

CONSEIL D'ETAT, SECTION D'ADMINISTRATION.

A R R E T

n° 127.677 du 2 février 2004

A.143.497/VIII-3831

A.143.539/VIII-3833

En cause : **KHEMISSI** Brahim,

ayant élu domicile chez
Me Geoffroy GENERET, avocat,
avenue Franklin Roosevelt 84/3
1050 Bruxelles,

contre :

**1. l'Institut de formation permanente
pour les Classes moyennes et les petites
et moyennes entreprises (I.F.P.M.E.),**

ayant élu domicile chez
Me Jean LAURENT, avocat,
avenue Winston Churchill 253
1180 Bruxelles,

2. la Commission communautaire française,

ayant élu domicile chez
Me Jean BOURTEMBOURG, avocat,
rue de Suisse 24
1060 Bruxelles.

LE PRESIDENT DE LA VIII^e CHAMBRE DES REFERES,

Vu la demande introduite le 31 octobre 2003 par Brahim KHEMISSI tendant à la suspension de l'exécution de la "décision de date inconnue par laquelle la (première) partie adverse a considéré que la nature du lien juridique unissant le requérant à la partie adverse n'était pas de nature statutaire mais contractuelle" (Affaire n° A.143.497/VIII-3831);

Vu la requête introduite le même jour par le même requérant qui demande l'annulation de la même décision;

Vu la demande introduite le 2 novembre 2003 par Brahim KHEMISSI tendant à la suspension de l'exécution de la "décision de date inconnue prise par la partie adverse de désigner Madame Françoise MULOT en qualité de «coordinatrice» du service Formation PME et, par conséquent, de l'écarter de cette fonction" (Affaire n° A.143.539/VIII-3833);

Vu la requête introduite le même jour par le même requérant qui demande l'annulation de la même décision;

Vu les notes d'observations et les dossiers administratifs des parties adverses;

Vu les rapports de M^{me} JOTTRAND, auditeur au Conseil d'Etat;

Vu les ordonnances du 20 janvier 2004 fixant les affaires à l'audience publique du 30 janvier 2004;

Vu la notification de l'ordonnance de fixation et du rapport aux parties;

Entendu, en son rapport, M. GEUS, président de chambre;

Entendu, en leurs observations, Me GENERET, avocat, comparaissant pour le requérant, Me LAURENT, avocat, comparaissant pour la première partie adverse, et Me BELLEFLAMME, loco Me BOURTEMBOURG, avocat, comparaissant pour la seconde partie adverse;

Entendu, en son avis conforme, M^{me} JOTTRAND, auditeur au Conseil d'Etat;

Vu le titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973;

Considérant que les faits utiles à l'examen des demandes de suspension sont les suivants :

1. Le 1^{er} août 1994, le requérant est engagé, dans le cadre d'un contrat de travail à durée déterminée de deux ans, en qualité d'agent contractuel par l'Institut de formation permanente pour les Classes moyennes et les petites et moyennes Entreprises (en abrégé I.F.P.M.E.), organisme d'intérêt public de la catégorie B, créé par le décret de la Communauté française du 3 juillet 1991 relatif à la formation permanente pour les Classes moyennes et les petites et moyennes Entreprises, dont l'article 41 précise que l'Institut peut recourir à du personnel contractuel.

Le contrat de travail conclu entre les parties prévoit notamment que :

- le requérant obtient les augmentations barémiques selon les principes prévus au statut pécuniaire du personnel des ministères;
- qu'il obtient une allocation de foyer ou de résidence et une allocation de fin d'année aux conditions fixées pour les agents définitifs de l'Etat et qu'il perçoit, le cas échéant, toute autre allocation et/ou indemnité, dans la même mesure et selon les dispositions réglementaires applicables aux agents définitifs de l'Etat;
- les services prestés sur base du présent contrat ne confèrent aucun titre à l'obtention d'un emploi à titre définitif.

2. Le 28 octobre 1994, le requérant reçoit un courrier de l'administratrice générale de l'I.F.P.M.E. concernant sa résidence administrative et les indemnités en matière de frais de parcours et de séjour.

