

ROYAUME DE BELGIQUE

AVIS 49.730/2
DU 15 JUIN 2011

DE LA SECTION DE LÉGISLATION
DU CONSEIL D'ÉTAT

Le CONSEIL D'ÉTAT, section de législation, deuxième chambre, saisi par la Ministre de l'Enseignement obligatoire et de Promotion sociale de la Communauté française, le 19 mai 2011, d'une demande d'avis, dans un délai de trente jours, sur un avant-projet de décret « modifiant diverses dispositions relatives à l'enseignement secondaire », 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^o, 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. Respect de l'article 24, § 1^{er}, alinéa 2, de la Constitution

1. L'avant-projet de décret à l'examen a notamment pour objet de modifier plusieurs dispositions du décret du 29 juillet 1992 portant organisation de l'enseignement secondaire qui ont trait aux normes de création et de maintien d'un établissement d'enseignement secondaire.

Il prévoit la possibilité d'organiser ou de subventionner de nouveaux établissements, année par année ou degré par degré, dans les zones déterminées par le Gouvernement, sur la base d'une analyse des données démographiques et des besoins prévisibles en nombre de places par degré et par année. Ces établissements ne peuvent être organisés ou subventionnés, année par année ou degré par degré, qu'à la condition de compter 60 élèves minimum dès la première année, puis, selon les cas, 340, 395 ou 450 élèves au terme d'un processus dont la durée est fixée par le Gouvernement dans une fourchette prévue par l'avant-projet de décret à l'examen (article 11).

Il assouplit par ailleurs les règles relatives au maintien des établissements qui n'atteignent plus les minima de population scolaire requis. Ces établissements peuvent en effet continuer à fonctionner durant une période de trois années sans atteindre ces minima et ce n'est qu'à l'issue de cette période qu'ils seront obligés de fermer, sauf dérogation accordée par le Gouvernement (articles 5 et 8).

2. De telles dispositions doivent être examinées au regard de l'article 24, § 1^{er}, alinéa 2, de la Constitution, selon lequel :

« La Communauté assure le libre choix des parents ».

Selon la Cour constitutionnelle,

« La liberté de choix des parents implique que ceux-ci puissent choisir pour leurs enfants l'enseignement qui est le plus proche de leurs conceptions philosophiques. C'est pour garantir cette liberté de choix que la communauté organise un enseignement neutre dans le respect des conceptions philosophiques, idéologiques ou religieuses des parents et des élèves (article 24, § 1^{er}, alinéa 3, de la Constitution) et qu'elle subventionne les établissements d'enseignement dont la spécificité réside dans une conception religieuse, philosophique ou pédagogique déterminée. Cette liberté n'implique pas que les parents et les élèves aient un droit inconditionnel d'inscription dans l'école de leur choix » ¹.

S'agissant plus particulièrement du subventionnement d'établissements d'enseignement, la Cour constitutionnelle précise que

« Le droit au subventionnement est limité, d'une part, par le pouvoir de la communauté de lier les subventions à des exigences tenant à l'intérêt général, entre autres celle d'un enseignement de qualité et du respect de certaines normes de population scolaire, 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 décréte impose des conditions de financement et de subventionnement qui restreignent l'exercice de cette liberté, pour autant qu'il n'y soit pas porté d'atteinte essentielle » ².

Elle a notamment admis le principe de subordonner la liberté d'ouvrir une école subventionnée au respect de plans de rationalisation et de programmation :

« La comparaison des divers plans de rationalisation et de programmation élaborés amène à conclure qu'un plan de rationalisation et de programmation au sens de la loi du 29 mai 1959 doit être considéré comme un ensemble de règles et de dispositions visant à obtenir un enseignement de qualité dont la communauté puisse supporter la charge budgétaire. Par ces règles et dispositions, le maintien ou la continuation du subventionnement de centres, établissements d'enseignement ou sections existants, d'une part, et la création ou l'accès au subventionnement de nouveaux centres, établissements d'enseignement ou sections, d'autre part, sont soumis

¹ Voir notamment C.C., n° 121/2009, B.8.3.

² Voir notamment C.C., n° 14/2000 du 2 février 2000, B.3.1.

