



CONSEIL D'ÉTAT

section de législation

avis 60.125/2
du 26 septembre 2016

sur

un avant-projet de décret de la Communauté française
‘autorisant le Gouvernement de la Communauté française à
s’associer à des tierces parties au sein d’une personne morale
de droit public et en fixant la création, la composition, la
compétence, le fonctionnement et le contrôle’

Le 19 septembre 2016, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par la Ministre de l'Éducation de la Communauté française à communiquer un avis, dans un délai de cinq jours ouvrables, sur un avant-projet de décret 'autorisant le Gouvernement de la Communauté française à s'associer à des tierces parties au sein d'une personne morale de droit public et en fixant la création, la composition, la compétence, le fonctionnement et le contrôle'.

L'avant-projet a été examiné par la deuxième chambre le 26 septembre 2016. La chambre était composée de Pierre VANDERNOOT, président de chambre, Luc DETROUX et Wanda VOGEL, conseillers d'État, Jacques ENGLEBERT, 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 26 septembre 2016.

*

Suivant l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 3^o, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, la demande d'avis doit spécialement indiquer les motifs qui en justifient le caractère urgent.

La lettre s'exprime en ces termes :

« L'urgence est justifiée par le fait que la Communauté française, la Commune de Molenbeek-Saint-Jean, l'ASBL 'École Ensemble' et l'ULB souhaitent s'associer pour créer un Pouvoir organisateur organisant une ou deux écoles secondaires au 1^{er} septembre 2017. Comme la Communauté française est partie prenante à ce projet, il est nécessaire qu'au préalable, le Parlement autorise le Gouvernement à s'associer à ces autres parties en vue de créer ce Pouvoir organisateur, et fixe les principes essentiels de cette association. Au terme de ce processus décrétal, il faudra encore que le Pouvoir organisateur nouvellement constitué adopte ses statuts, introduise une demande d'admission aux subventions et complète une déclaration sur l'honneur, accompagnée d'une série de documents, pour le 1^{er} novembre 2016 au plus tard, à défaut de quoi ce ou ces établissements ne pourront ouvrir au 1^{er} septembre 2017, alors que la création de places attractives dans le nord-ouest de Bruxelles est nécessaire. Un avis rendu dans un délai supérieur à 5 jours ne permettrait vraisemblablement pas de tenir l'échéance du 1^{er} novembre pour la complétude du dossier à envoyer à l'Administration ».

*

Comme la demande d'avis est introduite sur la base de l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 3^o, 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.

1. Aucune disposition constitutionnelle ne s'oppose en principe à ce que la Communauté s'associe avec d'autres personnes privées ou publiques en vue de la création d'un ou de plusieurs établissements d'enseignement.

2.1. Toutefois, dans la mesure où la Communauté française agit dans ce cadre non pas en tant qu'autorité normative de l'enseignement mais en tant que pouvoir organisateur, il y a lieu de tenir compte des dispositions constitutionnelles qui régissent l'action de la Communauté lorsqu'elle organise un enseignement.

2.2. En vertu de l'article 24, § 1^{er}, alinéa 3, de la Constitution,
« la Communauté organise un enseignement qui est neutre ».

Il ne se conçoit pas que la Communauté, en tant que pouvoir organisateur, puisse créer, même en association avec d'autres opérateurs, un établissement d'enseignement qui ne serait pas soumis de plein droit à la même obligation de neutralité que lorsque la

Communauté organise seule cet enseignement. Par conséquent, il n'y a pas lieu de prévoir, comme le fait l'article 2, alinéa 2, que « l'association s'engage à observer les principes contenus dans le décret du 31 mars 1994 définissant la neutralité de l'enseignement de la Communauté ». Il suffit de constater que ce décret s'applique aux établissements d'enseignement relevant de l'association ainsi créée.

2.3. En vertu de l'article 24, § 2, de la Constitution,

« si une communauté, en tant que pouvoir organisateur, veut déléguer des compétences à un ou plusieurs organes autonomes, elle ne le pourra que par décret adopté à la majorité des deux tiers des suffrages exprimés ».

