

GG

ROYAUME DE BELGIQUE

AVIS 41.523/2

DE LA SECTION DE LÉGISLATION DU CONSEIL D'ÉTAT

Le CONSEIL D'ÉTAT, section de législation, deuxième chambre, saisi par la Ministre-Présidente du Gouvernement de la Communauté française, le 19 octobre 2006, d'une demande d'avis, dans un délai de trente jours, sur un avant-projet de décret "portant diverses mesures visant à réguler les inscriptions et les changements d'écoles dans l'enseignement obligatoire", a donné le 13 novembre 2006 l'avis suivant :

Comme la demande d'avis est introduite sur la base de l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 1°, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, tel qu'il est remplacé par la loi du 2 avril 2003, la section de législation limite son examen au fondement juridique de l'avant-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, l'avant-projet appelle les observations ci-après.

Formalités préalables

Il résulte du dossier transmis au Conseil d'État que l'avant-projet examiné a fait l'objet d'une concertation avec les organes de représentation. Ces organes ont toutefois été concertés séparément et à des dates différentes. Or, le décret du 20 juillet 2006 relatif à la concertation des organes de représentation et de coordination des Pouvoirs organisateurs de l'enseignement et des Centres PMS subventionnés, entré en vigueur à la date de sa publication au Moniteur belge, le 5 septembre 2006, requiert que cette concertation se tienne au sein du Comité de concertation, créé par l'article 3 de ce décret, conformément à la procédure visée aux articles 7 à 16. La procédure requise n'a dès lors pas été effectuée conformément au décret précité.

Observations générales

1. La liberté d'enseignement

Le titre IV de l'avant-projet examiné modifie les dispositions du décret du 24 juillet 1997 définissant les missions prioritaires de l'enseignement, relatives aux refus d'inscription d'élèves. Il vise à renforcer l'obligation, pesant sur tous les établissements organisés et subventionnés par la Communauté française, d'inscrire les élèves dans l'ordre

des demandes introduites, telle qu'elle résulte des modifications apportées par le décret du 12 juillet 2001 visant à améliorer les conditions matérielles des établissements de l'enseignement fondamental et secondaire ⁽¹⁾.

Pour ce faire, les établissements devront tenir un registre des demandes d'inscription, qui permettra de contrôler que les refus d'inscription invoquant l'insuffisance des locaux disponibles sont correctement motivés.

Ces évolutions législatives suivent celles qui ont été adoptées par la Communauté flamande. La jurisprudence de la Cour d'arbitrage a également évolué.

Dans un premier temps, dans son arrêt n° 110/98 du 4 novembre 1998, elle a validé la plus grande liberté accordée aux établissements libres :

"(...) les principes d'égalité et de non-discrimination, tels qu'ils sont inscrits aux articles 10 et 11 de la Constitution, et, en ce qui concerne les établissements de l'enseignement communautaire, la règle de la neutralité, contenue dans l'article 24, § 1^{er}, alinéa 3, de la Constitution, s'opposent à ce qu'un établissement de l'enseignement officiel dispose, s'agissant de l'accès des élèves à l'enseignement, d'une latitude égale à celle d'un établissement de l'enseignement libre subventionné pour ce qui est de choisir la conception religieuse ou philosophique qui fonde l'enseignement dispensé. Il y a là, entre l'enseignement officiel et l'enseignement libre, une différence objective que la Constitution impose au législateur décentralisé de respecter. Elle justifie en l'espèce, compte tenu du lien qui existe entre la politique d'accès à l'enseignement et le projet pédagogique prôné, que l'accès à un établissement de l'enseignement libre subventionné puisse être subordonné à des conditions différentes de celles qui régissent l'accès à un établissement de l'enseignement officiel" ⁽²⁾.