à des normes plus sévères. Ainsi, un plan de rationalisation et de programmation fixe les limites dans lesquelles peuvent s'exercer notamment le droit d'organiser un enseignement et, par conséquent, le libre choix des parents »³⁻⁴.

3.1. La question se pose toutefois de savoir comment les normes de création et de maintien prévues par l'avant-projet de décret à l'examen se combinent avec l'article 4 de la loi du 29 mai 1959 modifiant certaines dispositions de la législation de l'enseignement. Les alinéas 1^{er} et 2 de cette disposition – toujours en vigueur et auxquels l'avant-projet de décret ne fait aucune allusion – sont rédigés comme suit :

« Le droit des parents de choisir le genre d'éducation de leurs enfants implique la possibilité de disposer à une distance raisonnable d'une école correspondant à leur choix.

Indépendamment du droit que lui accorde l'article 3, premier alinéa, l'État pour respecter le libre choix des parents, est obligé, après avoir consulté, pour l'enseignement secondaire, le conseil général créé par le décret du 27 octobre 1994 :

1. À la demande de parents qui désirent un enseignement non confessionnel et ne trouvent pas à une distance raisonnable soit une école qui est organisée par la Communauté française soit une école de l'enseignement officiel subventionné, soit une école libre subventionnée de caractère non confessionnel, soit d'ouvrir une école d'État ou une section d'école d'État, soit d'intervenir dans les frais de transport vers une telle école ou section soit d'admettre aux subventions une école libre non confessionnelle existante ;

2. À la demande de parents qui désirent un enseignement confessionnel et ne trouvent pas à une distance raisonnable une école dont l'enseignement est basé sur une des religions reprises à l'article 8 et donné avec l'accord de l'autorité compétente du culte concerné, soit d'admettre aux subventions une école libre confessionnelle existante, soit d'assurer le transport vers une telle école ou section par l'intermédiaire d'un Service national de transport scolaire »⁵.

³ Voir C.C., n° 45/94 du 1^{er} juin 1994, B.8.

⁴ On relèvera à cet égard que l'article 3, § 1^{er}, alinéa 3, de la loi du 29 mai 1959 précise que : « Dans les secteurs et niveaux auxquels s'applique un plan de rationalisation et de programmation tel que défini à l'article 13, § 4, 1, a de la présente loi, il ne peut être maintenu ou créé des établissements de l'État ou des sections de ces établissements s'ils ne répondent pas aux critères de ce plan. Pas plus des établissements ou des sections d'établissements ne peuvent continuer à être subsidiés ou être admis aux subventions, s'ils ne répondent pas aux critères de ce même plan ». Cette disposition est toutefois devenue sans objet, étant donné que l'article 13, § 4, 1, a, de la même loi a été abrogé.

⁵ Le nombre de parents nécessaire ainsi que la notion de distance raisonnable sont précisés dans l'arrêté royal du 14 mars 1960 portant application de l'article 4 de la loi du 29 mai 1959.

3.2. En ce qui concerne les normes de création d'un nouvel établissement année par année ou degré par degré, la question se pose de savoir si le nombre minimal d'élèves fixé par l'article 11 de l'avant-projet de décret doit être atteint par un nouvel établissement dont la création répondrait à une demande de parents sur la base de l'article 4 de la loi du 29 mai 1959. En d'autres termes, les conditions prévues par l'avant-projet de décret sont-elles cumulables avec celles prévues par l'article 4 de la loi du 29 mai 1959 lorsqu'il est fait application de cette disposition ? Une telle interprétation aurait pour effet de limiter la portée de l'article 4 de la loi du 29 mai 1959⁶. Il conviendrait dans ce cas de pouvoir justifier, au regard de l'article 24, § 1^{er}, alinéa 2, de la Constitution, cette restriction à la liberté de choix des parents. Si l'intention n'était pas de rendre ces conditions cumulatives, il conviendrait de modifier l'article 11 de l'avant-projet afin de préciser qu'il ne s'applique pas dans l'hypothèse visée par l'article 4 de la loi du 29 mai 1959.

