

ROYAUME DE BELGIQUE

- - - - -

AVIS DU CONSEIL D'ETAT

- - - - -

Le CONSEIL D'ETAT, section de législation, deuxième chambre, saisi par la Présidente du Conseil de la Communauté française, le 25 novembre 1998, d'une demande d'avis, dans un délai ne dépassant pas un mois, sur une proposition de décret "relatif au service public d'accueil des élèves" (Doc. parl. C.C.F., 275 (1998-1999)- N° 1), a donné le 11 janvier 1999 l'avis suivant :

Observation préalable

Ainsi que le Conseil d'Etat l'a déjà souligné à propos d'autres propositions soumises récemment à son avis (1), lorsqu'il examine une proposition de décret, l'auditeur-rapporteur, chargé d'instruire le dossier de demande d'avis, ne dispose pas d'un interlocuteur pouvant l'éclairer sur la portée du texte. Cette absence de dialogue avec l'auteur de la proposition est dans le cas présent d'autant plus regrettable que les développements et le commentaire des articles sont à ce point concis qu'ils ne permettent pas de pallier l'absence d'interlocuteur (2).

Objet de la proposition de décret

La proposition de décret relatif au service public d'accueil des élèves vise à organiser dans l'enseignement fondamental l'accueil des élèves en dehors du cadre strictement scolaire, sous forme de service public par quartier sous l'égide de l'Office de la naissance et de l'enfance.

-
- (1) Voir l'avis L. 28.401/2 du 2 décembre 1998 sur une proposition de décret relative à l'accueil de l'enfant dans l'enseignement fondamental et l'avis L. 27.790/2 du 16 décembre 1998 sur une proposition de décret instaurant un service universel communal d'accompagnement social pour tous les élèves fréquentant l'enseignement maternel obligatoire.
- (2) Voir également sur cette difficulté l'avis L. 28.026/2 du 14 juillet 1998 sur des amendements au projet de loi relatif aux organisations criminelles, Doc. parl., Chambre, 1996-1997, n° 954/24.

.../...

La proposition prévoit ainsi que les écoles fondamentales d'une même commune définiront ensemble les différents lieux d'accueil des élèves. Ces lieux devront être agréés par l'Office de la naissance et de l'enfance qui vérifiera à cette occasion l'adéquation de leur projet d'animation aux objectifs de la proposition de décret.

Une fois agréés, ces lieux seront financés par l'Office de la naissance et de l'enfance via un fonds spécifique alimenté par une dotation de la Communauté française. En complément à ces subventions, une participation financière des parents serait demandée en fonction de leur capacité contributive.

Observations sur la proposition de décret

1. Compatibilité avec les libertés garanties par la Constitution

1.1. En plusieurs de ses dispositions, la proposition à l'examen interfère avec le champ d'application de certaines libertés constitutionnelles. Sont surtout en cause la liberté d'organiser et de choisir un enseignement (article 24), la liberté d'association (article 27), voire le droit au respect de la propriété privée (article 16) et le principe de non-discrimination (article 24, § 4).

En effet, en vue de favoriser les rencontres et relations entre enfants d'écoles, de réseaux et de milieux différents, la proposition vise à faire de l'accueil en dehors des heures de cours dans l'enseignement fondamental

.../...

une obligation de service public. En particulier, l'article 3 de la proposition impose que toute infrastructure d'accueil de service public soit régie par les dispositions en projet afin de garantir la qualité de l'accueil. Le commentaire du même article précise que "le service public d'accueil des enfants devient ainsi un «label» permettant aux parents de se repérer rapidement dans les différents modes d'accueil ...".

A cet égard, il importe que les auteurs de la proposition s'expliquent davantage sur la conciliation de cette forme "centralisée" d'infrastructure d'accueil de service public avec la liberté fondamentale d'organiser et de choisir un enseignement. Plus spécialement, il convient de préciser si les différents pouvoirs organisateurs conservent le droit d'organiser, moyennant une participation des parents, voire avec la subvention des pouvoirs locaux, un accueil au sein de leur établissement.

Dans la négative, une telle atteinte à la liberté des pouvoirs organisateurs ne paraît pas admissible.

1.2. La même tension entre la proposition à l'examen et les garanties constitutionnelles s'observe à propos de la liberté d'association et de la liberté d'entreprendre.

.../...

Il est opportun de rappeler qu'aujourd'hui un nombre non négligeable d'a.s.b.l. accueillent les élèves ou surveillent leurs devoirs, au sein de l'établissement scolaire et grâce à une rémunération des parents. Or, les développements de la proposition de décret ne permettent pas de comprendre si son champ d'application doit être étendu à de telles formes d'organisation de l'accueil.

