

SV

ROYAUME DE BELGIQUE

AVIS 40.744/2

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 19 juin 2006, d'une demande d'avis, dans un délai de cinq jours ouvrables, sur un avant-projet de décret "portant diverses mesures en matière d'enseignement obligatoire, d'enseignement supérieur, de culture et d'éducation permanente", a donné le 23 juin 2006 l'avis suivant :

Suivant l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2°, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, inséré par la loi du 4 août 1996, et remplacé par la loi du 2 avril 2003, la demande d'avis doit spécialement indiquer les motifs qui en justifient le caractère urgent.

La lettre s'exprime en ces termes :

"L'urgence sollicitée dans le cadre de la présente demande est motivée par la nécessité d'appliquer les mesures prévues par le présent avant-projet dès que possible, et dès le début de l'année scolaire prochaine pour ce qui concerne l'enseignement obligatoire. Les mesures suivantes, notamment, doivent être prises de toute urgence :

- Titre I - Chapitre II : L'article 4 doit être adopté dans les plus brefs délais afin de permettre aux élèves engagés dans l'enseignement spécialisé de forme 3 avant l'entrée en vigueur du décret du 3 mars 2004 d'avoir accès aux examens de qualification selon les anciennes conditions, ce qui n'avait pas été prévu à la base par le décret précité.

L'article 6 doit également être adopté avant la rentrée scolaire prochaine, afin de permettre au Gouvernement de définir les conventions de stage dans l'enseignement spécialisé de forme 3.

- Titre I - Chapitre X : le comité de concertation a fixé le montant de l'augmentation de la part fédérale dans l'augmentation des dépenses énergétiques en 2006. Il s'agit ici de prendre la mesure d'exécution de cette décision, applicable pour l'année en cours.
- Titre I - Chapitre XI : La disposition relative aux élèves primo-arrivants doit également être prise dans les plus brefs délais. En effet, il importe en vue de la prochaine rentrée scolaire de fixer précisément les conditions suivant lesquelles des élèves étrangers satisfont à la qualité de primo-arrivants.
- Titre I - Chapitre XIII : les modifications des normes de création d'école doivent entrer en vigueur avant la rentrée scolaire prochaine, et ce afin de permettre aux Pouvoirs organisateurs situés dans des communes ayant connu une augmentation démographique importante de créer une nouvelle école ou un nouvel établissement dès la rentrée prochaine.
- Titre I - Chapitre XIV : les profils de formation à abroger doivent l'être concomitamment à l'adoption des nouveaux profils de formation, d'ores et déjà approuvés par le Conseil général de concertation pour l'enseignement secondaire. Il importe par conséquent que le présent avant-projet entre en vigueur au 1^{er} septembre 2006.
- Titre I - Chapitre XV : le présent chapitre doit également nécessairement entrer en vigueur dès 2006 (fin de la période transitoire), afin de fixer pour l'avenir le calcul des dotations et subventions de fonctionnement des écoles maternelles de la Communauté française.

.../...

En ce qui concerne le Titre II, les chapitres I et II doivent corriger le plus rapidement une situation qui est source d'insécurité juridique.

Les chapitres III et IV et VI donnent une base légale à des mesures d'accompagnement du budget 2006 ajusté qui doit être soumis au Parlement de la Communauté française au début du mois de juillet.

Le Chapitre V contient une modification visant à mettre les Universités sur un pied d'égalité en matière d'habilitation à organiser des programmes de cours. Cette mesure doit être adoptée au plus vite afin de lever l'inégalité présente dans le texte actuel.

En ce qui concerne le Titre III, il convient de prolonger la période transitoire prévue initialement jusqu'à 2006 pour permettre aux institutions concernées de préparer leur dossier de reconnaissance - dans un délai raisonnable - sur base de l'arrêté portant exécution du décret du 17 juillet 2002. Cette modification doit être faite le plus rapidement possible pour rétablir la sécurité juridique.

