



CONSEIL D'ÉTAT

section de législation

avis 68.739/2
du 28 janvier 2021

sur

un projet d'arrêté de pouvoirs spéciaux n° XX du
Gouvernement de la Communauté française 'permettant de
déroger au prescrit de certaines règles statutaires relatives aux
personnels de l'enseignement et des centres psycho-médico
sociaux et prolongeant les délais relatifs à la formation en
cours de carrière dans le cadre de la deuxième vague de la
crise sanitaire de la COVID-19'

Le 22 janvier 2021, 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 'permettant de déroger au prescrit de certaines règles statutaires relatives aux personnels de l'enseignement et des centres psycho-médico sociaux et prolongeant les délais relatifs à la formation en cours de carrière dans le cadre de la deuxième vague de la crise sanitaire de la COVID-19'.

Le projet a été examiné par la deuxième chambre le 28 janvier 2021. 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 Roger WIMMER, premier auditeur.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 28 janvier 2021.

*

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 PRÉALABLES

1. Conformément à l'article 3, alinéa 3, 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', l'arrêté en projet sera communiqué au bureau du Parlement avant sa publication au *Moniteur belge*.

2. À toutes fins utiles et compte tenu de la date à laquelle le présent avis est donné, l'attention de l'auteur du projet est également attirée sur la nécessité que celui-ci, qui se fonde sur le décret du 14 novembre 2020, soit adopté au plus tard le 18 février 2021 puisque, conformément à l'article 4, alinéa 1^{er}, du même décret, l'habilitation conférée au Gouvernement « est valable trois mois à dater de son entrée en vigueur », laquelle a eu lieu le 19 novembre 2020 en application de l'article 5 du même décret.

OBSERVATIONS PARTICULIÈRES

PRÉAMBULE

1. L'arrêté en projet se donne comme fondement juridique l'article 1^{er}, § 1^{er}, b) et g), du décret du 14 novembre 2020 'octroyant des pouvoirs spéciaux au Gouvernement en vue de réagir à la vague de la crise sanitaire du COVID-19'¹.

Selon l'article 2, alinéa 2, de ce décret,

« [L]orsque l'avis de la [s]ection de [l]égislation du Conseil d'État est demandé, il l'est dans un délai de cinq jours, sans qu'il soit nécessaire de motiver spécialement l'urgence »².

¹ À l'alinéa 1^{er} du préambule, il faut remplacer les mots « article 1^{er}, b) et g) » par les mots « article 1^{er}, § 1^{er}, b) et g) ».

² Le commentaire de cette disposition expose ce qui suit dans l'exposé des motifs du projet devenu le décret du 14 novembre 2020 :

« La condition d'urgence est en effet considérée comme remplie par principe dans le cadre de l'usage des pouvoirs spéciaux. En effet, la pandémie à laquelle le pays est confronté bouleverse l'organisation et l'exercice des compétences de la [Communauté] française. Cette situation entraîne l'obligation de devoir agir de manière rapide, soit pour adopter des mesures qui contribuent à endiguer l'épidémie, soit pour adopter des mesures organisationnelles destinées à aménager les règles applicables aux différents secteurs relevant de la Communauté française pour prendre en considération les conséquences de l'épidémie. Dans un cas comme dans l'autre, il ne

La lettre de demande d'avis contient la précision suivante :

« Au vu de l'urgence de l'adoption des dispositions prévues par le projet d'arrêté référencé sous objet, et conformément à l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 3^o, des lois coordonnées sur le Conseil d'État et à l'article 2, alinéa 2, du décret du 14 novembre 2020 précité, je souhaite que l'avis me soit communiqué dans un délai de cinq jours »³.

À l'alinéa 21, il convient dès lors d'écrire :

« Vu l'avis n° 68.739/2 du Conseil d'État donné le 28 janvier 2021 en application de l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 3^o, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 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 ; ».

2. Les alinéas 2 à 18 mentionnent tous les décrets et arrêtés royaux auxquels l'arrêté en projet déroge⁴.

Compte tenu du fait qu'il n'est pas dérogé au décret et à l'arrêté visés aux alinéas 19 et 20, il convient de remplacer le mot « Vu » par le mot « Considérant »⁵.

3. Le préambule contient des explications quant à la portée et aux conséquences concrètes de la réglementation contenue dans le projet. Celui-ci est également accompagné d'un projet de rapport au Gouvernement.

Mieux vaut intégrer ces explications dans le rapport au Gouvernement et omettre les alinéas 23 à 45.

peut être contesté qu'agir revêt un caractère d'urgence manifeste qui ne doit dès lors pas faire l'objet d'une démonstration spécifique dans chacun des arrêtés de pouvoirs spéciaux qui sera adopté » (*Doc. parl.*, Parl. Comm. fr., 2020-2021, n° 142/1, p. 4).

