

ROYAUME DE BELGIQUE

Avis 45.390/2
DU 24 NOVEMBRE 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 obligatoire de la Communauté française, le 29 octobre 2008, d'une demande d'avis, dans un délai de trente jours, sur un avant-projet de décret "portant des dispositions relatives à la reconnaissance des qualifications professionnelles pour l'exercice de fonctions dans les établissements d'enseignement préscolaire, primaire, secondaire ordinaire et spécialisé, artistique, de promotion sociale et supérieur non universitaire, secondaire artistique à horaire réduit de la Communauté française et les internats dépendant de ces établissements, et dans les centres psycho-médico-sociaux et diverses mesures urgentes en matière d'enseignement", 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

1.1. Les décrets contenant des dispositions à objets multiples se limitent généralement à modifier, de manière ponctuelle et relativement limitée, des législations ou des réglementations existantes. Indépendamment des autres difficultés suscitées par le recours à cette manière de légiférer, le fait de mêler à de pareils textes modificatifs à objets divers des ensembles normatifs complets ayant des objets bien spécifiques, contenant des dispositions autonomes et des dispositions modificatives qui y sont liées, est peu recommandable. Il convient en effet de placer chaque ensemble normatif spécifique dans un décret qui lui est exclusivement consacré.

1.2. Il conviendrait en conséquence de faire du titre I un projet de décret autonome, limité à son objet, en ce compris les dispositions abrogatoires ou modificatives qui y sont liées, et, si tel est le souhait du Gouvernement, de faire des divers chapitres du titre II, à l'exception du chapitre XI ¹, un deuxième projet de décret, qui porterait alors l'intitulé suivant : "portant diverses mesures urgentes en matière d'enseignement".

Les renvois faits à ce titre I dans les dispositions modificatives introduites par l'avant-projet seront adaptés en conséquence ².

1.3. La même observation vaut pour le chapitre XI du titre II ("Du congé pour activités sportives"), et ce d'autant plus que son objet n'est en rien reflété dans l'intitulé de l'avant-projet.

(1) Il est renvoyé sur ce point à l'observation n/ 1.3, ci-après.

(2) Il est renvoyé toutefois à l'observation n/ 2.6.

La question se pose toutefois de savoir s'il ne serait pas préférable d'insérer les dispositions autonomes qu'il contient au sein des différents textes organisant les congés du personnel concerné, spécialement ceux mentionnés à l'article 74, § 1^{er}, de l'avant-projet sous les réserves exprimées par le paragraphe 2 de cette disposition. Afin d'éviter la répétition de textes dans plusieurs réglementations, il pourrait être suffisant d'insérer le nouveau régime de congé dans l'une d'entre elles ³ et d'y renvoyer, s'il y a lieu ⁴, dans chacune des législations ou réglementations particulières, moyennant les adaptations nécessaires, par exemple en ce qui concerne la désignation de l'organe ou de l'autorité habilité à accorder le congé ⁵.

Une autre formule qui garantirait le respect du principe d'égalité et présenterait, en outre, l'avantage de la cohérence et de la praticabilité, consisterait à élaborer un régime pour tous ces congés pour l'ensemble du personnel de l'enseignement.

(3) Par exemple dans 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, spécialisé, 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.

(4) Ce ne serait par exemple pas nécessaire en ce qui concerne les membres du personnel subsidié de l'enseignement libre subventionné puisque l'article 67, alinéa 2, du décret du 1^{er} février 1993 fixant le statut des membres du personnel subsidiés de l'enseignement libre subventionné dispose de manière générale que "[le membre du personnel en activité de service] peut obtenir du pouvoir organisateur un congé dans les mêmes conditions que dans l'enseignement de la Communauté" (voir aussi par exemple, dans le même sens, l'article 55, alinéa 2, du décret du 6 juin 1994 fixant le statut des membres du personnel subsidié de l'enseignement officiel subventionné).

