

ROYAUME DE BELGIQUE

- - - - -

AVIS DU CONSEIL D'ETAT

- - - - -

Le CONSEIL D'ETAT, section de législation, deuxième chambre des vacations, saisi par la Présidente du Conseil de la Communauté française, le 24 juillet 1998, d'une demande d'avis, dans un délai ne dépassant pas un mois, sur un projet de décret "modifiant le décret du 30 mars 1983 portant création de l'Office de la naissance et de l'enfance, tel que modifié par les décrets du 22 décembre 1983, du 12 mars 1990 et du 26 mars 1992" (Doc. parl. C.F. n° 246 (1997-1998) - n° 1)", a donné le 7 septembre 1998 l'avis suivant :

Examen du projetDispositifArticles 1er et 3

Les mots "comme suit" doivent être remplacés par les mots : "par le texte suivant :".

Article 2

1. Mieux vaut écrire la phrase introductive de la modification comme suit :

"Un article 2bis, rédigé comme suit, est inséré dans le même décret :

"...".

2. L'article 20 de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles réserve au Gouvernement le pouvoir de faire les règlements nécessaires pour l'exécution des décrets.

En conséquence, le pouvoir que la disposition en projet donne au Gouvernement d'arrêter les conditions d'agrément des institutions et des services et d'octroi de subventions à ceux-ci doit consister, non pas en une simple faculté laissée à l'appréciation du Gouvernement, mais en une obligation pour celui-ci d'arrêter de telles règles.

.../...

Le texte doit être revu pour éviter toute ambiguïté sur ce point.

3. A l'alinéa 1er de l'article 2bis en projet, le Conseil d'Etat s'interroge sur le sens précis et la portée exacte du membre de phrase "en privilégiant les projets ancrés dans la réalité locale, en partenariat ou en collaboration".

Le texte doit être revu en veillant à éviter tout jargon.

4. Dans la seconde phrase de l'alinéa 3 de l'article 2bis en projet, il serait plus simple et plus sûr et il se concilierait mieux avec le texte de l'alinéa 4 de fixer un délai précis dans lequel il incombe à l'Office de donner ses avis.

En outre, sur le vu de l'expression "les organes de gestion", le Conseil d'Etat se demande quel organe de l'Office est, dans l'intention des auteurs du texte, chargé de donner les avis prévus par la disposition en projet.

.../...

Article 4

1. La phrase liminaire doit être rédigée comme suit :

"L'article 5 du même décret, modifié par le décret du 22 décembre 1983, est remplacé par la disposition suivante :

"Art. 5 ...".

2. Le Conseil d'Etat se demande comment il y a lieu de combiner les paragraphes 1er et 2 de l'article 5 en projet. En effet, le texte est rédigé de telle manière que certaines situations entrent dans le champ d'application des deux paragraphes, alors que chacun de ceux-ci organise un régime qui lui est propre.

Le Conseil d'Etat se demande aussi si les auteurs du texte entendent appliquer le paragraphe 1er aux établissements, aux services et aux institutions pour lesquels la deuxième phrase du paragraphe 2 prévoit que celui-ci n'est pas d'application.

Le texte doit être revu en conséquence.

3. A l'alinéa 1er du paragraphe 1er de l'article 5 en projet, le texte prévoit l'obligation, pour ceux qui organisent la garde d'enfants, de "se conformer à un code de qualité de l'accueil arrêté par le Gouvernement".

.../...

Ainsi rédigé, le texte charge le Gouvernement d'arrêter des dispositions précises et contraignantes, liant inconditionnellement leurs destinataires.

Le Conseil d'Etat se demande si telle est bien l'intention des auteurs du texte pour toutes les dispositions du "code de qualité de l'accueil" envisagé. Celles-ci ou certaines d'entre elles ne consisteront-elles pas plutôt en la formulation de principes assez généraux ou de simples directives ou recommandations ?

Le texte doit être revu pour éviter toute équivoque à ce sujet.

4. En ce qui concerne l'alinéa 3 de l'article 5, § 1er, en projet, il convient que le législateur détermine les éléments essentiels du régime de la "surveillance de l'Office".

