CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 174.741 du 20 septembre 2007

A.98.714/VIII-2060

En cause : **EMBRECHTS** Valérie,

ayant élu domicile chez
Mes Dominique WAGNER et
Laurence RASE, avocats,
quai de Rome 2
4000 Liège,

contre :

la Communauté française, représentée
par son Gouvernement,

ayant élu domicile chez
Me Martine VAN ASSCHE, avocat,
rue du Président 28
1050 Bruxelles.

LE CONSEIL D'ETAT, VIII^e CHAMBRE,

Vu la requête introduite le 22 décembre 2000 par Valérie EMBRECHTS qui demande l'annulation de la décision de la commission régionale de réaffectation de la Communauté française du 20 octobre 2000, modifiée le 27 octobre 2000, qui désigne Denyse PONCIN pour occuper par réaffectation, un emploi d'institutrice maternelle à raison d'un mi-temps, et ensuite d'un temps plein, à l'Institut Notre-Dame du Sacré Coeur de Beauraing, à partir du 28 octobre 2000;

Vu les mémoires en réponse et en réplique régulièrement échangés;

Vu le rapport de M^me CARLIER, auditeur au Conseil d'Etat;

Vu l'ordonnance du 24 août 2006 ordonnant le dépôt au greffe du dossier et du rapport;

Vu la notification du rapport aux parties et les derniers mémoires;

Vu l'ordonnance du 16 novembre 2006 notifiée aux parties, fixant l'affaire à l'audience publique du 15 décembre 2006;

Vu la lettre du 11 décembre 2006 remettant l'affaire sine die;

Vu l'ordonnance du 21 décembre 2006 notifiée aux parties, fixant l'affaire à l'audience publique du 26 janvier 2007;

Entendu, en son rapport, M^me^ GEHLEN, conseiller d'Etat;

Entendu, en leurs observations, Me HODEIGE, loco Me WAGNER, avocat, comparaissant pour la requérante, et Me LAURENT, loco Me VAN ASSCHE, avocat, comparaissant pour la partie adverse;

Entendu, en son avis, M^me^ CARLIER, auditeur;

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

Considérant que les éléments utiles à l'examen du recours sont les suivants :

1. La requérante est institutrice maternelle. Elle exerce ses fonctions à titre temporaire depuis le 18 mars 1991 à l*institut du Sacré-Coeur de Beauraing.

2. Conformément au décret du l^er^ février 1993 fixant le statut des membres du personnel subsidié de l*enseignement libre subventionné, elle est temporaire prioritaire et comptabilise, au 30 juin 2000, une ancienneté de plus de 1200 jours au sein de l*institut précité.

3. Le 1^er^ septembre 2000, elle est engagée pour exercer ses fonctions dans deux emplois vacants à mi-temps pour toute la durée de l*année scolaire 2000-2001.

4. Le 20 octobre 2000, la commission régionale de réaffectation décide de réaffecter à l*institut Notre-Dame du Sacré-Coeur, à mi-temps, Denyse Poncin, institutrice maternelle mise en disponibilité par défaut d*emploi par le pouvoir organisateur de l*enseignement libre subventionné de Pondrôme.

5. Le 27 octobre 2000, la commission régionale de réaffectation modifie sa décision du 20 octobre et décide de réaffecter Denyse Poncin non pas à mi-temps mais à temps plein.

Ces décisions des 20 et 27 octobre 2000 constituent les actes attaqués.

6. Le 26 octobre 2000, la présidente du pouvoir organisateur de l'institut Notre-Dame du Sacré-Coeur, la directrice de cet institut et la requérante introduisent un recours contre la décision du 20 octobre 2000 auprès de la commission régionale de réaffectation.

7. Le 17 novembre 2000, la commission régionale de réaffectation rejette le recours et maintient sa décision du 20 octobre 2000, telle que modifiée par celle du 27 octobre 2000.

8. Le 30 novembre 2000, la requérante adresse une lettre de mise en demeure auprès du "Ministère de la communauté française - Inspection de l'enseignement fondamental -Ressort de Dinant. Commission centrale de réaffectation". Cette lettre est restée sans réponse.

