

ROYAUME DE BELGIQUE

AVIS 35.264/2

DE LA SECTION DE LÉGISLATION DU CONSEIL D'ÉTAT

Le CONSEIL D'ÉTAT, section de législation, deuxième chambre, saisi par le Ministre de la Culture, du Budget, de la Fonction publique, de la Jeunesse et des Sports de la Communauté française, le 7 avril 2003, d'une demande d'avis, dans un délai ne dépassant pas un mois, sur un avant-projet de décret "accordant une priorité au membre du personnel victime d'un acte de violence et introduisant la suspension préventive des membres du personnel temporaires et la mise en disponibilité par retrait d'emploi dans l'intérêt du service dans les réseaux d'enseignement de la Communauté française et subventionnés", a donné le 28 mai 2003 l'avis suivant :

Examen de l'avant-projet

Observations générales

1. Les articles 18 à 22 de l'avant-projet de décret transposent les nouvelles règles établies par les articles 5 et 10 de l'avant-projet à l'enseignement libre subventionné et ce, pour établir une égalité entre les membres du personnel, telle que prévue à l'article 24, § 4, de la Constitution. Cependant, l'obligation d'engager un membre du personnel qu'il n'a choisi d'aucune manière ne semble s'imposer qu'aux seuls pouvoirs organisateurs de l'enseignement libre subventionné ¹. Cette obligation ne paraît pas compatible avec la liberté d'enseignement garantie par l'article 24, § 1^{er}, de la Constitution. Il y a, en effet, lieu de rappeler que le législateur doit toujours veiller à mettre en balance les divers aspects du droit à l'enseignement, à savoir en l'occurrence, d'une part, le droit à l'égalité des membres du personnel et, d'autre part, l'autonomie des pouvoirs organisateurs subventionnés ². A défaut de pouvoir la justifier dans l'exposé des motifs au regard des principes qui viennent d'être rappelés, cette obligation doit être omise.

2. Il est d'usage qu'un article distinct soit consacré à chacune des dispositions de nature législative qui doivent être modifiées, remplacées ou insérées. Cela permettra au Conseil de la Communauté française de procéder à la discussion, au dépôt d'amendements éventuels et au vote article par article.

⁽¹⁾ Voir l'article 18 de l'avant-projet.

⁽²⁾ Voir à ce sujet, l'observation générale n° 1 de l'avis 33.521/2, donné le 18 septembre 2002 sur un avant-projet devenu le décret du 19 décembre 2002 modifiant certaines dispositions relatives au statut des membres du personnel subsidiés de l'enseignement libre subventionné.

Observations particulières

Dispositif

Article 2

1. Il n'appartient pas au décret d'envisager une délégation du Gouvernement au bénéfice de l'un de ses ministres; c'est en effet le Gouvernement qui doit, le cas échéant, déléguer ses pouvoirs (article 69 de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles) et régler le fonctionnement et l'organisation de ses services (article 87 de la même loi spéciale). Il y a dès lors lieu de remplacer les mots "Ministre fonctionnel" et "Direction générale de l'enseignement obligatoire ou Direction générale de l'enseignement non obligatoire" par le mot "Gouvernement".

Par ailleurs, les mots "et dans l'intérêt de l'enseignement" doivent être omis dans l'article 167quater, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, en projet, car, dans la suite du texte, il n'est question que de la "mise en disponibilité par retrait d'emploi dans l'intérêt du service".

Ces observations valent également pour les articles 5, 6, 10, 15 et 20 de l'avant-projet.

