



CONSEIL D'ÉTAT

section de législation

avis 61.715/2/V
du 24 juillet 2017

sur

un projet d'arrêté du Gouvernement wallon 'relatif aux conditions d'agrément des services résidentiels et d'accueil de jour pour personnes en situation de handicap dont le financement et la décision de prise en charge sont assurés par une autorité publique étrangère'

Le 16 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 prorogé de plein droit * jusqu'au 2 août 2017, sur un projet d'arrêté du Gouvernement wallon 'relatif aux conditions d'agrément des services résidentiels et d'accueil de jour pour personnes en situation de handicap dont le financement et la décision de prise en charge sont assurés par une autorité publique étrangère'.

Le projet a été examiné par la deuxième chambre des vacations le 24 juillet 2017. La chambre était composée de Yves KREINS, premier président du Conseil d'État, Jacques JAUMOTTE, président de chambre, Wanda VOGEL, conseiller d'État, Jacques ENGLEBERT, assesseur, et Béatrice DRAPIER, greffier.

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

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 24 juillet 2017.

*

* Ce délai résulte de l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2^o, *in fine*, des lois 'sur le Conseil d'État', coordonnées le 12 janvier 1973 qui précise que ce délai est prolongé de plein droit de quinze jours lorsqu'il prend cours du 15 juillet au 31 juillet ou lorsqu'il expire entre le 15 juillet et le 15 août.

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'article 12, § 2, de la section 1^{ère}, du chapitre V de 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', dispose comme suit :

« Le Gouvernement ou le Collège de la partie concernée transmet au comité ministériel et à l'organe de concertation tout projet d'arrêté réglementaire en matière de soins de santé ou d'aide aux personnes dès sa prise d'acte ».

L'auteur du projet veillera au respect de cette formalité ainsi que de la procédure visée aux articles 13 à 15 de cet accord de coopération.

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

1. L'arrêté en projet soulève plusieurs questions fondamentales.
2. Une première difficulté vient du fait que le champ d'application du nouveau régime d'agrément mis en place par l'arrêté en projet n'est pas défini.

Seul l'intitulé de celui-ci indique qu'il vise à régir l'agrément des services résidentiels et d'accueil de jour pour personnes en situation de handicap dont le financement et la décision de prise en charge sont assurés par une autorité publique étrangère.

L'intitulé d'un arrêté n'a cependant pas de portée normative ¹. Il convient donc de définir le champ d'application du nouveau régime d'agrément mis en place par le Titre XII/2 en projet au sein du dispositif, de manière claire et précise.

- 3.1.1. Par ailleurs, l'auteur du projet entend régler la situation des services dits « gigognes ».

¹ *Principes de technique législative - Guide de rédaction des textes législatifs et réglementaires*, www.raadvst-consetat.be, onglet « Technique législative », recommandation n° 13.

Il s'agit de services bénéficiant d'un agrément sur la base des Titres VII (dispositif d'aide en milieu de vie), XI (services résidentiels et d'accueil de jour), XII (services organisant des activités pour personnes handicapées) et XIII (dispositifs expérimentaux et novateurs) du Livre V du Code réglementaire wallon de l'Action sociale et de la Santé (ci-après : « le Code réglementaire ») pour l'accueil de bénéficiaires couverts par lesdits agréments et qui accueillent également, pour partie, des « ressortissants de nationalité étrangère », accueil qui n'est actuellement pas couvert par l'agrément.

3.1.2. Pour ces établissements, la déléguée du Ministre a expliqué que la volonté de l'auteur du projet est d'imposer à ceux-ci le respect des normes d'agrément prévues respectivement par les Titres VII, XI, XII et XIII pour l'ensemble des personnes dont ils assurent l'accueil (cf. art. 1369/25² et 1369/89 en projet).

3.1.3. L'article 1369/25 en projet prévoit que : « les normes réglementaires applicables aux services agréés par l'Agence sur base du Livre 5, Titres VII, XI, XII ou XIII, s'appliquent également aux ressortissants de nationalité étrangère qu'ils accueillent ».

Outre le fait que ce sont les services qui accueillent les personnes en situation de handicap qui se voient appliquer les normes réglementaires et non les personnes accueillies, la référence qui est ainsi faite aux « ressortissants de nationalité étrangère » n'est pas heureuse. Il ressort en effet des explications de la déléguée du Ministre que l'objectif de l'auteur du projet est d'étendre le bénéfice de normes réglementaires prévues par ces différents titres aux personnes en situation de handicap qui ne sont actuellement pas couvertes par les agréments délivrés sur la base des Titres VII, XI, XII ou XIII du Livre V du Code réglementaire.

