CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

avis 70.412/2
du 29 novembre 2021

sur

un projet d'arrêté du Gouvernement wallon 'modifiant diverses dispositions en matière de financement des institutions du secteur de la santé'

‡ LW-CJLVPFAAF-HAEBCUV‡

Le 29 octobre 2021, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par la Vice-Présidente et Ministre de l'Emploi, de la Formation, de la Santé, de l'Action sociale, de l'Égalité des chances et des Droits des femmes de la Région wallonne à communiquer un avis, dans un délai de trente jours, sur un projet d'arrêté du Gouvernement wallon 'modifiant diverses dispositions en matière de financement des institutions du secteur de la santé'.

Le projet a été examiné par la deuxième chambre le 29 novembre 2021. La chambre était composée de Pierre VANDERNOOT, président de chambre, Patrick RONVAUX et Christine HOREVOETS, conseillers d'État, Christian BEHRENDT et Marianne DONY, assesseurs, et Esther CONTI, greffier assumé.

Le rapport a été présenté par Anne-Stéphanie RENSON, auditeur adjoint.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 29 novembre 2021.

*

‡ LW-CJLVPFAAF-HAEBCUV‡

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 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

1. Aux termes de l'article 37, § 12, alinéa 1er, de la loi 'relative à l'assurance obligatoire soins de santé et indemnités', coordonnée le 14 juillet 1994,

> « [l]e Ministre fixe, sur proposition du Comité de l'assurance, l'intervention pour les prestations visées à l'article 34, 11°, 12° et 13°, ainsi que les conditions de cette intervention […] ».

Conformément à l'article 43/2, alinéa 3, 6°, du Code wallon de l'action sociale et de la santé (CWASS),

> « [s]ans préjudice des dispositions du présent Livre et de ses arrêtés d'exécution, il convient de lire, au sens du présent Livre et de ses arrêtés d'exécution, dans les matières visées à l'article 5, § 1er, I et II, de la loi spéciale du 8 août 1980 [de] réformes institutionnelles, telles que limitées par l'article 3, 6° et 7°, du décret spécial du 11 avril 2014 relatif aux compétences de la Communauté française, les dispositions légales et réglementaires fédérales comme désignant, respectivement :
>
> […]
>
> 6° le Comité de branche visé à l'article 10, alinéa 1er, 17, alinéa 1er, ou 20, alinéa 1er, du présent Code, tel que fixé par arrêté du Gouvernement, pour le Comité de l'assurance soins de santé de l'Institut national d'Assurance Maladie-Invalidité ».

Interrogé à cet égard, le délégué de la Ministre a répondu que

> « [l]e dossier sera ajouté à l'ordre du jour du comité de branche santé le 22/11/2021. Le préambule sera adapté en ce sens ».

L'auteur de l'avant-projet veillera par conséquent à l'accomplissement de cette formalité.

2. L'article 5, 1°, du projet, qui étend l'encodage de données à caractère personnel au personnel administratif et logistique, se rapporte au traitement de données à caractère personnel.

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 son article 57, paragraphe 1, c), et le considérant 96 de son préambule,

‡ LW-CJLVPEAAF-HAEBCUV‡

ainsi qu'avec, le cas échéant, l'article 2, alinéa 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 données visée dans la loi du 3 décembre 2017 'portant création de l'Autorité de protection des données', dans le cadre notamment 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.

Le dossier soumis au Conseil d'État, section de législation, ne fait pas référence à l'accomplissement de cette formalité.

Interrogé à cet égard, le délégué de la Ministre a répondu ce qui suit :

> « L'avis de l'Autorité de protection des données n'a pas été sollicité. En effet, la dérogation de l'article 5 de l'AR du 17 août 2007 ne concerne que les institutions publiques. La suppression est justifiée afin de rétablir l'équilibre entre les institutions publiques et privées. Actuellement, le personnel administratif et logistique du secteur public est déterminé, pour l'octroi des financements, sur base du personnel soignant, ce qui ne représente pas la réalité. En outre, les institutions publiques encodent déjà le personnel soignant comme précisé à l'article 5 de l'AR du 17 août 2007. Le traitement de données à caractère personnel existe déjà. Il est également important de rétablir l'équilibre à la fois financier et celui relatif au traitement de données à caractère personnel pour que cela soit applicable à l'ensemble du personnel et non plus uniquement au personnel soignant ».