En ce qui concerne le Titre IV, afin de permettre aux secteurs concernés de bénéficier dans les plus brefs délais d'une instance d'avis fonctionnant conformément aux règles générales fixées dans le décret du 10 avril 2003, il convient de compléter l'habilitation initialement prévue dans ce décret dans les plus brefs délais. Cette modification doit également être faite le plus rapidement possible pour rétablir la sécurité juridique."

L'avis du Conseil d'État est demandé dans un délai ne dépassant pas cinq jours ouvrables, sur la base de l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2^o, des lois coordonnées sur le Conseil d'État. En vertu de cette disposition, une telle demande n'est recevable qu'"en cas d'urgence spécialement motivée dans la demande".

En l'occurrence, l'urgence est motivée en deux temps.

De manière générale, selon la lettre de demande d'avis :

"L'urgence sollicitée dans le cadre de la présente demande est motivée par la nécessité d'appliquer les mesures prévues par le présent avant-projet dès que possible, et dès le début de l'année scolaire prochaine pour ce qui concerne l'enseignement obligatoire."

Cette justification ne contient pas de données suffisamment pertinentes et concrètes qui permettraient de motiver spécialement l'urgence qu'il y a ou qu'il y aurait à réclamer communication de l'avis du Conseil d'État sur l'avant-projet de décret dans un délai ne dépassant pas cinq jours ouvrables. En réalité, elle n'est rien d'autre que l'affirmation purement tautologique que le dossier est urgent ⁽¹⁾.

La lettre de demande d'avis justifie alors ponctuellement l'urgence de l'adoption de certaines dispositions.

La demande d'avis n'est dès lors recevable qu'en ce qu'elle concerne :

- dans le titre I, les articles 4 et 6 du chapitre II, les chapitre X, XI, XIII, XIV, XV;
- le titre II, à l'exception de l'article 68. En effet, s'agissant de cet article, l'urgence est justifiée par la volonté de "corriger le plus rapidement une situation qui est source d'insécurité juridique". Selon l'exposé des motifs, "l'encadrement des activités d'enseignement, notamment en ce qui concerne l'accompagnement des stages, se fait également par les maîtres de formation pratique". Le Conseil d'État n'aperçoit toutefois pas sur quelle base l'accompagnement des stages se ferait notamment par les maîtres de formation pratique et dès lors pourquoi il serait indispensable, afin de restaurer la sécurité juridique, de modifier l'article 20 du décret du 12 décembre 2000 définissant la formation initiale des instituteurs et des régents, d'autant plus que la modification envisagée n'entre en vigueur que le 1^{er} septembre 2006 (comparer avec les articles 66 et 67 qui, s'ils ne sont pas adoptés, placeront certains étudiants face à un vide juridique);
- le titre III;
- le titre IV.

⁽¹⁾ En ce sens, voir par exemple, l'avis 37.174/4, donné le 12 mai 2004 sur un avant-projet de décret de la Commission communautaire française portant assentiment à l'accord de coopération conclu par la Commission communautaire française, la Communauté française et la Région wallonne, portant création d'un Comité francophone de concertation des politiques de l'Aide aux Personnes et de la santé; l'avis 39.875/2, donné le 16 février 2006 sur un projet d'arrêté royal modifiant les taux d'accise de l'essence et du gasoil.

Il est rappelé que l'obligation de la motivation pertinente de l'urgence résulte d'une disposition légale expresse. Selon le vœu du législateur, elle permet un examen ordonné des projets par la section de législation et évite de multiplier les dérogations à l'ordre normal de cet examen ⁽²⁾.

*

* *

Comme la demande d'avis est introduite sur la base de l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2^e, 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.

Formalité préalable

L'article 4 de l'avant-projet vise à modifier le régime transitoire des conditions d'admission à des examens de qualification dans l'enseignement spécialisé de forme 3. Cette disposition doit, dès lors, faire l'objet de la concertation prévue à l'article 5 de la loi du 29 mai 1959 modifiant certaines dispositions de la législation de l'enseignement.

⁽²⁾ En ce sens voir l'avis 40.444/1/2/3/4, donné le 16 mai 2006 sur un avant-projet de loi "portant des dispositions diverses", Doc. parl., Chambre, session 2005-2006, n° 2518/1.

