



CONSEIL D'ÉTAT

section de législation

avis 77.001/2/V
du 9 septembre 2024

sur

un projet d'arrêté du Gouvernement de la Communauté
française 'arrêtant la liste des fonctions en pénurie
par zone pour l'année scolaire 2024-2025 en distinguant
les fonctions en pénurie sévère'

Le 30 juillet 2024, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par la 1^{ère} Vice-Présidente et Ministre de l'Education et de l'Enseignement de promotion sociale à communiquer un avis dans un délai de trente jours prorogé de plein droit * jusqu'au 13 septembre 2024, sur un projet d'arrêté du Gouvernement de la Communauté française 'arrétant la liste des fonctions en pénurie par zone pour l'année scolaire 2024-2025 en distinguant les fonctions en pénurie sévère'.

Le projet a été examiné par la deuxième chambre des vacations le 9 septembre 2024. La chambre était composée de Bernard BLERO, président de chambre, Dimitri YERNAULT et Pierre-Olivier DE BROUX, conseillers d'État, Sébastien VAN DROOGHENBROECK, assesseur, et Béatrice DRAPIER, greffier.

Le rapport a été présenté par Roger WIMMER, premier auditeur, et Benoît LAGASSE, auditeur adjoint.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 9 septembre 2024.

*

* Ce délai résulte de l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2^o, *in fine*, des lois 'sur le Conseil d'État', coordonnées le 12 janvier 1973 qui précise que ce délai est prolongé de plein droit de quinze jours lorsqu'il prend cours du 15 juin au 15 août.

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 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.

OBSERVATION GÉNÉRALE

L'article 2 du décret du 12 mai 2004 'relatif à la définition de la pénurie et à certaines Commissions dans l'enseignement organisé ou subventionné par la Communauté française', modifié en dernier lieu par le décret du 31 mars 2022 'relatif à l'adaptation des rythmes scolaires annuels dans l'enseignement fondamental et secondaire ordinaire, spécialisé, secondaire artistique à horaire réduit et de promotion sociale et aux mesures d'accompagnement pour l'accueil temps libre', dispose :

« Pour l'année scolaire suivante, le Gouvernement arrête, au plus tard pour le dernier jour de l'année scolaire qui précède, la liste des fonctions touchées par la pénurie par zone géographique en distinguant les fonctions en pénurie sévère.

Les zones géographiques sont les entités territoriales pour lesquelles les commissions visées au chapitre II, exercent leurs compétences.

Pour établir la liste visée à l'alinéa 1^{er}, le Gouvernement reçoit au plus tard le 31 mars, les propositions de la Commission interréseaux des titres de capacité, créée par le décret du 11 avril 2014 ».

L'article 4 du décret du 12 mai 2004, modifié en dernier lieu par le décret du 17 juillet 2020 'portant des mesures en vue de lutter contre la pénurie', dispose :

« Les propositions visées à l'article 2, alinéa 3 sont établies sur base de la méthodologie consistant à attribuer un indice pénurie à chaque fonction visée par l'article 3 du décret 11 avril 2014 réglementant les titres et fonctions dans l'enseignement fondamental et secondaire organisé et subventionné par la Communauté française.

Cet indice pénurie est un indice composite établi comme indiqué aux alinéas suivants.

L'indice de départ est défini sur la base du pourcentage d'équivalents temps pleins porteurs d'un autre titre au sens de l'article 39, 4^o du Décret du 11 avril 2014 précité par rapport au nombre d'équivalents temps pleins dans la fonction considérée.

Cet indice de départ est d'abord pondéré par les facteurs aggravants suivants :

1^o [...]

2^o le nombre d'offres d'emplois déclarées sur PRIMOWEB et restées sans réponse de candidats.

Cet indice est ensuite pondéré par les facteurs atténuants suivants :

- 1° l'importance de la fonction en termes d'équivalents temps pleins sur le niveau ou sur le degré ;
- 2° le poids de la pénurie dans la fonction par rapport au poids total de la pénurie ;
- 3° [...]

Les informations visées aux alinéas précédents sont communiquées à la Commission interréseaux des titres de capacité par fonction par les services du Gouvernement ».

L'article 39, alinéa 2, 8°, du décret du 11 avril 2014 'réglementant les titres et fonctions dans l'enseignement fondamental et secondaire organisé et subventionné par la Communauté française' prévoit que la Commission interréseaux des titres de capacité est chargée « de remettre annuellement une proposition réglementaire concernant la pénurie dans certaines fonctions selon les critères repris à l'article 4 du décret du 12 mai 2004 relatif à la définition de la pénurie et à certaines Commissions dans l'enseignement organisé ou subventionné par la Communauté française. Dans sa proposition, la commission distingue les fonctions en pénurie sévère par zone ».

