



CONSEIL D'ÉTAT

section de législation

avis 72.345/2
du 9 novembre 2022

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 en ce qui concerne les habilitations’

Le 13 octobre 2022, 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 en ce qui concerne les habilitations'.

L'avant-projet a été examiné par la deuxième chambre le 9 novembre 2022. 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 Véronique SCHMITZ, premier auditeur.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 9 novembre 2022.

*

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.

FORMALITÉ PRÉALABLE

Il ressort de la délibération du Gouvernement du 13 octobre 2022 que la Ministre de l'Enseignement supérieur est chargée de recueillir l'avis du Conseil d'État sur l'avant-projet de décret à l'examen concomitamment à la concertation avec les organisations représentatives des étudiants.

Si le texte en projet était modifié pour tenir compte de cette concertation 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 soumis¹.

EXAMEN DU PROJET

DISPOSITIF

Article 1^{er}

1. L'article 88, § 1^{er}, alinéa 3, en projet du décret du 7 novembre 2013 'définissant le paysage de l'enseignement et l'organisation académique des études' (ci-après : « le décret-paysage ») (article 1^{er}, 2^o, de l'avant-projet) est rédigé de la manière suivante :

« Dans le cadre de l'analyse des demandes, l'ARES veille en outre à prendre en compte les avis du conseil d'orientation ».

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

¹ En ce sens, voir par exemple l'avis 69.080/2 donné le 20 avril 2021 sur un projet devenu l'arrêté du Gouvernement de la Communauté française du 6 mai 2021 'fixant les modalités d'organisation de l'examen d'entrée et d'accès aux études de premier cycle en sciences médicales et dentaires en vue de l'année académique 2021-2022' (<http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/69080.pdf>).

L'article 44 du décret-paysage contient les missions du conseil d'orientation en ce qu'il prévoit ce qui suit :

« Le Conseil d'orientation de l'ARES est chargé de remettre des avis au Conseil d'administration de l'ARES dans le but de contribuer à une meilleure organisation du système d'enseignement supérieur en Communauté française et une offre d'études la plus en harmonie avec les missions générales de l'enseignement supérieur, en fonction des réalités socio-économiques et socioculturelles et des besoins à long terme estimés en compétences intellectuelles, scientifiques, artistiques et techniques.

Il peut débattre de tous les sujets de nature à influencer l'avenir de l'Enseignement supérieur et de la Recherche scientifique en Communauté française ».

Interrogé sur la portée de l'article 88, § 1^{er}, alinéa 3, en projet par rapport à l'article 44 du décret-paysage, le délégué de la Ministre a répondu ce qui suit :

« À plusieurs reprises, le Conseil d'orientation s'est positionné sur des critères prioritaires (environnement/climat, inclusion sociale, égalité des genres, économique, numérique, économie circulaire, ...) qui permettent au CA de l'ARES d'apprécier la pertinence d'octroyer une habilitation, notamment dans son avis du 18 mai 2021. Cette prérogative se déduit de l'article 44 du décret Paysage. La formulation proposée vise à confirmer cette mission du Conseil d'orientation dans le cadre spécifique de la procédure d'octroi des habilitations ».

Il en résulte que l'article 88, § 1^{er}, alinéa 3, en projet du décret-paysage, fait double emploi avec l'article 44 du même décret et qu'il doit être omis.

2. Afin d'être conforme au principe de légalité consacré par l'article 24, ; § 5, de la Constitution, il y a lieu de compléter l'article 88, § 4, troisième phrase en projet, du décret-paysage (article 1^{er}, 4^o, de l'avant-projet) par un critère permettant de justifier les dérogations envisagées et de formuler en conséquence cette disposition comme suit :

« Lorsque des dérogations à la règle du retrait des habilitations non activées après quatre ans sont nécessaires à la mise en œuvre d'autres dispositifs décrets, elles sont mentionnées dans la liste en précisant le motif du non-retrait ».

L'article 1^{er}, 3^o, de l'avant-projet sera revu en ce sens.

Articles 2 et 3

1. Interrogé sur l'article 2 de l'avant-projet et en particulier sur le fait que la date choisie du 31 décembre au plus tard pour l'avis de l'ARES (article 88/1, § 1^{er}, alinéa 6, en projet) implique que la ou les nouvelles habilitations n'auront d'effet non pas l'année académique suivante (année d'adoption du décret) mais deux années académiques après cet avis – eu égard à la règle contenue dans la première phrase, non modifiée, de l'article 88, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, sur la date d'effet des habilitations –, le délégué de la Ministre a répondu ce qui suit :

« La lecture qui est faite du début de l'article 88 actuellement libellé : 'Les habilitations à organiser des cursus initiaux de premier et deuxième cycles et de bachelier de spécialisation peuvent être revues, sur proposition ou après avis de l'ARES, avec effet pour l'année académique qui débute durant l'année qui suit celle de l'adoption du décret qui octroie ces habilitations' ne correspond pas à la manière dont il a été appliqué jusqu'à présent.

