



CONSEIL D'ÉTAT

section de législation

avis 73.445/2
du 17 mai 2023

sur

un avant-projet de décret de la Communauté française
‘modifiant le décret du 7 novembre 2013 définissant le
paysage de l’enseignement supérieur et l’organisation
académique des études’

Le 12 avril 2023, 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 trente jours, sur un avant-projet de décret 'modifiant le décret du 7 novembre 2013 définissant le paysage de l'enseignement supérieur et l'organisation académique des études'.

L'avant-projet a été examiné par la deuxième chambre le 17 mai 2023. La chambre était composée de Pierre VANDERNOOT, président de chambre, Patrick RONVAUX et Christine HOREVOETS, conseillers d'État, Sébastien VAN DROOGHENBROECK et Marianne DONY, assesseurs, et Esther CONTI, greffier assumé.

Le rapport a été présenté par Julien GAUL, auditeur.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 17 mai 2023.

*

Comme la demande d'avis est introduite sur la base de l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2^o, des lois 'sur le Conseil d'État', coordonnées le 12 janvier 1973, 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 suivantes.

FORMALITÉS PRÉALABLES

Il ressort de la délibération du Gouvernement du 6 avril 2023 que la Ministre de l'Enseignement supérieur a été chargée de recueillir l'avis du Conseil d'État sur l'avant-projet de décret à l'examen concomitamment à l'accomplissement d'autres formalités, à savoir la négociation syndicale, la négociation au sein du Comité de négociation entre le Gouvernement de la Communauté française, Wallonie-Bruxelles Enseignement et les fédérations de pouvoirs organisateurs, la concertation avec les organisations représentatives des étudiants et la concertation avec les universités.

En outre, comme l'a expliqué le délégué de la Ministre, l'avis de l'ARES n'a pas été demandé au sujet de la modification contenue à l'article 6, 7^o, de l'avant-projet (master en sciences de l'ingénieur industriel en agronomie, orientation environnement), qui emporte un changement d'arrondissement dans lequel le programme d'études supérieures peut être organisé. L'auteur de l'avant-projet veillera à recueillir cet avis conformément à l'article 88, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, du décret du 7 novembre 2013 'définissant le paysage de l'enseignement supérieur et l'organisation académique des études'.

Si le texte en projet était modifié pour tenir compte de ces formalités de manière telle qu'il contiendrait des éléments nouveaux qui n'auraient pas pu être examinés par la section de législation, il devrait à nouveau lui être soumis.

OBSERVATION GÉNÉRALE

L'article 3 de l'avant-projet entend modifier l'article 88 du décret du 7 novembre 2013 en vue d'adapter le mécanisme d'octroi des habilitations à organiser des programmes d'études supérieures ainsi que le financement des établissements dans ce cadre.

[‡] S'agissant d'un avant-projet de décret, on entend par « fondement juridique » la conformité aux normes supérieures.

Parmi les restrictions à la liberté d'enseignement consacrée par l'article 24, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, de la Constitution qu'entend insérer l'article 3, deux retiennent spécialement l'attention :

– aucune nouvelle habilitation ne pourra être octroyée sans suppression d'une habilitation existante, sauf dérogation (article 3, 1^o de l'avant-projet) ; cette mesure a pour effet de figer la situation en ce sens que le nombre d'habilitations actuellement détenues par chaque établissement d'enseignement supérieur devra en principe rester inchangé ;

– les étudiants inscrits à un cursus nouvellement organisé ne sont pas pris en compte pour le financement de l'établissement durant les trois premières années à compter de l'activation de l'habilitation concernée, sauf dérogation (article 3, 4^o, de l'avant-projet) ; en d'autres termes, l'établissement qui organise une nouvelle habilitation devra, en principe, la financer lui-même pendant trois ans.

La Cour constitutionnelle a jugé ce qui suit dans son arrêt n° 44/2005 du 23 février 2005 :

« B.18.1. L'article 24, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, de la Constitution garantit la liberté d'enseignement. La liberté garantie par cette disposition n'est toutefois pas illimitée et ne s'oppose pas à ce que le législateur décréte, en vue de préserver l'intérêt général et d'assurer la qualité de l'enseignement dispensé au moyen des deniers publics, impose certaines conditions qui restreignent la liberté d'enseignement. De telles mesures ne sauraient en soi être considérées comme une atteinte à la liberté d'enseignement. Il en irait autrement s'il devait apparaître que les limitations concrètes qu'elles apportent à cette liberté ne sont pas adéquates à l'objectif poursuivi ou sont disproportionnées par rapport à celui-ci »¹.

