



CONSEIL D'ÉTAT

section de législation

avis 68.818/2
du 10 février 2021

sur

un projet d'arrêté du Gouvernement de la Communauté
française de pouvoirs spéciaux n° XX 'portant sur le
subventionnement pour l'achat de matériel pour
l'enseignement en ligne dans le cadre de la crise sanitaire
Covid-19'

Le 4 février 2021, 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 sur le subventionnement pour l'achat de matériel pour l'enseignement en ligne dans le cadre de la crise sanitaire Covid-19'.

Le projet a été examiné par la deuxième chambre le 10 février 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 Marc OSWALD, premier auditeur.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 10 février 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 GÉNÉRALES ¹

1. Le rapport au Gouvernement expose qu'en raison de la crise sanitaire Covid-19, l'enseignement de promotion sociale a dû basculer vers un enseignement essentiellement à distance.

Pour venir en aide aux établissements et aux étudiants qui ne bénéficient pas tous du matériel adéquat, l'auteur du projet entend, par l'octroi d'une subvention « unique et exceptionnelle », mettre à disposition de ceux qui en ont besoin les outils informatiques nécessaires.

¹ Voir, pour des observations similaires, l'avis n° 68.326/2 donné le 24 novembre 2020 sur un projet devenu l'arrêté du Gouvernement de la Communauté française de pouvoirs spéciaux n° 40 du 10 décembre 2020 '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' (<http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/68326.pdf>) et l'avis n° 68.559/2 donné le 28 décembre 2020 sur un projet devenu l'arrêté du Gouvernement de la Communauté française de pouvoirs spéciaux n° 42 du 14 janvier 2021 'déterminant les conditions et les modalités d'octroi d'une intervention financière facilitant l'achat ou la location de matériels informatiques par les parents ou les personnes investies de l'autorité parentale au profit de leur enfant et afin de faciliter le suivi des apprentissages', <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/68559.pdf>.

Les bénéficiaires de la subvention seront les pouvoirs organisateurs des établissements d'enseignement de promotion sociale. Ceux-ci pourront acquérir le matériel, qui sera ensuite prêté gratuitement aux enseignants et aux étudiants. La subvention sera liquidée sur la base de divers justificatifs présentés à l'administration par les bénéficiaires.

2. L'article 24, § 3, alinéa 1^{er}, première phrase, de la Constitution dispose comme suit :

« Chacun a droit à l'enseignement dans le respect des libertés et droits fondamentaux ».

Aux termes de l'article 2, § 1, du Pacte international 'relatif aux droits économiques, sociaux et culturels',

« [c]hacun des États parties au présent Pacte s'engage à agir, tant par son effort propre que par l'assistance et la coopération internationales, notamment sur les plans économique et technique, au maximum de ses ressources disponibles, en vue d'assurer progressivement le plein exercice des droits reconnus dans le présent Pacte par tous les moyens appropriés, y compris en particulier l'adoption de mesures législatives ».

L'article 13, § 2, b) et c), du même Pacte dispose comme suit à propos du droit de toute personne à l'éducation :

« 2. Les États parties au présent Pacte reconnaissent qu'en vue d'assurer le plein exercice de ce droit :

[...]

b) L'enseignement secondaire, sous ses différentes formes, y compris l'enseignement secondaire technique et professionnel, doit être généralisé et rendu accessible à tous par tous les moyens appropriés et notamment par l'instauration progressive de la gratuité ;

c) L'enseignement supérieur doit être rendu accessible à tous en pleine égalité, en fonction des capacités de chacun, par tous les moyens appropriés et notamment par l'instauration progressive de la gratuité ».

Par son arrêt n° 53/2013 du 18 avril 2013, la Cour constitutionnelle a jugé ce qui suit à propos des articles 2, § 1, et 13, § 2, c), du Pacte précité :

« B.4.2. [...] Il ressort de ces dispositions que l'égalité d'accès à l'enseignement supérieur doit être instaurée progressivement, en tenant compte des possibilités économiques et de la situation des finances publiques spécifique à chacun des États parties.

