FP

ROYAUME DE BELGIQUE

– – – – – – – – – –

AVIS 45.501/2
DU 15 DÉCEMBRE 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 novembre 2008, d'une demande d'avis, dans un délai de trente jours, sur un avant-projet de décret "portant organisation de l'enseignement artistique à horaire réduit", a donné l'avis suivant :

Comme la demande d'avis est introduite sur la base de l'article 84, § 1er, alinéa 1er, 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. L'article 24, § 1er, de la Constitution consacre la liberté d'enseignement et précise que "toute mesure préventive est interdite".

Selon une jurisprudence constante de la Cour constitutionnelle [1],

> "La liberté d'enseignement ainsi garantie par l'article 24, § 1er, de la Constitution assure le droit d'organiser - et donc de choisir - des écoles fondées sur une philosophie confessionnelle ou non confessionnelle déterminée. Elle implique également que des personnes privées puissent, sans autorisation préalable et sous réserve du respect des libertés et des droits fondamentaux, organiser et faire dispenser un enseignement selon leur propre conception, tant en ce qui concerne la forme de cet enseignement qu'en ce qui concerne son contenu, par exemple en créant des écoles dont la spécificité réside dans des conceptions déterminées d'ordre pédagogique ou éducatif.
>
> La liberté d'enseignement définie ci-dessus suppose, si on entend qu'elle ne reste pas purement théorique, que les pouvoirs organisateurs qui ne relèvent pas directement de la communauté puissent, sous certaines conditions, prétendre à des subventions à charge de celle-ci.
>
> Le droit au subventionnement est limité, d'une part, par la possibilité pour la communauté de lier les subventions à des exigences tenant à l'intérêt général, entre autres celles d'un enseignement de qualité, et, d'autre part, par la nécessité de répartir les moyens financiers disponibles entre les diverses missions de la communauté.

---

(1) Dernièrement, arrêt n/ 2/2006 du 11 janvier 2006, considérant B.18.2., voir aussi l'avis 35.058/2, donné le 23 avril 2003, sur un avant-projet devenu le décret du 30 juin 2003 portant des mesures urgentes en matière d'enseignement 2003 (*Doc. parl.*, Parl. Comm. germ., 2002-2003, n/ 135/1, pp. 25 et 26).

La liberté d'enseignement connaît, dès lors, des limites et n'empêche pas que le législateur compétent, en vue d'assurer la qualité et l'équivalence de l'enseignement dispensé au moyen des deniers publics, prenne des mesures qui soient applicables de manière générale aux établissements d'enseignement, indépendamment de la nature de l'enseignement dispensé par ceux-ci.

L'opportunité et le choix de ces mesures sont l'affaire du législateur compétent, en l'occurrence le législateur décrétal qui, en application de l'article 24, § 5, de la Constitution, doit régler l'organisation, la reconnaissance et le subventionnement de l'enseignement et porte la responsabilité de la politique en cette matière."

Il résulte de cette jurisprudence que des restrictions à la liberté d'enseignement telles que celles envisagées dans plusieurs dispositions de l'avant-projet de décret ne peuvent être apportées que si elles sont justifiées par des exigences tenant à l'intérêt général.

Or, la section de législation du Conseil d'État n'aperçoit pas, et l'exposé des motifs n'expose pas, en quoi les restrictions suivantes répondraient à une telle exigence.

Il s'agit, tout d'abord, du fait que l'enseignement artistique à horaire réduit ne peut être organisé que dans des établissements organisant exclusivement ce type d'enseignement (articles 1er, alinéa 2, et 51, 3/, de l'avant-projet de décret).

Ensuite, ces établissements d'enseignement artistique à horaire réduit (académies) reconnus, subventionnés ou organisés par la Communauté germanophone doivent organiser trois domaines à savoir la musique, les arts de la parole, l'art dramatique et la danse et offrir chaque année un certain nombre de cours dans chacun de ces domaines [2].

---

(2) Le texte est ambigu. L'utilisation du terme "particulièrement" à l'article 4, alinéa 2, pourrait être interprété comme permettant l'organisation d'autres domaines alors que le décret dans son économie générale, semble exclure la possibilité d'organisation d'autres domaines (voir spécifiquement les articles 9 et 11 de l'avant-projet).

Enfin, une académie reconnue ne peut prétendre à des subsides de fonctionnement et des subventions-traitements que si elle compte au moins 600 élèves réguliers, ce qui correspond, selon l'exposé des motifs, à 50 % du nombre d'élèves réguliers qui sont actuellement inscrits auprès de la seule académie existant en Communauté germanophone (articles 55 et 59, § 1er, de l'avant-projet de décret).

