

ROYAUME DE BELGIQUE

Avis 35.902/2

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 17 septembre 2003, d'une demande d'avis, dans un délai de trente jours, sur un avant-projet de décret "portant diverses mesures urgentes en matière d'enseignement non obligatoire", a donné le 22 octobre 2003 l'avis suivant :

Observation préalable

L'auditeur a posé des questions écrites au délégué du ministre en date du 29 septembre 2003. L'examen du projet par la II^e chambre de législation a été remis à deux reprises dans l'attente des réponses à ces questions. Malgré plusieurs rappels de la part de l'auditeur et du président de chambre, aucune réponse à ces questions n'est parvenue à ce jour au Conseil d'État.

L'attente de ces réponses, pourtant annoncées, explique le dépassement du délai d'un mois que l'auteur de l'avant-projet avait imposé au Conseil d'État pour donner son avis. Par ailleurs, l'absence de réponse a eu pour effet que le Conseil d'État n'a pu se prononcer, en toute connaissance de cause, sur certaines dispositions de l'avant-projet.

*
* *

Comme la demande d'avis est introduite sur la base de l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 1°, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, tel qu'il est remplacé par la loi du 2 avril 2003, 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 ci-après.

Observations générales

1. Les articles 1^{er}, 1° et 2°, 2, 3, 2°, et 4, 1°, de l'avant-projet visent à régler la situation de porteurs de titres délivrés par une institution universitaire de la Communauté flamande ou par une institution d'enseignement supérieur de la Communauté flamande ou de la Communauté germanophone et qui souhaitent accéder à l'enseignement universitaire en Communauté française.

.../...

Lorsque les articles 11 et suivants du décret de 5 septembre 1994 relatif au régime des études universitaires et des grades académiques visent des titres sans autre précision, ils ne distinguent pas ceux délivrés par des institutions de la Communauté française et ceux délivrés par des institutions relevant d'une autre communauté ¹. Le porteur d'un titre délivré par une institution dont la langue d'enseignement n'est pas le français doit toutefois apporter la preuve d'une maîtrise suffisante de cette langue (article 16, alinéa 5, du décret du 5 septembre 1994, précité). Sous cette réserve, l'équivalence des titres délivrés par les institutions d'enseignement, quelle que soit la communauté dont elles relèvent, est donc assurée.

2. Les articles 1^{er}, 2°, et 4, 1°, de l'avant-projet, en assimilant les porteurs d'un titre délivré par une institution d'enseignement d'une autre communauté aux porteurs d'un titre émanant d'une institution d'enseignement de la Communauté française, ne modifient pas l'ordonnancement juridique actuel, puisque tous les porteurs de titres d'une institution d'enseignement belge étaient indistinctement visés. Cet ajout peut sans doute se comprendre comme visant la sécurité juridique pour tenir compte des modifications qui peuvent être apportées dans la dénomination des titres et dans la composition des programmes dans les institutions qui ne relèvent pas de la Communauté française.

3. Selon les articles 1^{er}, 1°, et 2 de l'avant-projet, les articles 11 et 12 du décret du 15 septembre 1994, précité, s'appliquent "en vertu d'une décision des institutions universitaires" aux étudiants porteurs d'un titre délivré par une institution universitaire de la Communauté flamande. Au même titre que ce qui est déjà prévu par les dispositions actuelles des articles précités, le renvoi, dans les dispositions en projet, à une "décision" des autorités universitaires ne peut être interprété comme permettant aux institutions universitaires de la Communauté française de refuser par principe d'inscrire un étudiant porteur d'un titre d'une université de la Communauté flamande.

(1) Actuellement, le décret du 5 septembre 1994, précité, organise seulement une procédure d'équivalence pour les diplômes ou certificats d'études étrangers (article 36).