5. L'alinéa 4 de l'article 5, § 1er, en projet appelle les observations suivantes :

a) Dans la première phrase, l'Office se voit attribuer le pouvoir de prendre un règlement. Pour respecter au mieux l'article 20 de la loi spéciale du 8 août 1980, il convient, soit de donner ce pouvoir au Gouvernement, soit, à tout le moins, de soumettre les règles prises par l'Office à l'approbation du Gouvernement.

.../...

b) Dans la seconde phrase, sous réserve de ce qui a été dit dans l'observation n° 3, il convient sans doute d'ajouter que l'attestation de qualité peut être retirée lorsque l'institution ou le service ne respecte pas le code de qualité de l'accueil.

6. Au paragraphe 2, il est proposé d'écrire :

"§ 2. Aucune personne étrangère au milieu familial ... (la suite comme au projet).".

7. Selon l'article 5, § 3, en projet,

"... les faits érigés en infractions par le présent article peuvent être poursuivis sur plainte de l'Office.".

Le commentaire de cet article précise :

"Le décret autorise l'Office à se constituer partie civile. La capacité de l'Office à ester en justice est clairement affirmée par le décret. Son intérêt est légalement présumé et ce de manière irréfragable.".

Il n'apparaît pas clairement si les auteurs du projet entendent seulement permettre à l'Office de se constituer partie civile en cas d'infraction aux dispositions qui sont visées ou s'ils veulent, en outre, subordonner les poursuites à l'existence d'une plainte de l'Office,

.../...

comme tel est le cas en l'état actuel de l'article 5 du décret du 30 mars 1983 (1).

Quoi qu'il en soit, en donnant à l'Office le droit de se constituer partie civile (2) - et, par conséquent, de mettre l'action publique en mouvement - dans les hypothèses indiquées, la disposition à l'examen règle une matière, la forme des poursuites, que l'article 12, alinéa 2, de la Constitution réserve à la loi.

La Communauté française ne peut envisager de régler une telle matière qu'en réunissant les conditions auxquelles l'article 10 de la loi spéciale du 8 août 1980 permet aux communautés et aux régions de prendre des dispositions relatives à des matières pour lesquelles elles ne sont pas compétentes. Pour cela, il faut qu'il apparaisse que la disposition à l'examen est nécessaire à l'exercice des compétences de la Communauté française. En outre, selon la Cour d'arbitrage, pour être compatible avec le régime des compétences exclusives, le recours à l'article 10 de la loi spéciale du 8 août 1980 doit satisfaire à la double condition que la matière dont il s'agit se prête à un règlement différencié et que l'incidence de la disposition envisagée sur cette matière ne soit que marginale (3).

(1) Voir la seconde phrase de l'alinéa 4 de cet article.

(2) A fortiori s'il s'agit de lui réserver ce droit.

(3) Voir les arrêts n°s 7 du 20 décembre 1985; 66 du 30 juin 1988; 67 du 9 novembre 1988; 40/91 du 19 décembre 1991; 4/93 du 21 janvier 1993; 49/93 du 24 juin 1993; 6/96 du 18 janvier 1996; 68/96 du 28 novembre 1996; 73/97 du 25 novembre 1997; et 83/97 du 17 décembre 1997.

En l'espèce, l'exposé des motifs ne contient pas de justification de la mesure envisagée et il n'établit donc pas que celle-ci serait nécessaire à l'exercice des compétences de la Communauté française (1).

En outre, l'incidence de la disposition à l'examen sur la matière de la forme des poursuites paraît difficilement pouvoir être qualifiée de marginale.

-
- (1) La disposition du texte actuel de l'article 5, alinéa 4, du décret du 30 mars 1983, selon laquelle "la poursuite ou la condamnation pour (les infractions à l'article 5) ne pourra avoir lieu que sur plainte de l'Office" semble, quant à elle, avoir été justifiée par le souci de trouver une solution à la question, débattue à l'époque, de savoir s'il convenait de prévoir un contrôle de l'Office en cas de garde d'enfants exercée à titre gratuit. Deux thèses étaient en présence au sujet de cette question : suivant l'une, "un contrôle en cas de garde gratuite risquait de décourager le volontariat"; d'après l'autre, l'intérêt de l'enfant étant en cause, il ne fallait pas faire de distinction entre la garde gratuite et la garde rémunérée. L'exécutif de l'époque a estimé que "les deux thèses se justifiaient" et a suggéré "une formule" - la disposition ici commentée - "qui ne soit pas de fond mais bien de procédure" : "même en cas de plainte d'un particulier, le parquet devra toujours renvoyer à l'Office de la (naissance) et de l'enfance, c'est-à-dire à la consultation de nourrissons, qui prendra des contacts avec la personne ayant contrevenu à l'article et s'efforcera de régler les choses à l'amiable de telle manière que le recours au juge soit exceptionnel" (Doc. Cons. Comm. franç., session 1981-1982, n° 67/2, p. 14). Cette justification paraît peu adéquate : d'une part, la disposition commentée ne se limite pas à l'hypothèse où l'infraction concerne un cas de garde d'enfants exercée à titre gratuit; d'autre part et surtout, on n'aperçoit pas quel est le lien entre la question initialement posée et la solution retenue.

