



CONSEIL D'ÉTAT

section de législation

avis 67.305/2
du 4 mai 2020

sur

un projet d'arrêté du Gouvernement de la Communauté
française de pouvoirs spéciaux n° XX 'portant diverses
dispositions en matière d'enseignement de promotion sociale
dans le cadre de la crise sanitaire du COVID-19'

Le 27 avril 2020, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par la Ministre de la Communauté française de l'Enseignement supérieur, de l'Enseignement de la Promotion sociale, des Hôpitaux universitaires, de l'Aide à la jeunesse, des Maisons de Justice, de la Jeunesse, des Sports et de la Promotion de Bruxelles à communiquer un avis, dans un délai de cinq jours ouvrables, sur un projet d'arrêté du Gouvernement de la Communauté française de pouvoirs spéciaux n° XX 'portant diverses dispositions en matière d'enseignement de promotion sociale dans le cadre de la crise sanitaire du COVID-19'.

Le projet a été examiné par la deuxième chambre le 4 mai 2020. La chambre était composée de Pierre VANDERNOOT, président de chambre, Patrick RONVAUX et Christine HOREVOETS, conseillers d'État, Sébastien VAN DROOGHENBROECK et Jacques ENGLEBERT, assesseurs, et Béatrice DRAPIER, greffier.

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

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 4 mai 2020.

*

Suivant l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 3^o, des lois 'sur le Conseil d'État', coordonnées le 12 janvier 1973, 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 motivée comme suit:

Considérant que la crise sanitaire du Covid-19 nécessite d'adapter les exigences en matière d'évaluation et de sanction des études suite à la suspension des cours et des activités d'apprentissage ;

Considérant l'urgence de régler l'organisation pratique de la fin de l'année académique 2019-2020 ;

Considérant l'urgence motivée par le fait qu'il convient de communiquer au plus vite aux étudiants adultes l'organisation de la fin d'année définie ».

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

Il ressort de la délibération du Gouvernement de la Communauté française du 24 avril 2020 que la Ministre de l'Enseignement de promotion sociale est chargée de recueillir l'avis du Conseil d'État concomitamment à l'avis du Conseil général de l'enseignement de promotion sociale et à celui de l'Académie de recherche et d'enseignement supérieur.

L'accomplissement de ces formalités sera mentionné dans le préambule sous la forme de « considérants »¹.

Si le texte en projet était modifié pour tenir compte de ces consultations, de manière telle qu'il contiendrait des éléments nouveaux qui n'auraient pas pu être examinés par la section de législation, il devrait à nouveau lui être soumis.

¹ Sur le caractère facultatif de ces formalités dans le cadre d'un arrêté de pouvoirs spéciaux, voir l'avis n° 67.279/2 donné le 24 avril 2020 sur un projet devenu l'arrêté du Gouvernement de la Communauté française de pouvoirs spéciaux n° 6 du 24 avril 2020 'relatif à l'organisation de la fin de l'année académique 2019-20' (<http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/67279.pdf>) (observation n° 2 formulée sous les formalités préalables).

EXAMEN DU PROJET

PRÉAMBULE

1. Le projet trouve son fondement juridique dans l'article 1^{er}, § 1^{er}, f), du décret du 17 mars 2020 'octroyant des pouvoirs spéciaux au Gouvernement dans le cadre de la crise sanitaire du COVID-19', qui est visé à l'alinéa 3.

Les textes visés aux alinéas 1^{er} et 2 du préambule ne constituent pas le fondement juridique du projet mais contiennent des dispositions auxquelles l'arrêté en projet tend à déroger. De façon analogue à ce qui se pratique pour la mention des textes qu'un projet modifie², les textes auxquels le projet déroge seront dès lors mentionnés dans des alinéas placés postérieurement à celui consacré au décret du 17 mars 2020.

2. Il convient de reproduire dans le préambule de l'arrêté en projet la motivation de l'urgence telle qu'elle figure dans la lettre de demande d'avis conformément à l'article 84, § 1^{er}, alinéa 2, des lois coordonnées 'sur le Conseil d'État'³.

Les alinéas 9 à 13 seront revus en conséquence.

DISPOSITIF

Article 1^{er}

Selon l'alinéa 2, ce n'est que dans l'hypothèse où les établissements d'enseignement de promotion sociale sont dans « l'impossibilité matérielle de respecter le calendrier initial de l'année académique » en raison des difficultés organisationnelles liées à la crise sanitaire du COVID-19 qu'ils peuvent mettre en œuvre les mesures prévues par le projet d'arrêté.

