



CONSEIL D'ÉTAT

section de législation

avis 57.443/2
du 20 mai 2015

sur

un avant-projet de décret de la Communauté française
‘modifiant le décret du 8 mars 2007 relatif au service général
de l’inspection, au service de conseil et de soutien
pédagogiques de l’enseignement organisé par la Communauté
française, aux cellules de conseiller de soutien pédagogiques
de l’enseignement subventionné par la Communauté française
et au statut des membres du personnel du service général de
l’inspection et des conseillers pédagogiques’

Le 24 avril 2015, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par la Vice-Présidente et Ministre de l'Éducation, de la Petite enfance, des Crèches et de la Culture de la Communauté française à communiquer un avis, dans un délai de trente jours, sur un avant-projet de décret 'modifiant le décret du 8 mars 2007 relatif au service général de l'inspection, au service de conseil et de soutien pédagogiques de l'enseignement organisé par la Communauté française, aux cellules de conseiller de soutien pédagogiques de l'enseignement subventionné par la Communauté française et au statut des membres du personnel du service général de l'inspection et des conseillers pédagogiques'.

L'avant-projet a été examiné par la deuxième chambre le 20 mai 2015. La chambre était composée de Pierre VANDERNOOT, président de chambre, Martine BAGUET et Luc DETROUX, conseillers d'État, Sébastien VAN DROOGHENBROECK et Marianne DONY, assesseurs, et Bernadette VIGNERON, greffier.

Le rapport a été présenté par Roger WIMMER, premier auditeur.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 20 mai 2015.

*

Comme la demande d'avis est introduite sur la base de l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2°, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, 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 suivantes.

EXAMEN DE L'AVANT-PROJET

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

1.1. L'article 1^{er} de l'avant-projet de décret (article 70, seconde phrase, en projet du décret du 8 mars 2007 'relatif au service général de l'inspection, au service de conseil et de soutien pédagogiques de l'enseignement organisé par la Communauté française, aux cellules de conseiller de soutien pédagogiques de l'enseignement subventionné par la Communauté française et au statut des membres du personnel du service général de l'inspection et des conseillers pédagogiques') prévoit que

« la désignation du membre du personnel désigné à titre provisoire en qualité d'inspecteur se fera, de préférence, parmi les candidats à l'épreuve de sélection en vue de la promotion à une ou plusieurs fonctions d'inspection visé par l'article 50 qui répondent aux conditions pour être nommé à une fonction de promotion d'inspecteur ».

Selon le commentaire de l'article,

« Cet article vise à baliser la désignation du membre du personnel désigné à titre provisoire en qualité d'inspecteur en cas d'absence temporaire d'un membre du personnel du Service général de l'Inspection ou de vacance d'un emploi d'inspecteur pour lequel il n'est pas possible de désigner un stagiaire. Le Conseil d'État ayant invalidé la procédure de sélection à la fonction d'inspecteur réalisé en 2013, il n'y a actuellement aucune réserve de recrutement constituée ».

Ce faisant, l'avant-projet déroge au principe de l'égal accès aux emplois publics en tant qu'il confère une préférence à la désignation à titre provisoire à ceux qui ont introduit leurs candidature à une épreuve de sélection : ces candidats ont ainsi priorité sur les autres membres du personnel par le seul fait du dépôt de leur candidature, ce critère revêtant à la lecture du dispositif en projet un caractère déterminant dans le cadre de la comparaison des titres et mérites que suppose l'attribution d'une telle désignation.

En tant qu'il introduit un traitement différencié entre deux catégories de membres du personnel, le dispositif à l'examen n'est admissible que s'il peut être justifié au regard des articles 10 et 11 de la Constitution. Il appartient en conséquence à l'auteur de l'avant-projet de fournir cette justification, qui sera d'autant plus soigneusement étayée qu'aucune distinction n'est faite entre ceux qui, s'étant portés candidats, ont réussi la sélection et ceux qui ne l'ont pas réussie, cette dernière catégorie étant, en fait, assez proche de celle de

ceux qui n'ont pas encore pu poser leur candidature à une sélection. Il n'apparaît en effet pas *a priori* pour quel motif l'objectif de la mesure, qui est de garantir la continuité du service de l'inspection, permet de justifier, au regard du principe d'égal accès aux emplois publics, la préférence donnée à des membres du personnel enseignant pour le seul motif qu'ils ont été candidats à une épreuve de sélection par rapport à d'autres membres du personnel enseignant qui, pour quelque motif que ce soit, n'ont pu se porter candidats à une telle épreuve de sélection.

