

AW

ROYAUME DE BELGIQUE

AVIS 38.139/2

DE LA SECTION DE LÉGISLATION DU CONSEIL D'ÉTAT

Le CONSEIL D'ÉTAT, section de législation, deuxième chambre, saisi par le Ministre de l'Enseignement et de la Recherche scientifique de la Communauté germanophone, le 11 février 2005, d'une demande d'avis, dans un délai de trente jours, sur un avant-projet de décret "portant des mesures en matière d'enseignement - 2005", a donné le 2 mars 2005 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 de l'avant-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, l'avant-projet appelle les observations ci-après.

Observation générale

Les articles 23 à 28 de l'avant-projet de décret visent à parfaire la transposition des directives 92/85/CEE du Conseil des Communautés européennes du 19 octobre 1992 concernant la mise en oeuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleuses enceintes, accouchées ou allaitantes au travail et 96/34/CE du Conseil des Communautés européennes du 3 juin 1996 concernant l'accord-cadre sur le congé parental conclu par l'UNICE, le CEEP et la CES.

En vertu de l'article 14.2 de la directive 92/85/CEE et de l'article 2.3 de la directive 96/34/CE, les dispositions adoptées par les États membres doivent contenir une référence à ces deux directives ou être accompagnées d'une telle référence à ces directives. Pour les textes de nature législative, il est préférable de consacrer un article du dispositif à cette référence.

En outre, les États membres ont l'obligation de communiquer à la Commission européenne les dispositions qu'ils adoptent dans le domaine régi par la directive 92/85/CEE (article 14.3 de cette directive) et d'informer la Commission européenne des mesures qu'ils prennent pour garantir les résultats imposés par la directive 96/34/CE (article 2.1 de cette directive).

Cette observation est formulée sous réserve de celle qui est émise à propos des articles 23 à 27.

.../...

Observations particulières

Dispositif

Article 1^{er}

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 Parlement de la Communauté germanophone de procéder à la discussion, au dépôt d'amendements éventuels et au vote article par article.

La même observation vaut pour les articles qui procèdent de la même manière, notamment les articles 6 et 11 de l'avant-projet.

Articles 1^{er}, 2, 10 et 12

Le paragraphe 2*bis* de l'article 41, en projet, de l'arrêté royal du 15 avril 1958 ⁽¹⁾ (article 1^{er}, 5^o de l'avant-projet) et l'article 32, § 3, en projet, de l'arrêté royal du 10 mars 1965 ⁽²⁾ (article 2 de l'avant-projet) énoncent :

"Le pouvoir organisateur peut imposer aux membres du personnel qui ne prestent pas un horaire complet mais au moins la moitié d'un horaire complet une charge supplémentaire d'une heure non rémunérée."

La même règle est prévue à l'alinéa 3 de l'article 9, § 3, en projet, du décret du 25 juin 1996 ⁽³⁾ (article 12 de l'avant-projet) et une règle similaire est également reprise au deuxième tiret de l'article 2, § 4, en projet, de l'arrêté royal du 29 août 1985 ⁽⁴⁾ (article 10 de l'avant-projet).

⁽¹⁾ Arrêté royal du 15 avril 1958 portant statut pécuniaire du personnel enseignant, scientifique et assimilé du Ministère de l'Instruction publique.

⁽²⁾ Arrêté royal du 10 mars 1965 portant statut pécuniaire du personnel des cours à horaire réduit relevant du Ministère de l'Éducation nationale et de la Culture.

⁽³⁾ Décret du 25 juin 1996 de la Communauté germanophone relatif à l'organisation d'un enseignement à horaire réduit dans l'enseignement secondaire professionnel ordinaire.

⁽⁴⁾ Arrêté royal du 29 août 1985 portant harmonisation des dispositions des statuts pécuniaires applicables au personnel enseignant et assimilé de l'enseignement de plein exercice et de promotion sociale ou à horaire réduit.