.../...

En effet, cette disposition touche à la question fondamentale de savoir qui a le droit de mettre l'action publique en mouvement. L'attention des auteurs du projet est, à cet égard, attirée sur ce que, selon la Cour de cassation, l'exercice de l'action civile devant les juridictions répressives tendant uniquement à la réparation du dommage privé causé par une infraction, cette action n'appartient qu'à celui qui a été directement et personnellement lésé par l'infraction; en conséquence, d'après la Cour, la recevabilité de la constitution de partie civile d'une personne de droit public est subordonnée à la condition que la demande de celle-ci tende, non pas - comme tel serait normalement le cas d'une action introduite par l'Office de la naissance et de l'enfance dans l'hypothèse d'une infraction à l'article 5 en projet - à la protection de l'intérêt général de la communauté, mais à la réparation d'un dommage aux intérêts privés de cette personne (1).

L'incidence de la disposition à l'examen sur la matière de la forme des poursuites semble encore plus difficilement pouvoir être qualifiée de marginale si cette disposition doit être comprise en ce sens qu'en cas d'infraction à l'article 5 en projet, les poursuites sont subordonnées à l'existence d'une plainte de l'Office. En effet, dans un tel système, celui qui est directement et personnellement lésé par une infraction est privé du droit

(1) Voir notamment Cass., 20 janvier 1993, Pas., 1993, I, p. 67.

fondamental, que lui reconnaît le Code d'instruction criminelle, de mettre l'action publique en mouvement (1).

En conclusion, l'article 5, § 3, en projet s'expose à de sérieuses objections.

En outre, s'il s'agit simplement d'autoriser l'Office à dénoncer les faits au parquet, la disposition est inutile.

Article 5

1. La phrase liminaire doit être rédigée de la manière suivante :

"L'article 6 du même décret, modifié par le décret du 22 décembre 1983, est remplacé par la disposition suivante :

"Art. 6 ...".

En outre, il convient d'écrire le chiffre "20" en toutes lettres.

(1) Une disposition en ce sens est, au demeurant, difficilement justifiable au regard des règles constitutionnelles d'égalité et de non-discrimination.

2. Selon l'article 6, alinéa 1er, en projet, les membres du conseil d'administration de l'Office sont

"... nommés par le Gouvernement dans le respect de la pluralité des expressions philosophiques et politiques habituellement représentées dans la Communauté française."

Il s'agit là d'une règle nouvelle, dont il importe d'observer qu'elle est prise dans la sphère de matières - les matières personnalisables - n'entrant pas dans le champ d'application de la loi du 16 juillet 1973 garantissant la protection des tendances idéologiques et philosophiques (1).

La disposition à l'examen est singulièrement imprécise et lacunaire. Ainsi notamment, le Conseil d'Etat se demande quels sont, selon les auteurs du texte, les critères "habituels" de "représentation de la pluralité des expressions philosophiques et politiques dans la Communauté française" ou encore, comment déterminer, pour chaque personne, qu'elle relève de telle ou telle expression philosophique ou politique ?

(1) Sur le fait que cette loi ne s'applique pas aux matières personnalisables, lire H. Dumont, "Le pluralisme idéologique et l'autonomie culturelle en droit public belge", volume 2 : de 1970 à 1993, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1996, n°s 669 à 675.