3.3. S'agissant des normes de maintien, la question se pose de savoir si celles-ci doivent être atteintes par un établissement organisé ou subventionné en application de l'article 4 de la loi du 29 mai 1959, ce qui limiterait la portée de cette disposition. Il est vrai que l'article 5sexies du décret du 29 juillet 1992 permet au Gouvernement de déroger aux normes de maintien. Toutefois cet article, tant dans sa version actuelle que dans celle modifiée par l'article 10 de l'avant-projet de décret, n'impose pas au Gouvernement de prendre en compte, parmi les critères pouvant justifier une dérogation, la nécessité d'assurer le libre choix des parents. Une école organisée ou subventionnée en application de l'article 4 de la loi du 29 mai 1959 n'aurait ainsi aucune assurance de pouvoir continuer à fonctionner, ce qui limiterait à nouveau la portée de l'article 4 de la loi du 29 mai 1959 et pourrait porter atteinte à la liberté de choix des parents.

4. L'avant-projet de décret à l'examen sera dès lors revu afin qu'apparaisse clairement la façon de combiner les dispositions en projet avec l'article 4 de la loi du 29 mai 1959. Au cas où des restrictions seraient apportées à la liberté de choix consacrée par l'article 24, § 1^{er}, alinéa 2, de la Constitution, l'exposé des motifs indiquera les raisons qui permettent de justifier de telles restrictions, en tenant compte de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle en la matière rappelée ci-avant.

⁶ En effet, le nombre de parents nécessaire pour organiser ou subventionner un établissement en vue d'assurer le libre choix des parents semble, dans la plupart des cas, être moins élevé que les nombres minima d'élèves prévus par l'article 11 de l'avant-projet de décret.

B. Respect de l'article 24, § 5, de la Constitution

1. L'article 24, § 5, de la Constitution dispose comme suit :

« L'organisation, la reconnaissance ou le subventionnement de l'enseignement par la communauté sont réglés par la loi ou le décret ».

Selon la Cour constitutionnelle,

« Cette disposition traduit la volonté du Constituant de réserver au législateur compétent le soin de régler les aspects essentiels de l'enseignement en ce qui concerne son organisation, sa reconnaissance et son subventionnement. Elle n'interdit cependant pas que des habilitations soient données sous certaines conditions à d'autres autorités.

L'article 24, § 5, de la Constitution exige que ces habilitations ne portent que sur la mise en œuvre des principes que le législateur a lui-même adoptés. À travers elles, une autre autorité ne saurait combler l'imprécision de ces principes ou affiner des options insuffisamment détaillées »⁷.

2. Selon l'article 11 de l'avant-projet de décret, le Gouvernement peut désigner les zones ou parties de zones d'enseignement dans lesquelles, en fonction des résultats d'une analyse des données disponibles concernant la démographie et des besoins prévisibles en nombre de places, la demande dépassera l'offre d'enseignement existante. Il précise dans ce cas le nombre de places et d'établissements à créer et peut autoriser la création d'un établissement, année par année ou degré par degré.

3. Tel que le texte est rédigé, l'habilitation faite au Gouvernement de désigner les zones ou parties de zones où la demande dépassera l'offre lui donne une large marge d'appréciation puisque, même s'il constate qu'il existe des zones où la demande dépasse l'offre, il n'est pas tenu de les désigner et par conséquent d'y déterminer le nombre de places et d'établissements à créer. Ainsi lue, une telle habilitation est trop large au regard de l'article 24, § 5, de la Constitution. Afin de respecter cette disposition, il convient de supprimer la faculté accordée au Gouvernement.

⁷ Voir notamment C.C., arrêt n° 56/2008 du 19 mars 2008, cons. B.12.2.2.

4. Bien que les termes « le Gouvernement peut autoriser la création » semblent indiquer que l'article 11 ne concerne que la création d'établissements subventionnés⁸, cette disposition vise tant le subventionnement que l'organisation de nouveaux établissements, dans les zones où l'offre existante n'est pas suffisante⁹. Le texte sera corrigé en ce sens.

5. L'article 11 ne précise pas comment les établissements seront sélectionnés. Or, il ne peut être admis, au regard du principe de légalité, que les critères de choix d'un établissement plutôt qu'un autre soient laissés à l'appréciation du Gouvernement. Il convient en effet, s'agissant d'organiser ou de subventionner un nouvel établissement d'enseignement, que de tels critères soient définis par le législateur. Il y aura lieu à cet égard de veiller à ce que ces critères garantissent le respect du principe d'égalité de l'article 24, § 4, de la Constitution ainsi que le libre choix des parents¹⁰.