Les Communautés française et flamande ont néanmoins entrepris de soumettre les différents réseaux aux mêmes règles. Ainsi, le décret flamand du 28 juin 2002 relatif à l'égalité des chances en éducation-I, a mis en place un système présentant

⁽¹⁾ Sur l'évolution de l'obligation d'inscription des élèves, voir J. SAMBON, "Les nouveaux droits des élèves en matière d'inscription, d'exclusion et de sanction des études", in Le décret du 24 juillet 1997 définissant les missions prioritaires de l'enseignement - approche interdisciplinaire, sous la direction de H. DUMONT et M. COLLIN, Bruxelles, FUSL, 1999, pp. 287-364; J. SAMBON, "Les modifications apportées en matière d'inscription scolaire et de gratuité de l'enseignement", A.P.T., 2002, pp. 295-302; J.-M. Dermagne, "Aperçu du droit scolaire au début du troisième millénaire", JdJ, n° 248, 2005, pp. 13-17.

⁽²⁾ B.5.3.

de grandes similitudes avec celui prévu par l'avant-projet examiné. Il consacre explicitement le principe du droit à l'inscription de chaque élève dans l'école choisie par ses parents (article III.1, § 1^{er}). Une école, qu'elle soit officielle ou libre, ne peut désormais plus refuser l'inscription que pour trois raisons. Tout d'abord, en cas de refus des parents de marquer leur accord avec le projet pédagogique et le règlement scolaire de l'école (article III.1, § 2). Ensuite, si l'inscription compromet la sécurité des élèves, soit pour cause de circonstances matérielles (insuffisance de locaux...) soit pour fait de discipline (article III.3). Enfin, si le nombre d'élèves ne parlant pas le néerlandais à la maison est trop important, certains de ceux-ci peuvent être réorientés vers d'autres établissements (article III.4). Une commission des droits de l'élève est instituée, qui statue sur les plaintes relatives aux refus d'inscription (articles IV et V). Ainsi, un refus fondé sur des circonstances matérielles sera déclaré insuffisamment motivé s'il est constaté que des inscriptions supplémentaires ont été acceptées après le refus contesté. La commission remet un avis au Gouvernement flamand, qui peut décider de sanctions financières, mais non imposer l'inscription de l'élève refusé ⁽³⁾.

La Cour d'arbitrage a été saisie d'un recours en annulation partielle des articles III et V de ce décret. Elle l'a validé par son arrêt n° 131/2003 du 8 octobre 2003, pour les motifs suivants :

"B.5.5. Le décret dont font partie les dispositions attaquées vise à apporter une réponse au problème de l'inégalité des chances dans l'enseignement (Doc., Parlement flamand, 2001- 2002, n° 1143/1, p. 3). Il accorde à chaque élève un droit de principe à l'inscription dans l'école financée ou subventionnée de son choix. Ce droit doit permettre « que, dans notre société pluraliste de la connaissance, tous les élèves et parents puissent choisir sans entrave un enseignement parmi un éventail de projets » (ibid.).

Ce droit limite la liberté des pouvoirs organisateurs d'accepter ou non des élèves, compte tenu des principes fondamentaux de l'enseignement qu'ils organisent.

(3) Pour un commentaire de ce décret, voir A. OVERBEEKE, "Non-discriminatie en gelijke kansen inzake schoolkeuze in het vlaamse onderwijs - requiem voor het toelatingsbeleid van identiteitsgebonden instellingen ?", in *Vrijheid en gelijkheid. De horizontale werking van het gelijkheidsbeginsel en de nieuwe antidiscriminatiewet*, Antwerpen, Maklu, 2003, pp. 707-753; B. Steen, "Elk kind heeft recht op onderwijs in de school naar keuze...of toch niet?", T.J.K. 2002, pp. 252-264; R. Verstegen, *Gelijke onderwijskansen in de Vlaamse Gemeenschap. Verkenning van enkele principiële vragen*, T.O.R.B., session 2003-2004, pp. 284-302.

La Cour doit vérifier si la disposition en cause ne limite pas la liberté d'enseignement de façon disproportionnée.