Ce courrier mentionne d'une part qu'en sa qualité d'agent définitif de l'Institut, le requérant est soumis aux dispositions de l'arrêté royal du 8 janvier 1973 fixant le statut du personnel de certains organismes d'intérêt public et d'autre part, il rappelle au requérant les dispositions applicables en matière de statut pécuniaire et plus particulièrement celles relatives à la détermination de la résidence administrative des agents et les modalités de remboursement des frais de parcours et de séjour.

Dans ce même courrier, l'administratrice générale informe le requérant qu'en exécution des dispositions pécuniaires précitées :

- elle fixe sa résidence administrative à son domicile personnel,
- elle lui accorde une autorisation générale de déplacement dans l'exercice de ses fonctions,
- elle lui accorde l'autorisation d'utiliser son véhicule personnel pour les besoins du service, dans le respect des principes énoncés dans ledit courrier,
- elle l'autorise à porter en compte des déplacements à l'intérieur de l'agglomération de sa résidence administrative,

- l'arrêté royal du 24 décembre 1964 fixant les indemnités pour frais de séjour des membres du personnel des ministères lui est applicable.

3. Le 23 décembre 1994, l'administratrice générale de l'I.F.P.M.E. adresse le courrier suivant au requérant :

" OBJET : INDEMNITÉS EN MATIÈRE DE FRAIS DE PARCOURS ET DE SÉJOUR

Monsieur,

Dans un courrier daté du 28 octobre, je vous ai précisé les règles qui vous étaient applicables en votre qualité de membre du personnel d'un O.I.P.

Afin d'éviter des différences d'interprétation des dispositions ainsi rappelées, je vous informe des modalités concrètes d'application qui ont été arrêtées après concertation avec les agents concernés (...)"

4. Un nouveau contrat de travail à durée déterminée est conclu entre les parties, débutant le 1^{er} août 1996 et se terminant le 31 juillet 1997, dans les mêmes conditions.

5. Le 1^{er} août 1997, un nouveau contrat est conclu entre les parties par lequel le requérant est engagé à durée indéterminée, dans les mêmes conditions.

Ce contrat fait l'objet de six avenants :

- 1^o Un avenant daté du 1^{er} juin 1999 précise qu'à partir du 1^{er} novembre 1998, le requérant exerce sa fonction au siège de la Direction territoriale de Bruxelles où est fixée sa résidence administrative et qu'à partir des frais afférents au mois de juin 1999, l'intervention de l'employeur dans les frais de déplacement, indemnités pour frais de séjour ou autres sera fixée en tenant compte de cette résidence administrative.
- 2^o Un avenant daté du 1^{er} octobre 2000 précise qu'outre la fonction de conseiller pédagogique, le requérant exerce à partir du 3 avril 2000 et pour une période de 6 mois, la fonction de directeur ad interim de la Direction territoriale de Bruxelles, en l'absence de la directrice, détachée et qu'il exerce cette fonction pour une nouvelle période de 6 mois prenant cours le 1^{er} octobre 2000, étant entendu que sa mission cessera immédiatement à la date de fin du détachement de la directrice. Cet avenant lie également la rémunération du requérant à l'exercice de cette nouvelle fonction.

3° Les avenants suivants, datés respectivement des 1^{er} avril 2001, 1^{er} octobre 2001, 1^{er} avril 2002 et 1^{er} octobre 2002, renouvellent de six mois en six mois, la mission du requérant comme directeur ad interim de la Direction territoriale de Bruxelles, dans les mêmes conditions.

6. A la suite de la modification de la résidence administrative du requérant, le 1^{er} novembre 1998, le requérant a été informé le 21 mai 1999, des principes qui prévaudront dans les remboursements des frais de déplacement du domicile au lieu de travail, du remboursement des frais de déplacement au départ de la résidence administrative lors de missions extérieures et dans le paiement de chèques repas.

