

ROYAUME DE BELGIQUE

Avis 35.519/2

DE LA SECTION DE LÉGISLATION DU CONSEIL D'ÉTAT

Le CONSEIL D'ÉTAT, section de législation, deuxième chambre, saisi par la Ministre de l'Enseignement supérieur, de l'Enseignement de promotion sociale et de la Recherche scientifique de la Communauté française, le 22 mai 2003, d'une demande d'avis, dans un délai ne dépassant pas un mois, sur un avant-projet de décret du Gouvernement de la Communauté française "portant sur le prolongement automatique des mandats des chercheurs prenant un congé de maternité" a donné le 2 juillet 2003 l'avis suivant :

Portée de l'avant-projet

Aux termes de son exposé des motifs, l'avant-projet de décret a pour objet, d'une part, d'"immuniser" la période de congé de maternité pour les chercheurs engagés à durée déterminée par les universités et, d'autre part, de compléter les indemnités de maternité perçues à charge de l'assurance maladie-invalidité, d'un montant qui garantit au chercheur de conserver, pendant la période du congé, la totalité de son traitement.

Le projet concrétise le premier objectif en prolongeant automatiquement le "mandat de recherche" des chercheurs d'une durée équivalente à celle du congé de maternité. Les chercheurs visés sont ceux qui entrent dans la définition de la notion telle que prévue dans le décret du 19 juillet 1991 relatif à la carrière des chercheurs scientifiques pour autant qu'ils soient dans les liens d'un contrat de travail à durée déterminée, auxquels viennent s'ajouter les chercheurs bénéficiaires d'une bourse assujettis à la sécurité sociale ⁽¹⁾.

Pour permettre la réalisation du second objectif, l'exposé des motifs précise que le complément aux indemnités de maternité "sera couvert par une augmentation de 125.000 euros de l'enveloppe universitaire, telle que prévue par la loi du 27 juillet 1971."

Observations générales

1. En ce qui concerne l'"immunisation" du congé de maternité couplée à l'octroi d'un complément aux indemnités de maternité, l'avant-projet de décret appelle les observations qui suivent.

1.1. L'avant-projet de décret prolonge la durée du "mandat de recherche" du chercheur d'une durée équivalente à celle du congé de maternité.

⁽¹⁾ L'article 3bis de l'arrêté royal du 28 novembre 1969 pris en exécution de la loi du 27 juin 1969 révisant l'arrêté-loi du 28 décembre 1944 concernant la sécurité sociale des travailleurs, étend en effet le champ d'application de la loi aux bénéficiaires d'une bourse de doctorat faisant l'objet d'une exonération fiscale en application de la législation fiscale, octroyée par une institution universitaire, organisée par des personnes privées et visée à l'article 1^{er} du décret du 5 septembre 1994 du Conseil de la Communauté française relatif au régime des études universitaires et des grades académiques.

En application de l'article 114, alinéa 4, de l'arrêté royal du 14 juillet 1994 portant coordination de la loi relative à l'assurance obligatoire soins de santé et indemnités, une partie de la période de repos postnatal peut être, lors du décès ⁽²⁾ ou de l'hospitalisation de la mère, convertie en un congé de paternité indemnisé conformément aux dispositions particulières de l'assurance indemnités.

Il va de soi que dans le respect du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes garanti par les articles 10, alinéa 3 et 11bis de la Constitution, la mesure prévue à l'article 3 de l'avant-projet de décret doit bénéficier - tant quant à la prolongation du "mandat de recherche" que pour l'octroi du complément - au chercheur de sexe féminin mais également de sexe masculin dès lors que ce dernier satisfait aux conditions de l'article 114bis, alinéa 4, de l'arrêté royal du 14 juillet 1994, précité.

1.2. Comme le relève l'exposé des motifs,

"... la notion de chercheur est celle définie dans le décret du 19 juillet 1991 relatif à la carrière des chercheurs scientifiques, en ne considérant que les contrats à durée déterminée et en y ajoutant les chercheurs bénéficiant d'une rémunération sous forme de bourse"

cette bourse devant, par ailleurs, être assujettie à la sécurité sociale.

