

Numéro du rôle : 5121
Arrêt n° 10/2012 du 25 janvier 2012

A R R E T

En cause : les questions préjudicielles concernant l'ordonnance de la Commission communautaire commune du 24 avril 2008 relative aux établissements d'accueil ou d'hébergement pour personnes âgées, et, en particulier, l'article 11, § 1er, alinéa 5, 8°, et les dispositions du chapitre III (« Agrément ») de cette ordonnance, posées par le Conseil d'Etat.

La Cour constitutionnelle,

composée des présidents R. Henneuse et M. Bossuyt, et des juges E. De Groot, L. Lavrysen, A. Alen, J.-P. Snappe, J.-P. Moerman, E. Derycke, J. Spreutels, T. Merckx-Van Goey, P. Nihoul et F. Daoût, assistée du greffier P.-Y. Dutilleux, présidée par le président R. Henneuse,

après en avoir délibéré, rend l'arrêt suivant :

*

* *

I. *Objet des questions préjudicielles et procédure*

Par arrêt n° 211.465 du 23 février 2011 en cause de l'ASBL « fédération des Maisons de Repos privées de Belgique (MR-MRS) » (en abrégé : « Femarbel ») contre la Commission communautaire commune, dont l'expédition est parvenue au greffe de la Cour le 3 mars 2011, le Conseil d'Etat a posé les questions préjudicielles suivantes :

« 1. Les articles 11 à 19 de l'ordonnance de l'assemblée réunie de la Commission communautaire commune du 24 avril 2008 relative aux établissements d'accueil ou d'hébergement pour personnes âgées violent-ils les articles 10 et 11 de la Constitution combinés avec le décret d'Allarde des 2 et 17 mars 1791 et la directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services du marché intérieur en ce qu'ils imposent aux résidences-services, aux centres d'accueil de jour et aux centres d'accueil de nuit d'obtenir une autorisation de fonctionnement provisoire puis un agrément pour pouvoir exercer leurs activités et les placent sur le même pied que d'autres catégories d'établissements pour personnes âgées objectivement différentes à savoir les maisons de repos, les centres de soins de jour, les établissements disposant de lits de courts séjours et les habitations pour personnes âgées qui, eux, ne sont pas soumis à ladite Directive ?

2. L'ordonnance du 24 avril 2008 relative aux établissements d'accueil ou d'hébergement pour personnes âgées viole-t-elle les articles 10 et 11 de la Constitution et les articles 6, § 1er, VI, alinéa 3, 20 et 78 de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980, lus isolément ou combinés avec le principe de la liberté de commerce et d'industrie consacré par le décret d'Allarde des 2 et 17 mars 1791 ainsi qu'avec les articles 43 et 49 du Traité CE et avec la directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services du marché intérieur, en ce qu'elle prévoit que les résidences-services soumises au régime de la copropriété, les centres d'accueil de jour et les centres d'accueil de nuit font l'objet d'une programmation ?

3. L'article 11, alinéa 4 [lire : § 1er, alinéa 5], 8°, de l'ordonnance du 24 avril 2008 relative aux établissements d'accueil ou d'hébergement pour personnes âgées de la Commission communautaire commune viole-t-il les articles 128 et 138 de la Constitution et (...) l'article 6, § 1er, VI, alinéa 5, 3°, de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980 en ce qu'il habilite le collège réuni à établir des règles complémentaires pour la fixation des prix facturés ? ».

Des mémoires ont été introduits par :

- l'ASBL « fédération des Maisons de Repos privées de Belgique (MR-MRS) », dont le siège social est établi à 1080 Bruxelles, avenue de la Liberté 80;
- le Collège réuni de la Commission communautaire commune.

L'ASBL « fédération des Maisons de Repos privées de Belgique (MR-MRS) » a introduit un mémoire en réponse.

Par ordonnance du 23 novembre 2011, la Cour a déclaré l'affaire en état et fixé l'audience au 13 décembre 2011 après avoir invité les parties à préciser, dans un mémoire complémentaire à introduire le 8 décembre 2011 au plus tard et dont elles échangeraient une copie dans le même délai :

- la nature des aides et des soins prodigués dans les centres d'accueil de jour, ainsi que dans les centres d'accueil de nuit;
- les qualifications dont doit disposer le personnel engagé dans de tels établissements, ainsi que la nature de l'intervention de l'autorité publique, si elle existe, dans leur gestion et leur financement.

L'ASBL « fédération des Maisons de Repos privées de Belgique (MR-MRS) » et le Collège réuni de la Commission communautaire commune ont introduit des mémoires complémentaires.

A l'audience publique du 13 décembre 2011 :

- ont comparu :
 - . Me P. Schaffner *loco* Me M. Vastmans, avocats au barreau de Bruxelles, pour l'ASBL « fédération des Maisons de Repos privées de Belgique (MR-MRS) »;
 - . Me P. Slegers, qui comparaisait également *loco* Me P. Thiel, et Me B. Fonteyn, avocats au barreau de Bruxelles, pour le Collège réuni de la Commission communautaire commune;
- les juges-rapporteurs F. Daoût et A. Alen ont fait rapport;
- les avocats précités ont été entendus;
- l'affaire a été mise en délibéré.

Les dispositions de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle relatives à la procédure et à l'emploi des langues ont été appliquées.

II. *Les faits et la procédure antérieure*

Le 15 février 2010, l'association sans but lucratif « fédération des Maisons de Repos privées de Belgique » (en abrégé : « Femarbel ») demande au Conseil d'Etat l'annulation de l'arrêté du Collège réuni de la Commission communautaire commune (en abrégé : COCOM) du 3 décembre 2009 fixant les normes d'agrément auxquelles doivent répondre les établissements d'accueil ou d'hébergement pour personnes âgées et précisant les définitions de groupement et de fusion ainsi que les normes particulières qu'ils doivent respecter.

L'arrêté attaqué a été pris en exécution de l'article 11 de l'ordonnance de de l'Assemblée réunie de la Commission communautaire commune du 24 avril 2008 « relative aux établissements d'accueil ou d'hébergement pour personnes âgées ». Dans le cadre des moyens qu'elle développe devant le Conseil d'Etat, l'ASBL requérante demande à celui-ci de poser une première question préjudicielle à la Cour au motif que l'arrêté attaqué impose aux résidences-services, aux centres d'accueil de jour et aux centres d'accueil de nuit, de disposer d'une autorisation de fonctionnement provisoire ainsi que d'un agrément pour pouvoir exercer leurs

activités alors que la base légale de cette contrainte, en l'occurrence l'article 11 de l'ordonnance du 24 avril 2008, serait inconstitutionnelle. En effet, cette disposition porterait atteinte de manière discriminatoire à la liberté de commerce et d'industrie ainsi qu'à la libre prestation de services des établissements concernés.

L'ASBL demande également qu'une deuxième question préjudicielle soit posée à la Cour au motif que la programmation des résidences-services, des centres d'accueil de jour et des centres d'accueil de nuit ne serait pas prévue par l'ordonnance du 24 avril 2008 ou serait prévue par celle-ci mais en contrariété avec la Constitution et les règles de droit international directement applicables, de sorte qu'elle ne pourrait servir de fondement à un agrément pour ces établissements.

Enfin, l'ASBL demande qu'une troisième question préjudicielle soit posée à la Cour au motif que l'ordonnance du 24 avril 2008 violerait les règles répartitrices de compétence entre l'Etat fédéral, les communautés et les régions dès lors que la politique des prix et des revenus est une compétence exclusive de l'autorité fédérale et que l'intervention de la COCOM ne pourrait limiter la compétence du ministre fédéral des Affaires économiques pour fixer les adaptations de prix à payer par les résidents dans les établissements pour personnes âgées.

III. *En droit*

- A -

Quant à la première question préjudicielle

A.1.1. L'ASBL « Femarbel » reproche aux articles 11 à 19 de l'ordonnance du 24 avril 2008 relative aux établissements d'accueil ou d'hébergement pour personnes âgées de permettre à l'arrêté du 3 décembre 2009 d'imposer des normes d'agrément pour les résidences-services, les complexes résidentiels, les centres d'accueil de jour et les centres d'accueil de nuit. L'ordonnance aurait ainsi pour effet de traiter de la même manière, d'une part, les résidences-services, les complexes résidentiels, les centres d'accueil de jour et les centres d'accueil de nuit et, d'autre part, les maisons de repos et de soins, alors que ces deux catégories d'établissements ne seraient pas objectivement comparables.

La section de législation du Conseil d'Etat aurait elle-même confirmé que la première catégorie d'établissements ne peut être considérée comme relevant des services de soins de santé.

A.1.2. La partie requérante devant le juge *a quo* insiste sur le fait que les centres d'accueil de jour et les centres d'accueil de nuit ainsi que les résidences-services ne sont pas financés par l'Institut national de maladie-invalidité (INAMI). Il ne pourrait dès lors se justifier qu'ils soient soumis à l'imposition d'un agrément. Quant au niveau des qualités requises, celui-ci serait garanti à suffisance par le jeu de la concurrence étant donné qu'il s'agit d'un service commercial.

A.1.3. Enfin, d'après la partie requérante devant le juge *a quo*, il conviendrait, pour respecter le prescrit de la directive 2006/123/CE du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur, de démontrer qu'il n'existe pas de garantie aussi efficace et moins restrictive que le contrôle préalable prévu par l'ordonnance en cause, tel un contrôle *a posteriori*. Cette démonstration ne serait nullement faite dans les travaux préparatoires de ladite ordonnance.

A.2.1. Dans son mémoire, la COCOM renvoie à l'avis du Conseil d'Etat relatif au projet d'arrêté du Collège réuni de la COCOM devenu l'arrêté du 3 décembre 2009. Dans cet avis, le Conseil d'Etat a fait ressortir que la Communauté était compétente pour définir la législation organique et les normes d'agrément générales pour les établissements d'accueil et d'hébergement pour personnes âgées en application de l'article 5, § 1er, II, 5°, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles. C'est en exécution de cette compétence que l'ordonnance du 24 avril 2008 en cause aurait été adoptée.

Il ressortirait des travaux préparatoires de l'ordonnance ainsi que de la notion d'établissement qui y est visée que la COCOM entendait fournir un cadre législatif à l'ensemble des établissements pour personnes âgées relevant de la compétence de la COCOM. La COCOM entendait également actualiser les législations existantes relatives à ces établissements ainsi que les règles relatives à leur subventionnement.

