

ROYAUME DE BELGIQUE

Avis 40.132/2

DE LA SECTION DE LÉGISLATION DU CONSEIL D'ÉTAT

Le CONSEIL D'ÉTAT, section de législation, deuxième chambre, saisi par la Ministre-Présidente du Gouvernement de la Communauté française, le 27 mars 2006, d'une demande d'avis, dans un délai de trente jours, sur un avant-projet de décret "relatif au cadre organique et au statut des puériculteurs des établissements d'enseignement maternel ordinaire organisés et subventionnés par la Communauté française", a donné le 24 avril 2006 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

L'avant-projet de décret vise, d'une part, à fixer les statuts des puériculteurs dans l'enseignement maternel ordinaire organisé et subventionné (articles 8 à 82 et 86 à 115 de l'avant-projet de décret) et, d'autre part, à établir des règles relatives au cadre organique des puériculteurs dans l'enseignement maternel ordinaire (articles 4 à 7 et 83 à 85 de l'avant-projet de décret).

Comme la section de législation l'a rappelé dans ses avis 36.508/2 et 39.507/2 ¹,

"Il en résulte que le statut des membres du personnel du réseau de l'enseignement communautaire est fixé par une dizaine de textes ². À l'intérieur d'un même réseau, on distingue certaines catégories du personnel et certains niveaux d'enseignement. Pour les deux autres réseaux d'enseignement (officiel subventionné et libre subventionné), les textes sont certes moins nombreux mais sont, en partie, établis sur la base des mêmes distinctions ³.

¹Avis 36.508/2, donné le 26 février 2004, sur un avant-projet de décret devenu le décret du 12 mai 2004 fixant le statut des membres du personnel administratif, du personnel de maîtrise, gens de métier et de service des établissements d'enseignement organisé par la Communauté française (Doc. C.C.F., session 2003-2004, n° 520/1, pp. 190 à 198) et avis 39.507/2, donné le 21 décembre 2005, sur un avant-projet de décret "relatif aux statuts des maîtres de religion et professeurs de religion" (Doc. P.C.F., session 2005-2006, n° 223/1, pp. 168 à 188)

²Sans compter les autres textes qui prévoient les titres de capacité, règlent les congés, etc.

³À ces différents statuts, il faut encore ajouter la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail qui s'applique en vertu de son article 1^{er}, alinéa 2, aux

L'éparpillement des différents statuts du personnel ⁴ rend leur lisibilité particulièrement malaisée. Elle accroît la difficulté pour le législateur de garantir vraiment le respect du principe d'égalité entre les membres du personnel des différents réseaux d'enseignement et surtout à l'intérieur d'un réseau d'enseignement particulier, à savoir l'enseignement de la Communauté française. En effet, le législateur communautaire devrait, en principe, apporter les mêmes modifications à tous ces textes ou à la plupart d'entre eux, lorsqu'il envisage de modifier l'un ou l'autre élément des statuts ⁵.

L'avant-projet examiné a pour effet de renforcer cette difficulté, (...).

S'il ne paraît pas possible de fixer un statut unique pour toutes les catégories du personnel de tous les réseaux d'enseignement, ainsi que tous les réseaux d'enseignement, il convient néanmoins d'éviter l'augmentation constante du nombre de statuts différents applicables à ces membres du personnel." ⁶

travailleurs "occupés par l'État, les provinces, les agglomérations, les fédérations de communes, les communes, les établissements publics qui en dépendent, les organismes d'intérêt public et les établissements d'enseignement libre subventionnés par l'État, qui ne sont pas régis par un statut".

⁴Ces textes ont été adoptés durant une période s'étendant sur quatre décennies, les options politiques qui les ont inspirés ont varié et leur structure est souvent fort différente.

⁵Voir notamment le décret du 17 juillet 2003 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 ; voir également l'avis 34.693/2, donné le 3 mars 2003, sur un avant-projet de décret devenu le décret du 8 mai 2003 modifiant certaines dispositions applicables en matière de congés et organisant la protection de la maternité (Doc. C.C.F., session 2002-2003, n° 392/1).