Par ailleurs, l'auteur du projet doit justifier pourquoi les articles en projet ne visent que les étudiants titulaires d'un titre d'une institution universitaire de la Communauté flamande et non de la Communauté française. L'explication se trouve peut-être dans la circonstance que l'harmonisation des programmes est suffisamment avancée en Communauté française et que toute une série de situations sont déjà réglées par les dispositions actuelles du décret du 5 septembre 1994, précité ou en vertu de celles-ci. Toutefois, si des étudiants qui ont obtenu le grade académique de candidat dans une des universités de la Communauté française pouvaient également se voir imposer des conditions complémentaires en vue de leur inscription dans une autre université de la Communauté française, il conviendrait de modifier ou de compléter l'article 11, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, du décret du 5 septembre 1994, précité. Quoi qu'il en soit, l'exposé des motifs doit s'expliquer à ce sujet.

4. Les dispositions des articles 1^{er}, 1°, 2 et 3, 2°, de l'avant-projet prévoient en outre que les autorités universitaires de la Communauté française "fixent les conditions" auxquelles les étudiants titulaires d'un titre délivré par une institution universitaire de la Communauté flamande ou par un établissement d'enseignement supérieur de la Communauté flamande ou de la Communauté germanophone peuvent être admis. Ces dispositions devraient être formulées de façon à mieux faire apparaître qu'il s'agit de conditions "complémentaires" ² destinées à s'assurer qu'ils ont suivi le programme nécessaire en vue de la poursuite de leurs études et de l'obtention d'un titre dans une université de la Communauté française.

Observations particulières

Dispositif

Article 9

L'article 9 du projet modifie l'arrêté royal du 15 avril 1958 portant statut pécuniaire du personnel enseignant, scientifique et assimilé du ministère de l'Instruction publique.

(2) Comparez avec la formulation de l'article 11, § 1^{er}, alinéas 2 et 3, du décret du 15 septembre 1994, précité.

Dans son avis 31.801/2, donné le 9 juillet 2001, sur un avant-projet de décret devenu le décret du 20 décembre 2001 fixant les règles spécifiques de l'Enseignement supérieur artistique organisé en Écoles supérieures des Arts (organisation, financement, encadrement, statut des personnels, droits et devoirs des étudiants) ³, le Conseil d'État a estimé que l'arrêté royal du 15 avril 1958, précité, ne s'applique qu'à l'enseignement organisé par la Communauté française.

En modifiant uniquement l'arrêté royal, précité, sans prévoir en même temps des dispositions identiques ou analogues pour les deux autres réseaux d'enseignement, le projet ne paraît pas conforme au principe d'égalité inscrit à l'article 24, § 4, de la Constitution.

Cette observation vaut également pour les articles 20, 21, 22, 28 et 29 du projet.

Article 10

Selon le commentaire des articles, l'article 10 du projet a pour objet de régulariser des désignations et nominations faites à une fonction qui n'était pas prévue par un texte légal ou réglementaire. Cet article crée donc cette fonction pour les personnes concernées qui se sont vues refuser le bénéfice d'une pension à hauteur des fonctions pendant la période allant du 1^{er} septembre 1966 au 31 août 1996 (avant la création des hautes écoles).

Le commentaire des articles fait état d'observations de la Cour des comptes qui n'ont pas été transmises au Conseil d'État. Il n'a dès lors pas été possible de vérifier la conformité de cette disposition au principe d'égalité notamment quant aux membres du personnel concernés et à la période prise en considération.

⁽³⁾ Doc. parl., C.C.F., 2001-2002, n° 207.

Article 11

L'article 11, 2°, du projet remplace le "Conseil permanent de l'Enseignement supérieur" par une "commission créée par le Gouvernement" sans préciser s'il s'agit d'une commission existante ou d'une commission à créer par le Gouvernement. Il n'est pas possible de vérifier la constitutionnalité de cette disposition. De toute manière, la création,

la composition, le fonctionnement et les compétences de cette commission doivent être prévus par décret en vertu de l'article 24, § 5, de la Constitution et il n'est dès lors pas permis d'habiliter le Gouvernement à créer cette commission.

