

ROYAUME DE BELGIQUE

AVIS 36.243/4

DE LA SECTION DE LÉGISLATION DU CONSEIL D'ÉTAT

Le CONSEIL D'ÉTAT, section de législation, quatrième 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 9 décembre 2003, d'une demande d'avis, dans un délai de trente jours, sur un avant-projet de décret "relatif au statut administratif des membres des personnels des établissements organisés par la Communauté française qui exercent leurs fonctions dans l'enseignement de promotion sociale", a donné le 5 janvier 2004 l'avis suivant :

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. Selon son exposé des motifs, le présent avant-projet de décret vise à remplacer les six zones d'affectation par huit zones et à définir la notion de vacance d'emploi afin de cerner tous les cas de figure rencontrés dans l'enseignement de promotion sociale. En outre, la notion de temporaire prioritaire est remplacée par celle de temporaire protégé pour stabiliser les membres du personnel dans l'établissement où ils travaillent indépendamment de la nature de l'emploi qu'ils occupent.

Par ailleurs, l'avant-projet de décret reprend les mécanismes prévus par le décret du 27 février 2003 portant des mesures transitoires en vue de la nomination de membres du personnel de l'enseignement de promotion sociale titulaires d'une fonction de recrutement.

2. Les dispositions de l'avant-projet de décret doivent s'apprécier à la lumière de l'article 24, § 4, de la Constitution qui dispose :

"Tous les élèves ou étudiants, parents, membres du personnel et établissements d'enseignement sont égaux devant la loi ou le décret. La loi ou le décret prennent en compte les différences objectives, notamment les caractéristiques propres à chaque pouvoir organisateur, qui justifient un traitement approprié."

.../...

2.1. D'une part, pour garantir le respect du principe d'égalité et de non-discrimination entre catégories d'enseignants d'un même réseau, 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'État, des internats dépendant de ces établissements et des membres du personnel du service d'inspection chargé de la surveillance de ces établissements, qui a été rendu applicable aux membres du personnel de l'enseignement de promotion sociale depuis le 1^{er} janvier 1998 ⁽¹⁾, continue à s'appliquer à ces membres du personnel. L'avant-projet de décret ne fait qu'y apporter un certain nombre d'aménagements qui ont paru s'expliquer par la spécificité de l'enseignement de promotion sociale.

Ainsi, selon l'exposé des motifs :

"Le statut des agents de l'enseignement de promotion sociale du réseau de la Communauté française est fixé par l'arrêté royal du 22 mars 1969 (...). La mise en oeuvre du statut n'a pas été possible notamment parce qu'une série de notions fondamentales n'ont jamais pu s'incarner correctement. Ainsi, l'arrêté du Gouvernement de la Communauté française du 6 juin 2000 portant désignation des présidents et membres du personnel composant les commissions zonales d'affectation de l'enseignement de promotion sociale créées en application de l'article 14^{septies} de l'arrêté royal du 22 mars 1969 précité n'a jamais été suivi d'effet, et les commissions zonales n'ont jamais pu être réunies." ⁽²⁾.

⁽¹⁾ par l'arrêté du Gouvernement de la Communauté française du 12 janvier 1998 modifiant certaines dispositions relatives au statut administratif des membres du personnel directeur et enseignant, du personnel auxiliaire d'éducation, du personnel paramédical, du personnel psychologique et du personnel social des établissements d'enseignement gardien, primaire, spécial, moyen, technique et artistique de la Communauté française, des internats dépendant de ces établissements et des membres du service d'inspection chargé de la surveillance de ces établissements.

⁽²⁾ Il va de soi que cette justification n'est valable que si les difficultés administratives invoquées par l'auteur du projet émanent directement de l'application du statut des membres du personnel de l'enseignement de promotion sociale et non pas d'une mauvaise exécution de ce statut par les services du Gouvernement.

2.2. D'autre part, l'avant-projet de décret examiné ne modifie que la réglementation relative aux membres du personnel des établissements organisés par la Communauté française.