2. Au paragraphe 2, alinéa 1^{er}, de l'article 167quater en projet, il est précisé que le membre du personnel peut se faire assister ou représenter par un représentant d'une organisation syndicale "agrée". Il en est de même aux articles 6 et 8 de l'avant-projet. Par contre, selon l'article 4 de l'avant-projet (article 157sexies, § 3, alinéa 3, en projet), "le membre du personnel peut se faire assister ou représenter par un représentant d'une organisation syndicale représentative". Il convient de lever cette incohérence de terminologie tant entre les dispositions en projet elles-mêmes qu'entre ces dispositions et celles déjà existantes de l'arrêté royal du 22 mars 1969 fixant le statut des membres du personnel directeur et enseignant, du personnel auxiliaire d'éducation, du personnel paramédical des établissements d'enseignement gardien, primaire, spécial, moyen, technique, de promotion sociale et artistique de l'Etat, des internats dépendant de ces

établissements et des membres du personnel du service d'inspection chargé de la surveillance de ces établissements ³.

3. Selon l'article 167quater, § 2, alinéas 6 et 7, en projet,

"Lorsque la Chambre de recours est défavorable à la proposition de mise en disponibilité par retrait d'emploi dans l'intérêt du service, elle rend une décision qui met fin à la procédure."

Par contre,

"Lorsque la Chambre de recours est favorable à la proposition de mise en disponibilité par retrait d'emploi dans l'intérêt du service, elle donne un avis motivé au Ministre fonctionnel, qui rend une décision dans un délai de deux semaines maximum."

Il ressort de l'avis 32.243/2 ⁴ que l'auteur du projet a voulu rétablir la mise en disponibilité par retrait d'emploi dans l'intérêt du service pour les membres du personnel enseignant et ceci "dans le respect du principe d'égalité" entre les membres du personnel enseignant et les membres du personnel technique des centres psycho-médico-sociaux. Pourtant, contrairement à ce que prévoient donc les dispositions en projet, l'article 186 de l'arrêté royal du 27 juillet 1979 fixant le statut des membres du personnel technique des centres psycho-médico-sociaux de la Communauté française et des membres du personnel du service d'inspection chargés de la surveillance de ces centres psycho-médico-sociaux n'accorde aucun pouvoir de décision à la chambre de recours. Le Conseil d'Etat n'aperçoit pas les raisons susceptibles de justifier cette différence de traitement ⁵. Il appartient à tout le moins à l'auteur de l'avant-projet de s'en expliquer dans l'exposé des motifs.

(3) Voir par exemple l'article 157bis, § 3, alinéa 3.

(4) Donné le 3 décembre 2001 sur un avant-projet de décret devenu le décret du 31 janvier 2002 modifiant certaines dispositions relatives au statut administratif et pécuniaire des membres du personnel des centres psycho-médico-sociaux de la Communauté française ainsi que des membres du personnel du service d'inspection chargés de la surveillance de ces centres psycho-médico-sociaux (Doc. C.C.F, 2001-2002, n° 230/1).

(5) En outre, la chambre de recours dispose d'un délai de trois mois pour se prononcer, dans le cadre de l'arrêté royal du 27 juillet 1979, précité, alors que ce délai n'est que d'un mois en application de l'article 167quater, § 2, alinéa 5, en projet. Cette différence ne semble pas non plus justifiée et il convient dès lors d'uniformiser les délais.

Par ailleurs, le Conseil d'Etat n'aperçoit pas la raison pour laquelle la chambre de recours dispose, dans un cas, d'un pouvoir de décision (avis défavorable), alors qu'elle ne dispose que d'un pouvoir d'avis dans l'autre cas (avis favorable).

De toute manière, c'est au Gouvernement ou, en cas de délégation, au ministre compétent qu'il revient de prendre une décision. Dans l'enseignement organisé par la Communauté française, il n'est en effet pas admis, en vertu de l'article 69 de la loi spéciale précitée, de déléguer cette compétence à la chambre de recours. Celle-ci intervenant avant la décision ministérielle ne peut en conséquence disposer que d'un pouvoir d'avis pour éclairer le ministre.