L'article 13, paragraphe 2, c), du Pacte ne fait donc pas naître un droit à l'accès gratuit à l'enseignement supérieur. Il s'oppose toutefois à ce que le Royaume de Belgique, après l'entrée en vigueur du Pacte à son égard - le 21 juillet 1983 -, prenne des mesures qui iraient à l'encontre de l'objectif de l'accès en pleine égalité à l'enseignement supérieur qui doit être réalisé, notamment, par l'instauration progressive de la gratuité ».

Par son arrêt n° 33/92 du 7 mai 1992, la Cour constitutionnelle s'est prononcée dans le même sens en ce qui concerne notamment aussi bien l'enseignement secondaire que l'enseignement supérieur :

« B.4.2. [...] En ce qui concerne l'enseignement secondaire et l'enseignement supérieur, les objectifs inscrits dans le Pacte doivent être poursuivis 'par tous les moyens appropriés et notamment par l'instauration progressive de la gratuité' »².

Dans la mesure où le matériel qui sera acquis en application du projet examiné sera en particulier mis à la disposition des étudiants qui remplissent les critères énoncés, le projet d'arrêté entend concrétiser le principe de l'égal accès à l'enseignement des étudiants concernés, ce principe impliquant dans l'enseignement secondaire et supérieur, en ce compris l'enseignement de promotion sociale, que, par la combinaison des dispositions constitutionnelle et conventionnelles précitées, l'objectif de l'instauration progressive de la gratuité de l'accès à l'enseignement concerné soit poursuivi.

Il ressort du rapport au Gouvernement que la subvention « unique et exceptionnelle » qu'il est prévu d'accorder correspond à un forfait de 15 euros par étudiant. Par ailleurs,

« [c]e montant forfaitaire est basé sur un équipement d'environ 500 euros/apprenant pour 3 % de la population d'apprenants de l'Enseignement de promotion sociale régulièrement inscrits en 2018/2019 ».

À la suite de l'avis de l'Inspecteur général des Finances, la note au Gouvernement admet toutefois que « la fracture numérique dans l'Enseignement de promotion sociale est largement supérieure à 3 % » et que « tout semble s'accorder sur une population d'apprenants de l'Enseignement de promotion sociale avoisinant plutôt les 30 à 40 % de fracturés numériques ».

En dépit des limites d'un budget contraint, et comme il se déduit de la note au Gouvernement, si la subvention projetée devait avoir pour effet que les pouvoirs organisateurs des établissements de promotion sociale ne sont pas en mesure de fournir à chaque étudiant qui en a besoin le matériel nécessaire pour suivre les cours à distance, cela aurait pour conséquence de priver ces étudiants de la jouissance du droit à l'enseignement garanti par l'article 24, § 3, alinéa 1^{er}, de la Constitution, combiné aux articles 2, § 1, et 13, § 2, b) et c), du Pacte international 'relatif aux droits économiques, sociaux et culturels'.

À cet égard, la manière dont le projet entend répartir la subvention entre les pouvoirs organisateurs, soit au prorata du nombre d'apprenants régulièrement inscrits en 2018-2019 (article 2 du projet), suscite la difficulté suivante au regard de l'objectif poursuivi.

² En ce sens également, pour l'enseignement secondaire, l'arrêt n° 19/2017 du 16 février 2017, qui rappelle en son B.12.6. « l'objectif de l'instauration progressive de la gratuité de cet enseignement, garantie par les articles 2 et 13, paragraphes 1 et 2, b), du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels ».

Dès lors que le projet poursuit notamment comme objectif de procurer un équipement informatique adéquat aux étudiants n'ayant pas accès au matériel suffisant pour suivre un enseignement à distance, un tel critère de répartition peut conduire à ce que certains pouvoirs organisateurs bénéficient d'une part des ressources alors qu'ils n'en ont pas besoin dans cette mesure et qu'ils privent ainsi d'autres pouvoirs organisateurs de moyens dépassant la part à laquelle ils ont droit alors que la situation objective des étudiants qui en dépendent requerrait par hypothèse un tel dépassement.