Dans son avis 28.733/2 du 1^{er} mars 1999 ⁽³⁾, le Conseil d'État a relevé à ce sujet :

"Le principe d'égalité et de non-discrimination s'applique, en matière statutaire, entre les différents réseaux.

Selon la Cour d'arbitrage,

«pour justifier, au regard de la règle d'égalité et de non-discrimination, une différence de traitement entre les membres du personnel des réseaux d'enseignement, il ne suffit pas d'indiquer l'existence de différences objectives entre ces membres du personnel. Il doit encore être démontré qu'à l'égard de la matière réglée, la distinction alléguée est pertinente pour justifier raisonnablement une différence de traitement.» ⁽⁴⁾.

Dans cette optique, comme la section de législation du Conseil d'État l'a relevé à différentes reprises (...), lorsqu'il modifie le statut des membres du personnel d'un réseau d'enseignement, l'auteur du projet doit veiller notamment à expliquer dans l'exposé des motifs les différences de rédaction qui existent par rapport aux statuts des autres réseaux et qui sont justifiées par des raisons tenant aux caractéristiques propres de chaque statut; (...).

Il appartient à l'auteur du projet de donner dans l'exposé des motifs des explications pertinentes permettant de rencontrer l'objection. Plus particulièrement, il convient que de telles explications :

- 1° indiquent quelle est au juste, à propos des questions d'expérience et d'ancienneté en cause, la spécificité de l'enseignement de la Communauté française ou des personnes qui y sont employées;
- 2° montrent que l'exposé précis de cette spécificité est indispensable pour pouvoir justifier des règles distinctes de celles qui s'appliquent déjà dans les autres réseaux. Le commentaire de chacune de ces dispositions doit, en outre, comporter ces justifications."

⁽³⁾ Avis 28.733/2 du 1^{er} mars 1999 sur un avant-projet de décret devenu le décret du 17 mai 1999 relatif au statut administratif des membres du personnel et enseignant et du personnel auxiliaire d'éducation des établissements d'enseignement de promotion sociale de la Communauté française (Doc. C.C.F., 1998-1999, n° 308/1).

⁽⁴⁾ C.A., arrêt n° 38/96 du 27 juin 1996, Moniteur belge, 9 août 1996, p. 21.289, considérant B.5.3.

L'exposé des motifs précise :

"Contrairement aux autres réseaux d'enseignement, les membres du personnel n'ont pu être nommés à titre définitif dans l'enseignement de promotion sociale de la Communauté française que par plusieurs mesures transitoires, la première datant de 1993, la dernière venant d'être prise par le décret du 27 février 2003 portant des mesures transitoires en vue de la nomination de membres du personnel de promotion sociale titulaires d'une fonction de recrutement. Certains agents temporaires comptabilisent en effet à ce jour jusqu'à 29 années de désignation consécutives, et plusieurs d'entre eux vont arriver bientôt à la pension. La Communauté française se devait donc de régler les cas humains en nommant ces agents temporaires à titre définitif dans la ou les fonctions qu'ils assument depuis des années, et en proposant le plus vite possible les modifications nécessaires à l'arrêté royal du 22 mars 1969 précité afin de régler définitivement les questions statutaires dans cet enseignement."

Cette explication n'est pas suffisante. Elle se borne à relever les motifs qui ont amené le législateur communautaire à adopter le décret du 27 février 2003 précité mais ne donnent pas de précisions quant aux modifications apportées à l'arrêté royal du 22 mars 1969 et aux autres arrêtés royaux concernés par le décret en projet. Il s'agit plus particulièrement des motifs qui nécessitent dans l'enseignement de promotion sociale organisé par la Communauté française :

- 1° une nouvelle définition de la notion d'emploi vacant;
- 2° le remplacement de la notion de temporaire prioritaire par celle de temporaire protégé;
- 3° la pérennisation des mécanismes prévues par le décret du 27 février 2003 précité.

Il convient donc que l'exposé des motifs et le commentaire des articles (qui ne donne qu'une motivation tautologique) exposent les différences objectives entre les réseaux d'enseignement qui justifient de manière adéquate et proportionnée ce traitement différencié ⁽⁵⁾.