4. En application de l'article 167quater, § 2, dernier alinéa, en projet, la proposition de mise en disponibilité par retrait d'emploi dans l'intérêt du service est, en cas de recours introduit devant la chambre de recours et d'avis favorable de cette chambre, "réputée approuvée" par le Ministre en l'absence de décision notifiée au membre du personnel dans le délai imparti à cet effet.

En l'absence de recours introduit devant la chambre de recours par le membre du personnel concerné, l'article 167quater, § 3, alinéa 2, en projet, prévoit également que la proposition de mise en disponibilité par retrait d'emploi dans l'intérêt du service est "réputée approuvée" par le Ministre en l'absence de décision notifiée au membre du personnel dans le délai imparti à cet effet.

Si l'effet "négatif" attaché au silence du Ministre peut être admis lorsque le membre du personnel s'est lui-même abstenu d'exercer son recours devant la chambre de recours, un tel effet se comprend plus difficilement lorsque le membre du personnel a exercé ledit recours, marquant par là-même sa volonté de s'opposer à la proposition de mise en disponibilité. Assimiler dans ce cas le silence du Ministre à la prise d'une décision qui est incontestablement de nature à faire grief au membre du personnel et qui place ce dernier dans l'obligation d'introduire un recours juridictionnel contre une décision implicite d'approbation d'une proposition ressentie comme "négative" ne semble pas compatible avec les principes de bonne administration. Dans des domaines proches de celui envisagé par la disposition en projet, la règle habituelle est en effet qu'une mesure de type disciplinaire qui n'aurait pas été approuvée dans le délai imparti à cet effet est censée n'avoir pas été prononcée et le Conseil d'Etat a déjà considéré qu'une délibération d'un conseil communal

qui inflige une peine disciplinaire perdait au contraire toute valeur juridique si cette délibération n'avait pas été (explicitement) approuvée dans un délai raisonnable ⁶.

La disposition en projet doit donc être également revue sur ce point.

Cette observation vaut également pour les articles 6 et 15 in fine.

5. L'article 167quater, § 2, dernier alinéa, en projet, et l'article 167quater, § 3, alinéa 2, en projet, prévoient qu'"En l'absence de décision notifiée au membre du personnel dans le délai visé à l'alinéa précédent", la proposition de mise en disponibilité par retrait d'emploi dans l'intérêt du service est réputée approuvée par le Ministre. Toutefois, dans les alinéas auxquels il est ainsi renvoyé, il est seulement précisé que le "Ministre fonctionnel" rend une décision dans un délai de deux semaines maximum et que cette décision sort ses effets "dans les trois jours ouvrables" de sa notification au membre du personnel concerné.

Ce faisant, l'auteur de l'avant-projet reste en défaut tant de fixer un délai de notification que de déterminer la date précise à laquelle la décision sort ses effets à la suite de la notification. Si telle est son intention, il suffit de rédiger la dernière phrase tant de l'article 167quater, § 2, alinéa 7, que de l'article 167quater, § 3, alinéa 1^{er}, en projet, comme suit :

"Cette décision est notifiée au plus tard à l'échéance du délai pour rendre la décision et sort ses effets le troisième jour ouvrable après sa notification au membre du personnel concerné."

Cette observation vaut également pour les articles 6 et 15 in fine.

Article 5

1. A l'article 51bis, en projet, afin d'éviter toute confusion avec la loi du 11 juin 2002 relative à la protection contre la violence et le harcèlement moral ou sexuel

⁽⁶⁾ C.E., n° 13030 du 19 juin 1968.

au travail, il y a lieu de faire clairement ressortir que la définition d'"acte de violence" ne concerne que l'application des dispositions en projet. Il convient donc d'écrire :

"Pour l'application du chapitre IIIbis, il faut entendre par «violence», (...)".

Une observation analogue vaut pour les articles 10 et 20 de l'avant-projet.