Par un courrier du 25 mai 1999, le requérant interpelle le Ministre, membre du Collège de la COCOF, chargé de la formation professionnelle et permanente des Classes moyennes, qui exerce la tutelle sur l'I.F.P.M.E., quant à ses droits acquis à des "indemnités en matière de frais de parcours et de séjour et ce au départ de sa résidence administrative fixée à son domicile, comme tous ses collègues".

Faisant suite à ce courrier, le Ministre interpelle, le 4 juin 1999, l'I.F.P.M.E. quant aux "raisons qui justifient cette nouvelle proposition de statut de l'intéressé par rapport à celui des autres conseillers pédagogiques de l'Institut alors même que Monsieur KHEMESSI exerce toujours, me semble-t-il, des fonctions similaires au sein du même organisme d'intérêt public", alors qu'il semble que le nouveau régime proposé à l'intéressé remette en cause la décision du 28 octobre de Madame l'Administratrice générale fixant clairement le statut de Monsieur KHEMESSI qui "en qualité d'agent définitif de l'Institut est soumis aux dispositions de l'arrêté royal du 8 janvier 1973 fixant le statut du personnel de certains organismes d'intérêt public".

Il semble qu'aucune suite n'a été apportée à cette demande.

7. Le 4 juin 2003, la Commission communautaire française, la Communauté française et la Région wallonne concluent un accord de coopération afin de réformer les structures de la Formation permanente pour les Classes moyennes et les petites et moyennes Entreprises, les missions de l'I.F.P.M.E. étant concentrées "sur les aspects normatifs conditionnant la délivrance d'une certification identique et son homologation par la Communauté française, les missions de mise en oeuvre des apprentissages et formations étant confiées à des entités désignées ou créées par la Région wallonne et la Commission communautaire française. A cette fin, l'ensemble du personnel de l'I.F.P.M.E. sera réparti entre les deux nouvelles entités régionales, lesquelles octroieront aux agents transférés un statut selon les règles de la fonction publique qui leur sont

propres, le personnel nécessaire au fonctionnement de l'I.F.P.M.E. étant constitué de personnes détachées parmi les membres du personnel des trois entités".

8. Le 20 juin 2003, le conseil du requérant adresse un courrier à l'administratrice générale de l'I.F.P.M.E. par lequel il demande que la situation d'agent statutaire de son client soit clairement établie avant les opérations de transfert proprement dites et ce afin que sa situation administrative ne soit pas altérée ultérieurement.

Il fait valoir que s'il est vrai que le requérant a signé trois contrats de travail avec l'Institut, il est admis qu'une requalification de la nature du lien juridique unissant un agent au service public l'employant peut être opérée sur la base des différents éléments de son dossier administratif et des principes généraux du droit de la fonction publique.

Or, par l'effet de l'article 11, § 1^{er}, de la loi du 16 mars 1954 relative au contrôle de certains organismes d'intérêt public, le personnel de l'Institut est incontestablement statutaire.

Le principe du régime statutaire des agents de l'Institut a été confirmé dans le cadre de l'accord de coopération du 20 février 1995 relatif à la Formation permanente pour les Classes moyennes et les petites et moyennes Entreprises et la tutelle de l'Institut de formation permanente pour les Classes moyennes et les petites et moyennes Entreprises par la Commission communautaire française, la Communauté française et la Région wallonne.

Enfin, concrètement, il se réfère au courrier du 28 octobre 1994 qui indiquait qu'en sa qualité d'agent définitif de l'Institut, le requérant est soumis aux dispositions de l'arrêté royal du 8 janvier 1973 fixant le statut du personnel de certains organismes d'intérêt public et au fait que celui-ci occupe depuis son entrée en service, un emploi vacant.

9. Le 17 juillet 2003, la Commission communautaire française, la Communauté française et la Région wallonne adoptent respectivement un décret portant assentiment à l'avenant modifiant l'accord de coopération conclu le 20 février 1995 par la Commission communautaire française, la Communauté française et la Région wallonne relatif à la Formation permanente pour les Classes moyennes et les petites et moyennes Entreprises.