La COCOM soutient que l'arrêté attaqué devant le Conseil d'Etat ne fixe nullement les conditions de programmation desdits établissements mais concerne seulement les normes d'agrément. Elle relève que pour être agréé, l'établissement en question doit être conforme, d'une part, aux normes arrêtées par les autorités fédérales et, d'autre part, aux normes que le Collège réuni peut arrêter pour chaque catégorie d'établissements. A cet égard, les normes d'agrément qui émanent de l'autorité fédérale couvriraient un autre objet que celles qui émanent du législateur bicommunautaire.

La COCOM relève que cette matière a fait l'objet, en Région wallonne, d'un décret du 30 avril 2009 relatif à l'hébergement et à l'accueil des personnes âgées. Celui-ci a été soumis à l'appréciation de la Cour qui a rendu un arrêt n° 135/2010 du 9 décembre 2010 à son sujet. La COCOM relève que la partie requérante devant le juge *a quo* n'a pas introduit de recours contre l'ordonnance du 24 avril 2008.

A.2.2. En ce qui concerne plus particulièrement la première question préjudicielle, la COCOM indique qu'à son estime, celle-ci appelle une réponse négative. Elle relève que la directive 2006/123/CE visée par la question complète les instruments européens existants, en l'occurrence l'article 49 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne qui consacre la liberté d'établissement et l'article 56 du même Traité qui concerne la libre prestation de services. La directive formaliserait également la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne dans un texte législatif. L'objectif de la directive ne résiderait donc pas dans la mise en place d'un nouveau cadre législatif.

Par la directive, le législateur européen imposerait aux Etats membres de restreindre les obstacles à la libre circulation des services et à la liberté d'établissement qu'ils peuvent ériger dans leur ordre juridique interne. L'article 9 de la directive obligerait ainsi les Etats membres à évaluer la nécessité de maintenir un régime d'autorisations.

La directive-Services exclurait explicitement une série de services de son champ d'application. La COCOM soutient que l'exclusion des services de soins de santé et des services sociaux du champ d'application de cette directive n'aurait qu'un impact mineur sur les obligations qui leur sont applicables. La directive aurait, en effet, pour objet essentiel de formaliser les principes dégagés par la Cour européenne de justice en matière de régime d'autorisation à l'égard d'un service, en vue de la mise en place d'un marché intérieur des services. Or, les principes dégagés par la Cour de justice sont applicables également aux services des soins de santé et aux services sociaux. La COCOM ne conteste dès lors pas que certains établissements visés par l'arrêté attaqué sont bien inclus dans le champ d'application de la directive.

A.2.3. En ce qui concerne l'examen de l'identité de traitement dénoncée par la question préjudicielle, la COCOM ne conteste pas qu'un agrément s'assimile à une autorisation au sens de l'article 9 de la directive-Services et qu'un tel agrément restreint quelque peu la liberté de commerce et d'industrie.

La COCOM relève que l'ordonnance du 24 avril 2008 vise les personnes âgées et que l'ensemble des établissements concernés ont en commun d'être destinés à l'hébergement de ces personnes. Les discriminations et entraves prétendues devraient donc s'analyser au regard de l'objectif de protection orientée sur les besoins propres des personnes âgées. Compte tenu de ce que toutes les institutions visées par l'ordonnance sont destinées à héberger des personnes âgées, il ne serait pas discriminatoire de traiter de manière identique des situations identiques.

La COCOM relève encore que les établissements visés par l'ordonnance du 24 avril 2008, qui dispensent des soins de santé à des personnes âgées, sont également soumis à des normes d'agrément complémentaires qui émanent de l'autorité fédérale. Or, les normes édictées en matière de soins de santé justifient un financement spécifique octroyé par l'INAMI. Ce financement par l'INAMI répondrait toutefois à la politique de dispensation de soins et ne concernerait pas la politique d'aide aux personnes âgées.

A.2.4. La COCOM poursuit en indiquant que l'agrément des établissements visés dans l'ordonnance en ce que ces derniers accueillent et hébergent des personnes âgées répondrait tant à des impératifs de protection des

destinataires des services offerts qu'à des objectifs de politique sociale. Or, ces objectifs constitueraient des raisons impérieuses d'intérêt général. Le principe aurait été reconnu en droit belge par le législateur spécial de même que par les travaux préparatoires du décret wallon du 30 avril 2009 relatif à l'hébergement et à l'accueil des personnes âgées. Ce principe aurait également été consacré par l'arrêt de la Cour n° 135/2010 du 9 décembre 2010.

Quant à la proportionnalité de la mesure, il est soutenu par la COCOM que l'imposition d'une autorisation préalable serait proportionnée au but poursuivi par le législateur, ce but ne pouvant être atteint par une simple déclaration préalable et/ou un contrôle *a posteriori*. Le caractère commercial du service ne permettrait nullement de considérer qu'un tel contrôle suffirait. Ce point de vue aurait également été confirmé par l'arrêt de la Cour n° 135/2010 précité.

La COCOM souligne que le législateur a, en l'espèce, prévu une procédure d'agrément des établissements en deux phases : l'octroi de l'autorisation de fonctionnement provisoire et celui de l'agrément. Le législateur bicommunautaire aurait de la sorte, après avoir effectué la balance des intérêts qui s'impose, choisi la voie qu'il estimait la moins contraignante aux fins d'atteindre l'objectif qu'il entendait poursuivre.

La COCOM soutient encore que les articles 11 à 19 de l'ordonnance du 24 avril 2008 n'entraînent pas davantage une atteinte disproportionnée à la liberté de commerce et d'industrie des exploitants des établissements pour personnes âgées et, en particulier, des exploitants des résidences-services, des centres d'accueil de jour et des centres d'accueil de nuit. La COCOM appuie son affirmation sur le même arrêt de la Cour n° 135/2010.

A.3.1. Dans son mémoire en réponse, l'ASBL « Femarbel » soutient que la COCOM tente d'introduire une confusion entre le destinataire des services proposés par les prestataires visés dans l'ordonnance en cause, en l'occurrence les personnes âgées, et le destinataire de la norme litigieuse. Or, ce serait à l'égard de ce dernier qu'il convient d'examiner si l'imposition d'un agrément est susceptible de créer une discrimination. Si tous les établissements visés par l'ordonnance ont vocation à accueillir des personnes âgées, ils présenteraient des caractéristiques essentiellement différentes, notamment quant à leur traitement au regard de la directive 2006/123/CE, des services proposés et de leur financement.

Ainsi que l'aurait rappelé la section de législation du Conseil d'Etat, les résidences-services, les centres d'accueil de jour et les centres d'accueil de nuit ne pourraient être considérés comme des services de soins de santé au même titre que les maisons de repos et de soins mais devraient donc être considérés comme fournissant des services commerciaux au sens de la directive.

A.3.2. Plus généralement, force serait encore de constater que si tous les établissements visés délivrent des services à des personnes âgées, ils ne fournissent pas tous des soins de santé à leurs pensionnaires et n'impliquent dès lors pas les mêmes infrastructures. Il conviendrait donc de traiter ces établissements de manière différente par rapport aux maisons de repos et de soins et aux centres de soins de jour.

Enfin, l'ASBL requérante devant le juge *a quo* insiste sur le fait que les catégories d'établissements visées par l'ordonnance ne sont pas toutes financées de manière identique dès lors que les résidences-services, les centres d'accueil de jour et les centres d'accueil de nuit ne sont pas considérés comme des services de soins de santé et ne sont, partant, pas financés par l'INAMI.

A.3.3. Quant à l'objectif constitutif d'un motif impérieux d'intérêt général, force serait de constater que les travaux préparatoires de l'ordonnance du 24 avril 2008 sont muets à ce sujet, de sorte que pareil motif ne pourrait justifier l'identité de traitement dénoncée par la question préjudicielle. Le caractère proportionné de la mesure n'apparaîtrait pas non plus des travaux préparatoires de l'ordonnance. Or, la seule affirmation qu'un contrôle *a posteriori* ne permettrait pas de garantir de manière identique les intérêts fondamentaux que l'ordonnance et, par voie de conséquence, l'acte attaqué entendent protéger ne pourrait suffire à établir que l'objectif ne pourrait être atteint par des mesures moins contraignantes. Il ne s'agit pas de montrer qu'une mesure autre que l'agrément peut garantir de manière identique les intérêts en présence mais bien de vérifier si cette mesure alternative à celle retenue par le législateur n'est pas de nature à garantir de manière suffisante les intérêts en jeu.

Il est relevé que dans l'hypothèse où l'établissement entre dans une catégorie d'établissements pour laquelle le Collège réuni a arrêté une programmation (article 6 de l'ordonnance du 24 avril 2008), l'octroi de l'autorisation spécifique de mise en service et d'exploitation permet déjà d'assurer un contrôle de l'établissement

et le respect d'une série de normes par ce dernier. Ce contrôle comporte des appréciations qualitatives de services aux personnes âgées et serait de nature à démontrer qu'un contrôle *a posteriori* ne serait pas nécessairement inefficace ou insuffisant pour garantir l'objectif poursuivi par l'ordonnance.

A.3.4. L'ASBL « Femarbel » insiste enfin sur le fait que l'article 11 de l'ordonnance habilite le Collège réuni à adopter des normes d'agrément dans près de douze matières qui ne sont pas liées à des exigences de santé publique. Or, ces normes sont sujettes à interprétation et laissent un large pouvoir d'appréciation à l'autorité. Les dispositions visées dans la question préjudicielle subordonnent strictement le régime d'autorisation des activités de service à des conditions précises qui ne seraient manifestement pas rencontrées en l'espèce puisqu'elles n'autorisent pas qu'un pouvoir d'appréciation soit donné à l'autorité.

L'arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes n° C-169/07 du 10 mars 2009 est cité à l'appui de cet argument.

Quant à la deuxième question préjudicielle

Quant à la recevabilité de la question

A.4.1. Dans son mémoire, la COCOM soutient à titre principal que la question est partiellement irrecevable.

Ainsi, à supposer que les normes de programmation édictées par l'ordonnance du 24 avril 2008 soient déclarées inconstitutionnelles ou contraires au droit international, pareil constat d'inconstitutionnalité et/ou de violation d'une norme supra-étatique ne pourrait en aucune manière influencer sur la validité de l'arrêté du 3 décembre 2009 attaqué devant le juge *a quo*. Cet arrêté ne met en effet en œuvre que des conditions d'agrément distinctes des conditions de programmation.

Si la deuxième question devait tout de même s'avérer utile, il y aurait encore lieu de constater que ce n'est pas l'ordonnance litigieuse mais son arrêté d'exécution qui prévoit potentiellement que les résidences-services soumises au régime de la copropriété, les centres d'accueil de jour et les centres d'accueil de nuit font l'objet d'une programmation. La Cour devrait dès lors se déclarer incompétente pour statuer sur ladite question.