Par ailleurs, le critère visé à l'article 2 ne précise pas comment seront répartis les moyens alloués entre les différents établissements relevant d'un même pouvoir organisateur. La logique du projet, compte tenu également de ce qui est exposé ci-avant, commanderait que chaque établissement reçoive sa quote-part en fonction du nombre d'étudiants qui y sont inscrits et qui sont dans une situation objective justifiant l'aide à leur accorder au regard de l'objectif poursuivi et que la répartition ne se fasse pas à la discrétion du pouvoir organisateur, ce qui serait de nature à affecter le principe d'égalité entre les étudiants, dont il sera plus spécialement question dans l'observation suivante.

Le dispositif sera donc complété sur ce point.

En tout état de cause, le projet doit veiller à ce que la répartition des moyens financiers n'ait pas pour conséquence de porter atteinte au droit à l'enseignement en créant une discrimination entre étudiants qui, par l'effet de cette répartition, seraient privés sans justification admissible du matériel que le projet entend pourtant leur garantir.

3. Selon l'article 24, § 4, de la Constitution,

« [t]ous les élèves [...] sont égaux devant la loi ou le décret ».

Cette disposition constitutionnelle

« énonce, dans le domaine de l'enseignement, le principe d'égalité et de non-discrimination qui se déduit des articles 10 et 11 de la Constitution »³.

Elle oblige la Communauté française à traiter de manière égale l'ensemble des étudiants constituant le public cible du projet lorsqu'elle prévoit qu'en raison de la crise sanitaire Covid-19 et de la généralisation de l'enseignement à distance qu'elle a entraînée, des subventions pour soutenir les établissements et les étudiants qui « ne bénéficient pas tous du matériel adéquat pour mener à bien un enseignement en ligne ».

Cet impératif de traitement égal des étudiants ne saurait être éternisé en son principe par le fait que le matériel informatique dont ils seront appelés à bénéficier aura été acquis, selon les modalités résultant du projet, non pas directement par la Communauté française elle-même mais par le pouvoir organisateur de chacun des établissements d'enseignement de promotion sociale fréquentés par les étudiants concernés, qui aura en effet, pour les acquérir, pu bénéficier de subventions destinées à en couvrir le prix d'achat.

³ C.C., n° 53/2016, 21 avril 2016, B.31.2.

Le traitement égal des étudiants qui est requis par la disposition constitutionnelle précitée implique que la Communauté française arrête des critères clairs sur la base desquels les étudiants qui y répondent pourront dans les mêmes conditions bénéficier des avantages prévus par le projet et ce, quel que soit l'établissement d'enseignement de promotion sociale qu'ils fréquentent en Communauté française.

L'obligation de traiter de manière égale les étudiants de la Communauté française concernés par le projet ne saurait être atteinte dans le cadre de celui-ci tel qu'il est actuellement conçu.

En effet, les étudiants qui bénéficieront en priorité du matériel informatique financé par les subventions envisagées seront identifiés sur la base des trois critères énoncés à l'article 3, alinéa 2, du projet.

Or, la méthode ainsi retenue s'expose à quatre difficultés.

La première a trait au fait que chaque direction d'établissement de promotion sociale est libre de prêter le matériel acquis à son personnel enseignant et aux étudiants dans la proportion qu'elle déterminera. Le dispositif en projet comporte dès lors le risque qu'au sein de certains établissements une catégorie de destinataires soit privilégiée aux dépens d'une autre. Des étudiants pourraient ainsi ne pas obtenir le matériel dont ils ont besoin au motif que celui-ci a déjà été prêté à des membres du personnel enseignant, conduisant ainsi à des différences de traitement entre étudiants d'établissements différents pourtant soumis à des situations objectivement identiques. Au demeurant, cette possibilité de mettre le matériel acquis à la disposition du personnel enseignant, si elle fait partie des objectifs recherchés, rend également plus difficile l'instauration progressive de la gratuité au sens des dispositions conventionnelles précitées dès lors que le projet s'inscrit dans un contexte où la fracture numérique est importante, l'enseignement de promotion sociale rassemblant un public qui peut être particulièrement vulnérable d'un point de vue financier.

