



CONSEIL D'ÉTAT

section de législation

avis 69 516/2
du 1^{er} juillet 2021

sur

un projet d'arrêté du Gouvernement wallon
'accordant des dérogations générales et individuelles relatives
au paiement des primes de naissance'

Le 4 juin 2021, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par la Ministre de la Fonction publique, de l'Informatique, de la Simplification administrative, en charge des allocations familiales, du Tourisme, du Patrimoine et de la Sécurité routière de la Région wallonne à communiquer un avis, dans un délai de trente jours, sur un projet d'arrêté du Gouvernement wallon 'accordant des dérogations générales et individuelles relatives au paiement des primes de naissance'.

Le projet a été examiné par la deuxième chambre le 1^{er} juillet 2021. La chambre était composée de Pierre VANDERNOOT, président de chambre, Patrick RONVAUX et Christine HOREVOETS, conseillers d'État, Sébastien VAN DROOGHENBROECK, assesseur, et Esther CONTI, greffier assumé.

Le rapport a été présenté par Stéphane TELLIER, auditeur.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 1^{er} juillet 2021.

*

Comme la demande d'avis est introduite sur la base de l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2^o, des lois 'sur le Conseil d'État', coordonnées le 12 janvier 1973, la section de législation limite son examen au fondement juridique du projet, à la compétence de l'auteur de l'acte ainsi qu'à l'accomplissement des formalités préalables, conformément à l'article 84, § 3, des lois coordonnées précitées.

Sur ces trois points, le projet appelle les observations suivantes.

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

1. Le projet d'arrêté à l'examen entend mettre en œuvre l'habilitation prévue par l'article 7, § 4, du décret du 8 février 2018 « relatif à la gestion et au paiement des prestations familiales », lequel énonce que

« [l]e Gouvernement peut accorder des dérogations générales et individuelles lorsque les conditions du présent article ne sont pas remplies ».

Cette disposition permet de déroger à la règle inscrite au paragraphe 2 du même article 7, aux termes duquel la prime de naissance est versée à l'allocataire désigné conformément à l'article 22 du décret du 8 février 2018.

Il résulte du paragraphe 1^{er}, alinéa 1^{er}, de cette dernière disposition que la mère est en principe l'allocataire de la prime de naissance.

Par l'arrêté en projet, le Gouvernement wallon habilite le ministre qui a les prestations familiales dans ses attributions à octroyer une prime de naissance

« aux personnes exerçant l'autorité parentale de fait sur un enfant envers lequel elles n'ont aucun lien de parenté biologique, ou à qui a été reconnu un lien de parenté sur l'enfant par une juridiction étrangère non exécutoire en Belgique ».

Les décisions adoptées par le ministre ne peuvent être comprises que comme étant des décisions dérogatoires individuelles.

Interrogée au sujet des éléments justifiant cette réglementation dérogatoire à la règle décrétales, qui veut que la prime de naissance soit octroyée à la mère, la déléguée de la Ministre a, outre ce qui figure dans la note au Gouvernement wallon, apporté la réponse suivante :

« Reconnaissance des effets juridiques des nouvelles techniques médicales en matière de prestations familiales au nom de l'intérêt de l'enfant »

L'article 2 reconnaît des effets juridiques aux nouvelles techniques médicales. Le problème du défaut d'allocataire légal y est résolu sur base de la notion d'un lien de parenté qui n'est pas biologique, au nom de l'intérêt de l'enfant.

Conformément à la jurisprudence, il s'agit de reconnaître les effets juridiques des nouvelles techniques médicales en droit des prestations familiales, tout en encadrant strictement les possibilités d'octroi de la prime de naissance par une procédure de dérogation, s'agissant de donner des effets juridiques à des situations de fait.

Si la GPA (gestation pour autrui) n'est pas reconnue par le Code civil, le juge belge a reconnu que ses effets doivent l'être dans l'intérêt supérieur de l'enfant en matière de filiation mais aussi de protection sociale.