⁽⁵⁾ Ce qui implique que les lignes essentielles des autres régimes y apparaissent.

Observations particulières

Article 3

En définissant les zones d'affectation par référence aux instituts d'enseignement de promotion sociale, la création ou la fermeture d'instituts d'enseignement devra à l'avenir faire l'objet d'une modification du décret. Mieux vaut s'inspirer de l'article 14^{quinquies} actuel qui définit les zones par référence aux régions géographiques.

Article 7

Le comité de concertation de base a été créé par la loi du 19 décembre 1974 organisant les relations entre les autorités publiques et les syndicats des agents relevant de ces autorités et est organisé par l'arrêté royal du 28 septembre 1984 portant exécution de cette loi.

Ces textes ont défini les missions qui incombent au comité de concertation de base. Eu égard à l'article 87, § 5, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, il n'appartient pas à la Communauté française de confier de nouvelles missions au comité de concertation de base.

En conséquence, l'intervention du comité de concertation de base, prévue par l'article 17^{ter} en projet, n'est pas admissible.

Cette observation vaut également pour l'article 27 (article 46^{quater} en projet).

Article 13

À l'article 31^{ter}, alinéa 1^{er}, 5°, en projet, plutôt que de renvoyer à l'article 20 de l'arrêté royal du 22 mars 1969 précité, mieux vaudrait préciser dans un alinéa distinct les conditions dans lesquelles le ministre peut désigner à titre temporaire un candidat qui n'est pas porteur du titre fixé en rapport avec la fonction à conférer.

.../...

Article 19

Le terme "jour ouvré" qui semble être utilisé pour la première fois dans un texte relatif à l'enseignement signifie, selon le "petit Robert", "où l'on travaille effectivement", alors qu'à l'article 31^{ter}, alinéa 1^{er}, 5°, en projet (article 13 du projet) il est question de 450 jours de service.

Il y a lieu d'utiliser une terminologie uniforme.

Cette observation vaut également pour l'article 27 (articles 46^{novies} et 46^{decies} en projet).

Article 27

1. Il est d'usage qu'un article distinct soit consacré à chacune des dispositions de nature législative qui doivent être 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.

2. L'article 46^{bis}, alinéa 1^{er}, 9°, en projet, prévoit ce qui suit :

"9° ne pas avoir dépassé la limite d'âge de 55 ans, sauf dispense accordée par le Gouvernement; le cas échéant, cette limite d'âge peut être relevée du nombre d'années que l'intéressé peut faire valoir pour l'ouverture du droit à une pension à charge du Trésor public;"

Cette disposition s'inspire de l'article 31, alinéa 1^{er}, 11°, de l'arrêté royal du 22 mars 1969 ⁽⁶⁾.

Des dispositions similaires s'appliquent à d'autres catégories de membres du personnel.

⁽⁶⁾ Au cours de la négociation syndicale, l'autorité a justifié cette limite d'âge maximale de la manière suivante : "ce qui figure ici est dupliqué sur le 11° du statut du 22 mars 1969" (Annexe au procès-verbal de la réunion du 25 novembre 2003, p. 17).

Ce constat ne suffit pas à justifier la reproduction de la même limite d'âge. En effet, la directive européenne 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail qui s'applique aux conditions d'accès à l'emploi tant du secteur privé que du secteur public interdit notamment les discriminations directes et indirectes fondées sur l'âge, prévoit en son article 4.1. :

"(...), les États membres peuvent prévoir qu'une différence de traitement fondée sur une caractéristique liée à l'un des motifs visés à l'article 1^{er} (notamment l'âge) ne constitue pas une discrimination lorsque, en raison de la nature d'une activité professionnelle ou des conditions de son exercice, la caractéristique en cause constitue une exigence professionnelle essentielle et déterminante, pour autant que l'objectif soit légitime et que l'exigence soit proportionnée."

