



CONSEIL D'ÉTAT

section de législation

avis 65.292/4
du 27 mars 2019

sur

un projet d'arrêté du Gouvernement de la Communauté
française 'relatif à l'agrément et au subventionnement de
services d'accompagnement périnatal des familles'

Le 29 janvier 2019, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par la Vice-Présidente, Ministre de la Culture et de l'Enfance de la Communauté française à communiquer un avis, dans un délai de trente jours prorogé jusqu'au 31 mars 2019^{*}, sur un projet d'arrêté du Gouvernement de la Communauté française 'relatif à l'agrément et au subventionnement de services d'accompagnement périnatal des familles'.

Le projet a été examiné par la quatrième chambre le 27 mars 2019. La chambre était composée de Martine BAGUET, président de chambre, Bernard BLERO et Wanda VOGEL, conseillers d'État, Sébastien VAN DROOGHENBROECK et Jacques ENGLEBERT, assesseurs, et Charles-Henri VAN HOVE, greffier assumé.

Le rapport a été présenté par Jean-Baptiste LEVAUX, auditeur.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 27 mars 2019.

*

^{*} Par courriel du 31 janvier 2019.

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.

FORMALITÉ PRÉALABLE

L'article 12, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 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 :

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

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

EXAMEN DU PROJET

PRÉAMBULE

1. Le fondement juridique d'un projet est défini comme les dispositions des actes de droit interne qui habilitent un organe déterminé à énoncer des règles dans la sphère des compétences qui lui sont attribuées ¹.

Or l'alinéa 1^{er} vise l'article 5, § 1^{er}, II, de la loi spéciale du 8 août 1980 'de réformes institutionnelles', qui ne constitue pas le fondement juridique du projet.

L'alinéa 1^{er} sera donc omis.

2. L'alinéa 2 vise les articles 2 et 3 du décret du 17 juillet 2002 'portant réforme de l'Office de la Naissance et de l'Enfance, en abrégé « O.N.E. »'.

Le visa de l'article 2 sera omis, cette disposition n'habilitant pas le Gouvernement à adopter une quelconque règle.

¹ *Principes de technique législative – Guide de rédaction des textes législatifs et réglementaires*, www.conseildetat.be, onglet « Technique législative », recommandation n° 22.

3. L'alinéa 3 vise l'arrêté du Gouvernement de la Communauté française du 1^{er} février 2017 'approuvant le règlement organique de l'Office de la Naissance et de l'Enfance'. Or cet arrêté n'est ni modifié ni abrogé par le projet.

L'alinéa 3 sera donc omis.

Si l'auteur du projet estime que cet arrêté constitue le contexte juridique du projet, il lui est loisible d'y faire référence dans le préambule, mais à titre de considérant.

4. Conformément à l'article 4, alinéa 2, 1^o, du décret du 7 janvier 2016 'relatif à l'intégration de la dimension de genre dans l'ensemble des politiques de la Communauté française', chaque ministre intègre la dimension de genre dans toutes les politiques, mesures et actions relevant de ses compétences, notamment en établissant, pour chaque projet d'acte législatif et réglementaire, un rapport d'évaluation de l'impact du projet sur la situation respective des femmes et des hommes, dit « test genre ».

Le dossier transmis à la section de législation contient un tel rapport d'évaluation. Il en sera fait mention dans un nouvel alinéa du préambule.

DISPOSITIF

Article 1^{er}

1. Il convient de ne jamais introduire d'élément normatif dans une définition ².

Or le 9^o prévoit que le projet périnatal doit « faire l'objet d'un accord de l'O.N.E. tous les 3 ans conformément aux dispositions du présent arrêté et élaboré par le service d'accompagnement périnatal ».

Cette définition sera revue.

2. Au 13^o, il sera précisé que le jour férié dont il est question est un jour férié légal ³.

Article 3

L'alinéa 3 prévoit que les services d'accompagnement périnatal ne peuvent exercer, entre autres, des missions de diagnostic à la demande de tiers.

² *Ibidem*, recommandation n° 97.