1.2. À supposer qu'une telle justification puisse être apportée en ce qui concerne les catégories de membres du personnel auxquelles elle s'applique pour les désignations à titre provisoire, il convient encore de se poser la question de savoir si cette justification est suffisante, compte tenu des conséquences de ces désignations provisoires pour les nominations à titre définitif.

En effet, l'article 70, seconde phrase, en projet doit être lu en combinaison avec les articles 162*bis* et 162*ter* en projet du décret précité du 8 mars 2007 (articles 2 et 3 de l'avant-projet de décret). Ceux-ci prévoient en effet d'ajouter au régime instauré par l'article 162, § 1^{er}, du décret précité du 8 mars 2007 – qui constitue déjà une disposition de caractère dérogatoire, par nature transitoire, au droit commun de la procédure de nomination à titre définitif à un emploi au grade d'inspecteur¹ – un nouveau régime à caractère dérogatoire

¹ En effet, l'article 162, § 1^{er}, du décret précité du 8 mars 2007, annulé par l'arrêt de la Cour constitutionnelle n° 135/2008 du 21 octobre 2008 et rétabli par le décret du 23 janvier 2009, dispose :

« Sont nommés à titre définitif à la fonction d'inspecteur en cause les membres du personnel qui, à quelque titre que ce soit, occupent un emploi vacant d'une fonction de promotion d'inspecteur, pour autant qu'ils répondent aux conditions suivantes :

[...]

g) compter une ancienneté de service de quinze ans aux moins ;

h) compter une ancienneté de fonction de dix ans aux moins ;

[...] ».

Cette disposition transitoire est dérogatoire au droit commun de l'article 45 du même décret du 8 mars 2007, qui prévoit que

« Nul ne peut être nommé à une fonction de promotion d'inspecteur visée à l'article 28, 1°, s'il ne remplit les conditions suivantes :

[...]

8° compter une ancienneté de service de dix ans au moins et une ancienneté de fonction de six ans au moins ;

[...] ».

Comme l'a constaté la Cour constitutionnelle, cette disposition a été justifiée de la manière suivante :

« Comme indiqué dans le commentaire de cet article ainsi que dans l'Exposé des motifs, cette disposition en projet traduit la volonté de stabiliser au plus vite la situation administrative des membres du personnel concernés par la mise en œuvre des nouvelles dispositions contenues dans le texte actuellement en projet et qui, en raison de la situation tout à fait spécifique dans laquelle ils se trouvaient jusqu'à présent, n'ont jamais pu envisager une telle stabilisation.

Les règles en vigueur en matière de constitution des jurys dans le cadre de la procédure qui aurait dû leur permettre d'être nommés à titre définitif sont en effet telles que cette procédure n'a jamais pu être mise en œuvre (article 1^{er}, alinéa 3, de l'arrêté royal du 31 juillet 1969 déterminant les règles d'après lesquelles est fixée la composition des jurys de promotion prévus par l'arrêté royal du 22 mars 1969).

Cette situation est hautement préjudiciable à des membres du personnel qui exercent la fonction d'inspecteur depuis de très nombreuses années et dont certains seront prochainement admis à la retraite sans possibilité à ce jour de faire valoir ces nombreuses années d'ancienneté de service en qualité d'inspecteur pour le calcul du montant de leur pension.

Les conditions d'ancienneté requises à l'article 162 en projet sont à cet égard exemplatives de la situation spécifique des intéressés » (C.C., 21 octobre 2008, n° 135/2008, B.14.3).

(articles 162*bis*² et 162*ter* en projet) applicable à ceux qui ont fait l'objet d'une désignation à titre provisoire et donc également à ceux qui, à dater du 1^{er} septembre 2015, vont faire, par application de l'article 70, seconde phrase, en projet l'objet d'une telle désignation.

L'article 70 actuel du décret précité du 8 mars 2007 a pour objet de permettre au Service général de l'Inspection de faire face à l'absence temporaire d'un membre du personnel ou à la vacance d'un emploi d'inspecteur pour lequel un stagiaire n'a pas pu être désigné. Il vise donc à trouver une solution provisoire – et, partant, non définitive puisqu'elle est conçue dans l'attente des résultats d'un recrutement – dont l'application doit, selon ses termes mêmes, être limitée dans le temps, c'est-à-dire, selon le cas, jusqu'au moment où l'absence temporaire d'un membre du personnel du Service général de l'Inspection prend fin ou jusqu'au moment où il peut être pourvu à l'emploi par l'admission au stage d'un membre du personnel lauréat d'une épreuve de sélection. La phrase que vient ajouter l'article 1^{er} de l'avant-projet ne peut en conséquence, sans dénaturer l'esprit de l'article 70, se concevoir que dans cette même perspective d'une désignation provisoire, pour une durée limitée, à un emploi d'inspecteur.

