



CONSEIL D'ÉTAT

section de législation

avis 59.179/2
du 25 avril 2016

sur

un avant-projet de décret de la Communauté française 'relatif
au refinancement de l'enseignement supérieur'

Le 25 mars 2016, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par le Vice-Président et Ministre de l'Enseignement supérieur, des Médias et de la Recherche scientifique de la Communauté française à communiquer un avis, dans un délai de trente jours, sur un avant-projet de décret 'relatif au refinancement de l'enseignement supérieur'.

L'avant-projet a été examiné par la deuxième chambre le 25 avril 2016. La chambre était composée de Pierre VANDERNOOT, président de chambre, Luc DETROUX et Wanda VOGEL, conseillers d'État, Sébastien VAN DROOGHENBROECK, assesseur, et Anne-Catherine VAN GEERSDAELE, greffier.

Le rapport a été présenté par Laurence VANCRAYEBECK, première auditrice.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 25 avril 2016.

*

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.

OBSERVATION GÉNÉRALE

L'article 1^{er} de l'avant-projet entend indiquer la majoration minimale des moyens qui seront « dévolus à l'enseignement supérieur » à partir de 2016 en fixant une augmentation d'au moins 10 millions d'euros en 2016, d'au moins 17,5 millions d'euros en 2017, d'au moins 39 millions d'euros en 2018 et d'au moins 41 millions d'euros à partir de 2019.

Selon l'article 2 de l'avant-projet, la première tranche de 10 millions d'euros en 2016 serait répartie entre les universités et les Hautes Écoles à concurrence de 7,5 millions d'euros pour les premières et 2,5 millions pour les secondes. Les tranches suivantes de majoration (au moins 7,5 millions en 2017, au moins 21,5 millions d'euros en 2018 et au moins 2 millions en 2019) seront réparties « au plus tard lors de l'élaboration du budget 2017 » pour la tranche de 2017 et « au plus tard lors de l'élaboration du budget 2018 » pour les tranches de 2018 et 2019. Au regard de cette répartition, l'article 2 fixe, d'une part, des pourcentages minimaux et maximaux de ces majorations qui seront attribués respectivement aux universités et aux Hautes Écoles et, d'autre part, qu'il sera déduit de ces tranches « les montants nécessaires pour l'exécution de la disposition prévue à l'article 21 [lire : 23] ».

Il résulte de la suite de l'avant-projet de décret et des commentaires des articles que les dispositions décrétales qui règlent le financement respectif des universités et des Hautes Écoles n'intègrent les majorations annoncées dans les articles 1^{er} et 2 que pour la seule année budgétaire 2016¹. Les majorations annoncées pour les années ultérieures ne seront donc effectives que si le législateur décretaal intervient à nouveau pour majorer les montants des dotations qui sont légalement prévues respectivement pour les universités et les Hautes Écoles, ou pour modifier les dispositions qui fixent l'encadrement ou les moyens de fonctionnement des écoles supérieures des arts, ainsi que pour fixer les règles de répartition de ces majorations.

L'article 1^{er}, alinéa 1^{er}, 1°, et l'article 2, alinéa 1^{er}, sont donc superflus en tant qu'ils prévoient une majoration de 10 millions pour l'année budgétaire 2016 et sa répartition entre les universités et les Hautes Écoles, dès lors que cette majoration est déjà intégrée dans

¹ Articles 5, 5°, et 20 de l'avant-projet.

les dispositions du projet qui modifient les règles applicables respectivement aux universités et aux Hautes Écoles.

Les autres subdivisions des articles 1^{er} et 2 sont dépourvues de tout caractère normatif puisque, sans nouvelle intervention du législateur, les majorations annoncées resteront lettre morte. Elles n'ont donc pas leur place dans un texte normatif.

Elles pourront figurer dans l'exposé des motifs, ainsi que dans la programmation budgétaire pluriannuelle qui doit compléter le budget annuel de la Communauté, conformément à l'article 16/12 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'.

En tout état de cause, leur insertion dans le dispositif du décret en projet ne sera pas de nature à constituer la moindre garantie que les établissements d'enseignement supérieur pourront effectivement voir leurs moyens augmenter puisque, mis à part les pourcentages minimaux et maximaux prévus à l'article 2, alinéa 3, aucune disposition ne précise comment ces majorations annoncées seront réparties entre ces établissements.

Les articles 1^{er} et 2 seront omis. Si l'auteur du projet entend prévoir dans un texte normatif les augmentations futures des allocations aux établissements d'enseignement supérieur, il doit les intégrer dans les autres dispositions du projet qui modifient les règles de financement de ces établissements.

