



CONSEIL D'ÉTAT

section de législation

avis 69.202/2
du 3 mai 2021

sur

un avant-projet de décret et d'ordonnance conjoints de la
Communauté française, de la Région wallonne, de la Région
de Bruxelles-Capitale, de la Commission communautaire
commune et de la Commission communautaire française
‘instituant un Défenseur des enfants commun’

Le 6 avril 2021, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par la Ministre-Présidente du Collège de la Commission communautaire française, chargée de la promotion de la santé, des Familles, du Budget et de la Fonction publique à communiquer un avis, dans un délai de trente jours, sur un avant-projet de décret et d'ordonnance conjoints de la Communauté française, de la Région wallonne, de la Région de Bruxelles Capitale, de la Commission communautaire commune et de la Commission communautaire française 'instituant un Défenseur des enfants commun'.

L'avant-projet a été examiné par la deuxième chambre le 3 mai 2021. La chambre était composée de Pierre VANDERNOOT, président de chambre, Patrick RONVAUX et Christine HOREVOETS, conseillers d'État, Sébastien VAN DROOGHENBROECK et Jacques ENGLEBERT, assesseurs, et Béatrice DRAPIER, greffier.

Le rapport a été présenté par Xavier DELGRANGE, premier auditeur chef de section.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 3 mai 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 de l'avant-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, l'avant-projet appelle les observations suivantes.

I. NATURE JURIDIQUE DU DÉFENSEUR DES ENFANTS

1. Comme l'a confirmé la déléguée de la Ministre-Présidente du Collège de la Commission communautaire française, l'avant-projet a pour vocation de se substituer au projet de décret conjoint de la Communauté française et de la Région wallonne 'instituant un Défenseur des enfants commun à la Communauté française et à la Région wallonne', dont l'avant-projet a fait l'objet des avis de la section de législation du Conseil d'État n^{os} 68.534/2¹ et 68.550/2 du 20 janvier 2021.

Un nouveau projet a été déposé au Parlement de la Communauté française, sous l'intitulé suivant : « Projet de décret et d'ordonnance conjoints de la Communauté française, de la Région wallonne, de la Région de Bruxelles-Capitale, de la Commission communautaire commune et de la Commission communautaire française instituant un Défenseur des enfants commun »².

L'avant-projet examiné reproduit ce dernier projet de décret conjoint. La déléguée de la Ministre-Présidente a indiqué que l'auteur de l'avant-projet avait bien pris connaissance des avis n^{os} 68.534/2 et 68.550/2, ajoutant ceci : « mais nous nous sommes alignés sur les réponses données par le gouvernement de la Communauté française quant à l'avis n^o 68.534/2 pour rédiger cet avant-projet ».

Dès lors que le contenu de l'avant-projet à l'examen ne diffère que très marginalement de l'avant-projet ayant fait l'objet des avis précités n^{os} 68.534/2 et 68.550/2 du 20 janvier 2021, la section de législation ne peut que réitérer les observations qui y ont été formulées.

[‡] S'agissant d'un avant-projet de décret, on entend par « fondement juridique » la conformité aux normes supérieures.

¹ <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/68534.pdf>.

² *Doc. parl.*, Parl. Comm. fr., 2020-2021, n^o 218/1.

2. Dans l'exposé des motifs du projet de décret et d'ordonnance conjoints de la Communauté française, de la Région wallonne, de la Région de Bruxelles-Capitale, de la Commission communautaire commune et de la Commission communautaire française 'instituant un Défenseur des enfants commun' déposé par le Gouvernement de la Communauté française, il est ainsi répondu à l'avis n° 68.534/2 :

« Dans son avis rendu le 20 janvier 2021, le Conseil d'État cite ses avis précédents soit l'avis n° 32.319/4 rendu le 11 mars 2002 sur l'avant-projet devenu le décret du 20 juin 2002, l'avis n° 43.649/4 rendu le 9 octobre 2007 sur l'avant-projet devenu le décret du 7 décembre 2007 et l'avis n° 47.639/4 rendu le 18 janvier 2010 sur un avant-projet de décret 'modifiant le décret du 20 juin 2002 instituant un délégué général de la Communauté française aux droits de l'enfant'.