9. Après avoir émargé au chômage à partir du 28 octobre 2000, la requérante a été nommée à titre définitif à mi-temps à partir du 1er octobre 2001 et à temps plein à partir du 1er octobre 2002;

Considérant que nonobstant sa nomination à titre définitif, la requérante garde un intérêt suffisant à son recours, dès lors que l'acte attaqué a entraîné pour elle une perte d'ancienneté administrative et pécuniaire;

Considérant que la requérante prend un premier moyen de la violation des articles 8, §§ 2 et 3 et 15, §2, de l'arrêté du gouvernement de la Communauté française du 28 août 1995 réglementant la mise en disponibilité par défaut d'emploi, la réaffectation et l'octroi d'une subvention-traitement d'attente dans l'enseignement préscolaire et primaire libre subventionné, ordinaire et spécial, de l'excès de pouvoir et de l'absence de fondement légal; que dans la première branche, prise de la violation de l'article 15, §2, de l'arrêté précité, elle expose qu'elle était temporaire prioritaire au sein du pouvoir organisateur de l'Institut Notre-Dame du Sacré-Coeur de Beauraing et y comptait, au 30 juin 2000, plus de 1.200 jours d'ancienneté de service répartis sur plus de deux années scolaires; qu'elle estime que l'emploi qu'elle occupait à titre temporaire

était soustrait à la réaffectation d'un membre du personnel enseignant mis en disponibilité et spécialement d'un membre du personnel mis en disponibilité par un autre pouvoir organisateur; que dans la deuxième branche du moyen, après avoir rappelé le texte de l'article 8, §§ 2 et 3 de l'arrêté précité du 28 août 1995, elle fait valoir que Denyse Poncin a été mise en disponibilité par défaut d'emploi au sein d'un pouvoir organisateur autre que celui de l'Institut Notre-Dame du Sacré-Coeur de Beauraing, alors que les réaffectations au sein d'un même pouvoir organisateur imposées par l'arrêté du 28 août 1995 ne valent que pour les membres du personnel mis en disponibilité par ce pouvoir organisateur ou mis en disponibilité dans une école que ce pouvoir organisateur aurait reprise à un autre pouvoir organisateur; qu'elle en déduit que la décision litigieuse est dépourvue du fondement légal requis;

Considérant que dans son mémoire en réplique et à propos de la première branche du moyen, la requérante rappelle la situation qui était la sienne au 30 juin 2000; qu'elle expose que Denyse Poncin était, quant à elle, mise en disponibilité par défaut d'emploi par le pouvoir organisateur de l'école de Pondrôme depuis le 1er octobre 1995 et que, depuis lors, elle a été réaffectée à plusieurs reprises au sein de ce pouvoir organisateur; qu'elle explique qu'à la fin du mois de mai 2000, une classe d'été a été créée à l'Institut Notre-Dame du Sacré-Coeur de Beauraing, et ce jusqu'au 30 juin 2000; qu'elle précise qu'elle-même bénéficiait à l'époque d'un emploi à temps plein, qu'il n'y avait donc pas de compétition entre elle-même et Denyse Poncin et que c'est le motif pour lequel cette dernière a alors pu être désignée pour occuper cet emploi du 24 mai 2000 au 30 juin 2000; que la requérante fait valoir que la situation n'était pas la même pour les deux emplois à mi-temps disponibles le 1er septembre 2000, ces emplois étant soustraits à la réaffectation puisqu'elle remplissait les conditions prévues par l'article 15, § 2, de l'arrêté du 28 août 1995; qu'elle conteste l'obligation de reconduire d'office Denyse Poncin dans les fonctions qui avaient été les siennes du 24 mai 2000 au 30 juin 2000 et affirme qu'une telle reconduction ne pouvait se faire à son détriment puisqu'elle était temporaire prioritaire comptabilisant une ancienneté supérieure à 1.200 jours de service; que, selon elle, l'article 15 de l'arrêté précité prévaut sur son article 13 qui ne peut s'appliquer que si l'emploi n'est pas soustrait à la réafffectation; qu'elle observe, subsidiairement, que si l'article 13 devait s'appliquer, ce ne pourrait être que pour l'emploi occupé par Denyse Poncin à la fin de l'année scolaire précédente; qu'en ce qui concerne la deuxième branche du moyen, la requérante conteste la distinction opérée par la partie adverse selon que c'est la commission de réaffectation ou le pouvoir organisateur qui procède aux réaffectations et soutient que la commission est tenue par les mêmes règles que le pouvoir organisateur; que, selon elle, puisque l'article 8, §§ 2 et 3 de l'arrêté précité du 28 août 1995 ne prévoit pas la réaffectation au sein d'un

pouvoir organisateur d'un membre du personnel mis en disponibilité au sein d'un autre pouvoir organisateur, la décision attaquée viole cette disposition;