2. Il est fait référence à l'observation 1 formulée sous l'article 2.

3. Il ressort de la suite du texte et notamment des articles 10 et 20 de l'avant-projet que l'alinéa 2 de l'article 51ter, § 1^{er}, en projet, et le paragraphe 3 de l'article 51ter, en projet, font partie de la définition telle quelle figure à l'article 51bis, en projet. Mieux vaut dès lors regrouper toutes ces dispositions dans l'article 51bis, en projet.

Article 6

1. Il est fait référence aux observations 1, 2, 4 et 5 formulées sous l'article 2.

2. Comme il ressort du dossier - en se référant à l'arrêt de la Cour d'arbitrage n° 8/2001 du 31 janvier 2001 -, l'auteur de l'avant-projet a voulu faire usage de la possibilité qui lui est offerte d'accorder un pouvoir de décision à la chambre de recours dans l'enseignement subventionné. En cas d'avis défavorable de la chambre de recours, il est dès lors mis fin à la procédure. Dans le cas contraire, le "Ministre fonctionnel" autorise ou refuse la proposition de mise en disponibilité par retrait d'emploi dans l'intérêt du service. Par contre, en l'absence d'autorisation ou de refus notifiés au pouvoir organisateur, la proposition n'est réputée approuvée par le "Ministre fonctionnel" que si l'administration a rendu un avis favorable à la suite de l'avis favorable donné par la chambre de recours (article 83, § 1^{er}, alinéa 11, et § 2, alinéa 7, en projet). Il en résulte que, dans l'hypothèse décrite ci-avant, le pouvoir de décision est en réalité délégué du "Ministre fonctionnel" à l'administration. Ceci n'est pas admissible au regard de l'article 69 de la loi spéciale, précitée.

En outre, l'avant-projet accorde à l'administration le pouvoir de contrôler l'avis rendu par la chambre de recours et, le cas échéant, de déroger à celui-ci en émettant un avis défavorable à la suite d'un avis favorable donné par la chambre de recours. Ce contrôle exercé sur l'avis de la chambre de recours semble rendre ce dernier superflu. A tout le moins, il semble porter atteinte de manière disproportionnée à l'indépendance de la

.../...

chambre de recours ainsi qu'à l'autonomie du pouvoir organisateur. L'avant-projet ne peut dès lors pas accorder un tel effet de droit à l'avis rendu par l'administration.

Cette observation vaut également pour l'article 15.

3. A l'article 83, § 1^{er}, alinéa 11, en projet, il convient de remplacer les mots "l'alinéa 7" par les mots "l'alinéa 8". Au paragraphe 2, alinéa 8 du même article, il convient de remplacer les mots "l'alinéa 7" par les mots "l'alinéa 5".

Article 8

1. Pour améliorer la lisibilité du texte, mieux vaudrait prévoir une "Section première - Disposition générale", en y incluant le contenu de l'article 63bis du décret du 6 juin 1994 fixant le statut des membres du personnel subsidié de l'enseignement officiel subventionné, devenant l'article 59bis. Dans ce cas, la nouvelle section 2 comporterait les articles 60 à 63 et la nouvelle section 3, les nouveaux articles introduits par le présent avant-projet qu' il conviendra de renuméroter. Il conviendra également de remplacer les mots "dispositions de la première section" par les mots "dispositions de la section 2" dans l'article 63octies, en projet.

2. Dans l'article 63quater, § 2, alinéa 3, en projet, il est précisé que le membre du personnel peut se faire assister ou représenter par un représentant d'une organisation syndicale "agrée" alors que selon l'article 60, § 3, alinéa 3, du décret du 6 juin 1994, précité, le membre du personnel peut se faire assister ou représenter par un délégué d'une organisation syndicale représentative. Il convient de lever cette incohérence.

3. L'article 63quater, § 2, en projet, prévoit un délai plus court pour communiquer la décision au membre du personnel (trois jours au lieu de dix) que celui prévu à l'article 4 (article 157sexies, § 3, en projet). A défaut de justification, l'avant-projet doit être adapté sur ce point.

.../...

La même observation vaut pour l'article 17 de l'avant-projet.

