



CONSEIL D'ÉTAT

section de législation

avis 75.546/2
du 8 avril 2024

sur

un avant-projet de décret de la Communauté française
‘portant diverses mesures en matière
d’enseignement supérieur’

Le 5 février 2024, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par la Ministre de la Communauté française de l'Enseignement supérieur, de la Recherche scientifique, des Hôpitaux universitaires, de l'Aide à la jeunesse, des Maisons de Justice, de la Jeunesse et de la Promotion de Bruxelles à communiquer un avis dans un délai de trente jours, sur un avant-projet de décret 'portant diverses mesures en matière d'enseignement supérieur'.

L'avant-projet a été examiné par la deuxième chambre le 8 avril 2024. La chambre était composée de Patrick RONVAUX, président de chambre, Christine HOREVOETS et Pierre-Olivier DE BROUX, conseillers d'État, et Béatrice DRAPIER, greffier.

Le rapport a été présenté par Xavier MINY, auditeur adjoint.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 8 avril 2024.

*

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.

OBSERVATION GENERALE

L'avant-projet à l'examen tend à intégrer, par ses articles 16 et 17, le grade académique de « Bachelier : sage-femme » parmi les cursus dont le nombre d'étudiants non-résidents est contingenté.

Il fait ainsi suite à l'arrêt n° 89/2011 du 31 mai 2011 de la Cour constitutionnelle qui a partiellement annulé le décret du 16 juin 2006 'régulant le nombre d'étudiants dans certains cursus de premier cycle de l'enseignement supérieur'. La Cour constitutionnelle a en effet jugé ce qui suit :

« B.10. L'article 7, 1^o, du décret du 16 juin 2006, tel qu'il était libellé au moment de l'introduction des présents recours en annulation, indiquait que l'article 8 du même décret s'appliquait au cursus menant à la délivrance du grade académique d'« Accoucheuse-bachelier ».

La dénomination de ce grade ayant été modifiée depuis lors, l'article 7, 1^o, du décret du 16 juin 2006 vise, depuis sa modification par l'article 47 du décret du 9 mai 2008 'renforçant la cohérence de l'enseignement supérieur et œuvrant à la simplification administrative dans l'enseignement supérieur universitaire et hors universités' (entré en vigueur le 3 juillet 2008 selon l'article 55 du même décret), le grade de 'Bachelier-Sage-femme'.

B.11.1. Le Gouvernement de la Communauté française ne produit pas de données précises laissant apparaître une diminution de la qualité de l'enseignement dans les cursus menant à la délivrance des grades académiques d'« Accoucheuse-bachelier », [...], durant les années académiques qui ont précédé l'entrée en vigueur du décret du 16 juin 2006.

Le Gouvernement de la Communauté française ne fournit pas non plus d'informations au sujet du nombre maximal d'étudiants qui peuvent être formés simultanément dans le cadre de chacun de ces cursus en Communauté française.

La Cour ne dispose donc pas de données lui permettant de vérifier, conformément aux indications données par la Cour de justice de l'Union européenne, qu'une éventuelle baisse de la qualité de l'enseignement dans ces cursus constituait ou constitue un véritable risque pour la santé publique.

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

B.11.2. En outre, le Gouvernement de la Communauté française ne soutient pas qu'il existait – lors de l'adoption du décret du 16 juin 2006 – ou qu'il existerait – à l'heure actuelle – une pénurie de détenteurs de l'un des diplômes précités en Communauté française.

Il ne produit au demeurant aucun document indiquant que la protection de la santé publique pourrait être véritablement mise en péril, à l'avenir, par une telle pénurie.

La Cour ne dispose donc pas de données lui permettant de vérifier, conformément aux indications données par la Cour de justice de l'Union européenne, qu'une éventuelle pénurie de ces diplômés constituait ou constitue un véritable risque pour la santé publique.

B.11.3. En ce qu'il s'applique aux cursus visés par l'article 7, 1°, 2°, 3°, 4°, 6° et 7°, du décret du 16 juin 2006, l'article 8 de ce décret viole les articles 10 et 11 de la Constitution, lus en combinaison avec les articles 18, premier alinéa, et 21, paragraphe 1, du TFUE ».