Dans ses trois avis, le Conseil d'État rappelle le prescrit de l'article 87 de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles et recommande aux auteurs des avant-projets susvisés de faire le choix entre un dispositif réglementaire plaçant le défenseur des enfants dans l'orbite du pouvoir exécutif et donc pour l'essentiel institué et organisé par lui, et un dispositif décrétoal le plaçant dans l'orbite du pouvoir législatif.

En réponse à l'avis du Conseil d'État, qui semble confondre pouvoir législatif et Parlement, il est renvoyé à l'exposé des motifs des décrets du 20 juin 2002 et du 7 décembre 2007 susmentionnés. Cet avis ne nous semble pas devoir être suivi aux motifs que le Conseil d'État :

D'une part, concède l'existence d'un fondement à l'équilibre qu'a tenté de trouver le législateur décrétoal au moment de la rédaction du décret du 20 juin 2002 instituant un délégué général de la communauté française aux droits de l'enfant entre les compétences dévolues au Parlement et celles qui relèvent du Gouvernement, équilibre que ne vient pas troubler l'avant-projet en cause.

Que d'autre part le Conseil d'État s'en réfère à l'article 87 § 3 de la loi spéciale de réformes institutionnelles qui n'établit pas la compétence exclusive du Gouvernement en la matière, puisqu'il désigne sans autre précision les « Communautés et Régions » et non explicitement les Gouvernements de ceux-ci, ce que par ailleurs précise le Conseil d'État dans son avis du 20 février 2006 lequel fait état d'une compétence de principe des Gouvernements sur des questions fonction publique générale.

L'on peine du reste à comprendre les raisons pour lesquelles une localisation du Défenseur parmi les organes collatéraux des Parlements concernés serait davantage de nature à garantir son indépendance qu'une localisation dans l'orbite des Gouvernements ».

3. L'avis n° 68.534/2 se concluait comme suit :

« Il appartient donc aux auteurs de l'avant-projet de faire le choix exposé dans les avis n°^{os} 32.319/4 et 43.649/4 précités entre un dispositif, trouvant sa source dans un arrêté du Gouvernement, plaçant le défenseur des enfants dans l'orbite du pouvoir exécutif et donc pour l'essentiel institué et organisé par lui, et un dispositif décrétoal le plaçant dans l'orbite du pouvoir législatif en tant qu'organe collatéral des parlements.

En tout état de cause, et tel qu'il est actuellement conçu, l'avant-projet de décret conjoint examiné ne saurait advenir puisqu'un décret ne peut, sans violer l'article 87 de la loi spéciale du 8 août 1980 'de réformes institutionnelles', s'immiscer dans l'organisation du pouvoir exécutif et de ses services en instituant auprès des gouvernements la fonction de défenseur des enfants, fonction dont ces gouvernements sont notamment chargés de désigner le titulaire, de mettre fin à son mandat, d'exercer à son égard la tutelle administrative et de mettre à sa disposition le personnel nécessaire à la réalisation de ses missions ³ » ⁴.

4. Cette conclusion ne peut qu'être réitérée.

II. EMPLOI DES LANGUES

5. Puisque le Défenseur des enfants serait désormais institué auprès de la Région bilingue de Bruxelles-Capitale et de la Commission communautaire commune, il devrait être organisé conformément aux règles de bilinguisme qui prévalent au sein de ces institutions.

À cet égard, l'assemblée générale de la section de législation du Conseil d'État a rappelé les principes suivants dans l'avis n° 57.456/AG donné le 22 juin 2015 sur une proposition de décret et ordonnance conjoints de la Communauté française, de la Région wallonne, de la Région de Bruxelles-Capitale, de la Commission communautaire commune et de la Commission communautaire française 'instituant un délégué général aux droits de l'enfant commun à la Communauté française, à la Région wallonne, à la Région de Bruxelles-Capitale, à la Commission communautaire commune et à la Commission communautaire :

« 4. En ce qui concerne l'emploi des langues, le ou les services créés pour veiller à la sauvegarde des droits et des intérêts des enfants devront satisfaire aux dispositions applicables aux services institués par les entités concernées ⁵.