⁶Dans son avis 31.819/2, donné le 10 octobre 2001, sur un avant-projet de décret devenu le décret du 20 décembre 2001 fixant le statut des membres du personnel du service d'inspection de la Communauté française pour l'enseignement maternel, l'enseignement primaire et l'enseignement fondamental ordinaires subventionnés par la Communauté française, le Conseil d'État soulignait déjà :

"Comme le relève l'exposé des motifs, l'avant-projet de décret examiné vise à combler un vide juridique, à savoir l'absence de statut pour les inspecteurs de l'enseignement maternel, primaire et fondamental ordinaire subventionné. Il est toutefois permis de se demander s'il n'aurait pas suffi d'étendre par décret le champ

.../...

En l'espèce, les articles 9 à 13, 46, 53 à 82, 88 à 95, 97 à 99 et 101 à 104 de l'avant-projet de décret rendent applicables une série de dispositions des autres statuts des membres du personnel de l'enseignement organisé et subventionné.

Par contre, d'autres articles de l'avant-projet de décret prévoient des règles dérogatoires. Il s'agit notamment :

- de l'absence de désignation à titre temporaire;
- de nomination ou d'engagement à titre provisoire dans l'enseignement subventionné (articles 14, 25 à 27 et 35 à 37 de l'avant-projet de décret);
- du changement d'affectation et de la mutation (articles 22, 31 et 41, ainsi que les articles 49, 51 et 52 de l'avant-projet de décret);
- de la "réaffectation" (articles 23, 32, 33, 42 et 43 de l'avant-projet de décret);
- du remplacement (articles 24, 34 et 44 de l'avant-projet de décret).

Ces différences de traitement doivent être justifiées par l'existence de différences objectives, conformément à l'article 24, § 4, de la Constitution. L'exposé des motifs précise notamment :

"Si historiquement les puériculteurs de l'enseignement ordinaire vivaient dans une situation tout à fait précaire, les Régions wallonne et bruxelloise et la Communauté française les ont reconnus, depuis de nombreuses années, dans des conventions les liant.

(...) La fonction en tant que telle de puériculteur était toutefois, jusqu'il y a peu, méconnue de l'ensemble des statuts.

(...), malgré les avancées réalisées par ce décret (du 12 mai 2004 fixant les droits et obligations des puériculteurs et portant diverses dispositions relatives à la valorisation des jours prestés par le personnel non statutaire de la Communauté française), force est de constater que ces membres du personnel restaient privés d'un accès à la nomination ou à l'engagement à titre définitif. (...).

d'application 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'État, des internats dépendant de ces établissements et des membres du personnel du service d'inspection chargé de la surveillance de ces établissements." (Doc. C.C.F., session 2001-2002, n° 219/1).

.../...

Il est important de noter que le champ d'application du projet de décret est limité aux puériculteurs de l'enseignement maternel ordinaire puisque les puériculteurs de l'enseignement spécialisé connaissent déjà un cadre organique semblable à celui des enseignants et sont pour cette raison pleinement intégrés dans les statuts applicables aux membres du personnel des différents réseaux d'enseignement.

Cette dernière option n'a cependant pas pu être retenue pour les puériculteurs de l'enseignement maternel ordinaire vu le mode progressif de création du cadre ou encore de l'accès à la nomination au fur et à mesure des départs naturels des membres du personnel. Toutefois sans les y intégrer, le projet de décret vise à leur donner toutes les garanties et des avantages réservés aux membres du personnel engagés ou nommés à titre définitif quand elles sont applicables, ce qui concerne en réalité la toute grosse majorité des dispositions statutaires. C'est ainsi que la fonction et les titres, les devoirs et incompatibilités, les positions administratives (qui concernent plus particulièrement l'accès aux congés), le mécanisme de suspension préventive, le régime disciplinaire, les chambres de recours, ... ont été rendus applicables.