L'article 51 de l'avenant insère dans l'accord de coopération du 20 février 1995, un article 52, dont le § 4 est rédigé comme suit : "La Commission communautaire française et la Région wallonne succèdent à l'Institut pour l'ensemble des obligations relatives au personnel ou aux biens qui leur sont transférés ainsi que dans les litiges auxquels l'Institut est partie et qui sont relatifs aux missions visées à l'article 20bis".

L'article 52 de l'avenant insère dans l'accord de coopération du 20 février 1995, un article 53, rédigé comme suit :

" § 1^{er}. Le Collège de la Commission communautaire française et le Gouvernement wallon, chacun pour ce qui le concerne, déterminent, parmi les membres du personnel de l'Institut, les agents qui sont transférés à Commission communautaire française et à la Région wallonne, soit en tant que personnel statutaire soit en tant que personnel contractuel.

Les membres du personnel sont transférés dans leur grade ou un grade équivalent et en leur qualité et conservent la rétribution et l'ancienneté qu'ils avaient ou auraient obtenues s'ils avaient continué à exercer au sein de l'Institut la fonction dont ils étaient titulaires au moment de leur transfert.

§ 2. Les membres du personnel occupant un emploi dans les services de l'Institut, tels que mentionnés en annexe III du présent accord de coopération sont transférés d'office à la Commission communautaire française ou à la Région wallonne.

§§ 3 et 4. (...)"

L'annexe 3 à l'avenant contient notamment la liste du personnel transféré d'office à la COCOF, en vertu de l'article 53, § 2, de l'accord de coopération du 20 février 1995, inséré par l'avenant précité, d'où il résulte que le requérant y est transféré en qualité d'agent contractuel.

10. A l'occasion du transfert d'office du personnel de l'I.F.P.M.E. vers la Commission communautaire française, les services de la direction territoriale de Bruxelles ont disparu et été remplacés par le Service formation P.M.E., service à gestion séparée créé par le décret de la Commission communautaire française du 17 juillet 2003 relatif à la création d'un service à gestion séparée chargé de la gestion et de la promotion de la formation permanente pour les classes moyennes et les petites et moyennes entreprises.

La deuxième partie adverse a désigné Madame Françoise MULOT en qualité de coordinatrice de ce nouveau service. Il s'agit de l'acte attaqué dans l'affaire enrôlée sous le n° 143.539/VIII-3833.

11. Le 5 septembre 2003, le conseil de la partie adverse adresse le courrier suivant au conseil du requérant :

- " Mon client ne peut marquer son accord quant à la qualification statutaire de la relation de travail existant entre votre client et lui.

En effet, pour rappel, Monsieur KHEMISSI a été engagé sous régime contrat de travail. Celui-ci a été conclu en date du 1^{er} août 1994 et a été renouvelé en date du 1^{er} août 1996, du 1^{er} août 1998, à l'occasion duquel votre client a été engagé à durée indéterminée. Le contrat conclu le 1^{er} août 1999 a fait l'objet de cinq avenants, tous également signés par Monsieur KHEMISSI.

Afin de déterminer le caractère statutaire ou contractuel d'un engagement opéré par une autorité administrative, il convient de se référer à l'acte juridique qui opère l'engagement, critère de distinction fixé par la jurisprudence du Conseil d'Etat.

Suite à la conclusion de deux contrats à durée déterminée et d'un contrat à durée indéterminée ayant fait l'objet de cinq avenants contractuels, il peut être affirmé, sans aucun doute possible, que l'acte juridique qui opère l'engagement est bien un contrat de travail et non un engagement statutaire unilatéral.

Contrairement à ce qui est affirmé, le Conseil d'Etat est loin de considérer que l'article 11 de la loi du 16 mars 1954 serait à ce point général qu'il interdirait tout engagement contractuel pour les organismes d'intérêt public.

Il a en effet jugé que :

« Le personnel des organismes d'intérêt public est, en principe, sous régime statutaire. S'il n'est pas exclu qu'il soit sous contrat, il doit apparaître sans équivoque que l'intention a été de déroger à la règle ordinaire de la nomination statutaire ».

