



CONSEIL D'ÉTAT

section de législation

avis 67.415/2
du 20 mai 2020

sur

un projet d'arrêté de pouvoirs spéciaux n° XX du
Gouvernement de la Communauté française 'relatif aux
recours contre les décisions des Conseils de classe dans
l'enseignement secondaire ordinaire et dans l'enseignement
secondaire spécialisé de forme 3 et de forme 4 dans le cadre
de la crise sanitaire du Covid-19'

Le 14 mai 2020, 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 projet d'arrêté de pouvoirs spéciaux n° XX du Gouvernement de la Communauté française 'relatif aux recours contre les décisions des Conseils de classe dans l'enseignement secondaire ordinaire et dans l'enseignement secondaire spécialisé de forme 3 et de forme 4 dans le cadre de la crise sanitaire du Covid-19'.

Le projet a été examiné par la deuxième chambre le 20 mai 2020. La chambre était composée de Pierre VANDERNOOT, président de chambre, Patrick RONVAUX et Christine HOREVOETS, conseillers d'État, et Béatrice DRAPIER, greffier.

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

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 20 mai 2020.

*

Suivant l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 3°, 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 de cette demande est motivée par la nécessité de permettre à la Communauté française de réagir, avant la fin de l'année scolaire, aux mesures prises dans le cadre de la lutte contre la pandémie du Covid-19, en application de l'article 1^{er}, § 1^{er}, f) et g), du décret 17 mars 2020 octroyant des pouvoirs spéciaux au Gouvernement dans le cadre de la crise sanitaire du COVID-19 :

– en organisant la fin de l'année scolaire dans ces circonstances exceptionnelles et en permettant à tous les élèves de l'enseignement organisé ou subventionné par l[a] Fédération Wallonie-Bruxelles de bénéficier des décisions du Conseil de classe relatives au passage de classe, de cycle ou de phase et à la délivrance des diplômes, certificats et attestations de réussite au sein d'un établissement d'enseignement ;

– en évitant un péril grave à tous les élèves, et ce sans discrimination, en leur permettant de pouvoir introduire un recours externe contre les décisions de refus du Conseil de classe relatives au passage de classe, de cycle ou de phase et à la délivrance des diplômes, certificats et attestations de réussite ;

– en permettant à tous les élèves et à leurs parents, de prendre connaissance, le plus rapidement possible, des modalités d'organisation de la fin de l'année scolaire ainsi que des modalités de recours externe de sorte à atténuer la situation anxiogène existante et de leur permettre d'appréhender la fin de l'année scolaire dans un environnement serein ».

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

OBSERVATIONS PRÉALABLES

1. Conformément à l'article 4, alinéa 3, du décret du 17 mars 2020 'octroyant des pouvoirs spéciaux au Gouvernement dans le cadre de la crise sanitaire du Covid-19', l'arrêté en projet sera communiqué au bureau du Parlement avant sa publication au *Moniteur belge*.

2. Conformément à l'article 3bis, § 1^{er}, des lois coordonnées 'sur le Conseil d'État',

« [I]es projets d'arrêtés royaux qui peuvent abroger, compléter, modifier ou remplacer les dispositions légales en vigueur, sont soumis à l'avis motivé de la section de législation. Cet avis est publié en même temps que le rapport au Roi et l'arrêté royal auquel il se rapporte. Les arrêtés, l'avis, le rapport au Roi et le texte des projets d'arrêtés soumis à l'avis de la section de législation seront communiqués, avant leur publication au *Moniteur belge*, aux Présidents de la Chambre des représentants et du Sénat ».

Cette disposition n'est pas d'application à l'égard des arrêtés du Gouvernement de la Communauté française.

Cependant, il se recommande que l'arrêté en projet soit accompagné d'un rapport au Gouvernement dans lequel seront expliquées la portée et les conséquences concrètes de la réglementation contenue dans le projet. De telles explications présenteront un avantage certain pour le citoyen, pour les différents services du pouvoir exécutif ainsi que pour le Parlement quand celui-ci, conformément à l'article 4, alinéa 1^{er}, du décret du 17 mars 2020, sera appelé à se prononcer sur la confirmation des dispositions contenues dans l'arrêté en projet.

Les explications contenues dans les considérants du préambule pourraient servir de base à ce rapport.

Enfin, le rapport au Gouvernement répondra aux observations formulées dans le présent avis ¹.

OBSERVATION GÉNÉRALE

Selon l'article 1^{er}, § 2, alinéa 1^{er}, du décret du 17 mars 2020, les arrêtés de pouvoirs spéciaux peuvent abroger, compléter, modifier ou remplacer les dispositions décrétales en vigueur, même dans les matières qui sont expressément réservées au décret par ou en vertu de la Constitution.

Cependant, ces arrêtés ne peuvent être pris qu'afin de réagir à la pandémie de Covid-19 (article 1^{er}, § 1^{er}, du décret du 17 mars 2020).

