallon antérieurement au 1^{er} janvier 2018 ou de tout autre subventionnement d'une autorité publique ;

Où j correspond à la première année où l'hôpital active des m² dans les plans de construction ;

Où t correspond à l'année en cours ;

Où C_i , E_i , R_i et T_i correspondent respectivement aux résultats des opérations visées à l'article 10, § 2, 1^o, 2^o, 3^o et 4^o du présent arrêté ».

Compte tenu du caractère technique de ces formules, il appartient à l'auteur de l'avant-projet d'être en mesure de démontrer qu'elles permettent effectivement de respecter le principe constitutionnel d'égalité et de non discrimination.

Article 24

1. Le paragraphe 1^{er} ne fait que reproduire le dispositif de l'article 14, § 1^{er}, du décret du 9 mars 2017.

Des dispositions qui ne font que rappeler une norme supérieure, en la reproduisant ou en la paraphrasant, n'ont en principe pas leur place dans des règles d'exécution, notamment parce que la nature juridique des dispositions reproduites pourrait en devenir incertaine et que cela donne erronément à penser que l'autorité qui reproduit les règles peut les modifier.

Cette disposition sera dès lors omise.

2. Au paragraphe 2, il convient de se référer à l'arrêté royal du 25 octobre 2006 'fixant les normes auxquelles un service où un tomographe à résonance magnétique est installé doit répondre pour être agréé' à la place de l'arrêté royal du 27 octobre 1989 'fixant les normes auxquelles un service où est installé un tomographe à résonance magnétique avec calculateur électronique intégré doit répondre pour être agréé comme service médico-technique au sens de l'article 44 de la loi sur les hôpitaux, coordonnée le 7 août 1987'.

3. Au paragraphe 4, il convient de se référer à l'arrêté royal du 14 décembre 2006 'fixant les normes auxquelles un service de médecine nucléaire où est installé un scanner PET doit répondre pour être agréé comme service médico-technique au sens de l'article 58 de la loi coordonnée du 10 juillet 2008 sur les hôpitaux et autres établissements de soins' à la place de l'arrêté royal du 12 août 2000 'fixant les normes auxquelles un service de médecine nucléaire où est installé un scanner PET doit répondre pour être agréé comme service médico-technique au sens de l'article 44 de la loi sur les hôpitaux, coordonnée le 7 août 1987'.

Article 25

1. Dès lors que l'arrêté du Gouvernement wallon du 15 mai 2008 'fixant la procédure d'octroi des subventions destinées aux infrastructures équipement des hôpitaux' a été codifié au sein des articles 1925 à 1950 du Code réglementaire wallon de l'action sociale et de la santé, il convient de se référer aux articles 1929 à 1931 dudit Code à la place des articles 5 et 6 de l'arrêté du 15 mai 2008. Ce sont d'ailleurs ces articles qui sont visés par l'article 2, 6°, de l'arrêté du Gouvernement wallon du 17 décembre 2015 'abrogeant et modifiant certaines dispositions relatives au subventionnement des investissements hospitaliers, prises en exécution de la loi sur les hôpitaux et autres établissements de soins, coordonnée le 10 juillet 2008' (ci-après : « l'arrêté du Gouvernement wallon du 17 décembre 2015 »).

2. Au paragraphe 2, alinéa 2, il convient de prévoir une dérogation à l'article 14, § 2, du projet à la place d'une dérogation à l'article 14, § 1^{er}, du projet.

3. Il n'appartient pas au ministre de déroger à des dispositions de portée réglementaire par le biais d'une circulaire. Tout comme cela a été observé concernant l'article 13 du projet, l'habilitation conférée au ministre par l'article 25, § 3, du projet doit être concrétisée au sein d'un arrêté ministériel.

Article 26

1. Les mots, au sein de l'article 4, alinéa 1^{er}, 2^o, de l'arrêté du Gouvernement wallon du 17 décembre 2015, que l'auteur du projet entend remplacer ne sont pas énoncés de manière conforme au dispositif actuel de cette disposition, telle que modifiée par l'article 165 du décret de la Région wallonne du 21 décembre 2016 'contenant le budget général des dépenses de la Région wallonne pour l'année budgétaire 2017'.

En effet, l'article 4 de l'arrêté du Gouvernement wallon du 17 décembre 2015 énonce :

« Le présent arrêté entre en vigueur le 1^{er} janvier 2016, à l'exception :

1^o de l'article 1^{er}, qui entre en vigueur le 31 décembre 2015;

2^o de l'article 2, 4^o, pour ce qui concerne l'article 29 de l'arrêté royal du 25 avril 2002 relatif à la fixation et à la liquidation du budget des moyens financiers des hôpitaux qui entre en vigueur le 1^{er} juillet 2017, et de l'article 2, 6^o, qui entre en vigueur le 1^{er} janvier 2019 ».

2.1. Les modifications apportées à l'article 4 de l'arrêté du Gouvernement wallon du 17 décembre 2015 par l'article 26 du projet soulèvent plusieurs observations.