Dans l'affirmative, une telle atteinte à la liberté d'association et d'entreprendre ne paraît pas admissible.

1.3. Enfin, le droit fondamental au respect de la propriété privée est encore susceptible d'être malmené.

En effet, l'article 5 de la proposition crée, dans chaque commune, une commission chargée de l'organisation du service public d'accueil des élèves. En vertu de l'article 6, cette commission est compétente pour la détermination du nombre, de l'emplacement et de l'organisation pratique des lieux d'accueil.

Or, selon l'alinéa 3 de ce même article 6,

"Lorsque le lieu d'accueil se situe dans un bâtiment d'une école organisée ou subventionnée par la Communauté française ou dans une infrastructure publique, les locaux sont mis gratuitement à sa disposition.".

.../...

C'est en réalité un véritable pouvoir de réquisition qui est ainsi conféré à la commission, lorsque le bâtiment choisi appartient à des personnes privées. Selon la Cour d'arbitrage,

"... la réquisition est un procédé de droit administratif permettant aux pouvoirs publics d'exiger, dans des circonstances exceptionnelles, la fourniture d'une prestation ou d'un service, l'accomplissement d'une tâche d'intérêt public ou l'exécution d'un travail d'intérêt général, faisant appel à des particuliers." (1).

Il convient par conséquent que les auteurs de la proposition précisent les circonstances exceptionnelles qui justifient le recours à la réquisition et l'atteinte au droit de propriété qui en est le corollaire.

S'il entend organiser une réquisition, le législateur communautaire devra en tout cas veiller à ce que le choix du bâtiment soit dûment justifié et organiser une procédure, des voies de recours ... (2).

(1) Cour d'arbitrage, arrêt n° 55/92 du 9 juillet 1992, Rec., p. 601, considérant 5.B.10.

(2) Voir par exemple la réquisition d'immeuble organisée par la loi du 12 janvier 1993 contenant un programme d'urgence pour une société plus solidaire, qui a introduit un article 134bis dans la nouvelle loi communale et un 8° à l'article 591 du Code judiciaire.

Il importe également de déterminer ce qu'il faut entendre par "infrastructure publique". S'il s'agit de bâtiments appartenant à des autorités publiques, il est permis de douter de la compétence de la Communauté française pour obliger d'autres autorités publiques à mettre à disposition gratuitement des bâtiments qui leur appartiennent.

Le terme "gratuitement" doit encore être précisé (1). S'agit-il d'exclure simplement le paiement d'un loyer ou entend-on également priver les propriétaires du bâtiment de tout dédommagement pour les frais encourus lors de l'utilisation, tels que les frais de chauffage et d'entretien ? Dans cette dernière hypothèse, le propriétaire du bâtiment serait victime d'une discrimination non admissible.

2. Insertion dans la législation existante

2.1. A l'heure actuelle, l'accueil des enfants en dehors des heures d'enseignement est organisé par chaque pouvoir organisateur. Cet accueil est considéré comme un avantage social au sens de l'article 33 de la loi du 29 mai

(1) En général, la réquisition suppose une indemnité même si, contrairement à l'expropriation, celle-ci n'est pas préalable (voir notamment M.-A. FLAMME, Droit administratif, Tome II, Bruxelles, Bruylant, 1989, p. 880).

1959 modifiant certaines dispositions de la législation de l'enseignement (1).

Il convient, dès lors, que les auteurs de la proposition précisent si le service public qu'ils entendent organiser se substitue, pour ce qui est de l'accueil des enfants, au mécanisme de l'article 33 de la loi du 29 mai 1959 ou si les deux organisations sont destinées à coexister. Dans la première hypothèse, cette disposition doit être modifiée en conséquence.

2.2. La proposition de décret a notamment pour objet d'organiser l'accueil des élèves sous la forme d'un service public placé sous l'égide de l'Office de la naissance et de l'enfance.

(1) Voir notamment la circulaire du Ministère de l'Education nationale du 20 novembre 1987 relative à l'application de l'article 33 de la loi du 29 mai 1959 (Moniteur belge du 7 juillet 1990); R.-M. BRAEKEN, "Les avantages sociaux", Mouvement communal, 1995-1996, p. 5; M.-A. DELVAUX, "Guerre scolaire : suite ... et fin ? Etude des avantages sociaux dans l'enseignement", R.R.D., 1996, p. 228.