³ Avis n° 60.961/2 donné le 31 mars 2017 sur un avant-projet devenu le décret de la Communauté française du 18 janvier 2018 'portant le code de la prévention, de l'Aide à la jeunesse et de la protection de la Jeunesse', *Doc. parl.*, Parl. Comm. fr., 2016-2017, n° 467/1, pp. 149 à 193, <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/60961.pdf>.

Cependant, l'article 3, § 1^{er}, de la loi 'relative à l'exercice des professions des soins de santé', coordonnée le 10 mai 2015 dispose comme suit :

« Nul ne peut exercer l'art médical s'il n'est porteur du diplôme légal de docteur en médecine, chirurgie et accouchements, obtenu conformément à la législation sur la collation des grades académiques et le programme des examens universitaires ou s'il n'en est légalement dispensé, et s'il ne réunit pas, en outre, les conditions imposées par l'article 25.

Constitue l'exercice illégal de l'art médical, l'accomplissement habituel par une personne ne réunissant pas l'ensemble des conditions requises par l'alinéa 1^{er} de tout acte ayant pour objet ou présenté comme ayant pour objet, à l'égard d'un être humain, soit l'examen de l'état de santé, soit le dépistage de maladies et déficiences, soit l'établissement du diagnostic, l'instauration ou l'exécution du traitement d'un état pathologique, physique ou psychique, réel ou supposé, soit la vaccination.

Le Roi peut, conformément aux dispositions de l'article 140, préciser les actes visés à l'alinéa 2.

Il relève également de l'exercice illégal de l'art médical l'accomplissement habituel par une personne ne réunissant pas l'ensemble des conditions visées à l'alinéa 1^{er} à l'égard d'un être humain, de tout acte technique médical, comportant un passage à travers la peau ou les muqueuses, et visant principalement à modifier l'apparence corporelle du patient à des fins esthétiques, à l'exclusion de tout but thérapeutique ou reconstructeur. Le Roi peut, conformément à l'article 142, préciser les actes visés à l'alinéa 4 ».

Au vu de cette interdiction légale générale et de la compétence de l'État fédéral en la matière, il n'appartient au Gouvernement de la Communauté française ni d'autoriser ni, en conséquence, d'interdire l'exercice de missions de diagnostic.

L'alinéa 3 sera revu en conséquence.

Article 6

1. L'article 6 limite la possibilité d'agrément à certains types de personnes morales, à savoir « les personnes morales de droit public, les associations sans but lucratif et les établissements d'utilité publique ».

Or, la question se pose de savoir pour quel motif, par exemple, les fondations organisées par la loi du 27 juin 1921 'sur les associations sans but lucratif, les fondations, les partis politiques européens et les fondations politiques européennes' sont exclues du champ d'application de l'avant-projet⁴. Cette interrogation vaut d'autant plus, en l'espèce, que la définition de l'organe de gestion, telle qu'arrêtée à l'article 1^{er}, 10°, vise la fondation d'utilité publique.

L'auteur du projet est invité à examiner la possibilité d'autoriser les autres types de personnes morales à demander un agrément.

En tout état de cause, les explications du délégué selon lesquelles « il s'agit des formes de personnes morales usuelles dans le secteur du soutien périnatal subventionné depuis ces dernières années par l'O.N.E. » ne pourrait justifier à suffisance la restriction actuellement en projet.

2. Le 2° vise le « projet périnatal conforme aux dispositions du Titre I ».

Cependant, il y a lieu de renvoyer au titre III, intitulé « Projet périnatal » plutôt qu'au titre I, intitulé « Définitions et dispositions générales ».

3. Le 3° est inutile, vu le décret de la Communauté française du 12 décembre 2008 'relatif à la lutte contre certaines formes de discrimination'.

Il sera donc omis.

Article 7

1. L'article 7 prévoit l'introduction de la demande d'agrément auprès de l'ONE.

Cependant, il ne prévoit pas les modalités d'introduction d'une telle demande.

Interrogé quant à ces modalités, le délégué a indiqué qu'elles seraient fixées par l'ONE et que le projet pourrait être complété afin de prévoir une habilitation en ce sens.

