



CONSEIL D'ÉTAT

section de législation

avis 72.350/4
du 14 novembre 2022

sur

un projet d'arrêté du Gouvernement wallon 'modifiant le Code réglementaire wallon de l'Action sociale et de la Santé en ce qui concerne l'immatriculation des aides familiales, aides ménagères sociales et gardes à domicile des services d'aide aux familles et aux aînés agréés par l'Agence ainsi que la mise en conformité du code réglementaire avec la directive 2005/36/CE'

Le 14 octobre 2022, 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 et de l'Économie 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 le Code réglementaire wallon de l'Action sociale et de la Santé en ce qui concerne l'immatriculation des aides familiales, aides ménagères sociales et gardes à domicile des services d'aide aux familles et aux aînés agréés par l'Agence ainsi que la mise en conformité du code réglementaire avec la directive 2005/36/CE'.

Le projet a été examiné par la quatrième chambre le 14 novembre 2022. La chambre était composée de Pierre VANDERNOOT, président de chambre, Bernard BLERO et Christine HOREVOETS, conseillers d'État, Sébastien VAN DROOGHENBROECK et Marianne DONY, assesseurs, et Charles-Henri VAN HOVE, greffier assumé.

Le rapport a été présenté par Stéphane TELLIER, premier auditeur.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 14 novembre 2022.

*

Comme la demande d'avis est introduite sur la base de l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2^o, 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. L'article 6, § 1^{er}, du décret du 8 juillet 2021 'transposant la directive (UE) 2018/958 du Parlement européen et du Conseil du 28 juin 2018 relative à un contrôle de proportionnalité avant l'adoption d'une nouvelle réglementation de professions pour les matières régées par l'article 138 de la Constitution' dispose comme suit :

« Avant l'adoption ou la modification de dispositions réglementant une profession, l'autorité soumet les dispositions ou modifications projetées à un examen de proportionnalité dont l'étendue est proportionnée à la nature, au contenu et à l'effet des dispositions.

L'examen visé à l'alinéa 1^{er} est effectué de manière objective et indépendante.

Le Gouvernement crée ou désigne un organisme indépendant chargé d'accompagner les autorités compétentes dans la rédaction de ceux-ci.

Il prévoit les modalités de l'examen ».

2. À la question de savoir quel organisme ainsi créé ou désigné a accompagné l'autorité dans l'examen de la proportionnalité des mesures envisagées, la déléguée de la Ministre a répondu ce qui suit :

« L'Agence a réalisé son propre examen de proportionnalité avec l'aide de la commission européenne. '[...] [L]'organisme indépendant [...] n'est pas chargé de réaliser lui-même l'examen de proportionnalité mais uniquement de participer à sa réalisation [...]' (Projet de décret transposant la directive (UE) 2018/958 du Parlement européen et du Conseil du 28 juin 2018 relative à un contrôle de proportionnalité avant l'adoption d'une nouvelle réglementation de professions pour les matières régées par l'article 138 de la Constitution, Commentaire des articles, *Doc.*, Parl w., p. 4).

[...]

L'[arrêté du Gouvernement wallon] désignant ou créant l'organisme n'a pas été pris ; c'est à l'autorité elle-même de procéder à l'examen car la création était facultative.

Voici ce que précise l'exposé des motifs à cet égard : Afin de renforcer encore le processus d'examen de proportionnalité, le Gouvernement désigne un organisme indépendant chargé d'accompagner l'autorité dans cette tâche. Dès lors que l'organisme indépendant ne doit pas disposer de la personnalité juridique, n'est pas chargé de réaliser lui-même l'examen de proportionnalité mais uniquement de participer à sa réalisation et qu'il n'est pas prévu que son avis ou intervention lierait l'autorité, le Gouvernement peut être chargé de le désigner ou le créer. *Doc PW 618-1*, p. 3 ».

Le passage des travaux préparatoires auquel la déléguée de la Ministre fait allusion est en effet rédigé comme suit :

« Afin de renforcer encore le processus d'examen de proportionnalité, le Gouvernement désigne un organisme indépendant chargé d'accompagner l'autorité dans cette tâche.