La section de législation ne peut toutefois se rallier à la réponse du délégué de la Ministre dans la mesure où l'article 5, 1°, de l'avant-projet étend le champ d'application *ratione personae* du traitement de données à caractère personnel. L'appréciation de la pertinence de l'objectif poursuivi par la disposition en question est par ailleurs sans influence, en soi, sur l'obligation de recourir à la formalité de la consultation de l'Autorité de protection des données.

En outre, il n'apparaît pas que la rédaction de l'article 36, paragraphe 4, du RGPD confère la moindre latitude quant à l'opportunité de soumettre ou non une mesure législative ou réglementaire à l'autorité de contrôle. Il suffit que cette mesure porte sur un traitement de données tel qu'il est défini à l'article 2, paragraphe 1, du RGPD [1].

Cette formalité doit dès lors encore être accomplie.

3. Si l'accomplissement des formalités susmentionnées devait encore donner lieu à des modifications du texte soumis au Conseil d'État, à savoir d'autres modifications que celles dont fait état le présent avis ou des modifications visant à répondre aux observations formulées dans le présent avis, les dispositions modifiées ou ajoutées devraient être soumises à la section de législation conformément à l'article 3, § 1er, alinéa 1er, des lois 'sur le Conseil d'État'.

[1] Voir en ce sens l'avis 64.124/2/V donné le 1er août 2018 sur un projet devenu l'arrêté royal du 9 octobre 2018 'modifiant l'arrêté royal du 16 juin 2016 portant création de la communication électronique conformément à l'article 32*ter* du Code judiciaire' (http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/64124).

‡ LW-CJLVPFAAF-HAEBCUV‡

4. Il sera en outre fait mention de l'accomplissement de ces formalités au préambule.

EXAMEN DU PROJET

PRÉAMBULE

L'alinéa 8 sera complété par l'indication de la date à laquelle le Ministre du Budget a donné son accord, à savoir le 14 juillet 2021.

DISPOSITIF

Article 4

De l'accord du délégué du Ministre, les mots « alinéa 4 » seront remplacés par les mots « alinéa 5 ».

Article 11

À l'article 29, alinéa 3, en projet, les chiffres « 9.3.12.5 » seront remplacés par les chiffres « 9.3.12.4 » [2].

Article 17

Dès lors que l'article 3, § 2, 4°, de l'arrêté ministériel du 6 novembre 2003 'fixant le montant et les conditions d'octroi de l'intervention visée à l'article 37, § 12, de la loi relative à l'assurance obligatoire soins de santé et indemnités, coordonnée le 14 juillet 1994, dans les maisons de repos et de soins et dans les maisons de repos pour personnes âgées' est remplacé par l'article 7 de l'avant-projet, les mots « modifié en dernier lieu par l'arrêté ministériel du 5 décembre 2012 » seront remplacés par les mots « tel que remplacé par l'article 7 ».

Par souci de cohérence et de sécurité juridique, il sera précisé en outre que l'article 17 s'applique « par dérogation à l'article 18 ».

[2] Conformément à l'article 2 de l'arrêté du Gouvernement wallon du 28 octobre 2021 'relatif aux missions des médecins coordinateurs et conseillers en maisons de repos et de soins et en maisons de repos et portant modification de l'annexe 120 du Code réglementaire wallon de l'Action sociale et de la Santé', il n'existe en effet plus de point 9.3.12.5 dans l'annexe 120 du Code réglementaire wallon de l'Action sociale et de la santé.

‡ LW-CJLVPFAAF-HAEBCUV‡

Article 18

L'article 18 prévoit une entrée en vigueur rétroactive de l'avant-projet, au 1er octobre 2021.

Il convient de rappeler qu'un effet rétroactif ne peut *a priori* être admis dès lors que 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 décret, ce qui n'est pas le cas en l'espèce. En l'absence d'autorisation décrétale, 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.

En l'espèce, la rétroactivité est justifiée dans le préambule par la nécessité

> « de mettre en place le dispositif le plus rapidement possible afin que les médecins coordinateur et conseiller puissent remplir leurs nouvelles fonctions et être revalorisés en fonction de ces nouvelles missions applicables au 1er octobre 2021 ».