Il convient aussi et surtout de se demander si la disposition en projet est compatible avec les règles constitutionnelles de l'égalité et de la non-discrimination. A cet égard, force est de constater qu'en l'état du dossier, compte tenu à la fois du caractère imprécis et lacunaire du texte et de l'absence de tout commentaire dans l'exposé des motifs, il n'est pas possible de vérifier si le régime envisagé est susceptible de reposer sur la justification objective et raisonnable que requiert le respect des règles constitutionnelles précitées.

3. A l'article 6, alinéa 2, en projet, il convient de préciser davantage que par la condition de "(justifier) d'une expérience ou d'une connaissance dans le domaine de l'enfance" - vu les missions de l'Office de la naissance et de l'enfance, ceci paraît aller de soi - les conditions à remplir pour être nommé membre du conseil d'administration.

4. Il résulte des alinéas 3 à 5 de l'article 6 en projet que six membres du conseil d'administration de l'Office seraient nommés sur la proposition de la Région wallonne et deux autres sur la proposition de la Commission communautaire française, étant entendu qu'

"... en l'absence de proposition de la Région wallonne ou de la Commission communautaire française dans un délai d'un mois, le Gouvernement nomme ces huit membres."

.../...

Selon le commentaire de cet article, la représentation de la Région wallonne et de la Commission communautaire française au sein du conseil d'administration de l'Office est justifiée, tout particulièrement, par le souci de

"... permettre la cohérence entre l'action propre de l'Office et les décisions influençant la protection de la mère et de l'enfant prises par les autorités compétentes."

Il est précisé que

"... les décisions ainsi visées concernent, notamment, le financement des infrastructures d'accueil, la promotion de l'emploi dans le secteur non marchand et l'hébergement des adultes accompagnés d'enfants."

La disposition à l'examen est à rapprocher de celle qui, à l'article 9 du projet, entend compléter l'article 20, § 2, du décret du 30 mars 1983 en vue de permettre au Gouvernement de nommer deux délégués auprès de l'Office, ici aussi sur la proposition de la Région wallonne et de la Commission communautaire française. Ces délégués pourraient assister au conseil d'administration et au bureau de l'Office (1). Ils pourraient aussi

"... joindre un recours à celui (d'un commissaire nommé par le Gouvernement pour contrôler l'Office)",

(1) Le commentaire de l'article 9 précise que lesdits délégués n'auraient pas voix délibérative.

ce recours

"... (concernant) des décisions relatives à la mise en oeuvre des moyens en personnel ou financiers en provenance de la Région wallonne, de la Région de Bruxelles-capitale ou de la Commission communautaire française."

Ici aussi, le commentaire de la disposition indique que l'objectif est de

"... favoriser la cohérence entre l'action propre de l'Office et les décisions influençant la protection de la mère et de l'enfant prises par les autorités régionales compétentes et par la Commission communautaire française."

Si légitime que soit le souci des auteurs du projet d'établir des dispositifs poursuivant un tel objectif, il ne peut être perdu de vue que le législateur a organisé les formes de la coopération qui peut se nouer entre les entités fédérées (1). Il y a lieu de se référer, en particulier, à cet égard, à l'article 92bis et à l'article 92ter de la loi spéciale du 8 août 1980 (2).

(1) Tout comme celle qui peut se nouer entre l'autorité fédérale et les entités fédérées.

(2) L'article 4, 1°, des décrets des 19 et 22 juillet 1993 rend ces dispositions applicables à la Région wallonne et à la Commission communautaire française dans le domaine des matières pour lesquelles celles-ci sont chargées d'exercer certaines compétences de la Communauté française.

La coopération envisagée par les auteurs du projet doit s'inscrire dans le cadre que définissent ces dispositions, ce qui n'est pas le cas du texte à l'examen.

Les mesures en projet doivent être revues en conséquence.

A cet égard, il est rappelé que, même si elle implique inévitablement une limitation de l'autonomie des autorités concernées, la coopération entre plusieurs entités ne peut entraîner un échange, un abandon ou une restitution de compétence (1). Il en résulte, notamment, qu'elle ne peut aboutir à apporter des modifications ou des dérogations aux dispositions qui déterminent les compétences des diverses autorités concernées, en particulier celles qui, dans les décrets des 19 et 22 juillet 1993 attribuant l'exercice de certaines compétences de la Communauté française à la Région wallonne et à la Commission communautaire française, maintiennent la compétence de la Communauté française pour

"... ce qui relève des missions confiées à l'Office de la naissance et de l'enfance." (2).

