

ROYAUME DE BELGIQUE

AVIS 45.688/2
DU 14 JANVIER 2009

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 17 décembre 2008, d'une demande d'avis, dans un délai de trente jours, sur un avant-projet de décret "relatif au centre pour pédagogie de soutien et pédagogie spécialisée visant à l'amélioration du soutien pédagogique spécialisé dans les écoles ordinaires et spécialisées et encourageant le soutien des élèves handicapés ou ayant des difficultés d'adaptation ou d'apprentissage dans les écoles ordinaires et spécialisées", 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 3

Conformément à l'article 22*bis*, alinéa 2, de la Constitution, tel que révisé le 22 décembre 2008,

"Chaque enfant a le droit de s'exprimer sur toute question qui le concerne; son opinion est prise en considération, eu égard à son âge et à son discernement."

Selon l'article 3 de l'avant-projet de décret, les droits et devoirs des personnes chargées de son éducation fixées dans le décret ne sont exercés par l'élève qu'à partir du moment où il est majeur.

Cette disposition lue en combinaison avec d'autres dispositions de l'avant-projet de décret, comme par exemple plusieurs de celles introduites par l'article 16 ont pour effet de méconnaître la disposition constitutionnelle.

Ainsi, les articles 93.23 et 93.29, en projet, prévoient que, lorsque les membres de la conférence de soutien décident d'interrompre en cours d'année scolaire le soutien pédagogique spécialisé dans une école ordinaire ou lorsque la commission de soutien traite les recours, seules les personnes chargées de l'éducation peuvent s'exprimer.

Par conséquent, il convient soit de revoir l'article 3 de l'avant-projet de décret afin de permettre également à l'élève mineur d'exprimer son opinion soit d'adapter chacune des autres dispositions de l'avant-projet de décret.

.../...

Article 4

Les définitions figurant au 1/ et 2/ sont évidentes et doivent être omises.

Article 6

L'article 6 de l'avant-projet de décret définit les missions de l'école spécialisée organisée par la Communauté germanophone et de l'école spécialisée Père Damien d'Eupen (enseignement libre subventionné), lesquelles se voient confier de manière exclusive la tâche d'assurer en Communauté germanophone la base du soutien pédagogique spécialisé.

Or, s'agissant de la limitation à la seule école spécialisée Père Damien d'Eupen en matière d'enseignement libre, il convient de rappeler que l'article 24, § 1^{er}, 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, § 1^{er}, 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,

⁽¹⁾ Dernièrement, arrêt C.C., 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).

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.

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 décentralisé 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 celle envisagée dans l'article 6 de l'avant-projet de décret ne peuvent être apportées que si elles sont justifiées par des exigences tenant à l'intérêt général.

Le texte en projet doit être rédigé de manière plus générale de façon à ne pas exclure l'éventuelle création d'une autre école libre.

La même considération vaut pour l'enseignement officiel subventionné.

Article 7

Il ressort de l'article 8 de l'avant-projet de décret que le conseil consultatif aura principalement pour mission de conseiller le Gouvernement et d'émettre des avis à sa demande.

À l'article 7, § 1^{er}, de l'avant-projet, il convient, dès lors, de remplacer les mots "Le centre pour pédagogie de soutien et pédagogie spécialisée est conseillé par un conseil consultatif composé comme suit :" par les mots "Il est institué un conseil consultatif composé comme suit :".

Article 9

Le paragraphe 5 renvoie à l'arrêté du Gouvernement du 12 juillet 2001 portant harmonisation des jetons de présence et des indemnités de déplacement au sein d'organismes et de conseils d'administration de la Communauté germanophone pour fixer notamment les indemnités pour frais de déplacement dus aux membres du conseil consultatif.

Aux termes de l'article 2 de cet arrêté,

"[l]es ayants droit perçoivent une indemnité de déplacement d'un montant égal à celle prévue pour les déplacements de service des agents du Ministère de la Communauté germanophone et calculée selon les mêmes modalités".

Il est ainsi renvoyé à l'arrêté royal du 18 janvier 1965 portant réglementation générale en matière de frais de parcours, en vigueur dans la Communauté germanophone pour régler cette matière.

Or, ce dernier arrêté prévoit des règles qui varient selon le niveau et le rang des fonctionnaires auxquels il s'applique.

Le texte en projet doit donc être complété pour déterminer, aux fins de l'application des règles relatives au remboursement des frais de déplacement, à quelle catégorie de fonctionnaires sont assimilées les personnes qu'il vise.

La même observation vaut pour les dispositions similaires figurant dans la suite de l'avant-projet.

Article 16

Article 93.26 (en projet)

L'article 93.26, en projet, est inutile en ce que les différentes missions énoncées figurent déjà dans les dispositions énumérées.

Article 93.29 (en projet)

Il conviendrait de fixer un délai minimum de convocation pour permettre aux parties de préparer leur audition.

La même observation vaut pour l'article 93.30, alinéa 2, en projet.

Article 93.32 (en projet)

Selon le commentaire de l'article, la commission de soutien doit motiver ses décisions et avis. L'article 93.32, en projet, prévoit par contre que seules les décisions sont motivées. Il convient de lever cette incohérence.

Articles 47 et 48

Les articles 47 et 48 de l'avant-projet de décret prévoient, d'une part, que, pour l'exercice des fonctions dans l'enseignement spécialisé, les titres requis sont à compléter par une preuve de réussite d'une formation supplémentaire reconnue par le Gouvernement dans le domaine de la pédagogie de soutien, la pédagogie curative ou l'orthopédagogie (article 12*bis*, en projet) et, d'autre part, que le Gouvernement peut définir d'autres titres requis pour les fonctions d'auxiliaire d'intégration scolaire et de psychologue spécialisé à l'enseignement (article 14, 8/ et 9/, en projet).