OBSERVATIONS PARTICULIÈRES

DISPOSITIF

Articles 3 et 5

L'article 25 de la loi du 27 juillet 1971 'sur le financement et le contrôle des institutions universitaires' prévoit que l'allocation de chaque institution universitaire comprend une partie fixe et une partie qui varie en fonction du nombre d'étudiants régulièrement inscrits.

Ce faisant, le législateur poursuit à la fois l'objectif d'une certaine stabilité dans le financement des universités et celui d'une adaptation à l'évolution relative des nombres d'étudiants dans chacune des institutions.

L'avant-projet poursuit les mêmes finalités en conservant la division de l'allocation en une partie fixe, dont, selon l'exposé des motifs, « les clés de répartition [...] ont été revues en fonction de l'évolution différenciée des universités sur les dix dernières années », et une partie variable, qui évolue « en fonction du rapport de la moyenne

quadriennale et du nombre d'étudiants pondérés de chaque institution et la moyenne quadriennale du nombre d'étudiants pondérés de l'ensemble des institutions concernées »².

La stabilité financière que l'auteur de l'avant-projet estime indispensable est renforcée par l'instauration d'un mécanisme de solidarité, qui « permet de garantir à chaque institution de recevoir pendant six ans (de 2016 à 2021 compris) au minimum ce qu'elle aurait perçu dans l'ancien système de financement. Le principe de « l'enveloppe fermée » étant maintenu, cette garantie est mise à charge des autres institutions au prorata de la différence entre la somme de leur partie fixe et leur partie variable telles qu'établies par les critères fixés et les montants de référence garantis. Ce mécanisme a pour effet que, pendant six ans, les évolutions relatives du rapport entre le nombre d'étudiants finançables de chaque institution et le nombre global d'étudiants finançables de l'ensemble des institutions ne seront prises en compte que très marginalement dans la répartition de l'enveloppe globale.

En outre, la clé de répartition de la partie fixe est établie pour une durée indéterminée.

Selon le commentaire de l'article 5,

« la nouvelle clé de répartition de la partie fixe a été calculée à partir d'une moyenne entre une clé obtenue en reprenant pour chaque année les NPES de chaque institution (NPES non lissés pour les années académiques 2004-2005 à 2013-2014) et les montants réellement perçus chaque année au titre des allocations de fonctionnement (droits constatés pour les années budgétaires 2006 à 2015). Dans les deux cas, il a été tenu compte des étudiants et des montants provenant des intégrations totales ou partielles de Haute École ou d'ISA. Le pourcentage fixé pour l'UCL tient compte des étudiants et des montants perçus par l'ancienne institution 'Facultés universitaires catholiques de Mons' ».

Un tel critère, lié à la population étudiante d'une période antérieure de dix ans, pour établir la répartition d'une partie de l'allocation de fonctionnement des universités, n'est évidemment admissible que si le législateur offre la garantie d'une révision périodique de cette partie fixe. Certes, l'article 25, alinéa 2, de la loi du 27 juillet 1971 prévoit que la partie fixe de l'allocation de chaque université « est revue tous les dix ans », mais l'article 3, 4°, de l'avant-projet abroge dans cette disposition les mots « en fonction des allocations réellement accordées aux institutions au cours des dix années qui précèdent la révision » et l'article 29, § 4bis, en projet (article 5, 7°, de l'avant-projet) ne limite pas la durée de validité des pourcentages qu'il fixe³, de telle sorte que la révision annoncée à l'article 25 n'est qu'une déclaration d'intention et est dépourvue de tout caractère normatif. Sans nouvelle intervention

² Ce critère de répartition de la partie variable est identique à celui de la législation en vigueur. Comme l'indique l'exposé des motifs, la seule modification des modalités de répartition de la partie variable est « [la suppression] de la disposition introduite par le décret de Bologne qui avait pour objet d'inciter les institutions à des regroupements institutionnels (incitation au travers de la possibilité d'une suppression des « nombres plafonds »).

³ Comp. l'article 29, § 1^{er}, de la loi du 27 juillet 1971, tel que modifié par l'article 117 du décret du 31 mars 2004 (« décret de Bologne »), qui établissait le montant de la partie fixe « pour les années budgétaires de 2006 à 2015 ».

du législateur avant la fin de la période de dix ans, les pourcentages fixés seront donc maintenus pour les années suivantes, alors que, sauf si la répartition des étudiants entre universités ne connaît pas d'évolution, ces pourcentages ne pourront plus se justifier au regard du principe d'égalité ⁴.

