

KV

ROYAUME DE BELGIQUE

Avis 43.619/2
DU 22 OCTOBRE 2007

DE LA SECTION DE LÉGISLATION
DU CONSEIL D'ÉTAT

Le CONSEIL D'ÉTAT, section de législation, deuxième chambre, saisi par la Vice-Présidente et Ministre de l'Enseignement supérieur, de la Recherche scientifique et des Relations internationales de la Communauté française, le 24 septembre 2007, d'une demande d'avis, dans un délai de trente jours, sur un avant-projet de décret "portant diverses mesures en matière d'enseignement supérieur", a donné 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.

Dispositif

Article 2

1. Selon le commentaire de l'article :

"Les deux dispositions introduites visent à tempérer la disposition réservant l'accès aux différents niveaux aux personnes disposant au plus d'un diplôme correspondant au niveau de recrutement.

En effet, l'application de dispositions semblables a été jugée contraire aux dispositions constitutionnelles d'égalité et de non-discrimination parce que n'étant pas proportionnelle à l'objectif poursuivi. Voyez à cet effet les arrêts 89.800 et 131.418 du Conseil d'État.

Compte tenu de la suppression du niveau 4, la première modification permet de ne pas tenir compte des diplômes qui ne sont pas en rapport avec la spécialisation ou la fonction pour laquelle le concours de recrutement est organisé.

La seconde disposition modificative permet de continuer à recruter pour le niveau 3, désormais accessible sans diplôme, des personnes qui sont titulaires d'un diplôme, d'un certificat ou d'un brevet d'un niveau inférieur à celui de l'enseignement secondaire supérieur, notamment des diplômes de l'enseignement secondaire ou du second degré et d'éviter de priver les universités de compétences dont elles bénéficiaient jusqu'à présent."

Dans les deux arrêts cités dans le commentaire de l'article, la section du contentieux administratif du Conseil d'État a écarté l'application de l'article VI, 2, § 1^{er}, alinéa 2, de l'arrêté du Gouvernement flamand du 24 novembre 1993 portant organisation du Ministère de la Communauté flamande et statut du personnel, inséré par l'arrêté du Gouvernement flamand du 26 mai 1998, et de l'article 16, alinéa 2, de l'arrêté royal du 2 octobre 1937 portant le statut des agents de l'État, inséré par l'arrêté royal du 22 décembre 2000, selon lesquels les porteurs d'un diplôme ou certificat donnant accès à un niveau déterminé ne peuvent pas s'inscrire à un concours d'un niveau inférieur.

Cette jurisprudence s'inscrit dans la ligne de l'arrêt rendu, le 28 mars 1996, par le Tribunal de première instance des Communautés européennes ¹ qui a jugé illégal parce qu'incompatible avec le principe d'égalité de traitement, le critère visant à exclure la participation de certains candidats à un concours au seul motif que leur niveau de formation est supérieur à un maximum déterminé fixé, notamment, en fonction du niveau minimal de formation qui s'applique à une catégorie de personnel supérieure à celle visée par le concours.

Sous réserve de l'observation 2 formulée ci-après, le libellé de l'article 2, de l'avant-projet de décret tend certes à tenir compte de la suppression du niveau 4 et à assurer l'intégration du personnel de ce niveau dans le niveau 3 mais il n'a pas, en revanche, pour effet, contrairement à ce qu'affirme le commentaire de l'article, de rendre l'article ainsi modifié conforme au principe constitutionnel d'égalité et de non-discrimination.

La disposition à l'examen doit en conséquence être revue de façon à lever la discrimination de traitement que la modification en projet continue à maintenir.

2. L'alinéa 2 de l'article 8*bis*, en projet, prévoit que :

"De plus, lorsque, dans un tableau de hiérarchie relatif à une catégorie, pour un grade déterminé, aucun certificat, diplôme ou brevet n'est requis, l'agent titulaire d'un diplôme, certificat ou brevet d'un niveau inférieur à tout certificat, brevet ou

⁽¹⁾ Arrêt du Tribunal de première instance du 28 mars 1996, Muireann Noonan contre Commission des Communautés européennes, Recueils de jurisprudence 1996, Partie II, pp. 215 à 234.

diplôme requis figurant dans le tableau de hiérarchie de la même catégorie de personnel peut être recruté".

La portée exacte de ce texte ne peut être appréhendée que pour autant que sa lecture s'accompagne de celle de l'exposé des motifs qui indique que l'objectif est de permettre de continuer à recruter pour le niveau 3 désormais accessible sans diplôme, des personnes qui sont titulaires d'un diplôme, d'un certificat ou d'un brevet d'un niveau inférieur à celui de l'enseignement secondaire supérieur, notamment des diplômés de l'enseignement secondaire inférieur ou du second degré.

Dans un souci de sécurité juridique, il y a lieu de revoir le texte de l'alinéa 2, en projet, de manière telle qu'il traduise clairement l'intention ainsi exprimée par son auteur.

