CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

avis 65.465/4
du 20 mars 2019

sur

un avant-projet de décret de la Région wallonne 'modifiant des dispositions du Code wallon de l'action sociale et de la santé, relatives aux services de santé mentale'

‡LW-CADTQCCEJ-GFEGFMR‡

Le 18 février 2019, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par la Vice-Présidente et Ministre de l'Action sociale, de la Santé, de l'Égalité des chances, de la Fonction publique et de la Simplification administrative de la Région wallonne à communiquer un avis, dans un délai de trente jours, sur un avant-projet de décret 'modifiant des dispositions du Code wallon de l'action sociale et de la santé, relatives aux services de santé mentale'.

L'avant-projet a été examiné par la quatrième chambre le 20 mars 2019. La chambre était composée de Martine BAGUET, président de chambre, Bernard BLERO et Wanda VOGEL, conseillers d'État, et Charles-Henri VAN HOVE, greffier assumé.

Le rapport a été présenté par Pauline LAGASSE, auditeur.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 20 mars 2019.

*

‡LW-CADTQCCEI-GFEGFMR‡

Comme la demande d'avis est introduite sur la base de l'article 84, § 1er, alinéa 1er, 2°, des lois 'sur le Conseil d'État', coordonnées le 12 janvier 1973, la section de législation limite son examen au fondement juridique de l'avant-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, l'avant-projet appelle les observations suivantes.

FORMALITÉS PRÉALABLES

1. Dès lors que l'avant-projet concerne l'aide aux personnes en Communauté française, son auteur est tenu de respecter la formalité obligatoire organisée par les articles 12 à 15 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' (ci-après : l'accord de coopération-cadre).

Il ressort du dossier soumis à la section de législation que l'organe de concertation créé sur la base de ces dispositions de l'accord de coopération-cadre, qui a en l'espèce été saisi conformément à la procédure d'urgence prévue par les articles 14 et 15 de l'accord de coopération-cadre, a décidé, le 23 janvier 2019, de ne pas rendre d'avis sur l'avant-projet.

Aux termes de l'article 12, § 1er, de l'accord de coopération-cadre :

> « 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 ».

Il ne ressort pas du dossier soumis à la section de législation que l'avant-projet a été transmis au comité ministériel en vertu de l'article 12, § 1er, et que, dès lors, la suite de la procédure prévue par l'article 15, § 2, a pu être respectée. L'auteur de l'avant-projet vérifiera que cette formalité a été correctement accomplie.

2. L'article 36, paragraphe 4, du règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 'relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données)' (ci-après : le RGPD), combiné avec l'article 2 de la loi du 30 juillet 2018 'relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel', prévoit une obligation de consulter l'autorité de contrôle, en l'occurrence l'Autorité de protection des

‡ S'agissant d'un avant-projet de décret, on entend par « fondement juridique » la conformité aux normes supérieures.

‡LW-CADTQCCEJ-GFEGFMR‡

données visée dans la loi du 3 décembre 2017 'portant création de l'Autorité de protection des données' dans le cadre de l'élaboration d'une proposition de mesure législative devant être adoptée par un parlement national, ou d'une mesure réglementaire fondée sur une telle mesure législative, qui se rapporte au traitement.

Sous réserve de l'observation particulière formulée sous cette disposition, compte tenu de l'article 552, §§ 2 à 4, en projet du Code wallon de l'action sociale et de la santé (ci-après : le CWASS), l'auteur de l'avant-projet veillera au bon accomplissement de la formalité précitée.

EXAMEN DE L'AVANT-PROJET

OBSERVATION GÉNÉRALE

L'avant-projet contient de nombreuses habilitations en faveur du Gouvernement afin de préciser le régime d'agrément et de subvention des services de santé mentale mis en place par l'avant-projet.