En outre, à propos des décisions que le commentaire de l'article 5 désigne comme étant celles qui

"... concernent la promotion de l'emploi dans le secteur non marchand"

(1) Cour d'arbitrage, arrêt n° 17/94 du 3 mars 1994.

(2) Articles 3, 6° et 7°, de ces décrets.

et que l'article 9 qualifie de

"... décisions relatives à la mise en oeuvre des moyens en personnel",

il est rappelé que la politique de l'emploi - laquelle inclut notamment

"... les programmes de remise au travail des chômeurs complets indemnisés ou des personnes assimilées"

est une matière régionale (1), et non pas une matière communautaire. En ce qui concerne les institutions bruxelloises, ceci implique que seule la Région de Bruxelles-capitale, et non pas la Commission communautaire française, est compétente en cette matière.

Article 6

1. A l'article 7, § 1er, alinéa 1er, 5°, mieux vaut écrire :

"... les principes démocratiques énoncés notamment par la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.".

2. En ce qui concerne l'article 7, § 2, alinéa 1er, 1°, en projet, compte tenu du caractère très général de la mission de l'Office telle que la définit l'article 2 du décret du 30 mars 1983, le Conseil d'Etat n'aperçoit pas

(1) Article 6, § 1er, IX, de la loi spéciale du 8 août 1980.

précisément quels types d'actes peuvent être considérés comme incompatibles avec cette mission.

3. A l'article 7, § 2, alinéa 1er, 3°, en projet, le texte vise l'absence aux réunions "des organes de gestion". Ne s'agit-il pas plutôt des réunions du conseil d'administration ?

4. A propos de l'article 7, § 2, alinéa 1er, 4°, en projet, en ce qui concerne les cas d'incompatibilité mentionnés au paragraphe 1er, alinéa 1er, 1° à 4°, il convient plutôt d'organiser une procédure aux termes de laquelle l'administrateur qui entre dans les prévisions de l'un de ces cas est invité à se démettre de ses fonctions dans un délai déterminé et, s'il ne le fait pas, est démis de plein droit de celles-ci.

Article 8

1. Mieux vaut écrire :

"Il est inséré dans le Chapitre II du même décret, une section 4 rédigée comme suit :

"Section 4 Le Conseil d'avis
art. 17bis ...".

.../...

2. Le Conseil d'Etat se demande si le conseil d'avis que crée la disposition en projet ne risque pas de faire double emploi avec le conseil scientifique prévu par les articles 16 et 17 du décret du 30 mars 1983.

Si tel n'est pas le cas, il convient de mieux préciser les missions respectives de ces deux organes. En outre, le texte doit déterminer les règles essentielles de composition du conseil d'avis.

Article 9

1. La phrase liminaire doit être rédigée comme suit :

"L'article 20, § 2, du même décret, est remplacé par la disposition suivante :

"§ 2 ...".

2. Il n'appartient pas au législateur de s'ingérer dans l'organisation interne du Gouvernement.

Aussi, à l'article 20, § 2, alinéa 1er, en projet, n'y a-t-il pas lieu de désigner les ministres sur la proposition desquels le Gouvernement nomme les commissaires auprès de l'Office.

.../...

3. En ce qui concerne l'article 20, § 2, alinéa 2, en projet, il est fait référence à l'observation n° 4 relative à l'article 5.

Article 10

1. L'article 20, du même décret, modifié par les décrets des 12 mars 1990 et 26 juin 1992, est complété par le paragraphe suivant :

"§ 6 ...".

2. C'est au législateur lui-même qu'il incombe de déterminer les règles essentielles d'organisation du fonds envisagé.

Le texte doit, dès lors, être revu en conséquence.

La chambre était composée de

Madame	M.-L. WILLOT-THOMAS	président de chambre,
Messieurs	C. WETTINCK, P. QUERTAINMONT,	conseillers d'Etat,
	P. GOTHOT, J. KIRKPATRICK,	assesseurs de la section de législation,
Madame	B. VIGNERON,	greffier assumé.

Le rapport a été présenté par M. B. JADOT, auditeur. La note du Bureau de coordination a été rédigée et exposée par Mme F. CARLIER, référendaire adjoint.

LE GREFFIER,

LE PRESIDENT,

B. VIGNERON

M.-L. WILLOT-THOMAS