B.5.6. Le droit à l'inscription n'est pas absolu. Il est, premièrement, subordonné à l'adhésion des parents au projet pédagogique et au règlement scolaire de l'école (article III.1, § 2). Le projet pédagogique est « l'ensemble de points de départ fondamentaux pour une école et son fonctionnement » (article II.1, 10°). Il contient tous les principes que le pouvoir organisateur considère comme fondamentaux, parmi lesquels, par exemple, les principes philosophiques sur lesquels le pouvoir organisateur souhaite se fonder. Il n'est limité que par l'obligation de respecter les principes du droit international et du droit constitutionnel, en matière de droits de l'homme et de l'enfant en particulier (article III.1, § 2, alinéa 2).

Deuxièmement, une inscription peut être refusée lorsque le pouvoir organisateur estime que celle-ci compromet la sécurité des élèves en raison de circonstances matérielles ou lorsque l'élève concerné a été définitivement exclu de l'école l'année précédente ou l'année antérieure à celle-ci (article III.3). Un refus fondé sur des circonstances matérielles n'est insuffisamment motivé que lorsqu'il est constaté que des inscriptions supplémentaires ont été acceptées après l'inscription controversée (article V.3, § 2).

Troisièmement, le pouvoir organisateur d'un établissement d'enseignement ordinaire peut orienter vers une autre école tout nouvel élève qui parle le néerlandais ou - le cas échéant - ne parle pas le néerlandais chez lui, afin de garantir la proportion prévue entre les deux groupes d'élèves (article III.4). Ce n'est que lorsque la Commission des droits de l'élève juge infondée la décision d'orienter un élève vers une autre école qu'il est fait droit au choix des parents (article V.1, § 2).

Quatrièmement, la sanction ne consiste pas en une inscription d'office mais dans un recouvrement ou une retenue sur les moyens de fonctionnement de l'école. Ce recouvrement ou cette retenue ne peuvent excéder 10 p.c. du budget de fonctionnement de l'école et ne peuvent avoir pour effet que la part des moyens de fonctionnement affectée aux dépenses en matière de personnel soit inférieure, en chiffres absolus, à ce qu'elle serait si la mesure n'était pas prise (article V.4, § 3).

Enfin, le pouvoir organisateur d'une école libre peut exclure, le cas échéant, un élève inscrit, en demandant la résiliation de la convention, sur la base de l'article 1184 du Code civil, pour non-respect des conditions convenues, ou en appliquant les règles existantes en matière d'ordre et de discipline.

B.5.7. Dans ces circonstances, on ne saurait considérer que la disposition attaquée implique une limitation disproportionnée de la liberté d'enseignement.

Il s'ensuit que, même si l'on considère que le deuxième requérant pourrait être directement et défavorablement affecté par la disposition attaquée, le moyen ne peut être admis".

Si l'on transpose le test de proportionnalité effectué par la Cour d'arbitrage à l'égard du décret flamand à l'avant-projet examiné, l'on constate que le décret "missions" tel que modifié par celui-ci, comporte les deux premières dérogations relevées par la Cour. D'une part, l'inscription est subordonnée à la souscription aux projets éducatif et pédagogique du Pouvoir organisateur ⁽⁴⁾. D'autre part, les établissements peuvent refuser une inscription "pour des raisons d'insuffisance de locaux disponibles" ⁽⁵⁾ ainsi que l'inscription d'un élève qui a été exclu d'un établissement ⁽⁶⁾. La troisième dérogation n'est pas pertinente en droit de la Communauté française. La cinquième dérogation relevée par la Cour est également prévue par le décret "missions". En effet, tous les établissements, quel que soit le réseau auquel ils appartiennent, peuvent renvoyer des élèves pour des motifs disciplinaires, pour autant que la procédure disciplinaire soit respectée ⁽⁷⁾.