A.4.2. Dans son mémoire en réponse, l'ASBL « Femarbel » rappelle la jurisprudence de la Cour selon laquelle c'est au juge *a quo* et à lui seul qu'il appartient de statuer sur l'applicabilité d'une norme invoquée devant lui et de décider le cas échéant s'il y a lieu d'interroger la Cour au sujet de cette norme. Si la Cour examine parfois la pertinence de la question, ce contrôle ne peut être que marginal. L'ASBL requérante reprend le raisonnement formulé par le juge *a quo* et relève qu'en l'espèce, la pertinence de la deuxième question dont est saisie la Cour a effectivement été examinée par le juge *a quo*, ce qui constituerait un indice sérieux de cette pertinence.

L'ASBL requérante relève également que la deuxième question se fonde sur la combinaison d'une obligation de programmation et d'un agrément et interroge la Cour constitutionnelle sur l'existence d'une éventuelle discrimination dans la mesure où l'ordonnance du 24 avril 2008 traite de la même manière (imposition d'un agrément) deux catégories différentes d'établissements, en l'occurrence ceux qui font l'objet d'une programmation et ceux qui n'en font pas l'objet. La question ne serait dès lors pas sans rapport avec le litige pendant devant le Conseil d'Etat.

Quant au fond

A.5.1. L'ASBL « Femarbel » relève que les résidences-services soumises à la législation relative à la copropriété, ainsi que les centres d'accueil de jour et les centres d'accueil de nuit, ne font l'objet d'aucune programmation ainsi que le précise l'article 4 de l'ordonnance du 24 avril 2008. Or, les autres établissements d'accueil et d'hébergement de personnes âgées font l'objet d'une telle programmation. Imposer un agrément aux deux catégories d'établissements serait discriminatoire. Pareille discrimination ne concernerait pas seulement les établissements qui ne font pas l'objet d'une programmation, elle concernerait également les établissements pour lesquels une programmation est prévue de manière inconstitutionnelle. L'ASBL requérante devant le juge *a quo*

se demande en effet s'il se justifie que les résidences-services non soumises au régime de la copropriété, les centres d'accueil de jour et les centres d'accueil de nuit fassent l'objet d'une programmation alors que ces catégories d'établissements fournissent des services commerciaux visés par la directive 2006/123/CE. Ici encore, l'ASBL « Femarbel » soutient qu'il n'existe pas de motif impérieux d'intérêt général de nature à justifier que les résidences-services, les centres d'accueil de jour et les centres d'accueil de nuit soient soumis à une obligation d'agrément.

A.5.2. Dans son mémoire, la COCOM soutient que l'obligation de programmation ne découle pas de l'ordonnance en cause, de sorte que la deuxième question se fonde sur un postulat inexact. En effet, elle permet uniquement au Collège réuni d'aller dans ce sens. La discrimination alléguée par l'ASBL « Femarbel » ne pourrait dès lors se déduire que de la manière dont le Collège réuni a entendu donner application à la possibilité que lui octroie l'ordonnance du 24 avril 2008. La question préjudicielle appellerait donc une réponse négative.

La COCOM relève encore que la programmation et l'agrément participent de logiques différentes et sont traités par l'ordonnance du 24 avril 2008 dans des chapitres distincts. Ainsi, les critères de programmation sont des instruments qui visent à réguler l'offre d'hébergement tandis que l'agrément porte sur la qualité de l'hébergement. L'obligation d'agrément se justifierait parfaitement pour les établissements qui ne font pas l'objet d'une programmation.

Quant à la prétendue violation des articles 6, § 1er, VI, alinéa 3, 20 et 78 de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, il y aurait lieu d'emblée de constater que l'ordonnance en cause porte sur une matière que l'on peut qualifier de personnalisable et non de matière économique telle qu'elle est visée par l'article 6 précité.

La COCOM relève que le Conseil d'Etat n'a formulé aucune observation relative à une prétendue violation des règles répartitrices de compétence dans son avis relatif à l'avant-projet d'ordonnance. La COCOM fonde également son argumentation sur l'arrêt de la Cour n° 135/2010 déjà cité.

A.5.3. Dans son mémoire en réponse, l'ASBL « Femarbel » répète que rien ne justifie qu'un traitement identique soit établi entre les établissements pour personnes âgées qui font l'objet d'une programmation et ceux qui n'en font pas l'objet. Aucun motif impérieux d'intérêt général ne justifierait par ailleurs que les résidences-services, les centres d'accueil de jour et les centres d'accueil de nuit soient soumis à une obligation d'agrément.

Le simple fait d'affirmer, comme le fait le Collège réuni dans son mémoire, que l'obligation d'agrément se justifie parfaitement pour des établissements ne faisant pas l'objet d'une programmation serait insuffisant à justifier le traitement identique des établissements pour personnes âgées au regard du régime d'autorisation mis en place par l'ordonnance en cause.

En ce qui concerne la troisième question préjudicielle

A.6.1. L'ASBL « Femarbel » souligne que « l'article 11, alinéa 4, 8°, de l'ordonnance du 24 avril 2008 habilite le Collège réuni à adopter des règles complémentaires pour la fixation des prix facturés et lui permet notamment de préciser de manière impérative les éléments couverts par le prix d'une journée ainsi que les frais qui peuvent être facturés, soit comme suppléments, soit comme avance, en faveur de tiers en plus du prix de la journée ».

D'après la partie requérante devant le juge *a quo*, pareille habilitation serait contraire à l'article 6, § 1er, VI, alinéa 5, 3°, de la loi spéciale du 8 août 1980.

La circonstance que la section de législation du Conseil d'Etat n'aurait formulé aucune observation à cet égard ne serait pas relevante. Déterminer ce que doit comprendre le prix d'hébergement et d'accueil exercerait nécessairement une action directe sur le niveau de ce prix. Or, seul le ministre fédéral des Affaires économiques serait compétent pour fixer les prix et accepter une éventuelle augmentation.

A.6.2. Dans son mémoire, la COCOM relève que la Cour a déjà statué sur une question identique dans son arrêt n° 26/99 du 3 mars 1999 en concluant qu'il n'y avait pas de violation des règles répartitrices de

compétence. Le raisonnement suivi par la Cour serait parfaitement transposable en l'espèce, de sorte qu'il y aurait lieu d'apporter une réponse négative à la troisième question préjudicielle.

A.6.3. Dans son mémoire en réponse, l'ASBL « Femarbel » relève que dans l'arrêt de la Cour cité par la COCOM, celle-ci était saisie d'un recours en annulation portant sur l'article 5, § 2, 2^o, du décret de la Région wallonne du 5 juin 1997 relatif aux maisons de repos, aux résidences-services et aux centres d'accueil de jours pour personnes âgées et portant création du Conseil wallon du troisième âge. Or, d'après l'ASBL requérante devant le juge *a quo*, il y aurait lieu « de constater que tant l'identité de l'auteur de la norme que la norme attaquée elle-même ne sont pas identiques ». Ainsi, dans l'arrêt de la Cour, la disposition en cause habilitait le Gouvernement à définir des normes d'agrément des maisons de repos et, parmi celles-ci, les « modalités d'adaptation du prix d'hébergement ou d'accueil ». La Cour a examiné la portée de ces termes en recherchant dans les travaux préparatoires du décret.

D'après l'ASBL « Femarbel », la disposition en cause devant la Cour n'habilitait pas le Gouvernement wallon à intervenir directement sur le prix d'hébergement ou d'accueil mais bien à définir des modalités d'application d'une augmentation des prix qui auraient été avalisées par le ministre fédéral compétent en matière de politique des prix afin d'assouplir l'effet d'une telle augmentation. Or, « l'habilitation créée dans le chef du Collège réuni par l'article 11, alinéa 4, 8^o, de l'ordonnance du 24 avril 2008 [irait] bien plus loin » que la simple définition des modalités d'adaptation du prix d'hébergement ou d'accueil au sens du décret de la Région wallonne du 5 juin 1997. L'habilitation donnée au Collège réuni lui permettrait en effet d'influer directement sur le niveau du prix, ce qui aurait pour effet d'empiéter véritablement sur la compétence fédérale en matière de politique des prix.

Mémoire complémentaire de l'ASBL « Femarbel »

A.7.1. En ce qui concerne la première question complémentaire posée aux parties et relative à la nature des aides et des soins prodigués dans les centres d'accueil de jour ainsi que dans les centres d'accueil de nuit, l'ASBL « Femarbel » précise que ces centres concernent des « bâtiments situés, dans des locaux distincts, au sein d'une même maison de repos ou d'une maison de repos et de soins ou, le cas échéant, en liaison fonctionnelle avec elle, et qui accueillent des personnes âgées de plus de 60 ans ». Dans les deux types d'établissements, les personnes âgées peuvent bénéficier de soins familiaux et ménagers et, le cas échéant, d'une prise en charge thérapeutique. Il s'agit d'un accueil ponctuel destiné à maintenir les personnes âgées à domicile tout en luttant contre l'isolement, la sédentarité et les pertes progressives d'autonomie. Il ne s'agit pas de structures offrant des soins aux personnes âgées. De tels centres ne requièrent donc pas des structures aussi élaborées en termes d'équipement et de personnel soignant, même si les personnes âgées qui les fréquentent peuvent avoir accès aux soins que requiert leur état de santé.

A.7.2. En ce qui concerne la deuxième question complémentaire posée aux parties, l'ASBL « Femarbel » renvoie à l'article 224 de l'arrêté du Collège réuni du 3 décembre 2009 fixant les normes d'agrément auxquelles doivent répondre les établissements d'accueil ou d'hébergement pour personnes âgées. L'ASBL insiste sur le fait que, hormis l'exigence de disposer d'un brevet de secouriste, rien n'est précisé concernant le personnel des centres d'accueil de jour. Seule la présence d'un directeur est également requise.

Il est également renvoyé à l'article 190 de l'arrêté du Collège réuni précisant que l'établissement doit disposer de suffisamment de personnel infirmier, soignant et paramédical pour assurer en permanence la surveillance, le traitement et les soins aux personnes âgées tant de jour que de nuit.

A.7.3. Quant au financement et à la gestion de ces centres, ceux-ci ne font l'objet d'aucun financement de la part de l'INAMI dans la mesure où ils ne sont pas considérés comme des services de soins de santé. Tout au plus peuvent-ils bénéficier de subventions conformément aux articles 20, 21 et 22 à 26 de l'ordonnance du 24 avril 2008 relative aux établissements d'accueil ou d'hébergement pour personnes âgées.