La deuxième difficulté réside en ce que les critères retenus sont intrinsèquement sujets à interprétation de sorte qu'ils ne pourraient constituer des critères objectifs admissibles pour justifier des différences de traitement entre les élèves concernés. Il en va particulièrement ainsi des critères selon lesquels le matériel acquis devra être mis à la disposition des « apprenants qui n'ont pas la capacité financière d'acquérir par eux-mêmes ce matériel » et des « apprenants inscrits dans les Unités d'Enseignement les plus impactées par l'organisation de l'enseignement à distance ».

La troisième difficulté est liée au fait que les critères retenus ne font l'objet d'aucune hiérarchie entre eux de telle sorte qu'il reviendra à chaque direction d'établissement d'enseignement de promotion sociale ainsi qu'à son équipe pédagogique de déterminer *in fine* la manière dont chacun des étudiants bénéficiera ou non du droit qu'entend consacrer le projet de permettre aux étudiants n'ayant pas un matériel suffisant pour suivre les cours à distance de bénéficier d'un matériel adéquat. Une telle méthode conduira ici encore nécessairement à des différences dans le traitement de situations objectivement identiques au sein de la population des étudiants de la Communauté française.

La quatrième difficulté résulte de ce que, si chaque pouvoir organisateur est laissé libre d'aller au-delà de ce que prévoit le projet, rien n'y oblige formellement un pouvoir organisateur à solliciter les subventions prévues et à acquérir le matériel correspondant. L'étudiant qui n'a pas accès à un matériel suffisant pour suivre les cours à distance n'a donc pas la garantie que le pouvoir organisateur de l'établissement qu'il fréquente sollicitera effectivement les subventions prévues et achètera le matériel concerné ou l'achètera dans la limite maximale subventionnée, ce qui conduit ici aussi à un traitement inégal des étudiants concernés par le projet.

Par conséquent, le projet ne pourrait être admis que si les critères énoncés à l'article 3 étaient revus pour régler les difficultés qui précèdent, ce qui signifie concrètement que ces critères doivent être objectivés et clarifiés en ne laissant aux établissements de promotion sociale d'autre marge dans la sélection des étudiants qui bénéficieront de la mesure que celle consistant à mettre en œuvre ces critères sur la base d'une compétence liée.

En réalité, en laissant à ce stade le soin aux établissements de promotion sociale de déterminer eux-mêmes la manière dont ils mettront en œuvre les critères imparfaits de choix des étudiants qui bénéficieront de la mise à disposition gratuite du matériel, le projet apparaît comme procédant implicitement d'une conception erronée de l'article 24 de la Constitution, conception selon laquelle le socle minimal de droits dont disposent les étudiants pourrait, pour la matière que le projet entend régler, varier en fonction de l'établissement que ces étudiants fréquentent.

Certes, de manière générale, l'article 24, § 4, de la Constitution prévoit que le décret doit prendre en compte les différences objectives, notamment les caractéristiques propres à chaque pouvoir organisateur qui justifient un traitement approprié mais, en l'espèce, la section de législation n'aperçoit pas quelle caractéristique propre à un pouvoir organisateur pourrait justifier le traitement envisagé, à savoir une situation dans laquelle les étudiants fréquentant les établissements d'un pouvoir organisateur plutôt que ceux d'un autre pourraient, en raison de cette fréquentation, être considérés comme ayant accès à un matériel suffisant pour suivre les cours à distance au sein d'un établissement alors que des étudiants placés dans les mêmes circonstances objectives en terme de disponibilité de matériel seraient considérés comme n'ayant pas accès à un matériel suffisant par un autre établissement.

En conclusion sur ces questions, au regard de l'objet du projet examiné, l'article 24, § 4, de la Constitution impose la non-discrimination entre les étudiants de la Communauté française et non, simplement, l'absence de discrimination entre les étudiants de la Communauté française au sein du pouvoir organisateur qu'ils fréquentent.

4. C'est sous la réserve de la nécessité de revoir fondamentalement le dispositif au regard des importantes observations qui précèdent que les observations particulières qui suivent sont formulées.

OBSERVATIONS PARTICULIÈRES

INTITULÉ

L'intitulé précisera que le projet vise à subventionner les pouvoirs organisateurs des établissements d'enseignement de promotion sociale.

PRÉAMBULE

1. L'arrêté en projet trouve son fondement juridique dans l'article 1^{er}, § 1^{er}, b), f) et h), 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'.