(5) Par exemple, à l'article 67, alinéa 3, du décret précité du 1^{er} février 1993 dispose, après le renvoi à la réglementation applicable au personnel de la Communauté française, dont il est question à la note précédente, que "[t]out congé pour lequel une décision du ministre-membre de l'Exécutif compétent ou de son délégué est nécessaire pour pouvoir bénéficier du traitement dans l'enseignement de la Communauté, doit être soumis par le pouvoir organisateur à l'approbation de l'Exécutif" (voir aussi, dans le même sens, l'article 55, alinéa 3, du décret du 6 juin 1994).

1.4. C'est sous le bénéfice de ces observations liminaires que ces dispositions sont examinées.

2.1. Le titre I tend à transposer partiellement la directive 2005/36/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 septembre 2005 relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles.

2.2. L'exposé des motifs doit être complété par la présentation d'un tableau de correspondance entre le texte de l'avant-projet et celui des dispositions pertinentes de la directive, ainsi que d'un tableau établissant une correspondance en sens inverse, afin que le Parlement puisse se prononcer en connaissance de cause sur le choix des moyens mis en oeuvre par l'auteur de l'avant-projet pour assurer la transposition de ces dispositions de la directive, et éviter que l'exercice du droit d'amendement inscrit dans l'article 39 de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles ne dépasse les limites du pouvoir d'appréciation laissé aux États membres par le droit européen.

Pareils tableaux permettront également d'expliquer pourquoi certaines dispositions de la directive ne sont pas transposées ⁶, par exemple parce que leur objet tombe en dehors des compétences de la Communauté française ⁷, qu'il n'est pas pertinent au regard de ces compétences, que ces dispositions concernent une faculté optionnelle non mise en oeuvre par la Communauté française, que la disposition de la directive n'est pas de celles qui appellent une transposition ou pour tout autre motif admissible.

Il eût été souhaitable de communiquer ces tableaux à la section de législation du Conseil d'État en vue de l'examen de l'avant-projet auquel elle a procédé pour l'établissement du présent avis ⁸. À défaut, il n'est pas certain qu'un examen exhaustif des questions relatives à l'exacte transposition de la directive précitée ait pu être mené.

(⁶) Voir par exemple les articles 13, paragraphe 2, alinéa 3, deuxième phrase, et 14, paragraphes 2, alinéas 2 et 3, et 3, de la directive 2005/36/CE, précitée.

(⁷) Voir sur ce point l'observation générale n/ 2.5, ci-après.

(⁸) Voir le rapport 2005-2006 du Conseil d'État, www.raadvst-consetat.be/?page=about_annualreports&lang=fr (20 novembre 2008), §§ 15 à 17.

C'est sous cette réserve que les observations suivantes sont formulées.

2.3. Pour assurer la transposition, l'avant-projet est rédigé en s'inspirant, à bon escient, de la terminologie de la directive.

Afin d'assurer cette transposition de manière claire et complète, il convient toutefois de tenir compte du fait que certaines des formules utilisées dans la directive, si elles peuvent se concevoir dans le contexte du droit européen, doivent parfois être aménagées lorsqu'elles se situent dans un contexte national.

Ainsi, par exemple, à l'article 1^{er}, § 2, la notion de pays tiers doit être mentionnée par référence aux États auxquels s'appliquent la directive.

La rédaction du texte sera revue à la lumière de cette observation.

2.4. En vertu de l'article 63, alinéa 2, de la directive, les dispositions adoptées par les États membres doivent contenir une référence à cette directive ou être accompagnées d'une telle référence lors de leur publication officielle. Pour les textes de nature législative, il est préférable de consacrer un article du dispositif à cette référence⁹.

Le titre I sera complété par une disposition initiale aux termes de laquelle ce titre assure la transposition partielle de la directive.

2.5. Cette transposition doit intervenir dans l'ensemble des compétences de la Communauté française en la matière, compte tenu également de la répartition des attributions entre le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif.

⁽⁹⁾ Voir Principes de technique législative - Guide de rédaction des textes législatifs et réglementaires, www.conseildetat.be, onglet "Technique législative", § 94.1 et formule F-4-1-2-1 ou F-4-1-2-2.