Cependant l'attribution d'une compétence réglementaire à des organismes publics ou à leurs organes est difficilement compatible avec les principes généraux du droit public belge, en ce qu'elle porte atteinte au principe de l'unité du pouvoir réglementaire (articles 33 de la Constitution et 20 de la loi spéciale du 8 août 1980) et échappe à tout

⁴ Voir l'avis n° 55.013/4 donné le 5 février 2014 sur un avant-projet devenu le décret de la Région wallonne du 27 mars 2014 'insérant, dans la partie décrétable du Code wallon de l'Action sociale et de la Santé, des dispositions relatives aux centres de Télé-Accueil', *Doc. parl.*, Parl. wall., 2013-2014, 993/1, pp. 12 à 14, <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/55013.pdf>, l'observation sous l'article 13 (article 624/7 en projet) ; et l'avis n° 56.409/2/V donné le 10 septembre 2014 sur un projet devenu l'arrêté du Gouvernement wallon du 16 octobre 2015 'insérant certaines dispositions dans le Code wallon de l'Action sociale et de la Santé, relatives à la reconnaissance d'une plate-forme d'échange électronique des données de santé', <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/56409.pdf>.

contrôle parlementaire direct. Les actes réglementaires de ce type sont, en outre, dépourvus des garanties dont est assortie la réglementation classique, telles que celles en matière de publication et de contrôle préventif exercé par la section de législation du Conseil d'État. Si, dans le passé, la section de législation a déjà jugé admissibles certaines exceptions à l'interdiction de déléguer une compétence réglementaire à des organismes publics, il s'agissait généralement de délégations de portée limitée et d'une technicité telle que l'on pouvait considérer que les organismes qui devaient appliquer la réglementation concernée, étaient également les mieux placés pour l'élaborer en connaissance de cause et exercer la compétence ainsi déléguée⁵.

Tel n'est pas le cas de la disposition en projet, qui sera donc modifiée afin de prévoir ces modalités ou qui habilitera le ministre à cet effet.

La même observation vaut pour l'article 19, alinéa 4, en tant qu'il prévoit que la rétribution maximale du personnel indépendant pouvant être subventionnée est fixée par l'ONE, et alinéa 5, selon lequel l'ONE fixe les autres éléments de la rémunération qui peuvent être considérés comme des dépenses admissibles, et pour l'article 21, § 2, 1, selon lequel l'ONE fixe le contenu du rapport d'activité.

2. L'alinéa 2 prévoit qu'il est accusé réception de la demande dans les quinze jours ouvrables sans prévoir le point de départ de ce délai.

Le projet mentionnera le point de départ de ce délai.

Article 8

L'alinéa 2, qui est relatif à la demande de renouvellement de l'agrément, trouvera mieux sa place dans la section 2 « Le renouvellement de l'agrément ».

Article 9

1. L'alinéa 2 prévoit un délai de trois mois pour l'approbation du projet périnatal mis à jour, sans indiquer le point de départ de ce délai.

Interrogé à cet égard, le délégué a précisé qu'il y avait lieu de prendre en compte « la date de remise des différents avis visés à l'alinéa 1^{er} » et ce, afin de « laisser le temps suffisant aux différents organes visés à l'alinéa 1^{er} d'examiner la mise à jour du projet périnatal ».

⁵ Avis n° 63.288/4 donné le 30 avril 2018 sur un avant-projet devenu la loi du 19 juillet 2018 'relative à l'accessibilité des sites internet et des applications mobiles des organismes du secteur public', *Doc. parl.*, Chambre, 2017-2018, n° 54-3159/1, pp. 25 à 29, <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/63288.pdf>.

Cependant, une telle rédaction pourrait être de nature à priver l'autorité de sa compétence si une des instances d'avis ne rendait pas son avis. Or il n'est pas admissible, en principe, que l'adoption d'un acte par une autorité politique soit subordonnée à l'existence d'un avis de son administration. D'une part, pareil dispositif ne tient pas compte de l'autorité hiérarchique exercée par cette autorité sur son administration et du rôle naturel que celle-ci joue dans l'instruction des dossiers et la préparation des actes de l'autorité et, d'autre part, il en résulte que l'autorité ne pourrait agir sans être saisie de cet avis, ce qui n'est pas admissible⁶.