Si cette condition générale tend à encadrer de manière adéquate le pouvoir d'appréciation laissé aux établissements d'enseignement par la plupart des mesures en projet, elle ne paraît toutefois pas appropriée dans certains cas. Ainsi, en ce qui concerne les modalités d'évaluation, cette condition paraît trop restrictive car ce n'est pas en raison de l'impossibilité matérielle de respecter le calendrier initial de l'année que des modalités d'évaluation particulières pourraient s'avérer nécessaires mais en raison de difficultés matérielles découlant de la crise sanitaire du COVID-19. Il est renvoyé à cet égard à l'observation formulée sous l'article 11.

L'alinéa 2 sera revu de manière à s'assurer que la condition qu'il prévoit ne s'applique qu'aux dispositions pour lesquelles elle s'avère adéquate.

² *Principes de technique législative - Guide de rédaction des textes législatifs et réglementaires*, www.raadvst-consetat.be, onglet « Technique législative », recommandations n^{os} 29 et 30.

³ *Ibidem*, recommandation n^o 36.2 et modèle formule F 3-5-3.

Article 3

Interrogée sur la portée de l'article 3, la déléguée de la Ministre a indiqué que cet article tendait à permettre le dépassement du plafond de dix pour cent dans une autre hypothèse que celle prévue à l'article 91/6, alinéa 2⁴, sous réserve toutefois que le dépassement autorisé ait pour finalité de consacrer des moyens supplémentaires aux seules activités visées aux 2°, 3° et 4° de l'alinéa 1^{er} de cette disposition.

Cette limite devrait figurer dans le dispositif. Le rapport au Gouvernement sera revu en conséquence.

L'article 3 sera complété en conséquence.

Article 5

1. L'article 5, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, prévoit que le Conseil des études « peut » admettre dans une unité d'enseignement qui nécessite la réussite préalable d'une autre unité les étudiants qui n'ont pas pu obtenir d'attestation de réussite pour cette unité pré-requise lorsqu'il n'a pas été possible de procéder à l'évaluation qui la concerne.

La disposition sera rédigée de manière telle qu'il ne s'agira pas d'une faculté offerte au Conseil des études (ce qui poserait des difficultés au regard du principe d'égalité et de non-discrimination à l'égard des étudiants qui seraient dans une situation comparable) mais bien d'une obligation dès que la condition indiquée (l'impossibilité de procéder à l'évaluation) est remplie.

2. En cas d'admission sur la base de l'alinéa 1^{er}, l'alinéa 2 prévoit que l'évaluation de l'unité d'enseignement pré-requise doit être organisée pour le 31 décembre 2020 « afin de pouvoir délivrer les attestations de réussite desdites unités d'enseignement aux étudiants maîtrisant les acquis d'apprentissage ».

En ce qui concerne le sort réservé aux étudiants qui ne maîtriseraient pas les acquis d'apprentissage et ne se verraient donc pas délivrer d'attestation de réussite, la déléguée de la Ministre a indiqué que leur admission dans l'unité d'enseignement nécessitant le pré-requis ne serait dès lors pas confirmée.

Par conséquent, mieux vaut, à l'alinéa 1^{er}, indiquer que le Conseil des études admet « provisoirement » les étudiants concernés dans une unité d'enseignement qui nécessite la réussite d'une ou des unité(s) d'enseignement pré-requise(s) et pour lesquelles il n'a pas été possible de procéder à l'évaluation des acquis d'apprentissage.

L'alinéa 2 sera en outre complété afin d'indiquer ce qu'il advient de cette admission provisoire après l'évaluation.

⁴ Le début de l'article 3 pourrait d'ailleurs à cet effet viser plus précisément « l'article 91/6, alinéa 2 ».

Article 6

Il est renvoyé aux observations formulées sous l'article 5.

Articles 9, 10, 12 et 13

Les délais indiqués dans ces dispositions sont mentionnés en « mois ». La question se pose de savoir s'il entre dans l'intention de l'auteur du projet d'en exclure ou pas la période des congés (tant de printemps que d'été) ⁵.

Article 11

1. L'article 11 tend à insérer un article 30bis dans l'arrêté du Gouvernement de la Communauté française du 2 septembre 2015 'portant règlement général des études de l'enseignement secondaire de promotion sociale'.

Dès lors que le projet d'arrêté met en œuvre les pouvoirs spéciaux qui ont été octroyés au Gouvernement dans le cadre de la crise sanitaire du COVID-19, il devra faire l'objet d'une confirmation décrétable ultérieure, conformément à l'article 4 du décret du 17 mars 2020, ce qui aura pour conséquence de donner force de décret à ce nouvel article 30bis de l'arrêté du 2 septembre 2015. Cette combinaison, dans un même arrêté, de dispositions de nature législative et de dispositions réglementaires n'est certainement pas à recommander.