Or, conformément à l'article 275 du Code wallon de l'action sociale et de la santé (ci-après : « CWASS »), les bénéficiaires des prestations de l'Agence sont non seulement les personnes en situation de handicap de nationalité belge mais également celles ayant le statut apatride ou réfugié reconnu ou étant travailleurs ou enfants de travailleurs d'un État membre de l'Union européenne et répondant à une exigence de résidence régulière et ininterrompue de cinq ans en Belgique. Certaines personnes de nationalité étrangère peuvent donc être qualifiées de « bénéficiaires » au sens de cette disposition et être couvertes par les agréments actuellement prévus par les Titres VII, XI, XII ou XIII précités.

La formulation de l'article 1369/25 en projet doit dès lors être revue.

3.1.4. Au regard de ce qui a été expliqué par la déléguée du Ministre, la question se pose également de savoir comment agencer l'article 1369/25 en projet qui semble réserver un sort particulier aux services « gigognes » par rapport à l'ensemble des autres dispositions du projet fixant les conditions d'agrément des services qui tomberont dans le champ d'application du nouveau Titre XII/2.

² La section de législation relève, dès à présent, que l'article 1369/25 en projet en ce qu'il vise les « ressortissants de nationalité étrangère » se donne un champ d'application plus large que « les personnes en situation de handicap dont le financement et la décision de prise en charge sont assurés par une autorité publique étrangère ».

Si l'intention du législateur est de ne pas faire tomber les services « gigognes » dans le champ d'application de ces nouvelles dispositions, ceci doit être mieux traduit dans l'arrêté en projet.

Si l'intention est inverse, la section de législation se demande quelle est l'utilité de l'article 1369/25 en projet.

Quelle que soit l'intention poursuivie par l'auteur du projet quant aux services « gigognes », l'arrêté en projet doit être fondamentalement revu afin de définir le champ d'application exact en ce qui concerne ces services.

3.1.5. Il n'est pas pertinent de procéder à l'extension des régimes d'agrément des Titres VII, XI, XII ou XIII au sein du Titre XII/2 en projet qui instaure un autre régime d'agrément. Dans un souci de cohérence et de clarté, une telle extension devrait, à supposer qu'elle puisse être considérée comme légale (cf. *infra*), être réglée au sein de chaque titre par un dispositif autonome ou au sein d'une disposition générale du Titre VI du Livre V du Code réglementaire.

3.2. En ce qui concerne les services résidentiels et d'accueil de jour qui assurent exclusivement la prise en charge de personnes en situation de handicap dont le financement et la décision de prise en charge sont assurés par une autorité publique étrangère, la volonté de l'auteur du projet est de prévoir, à la place de l'actuel régime d'autorisation de prise en charge organisé par le Titre XII/1 du Livre V du Code réglementaire (articles 1350 à 1369/6), l'agrément prévu par le Titre XII/2 en projet (articles 1369/7 à 1369/89 en projet).

Le régime actuel d'autorisation de prise en charge prévu par le Titre XII/1 du Livre V du Code réglementaire (articles 1350 à 1369/6) n'est pas supprimé dès lors que les exigences prévues par celui-ci continueraient à s'appliquer aux services suivants :

- les services concernés par le nouveau régime d'agrément en projet mais qui bénéficieront du régime spécifique prévu par l'article 1369/88 en projet.
- les services qui ne seraient couverts ni par le nouveau régime d'agrément en projet (Titre XII/2 du Code réglementaire en projet) ni, semble-t-il, par le régime « gigogne » visé ci-dessus (article 1369/25 du Code réglementaire en projet).

Conformément à l'article 288 du CWASS, le régime d'autorisation de prise en charge s'adresse en effet « aux personnes morales ou physiques qui, à titre onéreux, prennent en charge habituellement, de manière temporaire ou permanente, à temps complet ou partiel, des personnes handicapées qui n'appartiennent pas à leur famille jusqu'au quatrième degré et qui ne sont pas reconnues pour exercer cette activité par une autorité publique ».

Le régime du Titre XII/1 du Code réglementaire s'applique donc également aux services qui prennent en charge, autrement que dans un cadre résidentiel ou d'accueil de jour, exclusivement des personnes en situation de handicap dont le financement et la décision de prise en charge sont assurés par une autorité publique étrangère, ainsi qu'aux services qui

prennent exclusivement en charge des personnes en situation de handicap dont le financement n'est assuré par aucune autorité publique – belges ou de nationalité étrangère – et qui ne sont pas couvertes par les différents agréments du Livre V du Code réglementaire.

