



CONSEIL D'ÉTAT

section de législation

avis 61.950/2/V
du 4 septembre 2017

sur

un projet d'arrêté du Gouvernement de la Communauté
française 'arrêtant la liste des fonctions touchées par la pénurie
pour l'année scolaire 2017-2018'

Le 20 juillet 2017, 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 trente jours prorogé de plein droit * jusqu'au 6 septembre 2017, sur un projet d'arrêté du Gouvernement de la Communauté française 'arrêtant la liste des fonctions touchées par la pénurie pour l'année scolaire 2017-2018'.

Le projet a été examiné par la deuxième chambre des vacations le 4 septembre 2017. La chambre était composée de Pierre VANDERNOOT, président de chambre, Luc DETROUX et Wanda VOGEL, conseillers d'État, Sébastien VAN DROOGHENBROECK, assesseur, et Béatrice DRAPIER, greffier.

Le rapport a été présenté par Véronique SCHMITZ, auditeur.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 4 septembre 2017.

*

* Ce délai résulte de l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2°, *in fine*, des lois 'sur le Conseil d'État', coordonnées le 12 janvier 1973 qui précise que ce délai est prolongé de plein droit de quinze jours lorsqu'il prend cours du 15 juillet au 31 juillet ou lorsqu'il expire entre le 15 juillet et le 15 août.

Comme la demande d'avis est introduite sur la base de l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2^o, des lois 'sur le Conseil d'État', coordonnées le 12 janvier 1973, la section de législation limite son examen au fondement juridique du 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, le projet appelle les observations suivantes.

FORMALITÉS PRÉALABLES

1. Selon les documents transmis au Conseil d'État, certaines formalités préalables, en l'occurrence la négociation syndicale et la négociation au sein du Comité de négociation entre le Gouvernement de la Communauté française et les organes de représentation et de coordination des pouvoirs organisateurs de l'enseignement et des centres psycho-médico-sociaux subventionnés, sont effectuées concomitamment à la saisine de la section de législation.

Si le texte en projet était modifié pour tenir compte du résultat de l'accomplissement de ces formalités, de manière telle qu'il contiendrait des éléments nouveaux qui n'ont pu être examinés par la section de législation, il devrait à nouveau lui être soumis sur ces points.

2. Bien qu'il n'en soit pas fait mention au préambule, le « test genre », prescrit par l'article 4, alinéa 2, 1^o, du décret du 7 janvier 2016 'relatif à l'intégration de la dimension de genre dans l'ensemble des politiques de la Communauté française' et par l'article 2 de l'arrêté du Gouvernement de la Communauté française du 10 mai 2017 'instaurant le modèle de test genre en exécution des articles 4 et 6 du décret du 7 janvier 2016 relatif à l'intégration de la dimension de genre dans l'ensemble des politiques de la Communauté française', a été réalisé le 10 juillet 2017.

Par conséquent, il y a lieu d'ajouter un alinéa au préambule afin de mentionner l'accomplissement de cette formalité préalable obligatoire ¹.

3. Concernant la proposition de la Commission interréseaux des titres de capacité (ci-après : « CITICAP »), il est renvoyé à l'observation générale.

¹ *Principes de technique législative - Guide de rédaction des textes législatifs et réglementaires*, www.conseildetat.be, onglet « Technique législative », recommandation n° 34.

OBSERVATION GÉNÉRALE

Les articles 2 et 4 du décret du 12 mai 2004 'relatif à la définition de la pénurie et à certaines Commissions dans l'enseignement organisé ou subventionné par la Communauté française' sont rédigés comme suit :

« Art. 2. Pour l'année scolaire suivante, le Gouvernement arrête, au plus tard pour le 31 décembre qui précède, la liste des fonctions touchées par la pénurie pour l'ensemble de la Communauté française ou pour une ou plusieurs zone(s) géographique(s).

Les zones géographiques sont les entités territoriales pour lesquelles les commissions visées au chapitre II, exercent leurs compétences.

Pour établir la liste visée à l'alinéa 1^{er}, le Gouvernement reçoit au plus tard le 1^{er} novembre, les propositions de la chambre de la Commission interréseaux des titres de capacité chargée des titres pénurie non listée, créée par le décret du 11 avril 2014.

Art. 3. [...]

Art. 4. Les propositions de la Chambre précitée conformément à l'article 2 sont établies en tenant compte notamment des éléments d'appréciation suivants :

1° les statistiques fournies par l'Office national de l'Emploi, ainsi que la liste francophone des études qui préparent à une profession pour laquelle il existe une pénurie significative de main d'œuvre établie conformément à l'article 93, § 1^{er}, 6°, de l'arrêté royal du 25 novembre 1991 portant réglementation du chômage et les statistiques fournies selon le cas par l'Office régional bruxellois de l'Emploi ou l'Organisme de service public en matière de Formation professionnelle et d'Emploi de la Région wallonne et de la Communauté germanophone de Belgique ;

2° le nombre de membres du personnel temporaires engagés sur la base d'un titre autre que titre requis ou titre suffisant ;

3° du nombre d'heures de cours non pourvues l'année scolaire précédente ;

4° du nombre de membres du personnel maintenus en disponibilité par défaut d'emploi ou en perte partielle de charge ;

5° des statistiques et prévisions fournies par la Cellule de prospective pour l'emploi dans l'enseignement ;

6° tout autre élément qualitatif spécifique le cas échéant à une zone.

Les informations visées aux points 2 à 5 de l'alinéa précédent sont communiquées à la Chambre précitée par fonction par les services du Gouvernement.

La Chambre précitée tient également compte du nombre d'emplois à pourvoir pour l'année scolaire suivante. Ces informations sont communiquées par les pouvoirs organisateurs à la demande de cette Chambre ».