Or, comme la détermination des conditions de nomination à des fonctions dans l'enseignement constitue un aspect essentiel du statut du personnel de l'enseignement de la Communauté, les exigences auxquelles les candidats à ces fonctions doivent satisfaire en matière de titres ne peuvent, sous peine de violer l'article 24, § 5, de la Constitution, être énoncées en se bornant à faire référence à des notions dont la définition est, en l'absence de toute précision figurant dans une loi ou un décret, complètement abandonnée au Gouvernement ².

L'avant-projet de décret contrevient à cette exigence en ce qu'il laisse au Gouvernement le soin de déterminer les autres titres de capacité requis pour être nommé à une fonction sans déterminer lui-même les éléments essentiels de la compétence ainsi déléguée au Gouvernement. Il appartient au législateur décréteur de déterminer lui-même les titres en question, ou du moins de préciser les règles essentielles en la matière que le Gouvernement sera habilité à préciser.

La même observation vaut pour les articles 63 à 66 et 173 de l'avant-projet de décret.

Article 55

Il faut remplacer les mots "l'article 23" par les mots "l'article 32".

Article 68

Il convient de remplacer les mots "Dans le titre" par les mots "Dans le titre et à l'article 37bis".

⁽²⁾ Voir les avis 31.284/2, donné le 27 février 2002, sur un avant-projet devenu le décret du 29 mars 2004 fixant le statut des membres du personnel subsidié de l'enseignement officiel subventionné et des centres psycho-médico-sociaux officiels subventionnés (*Doc. parl.*, Parl. Comm. germ., 2001-2002, n/ 207/1, pp. 67 et 68) et 32.759/2, donné le 24 février 2003, sur un avant-projet 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).

Article 93

Les mots "les deux fois" doivent être remplacés par les mots "chaque fois".

Article 111

Il faut remplacer les mots "Dans l'article 3, alinéa 1^{er}" par les mots "Dans l'article 3, alinéa 2".

En outre, il y a lieu d'adapter l'annexe du décret du 18 avril 1994 fixant le montant des subventions de fonctionnement pour l'enseignement subventionné.

Article 113

Il convient également d'adapter l'article 2, § 2, du décret du 17 juillet 1995 relatif aux droits d'inscription et au minerval dans l'enseignement.

Articles 123 et 125

1. Les articles 123 et 125 de l'avant-projet de décret (articles 21*bis*, §§ 4 et 6, et 22*bis*, § 3, en projet) prévoient qu'un élève domicilié à l'étranger doit remplir certaines conditions pour pouvoir être inscrit dans une école fondamentale spécialisée ou une école secondaire spécialisée en Communauté germanophone.

Il y a lieu de rappeler que l'enseignement spécialisé 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.

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 aux articles 123 et 125 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 par la Cour de justice des Communautés européennes, 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 ³.

2. À l'article 125 de l'avant-projet de décret (article 22bis, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, en projet), il convient de remplacer les mots "à l'article 93octies" par les mots "à l'article 93.7".

Article 128

Les mots "troisième et quatrième" doivent être remplacés par les mots "troisième et cinquième".

⁽³⁾ Voir les 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) et 45.501/2, donné le 15 décembre 2008, sur un avant-projet de décret "portant organisation de l'enseignement artistique à horaire réduit".

Article 132

Il convient d'omettre les mots "Article 49 - Composition et façon de travailler".

Article 142

Dans la phrase liminaire, il y a lieu de remplacer les mots "est inséré un alinéa 2 rédigé" par les mots "sont insérés les alinéas 2, 3 et 4 rédigés".

Article 161

Il convient de remplacer les mots "Dans l'article 8" par les mots "Dans le titre VI, sous-titre II, chapitre 1".

Article 163

Contrairement aux articles 36 et suivants, et les articles 145 et suivants de l'avant-projet de décret, qui modifient respectivement les statuts des membres du personnel de l'enseignement organisé par la Communauté germanophone et de l'enseignement libre subventionné, l'article 163 de l'avant-projet de décret se borne à modifier une seule disposition du statut des membres du personnel de l'enseignement officiel subventionné.

Or, comme il a été rappelé dans l'observation faite sous l'article 6 de l'avant-projet de décret, l'avant-projet de décret doit contenir des règles applicables à tous les réseaux d'enseignement.

Par conséquent, il convient de combler cette lacune.

Article 165

Mieux vaut rédiger l'article 165 de l'avant-projet de décret de la manière suivante :

"Art. 165. Dans les articles 113, 114, 115, 117 et 118 du décret du 26 juin 2006 portant des mesures en matière d'enseignement 2006, le mot "spécial" est chaque fois remplacé par le mot "spécialisé."

Article 170

Cette disposition manque de précision, dès lors, qu'elle ne permet pas de déterminer la distance maximale entre l'implantation d'une nouvelle école spécialisée et celle d'une école ordinaire.

Article 174

Il ne convient pas de faire entrer en vigueur certains articles le jour de l'adoption du décret mais de se référer à sa date de publication.

La chambre était composée de

Messieurs	Y. KREINS,	président de chambre,
	P. VANDERNOOT,	conseillers d'État,
Mesdames	M. BAGUET,	
	A.-C. VAN GEERSDAELE,	greffier.

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

LE GREFFIER,

LE PRÉSIDENT,

A.-C. VAN GEERSDAELE

Y. KREINS