Par ailleurs, l'habilitation faite au Gouvernement d'organiser ou de subventionner un nouvel établissement dans les zones où cela s'avérera nécessaire se présente comme une faculté et non une obligation, quand bien même le Gouvernement aurait déterminé qu'il faut créer de nouveaux établissements et que les établissements demandeurs rempliraient les conditions fixées par l'article 11. Un tel pouvoir d'appréciation ne peut pas davantage être admis au regard de l'article 24, § 5, de la Constitution.

6. Selon l'article 6, § 2, alinéa 3, en projet, le Gouvernement est habilité à déterminer le nombre de places et/ou le nombre d'établissements à créer.

Telle qu'elle est rédigée, cette disposition pose problème. En effet, elle habilite le Gouvernement à déterminer le nombre de places à créer, indépendamment de toute création d'établissement, ce qui pourrait signifier *a contrario* qu'un établissement existant ne pourrait à l'avenir augmenter le nombre de places dont il dispose qu'à la condition que cette augmentation entre dans le cadre déterminé par le Gouvernement. De cette manière, le Gouvernement est habilité à restreindre la liberté pour les établissements existants d'augmenter leur capacité d'accueil. Une telle habilitation, qui porte en outre atteinte à la liberté organisationnelle des établissements, ne peut être admise.

⁸ S'agissant de l'enseignement organisé par la Communauté française, il ne se conçoit en effet pas que le Gouvernement autorise la création d'un établissement, mais bien qu'il le crée lui-même.

⁹ Voir l'article 6, § 2, alinéa 6, en projet du décret du 29 juillet 1992, qui précise qu'à défaut d'atteindre les nombres minimaux d'élèves fixés par l'alinéa 5, « l'établissement n'est plus organisé ni subventionné (...) ».

¹⁰ En permettant notamment une offre d'enseignement diversifiée (il conviendrait, par exemple, d'éviter que les nouveaux établissements soient tous du même caractère).

7. Compte tenu des observations qui précèdent, l'article 11 sera revu afin que les éléments essentiels relatifs à l'organisation et au subventionnement de nouveaux établissements scolaires soient déterminés par le législateur lui-même et que les éventuelles habilitations faites au Gouvernement ne portent que sur la mise en œuvre des principes adoptés par le législateur lui-même.

C. Attributions de compétence à l'administration

Comme la section de législation l'a déjà rappelé, les articles 20, 68, 69 et 87, § 1^{er}, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles s'opposent à ce que le législateur décrète attribue directement certaines missions d'exécution à un ministre ou à l'administration. Il appartient, en effet, au pouvoir exécutif de régler le fonctionnement et l'organisation de ses services.

L'article 4^{sexies}, § 4, alinéa 3, et § 8, en projet de la loi du 19 juillet 1971 (article 1^{er} de l'avant-projet), l'article 5^{ter}, § 6, en projet du décret du 29 juillet 1992 (article 6 de l'avant-projet) et l'article 6, § 2, alinéa 2, en projet du même décret (article 11 de l'avant-projet) seront revus afin de se conformer à ces principes.

Observations particulières

Dispositif

Article 1^{er}

1. L'article 4^{sexies}, § 2, en projet de la loi du 19 juillet 1971 dispose comme suit :

« Conformément à l'article 4, § 2, le Gouvernement organise un enseignement expérimental au 3^{ème} degré de l'enseignement technique de qualification et de l'enseignement professionnel ».

L'utilisation du terme « organise » ainsi que la référence à l'article 4, § 2, donne à penser, d'une part, que l'enseignement expérimental ne pourrait avoir lieu qu'au sein d'établissements organisés par la Communauté française et, d'autre part, que le Gouvernement est habilité à l'organiser, ce qui serait contraire à l'article 24, § 5, de la Constitution.

Comme l'a confirmé le délégué de la ministre, telle n'est pas l'intention.

Afin d'éviter toute confusion à cet égard, il est proposé de rédiger la disposition en projet comme suit :

« Il est institué un enseignement expérimental au 3^{ème} degré de l'enseignement technique de qualification et de l'enseignement professionnel ».

