

LC

ROYAUME DE BELGIQUE

AVIS 47.824/2
DU 3 MARS 2010

DE LA SECTION DE LÉGISLATION
DU CONSEIL D'ÉTAT

Le CONSEIL D'ÉTAT, section de législation, deuxième chambre, saisi par le Président du Parlement de la Communauté germanophone, le 8 février 2010, d'une demande d'avis, dans un délai de trente jours, sur des amendements à l'avant-projet de décret de crise (*Doc. parl.*, Parl. Comm. germ. 2009-2010, n/ 27/2), 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.

Amendement n/ 1

1. Selon l'article 3 en projet,

"Le Ministre peut, dans la limite des crédits budgétaires disponibles, approuver des demandes d'agrément et de subventionnement comme entreprise d'insertion".

Cette disposition est appelée à s'insérer dans le chapitre II du décret du 16 juillet 1998 relatif aux conditions auxquelles les entreprises d'insertion sont agréées et subventionnées. Ce chapitre II du décret contient un seul article (article 2), lequel fixe les conditions d'agrément des entreprises d'insertion.

2. Dans l'avis 47.472/2, donné le 25 novembre 2009, sur un avant-projet devenu le décret du 10 décembre 2009 modifiant diverses législations en vue de transposer la directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur ¹, le Conseil d'État a formulé l'observation suivante :

"Selon le commentaire de l'article 2, la modification en projet tend, par rapport à la rédaction actuelle du décret en voie de modification, à mieux faire apparaître que l'agrément des agences-conseil en économie sociale qui est requis par ou en vertu du décret du 27 mai 2004 relatif aux Agences-Conseil en économie sociale (ci-après dénommé : le décret du 27 mai 2004) est un agrément imposé aux seules agences qui souhaitent bénéficier du régime de subvention organisé par ce décret.

⁽¹⁾ *Doc. parl.*, Parl. wall., 2009-2010, n/ 124/1, pp. 9-12.

Le commentaire de l'article précise à cet égard que la modification en projet entend «assurer la conformité certaine» du décret du 19 décembre 2002 à la directive «services». Cette conformité serait établie, selon l'auteur du projet, au travers du considérant 10 de la directive d'après lequel

«la présente directive ne porte pas sur les critères d'accès à certains prestataires aux fonds publics, lesquels incluent en particulier les critères établissant les conditions dans lesquelles des prestataires sont habilités à recevoir un financement public (...)».

L'explication ainsi donnée dans le commentaire de l'article est ambiguë :

en effet, le constat qu'un agrément est imposé à des prestataires de services pour leur permettre de bénéficier d'un financement public n'établit pas à proprement parler la «conformité» de l'agrément concerné au regard de la directive «services»;

ce constat a seulement pour conséquence que le régime d'agrément concerné (et donc les critères sur la base desquels il est établi) sort du champ d'application de la directive 2006/123/CE au motif que ce régime se borne à régler les conditions d'octroi d'une subvention à charge du trésor public, l'agrément qu'il requiert à cette fin ne constituant pas une exigence affectant l'accès à une activité de service ou son exercice au sens où ces notions sont entendues par la directive précitée.

L'auteur du projet ne peut donc se méprendre sur l'effet juridique que produit la modification prévue par l'article 2 de l'avant-projet : si la directive «services» ne s'applique pas au régime d'agrément requis par ou en vertu du décret du 27 mai 2004, avec cette conséquence que la justification du maintien de celui-ci ne devra pas être apportée par la Région wallonne dans le rapport visé à l'article 39 de la directive 2003/123/CE, il n'en reste pas moins que l'agrément exigé des agences-conseil en économie sociale dans le cadre du décret du 27 mai 2004 s'analyse toujours comme une exigence régissant l'accès des prestataires de services concernés à une forme d'aide octroyée par un État membre et doit à ce titre être conforme aux autres règles communautaires, y compris les règles de concurrence, en particulier l'article 87 du traité CE ².

3. La directive 2006/123/CE précitée fixe des conditions très strictes en ce qui concerne les régimes d'autorisation préalable. La Communauté germanophone doit dès lors être en mesure de justifier que l'agrément envisagé pour les entreprises d'insertion est admissible au regard de cette directive ³.

(2) Voir sur cette question le point 2.3.3. du "Manuel relatif à la mise en oeuvre de la directive «services»" édité par la Commission européenne http://ec.europa.eu/internal_market/services-dir/index_fr.htm.

(3) Pour rappel, cette directive aurait dû être transposée avant le 28 décembre 2009 (articles 44, paragraphe 1, et 45 de la directive). Au plus tard à cette date, la Communauté germanophone aurait dû avoir présenté à la Commission européenne le rapport prescrit par son article 39 qui aurait comporté l'indication des régimes d'autorisation existants et une motivation de leur compatibilité avec la directive (article 9, paragraphe 2, de ladite directive).