Mémoire complémentaire de la Commission communautaire commune

A.8.1. En ce qui concerne la nature des aides prodiguées dans les centres d'accueil de jour et les centres d'accueil de nuit, il ressortirait des travaux préparatoires de l'ordonnance en cause, de même que de l'arrêté du

Collège réuni du 3 décembre 2009, « que la nature des aides visées porte sur l'accompagnement de la personne âgée dans l'accomplissement de l'ensemble des actes de sa vie journalière » qu'elle ne peut réaliser entièrement seule en raison de sa perte d'autonomie.

En ce qui concerne les soins prodigués, il ressortirait de l'arrêté du 3 décembre 2009, en ce qui concerne les centres d'accueil de jour, qu'ils consistent « en l'exécution, dans un contexte de continuité de soins et sur consultation de la personne âgée elle-même, des ' directives ' du médecin traitant relativement à l'administration d'un soin ou à la distribution d'un médicament prescrits ».

Quant aux centres d'accueil de nuit, il ressortirait également des dispositions de l'arrêté du Collège réuni du 3 décembre 2009 que les soins prodigués sont des soins d'exécution des instructions du médecin personnel de la personne accueillie. Il s'agit, dès lors, de l'assistance matérielle à cette personne pour qu'elle suive le traitement prescrit par son médecin traitant.

A.8.2. En ce qui concerne les qualifications professionnelles requises du personnel engagé, la Commission communautaire commune commence par préciser que, contrairement à ce que suggérait la question posée par la Cour, le personnel n'est pas nécessairement « engagé » directement par le centre d'accueil de jour ou le centre d'accueil de nuit.

En ce qui concerne le centre d'accueil de jour, le personnel n'est pas tenu à l'obtention préalable d'un diplôme déterminé sinon celle d'un brevet de secourisme. Il est également soumis à l'obligation de suivre une formation continuée de trente heures au moins par an dont le programme est agréé par les ministres compétents.

Si des soins s'avèrent nécessaires au vu des directives du médecin traitant, l'article 213 de l'arrêté du Collège réuni du 3 décembre 2009 prévoit qu'un praticien de l'art infirmier assure la distribution et l'administration à la personne âgée des médicaments prescrits par le médecin traitant.

Quant au directeur du centre d'accueil de jour, il est soumis à des prérequis professionnels distincts. De deux choses l'une. Soit le directeur est directement attaché au centre d'accueil de jour et devra alors au minimum être titulaire d'un diplôme de l'enseignement supérieur non universitaire et suivre une formation de cent heures dont la réussite est sanctionnée par une attestation, soit le directeur est celui de la maison de repos, auquel cas il doit alors répondre à des prérequis professionnels exigés pour exercer cette fonction.

Pour les centres d'accueil de nuit, il est tout d'abord souligné que de tels centres doivent être implantés au sein même d'une maison de repos qui offre une structure d'accueil pendant la nuit. Dans cette mesure, les articles 245 à 247 de l'arrêté du 3 décembre 2009 précisent que le directeur doit être le même que celui de la maison de repos dans laquelle le centre est installé. Il doit être au minimum titulaire d'un diplôme d'enseignement supérieur non universitaire et suivre une formation de minimum cinq cents heures auprès d'une université ou d'un centre de formation reconnu par la Commission communautaire commune ou une autre communauté ou commission communautaire compétente. Il devra également participer à une formation continuée à raison de minimum trois jours par an, sanctionnée par une attestation.

Quant au personnel du centre d'accueil de nuit, aucune qualification professionnelle n'est requise pour les tâches de cuisine, de restaurant, de lingerie, de buanderie et pour assurer l'entretien technique, la propreté et l'hygiène des locaux. En revanche, seul le personnel infirmier, soignant et paramédical peut assurer la surveillance, le traitement et les soins aux personnes âgées.

Il est renvoyé à l'article 192 de l'arrêté du Collège réuni tel qu'il a été modifié en septembre 2011.

A.8.3. En ce qui concerne la nature de l'intervention de l'autorité publique dans la gestion des centres d'accueil de jour et des centres d'accueil de nuit, le Collège réuni part du principe que la Cour a entendu viser par autorité publique la seule Commission communautaire commune. Il précise que seules les normes d'agrément sont prévues par l'ordonnance. Celles-ci ont effectivement une incidence sur la gestion des établissements visés.

Enfin, quant à la nature de l'intervention de l'autorité publique dans le financement des centres d'accueil de jour et des centres d'accueil de nuit, ici encore, le Collège réuni considère que la Cour a entendu viser, par « autorité publique », la seule Commission communautaire commune. Il indique que le subventionnement d'investissements qui est prévu par l'ordonnance du 24 avril 2008 prendra la forme soit d'une intervention dans le coût de la construction de l'extension, de la transformation ou de l'équipement, soit de l'octroi de la garantie de la Commission communautaire commune pour le remboursement des emprunts ou autres dettes contractées pour le financement des travaux subventionnés conformément à l'article 22 de l'ordonnance.

Quant aux subventions de fonctionnement, elles sont spécifiques aux seuls centres de soins de jour, centres d'accueil de jour et centres d'accueil de nuit et sont liées au respect des normes d'agrément fixées par le Collège réuni.

Il est renvoyé à l'arrêté du Collège réuni du 7 mai 2009 « déterminant les règles relatives aux différentes formes d'intervention financière de la Commission communautaire commune dans la construction, l'extension, la transformation ou l'équipement des bâtiments affectés à l'exercice des activités des établissements visés par l'ordonnance du 24 avril 2008 relative aux établissements d'accueil ou d'hébergement pour personnes âgées », pour ce qui concerne les centres d'accueil de nuit.

Quant aux modalités relatives au subventionnement d'investissements des centres d'accueil de jour, celles-ci n'ont pas été organisées par le Collège réuni à ce stade.

- B -

B.1.1. Trois questions préjudicielles sont posées à la Cour concernant l'ordonnance de la Commission communautaire commune du 24 avril 2008 relative aux établissements d'accueil ou d'hébergement pour personnes âgées.

La troisième question porte sur la conformité de l'article 11, § 1er, alinéa 5, 8°, de l'ordonnance précitée aux règles répartitrices de compétence tandis que les deux premières questions portent sur la compatibilité d'autres articles de la même ordonnance avec le principe d'égalité et de non-discrimination.

B.1.2. L'examen de la conformité d'une disposition législative aux règles répartitrices de compétence doit en règle précéder celui de sa compatibilité avec les dispositions du titre II de la Constitution et des articles 170, 172 et 191 de celle-ci.

B.1.3. Partant, la Cour répond d'abord à la question relative aux règles répartitrices de compétence.

Quant aux règles répartitrices de compétence

B.2. Dans la troisième question préjudicielle, la juridiction *a quo* demande si l'article 11, § 1er, alinéa 5, 8°, de l'ordonnance en cause viole les articles 128 et 138 de la Constitution et l'article 6, § 1er, VI, alinéa 5, 3°, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles en ce qu'il habilite le Collège réuni de la Commission communautaire commune à établir des règles complémentaires pour la fixation des prix facturés.

B.3.1. L'article 11 en cause fixe les conditions d'agrément auxquelles doivent répondre les établissements visés à l'article 2, 4°, de l'ordonnance.

Les alinéas 4 et 5 dudit article 11, § 1er, disposent :

« Pour être agréé par le Collège réuni, l'établissement doit être conforme, s'il échet, aux normes arrêtées par les autorités fédérales compétentes, ainsi qu'aux normes que le Collège réuni peut, de l'avis de la section, arrêter pour chaque catégorie d'établissements visée à l'article 2, 4°.

Ces normes concernent :

1° l'admission et l'accueil des personnes âgées;

2° le respect de la personne âgée, de ses droits et libertés constitutionnels et légaux, en tenant compte de son état de santé et de son droit de mener une vie conforme à la dignité humaine, y compris du point de vue sexuel et affectif, notamment, l'interdiction pour l'établissement et les membres de son personnel d'exiger ou d'accepter de la personne âgée ou de son représentant que ceux-ci leur confient la gestion de son argent ou de ses biens ou leur dépôt, de sa liberté d'aller et venir librement, de ne recevoir que les visiteurs de son choix et de disposer librement de ses biens, sans préjudice des limites portées à ces droits et libertés par ou en vertu de la loi, du décret ou de l'ordonnance;

3° le projet de vie ainsi que les modalités de participation et d'information des personnes âgées ou de leur représentant;

4° l'examen et le traitement des plaintes des personnes âgées ou de leur représentant;

5° l'alimentation, l'hygiène et les soins à dispenser;

6° le nombre, la qualification, le plan de formation, la moralité et les exigences minimales de présence du personnel et de la direction ainsi qu'en ce qui concerne cette dernière, les conditions d'expérience requise;

7° sauf dans les établissements visés à l'article 2, 4°, b), β, les normes architecturales et de sécurité spécifiques aux établissements;

8° sauf dans les établissements visés à l'article 2, 4°, b), β, la convention d'accueil ou d'hébergement; le Collège réuni en détermine le contenu.

La convention doit notamment mentionner clairement et limitativement les éléments couverts par le prix de journée ainsi que les frais qui peuvent être facturés soit comme suppléments soit comme avances en faveur de tiers en plus du prix de journée.

Elle ne peut prévoir le paiement d'un acompte ou d'une garantie, autres que ceux autorisés par le Collège réuni.

Le Collège réuni peut établir, le cas échéant, des règles complémentaires pour la fixation des prix facturés;

[...] ».

B.3.2. L'article 128 de la Constitution dispose :

« § 1. Les Parlements de la Communauté française et de la Communauté flamande règlent par décret, chacun en ce qui le concerne, les matières personnalisables, de même qu'en ces matières, la coopération entre les communautés et la coopération internationale, y compris la conclusion de traités.

Une loi adoptée à la majorité prévue à l'article 4, dernier alinéa, arrête ces matières personnalisables, ainsi que les formes de coopération et les modalités de conclusion de traités.

§ 2. Ces décrets ont force de loi respectivement dans la région de langue française et dans la région de langue néerlandaise, ainsi que, sauf si une loi adoptée à la majorité prévue à l'article 4, dernier alinéa, en dispose autrement, à l'égard des institutions établies dans la région bilingue de Bruxelles-Capitale qui, en raison de leur organisation, doivent être considérées comme appartenant exclusivement à l'une ou à l'autre communauté ».

