

KV

ROYAUME DE BELGIQUE

AVIS 44.310/2
DU 16 AVRIL 2008

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 20 mars 2008, d'une demande d'avis, dans un délai de trente jours, sur un avant-projet de décret "portant des mesures en matière d'enseignement-2008", 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.

Observations générales

A. En ce qui concerne la nomination à 55 ans

1. Les articles 5, 11, 19, 28, 40 et 48 de l'avant-projet de décret prévoient qu'un membre du personnel qui atteint l'âge de 55 ans au cours de l'année calendrier concernée peut être nommé à titre définitif dans un emploi occupé d'une fonction de recrutement si certaines conditions sont remplies, à savoir s'il satisfait toutes les conditions de nomination requises au moment de la nomination et est en service depuis au moins le 1^{er} septembre de l'année scolaire concernée.

En vertu de l'article 130, § 1^{er}, 3/, de la Constitution, la Communauté germanophone est compétente pour l'enseignement, à l'exception notamment du régime des pensions.

La Communauté germanophone est seule compétente pour fixer le statut administratif et pécuniaire des membres du personnel de l'enseignement. Lorsqu'elle fixe des règles en la matière, qui ont des répercussions sur les pensions à ces membres du personnel, elle n'est en outre pas obligée d'obtenir l'accord de l'autorité fédérale ou d'informer celle-ci ¹.

(1) Comparer avec l'article 19 de l'arrêté royal du 22 décembre 2000 fixant les principes généraux du statut administratif et pécuniaire des agents de l'État applicables au personnel des services des Gouvernements de Communauté et de Région et des Collèges de la Commission communautaire commune et de la Commission communautaire française ainsi qu'aux personnes morales de droit public qui en dépendent.

Elle est néanmoins soumise à l'article 143, § 1^{er}, de la Constitution qui prévoit que, dans l'exercice de leurs compétences respectives, l'État fédéral, les communautés et les régions agissent dans le respect de la loyauté fédérale, en vue d'éviter des conflits d'intérêts.

Comme l'a rappelé la Cour constitutionnelle ²,

"Le principe de loyauté fédérale, selon les travaux préparatoires de cet article de la Constitution, implique, pour l'autorité fédérale et pour les entités fédérées, l'obligation de ne pas perturber l'équilibre de la construction fédérale dans son ensemble, lorsqu'elles exercent leurs compétences ; il signifie davantage que l'exercice de compétences : il indique dans quel esprit cela doit se faire (Doc. parl., Sénat, S.E., 1991-1992, n/ 100-29/2).".

2. Selon l'exposé des motifs,

"Une règle novatrice est instaurée pour éviter au maximum (une garantie n'existe pas) que des membres du personnel soient pensionnés comme temporaires et ne puissent dès lors bénéficier du régime de pension plus avantageux du secteur public. Les membres du personnel âgés de 55 ans peuvent être nommés dans un emploi non vacant. Cette nomination n'est pas un droit pour le membre du personnel. C'est pourquoi, contrairement à l'accoutumée, non seulement le pouvoir organisateur mais aussi, dans ce cas, le Gouvernement doivent approuver la nomination, étant donné qu'il s'agit d'une nomination dans un emploi non vacant et qu'il faut dès lors analyser précisément s'il n'y a pas risque de mises en disponibilité par défaut d'emploi avec d'éventuelles conséquences budgétaires négatives.".

Le commentaire de l'article 5 y ajoute :

"Comme déjà mentionné, il doit s'agir d'un emploi non vacant. Ainsi, aucune personne de moins de 55 ans n'est discriminée par cette clause étant donné que la procédure normale de nomination relative à l'occupation définitive d'emplois vacants reste d'application. Comme il s'agit d'emplois non vacants, l'accord du Gouvernement est requis afin d'éviter des conséquences budgétaires négatives découlant d'éventuelles mises en disponibilité par défaut d'emploi.".