Il ne reste, dès lors, à examiner que le quatrième élément pris en compte par la Cour pour considérer que le droit à l'inscription n'est pas absolu, à savoir la nature de la sanction. La Cour semble considérer que la liberté des établissements d'enseignement est préservée par le fait que ceux-ci ne peuvent se voir imposer une inscription d'office et que la sanction en cas de méconnaissance de la réglementation est en tout état de cause limitée à une retenue n'excédant pas 10 % du budget de fonctionnement. Concernant la Communauté française, le texte en projet ne prévoit ni une inscription d'office ni une autre forme de sanction spécifique. La seule sanction envisageable est, dès lors, le retrait total

⁽⁴⁾ Cette condition n'est toutefois explicitement énoncée que s'agissant de l'inscription dans un établissement subventionné (article 88, § 1^{er}, alinéa 1^{er}). Pour l'enseignement organisé par la Communauté, il est seulement stipulé que l'inscription emporte l'adhésion, sans que celle-ci soit explicitement érigée en condition d'inscription (article 76, alinéa 4, qui figurent parmi les règles communes à tous les établissements; voir J. SAMBON, "Les modifications...", op. cit., p. 297). Quoiqu'il en soit, les établissements organisés par la Communauté ne peuvent, à l'évidence, se revendiquer de la liberté d'enseignement.

⁽⁵⁾ Articles 80, § 1^{er}, alinéa 4 et 88, § 1^{er}, alinéa 3, du décret "missions".

⁽⁶⁾ Articles 82, 83, 90 et 91 du décret "missions".

⁽⁷⁾ Articles 81 et 89 du décret "missions".

des subventions. En effet, l'article 24, § 2, alinéa 2, 2^{bis}, de la loi du 29 mai 1959 modifiant certaines dispositions de la législation de l'enseignement, fait du respect des dispositions du décret "missions" une condition non modalisée de subventionnement ⁽⁸⁾.

Afin de mieux garantir la compatibilité de la réglementation envisagée avec la liberté d'enseignement telle qu'elle est interprétée par la Cour d'arbitrage, il conviendrait de prévoir un régime de sanction plus proportionné en cas de méconnaissance du régime de changement d'école et d'inscription. Les auteurs de l'avant-projet pourraient s'inspirer de l'article 24, § 2^{ter}, de la loi précitée, inséré par l'article 26 du décret du 11 juillet 2002 relatif à la formation en cours de carrière des membres du personnel des établissements d'enseignement fondamental ordinaire.

2. Les habilitations faites au Ministre ou à l'administration

Comme la section de législation l'a relevé à de trop nombreuses reprises ⁽⁹⁾, l'article 69 de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles s'oppose à ce que le législateur charge directement un membre du Gouvernement ou un service administratif d'une tâche d'exécution. Le décret doit habilitier le Gouvernement qui peut lui-même déléguer cette tâche.

Les articles 11, 12, 13 et 14 doivent être revus en conséquence.

⁽⁸⁾ Voir à cet égard l'avis 28.244/2, donné le 7 décembre 1998, sur un avant-projet devenu le décret du 8 février 1999 portant diverses mesures en matière d'enseignement, Doc. C.C.F., session 1998-1999, n° 287/1, 2^{ème} observation sous l'article 84.

⁽⁹⁾ Voir déjà l'avis 26.242/2, donné le 23 avril 1997, sur un avant-projet devenu le 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, Doc. C.C.F., session 1996-1997, n° 152/1. Plus récemment, l'avis 38.297/AG, donné le 10 mai 2005, sur un avant-projet devenu le décret du 1^{er} juillet 2005 portant diverses mesures en matière d'enseignement obligatoire et de promotion sociale, d'enseignement supérieur, de promotion de la santé à l'école, de la coordination de l'accueil des enfants durant leur temps libre et au soutien de l'accueil extrascolaire, de l'aide à la jeunesse, d'éducation permanente et de fonds budgétaires, Doc. parl., C.F., session 2004-2005, n° 111/1.

Observations particulières

Dispositif

Article 12

1. L'article 12 de l'avant-projet intègre dans l'article 79 du décret "missions" les éléments essentiels de la réglementation figurant dans l'arrêté du Gouvernement de la Communauté française du 5 mai 2004 portant application de l'article 79, § 2, alinéa 2, 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, assurant ainsi un meilleur respect du principe de légalité consacré par l'article 24, § 5, de la Constitution.