L'article 11, 3°, du projet précise les titres requis pour occuper la fonction d'"assistant technique", créée en fonction des spécificités d'un établissement d'enseignement supérieur. Cette fonction prévue par l'article 16 du décret du 19 juillet 1993 organisant l'enseignement supérieur social de type long en communication appliquée ne paraît plus exister depuis l'entrée en vigueur de l'article 130, 18°, du décret du 27 février 2003 établissant les grades académiques délivrés par les hautes écoles organisées ou subventionnées par la Communauté française et fixant les grilles horaires minimales qui a abrogé cet article 16 du décret du 19 juillet 1993, précité. À défaut de couvrir, avec effet rétroactif, une période révolue, cette disposition semble donc ne pas avoir d'objet (voir l'observation formulée sous l'article 69).

Article 13

Le paragraphe en projet ⁴ prévoit une dérogation aux conditions requises pour l'attribution des emplois de maître-assistant chargé de la gestion administrative et juridique d'une haute école ou chargé de la gestion financière et comptable d'une haute école .

⁽⁴⁾ Le texte actuel de l'article 7bis comprend déjà un paragraphe 4, le paragraphe 4 en projet devrait, s'il est maintenu, plutôt faire l'objet d'un nouvel alinéa 2 du paragraphe 3.

Ainsi, les candidats à ces emplois pour les années académiques 2000-2001 et 2001-2002 sont considérés pour toute la durée de leur carrière au sein de ces fonctions comme répondant à la condition du titre requis prévu à l'article 7bis, § 3, 3°, du décret du 25 juillet 1996 relatif aux charges et emplois des hautes écoles organisées ou subventionnées par la Communauté française.

Le commentaire des articles ne donne pas de justification concernant cette dérogation. Le but poursuivi de cette disposition n'est par ailleurs pas clair. La conformité de la disposition en projet avec le principe d'égalité paraît fortement douteuse. Il en est d'autant plus ainsi dans la mesure où cette dérogation n'est pas seulement prévue pour les titulaires de ces fonctions mais est étendue à tous les candidats aux fonctions de maître-assistant chargé de la gestion administrative et juridique ou chargé de la gestion financière et comptable.

Articles 18 et 19

Ces articles ont pour objet de modifier et compléter la liste des titres de capacité spécifiés aux annexes 1 et 2 du décret du 8 février 1999 relatif aux fonctions et titres des membres du personnel des hautes écoles organisées ou subventionnées par la Communauté française à la suite de la création de nouveaux diplômes délivrés par les hautes écoles et les écoles supérieures des Arts. Il s'agit des titres requis pour l'exercice de la fonction de maître de formation pratique (annexe 1 du décret du 8 février 1999, précité) et des titres requis pour l'exercice de la fonction de maître-assistant (annexe 2 du décret du 8 février 1999, précité) ⁵.

Le Conseil d'État ne voit pas pourquoi l'article 18 entrera en vigueur le 1^{er} septembre 2003 alors que l'article 19 produira ses effets à partir du 1^{er} septembre 2002 (voir également l'observation formulée sous l'article 69 du projet). Le commentaire des articles ne prévoit pas de précision à ce sujet. Cette distinction ne paraît dès lors pas justifiée.

⁽⁵⁾ Voir les articles 5 et 6 du décret du 8 février 1999, précité.

Articles 20 à 22

Il est renvoyé à l'observation formulée sous l'article 9 du projet.

Articles 23 à 25

Selon le commentaire des articles, les articles 23 à 25 du projet prévoient des modifications à l'arrêté royal du 22 avril 1969 qui fixe les titres requis pour certains membres du personnel des établissements d'enseignement de la Communauté française pour maintenir les conditions de titre et les règles de détermination de l'expérience utile pour les membres du personnel visés par l'article 469 du décret du 20 décembre 2001, précité.

Dans la mesure où ces articles ne s'appliquent qu'à l'enseignement organisé par la Communauté française, il paraît nécessaire de prévoir des règles identiques ou analogues pour les deux autres réseaux d'enseignement à défaut de quoi le principe d'égalité ne sera pas respecté.

Articles 28 et 29

L'article 28 précise le mode de rétribution des membres du personnel désignés à titre temporaire à durée indéterminée des Écoles supérieures des Arts et l'article 29 fixe les modalités de paiement des assistants et des conférenciers en modifiant l'arrêté royal n° 63 du 20 juillet 1982.