³ *Note de bas de page n° 9 de l'avis cité* : Sur les cas dans lesquels, en matière de fonction publique relevant du pouvoir exécutif, l'intervention du législateur, sur certaines questions, est toutefois requise ou admise, il est renvoyé à l'observation n° 9 formulée dans l'avis n° 64.133/AG donné le 5 octobre 2018 sur un avant-projet de loi 'modifiant la loi du 22 juillet 1993 portant certaines mesures en matière de fonction publique' (<http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/64133.pdf>).

⁴ *Doc. parl.*, Parl. Comm. fr., 2020-2021, n° 218/1, pp. 19 et 20.

⁵ *Note de bas de page n° 1 de l'avis cité* : Voir en ce sens l'avis 54.669/VR, donné le 14 janvier 2014, sur l'avant-projet de décret devenu le décret du 27 mars 2014 'portant assentiment à l'accord de coopération entre la Région flamande, la Région wallonne et la Région de Bruxelles-Capitale relatif à l'introduction du système de prélèvement kilométrique sur le territoire des trois Régions et à la constitution d'un partenariat interrégional de droit public Viapass sous forme d'une institution commune telle que visée à l'article 92bis, § 1^{er}, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles', *Doc. parl.*, Parl. wall., 2013-2014, 977/1, p. 63.

S'agissant des services institués auprès du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale et de la Commission communautaire commune, il s'agit notamment de l'article 32 de la loi du 16 juin 1989 portant diverses réformes institutionnelles, qui dispose :

‘Art. 32. § 1^{er}. Les services centralisés et décentralisés de l'Exécutif de la Région de Bruxelles-Capitale et du Collège réuni utilisent le français et le néerlandais comme langues administratives.

Dans les services visés à l'alinéa 1^{er}, nul ne peut être nommé ou promu à une fonction ou à un emploi s'il n'a une connaissance du français ou du néerlandais constatée conformément à l'article 15, § 1^{er}, alinéa 3, des lois sur l'emploi des langues en matière administrative, coordonnées le 18 juillet 1966.

Les articles 50 et 54, le chapitre V, section 1^{re}, à l'exception des dispositions relatives à l'emploi de l'allemand, et les chapitres VII et VIII, des mêmes lois sont applicables aux services visés à l'alinéa 1^{er}.

§ 2. Sans préjudice de l'application de l'article 55, alinéa 2, de la loi spéciale du 12 janvier 1989 relative aux institutions bruxelloises, les services de l'Agglomération bruxelloise sont soumis aux dispositions du § 1^{er} du présent article’.

Dès lors que cette disposition tend à garantir le caractère bilingue de la Région de Bruxelles-Capitale consacré par l'article 4 de la Constitution, il ne saurait être admis que la Région de Bruxelles-Capitale ou la Commission communautaire commune crée, même conjointement avec d'autres entités, un service qui, dans l'exercice de ses missions dans le cadre des compétences de la Région de Bruxelles-Capitale ou de la Commission communautaire commune, ne se conformerait pas au bilinguisme tel qu'il est organisé par l'article 32 précité, et particulièrement par les dispositions du chapitre V, section 1, des lois coordonnées ‘sur l'emploi des langues en matière administrative’ auxquelles cet article 32 renvoie. Ces dispositions impliquent notamment que les services utilisent dans leurs rapports avec les particuliers, la langue, française ou néerlandaise, dont ces particuliers font usage, que les fonctionnaires soient répartis en cadres linguistiques, que pour les fonctions supérieures de la hiérarchie les emplois soient répartis en pourcentage égal entre les deux cadres et que le chef de l'administration soit bilingue ou qu'un adjoint bilingue de l'autre rôle linguistique soit placé à ses côtés. En outre, si, chaque fois que la nature des affaires et le nombre d'agents le justifient, les services peuvent être groupés en directions ou divisions, bureaux et sections français et néerlandais⁶, en revanche la législation linguistique s'oppose à ce que, dans l'exercice de leurs compétences, la Région de Bruxelles-Capitale et la Commission communautaire commune créent deux services distincts, dont l'un serait unilingue francophone et l'autre unilingue néerlandophone.