L'attention de l'auteur de l'avant-projet est attirée sur le fait que la Cour constitutionnelle a déjà par le passé annulé des dispositions décrétales pour le motif que les règles fixées ne prenaient pas suffisamment en compte les évolutions récentes de la répartition entre universités du nombre d'étudiants, rompant ainsi l'égalité entre les établissements en pénalisant les universités dont le nombre d'étudiants étaient davantage en augmentation ⁵.

L'auteur de l'avant-projet doit donc être en mesure de démontrer que les règles qu'il fixe et qui créent des distinctions de traitement entre universités dans le montant attribué à chacune par étudiant finançable peuvent être suffisamment justifiées par l'objectif de stabilité financière et qu'il peut être établi qu'il existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre ces règles et cet objectif.

Article 5

Tel que rédigé, l'article 29, § 5*bis*, en projet de la loi du 27 juillet 1971 (article 5, 9°, de l'avant-projet) peut être compris comme fixant, pour chaque institution, les montants qui leur seront dus pour la partie fixe et la partie variable de leur financement pour les années 2016 à 2021. Or, il ressort du paragraphe 5*ter* en projet ainsi que du commentaire de l'article 5 que ces montants sont des montants de référence garantis à chaque institution au cas où la somme des parties fixe et variable calculées en application des nouveaux mécanismes serait inférieure à ces montants.

Par conséquent, au paragraphe 5*bis*, alinéa 1^{er}, en projet, de l'article 29 de la loi du 27 juillet 1971, il convient d'ajouter les mots « de référence » entre les mots « un montant » et « correspondant ».

Le dernier alinéa de ce paragraphe 5*bis* devient alors superflu et peut être omis.

En outre, le dispositif du paragraphe 5*ter*, alinéa 2, serait plus clair si les mots « par application de l'alinéa 1^{er} » étaient ajoutés après les mots « reçoivent leur montant de référence ».

⁴ Il ne peut en outre être exclu qu'en dépit de son absence de portée normative, l'article 25, alinéa 2, premier tiret, de la loi du 27 juillet 1971, modifié par l'article 3, 4°, de l'avant-projet, renforce le fondement d'une éventuelle action en responsabilité civile qui serait intentée par une institution universitaire au cas où il devait être constaté dans l'avenir une violation du principe d'égalité et de non-discrimination en raison du maintien non justifié des règles énoncées à l'article 29 de la loi, tel que modifié par l'article 5, 1°, de l'avant-projet.

⁵ C.C., 10 mai 1994, n° 38/94, B.14 ; 9 février 2005, n° 29/2005, B.10.4 et B.10.5.

Article 8

La section de législation se demande s'il n'y a pas lieu de prévoir une règle analogue à celle de l'article 32, § 2, en projet, pour régler la situation dans laquelle, en application de l'article 159 du décret du 31 mars 2004, tel que modifié par l'article 25 de l'avant-projet, certains étudiants d'un même domaine d'études bénéficient de coefficients préférentiels par rapport aux autres étudiants du même domaine d'études.

Nouvel article 16bis (devenant 17)

Dès lors que l'avant-projet de décret à l'examen modifie sur de nombreux aspects la loi du 27 juillet 1971, il conviendrait également de prévoir une disposition modifiant l'article 39 de cette loi afin de l'adapter de manière générale au décret du 7 novembre 2013 et, plus particulièrement, de mieux assurer la concordance entre cette disposition et l'article 105 du décret précité.

Article 19

L'article 105, § 1^{er}, alinéa 4, du décret du 7 novembre 2013 'définissant le paysage de l'enseignement supérieur et l'organisation académique des études' permet à l'ARES de fixer librement le montant de droits d'inscription pour les étudiants non finançables⁶ « sans que ces droits ne puissent dépasser cinq fois le montant des droits d'inscription » des étudiants finançables.

L'article 19 complète cette disposition afin de permettre à l'ARES de fixer, à partir de l'année académique 2017-2018⁷, des montants des droits d'inscription qui peuvent être équivalents à maximum quinze fois le montant des droits d'inscription réclamés aux étudiants finançables.

⁶ Sauf ceux qui sont issus de pays de l'Union européenne, des pays moins avancés – repris sur la liste LDC (Least Developed Countries) de l'ONU – ou des pays avec lesquels la Communauté française a établi un accord en ce sens. Pour ces catégories, les droits d'inscription sont similaires à deux des étudiants finançables.

⁷ Et uniquement pour les étudiants dont la première inscription à un cycle d'étude est réalisée à partir de cette année académique 2017-2018.

Il convient d'examiner si cette possibilité d'augmenter les droits d'inscription, qui constitue une restriction à l'accès à l'enseignement supérieur, est admissible au regard du principe de *standstill* déduit des articles 2, § 1, et 13 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels ⁸.