À supposer que la mise en oeuvre de ce régime implique des traitements de données à caractère personnel autres que ceux déjà visés expressément par l'avant-projet, il conviendrait de compléter les habilitations en faveur du Gouvernement afin d'expressément autoriser celui-ci à fixer de tels traitements de données à caractère personnel et d'en fixer les éléments essentiels dans l'avant-projet, dans le respect du principe de légalité sous-jacent à l'article 22 de la Constitution [1].

OBSERVATIONS PARTICULIÈRES

ARRÊTÉ DE PRÉSENTATION

La formule de présentation sera déplacée après l'expression « arrête : ».

DISPOSITIF

Article 1er

La deuxième phrase est inutile et sera omise.

[1] Voir à cet égard les observations formulées par la section de législation, en ce qui concerne le fondement légal incertain d'un arrêté visant à mettre en place un régime d'agrément et de subvention, et imposant à cette fin divers traitements de données à caractère personnel sans que ceux-ci n'aient été expressément envisagés par les dispositions décrétales lui servant de fondement, dans l'avis n° 65.204/4 donné le 11 mars 2019 sur un projet d'arrêté du Gouvernement wallon 'relatif aux contrats d'objectifs des services visés aux titres VII, chapitres 1 à 4 et 7, XI, XII, XII/1 XII/2 du Code réglementaire wallon de l'action sociale et de la santé, 2e partie, Livre V'.

‡LW-CADTQCCEJ-GFEGFMR‡

Article 4

Article 539 en projet du CWASS

1. Au 2°, la question se pose de savoir pourquoi seules la forme de l'association sans but lucratif est envisagée et non celle des fondations également réglée par la loi du 27 juin 1921 'sur les associations sans but lucratif, les associations internationales sans but lucratif et les fondations'.

La disposition sera revue. À défaut, l'auteur indiquera dans l'exposé des motifs les raisons pour lesquelles il a opéré son choix en matière telle que celui-ci respecte le principe d'égalité devant la loi.

2. L'article 539, 4°, en projet donne à la notion de « réseaux » une définition qui parait difficilement utilisable au vu de celle qui en est faite dans la suite de l'avant-projet.

Selon cette disposition, les réseaux sont en effet « les lieux de concertation désignés par le Gouvernement ». La section de législation aperçoit cependant difficilement comment il peut, par exemple, être imposé aux services de santé mentale, conformément à l'article 545, § 1er, alinéas 1er et 2, en projet, de collaborer ou de conclure des conventions de collaboration avec des « lieux de concertation », soit littéralement des choses dépourvues de personnalité juridique ou d'existence autonome [2].

Cette définition sera précisée.

Il conviendra par ailleurs de prévoir comment des « réseaux » s'articuleront avec les « plateformes de concertation en santé mentale » au sens de l'arrêté royal du 10 juillet 1990 'fixant les normes d'agrément applicables aux associations d'institutions et de services psychiatriques'.

3. Le titre de « médecin spécialiste en psychiatrie » constitue un titre professionnel particulier au sens de l'article 85 de la loi 'relative à l'exercice des professions des soins de santé', coordonnée le 10 mai 2015 et de l'arrêté royal du 25 novembre 1991 'établissant la liste des titres professionnels particuliers réservés aux praticiens de l'art médical, en ce compris l'art dentaire', dont l'usage est réglé par l'article 86 de la loi coordonnée du 10 mai 2015 et par l'arrêté ministériel du 3 janvier 2002 'fixant les critères d'agrément des médecins spécialistes en psychiatrie, particulièrement en psychiatrie de l'adulte et des médecins spécialistes en psychiatrie, particulièrement en psychiatrie infanto-juvénile'.

La Région wallonne n'est pas compétente pour définir la notion de « médecin spécialiste en psychiatrie ».

[2] Selon le Grand Robert, un lieu se définit, en effet, comme étant « une portion déterminée de l'espace ». Cette notion renvoie à une dimension passive du réseau.