L'exposé des motifs ne contient aucune justification concernant les restrictions à la liberté d'enseignement que les mesures examinées emportent tandis que le commentaire de l'article 3 se limite à préciser, de manière laconique, que ces mesures poursuivraient « un objectif de responsabilisation des établissements ».

¹ C.C., 23 février 2005, n° 44/2005, B.18.1. Voir également C.C., 21 avril 2016, n° 53/2016, B.22.3.2, qui porte spécifiquement sur le financement des établissements :

« La liberté d'enseignement définie à l'article 24, § 1^{er}, de la Constitution suppose que les pouvoirs organisateurs qui ne relèvent pas directement de la communauté puissent, sous certaines conditions, prétendre à des subventions à charge de celle-ci.

Le droit aux subventions est limité, d'une part, par la possibilité pour la communauté de lier celles-ci à des exigences tenant à l'intérêt général, entre autres celles d'un enseignement de qualité, du respect de normes de population scolaire et d'une égalité d'accès à l'enseignement, et, d'autre part, par la nécessité de répartir les moyens financiers disponibles entre les diverses missions de la communauté.

La liberté d'enseignement connaît dès lors des limites et n'empêche pas que le législateur décréte impose des conditions de financement et d'octroi de subventions qui restreignent l'exercice de cette liberté.

De telles mesures ne sauraient être considérées en tant que telles comme une atteinte à la liberté d'enseignement. Il en irait autrement s'il devait apparaître que les limitations concrètes qu'elles apportent à cette liberté ne sont pas adéquates à l'objectif poursuivi ou sont disproportionnées par rapport à celui-ci ».

Voir également l'arrêt n° 65/2021 du 29 avril 2021 de la Cour Constitutionnelle, B.10 et s.

Pareille considération générale, qui ne fait l'objet d'aucun développement, ne suffit pas à justifier les restrictions apportées à la liberté d'enseignement au regard de la jurisprudence précitée de la Cour constitutionnelle.

L'auteur de l'avant-projet doit dès lors être en mesure d'indiquer plus amplement que ne le font l'exposé des motifs et le commentaire des articles, les raisons permettant de justifier les mesures examinées.

OBSERVATIONS PARTICULIÈRES

DISPOSITIF

Article 3

1. Plusieurs termes ou expressions utilisés à l'article 3 de l'avant-projet sont à ce point vagues et ambigus qu'ils laisseraient une trop grande liberté d'appréciation aux autorités chargées de les appliquer, ce qui n'est pas admissible au regard de l'article 24, § 5, de la Constitution, qui exige que les compétences déléguées par le législateur ne peuvent porter que sur la mise en œuvre des principes qu'il a lui-même adoptés, ce qui implique notamment qu'à travers ces délégations, le Gouvernement de la Communauté ou une autre autorité ne saurait remédier à l'imprécision de ces principes ou affiner des options insuffisamment détaillées ².

Seront en conséquence précisés les termes ou expressions suivants :

1° S'agissant de l'« [amélioration de] l'offre de formation dans des zones où elle est déficitaire, de façon à améliorer le taux d'accès à l'enseignement supérieur » (article 88, § 1^{er}, alinéa 3, 3°, en projet), la question se pose d'abord de savoir de quelles « zones » il est question. Si, comme on peut le supposer, le texte vise les arrondissements administratifs existants, le texte sera revu en ce sens.

Il convient par ailleurs de préciser les notions d'offres de formations « déficitaire » et d'amélioration du « taux d'accès » ³. En effet, à défaut de précision, toute demande d'habilitation pour un programme qui n'est pas encore organisé dans un arrondissement donné pourrait alors être accordée, ce qui ne paraît pas être l'intention de l'auteur de l'avant-projet.

² Voir notamment C.C., n° 2/2006, 11 janvier 2006, B.14.1 à B.14.3.

³ Comp. avec l'article 36bis/1, § 3, de la loi du 27 juillet 1971 'sur le financement et le contrôle des institutions universitaires', inséré par l'article 6 du décret-programme de la Communauté française du 12 décembre 2018 'portant diverses mesures relatives à l'organisation du Budget et de la comptabilité, aux Fonds budgétaires, à l'Enseignement supérieur et à la Recherche, à l'Enfance, à l'Enseignement obligatoire et de promotion sociales, aux Bâtiments scolaires, au financement des Infrastructures destinées à accueillir la Cité des métiers de Charleroi, à la mise en œuvre de la réforme de la formation initiale des enseignants', qui a notamment fait l'objet de l'arrêt n° 65/2021 du 29 avril 2021 de la Cour constitutionnelle.