La sécurité juridique serait toutefois mieux assurée si, à cette occasion, le législateur ne qualifiait plus de "circonstances exceptionnelles" des situations qu'il entend définir de manière exhaustive ⁽¹⁰⁾.

Le paragraphe 3, alinéa 2, et le paragraphe 4, de l'article 79 en projet pourraient être joints, distinguant deux hypothèses. Il définirait tout d'abord une série de cas, limitativement énumérés, dans lesquels les directions d'écoles peuvent accepter le changement d'école des élèves visés. Il réserverait alors au Gouvernement ⁽¹¹⁾ l'appréciation de cas de force majeure ou de nécessité absolue permettant un changement d'école en dehors des cas prévus par le décret.

2. Il conviendrait que le commentaire de l'article justifie, au regard du principe d'égalité, les cas dans lesquels un changement d'école est autorisé. Ainsi, la deuxième hypothèse vise la séparation des parents entraînant un changement de lieu d'hébergement de l'élève. Il est permis de se demander si la séparation des parents n'entraînant pas un changement de lieu d'hébergement de l'élève ne pourrait pas également contraindre le parent ayant la garde de l'enfant à changer d'école, notamment pour faire

⁽¹⁰⁾ Comparer avec l'article 79, § 1^{er}, alinéa 2, du décret "missions".

⁽¹¹⁾ Voir à cet égard l'observation générale II.B.

face à la nouvelle organisation de la famille. De même, s'agissant de la sixième hypothèse, l'acception ou la perte d'un emploi d'un des parents pourrait nécessiter un changement d'école, même si ceux-ci cohabitent.

Articles 13 et 14

1. Ces articles modifient les articles 80 et 88 du décret "missions", qui définissent le régime d'inscription, respectivement dans les établissements organisés par la Communauté française et dans ceux qui sont subventionnés par elle.

Le système envisagé contraindrait les établissements scolaires d'abandonner la pratique qui consistait à accorder des priorités, d'une part, aux frères et soeurs d'élèves déjà inscrits, ainsi qu'aux autres mineurs vivant sous le même toit que ces derniers ⁽¹²⁾, d'autre part, aux élèves fréquentant un établissement primaire du même Pouvoir organisateur et qui souhaitent poursuivre leurs études secondaires au sein de ce Pouvoir organisateur.

L'article 24, § 4, de la Constitution, qui consacre le principe d'égalité en matière d'enseignement, requiert que le législateur prenne "en compte les différences objectives (...) qui justifient un traitement approprié". Comme le relève la Cour d'arbitrage,

"(...) les règles constitutionnelles de l'égalité et de la non-discrimination n'excluent pas qu'une différence de traitement soit établie entre des catégories de personnes, pour autant qu'elle repose sur un critère objectif et qu'elle soit raisonnablement justifiée. Les mêmes règles s'opposent, par ailleurs, à ce que soient traitées de manière identique, sans qu'apparaisse une justification raisonnable, des catégories de personnes se trouvant dans des situations qui, au regard de la mesure considérée, sont essentiellement différentes" ⁽¹³⁾.

⁽¹²⁾ En vertu des articles 80, § 4, alinéa 6, et 88, § 4, alinéa 6, en projet, ceux-ci ne bénéficieraient que d'une priorité pour l'inscription sur une liste d'attente.

⁽¹³⁾ En matière d'enseignement, voir notamment l'arrêt n° 37/2000 du 29 mars 2000, B.4.1.; l'arrêt n° 29/2005 du 9 février 2005, B.9.