Considérant que la première branche du moyen pose la question de savoir si l'article 13 de l'arrêté du gouvernement de la Communauté française du 28 août 1995, réglementant la mise en disponibilité par défaut d'emploi, la réaffectation et l'octroi d'une subvention-traitement d'attente dans l'enseignement préscolaire et primaire libre subventionné, ordinaire et spécial, doit ou non prévaloir sur son article 15; que pour répondre à cette question, il s'indique de prendre en considération la finalité et la structure de cet arrêté et de rappeler certaines des définitions qu'il donne;

Considérant que l'arrêté du 28 août 1995 a été pris en exécution du décret du 1er février 1993 fixant le statut des membres du personnel subsidié de l'enseignement libre subventionné, et plus particulièrement de son article 111; que les dispositions de l'arrêté d'exécution doivent par conséquent être interprétées à la lumière de celles du décret qu'il exécute, notamment des dispositions suivantes :

" Article 3, § 1er :
"Pour l'application du présent décret, on entend par "emploi vacant" l'emploi créé par le pouvoir organisateur, qui n'est pas attribué à une membre du personnel engagé à titre définitif au sens du présent décret, qui est admissible au régime des subventions de la Communauté et pour lequel une demande de subvention-traitement a été introduite."

Article 30, § 3 :
"Le pouvoir organisateur ne peut engager un membre du personnel temporaire que dans le respect de la réglementation relative à la mise en disponibilité par défaut d'emploi et à la réaffectation."

Article 34, § 1er :
"Pour tout engagement en qualité de membre du personnel temporaire, au début de chaque année scolaire et dans le cours de cette année scolaire, dans une fonction pour laquelle il possède le titre de capacité prévu à l'article 2 :
1/ est prioritaire de plein droit, le membre du personnel qui peut faire valoir 240 jours de service dans la fonction visée en fonction principale, auprès du même pouvoir organisateur et répartis sur deux années scolaires au moins;
(...)";

Considérant que l'arrêté du 28 août 1995 a pour finalité d'exécuter, dans les domaines qu'il règle, le décret précité du 1er février 1993; qu'il se divise en sept chapitres; que le chapitre Ier contient des dispositions générales et notamment des définitions; que la chapitre II, intitulé "Obligations imposées aux pouvoirs organisateurs" contient une section 1ère "Notification des mises en disponibilité et des emplois vacants", une section 2 "Mesures préalables à la mise en disponibilité", une section 3 "Mise en disponibilité", une section 4 "Réaffectation et remise au travail" et un section 5 "Reconduction des réaffectations et remises au travail"; que le chapitre III

est relatif à l'octroi d'une subvention-traitement, que le chapitre IV concerne les emplois soustraits à la réaffectation et à la remise au travail; que les autres chapitres traitent respectivement des droits et obligations des membres du personnel en disponibilité par défaut d'emploi et des organes de réaffectation, le dernier chapitre contenant des dispositions abrogatoires et finales; que les dispositions utiles à l'examen de la cause sont les suivantes :

" Article 2 :
" Pour l'application du présent arrêté, il y a lieu d'entendre par :

(...)

§ 3. Réaffectation : sans préjudice des dispositions reprises à l'article 8, § 3, le rappel en service d'un membre du personnel en disponibilité dans un emploi définitivement vacant de la même fonction, telle que définie à l'article 3. Si le rappel en service s'effectue dans un emploi temporairement vacant, la réaffectation est dite temporaire.

(...)