³ L'article 84, § 1^{er}, alinéa 2, des lois 'sur le Conseil d'État', coordonnées le 12 janvier 1973, dispose :

« Lorsque, par application de l'alinéa 1^{er}, 3^o, l'urgence est invoquée pour un avis sur un projet d'arrêté réglementaire, la motivation de l'urgence figurant dans la demande d'avis est reproduite dans le préambule de l'arrêté ».

En l'espèce, la lettre de demande d'avis ne contient aucune motivation de l'urgence. Il n'y a dès lors pas lieu, compte tenu de l'article 2, alinéa 2, du décret du 14 novembre 2020, de reproduire une telle motivation dans le préambule.

⁴ Pour ce qui concerne le décret du 2 juin 2006 'relatif au cadre organique et au statut des puériculteurs des établissements d'enseignement maternel ordinaire organisés et subventionnés par la Communauté française' (mentionné à l'alinéa 13), la déléguée de la Ministre a précisé :

« Le décret précité – chapitre IX – renvoyant respectivement aux dispositions statutaires de l'A.R. du 22.03.1969, du décret du 01.02.1993 et du décret du 06.06.1994 pour ce qui concerne les chambres de recours auxquelles sont rattachés ces membres du personnel, les dérogations apportées à ceux-ci en matière d'instruction des dossiers devant les chambres de recours (article 4 du projet d'APS) seront aussi applicables aux puériculteurs(trices) soumis au décret du 02.06.2006 ».

⁵ Par ailleurs, il vaut mieux omettre l'alinéa 19 et compléter l'alinéa 20 par les mots « , confirmé par le décret du 9 décembre 2020 ».

DISPOSITIF

Article 1

1. Lus littéralement, les mots « peut être remise contre accusé de réception par voie de courrier électronique ou courrier simple » à la fin du paragraphe 2, alinéa 2, doivent être lus comme signifiant que, pour être valable, l'envoi par courrier électronique ou par courrier simple de la liste et du classement des membres du personnel dont il est question dans cette disposition doit être suivi d'un accusé de réception.

Pareil dispositif ne saurait être admis dès lors qu'il fait dépendre la régularité de l'envoi d'un acte d'une initiative émanant non pas de l'expéditeur mais du destinataire de l'acte concerné.

Si telle est l'intention, ces mots seront remplacés par le segment de phrase suivant :

« peut être remise contre accusé de réception ou peut être envoyé par voie de courrier électronique ou de courrier simple ».

2. Au paragraphe 4, du projet, mieux vaut remplacer les mots « et 29bis » par les mots et signes de ponctuation « et 29bis, § 2, ».

Article 2

Il y a lieu de préciser que la disposition à l'examen n'est applicable qu'aux candidatures statutaires soumises au cours de l'année 2020-2021.

Article 3

La disposition à l'examen dispense les pouvoirs organisateurs de la consultation de la base de données mise à leur disposition par le Gouvernement lorsqu'ils agissent « dans le cadre du recrutement d'un membre du personnel porteur d'un titre autre que listé » ou « lors de l'octroi de nouvelles attributions sous formes de périodes additionnelles à un membre du personnel au-delà du temps plein », les dispenses concernées valant « pour tout recrutement opéré ou débutant entre le 1^{er} octobre 2020 et le 31 décembre 2020 ».

Le lien entre ces dispositions et la lutte contre la crise de la Covid-19, qui fonde les pouvoirs mis en œuvre par le Gouvernement au travers du projet examiné, n'apparaît pas d'emblée, de même que la nécessité que ces dispositions s'appliquent pour une période de temps qui est déjà entièrement révolue.

Interrogée à cet égard, la déléguée de la Ministre a fourni les explications suivantes :

« L'une des conséquences de la crise sanitaire est l'augmentation de la charge de travail des directeurs et directrices ainsi que des secrétariats de direction des établissements et services administratifs des départements d'instruction publique chargés du suivi des dossiers administratifs des membres du personnel.

Au vu de l'aggravation de la crise durant cet automne (2^{ème} vague) ayant amené au plus fort du pic épidémiologique à la fermeture en cascade de plusieurs établissements du fait de la multiplication des absences des membres du personnel (écartés pour quarantaine et/ou malad[i]e), il a paru nécessaire de prévoir des mesures d'assouplissement permettant aux pouvoirs organisateurs d'opérer au plus vite les remplacements nécessaires.

Ces assouplissements ont été accordés dans une logique de simplification en faisant pleinement application du principe de confiance dans le cadre de l'accomplissement des formalités administratives en lien avec le respect de la priorisation des titres.

Elles ont été mise[s] en œuvre sans déroger pour autant au principe même de la priorisation des titres qui a continu[é] de s'appliquer à l'égard de tout candidat mieux titré connu du Pouvoir organisateur (par exemple, suite au dépôt auprès de lui d'une candidature spontanée ou étant repris pour la fonction concernée dans les classements du Pouvoir organisateur et étant toujours à la recherche d'un temps plein).

La période couverte (1^{er} octobre au 31 décembre 2020) est strictement limitée dans le temps et couvre uniquement le moment le plus critique correspondant au pic de la 2^{ème} vague ».