Dans le cadre de l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt n° 89/2011, une question préjudicielle avait été posée à la Cour de justice de l'Union européenne. Par son arrêt du 13 avril 2010 rendu en grande chambre (C-73/08, *Nicolas Bressol e.a. et Céline Chaverot e.a. contre Gouvernement de la Communauté française*), elle avait jugé ce qui suit :

« 1) Les articles 18 et 21 TFUE s'opposent à une réglementation nationale, telle que celle en cause au principal, qui limite le nombre d'étudiants non considérés comme résidents en Belgique pouvant s'inscrire pour la première fois dans les cursus médicaux et paramédicaux d'établissements de l'enseignement supérieur, à moins que la juridiction de renvoi, ayant apprécié tous les éléments pertinents présentés par les autorités compétentes, ne constate que ladite réglementation s'avère justifiée au regard de l'objectif de protection de la santé publique.

2) Les autorités compétentes ne sauraient se prévaloir de l'article 13, paragraphe 2, sous c), du pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, adopté par l'Assemblée générale des Nations Unies le 16 décembre 1966, si la juridiction de renvoi constate que le décret de la Communauté française du 16 juin 2006 régulant le nombre d'étudiants dans certains cursus de premier cycle de l'enseignement supérieur n'est pas compatible avec les articles 18 et 21 TFUE »¹.

Il résulte de l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne qu'une réglementation nationale qui limite le nombre d'étudiants non-résidents en Belgique pouvant s'inscrire pour la première fois dans les cursus médicaux et paramédicaux d'établissements de l'enseignement supérieur est admissible si elle « s'avère justifiée au regard de l'objectif de protection de la santé publique »². À défaut d'éléments précis de nature à soutenir cet objectif, une telle réglementation constitue toutefois une discrimination indirecte sur la base de la

¹ ECLI:EU:C:2010:181

² Il ressort également de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE, arrêt *Giersch* du 20 juin 2013, C-20/12) que « la promotion de la poursuite d'études supérieures est un objectif d'intérêt général, reconnu au niveau de l'Union » (§ 53) et qu'« il en résulte qu'une action entreprise par un État membre afin d'assurer un niveau élevé de formation de sa population résidente et de promouvoir le développement de son économie poursuit un objectif légitime susceptible de justifier une discrimination indirecte sur la base de la nationalité » (§ 56).

nationalité dès lors qu'un tel dispositif est de nature à déroger au principe de la libre circulation des étudiants en ce qu'il affecte davantage les étudiants ressortissants d'autres États membres que les étudiants belges.

Or, à la suite de l'arrêt *Bressol* de la Cour de justice de l'Union européenne, la Cour constitutionnelle avait invité, par ordonnance, la Communauté française à fournir des données précises permettant de procéder aux vérifications idoines quant à l'admissibilité du décret du 16 juin 2006³. C'est en raison du caractère lacunaire des justifications avancées par la Communauté française en ce qui concerne le « Bachelier : sage-femme » que l'inconstitutionnalité partielle du décret a été constatée dans l'arrêt n° 89/2011.

Il ressort des éléments transmis au Conseil d'État que la Communauté française justifie le contingentement en exposant des données plus précises qui reposent sur la qualité de la formation des sage-femmes et, par conséquent, sur la protection de la santé publique. En effet, l'exposé des motifs reprend les résultats chiffrés issus d'analyse sur l'opportunité d'étendre le contingentement des étudiants.

Compte tenu des principes issus de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne et de celle de la Cour constitutionnelle, les explications avancées par l'auteur de l'avant-projet et les données produites sont de nature à rendre le mécanisme envisagé et la différence de traitement entre les élèves qu'il induit compatibles avec le droit européen.