Dans la mesure où le décret en projet prévoit la création d'un organisme auquel la Communauté sera associée, qui bénéficiera d'une personnalité juridique distincte, qui sera administré par des organes jouissant d'une autonomie et qui aura pour objet l'organisation d'un enseignement, le présent avant-projet de décret devra être adopté à la majorité requise par cette disposition constitutionnelle.

3.1. Le décret en projet ne tend pas à autoriser de manière générale la Communauté française à s'associer à d'autres personnes publiques ou privées pour créer des établissements d'enseignement. Il tend à autoriser la création au sein d'une seule commune d'un pouvoir organisateur en désignant les personnes qui seront associées à cet effet.

Cette manière de procéder soulève plusieurs difficultés.

3.2. Tout d'abord, en tant qu'il désigne les personnes avec lesquelles la Communauté française est autorisée à s'associer, le décret en projet pose question au regard du principe d'égalité, à moins que l'auteur de l'avant-projet soit à même de démontrer¹ que la commune de Molenbeek-Saint-Jean est la seule où les besoins en matière d'enseignement justifient que la Communauté française s'associe avec les autorités de cette commune et avec des personnes privées en vue de créer un établissement d'enseignement.

3.3. L'avant-projet paraît se heurter également au principe de l'autonomie communale et à la liberté d'association dans la mesure où il désigne lui-même la commune et les personnes privées qui sont autorisées à s'associer à la Communauté française en vue de la création de cet établissement d'enseignement. Certes l'article 1^{er} ne contraint ni la commune de Molenbeek-Saint-Jean, ni les personnes privées qu'il détermine à s'associer à la Communauté française et l'article 9 n'exclut pas la présence d'autres personnes morales dans l'association. Il n'en reste pas moins que l'association prévue par le décret en projet ne pourra exister que si ces personnes s'y associent. L'avant-projet soulèverait moins de difficultés à cet égard s'il se bornait à autoriser, aux conditions qu'il déterminerait, le Gouvernement à

¹ L'avant-projet de décret soumis à l'examen du Conseil d'État n'est pas accompagné d'un exposé des motifs ni d'un commentaire des articles.

associer ² la Communauté française à d'autres personnes, publiques ou privées, en vue de la création d'établissements d'enseignement.

4. Il y a lieu d'avoir égard à l'article 9 de la loi spéciale du 8 août 1980 'de réformes institutionnelles', selon lequel :

« Dans les matières qui relèvent de leurs compétences, les communautés et les régions peuvent créer des services décentralisés, des établissements et des entreprises, ou prendre des participations en capital.

Le décret peut accorder aux organismes précités la personnalité juridique et leur permettre de prendre des participations en capital. Sans préjudice de l'article 87, § 4, il en règle la création, la composition, la compétence, le fonctionnement et le contrôle ».

Cette disposition s'applique aussi bien lorsqu'un service décentralisé est institué par décret que lorsque le décret prévoit la création d'un tel service par une association de personnes en vue de créer une personne de droit public.

Il se déduit de cette disposition que, lorsque l'intention est de créer une personne morale de droit public, il convient que les règles de base relatives à la création, la composition, la compétence, le fonctionnement et le contrôle de cette personne soient fixées par le législateur et que ces règles soient telles qu'elles garantissent la nature publique de la personne morale ainsi créée ³.

L'avant-projet de décret à l'examen devrait à cet égard être complété. À titre d'exemples, on relèvera les problèmes suivants :

1° En ce qui concerne sa composition, l'article 9 de l'avant-projet permet que d'autres personnes morales peuvent faire partie de l'association « sans que le Parlement ne doive donner son autorisation » et, dans ce cas, il renvoie aux statuts de l'association pour la détermination de la représentation de ces nouvelles personnes morales dans ses organes décisionnels, ainsi que pour ce qui a trait au droit de vote. Une telle disposition ne peut être admise. Les règles essentielles de composition et de fonctionnement (parmi lesquelles les modalités de vote) doivent être fixées par le législateur décréteur. La part respective dans la représentation des personnes de droit public, d'une part, et des personnes privées, d'autre part, doit être déterminée dans le décret.