Si tel n'est pas le cas et si telle est l'intention des auteurs de l'amendement, il convient de présenter clairement, dans l'ensemble du décret, l'agrément comme étant uniquement une condition d'octroi du subventionnement organisé par les articles 10 et suivants du décret du 16 juillet 1998, précité. Une telle façon de procéder permettrait en effet de sortir le régime d'agrément du champ d'application de la directive 2006/123/CE précitée, ainsi qu'il l'a été exposé dans l'avis 47.472/2 précité.

4. Enfin, le règlement (CE) n° 800/2008 de la Commission du 6 août 2008 déclarant certaines catégories d'aides compatibles avec le marché commun en application des articles 87 et 88 du traité (Règlement général d'exemption par catégorie) prévoit que seul le régime d'aide, qui remplit les conditions du règlement est compatible avec le marché commun au sens de l'article 87, paragraphe 3, du traité.

Par conséquent, il revient aux auteurs de l'amendement de s'assurer que le régime mis en place par le décret du 16 juillet 1998, précité, est conforme aux nouvelles normes européennes.

Amendements n^{os} 2 et 3

1.1. Les articles 105 et 106 et l'annexe I en projet modifient les échelles de traitement des membres du personnel de l'enseignement.

Dans son avis ⁴, la section de législation a souligné ce qui suit :

"Les annexes I et II contiennent les échelles de traitement des membres du personnel. Chacune des échelles se trouve dans une classe d'âge (24, 22, 20 et 18 ans).

L'avant-projet de décret ne contient aucune précision quant à ces classes d'âge mais la fonctionnaire déléguée a confirmé qu'il s'agit de la règle suivant laquelle les membres du personnel ne peuvent valoriser des services effectifs qui sont normalement admissibles pour l'octroi des augmentations intercalaires, parce qu'ils ont été prestés à un âge inférieur à celui requis.

⁽⁴⁾ Avis 44.005/2, donné le 6 février 2008, sur un avant-projet devenu le décret du 21 avril 2008 portant valorisation du métier d'enseignant (*Doc. parl.*, Parl. Comm. germ., 2007-2008, n° 124/1, pp. 86-87).

Cette différence de traitement entre les membres du personnel ne peut être admise que si l'auteur du projet la justifie, conformément à l'article 6 de la directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, ce qui n'est pas le cas en l'occurrence.

À défaut d'une justification adéquate, les annexes I et II doivent être revues sur ce point, (...)".

Force est de constater que les amendements ne sont pas davantage justifiés par rapport aux dispositions de l'article 6 de la directive 2000/78/CE précitée.

1.2. L'article 105 en projet détermine pour chaque membre du personnel l'échelle de traitement en tenant compte de son ancienneté pécuniaire acquise au 1^{er} septembre 2014. Il s'agit, comme il ressort de l'intitulé de l'article, du "régime à partir du 1^{er} septembre 2014".

Selon le fonctionnaire délégué, le membre du personnel qui se voit attribuer une échelle de traitement plus favorable en tenant compte de son ancienneté pécuniaire au 1^{er} septembre 2013 ne perd pas cette échelle de traitement le 1^{er} septembre 2014.

Or, tel qu'il est rédigé, l'article 106 en projet, fixe un "régime (transitoire) pour la période allant du 1^{er} septembre 2013 au 31 août 2014" mais attribue une nouvelle échelle de traitement à tous les membres du personnel qui remplissent la condition d'ancienneté pécuniaire prévue par cet article.

En outre, comme le confirme le fonctionnaire délégué, et contrairement à ce que prévoit l'article 106 en projet, ces membres du personnel ne doivent pas remplir cette condition d'ancienneté pécuniaire dans le courant de la "période allant du 1^{er} septembre 2013 au 31 août 2014" mais au 1^{er} septembre 2013.

Il convient dès lors d'adapter l'article 106 en projet.

.../...

2.1. Les articles 111.1 à 111.5 en projet intègrent les dispositions de l'arrêté du Gouvernement du 8 janvier 2004 relatif au pécule de vacances octroyé aux membres du personnel de l'enseignement communautaire et de l'enseignement subventionné, modifié par les arrêtés du 13 avril 2006 et du 19 juin 2007.

Ce faisant, il est donné suite à l'avis 47.541/2 ⁵ selon lequel :

"Ces trois arrêtés, adoptés vu l'urgence, n'ont pas été soumis à l'avis de la section de législation du Conseil d'État. Régulant des éléments essentiels du statut des membres du personnel de l'enseignement, leur compatibilité avec l'article 24, § 5, de la Constitution est très incertaine.