L'article 2, alinéa 1^{er}, du décret du 12 mai 2004 ne sera pas respecté étant donné que, vu la date de la demande d'avis adressée au Conseil d'Etat et la date du présent avis, le Gouvernement ne pourra arrêter la liste des fonctions touchées par la pénurie qu'après le dernier jour de l'année scolaire 2023-2024, soit après la date-limite fixée par ce décret pour adopter un arrêté ayant cet objet.

Il ressort par ailleurs des éléments communiqués à la section de législation que la Commission interréseaux des titres de capacité a rendu formellement sa « proposition » en date du 14 mai 2024, date de la réunion de cette Commission ayant pris acte de la concertation électronique organisée par un mail du 5 avril 2024. Ainsi, la « proposition » de la Commission interréseaux des titres de capacité est tardive, l'article 2, alinéa 3, du décret du 12 mai 2004 prévoyant que le Gouvernement reçoit la proposition au plus tard le 31 mars.

Il est en outre douteux que la forme qu'a prise « la proposition » de la Commission interréseaux des titres de capacité, soit une juxtaposition des positions – favorables ou défavorables – des membres de la Commission et non une proposition en bonne et due forme, respecte le prescrit décretaal. À cela s'ajoute le fait que la Commission ne semble pas avoir pris en compte le poids de la pénurie dans la fonction par rapport au poids total de la pénurie.

Comme la section de législation a déjà pu le remarquer dans plusieurs avis ¹, l'élaboration défectueuse de la proposition, la présentation tardive de celle-ci et le non-respect par le Gouvernement du délai qui lui est imparti fragilisent le fondement juridique du projet.

Ces irrégularités sont d'autant plus problématiques que la liste des fonctions en pénurie est indispensable pour permettre d'adopter les mesures adéquates de lutte contre la pénurie d'enseignants, mesures qui

« s'inscrivent dans les compétences qui incombent à la Communauté française d'assurer le droit fondamental d'accès à l'enseignement, consacré par l'article 24, § 3, de la Constitution, qui est lui-même soutenu par le principe constitutionnel de la continuité du service public de l'enseignement. Comme le détaille la Cour des comptes dans son rapport rendu en février 2024 sur la 'continuité du service public au sein de l'enseignement fondamental en Communauté française' ², la lutte contre la pénurie d'enseignants constitue donc un objectif fondamental, qui implique un diagnostic de pénurie étayé et permanent » ³.

C'est sous cette réserve qu'il a été procédé à l'examen du projet.

OBSERVATIONS PARTICULIÈRES

PRÉAMBULE

1. Comme la section de législation a déjà pu le remarquer dans plusieurs avis ⁴, seul l'alinéa 1^{er} de l'article 2 du décret du 12 mai 2004 procure un fondement juridique au projet. L'alinéa 1^{er} sera adapté en ce sens et l'alinéa 2 sera omis.

Les modifications encore en vigueur que l'article 2, alinéa 1^{er}, du décret du 12 mai 2004 a subies seront par ailleurs mentionnées à l'alinéa 1^{er}.

¹ Voir notamment l'avis 61.950/2/V donné le 4 septembre 2017 sur un projet devenu l'arrêté du Gouvernement de la Communauté française du 20 septembre 2017 'arrêtant la liste des fonctions touchées par la pénurie pour l'année scolaire 2017-2018', l'avis 66.005/2 donné le 8 mai 2019 sur un projet devenu l'arrêté du Gouvernement de la Communauté française du 15 mai 2019 'arrêtant la liste des fonctions en pénurie par zone pour l'année scolaire 2019-2020 en distinguant les fonctions en pénurie sévère' et l'avis 67.580/2 donné le 29 juin 2020 sur un projet devenu l'arrêté du Gouvernement de la Communauté française du 9 juillet 2020 'arrêtant la liste des fonctions en pénurie par zone pour l'année scolaire 2020-2021 en distinguant les fonctions en pénurie sévère'. Voir également l'avis 67.502/2 donné le 1^{er} juillet 2020 sur un avant-projet devenu le décret de la Communauté française du 17 juillet 2020 'portant des mesures en vue de lutter contre la pénurie' (*Doc. parl.*, Parl. Comm. fr., 2019-2020, n° 107/1, pp. 75-90).