Il convient par conséquent de veiller à la bonne intégration des articles 11 et 12 de la proposition dans les dispositions décrétales relatives à cet Office, à savoir le décret du 30 mars 1983 portant création de l'Office de la naissance et de l'enfance. A cet égard, l'attention des auteurs de la proposition est attirée sur le fait que le Gouvernement de la Communauté française a déposé un projet de décret modifiant le décret du 30 mars 1983 précité (1). Ce projet a déjà été soumis au Conseil d'Etat et a fait l'objet de l'avis n° L. 28.114/2/V du 7 septembre 1998 (2).

Cette harmonisation est d'autant plus nécessaire que les auteurs des deux textes ne se sont, à ce stade, aucunement concertés. Ainsi, on relève que tant le projet déjà soumis au Conseil d'Etat (en son article 10) que la proposition à l'examen (en son article 12) visent à insérer un nouveau paragraphe 6 dans l'article 20 du décret du 30 mars 1983.

3. L'intervention de l'Office de la naissance et de l'enfance et l'exercice du pouvoir réglementaire

3.1. A différentes reprises, la section de législation du Conseil d'Etat avait fait observer que le décret du 30 mars 1983 portant création de l'Office de la naissance et de l'enfance n'habilite pas le Gouvernement à régler l'octroi et le mode de calcul des subventions que l'Office peut, en vertu de ce décret, accorder aux pouvoirs organi-

(1) Doc. C.C.F., 1997-1998, n° 246/1.

(2) Doc. C.C.F., 1997-1998, n° 246/2.

sateurs des crèches et préguardiennats et aux maisons communales d'accueil (1).

Précisément, le projet de décret soumis récemment au Conseil d'Etat et qui a fait l'objet de l'avis précité n° L. 28.114/2/V du 7 septembre 1998, poursuit notamment comme objectif de modifier le décret du 30 mars 1983 "afin de donner au pouvoir réglementaire du Gouvernement la base légale certaine que commande la sécurité juridique". Tel est l'objet de l'article 2 de ce projet.

Malheureusement, telle qu'elle est rédigée, la proposition de décret à l'examen reproduit la même ambiguïté que celle déjà dénoncée par le Conseil d'Etat quant aux pouvoirs réglementaires respectifs du Gouvernement et de l'Office de la naissance et de l'enfance, ambiguïté à laquelle le projet de décret précité entend remédier.

(1) Voir les avis L. 23.437/9 donné le 13 juin 1994 sur un projet d'arrêté du Gouvernement de la Communauté française "fixant les conditions auxquelles doivent répondre les gardien(ne)s à domicile et les directeur(ice)s de maison d'enfants ainsi que les modalités de la surveillance médicale"; L. 25.089/9 du 5 juin 1996 sur un projet d'arrêté du Gouvernement de la Communauté française "modifiant l'arrêté de l'Exécutif du 29 mars 1993 portant réglementation générale des milieux d'accueil subventionnés par l'Office de la naissance et de l'enfance"; L. 26.342/9 du 23 avril 1997 sur un projet d'arrêté du Gouvernement de la Communauté française "portant réglementation générale et fixant les modalités de subventionnement des établissements d'accueil de crise agréés par l'Office de la naissance et de l'enfance".

3.2. L'ambiguïté dénoncée par le Conseil d'Etat paraît même aggravée par les dispositions de la proposition de décret examinée.

En effet, tout d'abord, cette proposition n'attribue pas explicitement un pouvoir réglementaire à l'Office de la naissance et de l'enfance, mais ce pouvoir paraît devoir être déduit de l'article 11 qui prévoit que le rapport annuel de l'Office porte notamment sur "les modalités et procédure adoptées par l'Office pour l'octroi et le retrait de l'agrération des lieux d'accueil". Cette ambiguïté est encore renforcée par l'article 6, alinéa 2, de la proposition selon lequel le Gouvernement "peut" fixer des règles "complémentaires" en matière d'organisation générale des lieux d'accueil. Enfin, l'article 6, alinéa 1er, semble également attribuer une compétence réglementaire à la commission créée dans chaque commune par l'article 5, en déclarant celle-ci "compétente pour la détermination (...) de l'organisation pratique des lieux d'accueil".

Il convient, en tout cas, de clarifier la situation et de préciser à quelle autorité est attribué le pouvoir réglementaire en matière d'organisation des lieux d'accueil. Ce faisant, l'on se conformera aux principes établis par la Constitution et la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles.

.../...