Fondement juridique

Dispositif

Article 4

Le décret du 3 mars 2004 organisant l'enseignement spécialisé a abrogé la législation antérieure organisant l'enseignement spécial. Le Conseil d'État n'aperçoit dès lors pas pourquoi il faudrait à nouveau, à partir de l'année scolaire 2007-2008, abroger "l'ancien répertoire". À défaut de fournir une justification à l'existence de cette disposition, l'alinéa 3 de l'article 337 en projet du décret du 3 mars 2004, précité, doit être omis.

Articles 58 et 77

1. La modification envisagée a pour effet, d'une part, de figer la liste des pays dont peuvent être originaires les élèves primo-arrivants et, d'autre part, de ne plus viser les pays en voie de développement. Invité à justifier cette disposition au regard de l'article 24, § 4, de la Constitution, le délégué de la ministre-présidente a répondu que l'intention n'était pas celle-là mais seulement de maintenir à titre transitoire l'accès au dispositif primo-arrivant au profit d'élèves issus de pays qui ne sont plus repris sur la liste des bénéficiaires de l'aide établie par le Comité d'aide au développement de l'OCDE. Le délégué propose, dès lors, de rédiger la disposition comme suit :

"À titre transitoire, du 1^{er} janvier 2005 au 30 juin 2008, les pays en voie de développement et les pays en transition visés au présent article sont les pays figurant dans la liste des bénéficiaires de l'aide établie par le Comité d'aide au développement au 1^{er} janvier 2003."

Cette proposition ne rencontre l'objection soulevée que pour la période allant jusqu'au 30 juin 2008.

.../...

En outre, il convient de s'assurer qu'en substituant, à titre transitoire, à la liste des pays répondant à la définition contenue à l'article 2, 1°, b), du décret du 14 juin 2001 visant à l'insertion des élèves primo-arrivants dans l'enseignement organisé ou subventionné par la Communauté française, la liste des pays proposés, la disposition envisagée n'exclut pas certains pays qui y figuraient ou qui pourraient y être introduits durant cette période transitoire.

Il conviendrait également de justifier la rétroactivité de la mesure envisagée, notamment en démontrant qu'elle ne porte pas atteinte à des droits acquis.

Articles 64, 65 et 77

1. Le décret du 12 juillet 2001 visant à améliorer les conditions matérielles des établissements de l'enseignement fondamental et secondaire prévoyait que désormais, le calcul des subventions de fonctionnement pour l'enseignement maternel se ferait en prenant en compte 100 % des élèves régulièrement inscrits au 15 janvier.

2. L'article 62 du décret-programme du 17 décembre 2003 a toutefois modulé ce principe en prévoyant une phase transitoire, la prise en compte de 100 % des élèves n'intervenant plus qu'à partir de l'année 2007.

La section de législation du Conseil d'État a fait l'observation suivante à propos de cette disposition :

"Cette disposition a pour effet de retarder le rattrapage des subventions de fonctionnement des écoles maternelles ordinaires subventionnées par la Communauté française, tel qu'il est prévu par le décret du 12 juillet 2001 visant à améliorer les conditions matérielles des établissements de l'Enseignement fondamental et secondaire. Le rattrapage prévu est, en effet, atténué pour les années 2003 à 2006.

Selon les développements de la proposition qui l'a initié, le décret du 12 juillet 2001 cherche à garantir davantage l'égalité des élèves. Il se fonde, en effet, sur :

«l'équilibre qui doit exister entre le principe d'égalité et de différenciation positive d'une part et la prise en compte des différences objectives d'autre part en ce qui concerne l'intervention de la Communauté française dans les subventions de fonctionnement de l'enseignement subventionné et dans l'intervention de celle-ci dans les infrastructures scolaires.»⁽³⁾

⁽³⁾ Doc. C.C.F., session 2000-2001, n° 175/1, p. 2.