Le champ d'application de cet arrêté royal s'étend aux membres du personnel soumis à l'arrêté royal du 15 avril 1958, précité. Les articles 28 et 29 du projet appellent, dès lors, la même observation que celle formulée sous l'article 9 du projet.

Article 33

Cette disposition règle une modalité d'élection de représentants d'une commission. Le Conseil d'État n'aperçoit ni l'utilité, ni la justification de faire rétroagir pareille disposition.

Articles 36 et 38

Les articles 72 et 78 du décret du 20 décembre 2001, précité, définissent la charge à prestations complètes des conférenciers en heures par semaine (20 heures par semaine), divisible en vingtième de charge ce qui correspond à 30 heures par année.

Selon le commentaire des articles, les articles 36 et 38 du projet modifient la définition de la charge à prestations complètes des conférenciers en heures/années "afin de permettre à ces intervenants ponctuels de pouvoir concentrer leurs activités sur de courtes durées". Néanmoins, les articles du projet ont également pour effet d'augmenter avec effet rétroactif (voir l'article 69) le nombre d'heures par unité en précisant que la charge complète est de 600 heures par année, divisible en six centièmes de charge ce qui correspond à 36 heures par année ⁶. Le Conseil d'État s'interroge si les articles en projet répondent bien à l'intention des auteurs du projet.

Articles 40, 52 et 58

Selon ces articles, un appel public aux candidats ne sera plus nécessaire pour les mandats de conférenciers lorsqu'ils ne sont pas engagés pour assurer un cours dans l'enseignement.

Cette dérogation ne semble pas conforme au principe d'égalité dans la mesure où ces mandats sont soumis à toutes les autres règles statutaires fixées par le décret du 20 décembre 2001, précité.

⁽⁶⁾ alors qu'il faudrait prévoir que la charge est divisible en cinq centièmes de charge pour maintenir le même nombre d'heures par an

Articles 42, 53 et 59

Selon le commentaire des articles, les articles 108, § 2, 233, § 2, et 363, § 2, du décret du 20 décembre 2001, précité, sont complétés pour permettre la désignation des assistants en 2002-2003 car la procédure prévue n'a pas pu être mise en oeuvre pendant cette année académique. En même temps, les articles 42, 53 et 59 du projet prévoient que ces désignations n'entrent pas en ligne de compte dans le terme des "mandats" fixé aux articles 108, § 2, 233, § 2, et 363, § 2, du décret du 20 décembre 2001, précité (calcul de la durée des désignations).

Les raisons pour lesquelles ces désignations n'ont pu être mises en oeuvre ne sont pas décrites dans l'exposé des motifs ou le commentaire des articles. Il n'est dès lors pas possible de se prononcer sur la constitutionnalité de ces dispositions. En outre, le dossier ne contient aucune justification pour ce qui concerne l'exception prévue pour le calcul de la durée de ces désignations.

Articles 44, 54 et 60 ⁷

Selon le commentaire des articles, le mandataire ne pourra pas prendre les congés et les disponibilités énumérées aux articles 44, 54 et 60 du projet car ils entraîneraient une absence de trop longue durée du mandataire, inconciliable avec l'exercice d'un mandat.

Cette liste est exhaustive. Néanmoins, elle paraît incomplète car elle ne contient par exemple pas le congé pour activité syndicale ou le congé pour activité dans un cabinet ministériel ou dans une cellule stratégique. Par contre, le mandataire ne pourra pas obtenir un congé pour suivre des cours, se préparer à passer et subir des examens ou un congé pour subir les épreuves prévues à l'arrêté royal du 22 mars 1969, précité, ce qui semble tout à fait disproportionné.

⁽⁷⁾ Ces trois articles doivent viser respectivement les articles 124*bis*, 251*bis* et 381*bis*, en projet et non pas le seul article 124*bis* comme le fait le projet soumis au Conseil d'État.

Pour être conforme au principe d'égalité, ces listes doivent contenir toutes les formes de congés ou de disponibilités qui entraînent une absence de plus ou moins longue durée et uniquement celles-ci.

Article 45

Cette disposition est inutile, la modification proposée figurant déjà dans le texte actuel de l'article 128.