En matière d'incidence du recours à une mère porteuse sur l'établissement de la filiation, la Cour d'appel de Liège, dans son arrêt du 9 juin 2010, juge que 'l'illicéité du contrat de gestation pour autrui - dont découlent les actes de naissance dont la reconnaissance est postulée - ne peut porter atteinte à l'intérêt supérieur des enfants (...) garanti tant par l'article 3 de la Convention relative aux droits de l'enfant que par l'article 22bis de la Constitution' ¹.

La position de la jurisprudence belge en ce qui concerne l'établissement de la filiation de l'enfant vis-à-vis du couple d'intention est quasi unanime et, selon la doctrine majoritaire, se fonde sur le respect de l'intérêt supérieur de l'enfant *in concreto*, ce qui implique de tenir compte de la réalité socioaffective vécue par l'enfant ².

Par ailleurs, pour le juge, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale non seulement concernant les effets en matière de droit civil, mais également dans toutes les décisions concernant les enfants, en ce compris celles des institutions publiques ou privées de protection sociale. Il se fonde dans un arrêt du 30 juillet 2020 ³ sur l'article 3.1 de la Convention Internationale des Droits de l'Enfant :

'L'article 3.1 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant mentionne que dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale'.

Cela englobe une décision d'octroi d'une dérogation aux conditions d'octroi et de paiement de la prime de naissance qui serait fondée sur le présent arrêté en droit des prestations familiales.

Or, l'AVIQ qui joue le rôle d'autorité de régulation sur base du décret du 8 février 2018 et sur laquelle le Ministre ayant les Prestations familiales [dans ses attributions] a la tutelle, et les caisses d'allocations familiales peuvent être qualifiées d'«institutions publiques ou privées de protection sociale».

¹ Note de bas de page n° 1 de la réponse de la déléguée de la Ministre : Arrêt de la Cour d'appel de Liège précité du 9 juin 2010, n° rôle 2010/RQ/20.

² Note de bas de page n° 2 de la réponse de la déléguée de la Ministre : Voir point 629, p. 373. Le secret des origines en matière de filiation, MATHIEU Géraldine, Kluwer, Waterloo, 2015 : dans ce contexte, la jurisprudence reconnaît le lien de filiation entre le père biologique et l'enfant et autorise l'adoption de ce dernier par l'épouse ou la compagne du père biologique. Elle s'est également montrée favorable à la prononciation d'une adoption plénière, par un couple de lesbiennes, de l'enfant porté par la sœur de l'une d'elles, inséminée avec le sperme d'un donneur.

³ Note de bas de page n° 3 de la réponse de la déléguée de la Ministre : Cour d'appel de Liège, 1^{ère} ch., 30-07-2020 / 2019/FU/55 - P.G / R. Claudine.

Suivant cette jurisprudence, la Région wallonne, l'AVIQ et les caisses publiques et privées d'allocations familiales, dans toutes les décisions qui concernent les enfants dans la matière des allocations familiales, doivent examiner 'l'intérêt supérieur de l'enfant' pour ouvrir le droit à l'allocation de naissance et prendre des décisions de paiement de l'allocation ou de la prime de naissance.

Dans son arrêt précité du 30 juillet 2020, la Cour d'appel rappelle ainsi que, '(...) même en cas d'incompatibilité avec l'ordre public interne, l'intérêt de l'enfant doit toujours primer'.

Dans le même arrêt, il reconnaît la notion de parent d'intention, qui découle de la primauté de l'intérêt de l'enfant en matière d'établissement de la filiation, et se fonde sur :

– l'article 22 de la Constitution belge⁴ et l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, qui garantissent à chacun le droit au respect de sa vie privée et familiale⁵ ;

– un avis consultatif de la Cour européenne des droits de l'homme du 10 avril 2019 relatif à la reconnaissance en droit interne d'un lien de filiation entre un enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et la mère d'intention demandé par la Cour de cassation française, sur la base du Protocole n° 16 : pour reconnaître une mère d'intention, la Cour s'est référée au principe essentiel selon lequel, 'à chaque fois que la situation d'un enfant est en cause, l'intérêt supérieur de celui-ci doit primer'.