En pratique, les différents décrets qui modifient les annexes du décret 'paysage' reprenant les habilitations octroyées sont en effet adoptés au cours de l'année académique qui précède celle à partir de laquelle les formations sont effectivement organisées par les établissements. C'est d'ailleurs généralement la disposition fixant l'entrée en vigueur de ces décrets qui précise à quel moment les formations peuvent être organisées.

La date du 31 décembre reprend la date actuellement pratiquée dans les faits par l'ARES pour permettre une organisation l'année académique suivante (soit en septembre n+1 pour un avis de l'ARES en décembre n) ».

L'attention de l'auteur de l'avant-projet est attirée sur le fait que l'article 88, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, du décret-paysage doit être soit appliqué soit modifié conformément à l'application que l'auteur de l'avant-projet entend lui donner.

L'article 88/1, § 1^{er}, alinéa 6, en projet du même décret sera au besoin revu en conséquence.

Étant donné que le choix de la date d'entrée en vigueur de l'avant-projet, fixé par l'article 3 de celui-ci au 1^{er} mars 2023, est lié, selon les explications transmises par le délégué de la Ministre, à la portée qui est donnée actuellement à l'article 88, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, du décret précité, l'article 3 sera également réexaminé en conséquence.

Article 2

1. L'article 88/1, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, et § 2, alinéa 1^{er}, en projet du décret-paysage fait référence aux objectifs visés à l'article 88, § 1^{er}.

Dans l'article 88/1, § 1^{er}, alinéa 2, en projet, il est renvoyé aux critères de l'article 88, § 1^{er} et § 2.

L'article 88/1, § 1^{er}, alinéa 4, en projet énonce que le formulaire reprend les objectifs et critères visés à l'article 88, § 1^{er}, alinéa 1^{er}.

Comme en a convenu le délégué de la Ministre, les objectifs sont prévus en particulier dans l'alinéa 1^{er} de l'article 88, § 1^{er}. Pour les critères, il y a lieu de viser l'article 88, § 1^{er}, alinéas 1^{er} et 2, et non le paragraphe 2 de cette disposition.

L'article 2 sera revu en conséquence.

2. Les alinéas 2 et 4 de l'article 88/1, § 1^{er}, en projet du décret-paysage subordonnent l'exercice par le Gouvernement des habilitations qu'ils lui confèrent à une « proposition de l'ARES ».

Il est rappelé à cet égard que le pouvoir de celui qui dispose d'une compétence de proposition d'un acte devant être pris ensuite, sur la base de cette proposition, par l'organe habilité à adopter la réglementation, peut avoir été conçu par l'auteur de la norme prévoyant cette compétence de proposition en ce sens que non seulement l'autorité compétente pour adopter l'acte ne peut agir sans être saisie de la proposition mais qu'en outre, elle ne peut s'en écarter quant à son contenu, sauf à solliciter une nouvelle proposition.

Aux fins d'éviter toute difficulté sur ce point, il convient de limiter les prérogatives de l'ARES à l'exercice d'une compétence d'avis préalablement à l'adoption de la réglementation revenant au Gouvernement tout en prévoyant que l'ARES peut également remettre cet avis d'initiative. Ce dernier procédé permettrait à l'Institut d'initier l'adoption des réglementations envisagées, comme le prévoit l'avant-projet, tout en conservant au Gouvernement son pouvoir d'initiative et de modification ².

3. Aux termes de l'article 24, § 5, de la Constitution,

« [l]'organisation, la reconnaissance ou le subventionnement de l'enseignement par la communauté sont réglés par la loi ou le décret ».

La Cour constitutionnelle a jugé ce qui suit au sujet de cette disposition :

« [Elle] traduit la volonté du Constituant de réserver au législateur compétent le soin de régler les aspects essentiels de l'enseignement en ce qui concerne son organisation, sa reconnaissance et son subventionnement, mais elle n'interdit pas que des habilitations soient données sous certaines conditions à d'autres autorités.