L'avant-projet ne concerne donc ni les assistants visés aux articles 6 et suivants de l'arrêté royal du 31 octobre 1953 fixant le statut des agrégés, des répétiteurs et des membres du personnel scientifique des universités de l'Etat ⁽³⁾, ni les chercheurs engagés à durée indéterminée.

⁽²⁾ Seule cette hypothèse est actuellement réglée par les articles 221 à 223 de l'arrêté royal du 3 juillet 1996 portant exécution de la loi relative à l'assurance obligatoire soins de santé et indemnités coordonnées le 14 juillet 1994.

⁽³⁾ En vertu de l'article 41 de la loi du 27 juillet 1971 sur le financement et le contrôle des institutions universitaires les assistants des institutions universitaires subventionnées bénéficient d'un statut équivalent au statut fixé par l'arrêté royal du 31 octobre 1953, précité.

Invité à justifier le fait que l'avant-projet ne modifie pas cet arrêté royal du 31 octobre 1953 afin de viser également les assistants, le délégué de la ministre a répondu :

"Les assistants qui entament une carrière scientifique sont soumis à l'arrêté royal du 31 octobre 1953. Celui-ci précise (article 9, § 1^{er}) que les assistants sont nommés pour un terme de deux ans renouvelable deux fois. En outre, «lorsque des circonstances exceptionnelles le justifient, les assistants peuvent être nommés (...) pour un terme supplémentaire d'un an, renouvelable trois fois, au plus» (article 9, § 2).

Les 4 années de renouvellement exceptionnel, telles que prévues à l'article 9, § 2, de l'arrêté royal du 31 octobre 1953 permettent de rencontrer notamment le cas des chercheurs qui ont souhaité prendre un congé de maternité.

Cette disposition est conforme à la pratique qui s'est progressivement élaborée dans les institutions universitaires. Celle-ci considère qu'un congé de maternité est une circonstance exceptionnelle justifiant l'octroi d'une année supplémentaire, comme permis par l'article 9, § 2.

Le principe d'égalité est ainsi sauf."

Au vu de ces éléments, il peut être admis que les assistants, visés par l'arrêté royal du 31 octobre 1953, précité, ne sont pas discriminés par rapport aux chercheurs, visés par l'avant-projet, s'agissant de la prorogation automatique du contrat de travail ou de la bourse de recherche.

Par ailleurs, il ne serait, par définition, pas pertinent de prévoir la prorogation automatique du contrat de travail d'un chercheur dès lors que ce contrat est un contrat à durée indéterminée.

Toutefois, en ce que l'avant-projet de décret prévoit une seconde mesure, à savoir l'obligation pour l'institution de compléter l'indemnité de maternité reçue de l'organisme assureur d'un montant permettant au chercheur de maintenir sa rémunération inchangée, il conviendrait de justifier, au regard du principe d'égalité, pourquoi le bénéfice de ce complément n'est pas étendu aux assistants visés par l'arrêté du 31 octobre 1953, précité, et aux chercheurs engagés à durée indéterminée.

2. En ce qui concerne le coût financier du complément aux indemnités de maternité qui va permettre au chercheur de conserver la totalité de son traitement, il sera, selon l'exposé des motifs, couvert par "une augmentation de 125.000 euros de l'enveloppe des institutions universitaires, telle que prévue par la loi du 27 juillet 1971".

Il apparaît toutefois que l'avant-projet examiné ne modifie pas la loi du 27 juillet 1971, précitée. Invité à justifier cette omission, le délégué de la ministre a répondu :

"Le Gouvernement souhaite conserver l'ensemble des dispositions financières concernant les institutions universitaires dans un ensemble restreint de textes normatifs. Il n'est, par conséquent, pas opportun de modifier par ce décret la loi du 27 juillet 1971 sur le financement et le contrôle des institutions universitaires.