Par conséquent, si la Région de Bruxelles-Capitale et la Commission communautaire commune instituent, comme le prévoit la proposition à l'examen, un délégué général aux droits de l'enfant, commun avec la Région wallonne, la Communauté française et la Commission communautaire française, ce délégué, ainsi que son service, devra, pour ce qui concerne l'exercice de ses missions dans les matières relevant des compétences de la Région de Bruxelles-Capitale et de la Commission communautaire commune, satisfaire aux exigences linguistiques

⁶ Note de bas de page n° 2 de l'avis cité : Article 43, § 1^{er}, des lois coordonnées ‘sur l'emploi des langues en matière administrative’.

applicables aux services de ces deux entités. Il en va ainsi même si, parallèlement, ces deux entités instituent un service similaire avec la Communauté flamande et la Région flamande, ce dernier service devant, cela va de soi, également satisfaire aux mêmes exigences de bilinguisme »⁷.

6. Selon la déléguée de la Ministre-Présidente,

« concernant les normes de bilinguisme et l'emploi des langues, il nous semblait opportun de régler la question du cadre linguistique via l'arrêté d'exécution conjoint de l'avant-projet ».

Afin de respecter le principe de légalité, il convient que les décret et ordonnance conjoints posent à tout le moins le principe du cadre linguistique. L'auteur de l'avant-projet pourraient s'inspirer par exemple de l'article 14 de l'accord de coopération du 12 juin 2013 entre l'autorité fédérale, les Régions et les Communautés 'visant à créer un Centre interfédéral pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme et les discriminations sous la forme d'une institution commune, au sens de l'article 92bis de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980', auquel la Commission communautaire française a donné son assentiment par un décret du 19 décembre 2013.

III. TRANSVERSALITÉ DE L'APPROCHE DES DROITS DE L'ENFANT

7. Selon l'exposé des motifs, l'avant-projet examiné a

« également pour objet l'élargissement des compétences du désormais Défenseur des enfants à la Commission communautaire française. À l'instar des autres instruments consacrant des droits en faveur des enfants, la Convention internationale des droits de l'enfant est indivisible, dépassant donc les logiques qui prévalent aux délimitations institutionnelles imposées par la structure de l'État. C'est un texte fondamental qui porte sur l'ensemble des activités et facettes de la vie des enfants. La vocation de ce texte est par nature transversale et universelle, c'est-à-dire que les droits de l'enfant ne visent pas uniquement les politiques de l'enfance, mais l'ensemble des politiques publiques qui peuvent avoir un impact, de quelque sorte que ce soit, sur l'enfant. Pour le formuler autrement, en citant la section de législation du Conseil d'État : 'du point de vue de la répartition des compétences entre l'autorité fédérale, les communautés et les régions, les droits de l'enfant sont, non pas une matière en soi, mais des principes que chaque autorité doit respecter et concrétiser lorsqu'elle exerce les compétences qui sont les siennes' (avis n° 37.437/VR du 6 juillet 2004). Il convient donc de renforcer la transversalité des politiques en faveur des droits de l'enfant afin d'en assurer une cohérence au service du bien-être et du développement des enfants et au nom de leur intérêt supérieur.

⁷ Doc. parl., Ass. réunie C.C.C., 2014-2015, n° 18/2, pp. 2 à 6, <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/57456.pdf>.

Par ailleurs, élargir les compétences du désormais Défenseur des enfants à la Commission communautaire française revient à donner un cadre légal à des pratiques déjà ancrées. Le Délégué général a déjà été saisi sur des questions relevant des compétences de la commission communautaire française ; en matière d'enseignement, d'accueil de la petite enfance, de cohésion sociale, de famille ou encore concernant des matières exercées par les services agréés et subventionnés par la COCOF relevant de la santé et du social notamment via le secteur dit 'ambulatoire' par exemple.