Le projet sera donc complété afin de prévoir le point de départ du délai pour statuer, sans que ce point de départ ne soit conditionné de manière absolue par la communication des avis visés à l'alinéa 1^{er}. Il pourrait en outre également être complété afin de prévoir un délai pour cette communication.

2. L'alinéa 3 prévoit également un délai de trois mois, sans en fixer le point de départ, pour la modification d'un projet périnatal non approuvé par l'ONE.

Interrogé à cet égard, le délégué a indiqué qu'il y avait lieu de prendre en compte « la date de la décision de l'O.N.E. de ne pas approuver le projet périnatal ».

Cependant, mieux vaut prévoir que le délai prend court à dater de la notification de la décision conformément à l'article 17 du projet.

3. L'alinéa 4 prévoit que si, à l'issue du délai pour modifier le projet, celui-ci n'est pas approuvé par l'ONE, ce dernier peut retirer l'agrément après mise en demeure.

Le projet sera tout d'abord complété afin de prévoir un délai pour que l'ONE puisse se prononcer à la suite de la modification du projet. En effet, tel que rédigé, le délai pour ce faire semble coïncider avec le délai pour déposer cette modification, ce qui risquerait de rendre impossible l'analyse de l'ONE si la modification est déposée à la limite du délai.

En outre, il y aura lieu de prévoir un délai pour la mise en conformité à la suite de la mise en demeure et un délai pour que l'autorité statue quant à l'éventuel retrait d'agrément.

⁶ Voir, par exemple l'avis n° 64.008/2/V donné le 5 septembre 2018 sur un projet devenu l'arrêté du Gouvernement wallon du 27 septembre 2018 'relatif à l'élevage d'animaux et modifiant diverses dispositions relatives à l'élevage', <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/64008.pdf>.

Article 11

L'alinéa 5 prévoit que « les décisions de retrait d'agrément sont dument motivées ».

Or, dans la mesure où la décision de retrait constitue un acte administratif au sens de la loi du 29 juillet 1991 'relative à la motivation formelle des actes administratifs', il n'est pas nécessaire de disposer que cette décision doit être motivée.

En effet, l'obligation de motivation formelle des décisions individuelles résulte déjà de la loi du 29 juillet 1991.

Dès lors, cette obligation ne doit pas être reproduite. L'alinéa 5 sera donc omis⁷.

La même observation vaut pour l'article 17, où les mots « précisant les motivations de chaque décision » seront omis.

Article 12

1. L'article 12, alinéa 1^{er}, prévoit que le service d'accompagnement périnatal peut demander la suspension de son agrément « [m]oyennant le fait [qu'il] ait organisé la continuité des prises en charge avec les partenaires du réseau ». Interrogé quant à la portée de cette phrase, le délégué a précisé ce qui suit :

« la demande de suspension de l'agrément du service nécessite que les deux conditions soient respectées : ne plus être en mesure temporairement de fonctionner et avoir organisé les prises en charge avec le réseau. La formulation suivante est proposée : 'Si le service d'accompagnement périnatal n'est plus temporairement en mesure de fonctionner en conformité avec les dispositions du présent arrêté et s'il a organisé au préalable la continuité des prises en charge avec les partenaires du réseau, il peut demander la suspension de son agrément' ».

Le projet sera modifié en ce sens.

⁷ Voir par exemple l'avis n° 63.281/2 donné le 30 avril 2018 sur un projet devenu l'arrêté ministériel de la Région wallonne du 14 juin 2018 'déterminant les modalités de l'introduction des demandes ainsi que leur mode d'examen en exécution de l'arrêté du Gouvernement wallon du 14 juin 2018 considérant comme une calamité agricole la période de gel du mois d'avril 2017, délimitant l'étendue géographique de cette calamité et déterminant l'indemnisation des dommages', <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/63281.pdf>. La section de législation s'est également prononcée en ce sens dans l'avis n° 64.844/4 donné le 27 décembre 2018 sur un projet d'arrêté 2017/1350 du Collège de la Commission communautaire française 'relatif à la carrière des fonctionnaires de l'Institut bruxellois francophone pour la formation professionnelle'.