‡LW-CADTQCCEJ-GFEGFMR‡

Par ailleurs, le caractère exclusif des compétences respectives de l'État, des communautés et des régions fait obstacle, en principe, à la reproduction, par un législateur incompétent, de dispositions en vigueur dans l'ordre juridique relevant d'un autre législateur. Outre cette raison de principe, l'objection s'appuie également sur des impératifs de sécurité juridique. La reproduction d'une règle adoptée par une autre autorité dans un texte législatif risque en effet d'induire en erreur en ce qui concerne la compétence et la question de savoir qui a le pouvoir d'éventuellement modifier cette règle.

Par conséquent, l'article 539, 11°, en projet sera omis.

Article 8

Article 541 en projet du CWASS

Interrogée sur la question de savoir si les « initiatives spécifiques » et les « clubs thérapeutiques » doivent être considérés comme des « activités complémentaires » au sens de l'article 539, 6°, c), en projet, la délégué précise :

> « Non, ce n'est pas l'idée.
>
> Les activités complémentaires concernent des activités qui ne sont pas directement liées à la prise en charge d'un usager (formations, supervisions ou expertises par exemple).
>
> C'est pourquoi les initiatives spécifiques et clubs thérapeutiques sont définis dans d'autres alinéas (7° et 8°) du même article, puisque ces projets ont, a priori, directement pour objectif de prendre en charge et d'aider des usagers ».

Par conséquent, à l'article 541, alinéa 1er, en projet, les mots « et autres activités complémentaires » seront remplacés par les mots « et activités complémentaires ».

Article 9

Article 542 en projet du CWASS

Dès lors que, comme le confirme la déléguée, l'intention de l'auteur de l'avant-projet n'est pas de supprimer la possibilité d'assurer une permanence par le biais d'un répondeur téléphonique, il convient d'adapter en conséquence l'article 542 en projet.

En effet, l'habilitation prévue à l'article 542, § 1er, alinéa 2, en projet permet seulement de préciser les modalités de la permanence, ainsi que de l'accueil et de l'enregistrement de la demande, tels qu'ils sont définis par l'alinéa 1er de cette disposition. Or, cet alinéa envisage expressément une permanence « pendant les heures d'ouverture » et « au cours de laquelle l'usager est accueilli dans les locaux du service de santé mentale », ce qui impose une intervention reposant sur la présence physique des intervenants uniquement durant les heures d'ouverture.

Le cas échéant, un régime de permanence distinct doit être instauré selon que l'on se trouve durant les heures d'ouvertures ou durant les heures de fermeture du service.

‡LW-CADTQCCEJ-GFEGFMR‡

Le dispositif sera revu au regard de cette observation.

Article 10

Article 543 en projet du CWASS

1. La portée de l'article 543, § 2, alinéa 2, 1°, en projet n'apparait pas clairement dans la mesure où cette disposition se réfère à la notion de « précarité psychique ». En effet, l'alinéa 1er, 1°, de cette même disposition prévoit déjà que seules les personnes qui présentent « des difficultés psychologiques ou des troubles psychiatriques » peuvent être pris en charge par un service de santé mentale.

Interrogée à ce sujet, la déléguée précise :

> « […] la précarité psychique implique une situation plus grave qui pourrait basculer (ce n'est pas le cas de tous les troubles psychologiques ou psychiatriques) ».

Afin de lever toute ambiguïté sur la portée de cette disposition, elle propose d'ajouter un troisième alinéa au paragraphe 2 de l'article 543 rédigé comme suit :

« Par précarité psychique, il faut entendre des difficultés psychologiques ou des troubles psychiatriques qui ont ou peuvent avoir à court terme des conséquences négatives importantes sur le fonctionnement de la personne ou sur son environnement familial, professionnel ou social ».

La disposition sera complétée en conséquence.

2. La déléguée confirme par ailleurs que, dans l'intention de l'auteur de l'avant-projet, les « publics prioritaires » qui seront définis par le Gouvernement en vertu de l'article 543, § 2, alinéa 3, 1°, sont des usagers en situation de précarité psychique, financière ou sociale qui, pour ce type d'usagers, devront bénéficier d'une priorité de prise en charge.