¹ Voir dans le même sens l'avis n° 67.173/2 donné le 1^{er} avril 2020 sur un projet devenu l'arrêté du Gouvernement de la Communauté française de pouvoirs spéciaux n° 2 du 7 avril 2020 'pris en exécution du décret du 17 mars 2020 octroyant des pouvoirs spéciaux au Gouvernement dans le cadre de la crise sanitaire du COVID 19 relatif à la création d'un fonds d'urgence et de soutien' (<http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/67173.pdf>), l'avis n° 67.175/4 donné le 2 avril 2020 sur un projet devenu l'arrêté de pouvoirs spéciaux du Gouvernement de la Communauté française n° 1 du 7 avril 2020 'permettant de déroger aux règles et conditions de liquidation des soldes de subventions et des délais de recours dans le cadre de la crise sanitaire du COVID-2019' (<http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/67175.pdf>) et l'avis n° 67.227/2 donné le 16 avril 2020 sur un projet devenu l'arrêté du Gouvernement de la Communauté française de pouvoirs spéciaux n° 5 du 23 avril 2020 'permettant de déroger au prescrit de certaines règles statutaires relatives aux personnels de l'enseignement et des centres psycho-médico-sociaux dans le cadre de la crise sanitaire du COVID-19' (<http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/67227.pdf>).

Plusieurs dispositions de l'arrêté en projet modifient des dispositions décrétales (articles 1^{er}, 4 et 7 du projet) ou des dispositions réglementaires (articles 8 et 11 du projet) de manière permanente, donc sans limiter leurs effets dans le temps à ce qui est jugé nécessaire pour « réagir à la pandémie de COVID-19 ».

Ce faisant, l'arrêté en projet dépasse l'habilitation conférée par l'article 1^{er}, § 1^{er}, du décret du 17 mars 2020.

Certes, pour ce qui concerne les articles 8 et 11 du projet, le Gouvernement pourra adopter les dispositions en projet sur la base de ses pouvoirs ordinaires. En effet, les articles 98, § 4, et 98bis, § 4, du décret du 24 juillet 1997 'définissant les missions prioritaires de l'enseignement fondamental et de l'enseignement secondaire et organisant les structures propres à les atteindre' (décret « Missions ») habilite le Gouvernement à arrêter les modalités de fonctionnement des Conseils de recours.

Néanmoins, dans ce cas et contrairement aux autres dispositions du projet, les articles 8 et 11 du projet ne peuvent être adoptés sans que les avis, concertations et négociations légalement ou réglementairement requis soient préalablement recueillis ou organisés (article 3, alinéa 1^{er}, du décret du 17 mars 2020).

Par conséquent, il conviendra que les articles 1^{er}, 4, 7, 8 et 11 du projet soient présentés comme s'appliquant uniquement pendant la période nécessaire pour réagir à la pandémie de Covid-19, à l'instar des autres articles du projet dont les effets sont à juste titre limités à cette période par l'emploi d'une formule se référant généralement à « l'année scolaire 2019-2020 » ou à des échéances liées à cette période.

Si, comme l'exposent les pièces annexées au dossier de demande d'avis, l'intention de l'auteur du projet consiste en ce que les règles contenues dans les articles 1^{er}, 4, 7, 8 et 11 du projet soient non seulement applicables pendant la période liée à la pandémie de Covid-19 mais également après celle-ci, ces règles devront alors, en vue de leur donner un caractère permanent échappant aux contraintes d'application temporaire liées à la mise en œuvre du décret du 17 mars 2020, être également introduites dans le droit en vigueur par le biais d'un projet de décret (pour ce qui concerne les dispositions contenues aux articles 1^{er}, 4 et 7 du projet) et d'un projet d'arrêté du Gouvernement de la Communauté française (pour ce qui concerne les dispositions contenues aux articles 8 et 11 du projet), tous deux à adopter selon la procédure inhérente à l'exercice normal de la fonction normative, qui implique notamment l'accomplissement des formalités prescrites préalablement à leur adoption.

C'est sous cette réserve que les observations qui suivent sont émises.

OBSERVATIONS PARTICULIÈRES

PRÉAMBULE

1. Le fondement juridique du projet se trouve exclusivement dans l'article 1^{er}, § 1^{er}, f), du décret du 17 mars 2020.

L'alinéa 1^{er} sera rédigé en ce sens.

2. L'arrêté royal visé à l'alinéa 2 du préambule et les décrets visés aux alinéas 4 et 5 du préambule ne procurent aucun fondement juridique à l'arrêté en projet et ne sont ni modifiés ni abrogés par celui-ci.

Ils seront dès lors omis à moins que l'auteur du texte souhaite en faire mention comme simple information sur le cadre juridique du projet. Dans ce cas, il doit les rédiger sous la forme d'un « considérant »².