Le Gouvernement est évidemment compétent pour prévoir les modalités de l'examen de proportionnalité et de l'intervention de cet organisme indépendant. Dès lors que l'organisme indépendant ne doit pas disposer de la personnalité juridique, n'est pas chargé de réaliser lui-même l'examen de proportionnalité mais uniquement de participer à sa réalisation et qu'il n'est pas prévu que son avis ou intervention serait 'liant', le Gouvernement peut être chargé de le désigner ou le créer ».

3.1. Ce passage des travaux préparatoires fait écho à l'observation suivante faite par la section de législation dans son avis 69.176/4 donné le 17 mai 2021 sur l'avant-projet devenu le décret du 8 juillet 2021, et rédigée comme suit :

« 2. Le paragraphe 1^{er}, alinéa 3, [de l'article 6 de l'avant-projet] délègue au Gouvernement le soin de créer ou de désigner un organisme indépendant 'chargé de rendre un avis sur les examens de proportionnalité et d'accompagner les autorités compétentes dans la rédaction de ceux-ci'.

Contrairement à ce qu'expose le commentaire de l'article ¹, la disposition à l'examen est rédigée en manière telle que la consultation de l'organisme en question est, à chaque fois, obligatoire.

À cet égard, il convient de rappeler que lorsque la consultation d'un organe créé est obligatoire, que ses avis sont susceptibles de lier l'autorité ou que des obligations sont imposées à des tiers, c'est au législateur qu'il revient de créer cet organe, de définir ses missions et de régler, sans préjudice d'une délégation au Gouvernement, sa composition, les indemnités ou rétributions éventuellement accordées à ses membres ainsi que les règles de son fonctionnement ².

Par ailleurs, il est rappelé que si l'intention est de créer un organisme doté de la personnalité juridique, seul le législateur décréte est compétent pour en régler la création, la composition, la compétence, le fonctionnement et le contrôle conformément à l'article 9 de la loi spéciale du 8 août 1980.

Le paragraphe 1^{er}, alinéa 3, sera revu à la lumière de cette observation » ³.

¹ Note de bas de page n° 5 de l'avis cité : La disposition à l'examen est en contradiction avec son commentaire en ce qu'il y est exposé que, « [a]fin de renforcer encore le processus d'examen de proportionnalité, le Gouvernement désigne ou crée un organisme indépendant chargé soit de rendre un avis de proportionnalité non contraignant, soit d'accompagner l'autorité dans cette tâche ».

² Note de bas de page n° 6 de l'avis cité : Voir, en ce sens, l'avis n° 43.685/4 donné le 12 mars 2008 sur un avant-projet devenu le décret de la Région wallonne du 6 novembre 2008 'portant rationalisation de la fonction consultative', *Doc. parl.*, wall., 2007-2008, n° 820/1, pp. 16 à 26, <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/43685.pdf>.

³ Avis 69.176/4 donné le 17 mai 2021 sur l'avant-projet devenu le décret du 8 juillet 2021, observation n° 2 formulée sous l'article 6 (*Doc. parl.*, Parl. Wall., 2020-2021, n° 619/1, pp. 12 et 13 ; <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/69176.pdf>).

3.2. Le passage précité des travaux préparatoires n'indique pas que la création ou la désignation de l'organisme indépendant serait facultative puisqu'il énonce au contraire, en conformité avec ce qu'énonce le prescrit décretaal, que « le Gouvernement désigne un organisme indépendant chargé d'accompagner l'autorité dans cette tâche ». Le passage en question se limite à indiquer que l'autorité n'est pas liée par les considérations exprimées par l'organisme indépendant dans le cadre de l'accompagnement de la rédaction de l'examen de proportionnalité. À cet égard, il est évident que la circonstance que l'avis ou l'intervention de l'organisme ne lie pas l'autorité quant aux considérations exprimées par l'organisme indépendant dans le cadre de l'accompagnement qu'il procure, ne permet pas de considérer que la création ou la désignation de l'organisme serait facultative ni que l'intervention de l'organisme serait facultative.