Selon l'exposé des motifs,

"L'on sait que des membres du personnel occupés à temps plein peuvent être obligés par le pouvoir organisateur de prêter des heures supplémentaires non rémunérées (la «plage horaire»). Cette obligation n'existait pas jusqu'à présent pour les membres du personnel occupés à temps partiel. Le présent décret global lève cette inégalité. Au niveau scolaire, cette mesure permet de créer des heures supplémentaires qui ne doivent naturellement pas être considérées comme du capital périodes régulier étant donné qu'elles ne sont pas rémunérées. La flexibilité organisationnelle des écoles s'en trouve accrue."

Le nombre d'heures ou de périodes à prêter par les membres du personnel est actuellement fixé dans des textes épars, soit par référence à un nombre d'heures de travail à prêter par semaine ⁽⁵⁾, soit par référence à un nombre minimum et maximum de périodes de travail à prêter par semaine (plage horaire) ⁽⁶⁾.

⁽⁵⁾ Voir, par exemple, l'article 73 du décret du 26 avril 1999 relatif à l'enseignement fondamental ordinaire qui prévoit que le temps de travail du correspondant-comptable est de 36 heures de 60 minutes.

⁽⁶⁾ Voir, par exemple, les articles 74 à 76 du décret du 26 avril 1999, précité, qui précisent que les prestations des membres du personnel enseignant fournies au sein de l'école sont de 26 heures de 60 minutes au plus et comprennent :

- la prestation d'enseignement à fournir dans le cadre de la période de cours concernée (l'instituteur primaire dispense de 24 à 26 périodes de cours, l'instituteur maternel, le maître spécial d'éducation physique et le maître spécial de religion ou de morale dispensent de 24 à 28 périodes de cours),
- la surveillance imposée par le pouvoir organisateur,
- la surveillance assurée volontairement
- et d'autres prestations fournies par le membre du personnel conformément au décret du 31 août 1998 relatif aux missions confiées aux pouvoirs organisateurs et au personnel des écoles et portant des dispositions générales d'ordre pédagogique et organisationnel pour les écoles ordinaires.

Voir également l'article 2 de l'arrêté royal n° 297 du 31 mars 1984 relatif aux charges, traitements, subventions-traitements et congés pour prestations réduites dans l'enseignement et les centres psycho-médico-sociaux qui énonce :

"§ 1^{er}. Dans l'enseignement secondaire de plein exercice, le nombre minimum de périodes requis pour constituer une fonction à prestations complètes est porté à 22, là où il est actuellement fixé à 21 dans l'arrêté royal du 15 mai 1958 fixant les échelles des grades du personnel enseignant, scientifique et assimilé du Ministère de l'Instruction publique.

Le nombre maximum de périodes est fixé à 24, le nombre diviseur à 22 pour les fonctions incomplètes et à 25 pour les fonctions accessoires.

§ 2. Dans l'enseignement secondaire de plein exercice, le nombre minimum de périodes requis pour constituer une fonction à prestations complètes est porté à 20, là où il est actuellement fixé à 19 dans l'arrêté royal du 15 mai 1958 susvisé.

Le nombre maximum de périodes est fixé à 22, le nombre diviseur à 20 pour les fonctions incomplètes et à 25 pour les fonctions accessoires."

Dès lors que les heures prestées par un membre du personnel occupé dans l'enseignement le sont dans le cadre de l'horaire normal de travail et se situent donc dans les limites du régime de travail applicable (que ce soit par référence à un nombre fixe d'heures de travail ou à un nombre minimum et maximum de périodes de travail à prester par semaine - dont un certain nombre à prester au sein de l'école), ces heures ne peuvent être considérées comme des "heures supplémentaires" au sens usuel de ces termes, c'est-à-dire comme des heures prestées en sus de l'horaire normal de travail. Pour les mêmes raisons, ces heures ne peuvent être qualifiées de "non rémunérées", puisqu'elles sont couvertes par le traitement octroyé au membre du personnel compte tenu de l'horaire normal de travail qu'il preste.

Dans cette mesure, les dispositions en projet précitées ⁽⁷⁾ doivent être omises.