Soit l'intention est de prévoir une disposition dérogatoire temporaire dans le cadre de la crise sanitaire du COVID-19. Dans ce cas, mieux vaut rédiger la disposition en projet comme une disposition autonome du projet et non comme une disposition modificative de l'arrêté du 2 septembre 2015.

Soit l'intention est de prévoir une disposition dérogatoire permanente. Dans ce cas, il convient de prévoir une telle disposition dans un projet d'arrêté distinct modifiant l'arrêté du 2 septembre 2015 et basé non pas sur le décret du 17 mars 2020 mais sur l'article 40 du décret du 16 avril 1991 'organisation l'enseignement de promotion sociale'.

2. L'alinéa 1^{er} en projet permet que des épreuves soient organisées par tous les moyens à distance « [l]orsque des circonstances exceptionnelles imposent l'organisation d'épreuves sans présence physique dans les locaux ».

La question se pose de savoir quelle est la portée exacte de cette condition et si elle ne risque pas d'être trop contraignante. Mieux vaut sans doute se référer à des raisons d'organisation matérielle liées à la crise sanitaire du COVID-19.

⁵ Voir également à ce sujet l'avis de l'ARES n° 2020-05 du 29 avril 2020, p. 3.

Telle qu'elle est rédigée, la disposition peut être interprétée comme signifiant que les actuelles « circonstances exceptionnelles imposent l'organisation d'épreuves sans présence physique dans les locaux » et qu'en conséquence les établissements ont la faculté de procéder à cette organisation « par tous les moyens à distance » aux conditions énoncées par ce texte. Ainsi lue, elle paraît exclure l'organisation d'épreuves qui impliquent une présence physique dans les locaux, y compris lorsque les mesures de distanciation sociale peuvent être respectées de manière à garantir la protection contre la propagation du COVID-19.

Selon une autre lecture, l'alinéa 1^{er} en projet laisse la possibilité aux établissements d'organiser les examens sur place.

En tout état de cause, l'alinéa 2 en projet prévoit que, si l'étudiant notifie à l'établissement qu'il ne se trouve pas dans les conditions matérielles adéquates lui permettant de présenter l'évaluation à distance, l'établissement doit lui proposer « une solution adaptée ». Celle-ci pourrait par exemple consister en la mise à disposition d'un ordinateur dans un local informatique équipé en manière telle que l'étudiant soit en mesure de présenter l'épreuve, ce qui implique une « présence physique dans les locaux ».

L'alinéa 1^{er} sera revu de manière à en clarifier la portée de manière à ne pas exclure la possibilité d'organiser les examens dans les locaux des établissements concernés dans le respect des précautions nécessaires et à le rédiger de manière à le rendre compatible avec le prescrit de l'alinéa 2.

3. En ce qui concerne la condition de garantir la « conformité aux dispositions légales et réglementaires relatives à la sanction des études », la déléguée de la Ministre a fourni les explications suivantes :

« Aux articles 11 et 14, le passage 'pour autant que les conditions d'organisation desdites épreuves garantissent leur conformité aux dispositions légales et réglementaires relatives à la sanction des études' fait référence à toutes les dispositions régissant la réussite et la sanction d'une unité d'enseignement ou d'une section et vise à garantir leur respect tout en autorisant un autre mode d'organisation de l'évaluation.

Ces dispositions peuvent se rapporter, entre autres, aux conditions de réussite, à la communication des critères d'évaluation, à la composition des conseils des études ou des jurys ».

Selon son commentaire, l'article 11 « vise à fixer des balises pour protéger les étudiants ». Dans cette optique, la question se pose de savoir s'il ne pourrait pas être prévu des conditions d'organisation qui ne seraient pas conformes aux dispositions légales et réglementaires relatives à la sanction des études « à condition que ces conditions soient favorables aux étudiants ».

L'alinéa 2 en projet sera réexaminé en conséquence.

4. L'alinéa 2 en projet permet, lorsque l'évaluation est organisée à distance, qu'un étudiant ne se trouvant pas « dans les conditions matérielles adéquates lui permettant de la présenter » en informe l'établissement d'enseignement de promotion sociale, qui doit dans ce cas lui proposer une solution adaptée. L'étudiant est toutefois tenu de notifier cette information « dans les trois jours ouvrables qui suivent le jour de la communication des modalités relatives à l'évaluation ».