2° S'agissant des « milieux économiques et sociaux » devant être consultés dans le cadre des demandes dont il est question dans l'actuelle phrase unique de l'article 88, § 1^{er}, alinéa 3 (devenant l'alinéa 4), du décret du 7 novembre 2013 (article 88, § 1^{er}, alinéa 4, seconde phrase, en projet), selon l'exposé des motifs, il s'agirait « par exemple, [du] Conseil économique et social de la [Communauté française] ». Dès lors qu'il s'agit d'une formalité préalable obligatoire, il convient d'énumérer avec précision dans le dispositif, de manière exhaustive et non exemplative, quels sont les organes ou entités que le Gouvernement devra consulter dans le cadre de l'examen des demandes d'habilitation.

3° S'agissant des « besoins particuliers en termes d'offre de formation innovante » (article 88, § 6, en projet), la notion de « formation innovante » est à ce point large qu'elle pourrait viser n'importe quelle formation qui n'est pas encore organisée, ce qui ne semble pas être l'intention de l'auteur de l'avant-projet.

4° La référence faite au « cadre des réformes menées par les pouvoirs publics » (article 88, § 7, en projet), si elle est maintenue, doit être précisée.

2. La portée du dispositif « +1/-1 » mis en place par l'article 88, § 1^{er}, alinéa 3, en projet (article 3, 1°, de l'avant-projet) gagnerait à être clarifiée dans l'hypothèse où l'habilitation à laquelle il est renoncé est une co-habilitation conditionnelle au sens de l'article 87 du décret du 7 novembre 2013. La question se pose en effet de savoir si la possibilité de solliciter une nouvelle habilitation s'ouvre à l'ensemble des établissements auxquels la co-habilitation conditionnelle était conférée.

3. L'article 3, 2°, entend imposer au Gouvernement, lorsqu'il prend l'initiative de lancer le processus d'adoption d'un décret portant modification des habilitations existantes, de consulter les « milieux économiques et sociaux », ainsi que « l'administration générale de l'enseignement ».

Le principe de la séparation des pouvoirs, qui fonde notamment les articles 20, 68 et 87 de la loi spéciale du 8 août 1980 'de réformes institutionnelles', s'oppose à ce que le décret intervienne dans le fonctionnement du Gouvernement. Il ne revient donc pas au législateur d'imposer au Gouvernement la consultation de ses propres services comme l'impose l'article 3, 2°, en énonçant que le Gouvernement demande « l'avis de l'administration générale de l'enseignement ».

En outre, il y a lieu de relever que l'article 3, 2°, est rédigé en manière telle que la consultation des « milieux économiques et sociaux » n'intervient que lorsque le Gouvernement est à l'initiative du décret. Il est rappelé que l'initiative d'un décret d'habilitation peut également émaner d'un ou plusieurs membres du Parlement de la Communauté française⁴.

⁴ Voir, en sens similaire, l'observation n° 5 sous l'article 2 dans l'avis 72.345/2 donné le 9 novembre 2022 sur un avant-projet devenu le décret du 14 décembre 2022 'modifiant le décret du 7 novembre 2013 définissant le

L'article 3, 2°, sera revu à la lumière de cette observation.

4. L'article 88, § 6 en projet (article 3, 5°, de l'avant-projet) prévoit que, dans l'hypothèse où le Gouvernement peut identifier des besoins particuliers en termes d'offre de formation innovante, pour les demandes d'habilitation qui visent à répondre à ces besoins, les dérogations prévues au paragraphe 1^{er}, alinéa 3 et au paragraphe 5 de la même disposition peuvent être d'application.

Or les paragraphes 1^{er}, alinéa 3, et 5 précités renvoient eux-mêmes au paragraphe 6 en projet de l'article 88.

Compte tenu de ce qu'ainsi formulés, les paragraphes concernés contiennent des redondances, par souci de clarté du dispositif, celui-ci sera mieux rédigé en omettant le paragraphe 6 en projet et en remplaçant les points 2° des paragraphes 1^{er}, alinéa 3, et 5 par le texte suivant :

« elle répond à un besoin particulier en termes de formation innovante identifié par le Gouvernement ».