OBSERVATIONS PARTICULIERES

DISPOSITIF

Article 9

L'article 13, alinéa 5, de l'arrêté royal du 5 novembre 1971 'fixant le statut pécuniaire du personnel de direction et attaché, du personnel administratif, personnel adjoint à la recherche, personnel de gestion, puéricultrices, surveillants des travaux et dessinateurs, du personnel paramédical et du personnel spécialisé des universités et faculté universitaire de la Communauté française', tel que l'avant-projet tend à le modifier, énonce ce qui suit :

« Sont également admissibles pour l'octroi des augmentations intercalaires, les services accomplis dans le secteur privé pour une durée maximale de six ans ou hors allocation de fonctionnement lorsqu'ils attestent d'une expérience professionnelle utile pour la fonction. Cette durée maximale est portée à dix ans pour toute nouvelle entrée en fonction à partir du 1^{er} janvier 2024 ».

³ C.C., 31 mai 2011, n° 89/2011, B.6.

Par dérogation aux principes généraux qui régissent l'effet des normes juridiques dans le temps ⁴, l'extension de la durée maximale ne vaut donc que pour le personnel visé entré en fonction à partir du 1^{er} janvier 2024, alors que les membres entrés en fonction avant cette date ne pourront valoriser au maximum que six années d'expérience professionnelle utile pour la fonction. Une telle dérogation doit donc être justifiée, notamment au regard du principe d'égalité et de non-discrimination consacré par les articles 10 et 11 de la Constitution.

Au sujet de cette différence de traitement entre les membres du personnel visé, l'exposé des motifs indique que

« [c]ette disposition, qui s'inscrit dans le cadre budgétaire de l'enveloppe fermée, ne vise que les personnes entrées en fonction à partir du 1^{er} janvier 2024 dans un objectif d'attractivité accru de la fonction et n'implique pas de revoir l'ancienneté pécuniaire des membres du personnel déjà en place eu égard au principe de soutenabilité budgétaire ».

Il en ressort que la différence créée en ce qui concerne la prise en considération de l'expérience professionnelle utile entre, d'une part, le personnel entré en fonction avant le 1^{er} janvier 2024 et, d'autre part, celui entré en fonction après le 1^{er} janvier 2024, se fonde uniquement sur des motifs budgétaires. Si rien n'empêche le législateur de tenir compte de considérations budgétaires ⁵, la Cour constitutionnelle a jugé que « [d]es considérations budgétaires ne peuvent cependant justifier à elles seules que des personnes se trouvant dans des situations identiques soient traitées de manière différente ⁶ ». L'enjeu de la soutenabilité budgétaire ne suffit dès lors pas à établir l'admissibilité de la différence de traitement.

Par ailleurs, la section de législation a déjà attiré l'attention dans le passé sur le fait que lorsque la différence de traitement est justifiée par des motifs budgétaires, elle ne peut être que d'une durée relativement courte, étant entendu que l'objectif final doit être d'étendre l'application du régime à l'ensemble des catégories concernées, ce qui implique qu'on est en droit d'attendre de l'autorité qu'elle procède à une évaluation régulière de la situation et qu'elle remédie dès que possible à la différence de traitement qu'elle a instaurée ⁷.

La distinction pérenne en cause, qui se heurte par conséquent au principe constitutionnel d'égalité et de non-discrimination, est donc inadmissible pour ce seul motif.

⁴ Selon ceux-ci, « l'application immédiate est de principe et c'est par exception que la situation en cours pourra résister au changement » (M. PÂQUES, *Droit administratif*, Bruxelles, Larcier, 2024, p. 900). Comme le précise la Cour constitutionnelle, « l'effet immédiat d'une norme implique que la norme est applicable non seulement aux situations qui naissent à partir de son entrée en vigueur mais aussi aux effets futurs des situations nées sous le régime de la réglementation antérieure qui se produisent ou se prolongent sous l'empire de la réglementation nouvelle, pour autant que cette application ne porte pas atteinte à des droits déjà irrévocablement fixés » (C.C., 23 janvier 2014, n° 8/2014, B.28.2).

⁵ C. C., 23 juin 2011, n° 115/2011, B.9.1.

⁶ C. C., 24 février 2009, n° 32/2009, B.13.3.