D'une part, on constate que ni cette disposition ni aucune autre du projet n'impose à l'établissement de communiquer, avant une certaine date, les changements dans les modalités d'évaluation. Dans un souci de prévisibilité, il conviendrait toutefois d'imposer un tel délai aux établissements d'enseignement.

D'autre part, en fonction du délai fixé pour la communication par les établissements et du moment où l'arrêté en projet sera publié au *Moniteur belge*, on peut se demander si le délai de trois jours ouvrables laissés aux étudiants pour réagir est suffisant.

Par ailleurs, les mots « dans les conditions matérielles adéquates lui permettant de la présenter » sont en l'état dépourvus de portée réellement objectivable : l'intention est-elle de viser les performances techniques du matériel dont dispose l'étudiant (capacité pour le système d'exploitation à supporter le logiciel requis) ou la qualité des connexions internet (sachant que la réception varie fortement entre sous-régions) ou encore la possibilité pour l'étudiant de pouvoir s'isoler dans une pièce ?

Sur ces questions, d'importantes disparités existent entre les étudiants et il ne pourrait être admis, sous l'angle du principe d'égalité entre ceux-ci, que chaque établissement puisse souverainement décider que telle hypothèse constitue un cas de conditions matérielles inadéquates alors que la même hypothèse serait tranchée en sens inverse par un autre établissement.

Si la notification formelle par l'étudiant de ce qu'il se trouve dans le cas visé s'impose à l'établissement sans que celui-ci puisse contester le point de vue de l'étudiant, l'indétermination des mots « dans les conditions matérielles adéquates lui permettant de la présenter » ne soulève pas de problème.

Si, par contre, l'établissement disposait d'un pouvoir d'appréciation sur la notification formelle faite par l'étudiant (ce que n'exclut pas le commentaire de l'article, qui énonce que les établissements « s'assure[nt] » que les étudiants sont dans les conditions matérielles adéquates), la disposition ne serait pas admissible ⁶.

L'alinéa 2 sera revu en conséquence.

⁶ En ce sens, l'avis n° 67.279/2 donné le 24 avril 2020 sur un projet devenu l'arrêté de pouvoirs spéciaux n° 6 du Gouvernement de la Communauté française du 24 avril 2020 'relatif à l'organisation de la fin de l'année académique 2019-2020' (<http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/67279.pdf>).

Article 14

Il est renvoyé aux observations formulées sous l'article 11.

Article nouveau

L'article 3 de l'arrêté du Gouvernement de la Communauté française du 8 mai 2014 'fixant les conditions d'organisation d'activités d'enseignement en *e-learning* par l'enseignement de promotion sociale' prévoit notamment que sont organisées en présentiel les sessions d'examens et d'épreuves ainsi qu'au moins deux séances de cours (une en début et l'autre en cours de formation).

Sans doute convient-il de prévoir à cet égard également des mesures dérogatoires ⁷.

Article 15

L'article 15 prévoit que l'arrêté en projet produit ses effets ⁸ le 18 mars 2020.

Selon la Cour constitutionnelle,

« La non-rétroactivité des lois est une garantie ayant pour but de prévenir l'insécurité juridique. Cette garantie exige que le contenu du droit soit prévisible et accessible, de sorte que le justiciable puisse prévoir, à un degré raisonnable, les conséquences d'un acte déterminé au moment où cet acte est accompli.

La rétroactivité peut uniquement être justifiée lorsqu'elle est indispensable à la réalisation d'un objectif d'intérêt général. S'il s'avère en outre que la rétroactivité a pour effet que l'issue de l'une ou l'autre procédure judiciaire est influencée dans un sens déterminé ou que les juridictions sont empêchées de se prononcer sur une question de droit, la nature du principe en cause exige que des circonstances exceptionnelles ou des motifs impérieux d'intérêt général justifient l'intervention du législateur, laquelle porte atteinte, au préjudice d'une catégorie de citoyens, aux garanties juridictionnelles offertes à tous » ⁹.

⁷ Voir not. l'avis de l'ARES n° 2020-05 du 29 avril 2020, p. 4.

⁸ Et non « entre en vigueur ».

⁹ Voir notamment C.C., 24 mars 2016, n° 48/2016, B.6.

Il appartient à l'auteur du projet de vérifier si ces conditions sont remplies en l'espèce et d'apporter les justifications nécessaires à cet effet dans le rapport au Gouvernement.

LE GREFFIER

LE PRÉSIDENT

Béatrice DRAPIER

Pierre VANDERNOOT