2. À l'article 4sexies, § 5, 2°, en projet, de l'accord du délégué de la ministre, la référence au paragraphe 3 de l'article 26 de l'arrêté royal du 29 juin 1984 sera supprimée.

3. L'article 4sexies, § 8, en projet prévoit que ce sont les organes de représentation et de coordination des pouvoirs organisateurs, ainsi que le Service général de l'Enseignement organisé par la Communauté française, qui soumettent à l'approbation du ministre les nouvelles grilles horaires.

Cette disposition ne tient pas compte du fait que certains pouvoirs organisateurs ne sont pas affiliés à un organe de représentation et de coordination et que, dès lors, ils ne pourront pas soumettre de nouvelles grilles horaires. Elle porte ainsi atteinte à la liberté d'enseignement et à la liberté d'association consacrées par les articles 24 et 27 de la Constitution ¹¹.

L'article 4sexies, § 7, sera modifié en conséquence.

Article 8

Il conviendrait de veiller à ce que tous les cas dans lesquels le Gouvernement est autorisé à déroger à des normes de maintien soient bien visés par cette disposition (comparer à cet égard avec l'article 10 de l'avant-projet de décret).

Article 9

De l'accord du délégué de la ministre, cette disposition pourrait être fusionnée avec l'article 10 de l'avant-projet.

¹¹ Voir notamment l'avis 31.709/2, donné le 23 mai 2001 sur un avant-projet devenu le décret du 12 juillet 2001 modifiant l'article 74 du décret du 24 juillet 1997 définissant les missions prioritaires de l'enseignement fondamental et de l'enseignement secondaire et organisant les structures propres à les atteindre, (*Doc. parl.*, Parl. Comm. fr., 2000-2001, n° 178/1), et les références citées dans cet avis.

Article 10

Interrogé sur la question de savoir si la liste des indicateurs est arrêtée par le Gouvernement sur proposition du Conseil général de concertation, comme le mentionne l'article 5sexies, alinéa 1^{er}, en projet, ou sur avis de ce même Conseil, comme l'indique l'alinéa 2 en projet de la même disposition, le délégué de la ministre a donné la réponse suivante :

« Nous sommes favorables au changement de l'alinéa 1^{er} et à la solution du Gouvernement qui soumet une liste au Conseil général pour avis à condition que le Conseil général puisse formuler des propositions complémentaires et/ou alternatives ».

Il propose dès lors la formulation suivante :

« Le Gouvernement arrête, au minimum tous les cinq ans, la liste d'indicateurs précisant les critères généraux pour l'octroi de dérogations aux normes d'établissement visées aux articles 3, 4 et 6 et aux normes par année, degré, option définies à l'article 18 et à l'article 12, §§ 1^{er} à 7, de l'arrêté de l'Exécutif de la Communauté française du 31 août 1992 exécutant le présent décret.

À cette fin, le Gouvernement soumet pour avis au Conseil général de concertation pour l'enseignement secondaire une liste d'indicateurs précisant ces critères.

Pour l'application de l'alinéa 2, l'absence d'avis du Conseil dans le délai de deux mois à compter de la demande d'avis qui lui est adressée par le Gouvernement est assimilée à un avis favorable.

Conformément aux dispositions de l'article 2, 1^o, du décret du 27 octobre 1994 organisant la concertation pour l'enseignement secondaire, le Conseil général de concertation peut aussi formuler d'initiative des propositions de critères à l'adresse du Gouvernement ».

La disposition en projet sera modifiée en ce sens.

Article 12

S'agissant d'une disposition transitoire, cet article devrait constituer une disposition autonome de l'avant-projet de décret, située dans un avant-dernier chapitre précédant celui consacré à l'entrée en vigueur.

Article 20

Comme le propose le délégué de la ministre, il conviendrait de faire référence au chapitre IX du décret « missions » (De l'inscription des élèves dans un établissement et des règles relatives à l'exclusion d'un établissement), plutôt que de viser les « articles 81 et suivants ».

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 Mme L. VANCRAEYEBECK, auditeur.

LE GREFFIER

LE PRÉSIDENT

B. VIGNERON

Y. KREINS