⁷ Voir l'avis 43.294/1 donné le 3 juillet 2007 sur un projet devenu l'arrêté royal du 29 avril 2008 'fixant les conditions et les modalités selon lesquelles l'assurance obligatoire soins de santé et indemnités paie des honoraires de disponibilité aux médecins qui participent à des services de garde organisés dans un hôpital'.

La disposition sera revue ou, si la différence devait être maintenue, le commentaire sera complété par les motifs autres que budgétaires qui pourraient être considérés comme admissibles pour justifier la mesure au regard du principe d'égalité et de non-discrimination consacré par les articles 10 et 11 de la Constitution⁸.

Article 11

1. Les explications développées dans le commentaire de l'article 11 de l'avant-projet sont sans lien avec le dispositif modifiant le décret du 24 juillet 1997 'fixant le statut des membres du personnel directeur et enseignant et du personnel auxiliaire d'éducation des Hautes écoles organisées ou subventionnées par la Communauté française'. Interrogé à ce sujet, le délégué de la Ministre a reconnu qu'il s'agissait d'une coquille.

La même observation vaut pour l'ensemble du dispositif à partir de l'article 11 de l'avant-projet, dispositif qui ne concorde pas avec le commentaire qui en est donné. Ce défaut de concordance est d'autant plus problématique en ce qui concerne l'article 37 de l'avant-projet dès lors que, dans le commentaire de cette disposition, il s'agit de justifier la portée rétroactive conférée à certaines dispositions.

Ces discordances entre le dispositif et son commentaire seront corrigées.

2. Dans l'article 95, alinéa 4, en projet du décret du 24 juillet 1997, il est énoncé que,

« [d]ans le cas où le membre du personnel se trouve toujours dans l'une des situations administratives visées à l'alinéa 2 à l'issue de l'année académique durant laquelle la dérogation lui a été accordée, il dispose de la faculté d'introduire une nouvelle demande conformément à la procédure visée à l'alinéa 3 ».

Or, le commentaire précise que cet alinéa vaut également si le membre du personnel « rencontre une nouvelle situation prévue par l'article ».

Interrogé à ce sujet, le délégué de la Ministre a confirmé que cet alinéa concerne tant l'hypothèse d'une situation visée à l'alinéa 2 perdurant dans le temps que l'hypothèse d'une nouvelle situation survenue entretemps.

La disposition sera revue pour intégrer explicitement cette précision.

L'observation vaut *mutatis mutandis* pour les articles 12 et 13 de l'avant-projet.

⁸ Voir par exemple C.C., 17 janvier 2013, n° 2/2013, qui admet la différence de traitement entre agents statutaires selon leur âge, à propos du champ d'application des mesures transitoires d'un nouveau régime de pension.

Article 19

1. La disposition examinée entend insérer deux nouveaux alinéas à l'article 6, § 2, du décret du 17 juillet 2013 'relatif au financement de la Recherche par le Fonds national de la Recherche scientifique' afin de permettre au FNRS d'octroyer des mandats mi-temps de doctorants ou de post-doctorants aux titulaires d'un grade académique de master en sciences biomédicales, pharmaceutiques, motricité, psychologie et dentisterie. Ces mandats sont octroyés pour une durée de deux ans, renouvelable une fois.

La mesure est justifiée comme suit dans le commentaire de l'article :

« Actuellement, l'article 6 du décret de financement FNRS limite l'octroi de mandats mi-temps 'cliniciens chercheurs' aux titulaires du grade académique de médecin (niveau doctoral ou post-doctoral) ou titulaires d'un grade académique de médecin vétérinaire (niveau doctoral).

Cette disposition fait suite à une demande du bureau de la Fondation publique 'Fonds de la Recherche scientifique-FNRS' d'élargir les instruments de cliniciens chercheurs à d'autres diplômes que celui de 'docteur en médecine' ou de 'docteur en médecine vétérinaire' comme c'est le cas actuellement. En effet, d'autres disciplines pourraient bénéficier de cette combinaison recherche-clinique pour autant qu'on se limite aux cliniciens exerçant dans des centres hospitaliers universitaires (CHU). Tel est le cas pour les titulaires de diplômes en sciences biomédicales, pharmaceutiques, motricité, psychologie et dentisterie ».