Par ailleurs, la section de législation du Conseil d'Etat relève que l'attribution d'un pouvoir réglementaire à des institutions ou organismes autonomes se heurte au système constitutionnel belge (1).

-
- (1) Voir à ce propos, notamment, I. KOVALOVSKY, "A propos du pouvoir réglementaire", avis prononcé à l'audience publique avant C.E., arrêt n° 63.275 du 22 novembre 1996, Fesocolab et al. c/ Soc. Logement Rég. Brux.-Cap., A.P.T., 1996, pp. 301-312.

Voir également l'avis L. 27.994/4 du 9 juillet 1998 sur un projet d'arrêté royal "portant des dispositions complémentaires relatives à la réforme des structures de gestion de l'aéroport de Bruxelles-National", Moniteur belge du 28 juillet 1998, 2ème éd. p. 24.360 :

"De manière générale la section de législation du Conseil d'Etat se montre réticente à l'attribution de pouvoirs réglementaires à des institutions ou organismes autonomes.

La raison principale réside dans le principe constitutionnel selon lequel les pouvoirs sont d'attribution et doivent être personnellement exercés par les autorités que la Constitution investit de la fonction réglementaire.

Ces autorités sont des autorités responsables politiquement devant les assemblées législatives de l'usage qu'elles font du pouvoir réglementaire qui leur est ainsi attribué.

Tout au plus le Conseil d'Etat a-t-il admis qu'un pouvoir réglementaire autonome puisse être accordé à des organismes, qui ne sont pas politiquement responsables devant les Chambres législatives, mais à la condition qu'un membre du Gouvernement assume la responsabilité politique des règlements pris par ces organismes, par exemple par la technique de l'approbation, afin que les dispositions adoptées aient force obligatoire pour les administrés."

.../...

L'avis L. 28.114/2/V précité applique ces mêmes principes à propos de l'attribution d'un pouvoir réglementaire à l'Office de la naissance et de l'enfance :

"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." (1).

4. L'exercice du pouvoir réglementaire par le Gouvernement

4.1. Concernant le pouvoir réglementaire attribué au Gouvernement, l'article 6, alinéa 2, de la proposition, comme l'article 2 du projet, prévoient que le Gouvernement "peut" prendre un arrêté. La disposition de la proposition appelle donc la même remarque que celle formulée dans l'avis L. 28.114/2/V précité à propos de la disposition de l'article 2 du projet :

"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." (2).

(1) Doc. C.C.F., 1997-1998, n° 246/2, p. 2.

(2) Doc. C.C.F., 1997-1998, n° 246/2, p. 2.

4.2. Selon l'article 7, alinéa 1er, de la proposition,

"... le Gouvernement fixe les plages horaires minimales et maximales des heures d'ouverture des lieux d'accueil en concertation avec les associations de parents reconnues, la Ligue des familles, ATD quart-monde et après avis du Conseil de l'éducation et de la formation."

Il convient de préciser ce qu'il y a lieu d'entendre par concertation et d'organiser les modalités de cette concertation.

Il convient également de justifier le choix des organismes qui participeront à la concertation. En outre, la reconnaissance des organismes et la représentation des parents doit être organisée par décret si l'on entend leur confier un tel pouvoir (1).

5. Le financement du service public d'accueil des élèves

5.1. L'article 12 de la proposition crée un fonds budgétaire et attribue au Gouvernement la compétence de fixer les modalités de son financement. C'est toutefois au législateur lui-même qu'il incombe de déterminer les règles essentielles d'organisation du fonds envisagé (2), notamment d'établir le mode de financement de celui-ci, dans le

(1) Voir notamment l'avis L. 26.242/2 du 23 avril 1997 sur un avant-projet de décret "définissant les missions prioritaires de l'enseignement fondamental et de l'enseignement secondaire et organisant les structures propres à les atteindre" (Doc. C.C.F., 1996-1997, n° 152/1).

(2) Voir en ce sens l'avis précité L. 28.114/2/V, p. 5.

respect de l'article 45 des lois sur la comptabilité de l'Etat.

Le fonds serait notamment financé par une participation financière demandée aux parents, qui serait progressive en fonction de leurs revenus (article 8). Cette participation serait fixée par le Gouvernement.

Il semble que l'intention des auteurs de la proposition soit d'établir à charge des parents une redevance, c'est-à-dire une rémunération du service rendu par la Communauté.

Toutefois, il est contraire à la notion même de redevance de prévoir que celle-ci sera modulée en fonction des revenus déclarés du redevable. Pareille perception devrait s'analyser en un impôt (1).