Le Délégué général aux droits de l'enfant demande un tel élargissement de ses compétences depuis 16 ans déjà. Il rappelle dans son rapport annuel 2017-2018 que 'concrétiser ce dossier c'est se conformer aux observations et recommandations du Comité des droits de l'enfant adressées à la Belgique en 2010' ».

8. Dans l'avis n° 57.456/AG précité, l'assemblée générale de la section de législation faisait l'observation suivante, qui demeure pleinement d'actualité :

« 6. Selon les développements de la proposition, il est nécessaire de renforcer la transversalité de l'approche des droits de l'enfant. Les développements rappellent ce passage du rapport 2013-2014 du délégué général de la Communauté française aux droits de l'enfant :

'Malgré plusieurs travaux entamés sous la précédente législature visant à étendre son champ d'actions, le Délégué général n'exerce formellement ses compétences que sur les matières relevant de la Fédération Wallonie-Bruxelles. Notre homologue flamand couvrant à la fois les matières communautaires et régionales, nous estimons qu'il serait utile, dans un premier temps, de relancer le débat sur la compétence formelle du Délégué général sur les matières relatives aux droits de l'enfant exercées par la Région wallonne. Ceci pourrait permettre, dans un second temps, de se pencher sur une éventuelle responsabilité conjointe des deux institutions sur les matières régionales bruxelloises et sur les matières relevant toujours de l'autorité fédérale. À cet égard, on rappellera utilement que le Comité des droits de l'enfant s'est, à plusieurs reprises, inquiété de l'absence d'une stratégie concernant les droits de l'enfant qui englobe de manière transversale et coordonnée l'ensemble des niveaux de pouvoir, du fédéral aux collectivités locales' ⁸.

Même à supposer que soit organisé l'exercice conjoint des missions des délégués aux droits de l'enfant, ainsi que l'envisage l'article 1^{er}, alinéa 1^{er}, 5°, de la proposition, ce qui nécessiterait au demeurant que cette coopération soit organisée conformément à l'article 92bis ou 92bis/1 de la loi spéciale du 8 août 1980, l'exigence de transversalité énoncée par le Comité des droits de l'enfant ne serait que partiellement rencontrée. Ces deux services ne seraient en effet pas compétents, d'une part, sur le territoire de la région de langue allemande pour les matières qui relèvent de la Communauté germanophone et, d'autre part, pour les matières relevant de l'autorité fédérale, qui ne dispose pas, pour sa part, d'une institution comparable.

⁸ Note de bas de page n° 3 de l'avis cité : Rapport 2013-2014 du délégué général de la Communauté française aux droits de l'enfant, p. 7, www.dgde.cfwb.be.

Invité à justifier pourquoi le délégué ne serait pas également compétent à l'égard des matières fédérales, l'auteur principal de la proposition, le député Hazée, délégué par le Président du Parlement wallon, a répondu :

‘Il s’agit d’un choix d’opportunité de la part des auteurs de la proposition de décret et ordonnance conjoints, fondée sur une double motivation :

– d’une part, l’association de plusieurs entités dans une démarche conjointe n’est pas une entreprise facile dans notre système institutionnel et il est apparu politiquement plus réaliste, pour réunir les majorités requises, d’agir conjointement avec la Communauté française, la Région wallonne, la Région de Bruxelles-capitale, la Commission communautaire commune et la Commission communautaire française, dans le cadre de cette proposition de décret et ordonnance conjoints ; une telle démarche n’exclut pas qu’une nouvelle initiative soit prise dans une étape ultérieure, en vue d’une extension encore plus large incluant l’autorité fédérale, à travers les outils juridiques adéquats ;

– d’autre part, l’impossibilité, comme parlementaires, de prendre une initiative législative sous la forme d’un accord de coopération et la limitation de l’usage du décret et ordonnance conjoint, dans l’état actuel du droit, aux seules entités fédérées’.

Ces considérations ne suffisent toutefois pas à affranchir l’État belge et ses composantes, parties à la Convention internationale du 20 novembre 1989 ‘relative aux droits de l’enfant’, des observations générales du Comité des droits de l’enfant, ‘qui exerce un contrôle du respect de la Convention relative aux droits de l’enfant’⁹.