Cette possibilité est confirmée à l'arrêté royal de principes généraux du 22 décembre 2000 qui admet que les personnes morales de droit public qui dépendent des communautés ou des régions recrutent du personnel sous régime de contrat de travail.

Enfin, la circonstance que Monsieur KHEMISSI occupera un emploi précédemment occupé par un agent statutaire est irrelevante dès lors que la déclaration de vacance d'un emploi ressort à la seule compétence de l'autorité qui dispose du pouvoir de nomination.

Le Conseil d'Etat a en effet jugé que :

« L'autorité détermine, non pas souverainement, mais suivant les nécessités du service, à quel moment un emploi est vacant; ... Elle apprécie, en fonction de ces mêmes nécessités, à quel moment une nomination peut être effectuée et produire ses effets ».

Il ne peut donc être question, en l'espèce, pour Monsieur KHEMISSI, d'obliger l'I.F.P.M.E. à déclarer l'emploi qu'il indique vacant et encore moins de le nommer statutairement audit poste.

Quant à la note du 28 octobre 1994 qui aurait qualifié d' "agent définitif de l'Institut" Monsieur KHEMISSI, cette dernière ne peut être considérée comme probante dès lors qu'il s'agit d'une note qui était adressée à plusieurs agents statutaires au même moment qu'à Monsieur KHEMISSI et qui comporte des erreurs matérielles suite à l'absence de modification des données essentielles relatives à la situation contractuelle de celui-ci. Cela n'est pas de nature à modifier le caractère contractuel de

l'engagement qui résulte précisément des diverses conventions signées par Monsieur KHEMISSI qui s'est bien gardé de faire la moindre remarque à l'occasion de celles-ci ou des avenants à ces contrats.

En conséquence, l'I.F.P.M.E. ne peut accepter la modification du caractère contractuel de l'engagement de Monsieur KHEMISSI.

Dès lors que ce courrier est de nature à répondre à un courrier officiel adressé à l'I.F.P.M.E., je vous remercie de bien vouloir conférer le même caractère à ce présent courrier en réponse".

Ce courrier constitue l'acte attaqué dans le recours, enrôlé sous le n° 143.497/VIII-3831.

Considérant que les recours sont connexes; qu'il y a lieu de les joindre;

Quant au recours n° A.143.497/VIII-3831

Considérant que la première partie adverse demande à être mise hors de cause pour le motif que le litige a trait aux droits et obligations relatifs à un membre du personnel transféré à la deuxième partie adverse;

Considérant que la première partie adverse est l'auteur de l'acte attaqué qui est antérieur à la date d'entrée en vigueur des décrets précités du 17 juillet 2003; qu'il s'ensuit qu'au moment de l'adoption de l'acte attaqué, le requérant était toujours membre du personnel de la première partie adverse; que celle-ci doit être maintenue à la cause;

Considérant que la deuxième partie adverse considère que l'acte contesté n'est pas susceptible de recours;

Considérant que le courrier litigieux du 5 septembre 2003 n'a d'autre portée que d'expliquer au requérant, en réponse à ses prétentions, la nature contractuelle de la relation de travail existant entre le requérant et son employeur sans pour autant modifier la qualification juridique donnée à celle-ci; que l'acte contesté est dépourvu de tout effet sur la situation juridique du requérant et ne lui fait donc pas grief; que la demande est irrecevable;

Quant au recours n° A.143.539/VIII-3833

Considérant que la Commission communautaire française soutient que le requérant n'a pas intérêt au recours;

Considérant que la fonction d'ordonnateur délégué implique l'exercice d'une parcelle de la puissance publique; qu'elle ne peut dès lors pas être confiée à un agent contractuel, sauf si une disposition législative expresse l'autorise; qu'une telle disposition est inexistante en l'espèce; que l'article 15 de l'arrêté du Collège de la Commission communautaire française du 17 juillet 2003 relatif à la gestion fonctionnelle, budgétaire, financière et comptable du service à gestion séparée "Service Formation PME" dispose que "le responsable de la gestion journalière est désigné en qualité d'ordonnateur délégué et est chargé de l'exécution du budget"; que pour déterminer si le requérant avait vocation à cette double fonction, il convient d'examiner la nature du lien juridique qui le lie à son employeur;

