



CONSEIL D'ÉTAT

section de législation

avis 68.373/2
du 4 décembre 2020

sur

un projet d'arrêté du Gouvernement de la Communauté
française de pouvoirs spéciaux n° XX 'relatif à l'organisation
de l'année académique 2020-2021'

Le 27 novembre 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 'relatif à l'organisation de l'année académique 2020-2021'.

Le projet a été examiné par la deuxième chambre le 4 décembre 2020. La chambre était composée de Pierre VANDERNOOT, président de chambre, Patrick RONVAUX et Christine HOREVOETS, conseillers d'État, et Esther CONTI, greffier assumé.

Le rapport a été présenté par Benoît JADOT, premier auditeur chef de section.

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

*

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.

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

1. Le projet d'arrêté est pris en exécution du décret de la Communauté française du 14 novembre 2020 'octroyant des pouvoirs spéciaux au Gouvernement en vue de réagir à la deuxième vague de la crise sanitaire du COVID-19'.

L'article 1^{er}, § 1^{er}, de ce décret est rédigé comme suit :

« Afin de permettre à la Communauté française de réagir à la pandémie de COVID-19, le Gouvernement peut prendre toutes les mesures utiles pour :

a) suspendre les activités de services agréés, subventionnés ou organisés par la Communauté française ;

b) définir les modalités par lesquelles des activités peuvent être dispensées en vue de réduire les contacts sociaux ;

c) limiter l'accès aux bâtiments ;

d) tenir compte de l'impact financier des mesures de confinement sur les activités des opérateurs et organisateurs d'évènements ;

e) modifier les conditions d'octroi, de justification et de contrôle des subventions ;

f) adapter les modalités et prévoir des modalités spécifiques d'organisation des cours, des activités d'apprentissage et de la vie scolaire et adapter les exigences en matière de présence, d'évaluation et de sanction des études ;

g) porter des modifications, et le cas échéant, déroger aux statuts des membres du personnel et aux règles définissant le cadre des membres du personnel de la Communauté, pour des raisons liées au contexte sanitaire ;

h) prévenir et traiter toute situation qui pose problème dans le cadre strict de la pandémie du COVID-19 et de ses conséquences et qui doit être réglée en urgence ».

Selon l'alinéa 1^{er} du préambule, le projet d'arrêté trouve plus particulièrement son fondement légal dans le *littera f*) de l'article 1^{er}, § 1^{er}, du décret du 14 novembre 2020.

Tel est incontestablement le cas des dispositions que contiennent les articles 2, 3 et 7 à 10.

Invitée à expliquer pour quelles raisons précises le Gouvernement considère que les articles 4, 5 et 6 du projet trouvent un fondement légal dans le *littera f*) de l'article 1^{er},

§ 1^{er}, du décret du 14 novembre 2020, la déléguée de la ministre a répondu dans les termes suivants :

« Article 4 : La crise sanitaire a pu aggraver le retard dans la délivrance de certains documents ou attestations nécessaires pour satisfaire les conditions d'accès. Nous pensons par exemple à la délivrance du CESS par les établissements de l'enseignement secondaire, et plus particulièrement par les jurys de la FWB qui ont dû suspendre et reporter certaines épreuves. Si l'article 4 prévoit que le délai ne s'applique pas si le retard dans la délivrance des documents ou attestations manquants n'est pas de la responsabilité de l'étudiant, le report de la date limite de régularisation de l'inscription provisoire nous semble apporter davantage de sécurité juridique, dans ce cas de figure.

Il faut également prendre en compte le fait que la 2^e vague a eu pour effet de généraliser le télétravail dans les établissements d'enseignement supérieur et de favoriser l'enseignement à distance pour les étudiants. Dans ces circonstances, il convenait d'octroyer un délai supplémentaire pour permettre tant aux étudiants qu'aux établissements de finaliser les dossiers d'inscription.

Cette disposition permet ainsi aux étudiants de rester inscrits provisoirement plus longtemps, ce qui leur garantit l'accès aux activités d'apprentissage et aux évaluations. Cette disposition est donc liée à l'organisation de l'année académique et nous semble ainsi trouver son fondement dans l'article 1^{er}, § 1^{er}, f), du décret du 14 novembre 2020. Mais sans doute que le littéra h) peut également trouver à s'appliquer.