La note au Gouvernement jointe au dossier soumis au Conseil d'État explicite à cet égard ce qui suit :

> « Il est proposé une entrée en vigueur au 1er octobre de cette année, afin de permettre une information adéquate du secteur, et une mise en place sans encombre des modalités techniques afférentes aux modifications du financement.
>
> Concernant le point a), cela permettra un financement immédiat au début d'un trimestre et d'éviter différents problèmes de correction de facturation auprès des organismes assureurs wallons.
>
> Concernant le point b), cela permettra également un financement immédiat au début d'un trimestre et d'éviter différents problèmes de correction de facturation auprès des organismes assureurs wallons, tout en évitant un effet rétroactif préjudiciable dans le chef de certains établissements.
>
> Concernant les points c) et f), cela permet de maintenir la base légale du calcul effectué au 1er janvier 2021, et d'impacter le calcul qui sera effectué au premier janvier 2022. C'est toujours la réglementation applicable au 1er janvier de l'année visée qui impacte ce subside spécifique.
>
> Concernant le point d), aucun établissement ne peut atteindre son quota de journées avant le 1er octobre 2021. Il est donc idéal de faire entrer en vigueur cette disposition à la date proposée.
>
> Concernant le point e) il y a lieu d'appliquer au plus vite cette obligation d'encodage, tout en permettant une information correcte du secteur. La date du 1er octobre peut donc être retenue également ».

Dans la mesure où les modifications des conditions de financement nécessitent une information préalable du secteur, la rétroactivité prévue peut être questionnée.

‡ LW-CJLVPEAAF-HAEBCUV‡

Interrogé à cet égard, le délégué de la Ministre a répondu ce qui suit :

« Le secteur a déjà été averti des modifications et ils ont été consultés, à plusieurs reprises, sur les projets d'arrêtés du gouvernement wallon. En effet, concernant les missions proprement dites un projet d'Arrêté du Gouvernement wallon relatif aux missions des médecins coordinateurs et conseillers en maisons de repos et de soins et en maisons de repos et portant modification de l'annexe 120 du Code réglementaire wallon de l'Action sociale et de la Santé est paru au *Moniteur belge* ce 5 novembre 2021. Cet arrêté entre en vigueur le 1er octobre 2021. En outre, une communication a été effectuée sur le site internet de l'Agence. Il convient donc d'assurer un financement à partir de cette date.

De plus, la facturation aux organismes assureurs wallons s'opère en fin de trimestre, il est donc tout à fait possible d'assurer un paiement correct du forfait, valable au 1er octobre, pour la fin du mois de décembre.

Concernant la mise en œuvre des modalités techniques, cette mise en œuvre est prête dans le programme informatique RVT et les calculs ne demandent plus qu'à être lancés. Une circulaire définissant les modalités d'encodage a déjà été rédigée et est prête à l'envoi par l'AViQ ».

Interrogé plus spécifiquement quant aux motifs justifiant la rétroactivité de certaines mesures particulières qui ne sont pas en lien avec la revalorisation de certaines fonctions, le délégué de la Ministre a répondu ce qui suit :

« – [Pour ce qui concerne les mesures] relatives à l'encodage complet du personnel dans le secteur public : l'encodage sera effectué entre le 1er juillet et le 30 septembre de l'année 2022 mais les données doivent concerner le personnel à dater du 1/10/2021. En effet, le calcul des subventions se fait sur base des données relatives aux périodes antérieures.

– Celles relatives au raccourcissement des délais pour la déclaration corrective ou d'ajout de données : cela peut rentrer en vigueur au jour de l'adoption de l'arrêté ou au 1er janvier 2022 au plus tard.

– Celles relatives à la suppression de la « règle des trois mois » : cela peut rentrer en vigueur au jour de l'adoption de l'arrêté ou au 1er janvier 2022 au plus tard.

– Celles relatives à la suppression des articles relatifs aux missions et formation des référents pour la démence : il faut lier cet article avec l'AGW du 16 septembre 2021 modifiant l'annexe 120 du Code réglementaire wallon de l'Action sociale et de la Santé qui entre en vigueur le 4 décembre 2021 afin d'éviter une contradiction entre deux normes ».

L'article 18 sera par conséquent revu afin de ne pas faire rétroagir inutilement certaines dispositions de l'avant-projet.

‡ LW-CJLVPFAAF-HAEBCUV‡

Article 19

Dès lors qu'à l'article 19 le mot « ministre » fait référence à la fonction et non à la titulaire actuelle de cette fonction, il y a lieu d'écrire « Le ministre » et « chargé » au lieu de « La ministre » et « chargée ».

LE GREFFIER LE PRÉSIDENT

Esther CONTI Pierre VANDERNOOT

‡ LW-CJLVPFAAF-HAEBCUV‡