Ce ralentissement du rattrapage doit être justifié au regard de l'article 24, § 4, de la Constitution. Selon le délégué du ministre :

«Le décret du 12 juillet 2001 visant à améliorer les conditions matérielles des établissements de l'enseignement fondamental et secondaire, dit décret 'St-Boniface', organise le calcul des montants des subventions de fonctionnement à octroyer aux établissements scolaires. Pour ce faire, ce même décret prévoit notamment la prise en compte à 100 % des élèves de l'enseignement maternel ordinaire subventionné par la Communauté française régulièrement inscrits au 15 janvier de l'année concernée. Or, cette prise en compte à 100 %, si elle est appliquée dès 2003, entraînerait un déséquilibre entre les différents niveaux d'enseignement subventionnés.

En effet, avant l'entrée en vigueur du décret 'St-Boniface', la méthode de comptage des élèves du maternel était basée sur la fréquentation moyenne. De manière globale, cette méthode revient à ne prendre en compte que 82 % du nombre total d'élèves régulièrement inscrits au 15 janvier de l'année concernée. D'autre part, le décret 'St-Boniface', en son article 2, établit annuellement des plafonds maximums d'augmentation des subventions versées aux établissements d'enseignement. Dès lors, modifier intégralement le mode de comptage des élèves du maternel dès 2003 aurait pour effet d'accroître proportionnellement la part du maternel dans l'augmentation globale admise des subventions de fonctionnement, ce qui aurait des conséquences dommageables pour l'ensemble des autres niveaux d'enseignement.

Dès lors, le Gouvernement a décidé d'organiser une phase transitoire permettant d'atteindre en 2007 l'application complète du nouveau mode de comptabilisation des élèves de l'enseignement maternel subventionné. Pour l'année 2003, le Gouvernement a décidé d'affecter la moitié de la partie non-atteinte du plafond d'augmentation des subventions de fonctionnement tel que fixé à l'art. 2 du décret St-Boniface au financement d'un premier palier de rattrapage du différentiel entre les 2 modes de comptage. La disposition inscrite au décret-programme vise à organiser ce mécanisme.»

Il appartient au législateur décentralisé d'apprécier si ces explications permettent le maintien jusqu'en 2007 d'une distinction de traitement entre les établissements organisés par la Communauté française et ceux que celle-ci subventionne ⁽⁴⁾."

3. Les articles 64 et 65 de l'avant-projet ont pour objet, d'une part, concernant l'enseignement subventionné, de stopper le rattrapage voulu en 2001 et étalé en 2003 en l'arrêtant à 88,6 % et, d'autre part, concernant l'enseignement organisé par la Communauté française, de diminuer la prise en compte de 100 % des élèves à 88,6 %.

⁽⁴⁾ Doc. P.C.F., session 2003-2004, n° 472/1.

Selon le commentaire des articles, ces dispositions "visent à remettre sur un pied d'égalité les écoles d'enseignement maternel organisé et subventionné par la Communauté française en leur appliquant, dans le calcul de leur dotation et subvention de fonctionnement, le même coefficient de prise en compte du nombre d'élèves régulièrement inscrits à la date du 15 janvier".

4. Il y a toutefois lieu de prendre en compte l'article 18 du décret du 12 juillet 2001, précité, qui dispose :

"Par dérogation à l'article 3 de la loi du 29 mai 1959 modifiant certaines dispositions de la législation de l'enseignement, pendant les années 2002, 2003, 2004, 2005, 2006, 2007, 2008, 2009 et 2010, les dotations budgétaires affectées, d'une part, aux établissements de la Communauté française relevant de l'enseignement obligatoire, d'autre part, aux établissements d'enseignement de promotion sociale de la Communauté française ne peuvent pas être inférieures à ce qu'elles étaient pour l'année 2001 :

- indexées selon l'indice général des prix à la consommation à la date du 1^{er} janvier,
- réduites ou augmentées en fonction du nombre d'élèves régulièrement inscrits à la date du 15 janvier de l'année en cours par rapport au même nombre le 15 janvier 2001,
- augmentées d'autant de fois 20 573,18 EUR indexés sur l'indice visé par l'arrêté royal du 24 décembre 1993, précité, qu'il y a d'équivalents temps plein en moins dans le personnel ouvrier et de maîtrise nommé à titre définitif oeuvrant dans les établissements des niveaux considérés;
- majorées des montants consentis sur base de l'article 34 de la loi du 29 mai 1959 précisée."