Article 5 : il est probable que le fondement de cet article soit davantage le littéra h), l'établissement de la liste des étudiants régulièrement inscrits et sa prise en compte étant nécessaires pour estimer le financement des établissements d'enseignement supérieur.

L'article 5 est une conséquence de l'article 4 et donc de la prolongation de la période de régularisation de l'inscription provisoire. Vu que les étudiants peuvent régulariser leur inscription plus tardivement, la liste des étudiants régulièrement inscrits sera également arrêtée plus tardivement.

Article 6 : il est probable que le fondement de cet article soit davantage le littéra h), la validation et la transmission des rapports de populations étudiantes (qui comprennent notamment la liste des inscriptions régulières) en fin d'année académique étant nécessaires pour déterminer de manière définitive le financement des établissements d'enseignement supérieur.

L'article 6 est une conséquence des articles 4 et 5 et donc du report des dates limites de régularisation de l'inscription provisoire et d'établissement/transmission de la liste des étudiants réguliers. L'adoption de cette mesure dans le cadre de l'arrêté de pouvoirs spéciaux permet, en outre, aux établissements et aux commissaires et délégués du Gouvernement d'avoir un minimum de prévisibilité sur la suite de l'année académique sur ce point ».

On peut se rallier à cette analyse en ce qui concerne les articles 4 et 5.

En ce qui concerne l'article 6 du projet, qui vise à reporter du 15 juin au 15 juillet 2021 la date ultime à laquelle les commissaires et délégués du Gouvernement sont tenus de valider et de transmettre à l'Académie de recherche et d'enseignement supérieur

les « rapports de populations étudiantes » visés par l'article 106, alinéa 2, du décret du 7 novembre 2013 'définissant le paysage de l'enseignement supérieur et l'organisation académique des études', il convient d'observer ce qui suit :

– vu son objet, cette disposition ne peut être rattachée au *littera* f) de l'article 1^{er}, § 1^{er}, du décret du 14 novembre 2020 ;

– la thèse, suggérée par la déléguée de la Ministre, selon laquelle le *littera* h) de l'article 1^{er}, § 1^{er}, du décret du 14 novembre 2020 procurerait un fondement légal à la disposition à l'examen ne peut être suivie : en effet, l'une des conditions d'application de ce *littera*, à savoir l'existence d'une situation qui doit être réglée « en urgence », n'est pas remplie en l'espèce dès lors qu'il n'y a, pour l'heure, aucune urgence à postposer une échéance appelée à survenir dans un peu plus de six mois ;

– aucun autre *littera* de l'article 1^{er}, § 1^{er}, du décret du 14 novembre 2020 ne peut être invoqué utilement pour fournir un fondement légal à la disposition à l'examen.

De tout ce qui précède, il résulte :

– d'une part, que l'article 6 du projet d'arrêté est dépourvu de fondement légal et doit donc être omis ¹ ;

– et, d'autre part, que les *litteras* f) et h) de l'article 1^{er}, § 1^{er}, du décret du 14 novembre 2020 fournissent un fondement légal aux autres dispositions du projet d'arrêté et doivent donc être visés à l'alinéa 1^{er} du préambule.

Le projet d'arrêté sera revu en conséquence.

2. L'article 2 du projet d'arrêté permet aux établissements d'enseignement supérieur de modifier la description des unités d'enseignement et de communiquer ces modifications aux étudiants « dans les plus brefs délais ». Il précise également que les modifications relatives aux évaluations organisées à l'issue du premier quadrimestre de l'année académique 2020-2021 doivent être communiquées aux étudiants au plus tard le 11 décembre 2020.

Par ailleurs, l'article 8 du projet d'arrêté impose aux établissements d'enseignement supérieur l'obligation de communiquer l'horaire des épreuves organisées à l'issue du premier quadrimestre de l'année académique 2020-2021 au plus tard le 11 décembre 2020.

Compte tenu du moment où la section de législation a été consultée et où son avis est donné, l'échéance du 11 décembre 2020 est fort proche.

¹ Par contre, rien ne s'oppose à ce qu'un décret soit adopté pour énoncer la règle envisagée par cette disposition.