Ces explications gagneraient à figurer dans le rapport au Gouvernement.

Article 4

1. La disposition à l'examen prévoit que, dans les circonstances et pour la période qu'il vise, lorsque les chambres de recours tiennent leurs séances en visioconférence, le scrutin se déroule « par vote électronique auprès du secrétariat ».

En principe, il est admis que, lorsque les membres d'organes collégiaux sont appelés à voter sur des questions de personne, ce qui est le cas en l'espèce, le scrutin est secret.

Il ne ressort nullement des pièces transmises à la section de législation que l'intention de l'auteur du projet serait, dans le cadre de l'article 4 du projet, de déroger à ce principe du vote secret lorsque le scrutin porte sur des questions de personne.

Pour lever tout doute sur cette question, il se recommande, si telle est bien l'intention, de confirmer, à tout le moins dans le rapport au Gouvernement, que le secrétariat

assure le caractère secret du vote dans le respect du secret professionnel visé à l'article 458 du Code pénal ⁶.

2. Il convient de remplacer les mots « chapitre IX du décret du 1^{er} février 1993 » et les mots « chapitre V du décret du 10 mars 2006 » respectivement par les mots « chapitre IX du titre I^{er} du décret du 1^{er} février 1993 » et les mots « chapitre V du titre I^{er} du décret du 10 mars 2006 ».

Article 6

Le paragraphe 3 utilise la notion de jour ouvrable.

Il est de jurisprudence constante qu'à défaut de disposition contraire, l'expression « jour ouvrable » exclut le dimanche et les jours fériés légaux, mais que, par contre, le samedi est un jour ouvrable ⁷.

Si l'intention de l'auteur du projet était, pour l'application de la disposition à l'examen, de ne pas considérer le samedi comme un jour ouvrable et dès lors que cette notion n'est pas définie dans le décret du 2 février 2007 'fixant le statut des directeurs et directrices dans l'enseignement', il conviendrait de compléter ce texte par une disposition indiquant que la notion de jour ouvrable désigne tous les jours autres que le samedi, le dimanche et les jours fériés légaux.

Article 7

À l'alinéa 1^{er}, *in fine*, il y a lieu d'insérer les mots « du même décret » entre les mots « à l'article 23 » et les mots « ou apporter la preuve ».

Article 9

1. L'article 9 confère un effet rétroactif à certaines dispositions du projet ⁸.

⁶ Voir par exemple l'article 1^{er}, § 3, alinéas 2 à 4, de l'arrêté de pouvoirs spéciaux du Gouvernement wallon n° 30 du 30 avril 2020 'organisant la tenue des réunions des organes communaux et provinciaux', confirmé par l'article 28 du décret du 3 décembre 2020 'portant confirmation des arrêtés du Gouvernement wallon de pouvoirs spéciaux pris dans le cadre de la gestion de la crise sanitaire liée au COVID-19'.

⁷ C.E., arrêts *Piret*, n° 204.165, du 20 mai 2010, et *Libert*, n° 226.375, du 11 février 2014.

⁸ L'alinéa 45 du préambule précise ce qui suit :

« Considérant que, à l'exception des articles 7 et 8, l'arrêté numéroté prendra effet le 1^{er} octobre 2020 et au 1^{er} septembre 2019 en ce qui concerne l'article 6. À cet égard, il 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 ».

S'agissant de la date de la rétroactivité de l'article 7, il est renvoyé à l'observation n° 2 formulée ci-dessous.

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 général⁹. 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 tous¹⁰ »¹¹.

En l'espèce, la rétroactivité paraît admissible.

2. Ceci étant, la rétroactivité de l'article 7 du projet appelle l'observation suivante.

Selon cette disposition, l'enseignant engagé ou désigné à titre temporaire ou à titre définitif

« doit avoir suivi, à partir du 1^{er} septembre 2021, une formation spécifique relative à l'apprentissage du français langue étrangère ou de scolarisation en ce compris une formation relative à la médiation interculturelle lors de sa formation initiale [...] ».

⁹ *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.

¹⁰ *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.

¹¹ Avis n° 67.142/AG donné le 25 mars 2020 sur une 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)', *Doc. parl.*, Chambre, 2019-2020, n° 55-1104/002, p. 15 (<http://www.raadvstconsetat.be/dbx/avis/67142.pdf>); voir également l'avis n° 67.573/2 donné le 15 juin 2020 sur un projet devenu l'arrêté du Gouvernement de la Communauté française de pouvoirs spéciaux n° 35 du 18 juin 2020 'dérogeant à diverses dispositions relatives à l'enseignement professionnel secondaire complémentaire, section soins infirmiers dans le cadre de la crise sanitaire du COVID-19' (<http://www.raadvstconsetat.be/dbx/avis/67573.pdf>).

À la lumière de ce que prescrit ainsi l'article 7, la date prévue à l'article 9, 2°, du projet sera remplacée par celle du 1^{er} septembre 2021.

LE GREFFIER

LE PRÉSIDENT

Esther CONTI

Pierre VANDERNOOT