4. En application de l'article 63quater, § 4, en projet, la durée de la suspension préventive ne peut dépasser six mois dans le cadre de la constatation d'une incompatibilité. Par contre, l'article 60, § 5, du décret du 6 juin 1994, précité, énonce que

"(...) dans le cadre de la constatation d'une incompatibilité, la durée de la suspension préventive ne peut dépasser un an."

Il convient d'adapter l'avant-projet sur ce point ou de justifier cette différence.

La même observation vaut pour l'article 17 de l'avant-projet.

5. A l'article 63sexies, § 2, en projet, le Conseil d'Etat n'aperçoit pas la justification du versement par le pouvoir organisateur à la Communauté française du complément de traitement ⁷.

Article 10

Le paragraphe 4 trouverait mieux sa place dans l'article 95 du décret du 6 juin 1994, précité.

Articles 11, 12 et 13

Les arrêtés que l'avant-projet de décret vise à modifier, adoptés vu l'urgence, n'ont pas été soumis à la section de législation du Conseil d'Etat. Régulant des éléments essentiels du statut des enseignants, leur compatibilité avec l'article 24, § 5, de la

⁽⁷⁾ Comparez avec l'article 62 du décret du 6 juin 1994, précité, qui ne prévoit pas une telle obligation en ce qui concerne les membres du personnel nommés à titre définitif.

Constitution est très incertaine, d'autant plus qu'ils ne s'appuient pas sur une habilitation expresse du législateur décréteur. Plutôt que de modifier ces arrêtés par décret, mieux vaudrait donc intégrer l'ensemble de la réglementation dans le décret du 6 juin 1994, précité. Cette méthode contribuerait, en outre, à la simplification législative en réduisant l'éparpillement des textes relatifs au statut des enseignants, et à la sécurité juridique, notamment en évitant qu'un même texte ne contienne des dispositions de nature législative et réglementaire ⁸.

La même observation vaut pour les articles 23, 24 et 25.

Article 15

Il est fait référence aux observations formulées sous les articles 2 et 6.

Article 17

1. Il est fait référence aux observations formulées sous l'article 8 ⁹.

2. L'article 90bis, § 4, en projet, prévoit un délai de trois jours pour prendre une mesure d'écartement ainsi que pour engager une procédure de suspension préventive, alors que ce délai est de 10 jours dans les articles 4 (article 157sexies, § 4, en projet) et 8 (article 63quater, § 3, en projet) de l'avant-projet. A défaut de justification, l'avant-projet doit être adapté sur ce point.

⁽⁸⁾ Voir également l'avis 33.521/2, donné le 18 septembre 2002, sur un avant-projet de décret devenu le décret du 19 décembre 2002, modifiant certaines dispositions relatives au statut des membres du personnel subsidiés de l'enseignement libre subventionné (Doc. C.C.F., 2002-2003, n° 330/1).

⁽⁹⁾ En ce qui concerne l'obligation de versement par le pouvoir organisateur à la Communauté française du complément de traitement (article 90ter, § 2), comparez l'article 89 du décret du 1^{er} février 1993 fixant le statut des membres du personnel subsidiés de l'enseignement libre subventionné.

Article 20

Il est fait référence à l'observation 1 formulée sous l'article 2.

Articles 23, 24 et 25

Il est fait référence à l'observation formulée sous les articles 11, 12 et 13.

La chambre était composée de

Messieurs	Y. KREINS,	président de chambre,
	J. JAUMOTTE,	conseillers d'Etat,
Madame	M. BAGUET,	
Monsieur	F. DEHOUSSE,	assesseur de la section de législation,
Madame	A.-C. VAN GEERSDAELE,	greffier assumé.

La note du Bureau de coordination a été présentée par M. R. WIMMER, référendaire adjoint.

LE GREFFIER,

LE PRÉSIDENT,

A.-C. VAN GEERSDAELE

Y. KREINS