En revanche, compte tenu de la diversité des textes applicables en la matière, il conviendrait que l'auteur de l'avant-projet procède à une clarification de l'ensemble des textes et veille à ce que les textes applicables aux membres du personnel occupés dans l'enseignement prévoient précisément, tant pour ceux qui sont occupés à temps plein que pour ceux qui le sont à temps partiel, le régime de travail qui leur est applicable en définissant, selon le cas, soit une durée hebdomadaire fixe de travail, soit un nombre d'heures minimum et maximum de travail par semaine ⁽⁸⁾. Pour ce qui concerne

⁽⁷⁾ Article 41, § 2*bis*, en projet, de l'arrêté royal du 15 avril 1958 (article 1^{er}, 5°, de l'avant-projet); article 32, § 3, en projet, de l'arrêté royal du 10 mars 1965 (article 2 de l'avant-projet); article 9, § 3, alinéa 3, en projet, du décret du 25 juin 1996 (article 12 de l'avant-projet); article 2, § 4, deuxième tiret, en projet, de l'arrêté royal du 29 août 1985 (article 10 de l'avant-projet).

⁽⁸⁾ Voir, par exemple, les articles 20, alinéa 2, 23, alinéa 2, et 30, alinéa 2, de l'arrêté royal du 15 janvier 1974 pris en application de l'article 160 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, artistique et normal 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. En application de ces dispositions, le membre du personnel autorisé à exercer ses fonctions par prestations réduites "est tenu d'accomplir, chaque semaine, (...) la moitié de la durée des prestations complètes qui sont normalement imposées pour la fonction qu'il exerce", ce qui permet de considérer que le calcul du nombre d'heures ou de périodes à prester est fait d'une manière proportionnelle, tant sur base du nombre minimum que sur base du nombre maximum.

la détermination du régime de travail applicable au personnel occupé à temps partiel, il y aura lieu de satisfaire au principe d'égalité consacré par l'article 24, § 4 de la Constitution et il sera par conséquent fait application de la règle de proportionnalité, par rapport au régime de travail applicable au personnel occupé à temps plein.

Article 4

Il est renvoyé à un arrêté royal du 27 avril 1971 sans indiquer son intitulé. Il apparaît d'ailleurs qu'il faudrait en réalité viser l'arrêté royal du 16 avril 1965 portant création du diplôme de gradué en kinésithérapie et du diplôme de gradué en ergothérapie et fixation des conditions de collation de ces diplômes.

Cet article doit dès lors être adapté.

Article 11

L'article 11, 3°, de l'avant-projet de décret introduit un article *53quater* dans le décret du 27 juin 1990 fixant la façon de déterminer les fonctions du personnel dans l'enseignement spécial qui, dans son paragraphe 3, prolonge la durée du blocage du capital-périodes pour une période supplémentaire de deux années scolaires au-delà des années scolaires 2003-2004 et 2004-2005, prévues initialement par les articles 21 (qui insère un article *5ter* dans le décret du 27 juin 1990, précité) et 47, alinéa 7 (qui détermine la durée de validité de cette mesure), du décret du 30 juin 2003 portant des mesures urgentes en matière d'enseignement 2003.

Dans son avis 35.058/2, donné le 23 avril 2003, sur un avant-projet devenu le décret du 30 juin 2003, précité ⁽⁹⁾, la section de législation du Conseil d'État a relevé qu'au regard de l'article 24, §§ 1^{er} et 4, de la Constitution, le blocage durant quatre années scolaires du capital-emplois et du capital-périodes posait problème, car le blocage pendant cette période relativement longue "aura pour effet de sanctionner les écoles dont le nombre d'élèves augmente que ce soit grâce à la qualité de leur enseignement ou pour d'autres raisons" et que "l'avant-projet risque de porter atteinte au libre choix de l'école et à la liberté de l'enseignement".

⁽⁹⁾ Doc. C.C.G., 2002-2003, n° 135/1.