En matière d'enseignement, de fonction publique et, plus généralement, dans toutes les matières relevant de la Communauté française dans lesquelles des conditions sont énoncées pour l'accomplissement de tâches d'intérêt général et de fourniture d'un service public au sens fonctionnel du terme, la Communauté française est compétente ¹⁰.

Lorsque ces matières concernent les membres du personnel du Gouvernement de la Communauté française, c'est au Gouvernement qu'il appartient d'intervenir, conformément à l'article 87, § 3, de la loi spéciale précitée du 8 août 1980. Les articles 1^{er} à 9 de l'avant-projet doivent être revus pour en étendre le champ d'application à toutes les matières qui, selon la répartition des compétences rappelée ci-avant, relèvent du pouvoir législatif de la Communauté française ¹¹, sans le limiter, comme il est exposé à l'article 1^{er}, § 1^{er}, a), de l'avant-projet aux "fonction[s] à exercer dans les établissements d'enseignement préscolaire, primaire, secondaire ordinaire et spécialisé; artistique; de promotion sociale et supérieur non universitaire; secondaire artistique à horaire réduit de la Communauté française et les internats dépendant de ces établissements, et dans les centres psychomédico-sociaux".

Les intitulés de l'avant-projet et du titre I seront revus en conséquence.

La transposition sera assurée par un arrêté du Gouvernement en ce qui concerne les membres du personnel du Gouvernement de la Communauté française.

⁽¹⁰⁾ Il est vrai qu'aux termes de l'article 6, § 1^{er}, VI, alinéa 5, 6/, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, la réglementation en matière de conditions d'accès à la profession est réservée au législateur fédéral. Cette compétence ne comprend toutefois pas celle de fixer des conditions d'accès à des fonctions publiques, qui ne sont pas, en effet, des professions au sens de l'article 6, § 1^{er}, VI, dernier alinéa, 6/, de la loi spéciale précitée du 8 août 1980. Ceci vaut non seulement pour les personnes faisant partie des services publics au sens organique du terme, mais aussi pour les personnes, quelle que soit la nature de leur relation juridique avec l'administration, qui accomplissent une tâche d'intérêt général et qui fournissent ainsi un service public au sens fonctionnel du terme (C.C., n/ 67/1999, 17 juin 1999, B.7; voir aussi C.C., n/ 2/1997, 16 janvier 1997, B.9; n/ 81/1997, 17 décembre 1997, B.12.2.).

⁽¹¹⁾ En ce compris pour les membres du personnel des organismes décentralisés relevant de la Communauté française, compte tenu de l'article 9 de la loi spéciale précitée du 8 août 1980.

2.6. Dès lors que les dispositions autonomes, non modificatives, du titre I tendent à énoncer de manière générale et transversale les règles d'assimilation des qualifications professionnelles dans les matières énoncées, il n'est en principe plus nécessaire de répéter ces règles d'assimilation dans les dispositifs particuliers en vigueur dans les législations de la Communauté française comportant des exigences de qualifications professionnelles.

Il peut toutefois y avoir des motifs d'y renvoyer de manière incidente, par exemple lorsque la réglementation ou la législation en la matière prévoit une décision administrative expresse d'assimilation.

Il appartient à l'auteur de l'avant-projet de vérifier, à la lumière de ce qui précède, si les renvois faits par les dispositions modifiées par les articles 12 à 15 de l'avant-projet aux dispositions nouvelles prévues par les articles 1^{er} à 9 de l'avant-projet gardent leur utilité.

Observations particulières

Dispositif

Article 4

L'article 4 de l'avant-projet de décret, lequel transpose l'article 11 de la directive 2006/36/CE, précitée, reprend uniquement en ce qui concerne le littéra c), le point i), de la directive. Comme le confirme le fonctionnaire délégué, le littéra c), de l'article 4, de l'avant-projet de décret doit donc être complété sur ce point.

Article 8

S'agissant de la composition de la Commission des titres pour l'accès aux fonctions dans l'enseignement, il revient au législateur lui-même de la fixer, conformément à l'article 24, § 5, de la Constitution, au lieu d'habiliter le Gouvernement à le faire.

.../...