Pour maintenir à la contribution des parents le caractère de redevance, il y aurait lieu de fixer celle-ci à un montant déterminé, tout en permettant des exonérations en faveur des parents qui justifient de difficultés financières.

(1) Voir à ce propos, notamment, R. ANDERSEN, "La notion de «redevances», spécialement au regard de l'article 113 de la Constitution", dans : Liber Amicorum Em. E. Krings, Bruxelles, Story Scientia, 1991, pp. 941-951, sp. pp. 945 et 948; J. KIRKPATRICK et P. GLINEUR, "La distinction entre l'impôt et la «rétribution» régie par l'article 113 de la Constitution", dans : Présence du droit public et des droits de l'homme, Mélanges offerts à Jacques Velu, Tome premier, Bruxelles, Bruylant, 1992, pp. 547-579.

5.2. Le financement des lieux d'accueil serait notamment fonction de leur situation dans "une commune considérée comme défavorisée suivant les critères fixés par le Gouvernement" (article 10, 3°). Il résulte de l'article 10, 4°, que cette notion ne recoupe pas totalement les critères retenus pour déterminer les établissements à discrimination positive, conformément au décret du 30 juin 1998 visant à assurer à tous les élèves des chances égales d'émancipation sociale, notamment par la mise en oeuvre de discriminations positives.

Le législateur doit préciser ce qu'il entend par commune défavorisée; par ailleurs, il doit définir lui-même les critères qui seront appliqués par le Gouvernement pour l'octroi du financement des lieux d'accueil.

6. Imprécision des règles juridiques

Plusieurs dispositions manquent de la précision et de la rigueur que requiert un texte destiné à produire des effets de droit.

6.1. L'article 5 de la proposition crée une commission par commune ayant objet d'organiser et de gérer l'ensemble de l'accueil de ladite commune.

Cette commission serait composée d'une délégation de deux personnes par école située sur le territoire de la commune, ces personnes étant désignées par le conseil de participation de l'école. Il convient dès lors de compléter l'article 69, § 1er, du décret du 24 juillet 1997 définissant les missions prioritaires de l'enseignement fondamental

.../...

et de l'enseignement secondaire et organisant les structures propres à les atteindre, qui définit les missions du conseil de participation.

La commission serait présidée par "le membre du personnel de la commune responsable du secteur de la petite enfance". Cette notion doit être précisée. S'agit-il d'un fonctionnaire communal, d'un échevin, ... ?

6.2. Outre les incertitudes déjà mises en évidence, l'on relèvera par exemple qu'en vertu de l'article 4, "tout élève doit avoir accès à un lieu d'accueil situé à moins de 10 minutes à pied de l'école où il est inscrit". En vertu de l'article 6, alinéa 1er, 5°, "deux lieux d'accueil doivent être distants d'au moins 400 mètres". Il serait préférable de retenir le même mode de calcul pour les deux normes et, dans un souci de précision, de retenir une distance chiffrée plutôt que le temps mis à parcourir une distance, lequel varie en fonction de différents facteurs, notamment l'âge de l'enfant.

6.3. De même, l'article 3 de la proposition dispose que le service public d'accueil des élèves "poursuit concomitamment les objectifs suivants :

- viser un épanouissement global des enfants en organisant des activités de développement multidimensionnel ...;
- contribuer à la cohésion sociale en favorisant l'intégration de publics différents se rencontrant dans un même lieu;
- faciliter et consolider la vie familiale ...".

.../...

Il est permis de se demander si les principes ainsi avancés ont pour seule portée de définir une "éthique", sans qu'il faille y attacher des effets juridiques, ou si les auteurs de la proposition entendent énoncer une véritable règle de droit. Dans cette dernière hypothèse, il leur appartient de la formuler en des termes beaucoup plus rigoureux, permettant de déterminer avec davantage de précision quels en sont les destinataires, l'objet exact et les effets juridiques.

La chambre était composée de

Messieurs	Y. KREINS,	conseiller d'Etat, président,
	P. LIENARDY,	conseillers d'Etat,
	P. QUERTAINMONT,	
	P. GOTHOT,	assesseurs de la
	J. van COMPERNOLLE,	section de législation,
Madame	B. VIGNERON,	greffier assumé.

Le rapport a été présenté par M. X. DELGRANGE, auditeur. La note du Bureau de coordination a été rédigée et exposée par M. C. NIKIS, référendaire adjoint.

LE GREFFIER,

LE PRESIDENT,

B. VIGNERON

Y. KREINS