4.1. Ce faisant, le Gouvernement wallon introduit, pour les services actuellement soumis au régime d'autorisation de prise en charge, trois régimes distincts, à savoir : les services « gigognes », les services qui entreront dans le champ d'application du nouveau Titre XII/2 du Code réglementaire et les services qui resteront soumis à l'actuel Titre XII/1 du Code réglementaire.

Cette façon de procéder soulève les difficultés suivantes.

4.2. Tout d'abord, le fait que, parmi les services actuellement soumis au régime d'autorisation de prise en charge en vertu du Titre XII/1 du Livre V du Code réglementaire, seuls ceux dits « gigognes » et ceux assurant une prise en charge résidentielle ou d'accueil de jour de personnes en situation de handicap dont le financement et la prise en charge sont assurés par une autorité publique étrangère, se voient soumis à un régime d'agrément plus contraignant, ce qui crée une différence de traitement qui ne paraît pas justifiée.

Dès lors que l'objectif poursuivi par l'imposition d'un agrément plus contraignant est d'améliorer la qualité de vie offerte aux personnes handicapées, la section de législation ne voit pas ce qui justifierait que les personnes handicapées qui resteraient couvertes par le régime de l'autorisation de prise en charge ne puissent prétendre à une telle amélioration.

4.3. Ensuite, le projet crée une différence de traitement dans la mesure où, en ce qui concerne la prise en charge résidentielle et en accueil de jour de personnes en situation de handicap dont le financement et la prise en charge sont assurés par une autorité publique étrangère, les services « gigognes » seront entièrement soumis aux normes du Titre XI, alors que les services qui accueillent exclusivement de telles personnes seront entièrement soumis aux normes du Titre XII/2 en projet.

Or, le régime d'agrément qui est mis en place par le Titre XII/2 en projet repose sur des conditions d'agrément qui ne sont pas identiques à celles prévues pour l'agrément de services résidentiels et d'accueil de jour visées par le Titre XI.

Sur plusieurs points, les conditions d'agrément imposées par le projet d'arrêté vont en effet plus loin et sont dès lors plus contraignantes que celles prévues par le Titre XI (cf. par exemple : les normes architecturales [comparer l'annexe 117/8 du projet et l'annexe 111 du Code réglementaire], le contenu du projet de service [comparer l'annexe 117/3 du projet et les annexes 97 et 114/1 du Code réglementaire] les exigences imposées par le projet en termes de conditions générales relatives à l'accueil des usagers, l'obligation d'établir une charte, de tenir des cahiers de communication, les conditions relatives à l'accueil d'un nouvel usager, les conditions relatives au repas, etc.).

Il ressort à cet égard des discussions ayant eu lieu avec la déléguée du Ministre à ce sujet, que les normes d'agrément du Titre XI du Code réglementaire devraient, dans un futur proche, être alignées, dans la mesure du possible, sur les normes d'agrément prévues par le Titre XII/2 en projet du Code réglementaire.

Selon les explications de la déléguée, plusieurs des conditions d'agrément prévues par le projet devraient prochainement être insérées au sein du Titre VI du Livre V du Code réglementaire relatif aux « conditions générales d'agrément des services ». Dès lors que le Titre VI précité est, par définition, applicable à l'ensemble des agréments prévus par le Livre V du Code réglementaire, il serait plus cohérent d'attendre l'entrée en vigueur de cette réforme avant d'adopter l'arrêté en projet, afin de pouvoir tenir compte de ces dispositions générales et d'éviter d'inutiles répétitions.

Quoi qu'il en soit, la section de législation constate que ces normes d'agrément ne seront, en tout état de cause, pas entièrement identiques. Si elles devaient être identiques, la section de législation ne comprendrait alors pas la raison pour laquelle un nouveau Titre XII/2 en projet doit être inséré au sein du Code réglementaire. Il suffirait en effet d'étendre le champ d'application du Titre XI du Code réglementaire aux services résidentiels et d'accueil de jour prenant exclusivement en charge des personnes en situation de handicap dont le financement et la décision de prise en charge sont assurés par une autorité publique étrangère.

4.4. Ces différences de traitement paraissent difficilement justifiables au regard du principe d'égalité et de non-discrimination. Le projet doit donc être revu.

5.1. Si, lors de la révision du projet, il devait s'avérer que les services qu'il vise doivent être considérés comme tombant dans le champ d'application de la directive 2006/123/CE du 12 décembre 2006 'relative aux services dans le marché intérieur' (ci-après : « la directive 2006/123/CE »)³, ainsi que du décret du 10 décembre 2009 'visant à transposer la Directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur dans les matières visées à l'article 138 de la Constitution', il conviendrait de s'assurer que la mise en place d'un régime d'agrément pour ces services est compatible avec cette directive et le décret qui la transpose.