La particularité du contexte dans lequel s'inscrit ce décret concerne par contre principalement les points suivants :

- Le recrutement : en effet, l'accès à la nomination ou à l'engagement à titre définitif est prévu pour les puériculteurs ACS/APE ayant acquis la plus grande ancienneté au sein de la zone (où) le poste est créé; (...)
- La réaffectation : la particularité du mécanisme mis en place dans le projet de décret réside dans la plus grande mobilité qu'aura par définition l'affectation des puériculteurs nommés ou engagés à titre définitif (tout comme c'est déjà le cas aujourd'hui pour les puériculteurs ACS/APE désignés en vertu du décret du 12 mai 2004). (...).

Lors de l'examen de la conformité de l'avant-projet de décret à l'article 24, § 4, de la Constitution, il convient évidemment de tenir compte de ces explications. Il faudrait néanmoins que le commentaire des articles, qui ne fait que paraphraser le contenu de l'avant-projet de décret, contienne également plus de justifications à cet égard.

Ainsi, pour permettre aux parlementaires et au public en général, de prendre connaissance de toutes les justifications avancées par l'auteur de l'avant-projet de décret, l'exposé des motifs et le commentaire des articles seraient utilement complétés par les explications fournies par les représentants de l'autorité lors de la négociation syndicale.

Observations particulières

.../...

Dispositif

Articles 6 et 7

L'article 6 semble paraphraser l'article 22 du décret du 12 mai 2004 fixant les droits et les obligations des puériculteurs et portant diverses dispositions relatives à la valorisation des jours prestés par le personnel non statutaire de la Communauté française, qui est rendu applicable en vertu de l'article 7 de l'avant-projet. L'article 6 paraît, dès lors, inutile et peut être omis.

Article 9

Le texte en projet ne vise que l'article 8, a), 1°, de l'arrêté de l'Exécutif de la Communauté française du 2 octobre 1968 déterminant et classant les fonctions 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 préscolaire, primaire, spécialisé, moyen, technique, artistique, de promotion sociale et supérieur non universitaire de la Communauté française et les fonctions des membres du personnel du service d'inspection chargé de la surveillance de ces établissements.

En renvoyant uniquement à la fonction de recrutement, la disposition semble exclure la fonction de sélection visée à l'article 8, b), 5°, de cet arrêté. Il convient, dès lors, soit d'adapter la rédaction du texte, soit de justifier la différence de traitement établie par le texte en projet.

Article 14

Aucun article du texte ne peut échapper à la division en titres, chapitres, sections et sous-sections.

.../...

L'article 14 doit, dès lors, figurer dans une nouvelle première section.

Articles 15, 25 et 35

1. Il convient de remplacer les mots "être d'une conduite irréprochable" par les mots "être d'une conduite répondant aux exigences de la fonction".

2. Les autres statuts des membres du personnel prévoient que nul ne peut être nommé ou engagé à titre définitif s'il ne possède pas les aptitudes physiques fixées par l'arrêté royal du 22 avril 1969 fixant les aptitudes physiques requises des membres du personnel directeur et enseignant, du personnel auxiliaire d'éducation, du personnel paramédical des établissements d'enseignement gardien, primaire, spécialisé, moyen, techniques, artistique, de promotion sociale et normal de l'État et des internats dépendant de ces établissements.

Il convient, dès lors, soit de compléter les articles 15, 25 et 35 de l'avant-projet de décret sur ce point, soit de justifier la différence de traitement ainsi établie.

3. En ce qui concerne plus particulièrement la différence de traitement relative à la nomination "à titre provisoire" entre, d'une part, les membres du personnel de l'enseignement organisé et, d'autre part, les membres du personnel de l'enseignement subventionné, il est renvoyé à l'observation générale.

Articles 16, 26 et 36

Selon l'article 36 de l'avant-projet de décret, il s'agit uniquement des puériculteurs ACS/APE, alors que les articles 16 et 26 de l'avant-projet de décret visent tous les puériculteurs engagés à titre contractuel. L'auteur de l'avant-projet doit mettre fin à cette incohérence.