2.2. Les modifications envisagées ont notamment pour conséquence de :

– postposer d'un an l'abrogation de l'article 29 de l'arrêté royal du 25 avril 2002 'relatif à la fixation et à la liquidation du budget des moyens financiers des hôpitaux' (ci-après : « l'arrêté royal du 25 avril 2002 ») : compte tenu de la date à laquelle le présent avis est rendu, force est cependant de constater que le recul de la date d'abrogation interviendra postérieurement au 1^{er} juillet 2017, de telle sorte que l'article 29 de l'arrêté royal du 25 avril 2002 aura déjà été abrogé au moment de l'entrée en vigueur du projet ;

– faire revivre l'article 31, § 3, de l'arrêté royal du 25 avril 2002 jusqu'au 30 juin 2018 : on observe en effet que cette disposition est abrogée depuis le 1^{er} janvier 2016 en vertu de l'article 2, 4^o, b) et de l'article 4 de l'arrêté du Gouvernement wallon du 17 décembre 2015 précité.

Or, pour faire revivre – fût-ce temporairement – une disposition abrogée, il ne suffit pas de modifier la date d'entrée en vigueur de l'acte ayant abrogé celle-ci. Il convient,

lorsque la disposition abrogatoire est déjà entrée en vigueur, de rétablir l'acte abrogé avec effet rétroactif à la date d'entrée en vigueur de la disposition abrogatoire, à condition que la rétroactivité soit admissible ¹.

Pour rappel, la non-rétroactivité des arrêtés est de règle, en vertu d'un principe général de droit. Elle peut toutefois être justifiée si elle est autorisée par une disposition législative. En l'absence d'autorisation légale, la rétroactivité ne peut être admise qu'à titre exceptionnel, lorsqu'elle est nécessaire, notamment, à la continuité du service public ou à la régularisation d'une situation de fait ou de droit, et pour autant qu'elle respecte les exigences de la sécurité juridique et les droits individuels ². En l'espèce, la continuité du financement des hôpitaux paraît pouvoir justifier une telle rétroactivité.

Dès lors que l'intention du Gouvernement est uniquement de faire revivre les dispositions abrogées pendant quelques mois, il convient ensuite de prévoir l'abrogation de ces nouvelles dispositions à la date ultérieure souhaitée par le Gouvernement.

2.3. Ces modifications ont également pour conséquence de prévoir l'abrogation des articles 1925 à 1950 du Code réglementaire wallon de l'action sociale et de la santé non plus au 1^{er} janvier 2019, comme c'est actuellement le cas, mais au 1^{er} janvier 2017, ce qui implique une abrogation rétroactive.

Interrogé à ce sujet, le délégué du Ministre précise que,

« Pour ce qui concerne les articles 1925 à 1950 du Code réglementaire, nous avons souhaité faire correspondre l'abrogation de l'ancienne procédure d'approbation des projets avec la décision sur le nouveau plan de construction régional, soit le 1^{er} janvier 2018. L'ancienne procédure ne s'appliquera donc plus ».

Il résulte de cette explication que la date du 1^{er} janvier 2017 mentionnée dans l'article 4, alinéa 1^{er}, 2^o, en projet de l'arrêté du Gouvernement wallon du 17 décembre 2015, telle qu'envisagée par l'article 26 du projet, est erronée. De l'accord du délégué du Ministre, cette date sera remplacée par celle du 1^{er} janvier 2018.

Sur cette base, il convient également de remplacer la date du 1^{er} janvier 2017 visées à l'article 25, § 1^{er}, du projet, celle-ci étant directement liée à l'entrée en vigueur du nouveau système de financement via les plans de construction.

Article 30

1. Compte tenu de la portée de l'article 26 du projet, la section de législation n'aperçoit pas la raison pour laquelle celui-ci ne devrait entrer en vigueur qu'à compter du

¹ *Principes de technique législative - Guide de rédaction des textes législatifs et réglementaires*, www.conseildetat.be, onglet « Technique législative », recommandation n° 142.

² *Principes de technique législative - Guide de rédaction des textes législatifs et réglementaires*, www.conseildetat.be, onglet « Technique législative », recommandation n° 211.

1^{er} janvier 2018. Dans un souci de sécurité juridique, il convient au contraire que le rétablissement des articles 29 et 31, § 3, de l'arrêté royal du 25 avril 2002 intervienne dès que possible.

2. Comme évoqué ci-dessus, le Gouvernement doit être en mesure de justifier la rétroactivité de l'arrêté en projet ³.

À supposer que cette rétroactivité soit maintenue, il convient de ne pas confondre l'entrée en vigueur d'un acte et le moment où celui-ci produit ses effets. L'entrée en vigueur le moment où l'acte devient juridiquement opposable à ses destinataires. La production des effets et le moment auquel l'acte produit des effets juridiques.

En ce qui concerne la première partie de la phrase de l'article 30 du projet, il conviendrait de remplacer les termes « entre en vigueur » par les termes « produit ses effets ».

LE GREFFIER

LE PRÉSIDENT

Charles-Henri VAN HOVE

Pierre VANDERNOOT

³ *Principes de technique législative - Guide de rédaction des textes législatifs et réglementaires*, www.conseildetat.be, onglet « Technique législative », recommandation n° 211.