L'article 39, alinéa 2, 8°, du décret du 11 avril 2014 'réglementant les titres et fonctions dans l'enseignement fondamental et secondaire organisé et subventionné par la Communauté française' dispose comme suit :

« La Commission a pour mission de suivre et de faciliter, pour chacun des réseaux d'enseignement, l'enseignement organisé par la Communauté française et les

pouvoirs organisateurs non affiliés à un organe de représentation et de coordination, la mise en place concertée de la réforme des titres et des fonctions au sein du périmètre défini à l'article 1^{er}.

Elle est en charge, plus particulièrement : [...]

8° de remettre annuellement une proposition réglementaire concernant la pénurie dans certaines fonctions selon les critères repris à l'article 4 du décret du 12 mai 2004 relatif à la définition de la pénurie et à certaines Commissions dans l'enseignement organisé ou subventionné par la Communauté française; [...] ».

En l'espèce, la proposition de la CITICAP, qui a été émise lors de sa réunion du 21 juin 2017, consiste, pour l'année scolaire 2017-2018, à proposer la reconduction de l'arrêté du Gouvernement de la Communauté française du 20 juillet 2016 'arrétant la liste des fonctions touchées par la pénurie pour les années scolaires 2015-2016 et 2016-2017'.

Le texte examiné pose problème quant à l'accomplissement de cette formalité et quant à la mise en œuvre du fondement juridique des dispositions en projet.

En effet, la proposition de la CITICAP devait être émise au plus tard pour le 1^{er} novembre 2016 en application de l'article 2, alinéa 3, du décret du 12 mai 2004 et devait être établie en tenant compte des critères énoncés à l'article 4 du décret du 12 mai 2004 en application de l'article 39, alinéa 2, 8°, du décret du 11 avril 2014, ce qui n'a pas été le cas en l'espèce puisque le texte en projet a été rédigé sans actualisation des fonctions touchées par la pénurie.

Il faut en conclure que la proposition de la CITICAP n'a pas été accomplie dans le délai prévu à cet effet et qu'elle n'a pas été bien accomplie puisque les critères n'ont pas été examinés *in concreto* ².

Enfin, contrairement à ce qui est mentionné aux premier et deuxième alinéas du préambule, l'article 2, alinéa 1^{er}, du décret du 12 mai 2004 constitue l'unique fondement juridique du texte en projet ; le préambule sera corrigé en conséquence.

Il ressort de cet article 2, alinéa 1^{er}, que le Gouvernement devait arrêter, au plus tard le 31 décembre 2016, pour l'année scolaire 2017-2018, la liste des fonctions touchées par la pénurie pour l'ensemble de la Communauté française ou pour une ou plusieurs zone(s) géographique(s).

L'élaboration défectueuse de la proposition de la CITICAP, la présentation tardive de celle-ci et le non-respect par le Gouvernement du délai qui lui est imparti rendent particulièrement fragile le fondement juridique du projet.

C'est sous cette importante réserve qu'il a été procédé à l'examen du projet.

² Voir l'avis donné le 14 juillet 2017 par l'Inspecteur général des Finances.

OBSERVATIONS PARTICULIÈRES

PRÉAMBULE

1. L'alinéa 3 du projet doit être omis car il vise un arrêté qui n'est ni modifié ni retiré, ni abrogé par le texte en projet³.
2. Eu égard à la portée de l'article 1^{er}, 3°, du projet, le texte en projet doit également être proposé par la Ministre de la Promotion sociale. Le ministre qui a cette matière dans ses attributions doit par ailleurs être chargé de son exécution (article 3 du projet).

DISPOSITIF

Articles 1^{er} et 2

L'article 1^{er} du projet reproduit l'article 1^{er} de l'arrêté du Gouvernement de la Communauté française du 20 juillet 2016 mais l'article 2 du projet ne reproduit que l'article 2, 2) et 3), de celui-ci.

Interrogée à ce sujet, la déléguée de la Ministre a indiqué qu'il s'agit d'une erreur et qu'il y a lieu de reproduire, dans l'article 2 du projet, l'article 2, 1), de l'arrêté du Gouvernement de la Communauté française du 20 juillet 2016.

L'article 2 du projet sera revu et complété en ce sens.

Articles 3 et 4

1. Les articles 3 et 4 doivent être permutés.
2. L'article 3 sera mieux rédigé comme suit :

« Les ministres ayant l'enseignement obligatoire et l'enseignement de Promotion sociale dans leurs attributions sont chargés, chacun pour ce qui le concerne, de l'exécution du présent arrêté ».
3. L'article 4 dispose que « [l]e présent arrêté entre en vigueur pour l'année scolaire 2017-2018 ».

Eu égard à la date à laquelle le texte en projet sera publié, il aura une portée rétroactive.

³ *Principes de technique législative - Guide de rédaction des textes législatifs et réglementaires*, www.conseildetat.be, onglet « Technique législative », recommandation n° 19, c).

Il y a donc lieu d'écrire que le texte « produit ses effets » pour l'année scolaire 2017-2018.

Il est toutefois rappelé qu'en vertu d'un principe général de droit, la non-rétroactivité des actes administratifs est de règle. Elle peut toutefois être justifiée si elle est autorisée par une disposition législative. En l'absence d'autorisation légale, la rétroactivité ne peut être admise qu'à titre exceptionnel, lorsqu'elle est nécessaire, notamment, à la continuité du service public ou à la régularisation d'une situation de fait ou de droit et pour autant qu'elle respecte les exigences de la sécurité juridique et les droits individuels.

L'auteur du projet doit s'assurer que tel est bien le cas en l'espèce.

LE GREFFIER

LE PRÉSIDENT

Béatrice DRAPIER

Pierre VANDERNOOT