.../...

Article 18

Au paragraphe 1^{er}, alinéa 2, il y a lieu d'écrire "article 17, § 1^{er}, alinéa 1^{er}" au lieu de "article 17, § 1^{er}, alinéa 2".

Articles 19, 29 et 39

1. La rédaction de ces articles n'est pas très claire. En effet, le membre du personnel qui fait l'objet d'un écartement en vertu de l'article 42, § 1^{er}, 3°, de la loi du 16 mars 1971 sur le travail ne se trouve pas en congé de maternité. Il convient dès lors de modifier les textes en projet pour mieux faire ressortir les quatre hypothèses envisagées.

2. Par ailleurs, à l'article 19, les mots "est nommé" doivent être remplacés par les mots "peut être nommé". En effet, les articles 17 et 18 laissent la possibilité à la personne concernée de ne pas demander sa nomination à titre définitif.

Une observation similaire vaut pour les articles 29 et 39.

Article 23

Le texte en projet précise que l'affectation a lieu dans le respect de la procédure visée à l'article 7 du décret 12 mai 2004, précité, alors que les articles 22, 32 et 33 de l'avant-projet de décret visent l'article 7 de l'avant-projet de décret. Il convient de lever cette incohérence.

Articles 27, 33, 37 et 43

1. Selon ces articles, aussi longtemps que le puériculteur n'a pas acquis un certain nombre de jours d'ancienneté au service du pouvoir organisateur (300 jours dans l'enseignement officiel subventionné ou 360 jours dans l'enseignement libre subventionné), il est nommé provisoirement auprès de ce dernier (articles 27 et 37 de l'avant-

.../...

projet de décret) ou sa "réaffectation" est reconduite (articles 33 et 43 de l'avant-projet de décret), "sauf :

- demande contraire de commun accord;
- en cas de faute grave;
- décision de la Commission zonale compétente saisie par le pouvoir organisateur ou le puériculteur, qui motivent respectivement leur demande;
- perte du poste de puériculteur par le pouvoir organisateur".

Dans l'enseignement subventionné, le puériculteur ne peut donc être nommé à titre définitif qu'au moment où il a acquis une ancienneté d'au moins 300 ou 360 jours auprès du même pouvoir organisateur. Dans les autres cas, il est (et reste) nommé à titre provisoire.

En effet, compte tenu du fait que le Gouvernement répartit chaque année le nombre de postes de puériculteurs entre les réseaux et, pour ce qui concerne l'enseignement subventionné, entre les caractères (article 6 de l'avant-projet de décret), les puériculteurs sont soit nommés "à titre provisoire" auprès d'un autre pouvoir organisateur, soit "réaffecté" (il s'agit en réalité d'une nouvelle affectation) auprès d'un autre pouvoir organisateur.

La nomination "à titre provisoire" présente, dès lors, des caractéristiques qui l'apparentent à un stage. Or, le stage a été supprimé en ce qui concerne les autres membres du personnel.

En outre, le texte en projet permet de mettre fin à ce "stage" dans des hypothèses particulières dont certaines ont pour effet de créer une certaine incohérence dans le régime mis en place. Ainsi, "en cas de faute grave", il est mis fin à la nomination à titre provisoire du puériculteur auprès du pouvoir organisateur mais il est prévu que le puériculteur sera nommé ou "réaffecté" provisoirement l'année scolaire suivante auprès d'un autre pouvoir organisateur.

Comme les articles 67, 68, 81 et 82 de l'avant-projet de décret rendent déjà applicables les dispositions des autres statuts relatives au régime disciplinaire et à la cessation définitive des fonctions et à la fin de contrat tant aux puériculteurs nommés à

.../...

titre définitif qu'aux puériculteurs nommés "à titre provisoire", l'avant-projet confère deux portées distinctes à la notion de faute grave, y compris en ses effets juridiques. Une telle façon de procéder n'est pas admissible.