Or, en l'occurrence, le caractère provisoire et limité dans le temps des désignations est remis en cause dès lors que, comme le relève l'exposé des motifs, « [le] Pacte [pour un enseignement d'excellence] envisage la redéfinition du rôle de l'inspection en manière telle qu'un véritable processus de recrutement comparable à l'épreuve de sélection prévue par le décret du 8 mars 2007 ne pourra être organisé avant 2019 » et qu'en conséquence, force est de constater que l'ajout en projet a précisément pour objectif de mettre en place, par la mise en œuvre subséquente des articles 162*bis* et 162*ter* en projet, une solution qui n'est rien d'autre que l'« antichambre » d'une nomination à titre définitif sans qu'une épreuve de sélection garantissant l'égal accès aux emplois d'inspecteur en fonction des titres et mérites ait au préalable été organisée.

L'article 70, seconde phrase, en projet ne paraît pouvoir être justifié que s'il s'inscrit, à droit constant, dans le respect de l'esprit qui préside actuellement au dispositif instauré par la première phrase de ce même article, c'est-à-dire dans une conception réellement provisoire et limitée dans le temps des désignations, à savoir dans l'attente de l'organisation à bref délai d'une épreuve de sélection dont les résultats conduiront à pouvoir pourvoir définitivement aux absences temporaires du titulaire de l'emploi ou à la vacance de l'emploi. L'article 70, seconde phrase, en projet doit être revu en conséquence.

2.1. L'objet des articles 2 et 3 de l'avant-projet de décret (articles 162*bis* et 162*ter*, en projet) est précisé comme suit dans l'exposé des motifs :

« Le Conseil d'État a été saisi de divers recours en suspension et en annulation contre les décisions admettant au stage les lauréats au 1^{er} septembre 2013 mais aussi celle mettant corrélativement fin aux fonctions des inspecteurs faisant fonction qui avaient échoué à l'épreuve. Suite à ces recours, le Conseil d'État a invalidé la

² Seul l'article 162*bis* en projet est d'application limitée dans le temps, à savoir jusqu'à l'organisation d'une épreuve de sélection ou au plus tard le 1^{er} septembre 2019.

procédure de sélection à la fonction d'inspecteur ayant permis les décisions d'admission au stage. Ces arrêts ont eu pour conséquence juridique que la désignation des stagiaires est réputée n'avoir jamais existé et que ces personnes ont été renvoyées dans la situation qu'ils occupaient au 31 août 2013. Certains contentieux sont toujours en cours.

Entre-temps, des élections ont eu lieu et un nouveau Gouvernement a été formé pour 5 ans avec pour programme la Déclaration de Politique Communautaire 2014-2019 (DPC) dont l'un des principaux objectifs est le Pacte pour un enseignement d'excellence. La modification décrétales ici proposée vise à permettre au Service général d'inspection de fonctionner le mieux possible dans l'intervalle, c'est-à-dire durant le temps nécessaire à la réalisation dudit pacte.

Il va sans dire que le rôle du Service général d'inspection sera déterminant dans la mise en œuvre du Pacte et qu'il connaît à cet effet certaines modifications. Le Pacte envisage la redéfinition du rôle de l'inspection en manière telle qu'un véritable processus de recrutement comparable à l'épreuve de sélection prévue par le décret du 8 mars 2007 ne pourra pas être organisé avant 2019.

Dans l'immédiat, une modification décrétales s'impose pour gérer l'inévitable transition sans remettre en cause l'impératif de qualité. Il s'agit de tenir compte, aussi, de la situation dans laquelle se trouvent les personnes qui, au quotidien, garantissent le fonctionnement du service.

La modification décrétales proposée s'inscrit dans la droite ligne du décret du 8 mars 2007 et vient compléter les modifications apportées par le décret du 12 juillet 2012, en maintenant les objectifs principaux suivants qui vont globalement dans le sens de la DPR :

Rencontrer l'objectif de compétences du corps d'inspecteurs via des formations suivies en parallèle au travail sur le terrain et une épreuve finale lors de laquelle le membre du personnel de l'inspection démontre les compétences acquises au cours de la formation ;

Permettre la nomination d'inspecteurs afin de stabiliser le Service général de l'Inspection ;

Veiller à ce que la nouvelle procédure n'entrave pas le bon exercice des missions de Service général de l'Inspection.