Selon la Cour constitutionnelle,

« L'article 13 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels dispose :

'1. Les États parties au présent Pacte reconnaissent le droit de toute personne à l'éducation. [...]

2. Les États parties au présent Pacte reconnaissent qu'en vue d'assurer le plein exercice de ce droit :

[...]

c) L'enseignement supérieur doit être rendu accessible à tous en pleine égalité, en fonction des capacités de chacun, par tous les moyens appropriés et notamment par l'instauration progressive de la gratuité ;

[...]'

L'article 2, paragraphe 1, du même Pacte dispose :

'Chacun des États parties au présent Pacte s'engage à agir, tant par son effort propre que par l'assistance et la coopération internationales, notamment sur les plans économique et technique, au maximum de ses ressources disponibles, en vue d'assurer progressivement le plein exercice des droits reconnus dans le présent Pacte par tous les moyens appropriés, y compris en particulier l'adoption de mesures législatives'.

Il ressort de ces dispositions que l'égalité d'accès à l'enseignement supérieur doit être instaurée progressivement, en fonction des capacités de chacun, en tenant compte des possibilités économiques et de la situation des finances publiques spécifique à chacun des États parties.

L'article 13, paragraphe 2, c), du Pacte ne fait donc pas naître un droit à l'accès à l'enseignement supérieur. Il s'oppose toutefois à ce que le Royaume de Belgique, après l'entrée en vigueur du Pacte à son égard – le 21 juillet 1983 –, prenne des mesures qui iraient à l'encontre de l'objectif de l'accès en pleine égalité à l'enseignement supérieur en fonction des capacités de chacun.

Cette disposition n'empêche pas que l'accès à l'enseignement supérieur soit soumis à des conditions relatives à la capacité des étudiants, pour autant que ces conditions soient conformes au principe d'égalité et de non-discrimination » ⁹.

Selon le commentaire de l'article 19,

« Cette disposition doit permettre de faire contribuer, dans des balises claires, les étudiants extra-européens qui en ont les moyens, au prix coûtant de leur parcours académique en Fédération Wallonie-Bruxelles. Ceci permettra d'assurer une juste

⁸ En vertu de l'article 24, § 3, de la Constitution, chacun a en effet « droit à l'enseignement dans le respect des libertés et droit fondamentaux ».

⁹ C.C., 16 janvier 2014, n° 2/2014, B.6.

contribution de ceux-ci au regard du service qui leur est fourni par la collectivité et de ne pas réduire la qualité de l'enseignement ».

Cette justification appelle l'observation suivante.

La disposition en projet tend à s'appliquer aux étudiants non finançables, à l'exclusion de ceux qui sont ressortissants de certains pays¹⁰. Les critères combinés de la finançabilité¹¹ et de la nationalité de l'étudiant ne permettent pas de garantir que seuls les étudiants étrangers non-européens « qui en ont les moyens » seront touchés par la mesure¹². Ce n'est que dans l'hypothèse où d'autres mécanismes permettraient de garantir que les étudiants n'ayant pas les moyens ne seront pas touchés par l'augmentation des droits d'inscription que la justification proposée se révélerait pertinente¹³. Il convient dès lors que l'auteur de l'avant-projet précise dans le commentaire de l'article quels sont les autres mécanismes déjà existants – ou à venir – qui permettent de garantir que les étudiants n'ayant pas les moyens financiers suffisants ne seront pas touchés par l'augmentation du montant des droits d'inscription.

Article 20

Il convient de préciser que le texte en projet formera un alinéa nouveau de l'article 10 du décret du 9 septembre 1996 'relatif au financement des Hautes Écoles organisés ou subventionnés par la Communauté française'.

Article 21

La disposition en projet, qui est le pendant, pour les Hautes Écoles, de la disposition analogue prévue pour les universités à l'article 11 de l'avant-projet (article 36, alinéa 4, en projet de la loi du 27 juillet 1971), ne s'intègre pas harmonieusement dans l'article 29 du décret du 9 septembre 1996 'relatif au financement des Hautes Écoles organisées ou subventionnées par la Communauté française'.

¹⁰ Ou, à l'avenir, qui rempliraient l'un des critères de l'article 3, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, du décret du 11 avril 2014 'adaptant le financement des établissements d'enseignement supérieur à la nouvelle organisation des études'. Voir la modification de l'article 105, § 1^{er}, alinéa 4, du décret du 7 novembre 2013 prévue à l'article 35 de l'avant-projet de décret soumis à l'avis de la section de législation sous le numéro de rôle 59.262/2.