En autorisant les pouvoirs organisateurs à nommer deux ou plusieurs membres du personnel dans un seul emploi vacant, l'auteur de l'avant-projet exerce sa compétence dans le seul but de permettre à ceux-ci d'obtenir une pension du secteur public à la fin de leur carrière professionnelle, ce qui entraîne une augmentation des dépenses à charge de la seule autorité fédérale.

⁽²⁾ C.C., n/ 119/2004, 30 juin 2004, B.3.2.

Le principe de proportionnalité qui doit gouverner les rapports entre les collectivités fédérées et l'autorité fédérale n'est donc pas respecté. Par là même, le principe constitutionnel de loyauté fédérale est violé.

Les articles 5, 11, 19, 28, 40 et 48 de l'avant-projet de décret doivent être omis.

B. En ce qui concerne la nouvelle réglementation en matière de dérogation de diplôme ou de dérogation linguistique dans l'enseignement subventionné

Selon l'exposé des motifs,

"Dans un premier temps, le présent décret uniformise les procédures de dérogation dans le cas d'un manque d'enseignants : la réforme susvisée des procédures de dérogation appliquées dans l'enseignement communautaire est maintenant étendue à l'enseignement subventionné. Concrètement, cela signifie que les titres du groupe B, aussi appelés «article 3.off» sont purement et simplement supprimés et remplacés par la règle appliquée dans l'enseignement communautaire. Aussi la commission pour les titres B, qui par le passé examinait s'il s'agissait d'un titre du groupe B, peut-elle être supprimée. L'ensemble du système de dérogation dans l'enseignement subventionné en est considérablement simplifié et rendu transparent.

(...)

Dans un deuxième temps, les titres requis et les titres jugés suffisants du groupe A seront «revus» et ancrés dans tous les réseaux d'enseignement. L'uniformisation et la simplification des titres et des procédures de dérogation pour tous les réseaux répondent d'ailleurs au principe énoncé à l'article 12bis du Pacte scolaire."

Comme la section de législation du Conseil d'État l'a encore rappelé dans un avis récent ³ :

"(...) la législation sur les titres requis et les titres jugés suffisants dans l'enseignement constitue un élément essentiel du régime applicable à cette matière et (...), dans le prolongement de l'article 12bis, § 2, de la loi du 29 mai 1959 [modifiant certaines dispositions de la législation de l'enseignement], elle doit faire l'objet d'une réforme tendant à y assurer le respect du principe d'égalité (...),

⁽³⁾ Avis 44.005/2, donné le 6 février 2008, sur un avant-projet de décret "portant valorisation du métier d'enseignant" (Doc. parl., Parl. Comm. germ., 2007-2008, n/ 124/1, p. 81).

l'égalité devant notamment être assurée entre tous les réseaux et établissements d'enseignement."

L'article 24, § 4, de la Constitution laisse d'ailleurs le choix des moyens à l'auteur de l'avant-projet quant à la façon dont cette égalité entre les membres du personnel de l'enseignement est réalisée. L'avant-projet de décret, qui supprime les titres jugés suffisants B, représente une première étape importante afin de mieux respecter le prescrit constitutionnel.

Toutefois, les articles 23, 35 et 44 de l'avant-projet de décret disposent que,

"(...) s'il s'agit d'un membre du personnel directeur et enseignant, celui-ci doit disposer d'un titre pédagogique délivré sur la base d'une formation dont les éléments essentiels sont soumis au Parlement par le Gouvernement."

En vertu de l'article 24, § 5, de la Constitution, il appartient au législateur lui-même de fixer les éléments essentiels du statut, parmi lesquels figurent les conditions de nomination ⁴.

Dès lors, les termes "dont les éléments essentiels sont soumis au Parlement par le Gouvernement" doivent être omis dans la mesure où ils se bornent à paraphraser l'article 24, § 5, de la Constitution. Il appartient au projet de déterminer les éléments essentiels dont il est question.

Par conséquent, les articles 33, alinéa 1^{er}, 5/, d), 20, § 1^{er}, 5/, d), et 5.15, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 5/, d), en projet doivent être adaptés.