Cette formulation est proposée sous réserve de l'observation n° 1, 3°, relative à l'imprécision des termes « formation innovante ».

5. L'article 88, § 7, en projet du décret du 7 novembre 2013 (article 3, 6° de l'avant-projet) énonce ce qui suit :

« Aucune habilitation supplémentaire ne sera accordée avant l'année académique 2025-2026. Cette disposition ne s'applique pas aux habilitations qui s'inscrivent dans le cadre des réformes menées par les pouvoirs publics ».

Contrairement à ce qu'elle laisse entendre, cette disposition doit être comprise, comme l'a expliqué le délégué de la Ministre, en ce sens que les prochaines habilitations qui seraient accordées ne pourront être mises en œuvre qu'à partir de l'année académique 2025-2026, ce qui implique que le processus d'adoption de ces habilitations ait abouti au préalable ⁵.

La rédaction de la disposition examinée sera clarifiée en conséquence.

paysage de l'Enseignement supérieur et l'organisation académique des études en ce qui concerne les habilitations' (*Doc. parl.*, Parl. Comm. fr., 2022-2023, n° 471/1, pp. 21 et 22).

⁵ La note au Gouvernement précise d'ailleurs ce qui suit :

« [...] aucune nouvelle offre de formation ne sera autorisée avant la rentrée académique 2025-2026 en vue de permettre la mise en place du nouveau décret 'régulation' et de la révision – profonde – du mécanisme des habilitations avec les mesures visées au point 3 ci-après et afin de sortir d'une dynamique de révision annuelle de l'offre de formation qui pousse à la surenchère. [...] Ceci implique donc que des déclarations d'intention pourront être transmises à partir de mars 2024 ».

Sur le processus de prise d'effets des habilitations actuellement régi par l'article 88 du décret du 7 novembre 2013, il est renvoyé à l'observation de la section de législation formulée sous les articles 2 et 3 dans l'avis 72.345/2 précité (*loc. cit.*, p 19).

Article 8

1. Comme l'a confirmé le délégué de la Ministre, le nombre « 25 » (arrondissement de Nivelles) sera remplacé par le nombre « 52 » (arrondissement de Charleroi) à l'article 8, § 2, 4°, de l'avant-projet (master en droit) conformément à l'avis 2022-22 de l'ARES ⁶.

2. L'article 8, § 2, 24°⁷, de l'avant-projet entend accorder une co-habilitation conditionnelle pour l'organisation d'un master en médecine en co-diplomation par l'ULB et l'UMons.

Selon l'article 8, § 3, alinéa 1^{er}, de l'avant-projet, cette co-habilitation

« sera supprimée en cas de rupture de la collaboration avec l'hôpital universitaire Erasme ou en cas de demande de reconnaissance d'un hôpital universitaire relevant de l'Université de Mons ».

Ni l'exposé des motifs ni le commentaire des articles ne justifient ce qui s'apparente à des conditions suspensives (obligation de collaboration avec « l'hôpital universitaire Erasme ») ⁸ et résolutives (rupture de ladite collaboration ou demande de reconnaissance d'un hôpital universitaire relevant de l'Université de Mons) relatives à la co-habilitation conditionnelle en projet.

L'auteur de l'avant-projet doit être en mesure d'indiquer de manière suffisamment concrète les raisons qui rendraient admissibles ces conditions au regard de la liberté de l'enseignement et du principe d'égalité applicable en matière d'enseignement.

Sous réserve de ce qui précède, l'article 8, §§ 2 et 3, de l'avant-projet sera, par souci de sécurité juridique, revu pour préciser explicitement que la conclusion de la convention de collaboration constitue une condition suspensive à l'octroi de la co-habilitation examinée. Par ailleurs, et pour les mêmes motifs, l'objet principal de cette collaboration devra également être précisé. Enfin, cette collaboration doit en principe être conclue avec l'Université libre de Bruxelles et non pas avec les « Cliniques Universitaires de Bruxelles – Hôpital Erasme » compte tenu du fait que celles-ci ne sont pas dotées de la personnalité juridique ⁹ mais sont rattachées à l'Université libre de Bruxelles, qui, quant à elle, dispose de la personnalité juridique ¹⁰. Compte tenu de l'objectif poursuivi, le dispositif imposant ce

⁶ Avis de l'ARES n°2022-22 du 20 décembre 2022, p. 12, points 01.2.2 et 01.2.3.

⁷ Et non l'article 8, § 2, « alinéa 1^{er} », 24°, comme l'énonce l'article 8, § 3 de l'avant-projet dès lors que cette disposition ne contient qu'un seul alinéa.