Les paragraphes 1^{er} et 2 de l'article 53^{quater} en projet visent à apporter une dérogation à ce blocage dans le cas où l'école spéciale compte, dans une implantation, 5 % d'élèves en plus qu'au 30 septembre 2003. Cette mesure adoucit dès lors partiellement le blocage du capital-emplois et du capital-périodes.

Selon l'exposé des motifs,

"(...) la population scolaire des écoles spéciales pour l'année scolaire 2004-2005 a légèrement augmenté et une nouvelle augmentation pour la prochaine année scolaire poserait problème dans les implantations concernées. C'est pourquoi il faudrait au moins pouvoir améliorer la situation au niveau du personnel.

Toutefois, l'on ne peut pas simplement en revenir au système applicable avant le gel du capital périodes étant donné qu'avant 2002-2003, tous les élèves nécessitant un soutien accru étaient inscrits dans une école spéciale et y donnaient droit proportionnellement à un capital-périodes. Depuis l'année scolaire 2004-2005, ces élèves ne sont plus inscrits dans les écoles spéciales, de sorte qu'un retour à l'ancien système entraînerait une diminution du capital périodes, ce qui n'est naturellement pas le sens et l'effet recherché. Il fallait donc créer un nouveau système de calcul, mais pour créer un tel système - qui devrait être juste tant pour les élèves des écoles spéciales que pour les élèves nécessitant un soutien accru inscrits dans les écoles ordinaires - il faut d'une part consolider la situation dans l'enseignement fondamental et d'autre part accumuler davantage d'expériences dans l'enseignement secondaire que ce qui n'a été fait jusqu'à présent."

Ces justifications paraissent admissibles au regard de l'article 24, §§ 1^{er} et 4, de la Constitution.

Article 15

Selon le commentaire de l'article,

"Durant les années scolaires 2005-2006 à 2007-2008 ne peuvent avoir lieu dans l'ensemble de l'enseignement fondamental aucune nomination à titre définitif (enseignement libre subventionné), aucun engagement (enseignement officiel subventionné) ni aucune admission au stage (enseignement communautaire). Ceci vaut pour les fonctions de recrutement. Le gel vaut pour toute forme de nomination, donc aussi pour les compléments d'horaire."

.../...

Pour que cette mesure transitoire, qui ne vise que les fonctions de recrutement dans l'enseignement fondamental, puisse être considérée comme compatible avec l'article 24, § 4, de la Constitution garantissant l'égalité entre tous les membres du personnel, il convient d'examiner les raisons qui justifient la disposition en projet.

L'exposé des motifs précise :

"Le marché de l'emploi dans l'enseignement est sous pression, en raison surtout de l'évolution démographique, qui a entraîné une diminution dramatique de la population scolaire de 25-30 %, et de la modification de la préretraite. Ceci vaut surtout pour l'enseignement fondamental : c'est en effet dans ce niveau d'enseignement que la diminution de la population scolaire est ressentie en premier et ce sont en majorité des enseignants du fondamental qui demandent à bénéficier de la préretraite, de plus il n'y a pas, contrairement à ce qui se passe dans l'enseignement secondaire, de manque d'enseignants propre à la fonction.

Après les nombreuses nominations auxquelles il a été procédé en octobre 2004 dans l'enseignement fondamental, il est impératif de geler les nominations pour une période de trois ans. Si cette mesure n'était pas prise, de nombreux enseignants risqueraient de devoir être mis en disponibilité par défaut d'emploi et ne pourraient plus être réaffectés du tout ou seulement tous réseaux confondus. Tandis que le premier point induit une charge pour le budget - en raison de l'obligation de continuer à liquider le traitement - et donc pour l'enseignement, le dernier point pose un problème essentiellement pédagogique parce que, en cas de réaffectation tous réseaux confondus, des temporaires ne doivent pas être engagés auprès de l'autre pouvoir organisateur ou doivent carrément être licenciés et que des équipes professorales fonctionnant bien seront «démantelées». Pour des raisons budgétaires et dans l'intérêt du membre du personnel, il faut donc éviter des mises en disponibilité par défaut d'emploi sans possibilité de réaffectation, et d'un point de vue pédagogique, il est sensé de combler si possible la perte d'emploi à l'intérieur du même pouvoir organisateur.