Il y a lieu à cet égard de prendre en considération l'article 9, § 1^{er}, de la directive de même que l'article 4 du décret en vertu desquels « lorsqu'une autorisation est requise pour l'accès à une activité de service et son exercice, celle-ci doit respecter les conditions suivantes :

1° le régime d'autorisation n'est pas discriminatoire à l'égard du prestataire visé ;

³ Sur la question du champ d'application de la directive 2006/123/CE, voir l'avis n° 45.325/4 donné le 12 novembre 2008 sur un projet devenu l'arrêté du Gouvernement wallon du 14 mai 2009 'relatif à l'autorisation de prise en charge des personnes handicapées par des personnes physiques ou morales qui ne sont pas reconnues pour exercer cette activité par une autorité publique' ; l'avis n° 45.609/AG donné le 3 février 2009 sur un avant-projet devenu le décret du 30 avril 2009 'relatif à l'hébergement et à l'accueil des personnes âgées' ; C.J.U.E., 11 juillet 2013, C-57/12, §§ 35-49 ; C.C., 23 janvier 2014, n° 6/2014.

2° la nécessité d'un régime d'autorisation est justifiée par une ou plusieurs raison(s) impérieuse(s) d'intérêt général ;

3° l'objectif poursuivi ne peut pas être réalisé par une mesure moins contraignante, notamment parce qu'un contrôle a posteriori interviendrait trop tardivement pour avoir une efficacité réelle. [...] ».

5.2. Au regard de ces exigences, l'auteur du projet doit être en mesure de justifier les raisons impérieuses d'intérêt général au sens de l'article 9 de la directive 2006/123/CE ⁴ ainsi que de l'article 4 du décret du 10 décembre 2009 qui imposent désormais la mise en place d'un régime d'agrément allant au-delà du régime d'autorisation de prise en charge actuelle et le fait qu'un régime moins contraignant n'est plus envisageable.

L'amélioration de la qualité de vie des personnes fragilisées que sont les personnes en situation de handicap est expressément protégée par plusieurs dispositions de droit international et de droit interne. Cette préoccupation paraît pouvoir constituer une raison impérieuse d'intérêt général ⁵. Compte tenu du peu d'éléments dont dispose la section de législation au regard du dossier qui lui a été remis, elle n'est cependant pas en mesure de se prononcer de manière définitive à cet égard.

5.3. Dans la mesure où diverses dispositions en projet fixent comme conditions d'agrément l'obligation d'être porteur de diplômes ou de certificats définis par référence à des qualifications de droit interne, il convient de prévoir de manière générale que sont également reconnus les diplômes ou certificats équivalents délivrés dans un autre État membre de l'Union européenne. ⁶

5.4. Il n'est pas compatible avec le droit de l'Union européenne qu'un service, pour pouvoir être agréé, doive, comme le prévoit l'article 1369/71 en projet, être organisé par une personne morale belge.

6. Dès lors que le régime d'agrément mis en place repose sur l'article 283 du CWASS, les conditions générales d'agrément des services prévus par les articles 467 à 475 du Code réglementaire sont applicables à celui-ci.

Par conséquent, il est inutile de régler au sein du projet des éléments déjà régis par ces dispositions (cf. par exemple l'article 1369/48 du projet ou les règles de procédure applicables à la demande d'agrément, etc.).

⁴ À savoir : « des raisons reconnues comme telles par la jurisprudence de la Cour de justice, qui incluent les justifications suivantes : l'ordre public, la sécurité publique, la santé publique, la préservation de l'équilibre financier du système de sécurité sociale, la protection des consommateurs, des destinataires de services et des travailleurs, la loyauté des transactions commerciales, la lutte contre la fraude, la protection de l'environnement et de l'environnement urbain, la santé des animaux, la propriété intellectuelle, la conservation du patrimoine national historique et artistique, des objectifs de politique sociale et des objectifs de politique culturelle ».

⁵ Voir notamment C.C., 23 janvier 2014, n° 6/2014.

⁶ Comparer à titre d'exemple avec l'article 1353, 2°, du Code réglementaire relatif à l'autorisation de prise en charge.

Le dispositif sera revu en conséquence.

7. Compte tenu des importantes observations formulées ci-dessus, le projet doit être fondamentalement revu.

Dans cette optique, et compte tenu de la complexité de la matière, il est recommandé que le nouveau projet qui sera soumis à la section de législation soit accompagné d'un rapport au Gouvernement.

LE GREFFIER

LE PREMIER PRÉSIDENT

Béatrice DRAPIER

Yves KREINS