Devant la Cour européenne des droits de l'homme, les affaires Mennesson et Labassée concernaient le refus de reconnaître en droit français une filiation légalement établie aux États-Unis entre des enfants nés d'une GPA et le couple ayant eu recours à cette méthode.

Sans remettre en cause l'interdiction française de la GPA justifiée par la volonté de lutter contre la 'marchandisation du corps humain', la Cour a déplacé le problème en se situant du point de vue de l''intérêt supérieur' de l'enfant⁶. La France a été condamnée car l'absence de reconnaissance de la filiation a porté atteinte au droit à la vie privée des enfants⁷.

⁴ *Note de bas de page n° 4 de la réponse de la déléguée de la Ministre* : Cet article de la Constitution dispose que : « Chacun a droit au respect de sa vie privée et familiale, sauf dans les cas et conditions fixées par la loi. La loi, le décret ou la règle visée à l'article 134 garantissent la protection de ce droit ».

⁵ *Note de bas de page n° 5 de la réponse de la déléguée de la Ministre* : Voir p. 8 : « Il résulte de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme que l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (ci-après CEDH) demande que le droit interne offre une possibilité de reconnaissance du lien entre un enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et le père d'intention lorsqu'il est le père biologique. L'absence d'une telle possibilité emporterait violation du droit de l'enfant au respect de sa vie privée, tel qu'il se trouve garanti par cette disposition (Mennesson c. France, n° 65192, 26 juin 2014, §§ 100-101 ; Labassée c. France, n° 65941/11, 26 juin 2014 ; Foulon et Bouvet c. France, n° 9063/14 et 10410/14, 21 juillet 2016 et Laborie c. France, n° 44024/13, 19 janvier 2017) ».

⁶ *Note de bas de page n° 6 de la réponse de la déléguée de la Ministre* : P. 187, Droit européen des droits de l'Homme, C. Gauthier, S. Platon, D. Szymczak, Sirey, 2017.

⁷ *Note de bas de page n° 7 de la réponse de la déléguée de la Ministre* : Cour EDH, 26 juin 2014, Mennesson & Labassée c. France, préc. « La Cour constate que, sans ignorer que les enfants ont été identifiés aux États-Unis comme étant ceux des époux Mennesson ou Labassée, la France leur nie néanmoins cette qualité dans son ordre

En outre, l'article 22bis de la Constitution belge appuie cet argument, en prévoyant que '(...) chaque enfant a le droit de bénéficier des mesures et services qui concourent à son développement. Dans toute décision qui le concerne, l'intérêt de l'enfant est pris en considération de manière primordiale.

La loi, le décret ou la règle visée à l'article 134 garantissent la protection de ce droit'.

Nécessaire respect du principe d'égalité de traitement

L'égalité de traitement concernant l'ouverture des droits aux prestations familiales dont relèvent les allocations ou les primes de naissance devrait être assurée entre enfants, quel que soit le mode de parenté.

A contrario, un traitement discriminatoire entre enfants dans des situations similaires n'est pas permis s'il ne repose sur aucun critère objectif, ce qui devra être démontré dans le cadre d'un contentieux.

Sous l'angle du respect du principe d'égalité entre enfants bénéficiaires, le fait que l'enfant n'ait pas de mère connue n'est pas un critère objectif de refus de l'allocation ou de la prime de naissance.

En outre, sous l'angle des droits des allocataires et usagers, l'article 10 de la Constitution dispose également plus spécifiquement que 'l'égalité des femmes et des hommes est garantie'.

Or, s'il est essentiel de préserver les droits de la mère de manière générale en matière de prime de naissance, ne pas permettre d'y déroger violerait ce principe s'agissant des couples homosexuels masculins usagers des caisses.

L'article 26 du décret du 8 février 2018 appuie cet argumentaire : 'la Caisse publique est soumise aux lois de service public pour toutes ses activités, y compris les principes de continuité du service public, d'égalité de traitement (...). À ce titre, elle rend aux usagers un service universel'.