Il appartiendra au législateur décréteur, sous le contrôle de la Cour d'arbitrage, d'apprécier si les frères et soeurs d'élèves déjà inscrits, ainsi que les autres mineurs vivant sous le même toit que ces derniers, ne sont pas dans une situation essentiellement différente des autres candidats à l'inscription et ne méritent dès lors pas un traitement approprié, à savoir une priorité lors de l'inscription. À cet égard, l'attention des auteurs de l'avant-projet est attirée sur le fait que pareille priorité avait été prohibée par le décret de la Communauté flamande du 28 juin 2002 évoqué plus haut. Au vu des réactions provoquées par cette interdiction, la priorité a été rapidement rétablie par le décret du 30 avril 2004 houdende wijziging van het decreet van 28 juni 2002 betreffende gelijke onderwijskansen-I. Les développements de la proposition à l'origine de ce décret avançaient trois raisons pour ce rétablissement :

- "1° omwille van het welbevinden van de leerlingen ;
- 2° omwille van de praktische voordelen voor het gezin ;
- 3° om maatschappelijke voordelen inzake mobiliteit, milieu en verkeersveiligheid"⁽¹⁴⁾.

L'article 79, § 3, en projet du décret "missions" restreint la liberté de changer d'école pour les élèves inscrits dans la troisième étape du continuum pédagogique. Selon l'exposé des motifs, cette mesure s'inscrit "résolument dans la perspective de la voie tracée par le décret-missions qui organise la scolarité non plus par années d'études mais selon des cycles pluriannuels permettant d'assurer la continuité des apprentissages". En vertu de l'article 13 du décret "missions", le continuum pédagogique s'étale de l'enseignement maternel au premier degré de l'enseignement secondaire. L'article 14 impose aux établissements concernés par ce continuum de définir des moyens facilitant la transition entre les deux dernières années de l'enseignement primaire et le premier degré de l'enseignement secondaire ⁽¹⁵⁾. Il conviendrait dès lors de démontrer, dans l'exposé des motifs, pourquoi il sera interdit aux établissements scolaires secondaires d'accorder une priorité au bénéfice d'élèves fréquentant une école primaire relevant du même Pouvoir organisateur.

⁽¹⁴⁾ Doc. VI. R., session 2003-2004, n° 2024/1, p. 2.

⁽¹⁵⁾ Dans son avis 26.242/2, précité, la section de législation avait relevé les difficultés d'organisation de cette transition.

2. Les commissions zonales visées à l'article 80, § 4, alinéa 3, en projet, sont déjà visées au paragraphe 3 du même article et font l'objet de l'arrêté du Gouvernement de la Communauté française du 25 septembre 1997 portant des mesures d'application des articles 80 et 82 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.

De l'accord du délégué de la ministre-présidente, les mots "que le Gouvernement crée" seront remplacés par les mots "visées au § 3, alinéa 1^{er}".

Article 15

Les articles 4 et 5 de l'arrêté du Gouvernement de la Communauté française du 5 mai 2004 portant application de l'article 79, § 2, alinéa 2, 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, que l'article 15 de l'avant-projet abroge, organisent l'intervention de l'inspection dans la procédure de changement d'école.

L'attention des auteurs de l'avant-projet est attirée sur le fait que, lorsque le projet de décret relatif au Service général de l'Inspection, au Service de conseil et de soutien pédagogiques de l'enseignement organisé par la Communauté française, aux Cellules de conseil et de soutien pédagogiques de l'enseignement subventionné par la Communauté française et aux statuts des membres du personnel du Service général de l'Inspection et des Conseillers pédagogiques, qui a fait l'objet de l'avis 41.215/2, donné le 11 octobre 2006, aura été adopté par le législateur décrétal, il ne sera plus possible d'attribuer des missions à l'inspection par arrêté du Gouvernement. En effet, ces missions seront alors définies de manière exhaustive par les articles 6 à 16 du décret en projet.

Dès lors, si les auteurs de l'avant-projet examiné souhaitent maintenir l'intervention de l'inspection dans la procédure de changement d'école, il convient de compléter en ce sens le projet précité.

La chambre était composée de

Messieurs	Y. KREINS,	président de chambre,
	J. JAUMOTTE,	conseillers d'État,
Madame	M. BAGUET,	
Monsieur	G. KEUTGEN,	assesseur de la section de législation,
Madame	B. VIGNERON,	greffier.

Le rapport a été présenté par M. X. DELGRANGE, premier auditeur.

LE GREFFIER,

LE PRÉSIDENT,

B. VIGNERON

Y. KREINS