En effet, tout comme ces trois arrêtés, l'arrêté en projet se donne comme fondement juridique l'article 7 de la loi du 29 mai 1959 modifiant certaines dispositions de la législation de l'enseignement, l'article 7 de la loi du 1^{er} avril 1960 sur les centres psycho-médico-sociaux, inséré par l'arrêté royal n° 467 du 1^{er} octobre 1986, et l'article 1^{er}, alinéa 2, 4/, de la loi du 22 juin 1964 relative au statut des membres du personnel de l'enseignement de l'État.

(...)

Il s'agit de textes adoptés avant la révision de l'article 17 de la Constitution, intervenue le 15 juillet 1988.

Or, il découle du paragraphe 5 de cette disposition, devenue l'article 24 de la Constitution, que les règles essentielles doivent maintenant être adoptées par décret et que seules les règles accessoires pourront être adoptées par arrêté. Il en résulte que les habilitations expresses contenues dans les lois du 29 mai 1959, du 1^{er} avril 1960 et du 22 juin 1964 doivent être interprétées d'une manière restrictive et ne peuvent constituer un fondement juridique suffisant à l'arrêté en projet".

2.2. L'article 111.3, § 1^{er}, alinéa 4, 3/, établit une différence de traitement entre les "jeunes diplômés", c'est-à-dire les membres du personnel qui n'ont pas encore atteint l'âge de 25 ans à la fin de l'année de référence, et les autres membres du personnel.

⁽⁵⁾ Avis 47.541/2, donné le 29 décembre 2009, sur un projet d'arrêté du Gouvernement "portant modification de l'arrêté du Gouvernement du 8 janvier 2004 relatif au pécule de vacances octroyé aux membres du personnel de l'enseignement communautaire et de l'enseignement subventionné".

En effet, pour le jeune diplômé,

"la période allant du 1^{er} janvier de l'année de référence à l'entrée en service est également prise en considération s'il prend son service au plus tard le dernier jour ouvrable d'une période de 4 mois qui suit la date à laquelle il a terminé des études ouvrant le droit aux allocations familiales ou la date à laquelle son contrat d'apprentissage prend fin".

Conformément à l'article 6 de la directive 2000/78/CE précitée, les auteurs de l'amendement doivent justifier cette différence de traitement en ce qui concerne la condition d'âge.

2.3. Selon l'article 111.3, § 2, en projet, sont notamment prises en considération pour le calcul du pécule de vacances les périodes pendant lesquelles le membre du personnel (statutaire ou contractuel) a perçu une rémunération totale ou partielle ou a été absent dans le cadre d'une naissance, tel que prévu à l'article 39 de la loi sur le travail du 16 mars 1971.

L'article 28, 2/, de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail prévoit :

"L'exécution du contrat est suspendue pendant les périodes de congé et d'interruption de travail visées aux articles 39 et 42 à 43bis de la loi sur le travail du 16 mars 1971".

Il ressort de cette disposition que les périodes de congé et d'interruption de travail visées aux articles 39 et suivants de la loi du 16 mars 1971 sur le travail ne sont pas rémunérées. La loi du 3 juillet 1978 ne prévoit en effet pas le paiement du salaire dans les différentes hypothèses visées par les articles 39 et suivants de la loi du 16 mars 1971 précitée.

Les périodes de congé et d'interruption de travail visées aux articles 39 et suivants de la loi du 16 mars 1971 précitée sont dès lors exclues du calcul du pécule de vacances du membre du personnel contractuel féminin, à l'exception du congé de maternité.

Il s'ensuit que l'article 111.3, § 2, en projet n'est pas conforme à l'article 2, paragraphe 7, alinéa 3, de la directive 76/207/CEE du Conseil relative à la mise en oeuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail, remplacé par la directive 2002/73/CE, selon lequel,

"Tout traitement moins favorable d'une femme liée à la grossesse ou au congé de maternité au sens de la directive 92/85/CEE constitue une discrimination au sens de la présente directive" ⁶.

Il doit dès lors être complété sur ce point.

⁽⁶⁾ Comme le précise le préambule de la directive 2002/73/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 septembre 2002 modifiant la directive 76/207/CEE précitée :

"Dans une jurisprudence constante, la Cour de justice a reconnu qu'il est légitime, au regard du principe d'égalité de traitement, de protéger la femme en raison de sa condition biologique pendant et après la grossesse. En outre, elle a invariablement dit pour droit que tout traitement défavorable lié à la grossesse ou à la maternité infligé aux femmes constituait une discrimination directe fondée sur le sexe". (considérant n° 12).

La chambre était composée de

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

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

LE GREFFIER

LE PRÉSIDENT

B. VIGNERON

Y. KREINS