Si l'arrêté en projet n'était pas publié au *Moniteur belge* avant cette date, cela aurait pour conséquence de conférer un effet rétroactif à l'obligation d'informer les étudiants.

En tout état de cause, en vue d'assurer la sécurité juridique et de permettre à tous les établissements d'enseignement supérieur concernés de respecter l'échéance qui leur est imposée, celle-ci doit être concomitante à la publication de l'arrêté au *Moniteur belge* ou la suivre de peu ²⁻³.

OBSERVATIONS PARTICULIÈRES

PRÉAMBULE

1. Dès lors qu'en vertu de l'article 2, alinéa 1^{er}, première phrase, du décret du 14 novembre 2020, le « test genre » 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 » après les visas ⁴⁻⁵.

2. L'avis du Conseil d'État sur le projet d'arrêté est donné en application non seulement de l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 3^o, des lois coordonnées 'sur le Conseil d'État', mais aussi de l'article 2, alinéa 2, du décret du 14 novembre 2020 'octroyant des pouvoirs spéciaux au Gouvernement en vue de réagir à la deuxième vague de la crise sanitaire du COVID-19'. En effet, en vertu de cette dernière disposition, la condition d'urgence est considérée comme remplie par principe dans le cadre de l'usage de pouvoirs spéciaux.

Au bénéfice de cette précision, l'alinéa 5 du préambule sera rédigé comme suit :

« Vu l'avis n° 68.373/2 du Conseil d'État, donné le 4 décembre 2020, en application de l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 3^o, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le

² Une publication rapide de l'arrêté au *Moniteur belge* paraît dans ces circonstances indispensable, spécialement en vue d'assurer dans un délai suffisant la correcte information des étudiants.

³ Voir, *mutatis mutandis*, l'observation n° 3 que l'avis de la section de législation du Conseil d'État n° 67.279/2 du 24 avril 2020 a formulée sur l'article 11 du 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 2019-2020' (*M.B.*, 28 avril 2020, p. 29451, <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/67279>).

⁴ *Principes de technique législative - Guide de rédaction des textes législatifs et réglementaires*, www.conseildetat.be, onglet « Technique législative », recommandation n° 35.

⁵ Voir en ce sens, par exemple, l'avis n° 67.414/2 donné le 20 mai 2020 sur un projet devenu l'arrêté du Gouvernement de la Communauté française de pouvoirs spéciaux n° 23 du 11 juin 2020 'relatif à l'annulation des évaluations externes certificatives dans le cadre de la crise sanitaire du COVID-19' (*M.B.*, 18 juin 2020, p. 44622, <http://reflex.raadvst-consetat.be/reflex/pdf/Mbbs/2020/06/18/144385.pdf>) et l'avis n° 68.326/2 donné le 24 novembre 2020 sur un projet d'arrêté de pouvoirs spéciaux n° XX du Gouvernement de la Communauté française 'relatif au subventionnement exceptionnel des pouvoirs organisateurs de l'enseignement secondaire ordinaire et spécialisé ayant pour objet l'achat de matériel informatique, dans le cadre de la crise de la COVID-19' (non encore publié).

12 janvier 1973, et de l'article 2, alinéa 2, du décret du 14 novembre 2020 octroyant des pouvoirs spéciaux au Gouvernement en vue de réagir à la deuxième vague de la crise sanitaire du COVID-19 ».

DISPOSITIF

Article 2

1. Dans la première phrase, il est fait état de « la crise sanitaire ».

Le texte gagnerait à préciser qu'il s'agit de la crise sanitaire de la Covid-19.

2. La rétroactivité de l'article 2, résultant de l'article 11 du projet⁶, qui a pour effet, dès le début de l'année académique 2020-2021, d'autoriser les établissements d'enseignement supérieur à modifier la description des unités d'enseignement lorsque la crise sanitaire de la Covid-19 l'impose, ne serait admissible que dans la mesure où la disposition à l'examen régularise une situation de fait, résultant par exemple de ce que les établissements d'enseignement supérieur ont communiqué ces modifications aux étudiants dans les plus brefs délais après leur adoption, quelle que soit la voie utilisée pour ces communications.

Le rapport au Gouvernement paraît aller en ce sens lorsqu'il énonce que cet effet rétroactif « est justifié par la nécessité de régulariser des situations existantes, provoquées par l'actuelle crise sanitaire ».