² *Note de bas de page n° 2 de l'avis 75.587/2* : Rapport disponible sur le site internet de la Cour des comptes : https://www.ccrek.be/sites/default/files/Docs/2024_07_ConEnseigFond.pdf.

³ Avis 75.587/2 donné le 15 avril 2024 sur un avant-projet de décret 'portant diverses mesures relatives à l'enseignement et à la lutte contre la pénurie d'enseignants', observation générale n° 1.1.

⁴ Voir notamment l'avis 61.950/2/V.

2. Le préambule sera revu pour mentionner les formalités préalables dans l'ordre chronologique, en commençant par la plus ancienne ⁵.

DISPOSITIF

Article 2

Interrogé sur la volonté de l'auteur de l'acte de conférer un effet rétroactif à l'arrêté en projet, le délégué de la Ministre a répondu :

« L'intention de l'auteur est de conférer une portée rétroactive à l'arrêté du Gouvernement de la Communauté française arrêtant la liste des fonctions en pénurie par zone pour l'année scolaire 2024-2025 (...). En effet, vu la date de publication du texte, et vu le prescrit de l'article 2 alinéa 1 du Décret du 12 mai 2004 relatif à la définition de la pénurie et à certaines Commissions dans l'enseignement organisé ou subventionné par la Communauté française, la rétroaction est nécessaire :

‘Pour l'année scolaire suivante, le Gouvernement arrête, au plus tard pour le dernier jour de l'année scolaire qui précède, la liste des fonctions touchées par la pénurie par zone géographique en distinguant les fonctions en pénurie sévère’.

L'article 2 porte bien la rétroaction des effets du texte.

‘Article 2 – Le présent arrêté entre en vigueur pour l'année scolaire 2024-2025’.

La liste des fonctions en pénurie impacte actuellement le recrutement des enseignants de plus de 67 ans. Il y a beaucoup moins d'impact que par le passé, lorsqu'elle permettait d'octroyer des dispenses de PV de carence ».

Compte tenu de cette explication, la section de législation attire l'attention de l'auteur du projet sur le fait que conférer une portée rétroactive ne permet pas de pallier l'adoption tardive de l'arrêté par le Gouvernement, c'est-à-dire après le dernier jour de l'année scolaire qui précède, date ultime fixée par l'article 2 du décret du 12 mai 2004.

Par ailleurs, elle rappelle que la non-rétroactivité des actes administratifs est la règle en vertu d'un principe général de droit, que la rétroactivité peut toutefois être justifiée si elle est autorisée par un acte législatif et si cette autorisation est elle-même admissible et qu'en l'absence d'autorisation législative, la rétroactivité ne peut être admise qu'à titre exceptionnel, par exemple lorsqu'elle est nécessaire à la continuité du service public ou à la régularisation d'une situation de fait ou de droit, pour autant qu'elle respecte les exigences de la sécurité juridique et les droits individuels ⁶.

L'auteur du projet doit pouvoir justifier la rétroactivité envisagée au regard de ces principes.

⁵ *Principes de technique législative - Guide de rédaction des textes législatifs et réglementaires*, www.conseildetat.be, onglet « Technique législative », recommandation n° 34.

⁶ *Ibidem*, recommandation n° 211.

ANNEXES

1. Les phrases « La présente liste vise les fonctions en immersion et hors-immersion. Les fonctions en pénurie sévère sont également considérées comme étant en pénurie. » situées dans les annexes devraient figurer, après reformulation, dans le dispositif ⁷.
2. Chacune des annexes se terminera par un visa et par la signature du ministre chargé de l'exécution du texte du projet ⁸.
3. Dans l'intitulé des annexes 9.1 et 9.2, il conviendrait d'écrire « la zone de Hainaut Centre », au lieu de « la zone de Mons-Hainaut centre », afin d'employer la même terminologie que celle de l'arrêté du Gouvernement de la Communauté française du 11 juillet 2002 'déterminant pour l'enseignement fondamental les zones en application de l'article 13 du décret du 14 mars 1995 relatif à la promotion d'une école de la réussite dans l'enseignement fondamental'.
4. Pour un motif analogue, dans l'intitulé des annexes 10.1 et 10.2, il conviendrait d'écrire « la zone de Hainaut Sud » au lieu de « la zone de Charleroi-Hainaut sud » ⁹.

LE GREFFIER

LE PRÉSIDENT

Béatrice DRAPIER

Bernard BLERO

⁷ *Ibidem*, recommandation n° 172.

⁸ *Ibidem*, recommandation n° 172.

⁹ https://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/change_lg.pl?language=fr&la=F&nm=2002029423&table_name=titre