Dans une autre hypothèse, il est prévu qu'il pourra être mis fin à la nomination "à titre provisoire" par une décision de la Commission zonale compétente sur la base d'une demande "motivée" du pouvoir organisateur ou du puériculteur. L'avant-projet de décret ne fixe néanmoins aucun critère. Il confie, dès lors, un pouvoir discrétionnaire absolu à cette commission, ce qui n'est guère compatible avec l'article 24, § 5, de la Constitution, selon lesquels les éléments essentiels doivent être fixés par le décret.

Par conséquent, les articles 27, 33, 37 et 43 de l'avant-projet de décret doivent être revus.

2. À l'article 27, § 5, de l'avant-projet de décret, il convient d'ajouter l'intitulé de l'arrêté royal du 15 janvier 1974. À l'article 27, § 6, de l'avant-projet de décret, il faut ajouter les mots "du paragraphe 5" après les mots "300 jours visés à l'alinéa premier".

Articles 28, 34 et 38

À la dernière phrase de l'article 28, § 1^{er}, alinéa 8, de l'avant-projet de décret, il y a lieu de s'assurer que la disposition ne doit pas renvoyer aux alinéas 4 à 8.

Une observation analogue vaut pour les articles 34 et 38, § 1^{er}, de l'avant-projet de décret.

Articles 47, 48 et 50

À l'article 47, § 1^{er}, de l'avant-projet de décret, les mots "de la présente sous-section" doivent être remplacés par les mots "du présent chapitre".

.../...

La même observation vaut pour les articles 48 in fine et 50 in fine de l'avant-projet de décret.

Articles 51 et 52

L'article 51, §§ 2 et 3, de l'avant-projet de décret, qui concerne l'enseignement officiel subventionné, et l'article 52 in fine de l'avant-projet de décret, qui concerne l'enseignement libre subventionné, doivent être revus afin d'assurer leur cohérence interne. Il convient par ailleurs d'assurer également la cohérence entre ces deux articles et d'une part, l'article 36*quinquies* du décret du 6 juin 1994 fixant le statut des membres du personnel subsidiés de l'enseignement officiel subventionné, et d'autre part, l'article 34*quinquies* du décret du 1^{er} février 1993 fixant le statut des membres du personnel subsidiés de l'enseignement libre subventionné, dont les articles 51 et 52 de l'avant-projet sont respectivement inspirés.

Article 52

Au paragraphe 3, alinéa 1^{er}, la première phrase est incompréhensible et doit être revue.

Article 82

1. Il convient de justifier pourquoi l'alinéa 2 rend applicable à des puériculteurs sous contrat de travail des dispositions applicables aux statutaires par le décret du 1^{er} février 1993, précité.

2. Il convient, en outre, de préciser pourquoi cette règle ne concerne que les puériculteurs contractuels de l'enseignement libre subventionné.

Articles 83 et 113

.../...

Le commentaire de ces deux articles précise :

"Cet article prévoit une sanction pour l'ensemble des pouvoirs organisateurs (de l'enseignement subventionné) qui ne communiqueraient pas les listes de puériculteurs prévues par l'article 28, § 2 et § 3, du décret du 12 mai 2004 précité dans le délai fixé par cet article.

En effet, le fonctionnement du dispositif prévu par le présent décret repose sur la connaissance des classements établis par lesdites listes. À défaut de la connaissance de celles-ci, le dispositif entier est mis en péril, aussi fallait-il prévoir une mesure s'assurant de la bonne communication des listes.

Cette sanction s'applique aux pouvoirs organisateurs qui ont obtenu un poste du 1^{er} septembre de l'année considérée jusqu'au 30 juin de l'année qui suit et qui auraient omis de communiquer ladite liste au 31 mai de l'année considérée.

À défaut de l'obtention d'un poste pour l'année considérée, le pouvoir organisateur perd le bénéfice de tout poste ACS/APE/PTP pour l'année qui suit."