Cette directive a été transposée en droit belge par la loi du 25 février 2003 tendant à lutter contre la discrimination et modifiant la loi du 15 février 1993 créant un Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme en prévoyant notamment dans son article 2, §§ 4 et 5, que, pour les "conditions d'accès au travail (...), y compris les critères de sélection et les conditions de recrutement, (...), tant dans le secteur privé que public" et "la nomination ou la promotion d'un fonctionnaire ou l'affectation d'un fonctionnaire à un service", il n'y a pas de discrimination fondée sur un des motifs de discrimination visé à l'article 2, § 1^{er}, de cette loi, "lorsque, en raison de la nature de l'activité professionnelle ou des conditions de son exercice, la caractéristique en cause constitue une exigence professionnelle essentielle et déterminante, pour autant que l'objectif soit légitime et que l'exigence soit proportionnée".

Cependant la loi du 13 février 1998 portant des dispositions en faveur de l'emploi, qui compte tenu de son objet particulier constitue une *lex specialis* par rapport à la loi du 25 février 2003 précitée et qui s'applique également aux pouvoirs publics, est plus sévère sur ce point car elle interdit la fixation d'une limite d'âge maximale lors du recrutement et de la sélection (articles 2 à 11 de la loi) en prévoyant en son article 4, § 1^{er}, comme seule exception à l'interdiction "de fixer une limite d'âge maximale à partir de laquelle un candidat ne peut plus poser sa candidature" (article 3, § 1^{er}), que cette interdiction "n'est pas d'application pour le recrutement de personnel lorsque la limite d'âge maximale est imposée par une disposition légale".

.../...

La question se pose dès lors de savoir si la Communauté peut par décret prévoir une telle exception.

Dans son avis 30.462/2 ⁽⁷⁾, le Conseil d'État a relevé ce qui suit :

"Si l'autorité fédérale ne peut interdire directement les discriminations dans les matières qui relèvent de la compétence des Communautés et des Régions, une telle discrimination peut, cependant, résulter de l'exercice par l'autorité fédérale de ses compétences en matière, notamment, de droit civil, de droit commercial ou de droit du travail (...). Ainsi, l'interdiction des clauses contractuelles contenant une discrimination, prévue à l'article 9 de la proposition s'applique également aux contrats conclus dans des matières relevant des Communautés et des Régions, à tout le moins jusqu'à ce que ces dernières prennent des dispositions spécifiques sur le fondement de leurs compétences implicites, lorsque les conditions pour ce faire sont réunies."

En vertu de l'article 6, § 1^{er}, VI, alinéa 5, 12°, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, l'autorité fédérale reste seule compétente pour le droit du travail ⁽⁸⁾.

En conclusion, l'article 46bis, alinéa 1^{er}, 9°, en projet, doit être omis ⁽⁹⁾.

Article 64

Il faut ajouter les mots "de l'arrêté royal du 22 mars 1969 précité" après les mots "l'ordre fixé par l'article 26ter".

⁽⁷⁾ Avis 30.462/2 du 16 novembre 2000 sur une proposition de loi devenue la loi du 25 février 2003 précitée (Doc. parl., Sénat, 1999-2000, n° 2-12/2).

⁽⁸⁾ Voy en ce sens l'arrêt n° 6/93 du 27 janvier 1993, considérant 2.B.4.

⁽⁹⁾ Par ailleurs, l'attention de l'auteur du projet est attirée sur la nécessité d'adapter sur ce point les règles statutaires applicables aux autres catégories de membres du personnel et ce afin de respecter le principe d'égalité.

La chambre était composée de

Madame	M.-L. WILLOT-THOMAS,	président de chambre,
Messieurs	P. LIÉNARDY, P. VANDERNOOT,	conseillers d'État,
	B. GLANSDORFF,	assesseur de la section de législation,
Madame	C. GIGOT,	greffier.

Le rapport a été présenté par M. R WIMMER, auditeur adjoint.

LE GREFFIER,

LE PRÉSIDENT,

C. GIGOT

M.-L. WILLOT-THOMAS