¹¹ Qui renvoie donc aux conditions et catégories fixées par le décret du 11 juillet 2014, lequel ne prend pas en compte, en tant que tel, la capacité financière des étudiants.

¹² Par exemple, un étudiant non finançable dont le pays n'est pas repris dans la liste LDC, qui n'aurait pas obtenu de bourse d'études dans le cadre de la coopération au développement, serait concerné par l'augmentation des droits d'inscription, quels que soient ces moyens financiers. Sur la pertinence du critère de la nationalité lorsqu'il s'agit de prévoir des mesures de réduction de frais, voir, *mutatis mutandis*, en matière de frais d'équivalence, notamment l'avis 56.754/2 donné le 3 novembre 2014 sur un avant-projet devenu le décret-programme du 17 décembre 2014 (*Doc. parl.*, Parl. Comm. fr., 2014-2015, n° 47/1, pp. 67-69).

¹³ Par exemple, il conviendrait de s'assurer que l'article 105, § 3, du décret du 7 novembre 2013, qui prévoit des droits d'inscription réduits pour les étudiants à revenus modestes, concerne tous les étudiants.

En effet, si, dans l'article 36, alinéa 4, en projet, de la loi du 27 juillet 1971, le pourcentage de 15 % dont la liquidation est conditionnée porte sur « l'allocation visée à l'alinéa 1^{er} », à savoir l'allocation (annuelle) de fonctionnement, les mots « de ce montant » qui figurent dans la phrase en projet à l'article 29, alinéa 3, du décret du 9 décembre 1996, visent 90 % de chaque tranche trimestrielle de la part de l'allocation annuelle globale qui est versée à chaque Haute École, en ce compris la tranche trimestrielle qui doit être versée durant le mois de janvier, soit à un moment où les informations visées à l'article 106 du décret du 7 novembre 2013 'définissant le paysage de l'enseignement supérieur et l'organisation académique des études' n'auront pas encore dû être transmises puisque celles-ci doivent l'être au plus tard le 1^{er} février, alors que l'objectif de la disposition est de suspendre le versement de 15 % de l'allocation des établissements qui ne respectent leur obligation.

La disposition sera revue pour tenir compte de cette observation.

Article 28

La disposition appelée à devenir l'article 8, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, du décret du 11 avril 2014 'finalisant le transfert des études de traduction et d'interprétation à l'université' est rédigée comme suit :

« Le montant prévu à l'article 10 du décret du 9 septembre 1996 relatif au financement des Hautes Écoles organisées ou subventionnées par la Communauté française, est réduit du montant correspondant à la partie variable relative au Groupe E de l'allocation annuelle telle que définie aux articles 15 à 19 du même décret, ce montant étant adapté conformément aux dispositions de l'article 9 du même décret ».

Dans un souci de sécurité juridique, mieux vaut apporter cette modification directement dans l'article 10 du décret du 9 septembre 1996. Par ailleurs, le groupe E, qui apparaissait à l'article 15 du même décret, a été supprimé depuis le 1^{er} janvier 2016 ¹⁴.

L'avant-projet doit être adapté en conséquence ¹⁵.

¹⁴ Voir l'article 11, alinéa 2, du décret du 11 avril 2014.

¹⁵ Le groupe E se référait en effet à la catégorie mentionnée à l'article 12, 8°, du décret du 5 août 1995, à savoir « traduction et interprétation ».

Article 30

L'article 30 prévoit que le décret en projet « entre en vigueur » au 1^{er} janvier 2016.

Interrogé sur la portée rétroactive de l'entrée en vigueur, le délégué du Ministre a fourni les explications suivantes :

« Les allocations aux universités et aux hautes écoles ont été calculées au budget initial sur base des dispositions actuelles (de la loi de 71 et du décret de 96), selon les 'anciens' mécanismes de financement, et hors refinancement. Le refinancement (10 millions €) était quant à lui inscrit en provision au budget (il a donc été approuvé par le Parlement). Jusqu'à présent, la liquidation des allocations se fait donc sur base du budget initial 2016 voté le 10 décembre 2015, et le refinancement n'a pas encore commencé à être versé.

Le fait que le décret refinancement entre en vigueur à partir du 1/1/2016 implique de modifier les tranches de versement des allocations 2016 (aux universités et aux hautes écoles) de manière à verser les 10 millions de refinancement sur les derniers mois de l'année, l'objectif étant que les institutions reçoivent in fine en 2016 leur allocation calculée en vertu des nouvelles dispositions ».

Compte tenu de ces explications, la disposition en projet peut être admise.

LE GREFFIER

LE PRÉSIDENT

Anne-Catherine VAN GEERSDAELE

Pierre VANDERNOOT