On peut considérer que ces principes s'appliquent également aux usagers des caisses privées d'allocations familiales, suivant un raisonnement analogique et dans le respect de l'égalité de traitement.

Cette disposition est en cohérence avec la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination, qui vise parmi les critères protégés l'orientation sexuelle dans son article 3, et par son article 5, § 1^{er}, 2^o s'applique à la 'protection sociale (...)', et qui inclut les prestations familiales comme l'allocation ou la prime de naissance (Cela pourrait ici être considéré comme une discrimination indirecte ⁸).

juridique. Elle estime que cette contradiction porte atteinte à l'identité des enfants au sein de la société française ».

⁸ Note de bas de page n° 8 de la réponse de la déléguée de la Ministre : Voir l'article 9 de la même loi : « Toute distinction indirecte fondée sur l'un des critères protégés constitue une discrimination indirecte, – à moins que la disposition, le critère ou la pratique apparemment neutre qui est au fondement de cette distinction indirecte soit objectivement justifié par un but légitime et que les moyens de réaliser ce but soient appropriés et nécessaires (...) ».

Enfin, en vertu du principe de hiérarchie des normes, toutes les normes constitutionnelles antidiscriminatoires priment sur les dispositions du décret en matière de désignation de l'allocataire, et notamment les articles 7 et 22 en ce qui concerne la désignation de l'allocataire légale de la prime de naissance ».

À l'occasion des très utiles échanges entre l'auditeur-rapporteur et la déléguée de la Ministre dans le présent dossier, il a encore été précisé que le projet d'arrêté ne tendait pas uniquement à prendre en considération, comme il vient d'être exposé, les situations où l'enfant concerné est accueilli peu après sa naissance par ses « parents d'intention » ayant eu recours à une gestation pour autrui. L'exemple de la situation « du décès de la mère au moment de la naissance de l'enfant, alors qu'aucune prime de naissance anticipée n'a été versée » a ainsi été évoquée par la déléguée de la Ministre.

2. Si la réglementation en projet apparaît justifiée, compte tenu de la jurisprudence citée par la déléguée, au regard tant de l'intérêt de l'enfant garanti par l'article 3 de la Convention relative aux droits de l'enfant et l'article 22*bis* de la Constitution que du principe d'égalité et de non-discrimination garanti par les articles 10 et 11 de la Constitution, la disposition dérogatoire envisagée à l'article 2 du projet n'en pose pas moins un certain nombre de difficultés.

3. Interrogée sur la notion d'autorité parentale de fait, la déléguée de la Ministre a précisé ce qui suit :

« La notion d'autorité parentale de fait en droit des prestations familiales est distincte de celle d'autorité parentale au sens du Code civil.

À titre comparatif, en matière de paiement des allocations familiales, l'allocataire légal est en principe la mère en vertu de l'article 22, mais parfois également la personne qui élève effectivement l'enfant en vertu de l'article 22, § 1^{er}, alinéa 4 si la mère ne l'élève pas, ce qui ne recouvre pas toujours la notion d'autorité parentale *stricto sensu* telle que définie par le Code civil.

Le présent projet d'arrêté vise à lutter contre les inégalités de traitement existantes créées *de facto* par la règle de désignation de la mère comme allocataire, en se référant, suivant un raisonnement analogue, à la règle de paiement des allocations familiales de l'article 22, § 1^{er}, alinéa 4.

L'« autorité parentale de fait sur un enfant envers lequel elle n'a aucun lien de parenté biologique », signifie donc que les personnes concernées exercent de fait l'autorité parentale, car elles élèvent effectivement l'enfant nouveau-né à la place de sa mère biologique ayant renoncé à ses droits sur l'enfant et accepté de le leur confier, d'où le paiement de la prime de naissance à une personne du couple.

Elle vise à couvrir, en droit des prestations familiales, les situations de fait rendues possibles par de nouvelles techniques médicales comme la GPA en accordant des dérogations à la règle de paiement d'une prime de naissance relative à la désignation de l'allocataire de l'article 7, § 2.