2. L'alinéa 4 prévoit le retrait de l'agrément si aucune demande de levée de la suspension d'agrément n'a été adressée à l'ONE dans les deux ans suivant la date de notification de la suspension.

Interrogé à cet égard, le délégué a convenu qu'il y a lieu de prendre comme point de départ de ce délai la date de notification de la « demande de » suspension. Le projet sera modifié en ce sens.

3. Par ailleurs, le délégué a précisé qu'une décision de l'ONE doit intervenir afin de rendre la suspension effective. Si telle est bien l'intention de l'auteur du projet, la disposition sera complétée sur ce point.

4. Enfin, le délégué a précisé que la procédure de retrait est celle prévue à l'article 11. Cette précision sera ajoutée.

Article 13

1. L'article 13 prévoit que les recours contre certaines décisions sont exercés auprès du « Conseil d'administration de l'O.N.E. ».

Conformément à la définition prévue à l'article 1^{er}, 3°, les mots « Conseil d'administration de l'O.N.E. » seront remplacés par les mots « Conseil d'administration ».

2. Interrogé quant à l'organe de l'ONE qui prend les décisions qui sont susceptibles de recours devant le Conseil d'administration, le délégué a précisé qu'il s'agit de l'administrateur général de l'ONE, conformément aux dispositions du règlement organique approuvé par l'arrêté du 1^{er} février 2017.

Le projet pourrait dès lors être complété pour renvoyer à ce règlement.

3. L'auteur du projet est par ailleurs invité à envisager l'opportunité de prévoir un recours à l'encontre des décisions de refus de suspension⁸.

⁸ Voir à cet égard l'observation 3 formulée sous l'article 12.

Article 14

La disposition sera revue pour se conformer à la jurisprudence de la Cour constitutionnelle selon laquelle les dispositions en vertu desquelles le délai pour accomplir certains actes prend cours le jour de l'envoi d'une décision sont contraires au principe constitutionnel d'égalité et de non-discrimination⁹⁻¹⁰.

Article 18

1. L'alinéa 1^{er} prévoit que le montant des subventions peut être augmenté selon les dispositions du « contrat de gestion ». Interrogé quant à l'origine de ce contrat, le délégué a indiqué ce qui suit :

« l'article pourrait être complété comme suit : ajouter après les mots 'du contrat de gestion' les mots 'visé à la Section 2 du Chapitre IV du décret' ».

Le projet sera complété en ce sens.

2. L'alinéa 1^{er} prévoit l'indexation annuelle du montant des subventions. Le projet sera complété afin d'arrêter l'indice santé de référence pour le calcul de cette indexation.

Article 24

À l'alinéa 1^{er}, le point de départ du délai de trois mois pour l'introduction de la demande d'agrément sera précisé.

Article 25

L'article 25 prévoit l'entrée en vigueur du projet au 1^{er} janvier 2019.

Or la non-rétroactivité des actes administratifs est de règle, en vertu d'un principe général de droit. La rétroactivité 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.

⁹ C.C., 29 mars 2006, n° 48/2006, B.5 à B.12 (concernant le délai pour introduire un recours juridictionnel) ; 12 novembre 2009, n° 178/2009, B.8.3 (concernant le délai pour introduire un recours administratif) ; 2 juin 2010, n° 66/2010, B.10 à B.15 (concernant le délai pour réagir à un avis de rectification d'une déclaration à l'impôt sur le revenu).

¹⁰ Avis n° 60.879/2 donné le 15 février 2017 sur un projet devenu l'arrêté du Gouvernement de la Communauté française du 29 mars 2017 'fixant la procédure relative à l'agrément du titre professionnel particulier de pharmacien hospitalier', <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/60879.pdf>.

Interrogé quant aux circonstances exceptionnelles qui autorisent une telle rétroactivité, le délégué a répondu ce qui suit :

« il s'agit d'assurer à partir du 1^{er} janvier 2019 la continuité du fonctionnement et du subventionnement de ces services d'accompagnement périnatal qui étaient accompagnés et subventionnés jusqu'à cette date par l'O.N.E. ».

Au vu de ces éléments, la rétroactivité du projet paraît justifiée.

LE GREFFIER

LE PRÉSIDENT

Charles-Henri VAN HOVE

Martine BAGUET