L'article 138 de la Constitution dispose :

« Le Parlement de la Communauté française, d'une part, et le Parlement de la Région wallonne et le groupe linguistique français du Parlement de la Région de Bruxelles-Capitale, d'autre part, peuvent décider d'un commun accord et chacun par décret que le Parlement et le Gouvernement de la Région wallonne dans la région de langue française et le groupe linguistique français du Conseil de la Région de Bruxelles-Capitale et son Collège dans la région bilingue de Bruxelles-Capitale exercent, en tout ou en partie, des compétences de la Communauté française.

Ces décrets sont adoptés à la majorité des deux tiers des suffrages exprimés au sein du Conseil de la Communauté française et à la majorité absolue des suffrages exprimés au sein du Conseil de la Région wallonne et du groupe linguistique français du Conseil de la Région de Bruxelles-Capitale, à condition que la majorité des membres du Parlement ou du groupe linguistiques concernés soit présente. Ils peuvent régler le financement des compétences qu'ils désignent, ainsi que le transfert du personnel, des biens, droits et obligations qui les concernent.

Ces compétences sont exercées, selon le cas, par voie de décrets, d'arrêtés ou de règlements ».

B.3.3. L'article 5, § 1er, II, 5°, de la loi spéciale du 8 août 1980 inclut dans les matières personnalisables visées à l'article 128, § 1er, de la Constitution et, ce faisant, attribue aux communautés :

« la politique du troisième âge, à l'exception de la fixation du montant minimum, des conditions d'octroi et du financement du revenu légalement garanti aux personnes âgées ».

Le Constituant et le législateur spécial, dans la mesure où ils n'en disposent pas autrement, ont attribué aux communautés et aux régions toute la compétence d'édicter les règles propres aux matières qui leur ont été transférées et ce, sans préjudice de leur recours, au besoin, à l'article 10 de la loi spéciale du 8 août 1980.

Il s'ensuit qu'a été transféré aux communautés, sous réserve des exceptions mentionnées dans la loi spéciale, l'ensemble de la politique du troisième âge, en ce compris tous les aspects de cette politique qui visent spécifiquement la protection des personnes âgées.

B.3.4. L'article 6, § 1er, VI, alinéa 5, 3°, de la loi spéciale du 8 août 1980 dispose :

« L'autorité fédérale est, en outre, seule compétente pour :

[...];

3° la politique des prix et des revenus;

[...] ».

Cette réserve de compétence n'implique pas que les communautés et les régions soient privées de toute compétence en ce qui concerne les tarifs des services qui relèvent de leur compétence; toutefois, ces règles tarifaires doivent tenir compte de la politique des prix menée par l'autorité fédérale, et notamment des règles établies par ou en vertu de la loi du 22 janvier 1945 sur la réglementation économique et les prix.

B.4. En adoptant l'ordonnance en cause, la Commission communautaire commune a entendu régler un aspect de la politique du troisième âge, matière qui, comme la Cour l'a indiqué en B.3.3, relève de la compétence des communautés en vertu de l'article 5, § 1er, II, 5°, de la loi spéciale du 8 août 1980 et qui, conformément à l'article 135 de la Constitution et à l'article 63 de la loi spéciale du 12 janvier 1989 relative aux institutions bruxelloises, revient également à la Commission communautaire commune.

La mise en œuvre de cette compétence n'exclut pas l'adoption de règles tarifaires relatives aux services relevant de cette matière, pourvu que ces règles respectent la politique des prix menée au plan fédéral.

B.5.1. Comme la Cour l'a relevé en B.3.1, les établissements visés par l'article 2, 4°, de l'ordonnance ne peuvent être mis en service sans avoir reçu l'agrément du Collège réuni de la Commission communautaire commune, dans le respect de normes arrêtées par les autorités fédérales ainsi que de celles qui ont été arrêtées par le Collège réuni, agissant chacun dans sa sphère de compétence respective. Ce dernier est notamment habilité à déterminer le contenu de la convention d'accueil ou d'hébergement qui, comme le précise la disposition en cause, doit mentionner les éléments couverts par le prix de la journée ainsi que les frais pouvant être facturés comme suppléments ou avances en faveur de tiers en plus du prix de la journée.

L'article 40 de l'arrêté du Collège réuni du 3 décembre 2009 « fixant les normes d'agrément auxquelles doivent répondre les établissements d'accueil ou d'hébergement pour personnes âgées et précisant les définitions de groupement et de fusion ainsi que les normes particulières qu'ils doivent respecter » exécute l'habilitation contenue dans l'article 11, § 1er, alinéa 5, 8°, de l'ordonnance en cause.

B.5.2. D'après l'exposé des motifs du projet d'ordonnance, le législateur ordonnancier entendait fournir un cadre législatif à l'ensemble des établissements pour personnes âgées relevant de la compétence de la Commission communautaire commune. Il a également été souligné que l'ordonnance visait à reconnaître l'importance du respect de la personne âgée quelles que soient ses convictions idéologiques, philosophiques, religieuses, ses orientations sexuelles, ainsi que ses biens (*Doc.*, Assemblée réunie de la Commission communautaire commune, 2006-2007, B-102/1, pp. 1 et 2).

Il a encore été souligné en Commission des affaires sociales :

« Une importance particulière est donnée dans le projet d'ordonnance à la protection et au respect de la personne et de ses choix de vie. Il est, en effet, prévu que l'établissement doit garantir notamment une vie conforme à la dignité humaine, la plus grande liberté d'occupation des lieux, le droit de ne recevoir que les visiteurs de son choix, et s'interdire d'exiger ou d'accepter de la personne âgée que celle-ci lui confie la gestion de son argent et de ses biens ou leur dépôt.

Le projet de vie est un élément central dans l'accueil de la personne. Celle-ci doit mener sa vie, à tout moment, de manière active et participative.

Une attention particulière a aussi été accordée au respect des biens des personnes et à la transparence des prix, notamment par l'établissement de sanction lorsque le gestionnaire ne gère pas les comptes de manière individualisée, que le gestionnaire, par ruse, contrainte, menace, dol ou en profitant de l'état de faiblesse ou de maladie de la personne âgée, se fait remettre des biens appartenant à celle-ci, ou que le gestionnaire administre des fonds ou biens appartenant à la personne âgée. Des sanctions sont aussi prévues lorsque le gestionnaire impose à la personne âgée ou à son représentant, comme condition préalable à l'accueil ou au séjour, le paiement d'un acompte ou d'une garantie, autres que ceux autorisés par le Collège réuni » (*Doc.*, Assemblée réunie de la Commission communautaire commune, 2006-2007, B-102/2, p. 4).

On peut encore lire ce qui suit, à propos de la fixation des prix :

« M. [...] sait que la fixation des prix est réglée par le SPF Economie. Il préconise cependant d'adopter une position souple permettant de prévenir les abus. Le député cite l'exemple d'une personne âgée disposant de peu de moyens et qui choisit d'aller dans une maison de repos où le prix de journée est modéré. Il s'avère cependant que les coûts supplémentaires liés à une série d'équipements sanitaires sont particulièrement élevés et doublent sa facture mensuelle. On peut plaider pour la transparence de ces données sur un site internet par exemple mais il est illusoire de penser que cela suffira à préparer les personnes âgées à faire un choix pour certaines maisons de repos bon marché.

Le commissaire plaide donc pour maintenir l'implication du Collège réuni afin d'éviter que ce genre d'abus se produise. Il pense que c'est en ce sens qu'il faut comprendre la disposition prévue. Ce type de mesure est déjà d'application en Flandre où par exemple les Pampers ne peuvent être facturés et sont compris dans le prix de journée » (*ibid.*, pp. 29-30).

B.5.3. La ministre compétente signalait encore, au sein de la Commission, qu'il convenait de se référer en cette matière à l'avenant n° 5 (lire n° 2) au « Protocole d'accord n° 2 du 1er janvier 2003, conclu entre l'Autorité fédérale et les Autorités visées aux articles 128, 130, 135 et 138 de la Constitution, concernant la politique de santé à mener à l'égard des personnes âgées et qui concerne l'exécution du point 9, de ce protocole : transfert et échange d'informations entre les services dépendant de l'Autorité fédérale et les services dépendant des Communautés et Régions » (*Moniteur belge*, 27 septembre 2004). Celui-ci prévoit, en effet, que des contacts seraient pris avec le SPF Affaires économiques afin que les données portant sur le prix de journée et les suppléments à facturer au patient lors d'un séjour en institution soient aussi consultables sur un site internet créé notamment à cet effet.

La ministre renvoyait également à l'arrêt n° 26/99 de la Cour du 3 mars 1999 et rappelait que le décret de la Commission communautaire française (COCOF) prévoyait déjà cette mesure et qu'elle ne souhaitait pas instaurer deux systèmes différents à Bruxelles. En effet, il ne s'agissait pas de remplacer le pouvoir fédéral mais d'intervenir en vue de la protection des personnes âgées (*ibid.*, p. 30).

B.6. Il ressort des travaux préparatoires qui viennent d'être mentionnés qu'il n'entrait nullement dans l'intention de la COCOM de fixer elle-même les prix mais d'apporter un certain nombre de garanties aux personnes âgées par une plus grande transparence des prix pratiqués ainsi que par un contrôle sur les avances ou suppléments par rapport à ces prix qui pourraient, le cas échéant, être facturés de manière abusive.

Compte tenu de l'objectif de protection des personnes âgées qu'elle entendait poursuivre ainsi que de la portée limitée de la mesure, l'habilitation faite au Collège réuni n'excède pas les compétences de la Commission communautaire commune relative à la politique du troisième âge et ne porte pas atteinte de manière disproportionnée à la compétence fédérale

relative à la politique des prix et des revenus, l'autorité fédérale demeurant compétente pour fixer le prix de la journée.

B.7. La troisième question préjudicielle appelle une réponse négative.

Quant aux principes d'égalité et de non-discrimination

B.8.1. La première question préjudicielle porte sur la compatibilité, avec les articles 10 et 11 de la Constitution, combinés avec le décret d'Allarde des 2 et 17 mars 1791 et la directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur, des articles 11 à 19 de l'ordonnance en cause.

Le juge *a quo* interroge la Cour sur le fait que par l'effet des dispositions ordonnancielles en cause, les résidences services, les centres d'accueil de jour et les centres d'accueil de nuit doivent obtenir une autorisation de fonctionnement provisoire puis un agrément pour pouvoir exercer leurs activités, étant ainsi traités de manière identique à d'autres établissements pour personnes âgées qui se trouveraient dans des situations objectivement différentes, à savoir les maisons de repos, les centres de soins de jour, les établissements disposant de lits de court séjour et les habitations pour personnes âgées qui ne sont pas soumis à la directive précitée.