Considérant que le requérant concède qu'il "a été engagé formellement dans le cadre d'un contrat de travail" mais soutient qu'"il convient de considérer que depuis son entrée en service, l'autorité administrative l'a toujours considéré comme un agent statutaire"; qu'il rappelle que depuis son entrée en fonction il occupe un emploi vacant et que, dans un courrier du 28 octobre 1994 "l'Administratrice générale de la partie adverse indique au requérant qu'en sa qualité d'agent définitif de la partie adverse, il est soumis aux dispositions de l'arrêté royal du 8 janvier 1973 fixant le statut du personnel de certains organismes d'intérêt public"; qu'il s'appuie également sur la lettre du 4 juin 1999 précitée du Ministre, membre du Collège de la Commission communautaire française en charge de la formation professionnelle; qu'il ajoute qu'il a exercé pendant plusieurs années une fonction dirigeante en qualité de directeur faisant fonction de la direction territoriale de Bruxelles, ce qui implique, selon lui, qu'il avait toujours été considéré comme un agent statutaire par la partie adverse, puisque ce n'est qu'à partir du 1^{er} septembre 2003 qu'il a été considéré qu'il ne peut occuper la direction du service, à la suite d'une observation de l'inspection des finances qui estimait qu'il n'était pas statutaire; qu'il allègue qu'il a été désigné de manière unilatérale par la partie adverse pour exercer cette fonction de direction, même si des avenants à son contrat ont été signés; qu'enfin, il se réfère à l'article 11, § 1^{er}, de la loi du 16 mars 1954 relative au contrôle de certains organismes d'intérêt public qui impliquerait que "le personnel de la partie adverse doit, par principe, être statutaire";

Considérant qu'il n'est pas contestable que le requérant a été engagé par contrat; qu'il n'est pas sérieux de soutenir que, dès ce moment, il aurait toujours été considéré comme agent statutaire dès lors qu'après son entrée en fonction, deux contrats et six avenants ont encore été conclus; que l'emploi occupé par le requérant n'a jamais été déclaré vacant de sorte qu'il ne pouvait y être pourvu par une nomination définitive; que la lettre adressée le 28 octobre 1994 par l'administratrice générale n'était pas seulement adressée au requérant mais à plusieurs membres du personnel, pour la plupart

des agents statutaires, de telle manière que sa formulation n'est pas probante; qu'il est courant que des agents contractuels soient soumis à des règles applicables aux agents statutaires; que le courrier ministériel du 4 juin 1999 est fondé sur les seuls éléments fournis par le requérant, et ne constitue qu'une demande de renseignements; que les fonctions exercées par le requérant l'ont été en vertu d'actes unilatéraux détachables du contrat et n'ayant d'autre portée que d'autoriser la conclusion d'avenants à ce contrat; que le requérant ne peut prétendre tirer profit du caractère irrégulier de sa désignation, à titre précaire, à des fonctions dirigeantes; que la loi du 16 mars 1954 précitée n'interdit pas le recours à du personnel contractuel; que l'article 41 du décret du 3 juillet 1991 relatif à la formation permanente pour les classes moyennes et les petites et moyennes entreprises autorisait la première partie adverse à recourir à du personnel contractuel; qu'il suit de ce qui précède que le requérant est incontestablement un agent contractuel; que, de ce fait, il n'a pas vocation à l'emploi attribué à Françoise MULOT; qu'il n'a pas intérêt au recours,

D E C I D E :

Article 1^{er}.

Les affaires inscrites sous les n^{os} A.143.497/VIII-3831 et A.143.539/VIII-3833 sont jointes.

Article 2.

Les demandes de suspension sont rejetées.

Article 3.

Les dépens sont réservés.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique, le deux février deux mille quatre par :

M.	GEUS,	président de chambre,
M ^{me}	HONDERMARCQ,	greffier.

Le Greffier,

Le Président,

M-Cl. HONDERMARCQ.

J.-Cl. GEUS.