Dans un souci de sécurité juridique et afin que cette intention ressorte clairement du dispositif, il convient de préciser, à l'article 543, § 2, alinéa 3, 1°, que le Gouvernement définit des publics prioritaires « parmi les usagers visés à l'alinéa 2, 1° ».

Article 19

Article 552 en projet du CWASS

1. La constitution d'un dossier de patient propre à chaque usager est actuellement réglée par l'article 9 de la loi du 22 aout 2002 'relative aux droits du patient', adoptée par le législateur fédéral dans le cadre de sa compétence en matière de l'art de guérir.

La Région wallonne n'est pas compétente pour intervenir dans ce domaine. À supposer que les données sociales et administratives que l'auteur de l'avant-projet vise à l'article 552, § 2, en projet, soient des données autres que celles visées par l'article 9 de la loi du 22 aout 2002, il appartient à l'auteur de l'avant-projet d'en préciser le contenu.

‡LW-CADTQCCEJ-GFEGFMR‡

Il en va d'autant plus ainsi que la tenue d'un dossier individuel constitue un traitement de données à caractère personnel qui, conformément à l'article 22 de la Constitution, est soumis au respect d'un principe de légalité. Par conséquent, les éléments essentiels de ce traitement doivent être fixés dans la loi même, à savoir les finalités du traitement, ainsi que les cas et conditions dans lesquels des données à caractère personnel sont traitées, ce qui implique de définir des catégories de données pouvant être traitée de manière assez précise pour que le traitement puisse être appréhendé de manière suffisamment prévisible. Toute ingérence dans le droit au respect de la vie privée doit, en outre, reposer sur une justification raisonnable et être proportionnée aux buts poursuivis par le législateur [3].

En l'espèce, l'habilitation conférée au Gouvernement par l'article 552, § 2, alinéa 3, en projet n'est pas admissible. Compte tenu du caractère large des finalités des traitements de données à caractère personnel liés à l'établissement du rapport d'activité, d'un recueil socio-épidémiologiques ou à la participation à une activité de recherche menée par un centre de référence, les autres données qui devraient figurer dans le dossier individuel de l'usager doivent être définies dans l'avant-projet ou, à tout le moins, convient-il de fixer de manière suffisamment précise les catégories des données supplémentaires pouvant être traitées.

Cette observation est formulée sans préjudice de l'observation 3 ci-après.

Le dispositif sera revu au regard de cette observation.

2. Les paragraphes 3 et 4 contiennent des règles de droit qui sont déjà prévues par l'article 9, §§ 3 et 4 de la loi du 22 aout 2002, en ce qui concerne les données constitutives du dossier du patient. Ces paragraphes relèvent, à ce titre, de la compétence du législateur fédéral. Par conséquent, l'article 552, §§ 3 et 4, en projet ne peut être maintenu qu'à l'égard des éventuelles données sociales et administratives complémentaires qui seraient imposées par l'avant-projet dans les limites de la compétence de la Région wallonne.

3. Le renvoi à l'article 552, § 2, en projet au « recueil socio-épidémiologique » ne parait pas compatible avec l'article 557 en projet qui organise un tel traitement de données en prévoyant expressément que celles-ci sont récoltées avec la participation de l'usager et sont rendues anonymes.

[3] Voir notamment l'avis n° 63.192/2 donné le 19 avril 2018 sur un avant-projet devenu la loi du 30 juillet 2018, *Doc. parl.*, Chambre, 2017-2018, n° 54-3126/1, pp. 402 à 456, http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/63192.pdf ; et l'avis n° 63.202/2 donné le 28 avril 2018 sur un avant-projet devenu la loi du 5 septembre 2018 'instituant le comité de sécurité de l'information et modifiant diverses lois concernant la mise en œuvre du Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE', *Doc. parl.*, Chambre, 2017-2018, n° 54-3185/1, pp. 120 à 145, http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/63202.pdf.