B.8.2. Dans la deuxième question préjudicielle, le juge *a quo* interroge la Cour sur la compatibilité de l'ordonnance en cause avec les articles 10 et 11 de la Constitution et avec les articles 6, § 1er, VI, alinéa 3, 20 et 78 de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980, lus isolément ou combinés avec le principe de la liberté de commerce et d'industrie consacré par le décret d'Allarde des 2 et 17 mars 1791 ainsi qu'avec les articles 43 et 49 du Traité CE (actuellement les articles 49 et 56 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne) et avec la directive 2006/123/CE, en ce que ladite ordonnance prévoit que les résidences-services soumises au régime de la copropriété, les centres d'accueil de jour et les centres d'accueil de nuit font l'objet d'une programmation.

B.9.1. Les articles 11 à 19 de l'ordonnance en cause constituent le chapitre III de celle-ci, consacré à l'agrément des établissements d'accueil ou d'hébergement pour personnes âgées. Ils disposent :

« Art. 11. § 1er. - Aucun établissement visé à l'article 2, 4°, a), b) α, c), d), e), f) ou g), ne peut être mis en service et aucun gestionnaire ne peut offrir des services dans un établissement visé à l'article 2, 4°, b) α, sans avoir été préalablement agréé.

L'agrément est accordé par le Collège réuni, après avis de la section, pour une période de six ans maximum, renouvelable.

La décision d'agrément, visée à l'alinéa 2, fixe le nombre maximum de personnes âgées pouvant être hébergées ou accueillies dans l'établissement.

Pour être agréé par le Collège réuni, l'établissement doit être conforme, s'il échet, aux normes arrêtées par les autorités fédérales compétentes, ainsi qu'aux normes que le Collège réuni peut, de l'avis de la section, arrêter pour chaque catégorie d'établissements visée à l'article 2, 4°.

Ces normes concernent :

1° l'admission et l'accueil des personnes âgées;

2° le respect de la personne âgée, de ses droits et libertés constitutionnels et légaux, en tenant compte de son état de santé et de son droit de mener une vie conforme à la dignité humaine, y compris du point de vue sexuel et affectif, notamment, l'interdiction pour l'établissement et les membres de son personnel d'exiger ou d'accepter de la personne âgée ou de son représentant que ceux-ci leur confient la gestion de son argent ou de ses biens ou leur dépôt, de sa liberté d'aller et venir librement, de ne recevoir que les visiteurs de son choix et de disposer librement de ses biens, sans préjudice des limites portées à ces droits et libertés par ou en vertu de la loi, du décret ou de l'ordonnance;

3° le projet de vie ainsi que les modalités de participation et d'information des personnes âgées ou de leur représentant;

4° l'examen et le traitement des plaintes des personnes âgées ou de leur représentant;

5° l'alimentation, l'hygiène et les soins à dispenser;

6° le nombre, la qualification, le plan de formation, la moralité et les exigences minimales de présence du personnel et de la direction ainsi qu'en ce qui concerne cette dernière, les conditions d'expérience requise;

7° sauf dans les établissements visés à l'article 2, 4°, b), β, les normes architecturales et de sécurité spécifiques aux établissements;

8° sauf dans les établissements visés à l'article 2, 4°, b), β, la convention d'accueil ou d'hébergement; le Collège réuni en détermine le contenu.

La convention doit notamment mentionner clairement et limitativement les éléments couverts par le prix de journée ainsi que les frais qui peuvent être facturés soit comme suppléments soit comme avances en faveur de tiers en plus du prix de journée.

Elle ne peut prévoir le paiement d'un acompte ou d'une garantie, autres que ceux autorisés par le Collège réuni.

Le Collège réuni peut établir, le cas échéant, des règles complémentaires pour la fixation des prix facturés;

9° le règlement d'ordre intérieur;

10° la comptabilité, en ce qui concerne le compte individualisé établi pour chaque personne âgée hébergée ou accueillie, la facturation mensuelle et le droit pour la personne âgée ou son représentant de consulter le compte établi, dans le respect des dispositions légales et réglementaires qui s'appliquent en matière comptable aux gestionnaires;

11° dans les établissements visés à l'article 2, 4°, b), α, la convention conclue entre l'association des copropriétaires ou son mandataire et le candidat prestataire de services, à laquelle tout résident a l'obligation d'adhérer;

si la personne âgée n'est pas propriétaire, toutes les obligations entre propriétaire et prestataire de services figurent dans le contrat de bail;

12° les contrats d'assurance qui doivent être conclus par le gestionnaire.

§ 2. Le Collège réuni peut, après avis de la section, fixer des normes spéciales pour des groupements et des fusions d'établissements.

Art. 12. La demande d'agrément ou de renouvellement d'agrément est accompagnée d'un dossier descriptif dont le contenu est arrêté par le Collège réuni, sur avis de la section.

Le Collège réuni accuse réception de la demande dans les quinze jours de sa réception et indique, s'il y a lieu, les documents complémentaires nécessaires à son examen.

Dans les soixante jours suivant la réception du dossier complet, le Collège réuni communique la demande avec le rapport de l'Administration pour avis à la section.

La section a soixante jours pour communiquer son avis au Collège réuni et au demandeur. Le Collège réuni peut ramener les délais de soixante jours à trente jours chacun pour les demandes de renouvellement d'agrément et pour les demandes d'agrément suivant une autorisation de fonctionnement provisoire accordée conformément à l'article 13. Le délai prévu est augmenté de trente jours lorsque le dossier complet est communiqué au Collège

réuni ou à la section entre le 15 juin et le 15 août. Passé le délai prévu, l'avis de la section est réputé favorable.

La décision du Collège réuni est notifiée au demandeur dans les trente jours suivant l'avis de la section. Le délai est porté à soixante jours lorsque l'avis de la section est donné expressément ou tacitement entre le 15 juin et le 15 août. Passé le délai prévu, l'agrément est réputé accordé.

Le Collège réuni peut arrêter les modalités complémentaires de la procédure d'agrément et déléguer ses compétences prévues aux alinéas 2 et 3 aux membres du personnel de l'Administration qu'il désigne par arrêté.

Art. 13. Une autorisation de fonctionnement provisoire est accordée par le Collège réuni aux établissements disposant de l'autorisation visée à l'article 7, ainsi qu'au gestionnaire des établissements visés à l'article 2, 4°, b), β, qui introduisent une première demande d'agrément, pour autant que soient remplies les conditions de recevabilité fixées par ledit Collège, après avis de la section.

Cette autorisation est accordée pour une période d'un an, renouvelable une fois, et fixe le nombre maximum de personnes âgées pouvant être hébergées ou accueillies dans l'établissement. Elle est notifiée au gestionnaire dans les soixante jours après la réception de la demande.

Art. 14. D'initiative ou à la demande du gestionnaire, le Collège réuni peut, de l'avis de la section, accorder une prolongation d'agrément ou d'autorisation de fonctionnement provisoire aux établissements dont la procédure de demande d'agrément ou de renouvellement d'agrément est en cours alors que l'agrément ou l'autorisation de fonctionnement provisoire antérieur est expiré. Le Collège réuni arrête les conditions et modalités accélérées d'octroi de cette autorisation, de l'avis de la section.

Art. 15. § 1er. Si le nombre de personnes âgées hébergées ou accueillies dans l'établissement est temporairement inférieur, de plus de 10 % au nombre fixé par l'agrément, ce nombre peut être adapté à l'occupation réelle de l'établissement augmentée de 10 %. Cette adaptation ne modifie pas l'autorisation de mise en service et d'exploitation prévue à l'article 6. Toute augmentation ultérieure de la capacité d'accueil ou d'hébergement est octroyée conformément aux articles 11 et 13.

§ 2. L'agrément et l'autorisation de fonctionnement provisoire ne sont valables que pour l'établissement situé à l'adresse indiquée dans la demande d'agrément. Ils prennent fin de plein droit, en cas de changement du gestionnaire.

La mention de l'agrément ou de l'autorisation de fonctionnement provisoire doit figurer sur tous les actes, factures, lettres, notes de commande et autres documents émanant de l'établissement.

Le nom et le numéro d'agrément ou d'autorisation de fonctionnement provisoire de l'établissement font l'objet d'un affichage bien apparent à l'extérieur de l'établissement.

Art. 16. Si des modifications concernant les données pertinentes quant à l'application de l'article 11, § 1er, alinéa 4, interviennent au cours de la période d'agrément, le gestionnaire en avertit le Collège réuni.

Art. 17. § 1er. S'il est constaté qu'une norme arrêtée en vertu de l'article 11, § 1er, alinéa 4, n'est pas ou plus respectée dans un établissement où elle s'applique, le Collège réuni peut, de l'avis de la section et le gestionnaire préalablement entendu, refuser ou retirer selon le cas l'autorisation de fonctionnement provisoire ou l'agrément.

Sans préjudice du § 3 du présent article, le gestionnaire ne peut plus accueillir de nouvelles personnes âgées, dès la notification de ces décisions, et est tenu d'assurer l'accueil des personnes concernées dans un autre établissement, dans un délai de trois mois. Au terme de ce délai, l'établissement est fermé.

§ 2. Sans préjudice du § 3 du présent article, le Collège réuni peut ordonner, à titre transitoire, la fermeture immédiate d'un établissement, lorsque des raisons d'extrême urgence de santé publique ou de sécurité le justifient.

Sans préjudice du § 3 du présent article, le gestionnaire est tenu de veiller à l'évacuation immédiate des personnes âgées. Le Collège réuni informe immédiatement la section de sa mesure. Il prend une décision définitive après avis de celle-ci, rendu dans les trente jours de sa saisine.

§ 3. Pour les établissements visés à l'article 2, 4°, b), β, lorsque le Collège réuni ordonne le retrait de l'autorisation de fonctionnement provisoire ou le retrait ou le refus de l'agrément de l'établissement ou son retrait immédiat d'autorisation de fonctionnement provisoire ou d'agrément, il notifie immédiatement cette décision également à l'association des copropriétaires ou à son mandataire qui prend, sur le champ, toutes mesures conservatoires que la décision comporte.

Art. 18. Le Collège réuni peut, de l'avis de la section, arrêter des dispositions complémentaires de procédure, de notification ou d'exécution des décisions d'octroi, de refus ou de retrait de l'autorisation de fonctionnement provisoire ou de l'agrément, de fermeture immédiate ou de retrait immédiat d'agrément.