⁽⁴⁾ Voir notamment l'avis 32.759/2, donné le 24 février 2003, sur un avant-projet de décret de la Communauté germanophone devenu le décret du 19 avril 2004 relatif à la transmission des connaissances linguistiques et à l'emploi des langues dans l'enseignement (Doc. parl., Parl. Comm. germ., 2003-2004, n/ 146/1, p. 32).

C. En ce qui concerne la compatibilité avec le droit communautaire de l'interdiction d'inscription des certains élèves étrangers

L' article 9 du décret du 26 avril 1999 relatif à l'enseignement fondamental ordinaire, que l'article 33 de l'avant-projet de décret tend à modifier, a été inséré par le décret du 25 juin 2007 portant des mesures en matière d'enseignement 2007.

La section de législation n'a pas eu l'occasion de donner son avis sur cette disposition car le Gouvernement a déposé un amendement après le dépôt de l'avant-projet devenu le décret du 25 juin 2007, précité. L'amendement était justifié par l'afflux d'élèves domiciliés à l'étranger qui peut conduire au refus d'inscription d'élèves belges dans certaines écoles primaires dans la Communauté germanophone, à défaut de places disponibles ⁵.

Une discrimination directe ostensiblement fondée sur la nationalité est contraire au droit communautaire ⁶. Par contre, une différence indirecte de traitement, c'est-à-dire celle qui se produit lorsqu'une disposition apparemment neutre est susceptible d'entraîner un désavantage particulier affectant davantage des étrangers communautaires que des nationaux, pourrait exceptionnellement être admise par la Cour de justice, si elle se fonde sur des considérations objectives indépendantes de la nationalité des personnes concernées ⁷.

Le décret du 26 avril 1999 a choisi le critère du domicile des parents et de leur lieu de travail, auquel le présent avant-projet vient ajouter l'exigence d'un contrat de travail à durée indéterminée.

(5) Doc. parl., Parl. Comm. germ., 2006-2007, n/ 99/2, p. 48

(6) C.J.C.E., 1^{er} juillet 2004, Commission c. Belgique, C-65/03; 7 juillet 2005, Commission c. Autriche, C-147/03.

(7) Avis 40.207/2, donné le 2 mai 2006, sur un avant-projet de décret de la Communauté française devenu le décret du 16 juin 2006 régulant le nombre d'étudiants dans certains cursus de premier cycle de l'enseignement supérieur et arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes y cités, Doc. parl., Parl. Comm. fr., 2005-2006, n/ 263/1, pp. 16 et s. et arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes précités.

Il appartient, dès lors, au Gouvernement de la Communauté germanophone d'énoncer l'objectif légitimement poursuivi, d'établir le caractère objectif et raisonnable du critère de distinction retenu pour fonder la différence de traitement et de démontrer tant la nécessité que la proportionnalité de la mesure envisagée.

Observations particulières

Dispositif

Articles 24 et 36

Aux articles 33*bis*, alinéa 3, et 20*bis*, alinéa 3, en projet, les mots "Sans préjudice de l'article 33*bis*" et "Sans préjudice de l'article 20*bis*" doivent être remplacés par les mots "Sans préjudice de l'alinéa 1^{er}".

Articles 34 et 57

Mieux vaut fusionner les deux articles car ils ont chacun pour objet de modifier l'article 40 du décret du 26 avril 1999 relatif à l'enseignement fondamental ordinaire.

Article 45

À l'article 5.18, alinéa 3, en projet, les mots "la condition mentionnée à l'article 5.18, alinéa 1^{er}, 5/" et les mots "Sans préjudice de l'article 5.18, alinéa 1^{er}" doivent être remplacés respectivement par les mots "la condition mentionnée à l'article 5.15, alinéa 1^{er}, 5/" et les mots "Sans préjudice de l'alinéa 1^{er}".

Article 51

L'article 51 constitue la seule disposition autonome. Elle trouverait mieux sa place au début de l'avant-projet de décret, avant les dispositions modificatives et abrogatoires.

La chambre était composée de

Messieurs	Y. KREINS,	président de chambre,
	P. VANDERNOOT,	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