Il appartient, dès lors, à l'auteur de l'avant-projet de justifier, pour chacune de ces restrictions, les différences de traitement entre les académies et de justifier les chiffres retenus.

2. Un décret doit être conçu et rédigé de manière à énoncer un ensemble de règles de droit, ce qui suppose qu'il ne contienne pas de texte énonçant des considérations générales relatives au contexte dans lequel il doit être compris ou à son commentaire ni les objectifs qu'il poursuit.

Certaines dispositions de l'avant-projet s'exposent à critique à cet égard. Tel est le cas par exemple, partiellement, des articles 4, 6, 27, 38 et 43.

Elles seront revues afin de leur donner une portée normative. Les commentaires contenus par ces dispositions peuvent trouver leur place, le cas échéant, dans l'exposé des motifs.

Il est également renvoyé à l'observation formulée sur l'article 45, 4/.

Observations particulières

Dispositif

Article 1er

L'alinéa 3, qui définit la notion d'"académie", fait double emploi avec l'article 3, 6/, où cette définition a mieux sa place.

Cet alinéa doit être omis.

Article 3

Les définitions données par les 8/, 10/ et 11/ du "Parlement", du "Gouvernement" et du "pouvoir organisateur" sont inutiles et peuvent être omises.

Article 7

1. Au paragraphe 2, dès lors que l'alinéa 3 n'envisage pas nécessairement une décision explicite de refus des programmes par le Gouvernement et qu'il n'exclut pas une simple absence d'approbation, il conviendrait de prévoir le délai dans lequel le Gouvernement doit prendre une décision quant à l'approbation éventuelle du programme, au-delà duquel il appartiendrait au pouvoir organisateur de prendre de nouvelles initiatives.

2. Selon le paragraphe 2, alinéa 3, si le Gouvernement n'approuve pas des programmes ou plans d'études, le pouvoir organisateur applique, pour les académies concernées, les programmes et plans d'études valables dans l'une des deux autres communautés, aussi longtemps que les programmes et plans d'études adaptés n'ont pas été approuvés par le Gouvernement.

Eu égard au système de répartition de compétences organisé par la Constitution et les lois de réformes institutionnelles et au principe d'autonomie qui préside cette répartition, le législateur d'un niveau de pouvoir ne peut habiliter, pour l'avenir, le pouvoir législatif ou exécutif d'un autre niveau de pouvoir à prendre les mesures qui participent de l'exécution d'une norme que le premier a adoptée.

Or, c'est en ce sens que la disposition à l'examen pourrait être interprétée. Sa rédaction doit être revue pour éviter qu'une modification ultérieure des programmes et des plans d'études au sein d'une des deux autres communautés ne lie la Communauté germanophone.

.../...

Par conséquent, l'article 7, § 2, alinéa 3, de l'avant-projet de décret doit être revu.

Articles 10 et 11

L'article 10, alinéa 2, rend obligatoire l'offre d'"un éveil artistique" dans le domaine de la musique et l'article 11, alinéa 1er, I [3], 1/, prévoit, toujours dans le domaine de la musique, "l'éveil musical" comme discipline obligatoirement dispensée.

Si l'intention de l'auteur de l'avant-projet consiste à réduire l'"éveil artistique" dont il est question à l'article 10, alinéa 2, à "l'éveil musical", comme à l'article 11, alinéa 1er, I, 1/, il conviendrait de revoir en ce sens la rédaction de la première disposition. Il faudrait en tout cas harmoniser les deux textes, sauf à prévoir, outre l'éveil musical, un éveil artistique, auquel cas cette rubrique devrait être ajoutée à l'article 11, alinéa 1er, I.

Article 24

L'article 24, alinéa 2, de l'avant-projet de décret prévoit que le montant des droits d'inscription ne peut dépasser 100 euros [4] pour les élèves domiciliés en Belgique et 350 euros pour les élèves domiciliés à l'étranger.

Il y a lieu de rappeler que l'enseignement artistique à horaire réduit relève du domaine d'application du Traité instituant la Communauté européenne (articles 149 et 150 du Traité CE) et qu'en vertu de l'article 12 du Traité CE, toute discrimination exercée en raison de la nationalité est interdite dans le domaine d'application du Traité.

---

(3) Il conviendrait de numéroter l'énumération figurant sous les chiffres I, II et III dans l'avant-projet en litteras a), b) et c).