Articles 18 et 19

Il convient de définir préalablement, dans les textes modifiés par les articles 18 et 19 de l'avant-projet de décret, les abréviations "CCALI", "CCALN" et "CCALA" en reprenant l'intitulé complet des certificats linguistiques ainsi désignés (voir les articles 10, § 4, des arrêtés modifiés par les articles 22 et 24 de l'avant-projet de décret).

Articles 21 et 24

1. Selon l'article 6, § 6, alinéa 2, de l'arrêté modifié par l'article 21 de l'avant-projet de décret et l'article 6, § 5, alinéa 2, de l'arrêté modifié par l'article 24 de l'avant-projet de décret, le membre du personnel est considéré comme étant définitivement porteur d'un titre jugé suffisant après trois décisions ministérielles.

Par analogie avec les articles 22, 3/, et 23, 3/, de l'avant-projet de décret, il convient de compléter les articles 21 et 24 de l'avant-projet de décret en insérant les mots "et d)." respectivement dans l'article 6, § 6, alinéa 3, de l'arrêté modifié par l'article 21 et l'article 6, § 5, alinéa 3, de l'arrêté modifié par l'article 24 afin d'assurer l'égalité entre tous les membres du personnel concernés.

2. L'article 24, 3/, de l'avant-projet de décret fait double emploi avec l'article 11*bis* de l'arrêté modifié, inséré par le décret du 11 mai 2007. Il convient, dès lors, d'omettre l'article 11*ter* en projet et d'adapter l'article 26 de l'avant-projet de décret.

Article 31

L'article 31 de l'avant-projet de décret habilite le Gouvernement à approuver le contenu du programme sur proposition de l'Institut de la formation sans fixer de critères.

.../...

Compte tenu du fait qu'il est créé un nouveau titre requis pour la fonction à exercer, il convient de fixer des critères dans l'avant-projet de décret, du moins dans ses éléments essentiels, conformément à l'article 24, § 5, de la Constitution.

Articles 49 à 51

Les articles 49 à 51 de l'avant-projet de décret visent, selon le commentaire des articles,

"(...) à placer le régime du remplacement des puériculteurs à égalité avec le régime du remplacement des membres du personnel dans l'enseignement fondamental".

Il ressort du procès-verbal de la concertation avec les pouvoirs organisateurs et du procès-verbal de la réunion de négociation syndicale que ce sont des circulaires de l'administration qui déterminent les conditions de remplacement, en l'absence de base réglementaire.

Or, il va de soi que les conditions de remplacement doivent, du moins dans leurs éléments essentiels, être déterminés par l'avant-projet de décret, conformément à l'article 24, § 5, de la Constitution.

Les articles 49 à 51 doivent, dès lors, être modifiés.

Articles 75 et 78

C'est au Gouvernement qu'il incombe d'organiser ses services (article 87 de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles).

Il n'est donc pas au pouvoir du législateur de désigner directement celui des services du Gouvernement ("Direction générale du Sport du Ministère") qui sera appelé à donner un avis sur les compétitions assimilées aux manifestations sportives et les demandes de congé pour activités sportives introduites par les membres du personnel.

Les articles 75 et 78 de l'avant-projet de décret doivent donc être revus.

Articles 76, 77 et 80

Les renvois aux articles 73 et 77 sont erronés. Il s'agit en fait des articles 74 et 78.

Article 87

Il y a lieu d'ajouter un alinéa dans lequel il est précisé que l'article 30 actuel du décret modifié par l'article 87 formera le paragraphe 1^{er}.

Article 107

Comme l'a signalé le fonctionnaire délégué, il convient de remplacer les mots "du chapitre V" par les mots "des chapitres V et IX du titre II" et d'omettre les mots "articles 67 à 70".

Annexe

Les trois tableaux annexés à l'article 54 de l'avant-projet de décret s'appliquent aux trois réseaux de l'enseignement spécialisé subventionné, à savoir l'enseignement libre non confessionnel, l'enseignement officiel subventionné et l'enseignement libre confessionnel. Il convient, dès lors, d'adapter l'intitulé du premier tableau.

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