Pour respecter le principe d'égalité entre les puériculteurs consacré par l'article 24, § 4, de la Constitution, l'auteur de l'avant-projet a prévu un système de classement des puériculteurs selon le nombre de jours d'ancienneté. Le non-respect de ce classement a donc automatiquement pour effet de créer une rupture d'égalité.

Pour assurer le respect du principe d'égalité, il faut dès lors que tous les pouvoirs organisateurs respectent leur obligation de communiquer la liste des puériculteurs. Par conséquent, il convient que l'auteur de l'avant-projet s'interroge sur la question de savoir si la sanction prévue par cet article est suffisante dans l'hypothèse où le pouvoir organisateur perdrait de toute façon le poste pour l'année considérée et ce, par simple application des règles relatives à la répartition annuelle des postes de puériculteurs, prévues par les dispositions du présent avant-projet.

Article 84

En précisant que la communication de la liste des puériculteurs doit intervenir, sous peine des sanctions prévues par l'article 83 de l'avant-projet de décret, pour le 31 mai 2006, l'auteur de l'avant-projet doit s'assurer que le décret soit adopté et

.../...

publié avant cette date, en laissant en outre un délai raisonnable aux pouvoirs organisateurs concernés. Dans le cas contraire, cet article aurait pour effet de prévoir des sanctions avec effet rétroactif, ce qui n'est pas admissible.

En l'espèce, il vaut dès lors mieux accorder une délégation au Gouvernement pour fixer la date pour la communication de la liste des puériculteurs en vue des opérations relatives à l'année scolaire 2006-2007.

Une observation similaire vaut pour l'article 113.

Article 86

À la fin de l'alinéa 1^{er}, il convient de remplacer les mots "les conditions visées" par les mots "la condition visée".

Article 88

À l'article 88 de l'avant-projet de décret, il convient d'insérer les mots "de la sous-section I" entre les mots "les missions visées par" et "la section II du chapitre V du décret du 4 mai 2005 portant".

Article 96

Au 1^o, b), il convient de compléter le renvoi au décret du 3 juillet 2003 par l'indication de son intitulé.

Article 99

L'article 76 du décret du 8 mai 2003 modifiant les dispositions applicables en matière de congés et organisant la protection de la maternité ne s'applique qu'aux "membres du personnel féminin, définitif ou temporaire". Il convient, dès lors, de

.../...

compléter cet article pour viser également les membres du personnel nommés à titre provisoire.

Article 116

Il est prévu que certaines dispositions entreront en vigueur avec un effet rétroactif. Ainsi l'article 114 de l'avant-projet de décret qui entrera en vigueur le 1^{er} avril 2006 et qui dispose que, dans l'enseignement subventionné, le puériculteur, qui souhaite faire valoir sa priorité en vertu de l'ancienneté, doit poser sa candidature pour le 15 avril au plus tard. Cette rétroactivité ne peut être admise car elle portera atteinte au principe d'égalité inscrit à l'article 24, § 4, de la Constitution.

Les articles 6 et 7 de l'avant-projet de décret entrent également en vigueur le 1^{er} avril 2006. Pour assurer la cohérence en la matière, il convient de faire entrer en vigueur les articles 4 et 5 de l'avant-projet de décret à la même date, voire à une date antérieure car, selon l'article 5 de l'avant-projet de décret, le Gouvernement doit fixer au plus tard au 31 mars le nombre de postes de puériculteurs de l'enseignement préscolaire ordinaire.

Pour éviter de recourir à la régularisation de la situation en cours en accordant un effet rétroactif à certaines dispositions de l'avant-projet de décret, mieux vaut habilitier le Gouvernement à déroger aux différentes dates prévues dans le texte en vue des opérations relatives à l'année scolaire 2006-2007.

La chambre était composée de

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

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

LE GREFFIER,

LE PRÉSIDENT,

B. VIGNERON

Y. KREINS