L'objectif du décret est de promouvoir une plus grande égalité entre les deux sexes lors de l'exercice d'une carrière scientifique.

L'exposé des motifs précise, par ailleurs, que l'intention du législateur est de fournir un incitant financier aux institutions universitaires."

Le respect des règles de légistique commande en effet de ne pas modifier implicitement la loi du 27 juillet 1971 par un texte autonome. Il est par contre possible d'introduire dans l'avant-projet examiné une disposition modificative de cette loi, qui fera dès lors corps avec celle-ci.

En tout état de cause, l'attention de l'auteur de l'avant-projet est attirée sur les effets pervers que pourrait provoquer une entrée en vigueur différée des dispositions augmentant l'allocation des universités par rapport aux nouvelles obligations qui leur seraient imposées par le texte en projet. En effet, les universités pourraient être tentées de n'engager que des chercheurs masculins afin de ne pas devoir puiser dans leur allocation de fonctionnement, demeurée inchangée, en cas de congé de maternité d'une chercheuse.

Une mesure présentée comme visant à promouvoir une plus grande égalité entre les femmes et les hommes exerçant le métier de chercheur pourrait ainsi s'avérer, dans les faits, discriminatoire à l'égard des femmes. La Communauté encourrait, dans ce cas, le risque - paradoxal au regard de ses intentions - de se voir reprocher une violation du principe d'égalité entre les femmes et les hommes tel qu'il est consacré par les articles 10, alinéa 3, et 11bis, alinéa 1^{er}, de la Constitution.

.../...

Observations particulières

Dispositif

Article 2

Tel que sont libellés les 1°, 2° et 3° de la disposition, il pourrait être déduit que toutes les conditions énumérées doivent être simultanément réunies. Or, l'utilisation du mot "soit" dans les deux tirets du deuxième point démontre bien que les conditions prévues par ce point sont alternatives. Il convient donc de revoir le libellé de la disposition de manière telle qu'il apparaisse clairement que les conditions du premier point et du troisième point doivent cumulativement être remplies avec une seule des deux branches de l'alternative du deuxième point. En tout état de cause, le mot "et" qui figure in fine du premier tiret du deuxième point doit être supprimé.

Article 3

1. Comme en a convenu le délégué de la ministre, la référence à l'article 30 de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail figurant à l'alinéa 1^{er} du paragraphe 1^{er} de la disposition en projet n'est pas pertinente puisque cette disposition ne définit pas le congé de maternité. Cette référence doit être omise.

2. Le congé de maternité visé est, selon la même disposition, celui défini par les articles 39 et suivants de la loi du 16 mars 1971 sur le travail.

Il convient de rappeler que l'article 39 de la loi du 16 mars 1971, précitée, concerne le congé de maternité conçu au sens strict du terme à savoir le congé de 15 semaines ⁽⁴⁾ octroyé au titre de repos pré- et postnatal. Le Chapitre IV de cette même loi, consacré à la protection de la maternité, règle cependant également, en son article 42, les mesures d'écartement de la travailleuse en cas d'activité susceptible de présenter un risque spécifique d'exposition à des agents, procédés ou conditions de travail. La mesure

⁽⁴⁾ Eventuellement prolongé dans les conditions fixées par cette même disposition.

d'écartement peut, dans certaines conditions, donner lieu à une suspension du contrat de travail et la travailleuse concernée peut obtenir le bénéfice de l'indemnité de maternité (article 114bis de l'arrêté royal du 14 juillet 1994, précité).

Or, il n'apparaît pas clairement que l'écartement de la travailleuse soit visé par l'avant-projet de décret.

Afin de lever toute incertitude sur ce point, il convient en conséquence que le paragraphe 1^{er}, alinéa 1^{er}, de l'article 3, comporte les références précises à l'article ou aux articles de la loi du 16 mars 1971, précité, qu'il entend viser.