L'article 6, § 1^{er}, alinéa 3, du décret impose donc au Gouvernement de créer ou de désigner un organisme indépendant.

3.3. En ce qui concerne le rôle de l'organisme indépendant, l'article 6, § 1^{er}, alinéa 3, énonce que celui-ci

« est chargé d'accompagner les autorités compétentes dans la rédaction de ceux-ci ».

Les alinéas 1^{er} et 2 de cette disposition sont rédigés comme suit :

« Avant l'adoption ou la modification de dispositions réglementant une profession, l'autorité soumet les dispositions ou modifications projetées à un examen de proportionnalité dont l'étendue est proportionnée à la nature, au contenu et à l'effet des dispositions.

L'examen visé à l'alinéa 1^{er} est effectué de manière objective et indépendante ».

Si, grammaticalement, les mots « de ceux-ci » sont impropres, il faut comprendre qu'ils renvoient à l'examen de proportionnalité mentionné à l'article 6, § 1^{er}, alinéas 1^{er} et 2, du décret ⁴.

4. Il en résulte que l'organisme indépendant, que le Gouvernement est tenu de créer ou de désigner, est chargé d'accompagner l'autorité dans la rédaction de l'examen de proportionnalité.

Ceci implique que l'examen de proportionnalité doit faire l'objet d'un écrit et il doit ressortir du dossier que l'autorité compétente a été accompagnée par l'organisme indépendant, étant entendu que l'autorité n'est pas liée par les indications données par l'organisme à l'occasion de cet accompagnement. Ces modalités constituent une formalité préalable obligatoire.

⁴ Dans la version de la disposition soumise à la section de législation, elle était rédigée comme suit :

« Le Gouvernement crée ou désigne un organisme indépendant chargé de rendre un avis sur les examens de proportionnalité et d'accompagner les autorités compétentes dans la rédaction de ceux-ci ».

Il apparaît alors qu'à défaut de mise en place de l'organisme indépendant, cette formalité préalable obligatoire n'a pas été accomplie par l'auteur du projet, en méconnaissance de l'article 6, § 1^{er}, alinéa 3, du décret du 8 juillet 2021.

Il importe donc que le Gouvernement mette en place cet organisme de manière à ce que ce dernier puisse accompagner l'autorité compétente dans la rédaction de l'examen de proportionnalité conformément à ce qu'impose l'article 6, § 1^{er}, alinéa 3, du décret. Ceci fait, le préambule du projet d'arrêté sera complété par la mention de l'accomplissement de cette formalité préalable obligatoire.

FONDEMENT JURIDIQUE

1. L'avis de l'Inspecteur des Finances sur le projet, donné le 13 juillet 2020, a notamment exposé ce qui suit :

« L'inspection des finances souligne l'absence de base décrétales à l'arrêté de l'exécutif de la Communauté française du 13 novembre 1990. À fortiori, il n'y a dès lors pas de base décrétales explicite à la compétence de délivrance des attestations de capacité. La délégation par le Gouvernement à des centres de formation d'une compétence qui ne lui a pas été confiée par le législateur décretales pose question ».

Invitée à préciser la base légale habilitant le Gouvernement à délivrer des attestations de capacité, la déléguée de la Ministre a indiqué ce qui suit :

« En ce qui concerne la délivrance des attestations de capacité, il peut être renvoyé à l'article 228, § 2, 4^o, du Code wallon de l'Action sociale et de la santé, partie décrétales, qui '[...] habilite le Gouvernement à reconnaître des formations au moyen d'un certificat [...]' (S.L.C.E, avis n° 55.070/4 du 12 février 2004, p. 4) et vise explicitement les attestations de capacité ».

Partant, l'article 228, § 2, 4^o, du Code wallon de l'Action sociale et de la Santé (ci-après : « le CWASS »), sera visé à l'alinéa 1^{er} du préambule, au titre de fondement juridique du projet.