Art. 19. Toute décision d'agrément, d'autorisation de fonctionnement provisoire, de retrait d'autorisation de fonctionnement provisoire, de refus ou de retrait d'agrément et de fermeture d'un établissement est communiquée au bourgmestre dans les soixante jours. Celui-ci tient un registre de ces établissements, établis sur le territoire de sa commune. Ce registre est accessible à la population ».

B.9.2. La programmation visée par la deuxième question préjudicielle fait l'objet du Chapitre II de l'ordonnance en cause, constituée par ses articles 4 à 10 qui disposent :

« Section 1ère. - Des critères de programmation.

Art. 4. Le Collège réuni peut, de l'avis de la section, arrêter la programmation de tout ou partie des établissements pour personnes âgées visés à l'article 2, 4°, à l'exception de ceux visés à l'article 2, 4°, *b*), β , pour :

1° maîtriser l'évolution de l'offre d'accueil, d'hébergement ou de soins aux personnes âgées, en fonction de l'évolution des besoins de la population bruxelloise;

2° mettre adéquatement en œuvre les protocoles d'accord conclus entre les autorités fédérales et les autorités visées aux articles 128, 130 et 135 de la Constitution concernant la politique de santé à mener à l'égard des personnes âgées.

La programmation est basée sur des critères objectifs relatifs, notamment, à la spécialisation des établissements, leur capacité d'accueil ou d'hébergement et à leur équipement, à la qualité de leur encadrement en personnel d'entretien, d'aide et de soins et à leur bonne gestion administrative et financière. Ces critères peuvent favoriser notamment la coordination des infrastructures et des activités, la proximité géographique entre l'offre et la demande d'accueil ou d'hébergement, la diversification de l'offre en fonction de la diversité de la demande ainsi que la continuité de l'accueil, de l'hébergement ou des soins en fonction de l'évolution des besoins de la personne âgée.

La programmation tient compte des prévisions concernant l'évolution des besoins, des délais nécessaires à la réalisation des projets de suppression, diminution, augmentation ou création des places d'accueil ou d'hébergement eu égard, notamment, aux contraintes résultant, pour les personnes morales de droit public, des procédures de tutelle et de marchés publics, en vue de réaliser une répartition équitable des établissements entre les divers secteurs représentant les gestionnaires.

Art. 5. Les critères prévus à l'article 4 sont des règles ou formules forfaitaires mathématiques destinées à mesurer les besoins, compte tenu notamment des chiffres de la population, de la structure d'âge, d'indices socio-économiques, de la morbidité et de la répartition équitable prévue à l'article 4, alinéa 3.

Ces critères sont d'application sur l'ensemble du territoire bilingue de Bruxelles-Capitale.

Le Collège réuni ou le membre du personnel de l'Administration qu'il délègue à cette fin, communique à toute personne qui le demande les données détaillées relatives à la programmation.

Section 2. - De l'autorisation spécifique de mise en service et d'exploitation.

Art. 6. Il est interdit de mettre en service ou d'exploiter un nouvel établissement visé à l'article 2, 4°, ou de mettre en service ou d'exploiter une extension de la capacité d'accueil ou d'hébergement d'un de ces établissements existants sans y être autorisé par le Collège réuni, si l'établissement concerné entre dans une catégorie d'établissements pour laquelle le Collège réuni a arrêté une programmation conformément au chapitre II. L'autorisation prévue à l'alinéa 1er, qui signifie qu'un projet s'insère dans la programmation, est appelée ' autorisation spécifique de mise en service et d'exploitation '.

Pour l'application de l'alinéa 1er, le Collège réuni peut, de l'avis de la section, arrêter les conditions de cession de lits ou de places entre établissements du même type.

Art. 7. § 1er. L'autorisation prévue à l'article 6 est accordée par le Collège réuni sur avis de la section et fixe le nombre de lits ou places pour lequel elle est accordée.

La demande d'autorisation est accompagnée d'un dossier descriptif dont le contenu est arrêté par le Collège réuni, sur avis de la section.

Le Collège réuni accuse réception de la demande dans les quinze jours de sa réception et indique s'il y a lieu les documents complémentaires nécessaires à son examen.

Dans les quinze jours suivant la réception du dossier complet, le Collège réuni communique la demande avec le rapport de l'Administration pour avis à la section. Ce délai est porté à trente jours si le dossier complet est communiqué entre le 15 juin et le 15 août.

La section a soixante jours pour communiquer son avis au Collège réuni et au demandeur. Passé ce délai, l'avis de la section est réputé favorable.

La décision du Collège réuni est notifiée au demandeur dans les trente jours suivant l'avis de la section. Ce délai est de soixante jours si l'avis de la section est donné expressément ou tacitement entre le 15 juin et le 15 août. Passé le délai prévu, l'autorisation est réputée accordée.

Le Collège réuni peut déléguer ses compétences prévues aux alinéas 3 et 4, aux membres du personnel de l'Administration qu'il désigne par arrêté.

§ 2. L'autorisation accordée conformément au paragraphe 1er expire si elle n'a pas fait l'objet d'un commencement d'exécution dans les douze mois de sa délivrance ou si son bénéficiaire est resté plus de douze mois sans prendre les mesures nécessaires à la bonne fin du projet.

§ 3. L'autorisation accordée ne peut être cédée sauf en cas de changement de gestionnaire de l'établissement auquel elle se rapporte et pour autant qu'elle soit concrétisée sur le même site et dans les mêmes conditions et délais.

§ 4. De l'avis de la section et le gestionnaire préalablement entendu, le Collège réuni peut supprimer ou diminuer le nombre de lits ou places autorisés conformément au paragraphe 1er dans la mesure où ils sont structurellement inoccupés au moins pendant trois années consécutives après leur mise en service ou exploitation.

Le Collège réuni arrête les conditions et modalités d'application du présent paragraphe et, notamment, fixe, pour chaque catégorie d'établissements, le pourcentage d'inoccupation à prendre en considération lequel ne peut être inférieur à dix.

Art. 8. Le Collège réuni ordonne, après avis de la section, la fermeture d'un établissement mis en service ou exploité sans avoir obtenu l'autorisation spécifique de mise en service et d'exploitation ou dont la demande a été refusée.

L'article 17, § 1er, alinéa 2, est d'application.

Section 3. - De l'autorisation de travaux.

Art. 9. Il est interdit de construire un nouvel établissement visé à l'article 2, 4°, ou d'étendre, reconvertir, remplacer ou modifier la destination d'un de ces établissements existants sans y être autorisé par le Collège réuni, si les travaux projetés concernent un établissement relevant d'une catégorie d'établissements pour laquelle le Collège réuni arrêté une programmation conformément au chapitre II. L'autorisation prévue à l'alinéa premier, qui signifie que le projet s'insère dans la programmation, est appelée ' autorisation de travaux '.

Art. 10. § 1er. L'autorisation prévue à l'article 9 est accordée par le Collège réuni sur avis de la section et fixe le nombre de lits ou places pour lequel elle est accordée.

La demande d'autorisation est accompagnée d'un dossier descriptif dont le contenu est arrêté par le Collège réuni sur avis de la section.

Le Collège réuni accuse réception de la demande dans les quinze jours de sa réception et indique, s'il y a lieu, les documents complémentaires nécessaires à son examen.

Dans les soixante jours suivant la réception du dossier complet, le Collège réuni communique la demande avec rapport de l'Administration pour avis à la section. Ce délai est porté à nonante jours si le dossier complet est reçu entre le 15 juin et le 15 août. La section a soixante jours pour communiquer son avis au Collège réuni et au demandeur. Passé ce délai, l'avis de la section est réputé favorable.

La décision du Collège réuni est notifiée au demandeur dans les trente jours suivant l'avis de la section. Ce délai est de soixante jours si l'avis de la section est donné expressément ou tacitement entre le 15 juin et le 15 août. Passé le délai prévu, l'autorisation est réputée accordée.

La demande d'autorisation de travaux peut être introduite simultanément avec la demande d'autorisation prévue à la section 2 si elle porte sur le même projet.

Le Collège réuni peut déléguer ses compétences prévues aux alinéas 3 et 4, aux membres du personnel de l'Administration qu'il désigne par arrêté.

§ 2. L'autorisation accordée conformément au paragraphe 1er expire si elle n'a pas fait l'objet d'un commencement d'exécution dans les deux ans de sa délivrance ou si son bénéficiaire est resté plus de douze mois sans prendre les mesures nécessaires à la bonne fin du projet.

§ 3. L'autorisation accordée ne peut être cédée sauf en cas de changement de gestionnaire de l'établissement auquel elle se rapporte et pour autant qu'elle soit concrétisée sur le même site et dans les mêmes conditions et délais ».

B.10. L'article 9 de la directive 2006/123/CE du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur (ci-après : « la directive ») dispose :

« 1. Les Etats membres ne peuvent subordonner l'accès à une activité de service et son exercice à un régime d'autorisation que si les conditions suivantes sont réunies :

- a) le régime d'autorisation n'est pas discriminatoire à l'égard du prestataire visé;
- b) la nécessité d'un régime d'autorisation est justifiée par une raison impérieuse d'intérêt général;
- c) 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.

2. Dans le rapport prévu à l'article 39, paragraphe 1, les Etats membres indiquent leurs régimes d'autorisation et en motivent la compatibilité avec le paragraphe 1 du présent article.

3. La présente section ne s'applique pas aux aspects des régimes d'autorisation qui sont régis directement ou indirectement par d'autres instruments communautaires ».

D'après l'article 4 de la directive, il y a lieu d'entendre par service « toute activité économique non salariée, exercée normalement contre rémunération, visée à l'article 50 du traité ».

En revanche, sont exclues du champ d'application de la directive, en vertu de son article 2, un certain nombre d'activités parmi lesquelles :

« f) les services de soins de santé, qu'ils soient ou non assurés dans le cadre d'établissements de soins et indépendamment de la manière dont ils sont organisés et financés au niveau national ou de leur nature publique ou privée ».

Le vingt-deuxième considérant de la directive précise que cette exclusion devrait couvrir les services de soins de santé et pharmaceutiques fournis par des professionnels de la santé

aux patients pour évaluer, maintenir ou rétablir leur état de santé lorsque ces activités sont réservées à une profession de santé réglementée dans l'Etat membre dans lequel les services sont fournis.

Sont également exclus du champ d'application de la directive :

« j) les services sociaux relatifs au logement social, à l'aide à l'enfance et à l'aide aux familles et aux personnes se trouvant de manière permanente ou temporaire dans une situation de besoin qui sont assurés par l'Etat, par des prestataires mandatés par l'Etat ou par des associations caritatives reconnues comme telles par l'Etat ».