Article 3

À l'alinéa 2, de l'article 69^{ter}, en projet, il convient de remplacer les mots "pourvu d'une nomination temporaire" par les mots "admis en stage".

Article 12

1. À l'article 36^{ter}, alinéa 3, en projet, le renvoi "aux pourcentages établis à l'article 29, § 1^{er}, alinéa 1^{er}", de la loi du 27 juillet 1971 sur le financement et le contrôle des institutions universitaires, appelle une observation analogue à celles formulées dans les avis 36.275/2, donné le 14 janvier 2004 ² et 41.935/4, donné le 15 janvier 2007 ³.

(2) Avis 36.275/2, donné le 14 janvier 2004, sur un avant-projet de décret devenu le décret du 31 mars 2004 définissant l'enseignement supérieur, favorisant son intégration à l'espace européen de l'enseignement supérieur et refinançant les universités (Doc. P.C.F., 2003-2004, n/ 498/1, p. 115).

(3) Avis 41.935/4, donné le 15 janvier 2007, sur un avant-projet de décret devenu le décret du 30 mars 2007 portant diverses mesures en matière de recherche dans les institutions universitaires (Doc. P.C.F., 2006-2007, n/ 363/1, pp. 20-21).

2. À l'article 36^{quater}, alinéa 4, en projet, la question se pose de savoir pourquoi les 10 % des moyens obtenus par les académies ne sont pas directement versés par la Communauté française au Conseil interuniversitaire de la Communauté française (CIUF).

Article 31

1. L'article 191, alinéa 5, en projet, prévoit que le recours contre une proposition de licenciement introduit par un membre du personnel engagé à titre temporaire à durée indéterminée dans l'enseignement libre subventionné auprès la chambre de recours est suspensif.

Tel n'est pas le cas pour un membre du personnel désigné à titre temporaire à durée indéterminée dans l'enseignement officiel subventionné, comme il ressort des articles 266 et 270 du décret du 24 juillet 1997 fixant le statut des membres du personnel directeur et enseignant et du personnel auxiliaire d'éducation des hautes écoles organisées ou subventionnées par la Communauté française.

Lors de la négociation syndicale, l'autorité a insisté sur le fait que les membres du personnel de l'enseignement officiel subventionné et de l'enseignement organisé par la Communauté française ont la possibilité d'introduire une demande de suspension devant le Conseil d'État alors que les membres du personnel de l'enseignement libre subventionné n'ont pas cette possibilité.

Or, la suspension de l'exécution d'un acte administratif doit être demandée au Conseil d'État et elle ne peut être ordonnée que si les conditions prévues à l'article 17, § 2, des lois coordonnées sur le Conseil d'État sont remplies. Rien n'empêche, par contre, les auteurs de l'avant-projet de décret de prévoir également un effet suspensif pour le recours introduit par un membre du personnel de l'enseignement officiel subventionné auprès la chambre de recours.

La différence de traitement entre les membres du personnel de l'enseignement libre subventionné et ceux de l'enseignement officiel subventionné établie par l'article 31, 2/, de l'avant-projet de décret ne repose dès lors pas sur des critères objectifs et pertinents au regard de l'article 24, § 4, de la Constitution.

2. Au 3/, de l'article 31, de l'avant-projet, si telle est bien l'intention de l'auteur de l'avant-projet, mieux vaut écrire "la date visée à l'alinéa 4, deuxième phrase". Cette rédaction permet de mieux assurer la sécurité juridique.

Article 45

Dans la phrase liminaire, il convient de remplacer les mots "article 8, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 1/" par les mots "article 8, § 1^{er}".

Article 46

1. Aux termes de l'exposé des motifs, l'article 46 de l'avant-projet vise notamment à créer un "conseil supérieur de l'architecture".

L'auteur de l'avant-projet institue ce conseil en se référant, dans l'alinéa 1^{er}, de l'article 11.1, en projet, à l'article 6, § 1^{er}, de la loi du 7 juillet 1970 relative à la structure générale de l'enseignement supérieur et, plus particulièrement, au conseil de l'enseignement supérieur artistique que cet article 6, § 1^{er}, autorise à créer, pour, dans l'alinéa 2, de l'article 11.1, dénommer ce conseil de l'enseignement supérieur artistique "conseil supérieur de l'enseignement de l'architecture".

L'auteur de l'avant-projet doit prendre une position claire quant à la démarche qu'il entreprend.

Soit l'auteur de l'avant-projet a l'intention, en créant le conseil supérieur de l'enseignement artistique et en le renommant "conseil supérieur de l'enseignement de l'architecture", de remplacer le premier par le second. Dans ce cas, la question se pose de savoir s'il est bien de l'intention de l'auteur de l'avant-projet de ne plus donner la possibilité au pouvoir exécutif de créer un conseil de l'enseignement supérieur artistique, la représentation de ce secteur de l'enseignement se trouvant ainsi dorénavant limitée à une seule branche de ce secteur, à savoir celle de l'enseignement de l'architecture. Toutefois, il ne semble pas possible de justifier la préférence accordée à la représentation d'une branche particulière d'un type d'enseignement au détriment des autres branches de ce même enseignement.