Ainsi justifiée, la rétroactivité est admissible, ce qui signifie que, s'agissant des modifications intervenues avant l'entrée en vigueur du projet, ne seront opposables aux étudiants que celles qui auront été communiquées à bref délai après leur adoption⁷.

3. Outre sa portée rétroactive, l'article 2 du projet crée un cadre juridique permettant que soient encore introduites à l'avenir des modifications relatives à la description des unités d'enseignement durant toute l'année académique 2020-2021.

Or, d'après la deuxième phrase de l'article 2, si des modifications doivent être communiquées aux étudiants dans les plus brefs délais, celles relatives aux évaluations organisées à l'issue du premier quadrimestre doivent être communiquées au plus tard le 11 décembre 2020.

Il ne saurait se concevoir que des modifications relatives à la description d'unités d'enseignement qui feront l'objet d'une évaluation à l'issue du premier quadrimestre

⁶ Voir l'observation formulée sous l'article 11.

⁷ En revanche, la circonstance, également évoquée par le rapport au Gouvernement pour justifier la rétroactivité, selon laquelle le Gouvernement a dû attendre « de disposer au préalable du cadre légal permettant le recours aux pouvoirs spéciaux », manque de pertinence dès lors que le dispositif à l'examen aurait pu être adopté en temps utile par la voie décrétole classique, l'octroi de pouvoirs spéciaux au Gouvernement n'étant pas indispensable à l'exercice du pouvoir normatif de la Communauté française.

puissent encore être adoptées au-delà de la date du 11 décembre 2020 ainsi fixée alors que les modifications relatives aux évaluations qui concernent ces unités d'enseignement doivent être communiquées au plus tard à cette date.

Le projet sera précisé en ce sens.

4. Il résulte de l'article 2 que les modifications de la description des unités d'enseignement qui seront évaluées à l'issue du deuxième quadrimestre doivent être communiquées aux étudiants dans les plus brefs délais sans toutefois prévoir de date limite pour cette communication, à l'instar de la date limite du 11 décembre 2020 qui est fixée pour le premier quadrimestre.

Il convient de compléter le projet par une telle date limite valable pour le deuxième quadrimestre⁸.

5. Les modifications apportées à la description des unités d'enseignement visées par l'article 2 semblent porter également sur les supports de cours. C'est en effet ce que confirme le rapport au Gouvernement lorsqu'il expose que l'article 2 tend à permettre aux établissements d'enseignement supérieur de modifier, « par exemple : - la description des objectifs, du contenu et des sources, des références et des supports éventuels ».

En ce que les modifications relatives à l'organisation des unités d'enseignement visent les supports de cours, il s'indiquerait de prévoir une disposition dérogeant à l'article 78, alinéa 3, du décret du 7 novembre 2013 'définissant le paysage de l'enseignement supérieur et l'organisation académique des études'.

Il résulte en effet de cette dernière disposition que les supports de cours mis à disposition des étudiants sur l'intranet de chaque établissement, s'ils peuvent être modifiés suivant l'évolution du contenu précis et de la forme des activités d'apprentissage, doivent toutefois « être mis en ligne au plus tard six semaines avant l'épreuve d'évaluation correspondante »⁹.

6. L'article 78, alinéa 4, du décret du 7 novembre 2013 prévoit que l'étudiant jouissant d'une allocation d'études qui en fait la demande bénéficie de l'impression à titre

⁸ Pour l'année académique 2019-2020, la date du 27 avril 2020 a été retenue comme date limite d'information des étudiants par l'article 10 de 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 2019-2020'.

⁹ Voir, *mutatis mutandis*, l'observation n° 3.1 que l'avis de la section de législation du Conseil d'État n° 67.279/2, précité, a formulée sur l'article 3 du 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 2019-2020'. En ce qui concerne la problématique des supports de cours, la section de législation estime en tout état de cause utile de rappeler que, dans le même avis (observation n° 2 sous l'article 11), elle a formulé l'observation selon laquelle il ne saurait se concevoir, au regard du droit à l'enseignement, que des supports de cours qui auraient été mis à disposition des étudiants soient intégrés aux matières faisant l'objet d'une évaluation si ces supports n'ont pas eux-mêmes fait l'objet d'un enseignement en présentiel ou à distance.

gratuit des supports de cours relatifs au cursus au sein duquel il est inscrit. Le projet ne déroge pas à cette règle.