3. Dès lors qu'en vertu de l'article 3, alinéa 1^{er}, du décret du 17 mars 2020, le test genre, qui est visé à l'alinéa 7 du préambule, n'est pas considéré comme étant une formalité préalable à caractère obligatoire lorsqu'un arrêté est pris sur la base des pouvoirs spéciaux autorisés par ce décret, ce document sera mentionné dans le préambule sous la forme d'un « considérant »³.

DISPOSITIF

Article 6

Il convient de remplacer les mots « ou la personne investie de l'autorité parentale » par les mots « , ou ses parents ou la personne investie de l'autorité parentale ».

Article 7

La phrase liminaire de l'article 7 du projet doit être rédigée de la manière suivante :

« § 1^{er}. À l'article 98, § 1^{er}, du même décret, il est inséré un nouvel alinéa entre les alinéas 3 et 4, rédigé comme suit : ».

² *Principes de technique législative - Guide de rédaction des textes législatifs et réglementaires*, www.conseildetat.be, onglet « Technique législative », recommandation n° 40.

³ *Ibid.*, recommandation n° 35.

Article 14

L'article 14 est rédigé comme suit :

« Le présent entre en vigueur (lire : produit ses effets) le jour de son adoption ».

Une telle disposition a pour effet de conférer un effet rétroactif au texte en projet.

Ainsi que l'a rappelé la section de législation dans son avis n° 67.142/AG du 25 mars 2020,

« la rétroactivité ne peut se justifier que lorsqu'elle est indispensable à la réalisation d'un objectif d'intérêt général ⁴. S'il s'avère en outre que la rétroactivité a pour but d'influencer dans un sens déterminé l'issue d'une procédure judiciaire ou d'empêcher les juridictions de se prononcer sur une question de droit bien déterminée, 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 ⁵ ⁶ ».

Le préambule justifie le choix de l'entrée en vigueur dérogatoire « en raison de l'urgence de l'adoption de ces mesures avant la fin de l'année scolaire et de la nécessité de communiquer les dispositions adoptées le plus rapidement possible au public concerné pour qu'il puisse préparer et appréhender la fin de l'année scolaire en toute sérénité » et par le fait qu'« [à] cet égard, le présent arrêté respecte les conditions requises par la jurisprudence du Conseil d'État et de la Cour constitutionnelle sur la rétroactivité des dispositions réglementaires au vu des circonstances exceptionnelles ayant conduit à son adoption et de la réalisation d'un objectif d'intérêt général, tel que le droit à l'éducation, le droit pour chaque enfant de bénéficier des mesures et services qui concourent à son développement, ainsi que l'intérêt primordial de l'enfant ».

⁴ Note de bas de page n° 22 de l'avis cité : Jurisprudence constante de la Cour constitutionnelle, voir notamment : C.C., 21 novembre 2013, n° 158/2013, B.24.2 ; C.C., 19 décembre 2013, n° 172/2013, B.22 ; C.C., 29 janvier 2014, n° 18/2014, B.10 ; C.C., 9 octobre 2014, n° 146/2014, B.10.1 ; C.C., 22 janvier 2015, n° 1/2015, B.4 ; C.C., 7 mai 2015, n° 54/2015, B.12 ; C.C., 14 janvier 2016, n° 3/2016, B.22 ; C.C., 3 février 2016, n° 16/2016, B.12.1 ; C.C., 28 avril 2016, n° 58/2016, B.9.2 ; C.C., 9 février 2017, n° 15/2017, B.9.2.

⁵ Note de bas de page n° 23 de l'avis cité : Jurisprudence constante de la Cour constitutionnelle. Voir, par ex. : C.C., 21 novembre 2013, n° 158/2013, B.24.2 ; C.C., 9 octobre 2014, n° 146/2014, B.10.1 ; C.C., 28 mai 2015, n° 77/2015, B.4.1 ; C.C., 24 mars 2016, n° 48/2016, B.6 ; C.C., 6 octobre 2016, n° 126/2016, B.7.3.

⁶ Avis n° 67.142/AG donné le 25 mars 2020 sur la proposition devenue la loi du 27 mars 2020 'habilitant le Roi à prendre des mesures de lutte contre la propagation du coronavirus Covid-19 (I) et la loi du 27 mars 2020 'habilitant le Roi à prendre des mesures de lutte contre la propagation du coronavirus Covid-19 (II)' (<http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/67142.pdf>). Voir également l'avis n° 67.169/4 donné le 1^{er} avril 2020 sur un projet devenu l'arrêté du Gouvernement de la Communauté française du 7 avril 2020 'relatif au soutien des milieux d'accueil dans le cadre de la crise sanitaire du COVID-19' (<http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/67169.pdf>).

Indépendamment des justifications avancées, l'auteur du texte est invité à vérifier si la portée des dispositions en projet peut se concilier avec une entrée en vigueur le jour de la publication au *Moniteur belge*, ce qui éviterait l'écueil de la rétroactivité.

LE GREFFIER

LE PRÉSIDENT

Béatrice DRAPIER

Pierre VANDERNOOT