(4) Il y a lieu, dans tout l'avant-projet, de remplacer le code monétaire ISO "EUR" par le substantif "euro" et, le cas échéant, de l'accorder.

Le principe d'égalité de traitement prohibe non seulement les discriminations ostensibles (directes), fondées sur la nationalité, mais encore toute forme dissimulée (indirecte) de discrimination qui, par application d'autres critères de distinction, aboutit en fait au même résultat.

Or, la condition de résidence qui est prévue à l'article 24, alinéa 2, de l'avant-projet de décret aboutit en réalité à ce que la mesure concerne, sinon exclusivement, du moins principalement, des "non-Belges".

Une telle différence 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 si elle se fonde sur des considérations objectives indépendantes de la nationalité des personnes concernées.

Il appartient, dès lors, à l'auteur de l'avant-projet 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 [5].

Article 26

Au paragraphe 3, conformément à l'article 24, § 5, de la Constitution, il conviendrait de prévoir, à tout le moins, la ratification par le législateur des référentiels de compétences fixés par le Gouvernement.

---

(5) Voir l'avis 44.310/2, donné le 16 avril 2008, sur un avant-projet devenu le décret du 23 juin 2008 portant des mesures en matière d'enseignement - 2008 (*Doc. parl.*, Parl., Comm. germ., 2007-2008, n/ 129/1, p. 58).

Article 45

Le 4/ prévoit que :

"[l]élève, voire les personnes chargées de son éducation, ont le droit :

[...]

4/ de contester des décisions concernant l'élève".

Dès lors qu'il s'agit d'organiser des recours, pareille disposition manque de portée normative, en ce que, notamment, elle ne précise pas quelles sont les décisions concernées ni devant quelle instance ce droit de contestation serait ouvert.

Il convient d'omettre cette disposition et d'exposer dans le dispositif quelles sont les décisions concernées et quel est l'organe de recours. Plutôt que de renvoyer aux articles concernés, il serait plus clair de faire figurer ces règles chaque fois qu'il est question dans le dispositif d'une "décision concernant l'élève".

Article 50

1. L'article 50, 2/ et 4/, ne prévoit ni la possibilité pour l'élève de consulter le dossier disciplinaire ni la notification de la décision à l'élève.

Cette lacune concerne l'hypothèse où l'élève est majeur, qui est pourtant envisagée dans l'ensemble du projet [6]. En ce cas, ce ne sont pas "les personnes chargées de son éducation" qui interviennent en son nom.

La lacune concerne aussi l'hypothèse où l'élève est mineur, à tout le moins lorsqu'il est pourvu d'une faculté de discernement. En ce cas, il devrait être envisagé la participation conjointe du mineur et des "personnes chargées de son éducation" à l'ensemble de la procédure disciplinaire.

---

(6) Voir par exemple les articles 20, 24, 25, 29, 31, 41, 43, 73 et 77.

Il est vrai que l'article 45, 5/, prévoit que :

"[l]élève, voire les personnes chargées de son éducation, ont le droit :

[...]

5/ d'être entendus avant une mesure disciplinaire".

Dans un souci de clarté, la règle relative à l'audition disciplinaire de l'élève devrait figurer à l'article 50.

Le texte doit être revu à la lumière de ces observations.

2. Dans un souci de sécurité juridique, il se recommande de mieux détailler la procédure disciplinaire. Ceci pourrait faire l'objet d'une habilitation au Gouvernement, chargé de respecter les principes énoncés par la disposition à l'examen.

Articles 61 à 65

Les articles 61 à 65 de l'avant-projet de décret règlent la récupération des moyens de fonctionnement et des traitements liquidés indûment, ainsi que la prescription et les sanctions.

Or, les articles 11 à 16 de la loi du 16 mai 2003 fixant les dispositions générales applicables aux budgets, au contrôle des subventions et à la comptabilité des communautés et des régions, ainsi qu'à l'organisation du contrôle de la Cour des comptes fixent les règles applicables en matière de contrôle de l'octroi et de l'emploi des subventions accordées par les communautés et régions et en matière de prescription.

Ces dispositions, qui ont été adoptées en vertu de l'article 50, § 2, de la loi spéciale du 16 janvier 1989 relative au financement des Communautés et des Régions, rendu applicable à la Communauté germanophone par l'article 60*bis* de la loi du 31 décembre 1983 de réformes institutionnelles pour la Communauté germanophone, entreront en vigueur le 1er janvier 2010 [7].

Jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi du 16 mai 2003, précitée, les articles 55 à 58 des lois sur la comptabilité de l'État, coordonnées le 17 juillet 1991, restent applicables à la Communauté germanophone, en vertu de l'article 71, § 1er, de la loi du 16 janvier 1989, rendu applicable à la Communauté germanophone par l'article 86 de la loi du 31 décembre 1983, précitée.

Il résulte des travaux préparatoires de la loi spéciale, précitée, du 16 janvier 1989 que les communautés et les régions ne sont compétentes que "pour définir des règles spécifiques dans ces matières" [8]. Selon les déclarations du Ministre des Finances en commission, cette compétence doit être comprise comme suit :

> "Les Communautés et les Régions ne pourront, à la limite, que renforcer ces règles mais pas s'écarter des dispositions actuelles ou futures prises par le législateur en matière de contrôle et d'octroi de subventions" [9].

Les articles 61 à 65 doivent être revus pour tenir compte de ces règles.

---

(7) Arrêté royal du 7 juin 2007 reportant, en ce qui concerne la Communauté germanophone, l'entrée en vigueur de la loi du 16 mai 2003 fixant les dispositions générales applicables aux budgets, au contrôle des subventions et à la comptabilité des communautés et des régions, ainsi qu'à l'organisation du contrôle de la Cour des comptes.

(8) Exposé des motifs du projet devenu la loi spéciale précitée du 16 janvier 1989 (*Doc. parl.*, Chambre, 1988-1989, n/ 635/1, p. 37).

(9) *Doc. parl.*, Chambre, 1988-1989, n/ 635/18, p. 543.

Articles 73 et 74

L'adverbe "surtout", dans la partie liminaire des articles 73 et 74, est dépourvu de portée normative. Il perd en outre de son éventuelle utilité par les dispositions figurant respectivement au 17/ et au 12/ de ces dispositions.

Le terme "surtout" doit être omis.

Articles 80 et 81

Les fonctions de professeur d'harmonie et de professeur d'éveil musical sont prévues à l'article 80 sans que l'article 81 ne détermine les titres requis pour ces deux fonctions. Cette lacune doit être comblée.

Articles 94 à 100

Les articles 94 à 100 portent le même intitulé, "Champ d'application".

L'avant-projet gagnerait en clarté si ces intitulés étaient précisés.

Article 98

L'article 98 de l'avant-projet de décret vise à rendre applicables certaines dispositions de la loi du 29 mai 1959 modifiant certaines dispositions de la législation de l'enseignement, notamment son article 36*bis*.

Or, l'article 6, § 1er, VI, 5/, alinéa 3, 1/, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles attribue à l'État fédéral la compétence de fixer les règles générales en matière de marchés publics dans la mesure nécessaire au maintien de l'union économique et l'unité monétaire. En vertu du même article, seules les régions - et pas les communautés - peuvent compléter les normes législatives et réglementaires fédérales par

d'autres normes. La Communauté germanophone n'exerce aucune compétence de la Région wallonne en matière économique en application de l'article 139 de la Constitution. Il s'ensuit qu'en ce qui concerne la matière des marchés publics, la Communauté germanophone ne dispose d'aucune compétence législative ou réglementaire [10]. La Communauté germanophone ne pourra dès lors pas compléter ou modifier les règles adoptées par l'autorité fédérale qui s'appliquent aux établissements d'enseignement artistique à horaire réduit en vertu de l'article 4, §§ 1er et 4, de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services.

L'article 98 de l'avant-projet de décret doit, dès lors, être revu.

Article 102

L'article 102, 4/, de l'avant-projet de décret abroge l'article 1er, alinéa 2, de la loi du 29 mai 1959, précitée, selon lequel celle-ci ne s'applique pas aux "écoles de musique".

Or, l'article 1er, alinéa 2, de la loi du 29 mai 1959, précitée, est modifié par l'article 98 de l'avant-projet de décret. Il convient, dès lors, d'omettre l'article 102, 4/, de l'avant-projet de décret.

---

(10) Voir en ce sens C.C., 6/96, 18 janvier 1996; voir également l'avis 36.162/2, donné le 21 janvier 2004, sur une proposition devenue le décret spécial du 21 février 2005 portant création d'une haute école autonome (*Doc. parl.*, Parl., Comm. germ., 2004, n/ 13/1, pp. 131 et 132).

La chambre était composée de

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

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

LE GREFFIER, LE PRÉSIDENT,

B. VIGNERON Y. KREINS