3. Aux termes de l'alinéa 2 du paragraphe 1^{er} de la disposition, l'octroi de la prorogation du contrat de travail d'une durée équivalente à celle du congé de maternité "ne porte pas préjudice au caractère à durée déterminée du mandat".

S'agissant d'un "mandat de recherche" presté dans les liens d'un contrat de travail à durée déterminée régi par la loi du 3 juillet 1978 relative au contrat de travail, les règles impératives que prévoit cette loi quant à la cessation du contrat de travail doivent être respectées. Or, l'article 3 de la loi du 3 juillet 1978, précitée, prévoit, en son alinéa 1^{er}, 1°, que le contrat de travail prend fin par l'expiration du terme. Si elles entendent prolonger la relation de travail, il appartient aux parties au contrat de travail, une fois le terme initial expiré, de convenir d'une nouvelle durée de prestations dans les liens d'un contrat de travail ⁽⁵⁾ qui devra répondre au prescrit de l'article 9 de cette même loi du 3 juillet 1978 et tenir compte des limites autorisées de succession de tels contrats figurant en son article 10bis. A l'alinéa 2 du paragraphe 1^{er} de la disposition examinée, le législateur communautaire déroge donc à ces règles .

Le législateur décrétoal n'est pas compétent pour intervenir dans cette matière ⁽⁶⁾. En conséquence, la deuxième phrase de cet alinéa 2 doit être omise.

⁽⁵⁾ Les modalités de cessation avant terme et sans motif grave du contrat de durée déterminée étant régies par l'article 40 de la loi du 3 juillet 1978, précitée.

⁽⁶⁾ Il convient en effet de rappeler que la matière du droit du travail est, en vertu de l'article 6, VI, alinéa 4, 12°, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, de la compétence réservée de l'autorité fédérale.

4. Le paragraphe 2 de l'article 3 dispose que

"... l'indemnité reçue de la mutuelle sera complétée, par l'institution dans laquelle travaille le chercheur, d'un montant lui permettant de maintenir la rémunération inchangée."

Pour que le système mis en place puisse sortir ses effets, il convient que le mode de calcul du montant du complément soit fixé ⁽⁷⁾.

Plusieurs questions doivent être résolues à cet égard quant à la détermination de la rémunération prise comme référence pour le calcul du montant du complément. S'agira-t-il de la rémunération nette du travailleur c'est-à-dire celle qu'il perçoit après déduction des cotisations de sécurité sociale et du précompte professionnel qui sera prise comme base pour être ensuite réduite du montant de l'indemnité de maternité versée par son organisme assureur ? Ce montant étant à charge de l'employeur ou de la personne qui occupe le chercheur, sera-t-il considéré comme un complément rémunératoire auquel cas la loi du 12 avril 1965 concernant la protection de la rémunération des travailleurs va trouver à s'appliquer ? Partant sera-t-il passible des cotisations de sécurité sociale et d'un prélèvement du précompte professionnel ? Autant d'interrogations qui illustrent l'absolue nécessité de créer la sécurité juridique à la fois pour les institutions qui vont assumer la charge du complément que pour les bénéficiaires du droit à ce complément.

5. L'alinéa 2 du paragraphe 2 de la disposition visant à habilitier le Gouvernement de la Communauté française à arrêter les modalités pratiques de la demande de prorogation trouverait mieux sa place à la suite de l'alinéa 2 du paragraphe 1^{er} qui en règle d'ailleurs déjà l'un des aspects.

⁽⁷⁾ Une habilitation du Gouvernement de la Communauté peut être éventuellement prévue à cet effet.

La chambre était composée de

Messieurs	Y. KREINS,	président de chambre,
	J. JAUMOTTE,	conseillers d'Etat,
Mesdames	M. BAGUET,	
	B. VIGNERON,	greffier.

Le rapport a été présenté par M. X. DELGRANGE, auditeur. La note du Bureau de coordination a été rédigée par M. R. WIMMER, référendaire adjoint.

LE GREFFIER,

LE PRÉSIDENT,

B. VIGNERON

Y. KREINS