Articles 47, 55 et 61

Ces articles qui modifient les articles 163, 278 et 410 du décret du 20 décembre 2001, précité, applicables respectivement à l'enseignement organisé par la Communauté française, l'enseignement officiel subventionné et l'enseignement libre subventionné n'ont pas le même contenu.

En l'absence d'une justification objective, ils ne seraient pas conformes au principe d'égalité inscrit à l'article 24, § 4, de la Constitution ⁸.

Article 64

Selon le commentaire des articles, l'article 64, 2°, précise la manière dont les dispositions de l'article 163 du décret du 20 décembre 2001 relatives au calcul de l'ancienneté de service doivent être appliquées aux titulaires d'une fonction non exclusive. L'article 461 du même décret est complété pour prévoir que cette ancienneté est admissible sans restriction quel que soit le volume de la charge.

⁽⁸⁾ Voir par exemple, arrêt de la Cour d'arbitrage n° 104/2001 du 13 juillet 2001, considérant B.5.

Compte tenu du fait que l'article 163 du décret du 20 décembre 2001, précité, ne s'applique qu'à l'enseignement organisé par la Communauté française, la disposition en projet ne s'appliquera pas à l'enseignement officiel subventionné (article 278 du décret précité) et à l'enseignement libre subventionné (article 410 du décret précité). Le respect du principe d'égalité implique que le régime prévu à l'article 461, § 5, en projet, soit étendu aux deux autres réseaux d'enseignement. Dans le cas contraire, il convient de justifier l'absence de cette extension à ces deux réseaux.

Article 68

Cette disposition introduit un système de subventionnement dérogatoire pour certaines catégories d'établissements scolaires visés par la loi du 29 mai 1959 modifiant certaines dispositions de l'enseignement.

Il semble que la disposition en projet soit rédigée de manière erronée. En effet, elle se réfère à l'article 21, alinéa 2, du décret du 12 juillet 2001 visant à améliorer les conditions matérielles des établissements de l'enseignement fondamental et secondaire pour établir le montant des subventions de fonctionnement. Or, cet article ne fixe qu'une formule d'indexation. La référence fait donc double emploi avec la fin de l'article 68 de l'avant-projet, qui établit aussi une formule d'indexation. Par contre, l'établissement du montant des subventions de fonctionnement n'est pas fixé par la disposition en projet.

Par ailleurs, ni l'exposé des motifs ni le commentaire des articles ne justifient, au regard du principe d'égalité, pourquoi il est indispensable de déterminer une méthode de calcul spécifique des subventions de fonctionnement octroyées aux catégories d'établissements d'enseignement visés.

Le Conseil d'État n'est en mesure ni d'identifier le mode de calcul retenu, ni d'apprécier le respect du principe d'égalité.

Article 69

Toutes les dispositions du projet rétroagissent soit au 1^{er} septembre 2002, soit au 1^{er} janvier 2003, soit au 1^{er} septembre 2003 . Le Conseil d'État rappelle à cet égard que la rétroactivité ne peut avoir pour effet de toucher aux droits acquis.

Par contre, il faudrait faire rétroagir certaines dispositions du projet au-delà du 1^{er} septembre 2002 pour leur donner un effet utile. Il s'agit notamment des articles 10, 11, 3°, 13, 16, 1°, du projet ainsi que de toutes les dispositions du projet qui ont pour objet de corriger des erreurs matérielles. Par ailleurs, rien ne justifie de faire entrer en vigueur des dispositions ayant un contenu analogue à des dates différentes (voir articles 18 et 19).

L'article 69 doit, dès lors, être fondamentalement revu.

La chambre était composée de

Messieurs	Y. KREINS,	président de chambre,
	J. JAUMOTTE,	conseillers d'État,
Madame	M. BAGUET,	
Monsieur	F. DELPÉRÉE,	assesseur de la section de législation,
Madame	B. VIGNERON,	greffier.

Les rapports ont été présentés par MM. X. DELGRANGE, auditeur et R. WIMMER, auditeur adjoint.

LE GREFFIER,

LE PRÉSIDENT,

B. VIGNERON

Y. KREINS