Soit l'intention est de créer le conseil de l'enseignement supérieur artistique en le nommant, pour les missions qu'il remplit en ce qui concerne spécifiquement l'enseignement de l'architecture, "conseil supérieur de l'enseignement de l'architecture" et, dans ce cas, la question se pose de savoir pour quelle raison la composition du conseil supérieur de l'enseignement artistique agissant comme conseil supérieur de l'architecture n'est pas ciblée sur cette branche d'enseignement. Ainsi, si au 2/, de l'article 11.2, alinéa 1^{er}, en projet, il est prévu que le Conseil supérieur de l'enseignement de l'architecture se compose de huit représentants des membres du personnel des instituts supérieurs d'architecture, le 3/ qui concerne la représentation étudiante n'envisage pas une représentation des seuls étudiants suivant l'enseignement de l'architecture. De même, le 4/ qui règle la représentation des organisations syndicales ne vise pas les seuls représentants des membres du personnel de l'enseignement de l'architecture mais, plus largement, les représentants des membres du personnel des établissements d'enseignement artistique. Or, s'il s'agit de créer et d'organiser un conseil supérieur de l'enseignement de l'architecture, il conviendrait, pour assurer l'effectivité de la représentation de ce conseil, de composer celui-ci de manière homogène en faisant appel uniquement aux représentants des acteurs sociaux de ce type d'enseignement.

Les intentions de l'auteur de l'avant-projet doivent donc être clarifiées et le texte du dispositif adapté voire complété en conséquence.

2. Compte tenu du fait que l'article 11.13, en projet, crée une commission de notoriété pour l'enseignement de l'architecture, chargée d'examiner les demandes de notoriété visées à l'article 7, § 4, 2/, de la loi du 18 février 1977 relative à l'organisation de l'enseignement de l'architecture, il y a lieu d'adapter la terminologie utilisée dans cette dernière disposition.

Article 83

Au 3/, il convient de remplacer les mots "alinéa 1^{er}" par les mots "alinéa 1^{er}, 3/".

Article 91

Selon l'article 15*bis*, en projet, "les modalités relatives à l'emploi et aux conditions de travail des membres du personnel" doivent faire l'objet d'une négociation syndicale en cas de fusion, reprise ou transfert d'établissements d'enseignement supérieur. Ni le dispositif ni le commentaire de l'article ne permettent cependant de déterminer selon quelles modalités cette négociation syndicale aura lieu.

Il y a lieu de rappeler qu'une négociation syndicale s'impose en tout état de cause dans les hypothèses ⁴ prévues à l'article 2, § 1^{er}, de la loi du 19 décembre 1974 organisant les relations entre les autorités publiques et le syndicats des agents relevant de ces autorités, ainsi que dans celles visées par le décret du 19 mai 2004 relatif à la négociation en Communauté française.

⁽⁴⁾ Par exemple, si le statut administratif et/ou le régime pécuniaire des membres du personnel sont concernés par l'opération de fusion, reprise ou transfert.

Prévoir à l'article 15*bis*, en projet, une procédure de négociation ne peut se comprendre que dès lors que l'intention de l'auteur de l'avant-projet est de déroger aux dispositifs actuellement déjà organisés dans le cas particulier de la fusion, reprise ou transfert d'établissements d'enseignement supérieur. Si tel est le cas, il appartient alors à l'auteur de l'avant-projet de cerner les aspects de ces questions qu'il veut voir soumis à une négociation distincte de celle rappelée ci-avant et de préciser selon quelles règles elle devra se dérouler. Dans cette hypothèse, l'article 91 de l'avant-projet de décret doit donc être fondamentalement revu.

En revanche, si l'auteur de l'avant-projet entend mettre en oeuvre les dispositifs prérappelés, il serait préférable de supprimer cette disposition afin d'éviter toute confusion dans la détermination des textes applicables.

Article 93

Il convient d'omettre les mots "remplacé par le montant".

Observations finales de légistique

Le texte en projet gagnerait à faire l'objet d'une relecture attentive de manière telle que soient corrigées les fautes de grammaire qui l'émaillent encore. On écrira ainsi "effectuée" et non "effectué" aux articles 61, 3/, 72, 3/ et 83, 3/ de l'avant-projet.

La chambre était composée de

Messieurs	Y. KREINS,	président de chambre,
	P. VANDERNOOT,	conseillers d'État,
Madame	M. BAGUET,	
Monsieur	H. BOSLY,	assesseurs de la section de législation,
Mesdames	A. WEYEMBERGH,	
	B. VIGNERON,	greffier.

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

LE GREFFIER,

LE PRÉSIDENT,

B. VIGNERON

Y. KREINS