Le Service général d'inspection est actuellement dans une situation très difficile à la suite de l'annulation de l'épreuve de sélection organisée en mai 2013. En effet, près de 75 % du Service général d'inspection est composé d'inspecteurs désignés à titre provisoire. Réorganiser une épreuve tel que prévu par le décret risque par conséquent de mettre en péril la continuité du service public. De plus, le climat est tendu entre les enseignants qui espéraient devenir inspecteurs et ceux qui le sont restés en dépit de leur échec et dont la compétence est parfois mise en cause. Certains sont démotivés et la qualité de l'inspection s'en ressent sur le terrain.

Compte tenu du caractère transitoire de la modification, les dispositions se déclinent en deux axes.

Premièrement, la réforme permettra au membre du personnel qui occupe un emploi vacant d'une fonction de promotion d'inspecteur d'être nommé à titre définitif à la condition d'occuper cette fonction au plus tard au 1/9/2010 et d'être évalué favorablement par un jury. Cette mesure permettra, de manière exceptionnelle, de

stabiliser les membres du personnel qui sont en fonction depuis 5 ans. Sans procédure de recrutement, ces personnes auraient été nommées automatiquement après une durée de 10 ans de fonctionnement. En cas de sélection et de réussite du stage, elles auraient pu espérer l'être après deux ans. Cette mesure s'applique en raison de la proportion élevée de membres du personnel du Service général de l'inspection désignés à titre provisoire et afin d'assurer la continuité de ce service dont l'exercice se base notamment sur l'expertise acquise, et qui contribue au bon fonctionnement de l'enseignement.

Deuxièmement, toujours dans l'esprit de stabiliser le Service général de l'Inspection et de le professionnaliser, une formation obligatoire de 125 heures est organisée pour tous les membres du personnel désignés à titre provisoire après le 1/9/2010. Cette formation est obligatoire et est sanctionnée par un certificat de réussite. La pratique du métier ainsi que la formation permettront de juger des compétences à titre comparable à un stagiaire. Le programme de cette formation est fixé par le Gouvernement après avis de l'Institut de la Formation en cours de carrière (IFC) et de la Commission permanente de l'Inspection. À l'issue de celle-ci, les membres du personnel désignés à titre provisoire qui auront réussi devront présenter une épreuve devant un jury. Dans le cas d'un avis favorable, le membre du personnel sera nommé définitivement ».

Et le commentaire des articles 2 et 3 de l'avant-projet de décret précise :

« Il s'agit d'une disposition transitoire visant à stabiliser le service général de l'inspection, principalement composé de membres du personnel désigné à titre provisoire en qualité d'inspecteur à la date d'adoption du décret, dont le fonctionnement immédiat est indispensable pour garantir la qualité de l'enseignement ».

2.2. Comme l'a rappelé la Cour constitutionnelle,

« B.16. C'est en règle au législateur qu'il appartient d'apprécier si un changement législatif doit s'accompagner de mesures transitoires afin de tenir compte des attentes légitimes des personnes concernées et c'est à lui qu'il revient de déterminer à quels conditions et dans quels délais il pourra être dérogé aux dispositions nouvelles au bénéfice de ces personnes »³.

Au vu de ceci, il n'apparaît pas certain qu'en l'absence d'une nouvelle législation, il soit permis au législateur de concevoir la mise sur pied d'un dispositif transitoire et dérogatoire. Dans la mesure où l'avant-projet ne tend pas à prévoir de nouvelles conditions pour l'accès aux emplois d'inspecteur, qui empêcheraient certains membres du personnel exerçant actuellement les fonctions d'inspecteur d'y être nommés définitivement⁴, il conviendrait que son auteur explicite, d'une part, en quoi les attentes légitimes de certains membres du personnel sont, actuellement déjà, mises à mal en sorte qu'il faille y trouver une réponse qui justifie la dérogation au principe de l'égal accès aux emplois publics en fonction

³ C.C., 21 octobre 2008, n° 135/2008, B.16.

⁴ La note au Gouvernement de la Fédération Wallonie-Bruxelles du 20 avril 2015 précise en effet, en premier point du résumé, que « le système actuel de recrutement n'est pas modifié ».

des titres et mérites et, d'autre part, quelles sont précisément les catégories de membres du personnel concernées.