Il en résulte que l'égalité entre les établissements organisés et subventionnés par la Communauté française ne sera atteinte, contrairement à ce qu'annonce le commentaire des articles, qu'au terme de la période transitoire fixée par cet article 18, soit en 2011. Cette différence de traitement doit être justifiée au regard de l'article 24, § 4, de la Constitution.

5. Par ailleurs, les dispositions envisagées produisent leurs effets dès le 1^{er} janvier 2006.

.../...

Comme le rappelle la Cour d'arbitrage :

"La non-rétroactivité des lois est une garantie ayant pour but de prévenir l'insécurité juridique. Cette garantie exige que le contenu du droit soit prévisible et accessible, en sorte que le justiciable puisse prévoir, à un degré raisonnable, les conséquences d'un acte déterminé au moment où cet acte se réalise.

La rétroactivité peut uniquement être justifiée lorsqu'elle est indispensable pour réaliser un objectif d'intérêt général, comme le bon fonctionnement ou la continuité du service public. S'il s'avère en outre qu'elle a pour effet d'influencer dans un sens déterminé l'issue d'une ou de plusieurs procédures judiciaires ou d'empêcher les juridictions de se prononcer sur une question de droit, la nature du principe en cause exige que des circonstances exceptionnelles ou des motifs impérieux d'intérêt général justifient cette intervention du législateur qui porte atteinte, au détriment d'une catégorie de citoyens, aux garanties juridictionnelles offertes à tous ⁽⁵⁾."

La rétroactivité ne sera donc admissible que si elle est indispensable à la réalisation de l'objectif d'intérêt général poursuivi et si elle n'introduit pas de discrimination entre les destinataires de la norme.

La démonstration de ces deux éléments figurera dans l'exposé des motifs ou le commentaire des articles.

Articles 70, 71, 73 et 76

1. Ces dispositions réduisent, avec effet rétroactif au 1^{er} janvier 2006, le financement des universités et des hautes écoles.

Comme exposé plus haut, la rétroactivité ne sera admissible que si elle est indispensable à la réalisation de l'objectif d'intérêt général poursuivi et si elle n'introduit pas de discrimination entre les destinataires de la norme.

La démonstration de ces deux éléments figurera dans l'exposé des motifs ou le commentaire des articles.

⁽⁵⁾ Arrêt n° 30/2004 du 3 mars 2004, B.5.

2. Invité à justifier pourquoi la redéfinition du financement ne touche que les universités et les hautes écoles, et non les autres établissements d'enseignement supérieur, le délégué de la ministre a répondu :

"La revalorisation barémique a bien été octroyée aux établissements supérieurs autres que les universités et les hautes écoles.

Contrairement aux deux types d'enseignement précités, l'enseignement de l'architecture et l'enseignement supérieur artistique fonctionnent sous le régime de l'enveloppe "ouverte" (certes assortie de coefficients réducteurs). Les montants nécessaires à la liquidation des traitements de ce personnel sont estimés chaque année sur base des projections de l'administration (évolution du cadre, facteurs barémiques, saut d'index, etc.).

S'agissant de dépenses fixes, les traitements sont automatiquement liquidés, s'il échet au-delà des montants prévus au budget.

Au 1^{er} décembre 2005, le forfait de 121,77 € (hors CSS) lié à la revalorisation de 0,5 % a été intégré dans le listing paie de l'ensemble des personnels dont la liquidation des traitements est assurée par la Communauté française (tout le monde en réalité, excepté les universités qui assument elles-mêmes cette opération).

Les arrêtés modifiant le statut pécuniaire des personnels concernés afin d'assurer la cohérence entre paies et échelles de traitement sont, selon mes informations, déjà pris ou en voie de l'être."

Cette explication mériterait de figurer dans le commentaire des articles.

Article 74

Il y a lieu de préciser, comme le fait le texte actuel de l'article 30 du décret du 17 juillet 2002 relatif à la reconnaissance et au subventionnement des musées et autres institutions muséales, que les institutions visées continuent à bénéficier des subventions dans les conditions prévues par l'arrêté royal du 22 avril 1958.