B.11. Comme la Cour l'a jugé dans son arrêt n° 135/2010, du 9 décembre 2010, l'article 2, paragraphe 2, f), de la directive exclut de son champ d'application les maisons de repos, les maisons de repos et de soins ainsi que les centres de soins de jour, au titre de services de soins de santé que ces établissements sont amenés à prodiguer.

Appelée à contrôler la compatibilité, avec les articles 10 et 11 de la Constitution lus en combinaison avec la directive 2006/123/CE, du décret du Parlement wallon du 30 avril 2009 « relatif à l'hébergement et à l'accueil des personnes âgées » qui prévoyait un régime d'autorisation du Gouvernement pour tout projet d'ouverture d'un établissement pour personnes âgées, la Cour a, en effet, jugé :

« B.6.3. [...] »

En l'occurrence, les réglementations fédérale et wallonne imposent aux maisons de repos de disposer d'un personnel infirmier et soignant et, le cas échéant, d'un personnel de réactivation.

Par ailleurs, le protocole d'accord n° 2 conclu le 1er janvier 2003 'entre le Gouvernement Fédéral et les autorités visées aux articles 128, 130, 135 et 138 de la Constitution, concernant la politique de la santé à mener à l'égard des personnes âgées ' note, concernant le financement de ces deux types d'établissements pour personnes âgées, ' qu'il importe d'aboutir à terme à une intégration du financement des maisons de repos et maisons de repos et de soins, de manière à assurer pour chaque résident avec un profil de soins lourd un financement identique permettant d'assurer les soins adéquats; et qu'il importe donc de favoriser l'extension de capacités d'accueil destinées aux soins ' (*Doc. parl.*, Parlement wallon, 2008-2009, n° 971-1, pp. 4 à 6).

Enfin, le financement public des maisons de repos comme celui des maisons de repos et de soins est comparable, reposant largement sur l'intervention de l'INAMI. Même s'il existe une différence de financement tenant au degré de dépendance des personnes accueillies par

les deux structures, l'une et l'autre sont directement liées au système des soins de santé applicable en Belgique, ce qui justifie d'ailleurs l'intervention de l'Etat fédéral.

Comme le rappelle l'exposé des motifs précité :

‘ Il en va de même du " centre de soins de jour ", défini par le décret comme étant " un centre d'accueil de jour offrant une structure de soins de santé qui prend en charge pendant la journée des personnes fortement dépendantes nécessitant des soins et qui apporte le soutien nécessaire au maintien de ces personnes à domicile " et qui doit, en application de la réglementation fédérale, disposer d'un personnel soignant et infirmier.

Les centres de soins de jour font l'objet d'une programmation en coordination avec l'Etat fédéral depuis le deuxième avenant, daté du 25 mai 1999, au Protocole n° 1 du 9 juin 1997 conclu entre le gouvernement fédéral et les autorités visées aux articles 128, 130 et 135 de la Constitution, concernant la politique de santé à mener à l'égard des personnes âgées. Destinés à offrir, aux termes du décret, " une structure de soins de santé qui prend en charge pendant la journée des personnes fortement dépendantes nécessitant des soins et qui apporte le soutien nécessaire au maintien de ces personnes à domicile ", ils sont largement financés par l'INAMI, conformément à l'arrêté ministériel du 22 juin 2000 fixant 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 centres de soins de jour ' (*ibid.*, p. 5).

B.6.4. Il résulte de l'ensemble de ces considérations que les maisons de repos, les maisons de repos et de soins et les centres de soins de jour sont des établissements de services de soins de santé qui entrent dans le champ d'application de l'exclusion établie par l'article 2, paragraphe 2, f), de la directive 2006/123/CE précitée ».

B.12. En l'espèce, les questions soumises à la Cour concernent les résidences services, les centres d'accueil de jour et les centres d'accueil de nuit.

L'article 2, 4°, b), de l'ordonnance définit la résidence-service et le complexe résidentiel proposant des services comme :

« a) soit, un ou plusieurs bâtiments, quelle qu'en soit la dénomination, constituant fonctionnellement un ensemble et comprenant des logements particuliers destinés ou offerts à la location, à la vente ou à toute autre forme d'usage ou d'occupation, même à titre gratuit, comme permettant aux personnes âgées une vie indépendante, avec des équipements communs de services auxquels elles peuvent faire librement appel;

β) soit, un ou plusieurs bâtiments, quelle qu'en soit la dénomination, constituant fonctionnellement un ensemble soumis au régime de la loi du 30 juin 1994 relative à la copropriété, et comprenant des logements particuliers, permettant aux personnes âgées une vie indépendante, et où des services sont offerts auxquels elles font appel ».

La même disposition définit, en son 4°, e), le centre d'accueil de jour comme suit :

« un bâtiment ou partie d'un bâtiment, quelle qu'en soit la dénomination, implanté dans une maison de repos ou en liaison avec une maison de repos, offrant une structure d'accueil, pendant la journée, à des personnes âgées vivant à domicile et qui bénéficient au sein du centre des aides et des soins appropriés à leur perte d'autonomie ».

Quant au centre d'accueil de nuit, il est défini à l'article 2, 4°, g), de l'ordonnance comme :

« un bâtiment ou partie d'un bâtiment, quelle qu'en soit la dénomination, implanté dans une maison de repos offrant une structure d'accueil, pendant la nuit, à des personnes âgées qui, tout en résidant à domicile, requièrent la nuit une surveillance, des aides et des soins de santé qui ne peuvent leur être assurés par leurs proches de façon continue ».

B.13. Les régimes de programmation et d'agrément mis en place par l'ordonnance en cause portent sur des autorisations au sens de l'article 9 de la directive 2006/123/CE. Ils doivent, partant, répondre aux conditions qui y sont énoncées s'ils concernent des « services » au sens de l'article 4 de la directive.

B.14. L'examen de la compatibilité de l'ordonnance en cause avec les articles 10 et 11 de la Constitution, lus en combinaison avec la directive en question, requiert au préalable de déterminer si les catégories d'établissements pour personnes âgées visées par les deux premières questions soumises à la Cour entrent bien dans le champ d'application de la notion de service visée par la directive.

B.15.1. Compte tenu de ce qu'il ressort de la définition des résidences-services qui est donnée à l'article 2, 4°, b), de l'ordonnance qu'aucun soin de santé n'y est prodigué, il ne fait aucun doute que cette catégorie d'établissements entre dans le champ d'application de la directive 2006/123/CE.

B.15.2. Concernant les centres d'accueil de jour, il ressort des mémoires complémentaires déposés par les parties en réponse aux questions posées par la Cour, que les soins qui y sont prodigués consistent en l'exécution, dans un contexte de continuité de soins, des directives du médecin traitant relativement à l'administration d'un soin ou à la distribution d'un médicament prescrit à la personne âgée.

Quant aux centres d'accueil de nuit, les soins prodigués sont des soins d'exécution des instructions du médecin de la personne accueillie. Il s'agit, dès lors, de l'assistance matérielle à cette personne pour qu'elle suive le traitement prescrit par son médecin traitant. L'article 213 de l'arrêté du Collège réuni du 3 décembre 2009 prévoit à cet effet qu'un praticien de l'art infirmier assure la distribution et l'administration à la personne âgée des médicaments prescrits.

L'ASBL « Femarbel » précise que ces centres concernent des bâtiments situés dans des locaux distincts au sein d'une maison de repos ou d'une maison de repos et de soins ou, le cas échéant, en liaison fonctionnelle avec elle.

B.15.3. Compte tenu de ces éléments, il subsiste un doute sur la question de l'applicabilité de la directive 2006/123/CE du 12 décembre 2006 aux centres d'accueil de jour et aux centres d'accueil de nuit tels qu'ils sont définis par l'article 2, 4°, e) et f), de l'ordonnance du 24 avril 2008.

La Cour de justice de l'Union européenne est compétente pour statuer, à titre préjudiciel, sur l'interprétation des directives adoptées par les institutions de l'Union européenne (article 267, premier alinéa, b), lu en combinaison avec l'article 288, premier alinéa, du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne). Lorsqu'une telle question est soulevée dans une affaire pendante devant une juridiction nationale dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne, cette juridiction est tenue de saisir la Cour de justice (article 267, troisième alinéa, du même Traité), à moins qu'elle ne constate « que la question soulevée n'est pas pertinente ou que la disposition communautaire en cause a déjà fait l'objet d'une interprétation de la part de la Cour [de justice] ou que l'application correcte du droit communautaire s'impose avec une telle évidence qu'elle ne laisse place à aucun doute raisonnable » (CJCE, 6 octobre 1982, 283/81, *CILFIT*), ce qui n'est pas le cas en l'espèce.

B.16. Il convient dès lors, avant de poursuivre l'examen des deux premières questions préjudicielles soumises à la Cour en l'espèce, et relatives à la compatibilité de l'ordonnance du 24 avril 2008 avec les articles 10 et 11 de la Constitution, lus en combinaison avec la

directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006, de poser à la Cour de justice de l'Union européenne la question préjudicielle libellée au dispositif.

Par ces motifs,

la Cour

- dit pour droit :

L'article 11, § 1er, alinéa 5, 8°, de l'ordonnance de la Commission communautaire commune du 24 avril 2008 relative aux établissements d'accueil ou d'hébergement pour personnes âgées ne viole pas les articles 128 et 138 de la Constitution et l'article 6, § 1er, VI, alinéa 5, 3°, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles;

- pour le surplus, avant de répondre aux deux premières questions préjudicielles qui lui sont soumises, pose à la Cour de justice de l'Union européenne la question préjudicielle suivante :

« Les services de soins de santé visés à l'article 2, paragraphe 2, f), et les services sociaux visés à l'article 2, paragraphe 2, j), de la directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 ' relative aux services dans le marché intérieur ' doivent-ils être interprétés en manière telle que seraient exclus du champ d'application de la directive les centres d'accueil de jour au sens de l'ordonnance de la Commission communautaire commune du 24 avril 2008 relative aux établissements d'accueil ou d'hébergement pour personnes âgées, en ce qu'ils fournissent des aides et des soins appropriés à la perte d'autonomie des personnes âgées, ainsi que les centres d'accueil de nuit au sens de la même ordonnance, en ce qu'ils fournissent des aides et des soins de santé qui ne peuvent être assurés aux personnes âgées par leurs proches de façon continue ? ».

Ainsi prononcé en langue française et en langue néerlandaise, conformément à l'article 65 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle, à l'audience publique du 25 janvier 2012.

Le greffier,

Le président,

P.-Y. Dutilleux

R. Henneuse