Il résulte en tout cas de l'observation générale 1.2 que ne peuvent être en l'occurrence concernés les membres du personnel qui bénéficieront à dater du 1^{er} septembre 2015 du régime transitoire de désignation à titre provisoire. Ceux-ci ne peuvent en effet se prévaloir d'aucune attente légitime à une nomination définitive si ce n'est celle qui trouve son fondement dans le décret précité du 8 mars 2007 impliquant l'organisation tous les quatre ans d'un recrutement. Le fait que l'auteur de l'avant-projet indique dans l'exposé des motifs l'impossibilité dans laquelle il se trouve d'organiser une telle sélection avant 2019 ne peut suffire à créer, dans le chef de ces membres du personnel, des attentes légitimes à une nomination définitive dès le 1^{er} septembre 2015.

Dans l'état actuel des informations mises à disposition de la section de législation du Conseil d'État, seuls les membres du personnel désignés à titre provisoire avant le 1^{er} septembre 2015 semblent pouvoir entrer en ligne de compte en tant qu'ils pourraient, dans le prolongement de l'article 162, § 2, du décret précité du 8 mars 2007, se prévaloir de telles attentes légitimes.

2.3. En tout état de cause, les articles 162*bis* et 162*ter* en projet devront être rédigés en manière telle qu'ils instaurent un régime effectivement transitoire. En effet, de l'articulation de ces deux dispositions, il ressort que, si l'article 162*bis* en projet cessera de sortir ses effets au plus tard au 1^{er} septembre 2019, l'article 162*ter* en projet n'est en revanche assorti d'aucune limite similaire, ce qui implique que, tant pour ceux qui ont été désignés à titre transitoire après le 1^{er} septembre 2010 que pour ceux qui l'ont été avant cette date, la défense du dossier qui permet d'accéder à une nomination définitive pourra, en principe, être présentée même au-delà du 1^{er} septembre 2019. Il conviendrait en conséquence de prévoir à l'article 162*ter* en projet une date limite qui ne soit pas trop éloignée dans le temps de celle de l'article 162*bis* en projet, c'est-à-dire du 1^{er} septembre 2019.

2.4. Les raisons qui sous-tendent le choix de la date-pivot du 1^{er} septembre 2010 pour déterminer le champ d'application respectivement des articles 162*bis* et 162*ter* en projet n'apparaissent pas clairement. Dès lors qu'il fait dépendre de cette date la détermination de la ou des épreuves à présenter en vue d'une nomination définitive, l'auteur de l'avant-projet doit la justifier de manière à établir que la distinction qu'elle aboutit à opérer concerne bien des catégories de membres du personnel se trouvant dans des situations différentes appelant un traitement différencié, à défaut de quoi elle pourrait être jugée contraire aux articles 10 et 11 de la Constitution.

3. C'est sous la réserve de ces importantes observations générales que sont formulées les observations particulières qui suivent.

OBSERVATIONS PARTICULIÈRES

DISPOSITIF

Article 2

1. L'article 162*bis*, § 3, alinéa 1^{er}, en projet habilite le Gouvernement à fixer les modalités d'organisation, de réussite et de certification.

À cet égard, il est rappelé que l'attribution par le législateur au Gouvernement du pouvoir réglementaire de fixer de telles modalités ne se conçoit que dès lors qu'il s'agit de régler des questions de forme et non de fond. Le commentaire de l'article n'illustre pas plus avant ce sur quoi porte précisément cette délégation. En tout état de cause et compte tenu du fait que les aspects de réussite et de certification de la formation mise en place par l'article 162*bis* en projet sont des éléments essentiels de son dispositif, cette délégation n'est admissible que si elle porte effectivement sur des aspects de procédure et non sur les conditions elles-mêmes de la réussite et de la certification, qui doivent être fixées dans le décret dans le respect de l'article 24, § 5 de la Constitution.

2. L'article 162*bis*, § 3, alinéa 2, en projet prévoit que

« La dispense du suivi de la formation et de la présentation de l'épreuve est octroyée par la commission permanente de l'inspection après avis de l'institut de formation en cours de carrière ».

Une délégation de cet ordre ne concerne pas une question de détail ou secondaire. La dispense accordée par cette commission permettra en effet à son bénéficiaire de passer outre l'étape de l'article 162*bis* en projet pour entrer immédiatement dans celle de la défense d'un dossier prévue à l'article 162*ter* en projet.

Compte tenu des enjeux liés à une telle dispense, les conditions de son octroi doivent être mieux encadrées dans le décret lui-même. L'avant-projet doit être complété en conséquence.

LE GREFFIER

LE PRÉSIDENT

Bernadette VIGNERON

Pierre VANDERNOOT