Le gel des nominations vaut pour trois ans, ensuite, la situation sera à nouveau évaluée. Comme nous l'avions déjà dit, ceci ne vaut que pour l'enseignement fondamental (enseignement ordinaire et spécial)."

Les justifications paraissent admissibles au regard de l'article 24, § 4, de la Constitution, en tout cas dans la mesure où la diminution de la population scolaire dans l'enseignement fondamental impliquerait une charge budgétaire exorbitante résultant d'une nomination définitive de membres du personnel en surnombre tous réseaux confondus.

.../...

Par contre, il convient de mieux justifier en quoi la "réaffectation tous réseaux confondus" aurait inévitablement pour effet de démanteler les équipes professorales au point de porter atteinte à la qualité même de l'enseignement.

Articles 23 à 27

Les articles en projet paraphrasent certaines dispositions de la loi du 16 mars 1971 sur le travail ou les dispositions prises en vertu de celles-ci. En effet, les articles 39 et suivants de cette loi prévoient une série de règles visant à protéger la maternité en conformité avec la directive 92/85/CEE, précitée.

Selon l'article 1^{er} de la loi du 16 mars 1971, précitée, ces dispositions s'appliquent à tous les travailleurs et aux personnes assimilées aux travailleurs, c'est-à-dire aux personnes qui, autrement qu'en vertu d'un contrat de louage de travail, fournissent des prestations de travail sous l'autorité d'une autre personne, ainsi qu'à leurs employeurs. Le législateur fédéral puise sa compétence en la matière dans l'article 6, § 1^{er}, VI, alinéa 5, 12° (droit du travail), de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles.

Par contre, le législateur communautaire est compétent pour fixer le statut administratif et pécuniaire des membres du personnel de l'enseignement et notamment les règles relatives à la conversion du congé de maladie en congé de maternité et au traitement des membres du personnel.

Le texte doit être adapté en conséquence.

Article 28

1. En vertu de la clause 2.1 de l'accord-cadre sur le congé parental annexé à la directive 96/34/CE, précitée,

"(...) un droit individuel à un congé parental est accordé aux travailleurs, hommes et femmes, en raison de la naissance ou de l'adoption d'un enfant, pour pouvoir s'occuper de cet enfant pendant au moins trois mois jusqu'à un âge déterminé pouvant aller jusqu'à huit ans, à définir par les États membres et/ou les partenaires sociaux".

.../...

Sur plusieurs points, l'article 28 de l'avant-projet de décret n'est pas en adéquation avec la clause précitée :

- 1° le membre du personnel a le droit d'obtenir un congé parental, le pouvoir organisateur doit dès lors l'octroyer même si dans certaines circonstances, il peut être autorisé à reporter l'octroi du congé parental (clause 2.3.e de l'accord-cadre précité);
- 2° la durée du congé parental est d'au moins trois mois, on ne peut donc pas prévoir que la durée "s'élève à trois mois au plus".

2. La disposition en projet recèle également une contradiction dans la mesure où l'avant-projet prévoit, d'une part, que le pouvoir organisateur octroie le congé parental (alinéas 1^{er} et 3) et, d'autre part, que le membre du personnel avertit son pouvoir organisateur et introduit par son intermédiaire la demande auprès du ministre (alinéa 2).

Il convient de lever cette contradiction.

Article 29

Il est renvoyé à l'observation formulée sous les articles 23 à 27.

Article 30

Les mots "et 28, 21°" doivent être remplacés par les mots "et 29, 21°".

La chambre était composée de

Messieurs	Y. KREINS,	président de chambre,
	J. JAUMOTTE,	conseillers d'État,
Mesdames	M. BAGUET,	
	A.-C. VAN GEERSDAELE,	greffier.

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

LE GREFFIER,

LE PRÉSIDENT,

A.-C. VAN GEERSDAELE

Y. KREINS