⁸ Il convient de souligner qu'une co-habilitation conditionnelle suppose déjà, conformément à l'article 87 du décret du 7 novembre 2013, la conclusion d'une « convention de co-diplomation au sens de l'article 82, § 3 [...] entre les établissements auxquels cette co-habilitation est accordée ».

⁹ Voir Trib. trav. Bruxelles, 7 mars 2020, 18/4044/A, *R.D.C.-T.B.H.*, 2020/4, pp. 536 à 539.

¹⁰ En vertu de la loi du 12 août 1911 'accordant la personnalité civile à l'« Université Catholique de Louvain – Katholieke Universiteit te Leuven », à l'« Université libre de Bruxelles » et à la « Vrije Universiteit Brussel », et autorisant l'« Université Catholique de Louvain – Katholieke Universiteit te Leuven » à créer une université de langue française et une université de langue néerlandaise'.

mécanisme conventionnel entre les deux universités peut prévoir qu'il a pour objet une collaboration entre l'Université de Mons et les « Cliniques Universitaires de Bruxelles – Hôpital Erasme » relevant de l'Université libre de Bruxelles.

3. Il convient de préciser qui sera chargé d'effectuer l'évaluation mentionnée à l'article 8, § 3, alinéa 2, de l'avant-projet en ce qui concerne l'opportunité du maintien (et non de « l'octroi ») des habilitations figurant au paragraphe 2, 24° et 25°, en projet.

Article 11

L'article 11, 1°, de l'avant-projet est rédigé comme suit :

« À l'article 29*bis*, un [quatri]ème alinéa est ajouté, rédigé comme suit :

‘À partir de l'année académique 2023-2024, un coefficient de pondération de 2,55 est appliqué aux étudiants finançables inscrits dans des études de master du domaine 11. La répartition des étudiants entre les établissements est établie conformément à l'article 8 du décret du 29 mars 2017 relatif aux études de sciences médicales et dentaires’ ».

Le commentaire des articles 11 et 12 précise ce qui suit :

« Ces dispositions apportent des modifications concernant le calcul du financement des études de master en médecine afin de tenir compte de l'ouverture d'un master en co-diplomation entre l'ULB et l'UMons ».

Dès lors que ce master ne peut être organisé, conformément à l'article 13, 3°, de l'avant-projet, qu'à partir de l'année académique 2024-2025, la section de législation n'aperçoit pas pour quelle raison le coefficient de pondération appliqué aux étudiants inscrits dans les études de master du domaine 11 devrait déjà être modifié à partir de l'année académique 2023-2024 comme le prévoit l'article 11, 1°.

À défaut de justification complémentaire sur ce point, cette modification devra entrer en vigueur à partir de l'année académique 2024-2025.

La même observation vaut *mutatis mutandis* pour l'article 11, 2°.

Article 13

1. L'auteur de l'avant-projet vérifiera si l'année académique de la première organisation du master de spécialisation en expertise et gestion du patrimoine immobilier est effectivement l'année académique 2025-2026 alors que, selon l'avis 2022-22 de l'ARES ¹¹, cela devrait être l'année académique 2023-2024.

Si l'intention de l'auteur de l'avant-projet est effectivement de s'écarter de l'avis de l'ARES, il serait utile que le commentaire de l'article s'en explique.

En revanche, si l'auteur de l'avant-projet entend suivre l'avis de l'ARES, l'article 13, 4°, sera omis.

2. Ainsi que l'a expliqué le délégué de la Ministre, l'article 5, 11°, (master en urbanisme et développement territorial) doit, en ce qui concerne l'Université libre de Bruxelles, entrer en vigueur à partir de l'année académique 2024-2025 conformément à ce qui est prévu dans l'avis 2022-22 de l'ARES ¹².

En conséquence et toujours pour faire suite à l'avis de l'ARES, l'habilitation accordée à l'Université libre de Bruxelles pour organiser le master de spécialisation en urbanisme et aménagement du territoire, maintenue par l'article 5, 12°, de l'avant-projet, sera supprimée à partir de l'année académique 2024-2025.

L'article 13 sera complété en conséquence.

LE GREFFIER

LE PRÉSIDENT

Esther CONTI

Pierre VANDERNOOT

¹¹ Voir l'avis de l'ARES n°2022-22 du 20 décembre 2022, p. 2.

¹² *Op. cit.*, pp. 10 et 11.