Pour satisfaire à celles-ci, l’institution d’un délégué général compétent pour toutes les autorités belges pourrait être envisagée. Dans cette hypothèse toutefois la figure du décret et de l’ordonnance conjoints ne pourrait être retenue puisque l’autorité fédérale ne peut y être partie. La création d’une telle institution nécessiterait donc un accord de coopération.

Il existe certes la Commission nationale pour les droits de l’enfant, instituée par l’accord de coopération du 19 septembre 2005 entre l’État, la Communauté flamande, la Région flamande, la Communauté française, la Communauté germanophone, la Région wallonne, la Région de Bruxelles-Capitale, la Commission communautaire commune et la Commission communautaire française ‘portant création d’une Commission nationale pour les droits de l’enfant’ mais celle-ci n’a qu’une compétence limitée et ne peut notamment pas connaître de plaintes de particuliers, qui est pourtant une mission requise par l’observation générale n° 2 du Comité des droits de l’enfant relative au rôle des institutions nationales indépendantes de défense des droits de l’homme dans la protection et la promotion des droits de l’enfant¹⁰.

⁹ Note de bas de page n° 4 de l’avis cité : Avis de l’assemblée générale de la section de législation du Conseil d’État 46.052/AG donné le 21 avril 2009 sur une proposition de loi ‘relative à l’accouchement discret’ (Doc. parl., Sénat, 2008-2009, n° 4-1138/2).

¹⁰ Note de bas de page n° 5 de l’avis cité : « Les INDH devraient être investies des pouvoirs nécessaires pour leur permettre de s’acquitter efficacement de leur mandat, notamment du pouvoir d’entendre tout individu et d’obtenir toute information ou tout document nécessaire pour apprécier les situations entrant dans leur champ de compétence. Ces pouvoirs devraient englober la promotion et la protection des droits de tous les enfants placés sous la juridiction de l’État partie, à l’égard non seulement de l’État mais de toutes les entités publiques et privées pertinentes » (Comité des droits de l’enfant, observation générale n° 2 (2002) du 15 novembre 2002, CRC/GC/2002/2, n° 9). « Les INDH doivent être investies du pouvoir de connaître des plaintes et requêtes individuelles, dont celles soumises au nom d’un enfant ou directement par un enfant, et d’effectuer les

Un délégué interfédéral aux droits de l'enfant pourrait dès lors être institué à l'image du Centre interfédéral pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme et les discriminations, institué par l'accord de coopération du 12 juin 2013¹¹ ».

IV. CONCLUSION

Vu le caractère fondamental de ces observations, il ne paraît pas utile de poursuivre plus avant l'examen de l'avant-projet. Il revient en effet à son auteur, préalablement à l'examen du fond auquel le Conseil d'État devrait procéder, de faire le choix, en toute cohérence, dont il est question dans l'observation n° 3.

LE GREFFIER

LE PRÉSIDENT

Béatrice DRAPIER

Pierre VANDERNOOT

investigations nécessaires. Afin d'être à même de mener efficacement lesdites investigations, elles doivent être investies du pouvoir de citer et d'interroger des témoins, avoir accès aux éléments pertinents de preuves par documents et avoir accès aux lieux de détention » (*op. cit.*, n° 13).

¹¹ *Note de bas de page n° 6 de l'avis cité* : À propos de l'intérêt de créer une institution fédérale en matière de droit de l'homme, conformément aux « Principes de Paris », voy. l'avis 48.858/AG donné le 7 décembre 2010 sur une proposition de loi 'créant une Commission fédérale des droits de l'homme' (*Doc. parl.*, Chambre, 2010-2011, n° 53-418/2) ; l'avis 52.675/VR donné le 11 février 2013 sur un avant-projet devenu la loi du 19 janvier 2014 'portant assentiment à l'accord de coopération du 12 juin 2013 'visant à créer un Centre interfédéral pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme et les discriminations' (*Doc. parl.*, Sénat, 2012-2013, n° 5-2137/1).