Il ressort de l'article 6, § 2, alinéas 3 à 5, du décret du 17 juillet 2013 que les mandats mi-temps octroyés aux titulaires de grades académiques de médecin ou médecin-vétérinaire le sont pour une durée maximale de six à huit années selon les cas.

Compte tenu de l'objectif poursuivi, il s'agira de compléter le commentaire afin de justifier au regard du principe d'égalité et de non-discrimination la différence de traitement entre les catégories visées par la disposition en projet et celle des titulaires de grades académiques de médecin ou médecin-vétérinaire quant à la durée des mandats octroyés.

À défaut de pouvoir apporter une telle justification, le dispositif sera revu pour tenir compte de l'observation.

2. Le décret du 17 juillet 2013 que la disposition examinée entend modifier a été abrogé par l'article 89 du décret 'relatif au financement de la Recherche dans les établissements d'enseignement supérieur', adopté en séance plénière du Parlement de la Communauté française du 3 avril 2024 et dont la date de promulgation n'est pas encore connue. L'article 6 du décret du 17 juillet 2013 a été remplacé par l'article 40 du décret nouvellement adopté. Le législateur veillera à une correcte insertion de la disposition en projet dans les nouvelles dispositions en vigueur. Le dispositif sera revu en ce sens.

Article 21

De l'accord du délégué de la Ministre, les mots « alinéa 1^{er}, » seront insérés entre les mots « À l'article 83, § 1^{er}, » et les mots « 25°[,] du même ».

Article 22

De l'accord du délégué de la Ministre, le commentaire se référant à l'article 22 sera corrigé pour viser l'annexe III.4 et non l'annexe III.1.

Article 33

À l'article 25, alinéa 3, en projet du décret du 30 janvier 2014 'relatif à l'enseignement supérieur inclusif pour les étudiants en situation de handicap', le mot « remplaçant » sera remplacé par le mot « suppléant », par cohérence avec les termes utilisés à l'article 24, alinéa 2, du même décret.

Article 34

La nouvelle formulation de l'article 5, § 3, alinéa 1^{er}, en projet du décret du 11 avril 2014 'adaptant le financement des établissements d'enseignement supérieur à la nouvelle organisation des études' vise à « donner davantage de lisibilité au calcul de la finançabilité par les étudiants ».

L'auteur de l'avant-projet s'assurera, à cet égard, que son intention est bien d'inclure l'année d'inscription à des unités d'enseignement du deuxième cycle autorisée par l'article 100, § 3, du décret du 7 novembre 2013 'définissant le paysage de l'enseignement supérieur et l'organisation académique des études', dans le nombre d'inscriptions visé par cet article 5, § 3, alinéa 1^{er}, en projet et ce, quel que soit le nombre d'unités d'enseignement du deuxième cycle auxquelles un étudiant a pu s'inscrire⁹. Si tel est le cas, en effet, et pour rencontrer l'intention de lisibilité de l'auteur de l'avant-projet, il convient que l'étudiant concerné puisse suffisamment anticiper les conséquences de son inscription. Ainsi, par exemple, le choix éventuel de n'inscrire que 15 crédits d'unités d'enseignement du deuxième cycle à son programme annuel lui imposera notamment la réussite d'un minimum de 45 crédits de son cursus l'année suivante pour rester finançable.

L'article et/ou le commentaire de l'article sera complété à la lumière de cette observation.

⁹ Comme cela semble ressortir de la lecture combinée de l'article 100, § 3, alinéa 2, du décret du 7 novembre 2013 et de l'article 5, § 8, du décret du 11 avril 2014.

ANNEXESAnnexe 1

S'agissant d'un avant-projet de décret, les mots « Vu pour être annexé au décret du **/**/**** portant diverses mesures en matière d'enseignement supérieur » sont inutiles et seront omis.

L'observation vaut *mutatis mutandis* pour les annexes 2 à 7.

LE GREFFIER

LE PRÉSIDENT

Béatrice DRAPIER

Patrick RONVAUX