Il ne résulte pas de l'article 24, § 5, de la Constitution que le législateur puisse seulement confier des compétences au gouvernement de communauté. Il peut également attribuer des tâches d'exécution ou un pouvoir de décision à d'autres autorités, pourvu qu'il n'excède ni ne viole à cette occasion le pouvoir qui lui est reconnu par la Constitution.

² En ce sens, l'avis 69.166/4 donné le 10 juin 2021 sur un avant-projet devenu la loi du 21 décembre 2021 'portant transposition du code des communications électroniques européen et modification de diverses dispositions en matière de communications électroniques', observation générale n° I, 3 (*Doc. parl.*, Chambre, 2020-2021, n° 2256/1 pp. 331 et 332 ; <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/69166.pdf>).

L'article 24, § 5, de la Constitution exige que ces compétences déléguées ne portent que sur la mise en œuvre des principes que le législateur décrétal a lui-même adoptés. À travers elles, le gouvernement de communauté ou une autre autorité ne saurait remédier à l'imprécision de ces principes ou affiner des options insuffisamment détaillée »³.

En ce qu'elles ne fixent pas les principes essentiels, les habilitations conférées à l'ARES par les paragraphes 1^{er}, alinéa 1^{er}, et 3, en projet de l'article 88/1 du décret-paysage ne répondent pas à ces conditions.

4. Interrogé sur la portée des mots « à part entière et en direct » dans l'article 88/1, § 2, alinéa 2, troisième phrase, en projet, du décret-paysage (« L'avis de l'université qui assure la co-présidence du pôle est également transmis à part entière et en direct au Gouvernement »), le délégué de la Ministre sur l'article 88/1, § 2, alinéa 2, du décret-paysage a précisé qu'

« [i]l s'agit que l'université qui préside le pôle transmette directement un avis au Gouvernement, sans transiter par un autre interlocuteur, ni faire l'objet d'amendement ou d'avis. Cependant, le même avis est également communiqué à l'ARES et celle-ci rend son propre avis sur les demandes d'habilitations ».

Il en résulte que les mots « à part entière et en direct » apparaissent inutiles dans l'article 88/1, § 2, alinéa 2, troisième phrase, en projet du décret du 7 novembre 2013 et ils seront omis.

5.1. L'article 88/1, § 2, alinéa 2, quatrième phrase, en projet précise que c'est « le cas échéant après avoir reçu les observations » de l'établissement demandeur de l'habilitation que le Gouvernement se « positionne ».

5.2. La disposition à l'examen présuppose logiquement que l'avis visé au premier paragraphe ait préalablement été transmis à l'établissement demandeur et que celui-ci ait disposé d'un délai pour formuler à son égard ses éventuelles observations.

Si telle est bien l'intention et aux fins de sécurité juridique, il conviendrait que le texte soit complété pour prévoir expressément cette transmission, ainsi que ce délai.

5.3. Cette disposition évoque par ailleurs le « positionnement » et la « décision » du Gouvernement sur la demande d'habilitation.

³ Voir notamment C.C., n° 2/2006, 11 janvier 2006, B.14.1 à B.14.3.

Toutefois, le projet ne semble pas vouloir déroger à la règle selon laquelle les habilitations sont octroyées par décret (article 86, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, du décret-paysage). Or, pareil décret est l'œuvre collective du Gouvernement et du Parlement de la Communauté française ⁴ et, ainsi que l'a rappelé la Cour constitutionnelle ⁵, peut tout aussi bien être issu d'un projet gouvernemental que d'une initiative émanant d'un ou plusieurs membres du Parlement de la Communauté française ⁶.

La portée de la règle contenue par la dernière phrase de l'article 88/1, § 2, alinéa 2, en projet est, dans ce second cas de figure, obscure et doit donc être éclaircie.

Ces dispositions en projet seront complétées en conséquence, sauf à régler directement dans l'avant-projet les questions faisant l'objet des habilitations envisagées ⁷.

LE GREFFIER

LE PRÉSIDENT

Esther CONTI

Pierre VANDERNOOT

⁴ Article 17 de la loi spéciale du 8 août 1980 'de réformes institutionnelles'.

⁵ C.C., n° 53/2016, 21 avril 2016, B.75.2.1.

⁶ Article 132 de la Constitution.

⁷ En ce sens, l'avis 53.475/2 donné le 26 juin 2013 sur un avant-projet devenu le décret du 7 novembre 2013 'définissant le paysage de l'enseignement supérieur et l'organisation académique des études' dit « décret-paysage », observation générale IV (*Doc. parl.*, Parl. Com. fr., 2012-2013, n° 537/1, pp. 196 et ss., <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/53475.pdf>).