Par conséquent, l'alinéa 2 sera omis.

2. L'article 2, alinéa 1^{er}, du décret du 14 novembre 2020 est rédigé comme suit :

« Les arrêtés visés à l'article 1^{er} peuvent être adoptés sans que les formalités requises par un décret ou un arrêté, telles que des avis, concertations ou négociations, soient préalablement accomplies. Si le Gouvernement souhaite toutefois solliciter un avis, ou organiser une concertation ou une négociation, il peut le faire, même par voie électronique dans un délai réduit qu'il fixe. ».

Il se déduit de cette disposition que l'avis de l'Inspecteur des Finances et l'accord du Ministre du budget ne sont pas considérés comme étant des formalités préalables à caractère obligatoire lorsqu'un arrêté est pris sur la base des pouvoirs spéciaux autorisés par ce décret.

Dès lors que l'avis de l'Inspecteur des Finances et l'accord du Ministre du budget ont néanmoins été recueillis, ils seront mentionnés dans le préambule sous la forme de « considérants ». La date à laquelle l'accord du Ministre du budget a été donné sera également indiquée.

DISPOSITIF

Article 1^{er}

La disposition sera complétée par l'intitulé complet du décret-programme du 9 décembre 2020.

Article 3

1. L'alinéa 1^{er} prévoit que la mise à disposition du matériel se fera sous forme de « prêt gratuit ».

Il s'indiquerait de préciser les modalités d'un tel prêt. Elles figureront dans le dispositif, voire dans une convention que celui-ci prévoira, qui déterminera notamment comment le matériel est mis à disposition de son destinataire, le dépôt éventuel d'une caution, les modalités de restitution, ainsi que les autres droits et obligations des parties ; conformément au principe de légalité inscrit à l'article 24, § 5, de la Constitution, ces éléments essentiels figureront dans l'arrêté de pouvoirs spéciaux en projet ⁴.

2. À des fins de cohérence avec le reste du projet, à l'alinéa 2, le mot « apprenants » sera préféré à celui d'« étudiants ».

Article 4

1. L'alinéa 1^{er} énumère les pièces qui doivent être produites à l'appui de la demande de liquidation de la subvention.

En précisant que « [t]oute demande de liquidation de la subvention non accompagnée d'extraits de compte ne sera pas prise en considération », l'alinéa 2 est toutefois source de confusion. Il laisse en effet entendre qu'une demande de liquidation de subvention pourrait être prise en considération et examinée même si les documents visés à l'alinéa 1^{er}, mis à part les extraits de comptes, ne sont pas joints.

Le dispositif sera clarifié sur ce point.

2. Quoiqu'il en soit, le projet décrit la procédure d'octroi des subventions de manière trop sommaire. Aucune habilitation n'est du reste accordée au ministre pour la compléter.

Le dispositif prévoira donc de manière complète la procédure d'introduction et de traitement des demandes de liquidation des subventions.

Article 6

L'article 6 prévoit que l'arrêté en projet « produit ses effets le jour de son adoption ».

⁴ Article 4 de l'arrêté du Gouvernement de la Communauté française de pouvoirs spéciaux n° 40 du 10 décembre 2020, précité, et l'article 10 de l'arrêté du Gouvernement de la Communauté française de pouvoirs spéciaux n° 42 du 14 janvier 2021, précité.

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

Il est rappelé que la non-rétroactivité des actes administratifs est de règle en vertu d'un principe général de droit. La rétroactivité peut toutefois être justifiée si elle est autorisée par le décret. En l'absence d'autorisation décrétable, elle 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 ⁵.

En l'espèce, la section de législation n'aperçoit pas la raison pour laquelle l'arrêté en projet devrait produire ses effets ou entrer en vigueur à une date fixée en fonction du jour de son adoption.

Mieux vaut dès lors prendre en considération la date de la publication de l'arrêté au *Moniteur belge* pour fixer son entrée en vigueur.

LE GREFFIER

LE PRÉSIDENT

Esther CONTI

Pierre VANDERNOOT

⁵ *Principes de technique législative - Guide de rédaction des textes législatifs et réglementaires*, www.raadvst-consetat.be, onglet « Technique législative », recommandation n° 211.