Sur base de la notion d'« autorité parentale de fait », une autre personne que la mère pourra obtenir la prime de naissance, en fonction des circonstances de fait. En effet, l'autorité parentale n'est pas toujours juridiquement établie dans ces situations particulières ».

La déléguée de la Ministre a encore expliqué que, dans la mesure où la notion d'autorité parentale de fait n'est pas définie dans le décret, un article supplémentaire définissant cette notion pourrait être inséré dans l'arrêté en projet, en se référant, suivant un raisonnement analogue, à la définition de l'allocataire des allocations familiales se substituant à l'allocataire légale, à savoir la mère biologique, en vertu de l'article 22, § 1^{er}, alinéa 4 du décret. Il s'agirait de préciser concrètement que, pour l'application de l'article 2, l'« autorité parentale de fait » est le fait d'élever effectivement l'enfant.

L'intention clairement exprimée est la suivante : lorsque la personne à laquelle la prime de naissance doit être payée en vertu des articles 7, § 2, et 22, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, du décret, à savoir la mère biologique, n'élève pas effectivement l'enfant, le ministre peut octroyer cette prime à la personne qui élève effectivement l'enfant, indépendamment de tout lien biologique entre cette personne et l'enfant bénéficiaire de la prime.

La section de législation n'aperçoit dès lors pas l'utilité de recourir à une notion différente de celle qui est déjà mobilisée à l'article 22, § 1^{er}, alinéa 4, du décret du 8 février 2018 et qui reçoit déjà de nombreuses applications. Le recours à la notion de « personne qui exerce l'autorité parentale de fait » non autrement définie, ou définie dans des termes identiques à ceux de l'article 22, § 1^{er}, alinéa 4, précité pourrait semer la confusion sur la portée de la disposition envisagée, laissant à penser que la catégorie d'allocataires visée serait différente de celle qui est déjà prévue par cette dernière disposition.

Compte tenu de l'insécurité juridique qui pourrait résulter de l'introduction d'une telle notion nouvelle par l'arrêté en projet, tout en traduisant ce qui paraît ressortir de l'intention de l'auteur du projet, il s'indiquera de remplacer les mots « aux personnes exerçant l'autorité parentale de fait sur un enfant envers lequel elles n'ont aucun lien de parenté biologique » par les mots « à la personne qui élève effectivement l'enfant lorsque la personne à laquelle la prime de naissance doit être payée en vertu de l'article 7, § 2, précité ne remplit pas ce rôle ».

4. L'article 2 du projet pose une deuxième difficulté en tant qu'il vise « les personnes qui exercent une autorité parentale de fait sur l'enfant », permettant ainsi que plusieurs personnes puissent être désignées comme allocataires de la prime de naissance alors qu'en principe, une prestation familiale ne peut être payée qu'à un seul allocataire. S'il s'agit d'envisager des situations similaires à celles déjà envisagées par l'article 22, § 1^{er}, alinéas 5 et 6, du décret, lequel en tout état de cause désigne un seul allocataire pour le paiement des autres prestations familiales, le dispositif suggéré ci-dessus devra bien être rédigé en ce sens.

5. Enfin, l'article 2 du projet prévoit également que le ministre qui a les prestations familiales dans ses attributions autorise l'octroi et le versement d'une prime de naissance aux personnes

« à qui a été reconnu un lien de parenté sur l'enfant par une juridiction étrangère non exécutoire en Belgique ».

Dès lors qu'il ressort des explications fournies par la déléguée de la Ministre que l'intention est également de viser les personnes qui élèvent effectivement l'enfant, un tel ajout est inutile et risque, ici encore, d'être source de confusion et d'insécurité juridique en renvoyant à l'existence d'un lien de parenté reconnu sur l'enfant alors que telle n'est manifestement pas l'intention.

6. L'article 2 sera fondamentalement revu à la lumière des observations qui précèdent.

OBSERVATION FINALE DE LÉGISTIQUE

Les articles 3 et 4 du projet seront intervertis.

LE GREFFIER

LE PRÉSIDENT

Esther CONTI

Pierre VANDERNOOT