‡LW-CADTQCCEJ-GFEGFMR‡

Comme cela ressort du considérant 26 du RGPD, des données anonymes sont des données qui ne peuvent être rattachées, à aucun moment, ni directement, ni indirectement, à une personne identifiée ou identifiable, de telle sorte que le RGPD ne leur est pas applicable. L'anonymisation se différencie ainsi de la pseudonymisation. En effet :

> « Les données à caractère personnel qui ont fait l'objet d'une pseudonymisation et qui pourraient être attribuées à une personne physique par le recours à des informations supplémentaires devraient être considérées comme des informations concernant une personne physique identifiable. Pour déterminer si une personne physique est identifiable, il convient de prendre en considération l'ensemble des moyens raisonnablement susceptibles d'être utilisés par le responsable du traitement ou par toute autre personne pour identifier la personne physique directement ou indirectement, tels que le ciblage. Pour établir si des moyens sont raisonnablement susceptibles d'être utilisés pour identifier une personne physique, il convient de prendre en considération l'ensemble des facteurs objectifs, tels que le cout de l'identification et le temps nécessaire à celle-ci, en tenant compte des technologies disponibles au moment du traitement et de l'évolution de celles-ci » [4].

Des données qui doivent être anonymes, au sens du RGPD, paraissent difficilement pouvoir trouver leur source dans le dossier individuel des usagers. Compte tenu de cette incertitude, la section de législation n'est pas en mesure d'apprécier s'il est satisfait aux principes de légalité et de proportionnalité.

Article 23

Article 556 en projet du CWASS

L'article 556, § 4, en projet prévoit que si « des proches ou une association de proches le demandent, une consultation de proches est organisée ».

Dans un souci de sécurité juridique, il serait préférable de préciser, comme en ce qui concerne une demande de consultation formulée par les usagers, le nombre minimum de proches devant s'être manifestés pour qu'une consultation soit organisée. À défaut de précision, il suffira que la demande émane de deux proches (le cas échéant d'un même usager) pour que la consultation doive être organisée.

Article 24

Article 557 en projet du CWASS

L'auteur de l'avant-projet précisera comment le recueil de « données socio-épidémiologiques » s'articule avec le système d'informations socio-sanitaires [5] que la Région

[4] Considérant 26 du RGPD.

[5] Dans l'avant-projet de décret de la Région wallonne 'modifiant le Code wallon de l'action sociale et de la santé en ce qui concerne la prévention et la promotion de la santé' ayant donné lieu, le 4 février 2019, à l'avis n° 64.879/4, l'article 47/4, 17°, en projet du CWASS définit cette notion comme suit : « données récoltées de façon systématique et de façon à permettre le croisement des informations de santé avec l'âge, le sexe et le niveau socio-économique au niveau individuel en vue d'un traitement épidémiologique ».

‡LW-CADTQCCEJ-GFEGFMR‡

wallonne entend mettre en place dans la première partie, livre IV, titre 1er, du CWASS. L'auteur de l'avant-projet vérifiera à cette occasion qu'il est bien pertinent de référer à des « données socio-épidémiologiques » et non à des « données socio-sanitaires ».

Article 30

Article 561 en projet du CWASS

Au paragraphe 1er, il convient de recourir à l'expression « territoire de la région de langue française ».

La même observation vaut pour la suite de l'avant-projet.

Article 51

À l'alinéa 2, il convient d'écrire « L'article 561, § 1er, du CWASS, inséré par l'article 30 (…) ».

Une observation analogue vaut pour les articles 54 et 56.

Article 54

1. À l'article 54 de l'avant-projet, seul le renvoi à l'article 543 parait pertinent, dès lors que seule cette disposition précise les personnes pouvant être prises en charge par un service de santé mentale. Les mots « 539 à » seront dès lors omis.

2. Il convient par ailleurs d'inverser la place qu'occupent, dans la phrase, les mots « cette réorientation » avec celle des mots « la réorientation vers un autre professionnel de l'aide ou des soins ».

LE GREFFIER LE PRÉSIDENT

Charles-Henri VAN HOVE Martine BAGUET

‡LW-CADTQCCEJ-GFEGFMR‡