2. De l'accord de la déléguée de la Ministre, dès lors que l'article 330/6 en projet du Code réglementaire wallon de l'Action sociale et de la Santé (ci-après : « le CRWASS ») prévoit la délivrance de certificats d'immatriculation notamment aux gardes à domicile, l'article 221, § 2, alinéa 2, du CWASS sera également visé à l'alinéa 1^{er} du préambule au titre de fondement juridique du projet.

3. L'avis du Conseil économique, social et environnemental de Wallonie (CESE), donné sur le projet le 14 septembre 2020, indique notamment ce qui suit :

« Le CESE s'interroge, par ailleurs, sur le timing choisi pour introduire dans le Code réglementaire l'immatriculation des aides ménagères sociales et des gardes à domicile alors que le statut relatif à ces deux métiers est en cours de finalisation mais non encore publié au Moniteur belge. Il souligne qu'il aurait été plus cohérent d'effectuer cette modification en concordance avec la reconnaissance officielle de ces statuts ».

À la question de savoir si les statuts relatifs à ces deux métiers ont été finalisés et adoptés, la déléguée de la Ministre a répondu ce qui suit :

« Le statut des aides familiales et des gardes à domicile a été publié et intégré en tant qu'annexes 37 et 38 du code réglementaire wallon de l'action sociale et de la santé.

Le statut des aides ménagères sociales nécessitait une modification décrétole et ensuite un AGW d'approbation des statuts ».

Malgré l'absence de disposition décrétole relative à l'aide ménager social⁵ ou de statut relatif à cette profession publié et intégré en tant qu'annexe au CRWASS, la note au Gouvernement wallon précise que « [l']immatriculation des gardes à domicile et des aides ménagères sociales est également proposée pour une prise en charge par l'AVIQ » ; c'est l'objet de l'article 330/6, alinéa 1^{er}, en projet, du CRWASS.

La déléguée de la Ministre a encore précisé ce qui suit à propos de l'existence de disposition ou de régime juridique particulier applicable à l'« aide ménager social » :

« Une modification décrétole devait permettre d'insérer les aides ménagères sociales dans le dispositif décretole ainsi qu'une délégation au gouvernement concernant l'adoption de leurs statuts. Ces textes sont en cours de rédaction ».

À défaut d'adoption de cette modification décrétole et, partant, de base légale, le Gouvernement wallon n'est pas habilité à prévoir la délivrance de certificats d'immatriculation aux aides ménagers sociaux.

L'article 330/6 en projet sera revu en conséquence afin d'y omettre la référence aux aides ménagers sociaux.

⁵ À la différence des aides familiales et des gardes à domicile, expressément visés aux articles 220 et 221 du CWASS.

EXAMEN DU PROJET

PRÉAMBULE

À l'alinéa 2, les mots « , articles 12 à 14 » seront omis ⁶.

DISPOSITIF

Article 2

Ainsi que l'a exposé la déléguée de la Ministre,

« l'objectif de ce projet d'[arrêté du Gouvernement wallon] est de se mettre en conformité avec la directive 2005/36 relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles ».

Partant, un nouvel article 2 indiquera que le projet à l'examen constitue une transposition partielle de la directive 2005/36/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 septembre 2005 'relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles' ⁷.

Par conséquent, la numérotation des articles du projet sera revue.

Article 3

Article 330/1 en projet

Aux termes du paragraphe 3, alinéa 6, en projet, la décision permettant la prestation de services d'aide familiale doit être prise « avant la fin du deuxième mois à compter de la réception du complément d'informations », sans que la possibilité de transmettre ce complément d'informations soit prévue.

⁶ *Principes de technique législative - Guide de rédaction des textes législatifs et réglementaires*, www.conseildetat.be, onglet « Technique législative observation n° 30.

⁷ *Ibidem*, formule F 4-1-2-1.

Interrogée sur ce point, la déléguée de la Ministre indique qu'

« [i]l manque à cet alinéa une phrase permettant à l'Agence de demander un complément d'informations au demandeur ».

L'alinéa 6 sera dès lors complété en conséquence.

LE GREFFIER

LE PRÉSIDENT

Charles-Henri VAN HOVE

Pierre VANDERNOOT