Le rapport au Gouvernement gagnerait à le confirmer et à exposer comment cette règle sera effectivement mise en œuvre dans les circonstances actuelles¹⁰.

Article 4

Lus littéralement, les mots « sauf si le retard dans la délivrance des documents ou attestations manquants n'est pas de la responsabilité de l'étudiant » donnent à la disposition à l'examen un sens qu'elle ne peut avoir et que l'auteur du projet, compte tenu notamment de la rédaction de l'article 95, § 1^{er}, alinéa 4, du décret du 7 novembre 2013, auquel il se rattache, n'a pu lui donner, selon lequel, dans l'hypothèse envisagée par ce segment de phrase, les étudiants concernés ne bénéficieraient pas du report de l'échéance de l'inscription provisoire du 30 novembre 2020 au 29 janvier 2021.

Ce segment de phrase gagnerait à être remplacé par les mots « cette échéance pouvant être dépassée si le retard dans la délivrance des documents ou attestations manquants n'est pas de la responsabilité de l'étudiant ».

Article 9

1. Dans la première phrase de l'alinéa 1^{er}, 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.

¹⁰ En ce sens, l'observation n° 3.2 que l'avis de la section de législation du Conseil d'État n° 67.279/2, précité, a formulée sur l'article 3 du 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 2019-2020'.

Si, par contre, l'établissement dispose d'un pouvoir d'appréciation sur la notification formelle faite par l'étudiant (ce que n'exclut pas le commentaire de l'article à l'examen donné dans le rapport au Gouvernement, qui énonce que les établissements « doivent s'assurer » que les étudiants sont dans les conditions matérielles adéquates), la disposition ne serait pas admissible ¹¹.

2. Dans l'alinéa 2 de l'article 9, il n'apparaît pas clairement à quoi exactement renvoie le texte lorsqu'il fait état des « dispositions visées à l'alinéa 1^{er} ».

Le texte sera précisé sur ce point.

Article 10

Selon le commentaire qu'en donne le rapport au Gouvernement, la disposition à l'examen est destinée à s'appliquer à des épreuves de fin de premier quadrimestre qui sont organisées en présentiel.

Le dispositif du texte en projet doit le préciser.

Article 11

Selon l'article à l'examen, l'arrêté en projet entre en vigueur « pour l'année académique 2020-2021 ».

Ainsi rédigé, le texte manque de clarté.

En réalité, il résulte du rapport au Gouvernement que l'intention est de conférer un effet rétroactif à l'arrêté en projet.

Il est rappelé, à ce sujet, que la non-rétroactivité des textes de portée normative 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 cette rétroactivité, laquelle porte atteinte, au préjudice d'une catégorie de citoyens, aux garanties juridictionnelles offertes à tous.

¹¹ Voir, *mutatis mutandis*, l'observation n° 3 que l'avis de la section de législation du Conseil d'État n° 67.279/2, précité, a formulée sur l'article 12 du 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 2019-2020'.

En l'espèce, le rapport au Gouvernement justifie la rétroactivité envisagée

« par la nécessité de régulariser des situations existantes, provoquées par l'actuelle crise sanitaire, d'une part, et de disposer au préalable du cadre légal permettant le recours aux pouvoirs spéciaux, d'autre part ».

Cette explication manque de précision en ce qui concerne les « situations existantes » que le projet d'arrêté entend « régulariser » et ne suffit pas à déterminer exactement quelles dispositions sont appelées à produire leurs effets rétroactivement.

Le projet d'arrêté doit être réexaminé sur ce point. Il est également renvoyé à l'observation n° 2 formulée à cet égard sur l'article 2.

Au cas où la rétroactivité peut être justifiée pour certaines dispositions, il conviendra d'en rendre compte dans le rapport au Gouvernement et de déterminer plus clairement que ne le fait l'article à l'examen le moment auquel ces dispositions sont appelées à produire leurs effets.

LE GREFFIER

LE PRÉSIDENT

Esther CONTI

Pierre VANDERNOOT