Article 75

1. Dans l'intitulé du titre IV, il y a lieu de donner au décret du 10 avril 2003 son intitulé exact.

2. L'avant-projet vise à étendre les pouvoirs conférés au Gouvernement par l'article 16, § 1^{er}, du décret du 10 avril 2003 relatif au fonctionnement des instances d'avis dans le secteur culturel. Cette extension a pour but de permettre au Gouvernement de créer de nouvelles instances d'avis alors que le texte actuel ne lui permet que de réorganiser les instances existantes.

L'habilitation prévue par l'avant-projet, tout comme celle de l'article 16, § 1^{er}, actuel, confère au Gouvernement un pouvoir normatif plus large que celui dont il est investi en vertu de l'article 20 de la loi spéciale (exécution des décrets).

Comme mentionné dans l'avis 37.741/2/4, donné les 10 et 16 novembre 2004 sur un avant-projet devenu le décret-programme du 3 février 2005 de relance économique et de simplification administrative :

"Un pareil procédé dérogatoire aux règles normales d'exercice de la fonction normative, en vertu desquelles il revient au pouvoir législatif de modifier les décrets qu'il a adoptés, doit toutefois être justifié : le législateur doit se garder de porter atteinte de manière discriminatoire au principe de légalité en habilitant le pouvoir exécutif à modifier des textes législatifs sans nécessité réelle. C'est pourquoi l'exposé des motifs doit être complété afin qu'un débat puisse avoir lieu au sein de l'assemblée délibérante démocratiquement élue quant aux circonstances particulières qui justifient l'attribution des pouvoirs en projet."

3. En vertu de l'article 16, § 2, du décret du 10 avril 2003, précité, les pouvoirs spéciaux accordés au Gouvernement par le paragraphe 1^{er} expirent le 30 juin 2006.

Il en va de même pour les pouvoirs spéciaux prévus par l'avant-projet puisque ce dernier complète l'article 16, § 1^{er}, sans modifier l'article 16, § 2.

.../...

Or, l'avant-projet examiné ne sera pas voté avant le 30 juin 2006.

La modification proposée ne sera dès lors utile que parce que l'article 77 de l'avant-projet lui donne un effet rétroactif au 24 septembre 2005, c'est-à-dire à la date où est entré en vigueur l'article 16 du décret du 10 avril 2003, précité, tel que remplacé par le décret du 20 juillet 2005.

Autrement dit, sur la base de l'habilitation figurant à l'article 16, § 1^{er}, du décret du 10 avril 2003, précité, le Gouvernement adoptera, avant le 30 juin 2006, l'arrêté de pouvoirs spéciaux. Cet arrêté sera cependant en partie dépourvu de fondement légal puisque l'habilitation figurant à l'article 16, § 1^{er}, précité, ne permet pas au Gouvernement de créer des instances d'avis. Le vote subséquent de l'avant-projet examiné mettra fin à cette illégalité en complétant rétroactivement le fondement légal de l'arrêté de pouvoirs spéciaux.

Pour éviter ce mécanisme qui perd de vue qu'un arrêté doit disposer d'un fondement légal suffisant dès son adoption et qui met le Parlement de la Communauté française devant le fait accompli, il serait souhaitable - pour autant que l'auteur de l'avant-projet puisse se justifier comme relevé dans l'observation 2 - d'adopter d'abord l'avant-projet. Ce dernier modifierait également l'article 16, § 2, afin de prolonger légèrement la période de pouvoirs spéciaux. Une fois le décret entré en vigueur, l'arrêté de pouvoirs spéciaux pourrait être pris et disposerait ab initio d'un fondement légal suffisant.

La chambre était composée de

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

Les rapports ont été présentés par MM. X. DELGRANGE, A. LEFEBVRE, auditeurs et Mme L. VANCRAVEBECK, auditeur adjoint.

LE GREFFIER,

LE PRÉSIDENT,

B. VIGNERON

Y. KREINS