² À cet égard, l'intitulé et l'article 1^{er} énoncent à tort que c'est le Gouvernement qui est autorisé à s'associer à des tiers parties, et non la Communauté française elle-même.

³ Voir notamment l'avis 56.754/2 donné le 3 novembre 2014 sur un avant-projet devenu le décret-programme du 17 décembre 2014 'portant diverses mesures relatives aux fonds budgétaires figurant au budget général des dépenses de la Communauté française, aux dotations et subventions à certains organismes sous contrat de gestion, à l'enseignement obligatoire et de promotion sociale, aux Infrastructures, à l'Enfance, à la Culture, à la Jeunesse, aux conditions d'octroi de l'équivalence des diplômes et certificats d'études étrangers, à l'Académie de Recherche et d'Enseignement supérieur, au financement de l'enseignement supérieur universitaire et non universitaire et à la Recherche', *Doc. parl.*, Parl. Comm. fr., 2014-2015, n° 47/001, pp. 61 et s.

2° L'avant-projet de décret ne contient par ailleurs ni règle spéciale qui soumettrait la nouvelle institution à quelque contrôle que ce décret organiserait, ni disposition qui renverrait à un régime de contrôle organisé par ou en vertu d'une autre loi ou d'un autre décret.

5. L'avant-projet de décret entend faire relever l'association ainsi créée du réseau de l'enseignement officiel subventionné.

Dans le très bref délai dans lequel l'avant-projet lui a été soumis, la section de législation n'a pas pu examiner l'ensemble des questions que peut soulever, au regard des dispositions qui régissent l'enseignement officiel subventionné, la création d'un pouvoir organisateur associant des personnes publiques – et plus particulièrement la Communauté française – et des personnes privées.

L'on pointerà à titre d'exemple les deux problèmes suivants.

1° Il n'est pas clair de savoir quelles seront les règles applicables en matière d'inscription des élèves. En effet, selon l'article 87 du décret du 24 juillet 1997 'définissant les missions de l'enseignement fondamental et de l'enseignement secondaire et organisant les structures propres à les atteindre', les établissements d'enseignement fondamental « organisés par les villes et communes » sont tenus d'inscrire les élèves réguliers qui sont domiciliés sur leur territoire. L'association dont la création est envisagée n'entre actuellement pas dans le champ d'application de cette disposition.

Par contre, son appartenance à l'enseignement officiel subventionné la ferait relever de l'article 88 du même décret, lequel permet aux pouvoirs organisateurs de l'enseignement officiel subventionné de refuser l'inscription d'un élève en cas de refus d'adhésion aux projets éducatif et pédagogique du pouvoir organisateur, alors qu'une telle possibilité n'existe pas pour les établissements organisés par la Communauté française.

2° Il n'est pas clair non plus de savoir quels seront les organes compétents pour prendre des décisions en matière statutaire. On relèvera à cet égard notamment que l'article 27bis du décret du 6 juin 1994 'fixant le statut des membres du personnel subsidiés de l'enseignement officiel subventionné' contient, dans le cadre des dispositions relatives aux désignations de membres du personnel à titre temporaire, une définition exhaustive de ce qu'on doit entendre par « pouvoir organisateur », qui ne peut pas s'appliquer telle quelle à l'association dont la création est envisagée. Un problème similaire se pose en ce qui concerne la présidence des commissions paritaires locales puisque l'article 94 du même décret distingue deux seuls cas de figure, « l'enseignement communal » et « l'enseignement provincial ».

6. L'avant-projet devra en toute hypothèse être clarifié quant à l'exacte portée de la terminologie utilisée.

Ainsi, par exemple :

1° à l'article 6, le mot « rachat » semble devoir être remplacé par « achat », l'intention semblant consistant à ce que l'association en voie de constitution procède à l'achat des bâtiments scolaires concernés à la Communauté française ;

2° à l'article 7, la notion d'« établissement d'utilité publique » ne correspond à aucune catégorie juridique précise et devrait probablement être remplacée par celle de « personne morale de droit public » si telle est l'intention.

LE GREFFIER

LE PRÉSIDENT

Anne-Catherine VAN GEERSDAELE

Pierre VANDERNOOT