Article 4 :
"(...)
§ 4. Tout Pouvoir organisateur est tenu de communiquer à la Commission régionale de réaffectation :
1/ la liste des membres du personnel mis en disponibilité par défaut d'emploi ou déclarés en perte partielle de charge;
2/ la liste des emplois vacants occupés par les membres du personnel temporaire qui ne sont pas soumis à la réaffectation;
3/ le relevé des emplois définitivement vacants qu'il a attribués par remise au travail."

Article 8 :
"(...)
2. Le Pouvoir organisateur qui dispose d'un emploi vacant d'instituteur ou d'une autre fonction de recrutement doit:
1/ faire appel à tout membre du personnel qu'il a mis lui-même en disponibilité dans la même fonction;
2/ faire appel à tout membre du personnel mis en disponibilité dans la même fonction dans une école qu'il a reprise à un autre pouvoir organisateur.
(..)
§4. Lorsqu'il a mis plusieurs membres du personnel en disponibilité dans la même fonction, le Pouvoir organisateur doit, quand il s'agit d'attribuer une des fonctions de recrutement visées au présent article, tout en respectant l'ordre de priorité défini aux §§ 2 et 3, rappeler en service celui qui a la plus grande ancienneté de service, et en cas d'égalité d'ancienneté de service, celui qui a la plus grande ancienneté de fonction.
En cas d'égalité d'ancienneté de fonction, la priorité revient au membre du personnel le plus âgé."

Article 13 :
"§ 1er. Les réaffectations et remises au travail effectuées au cours d'une année scolaire par les Pouvoirs organisateurs ou à l'initiative des Commissions de réaffectation sont reconduites l'année scolaire suivante.
§2. La charge reconduite du membre du personnel réaffecté ou remis au travail sera étendue d'office par le Pouvoir organisateur dans tous les cas où l'accroissement des

prestations est possible et jusqu'à concurrence du nombre de périodes faisant l'objet d'une mise en disponibilité.
(...)"

Article 15 :
"§ 1er. Aucun emploi dont il est question au § 2 ne peut être soustrait à la réaffectation ni à la remise au travail lorsque le Pouvoir organisateur dispose de membres du personnel qu'il a mis en disponibilité ou qui ont été mis en disponibilité dans une école qu'il a reprise à un autre Pouvoir organisateur.
§2. Ne doivent pas être déclarés aux Commissions de réaffectation visées au chapitre VI les emplois occupés par les membres du personnel qui remplissent les conditions suivantes :
- comptabiliser à l'issue de l'année scolaire qui précède, 720 jours de service acquis dans l'enseignement libre subventionné dans une fonction de la catégorie en cause, répartis sur trois années scolaires au moins et calculés selon les modalités fixées à l'article 47, § 1er 2 et §§ 2 et 3 du décret du 1er février 1993 fixant le statut des membres du personnel subsidié de l'enseignement libre subventionné;
- 240 jours au moins sur les 720 jours doivent avoir été accomplis au sein du pouvoir organisateur.
Ces 240 jours doivent être répartis sur deux années scolaires au moins";

Considérant que Denyse PONCIN a été réaffectée à partir du 24 mai 2000 dans un emploi vacant de la fonction d'institutrice maternelle; qu'à l'époque de cette réaffectation, les dispositions applicables n'établissaient aucune distinction entre les emplois temporairement vacants et les emplois définitivement vacants; que cette réaffectation n'a pas été attaquée et que, même s'il est permis d'en douter, la régularité de cet acte individuel ne peut pas être remise en cause; que cette constatation a pour conséquence que la réaffectation de Denyse PONCIN devait être reconduite au début de l'année scolaire suivante, en application de l'article 13 de l'arrêté précité du 28 août 1995; qu'à ce propos, la partie adverse fait valoir à juste titre que l'article 13 et l'article 15 de cet arrêté font partie de sections différentes du chapitre relatif aux obligations imposées aux pouvoirs organisateurs et que ce n'est que dans le respect de l'article 30, §3, du décret précité du 1er février 1993 que l'article 15 eût pu être appliqué; que dès l'instant où une reconduction devait, comme en l'espèce, se faire d'office, il n'y avait plus lieu de faire application de l'article 15 et de vérifier si l'emploi pouvait être soustrait à la réaffectation; que la première branche du moyen n'est pas fondée;

Considérant qu'il se déduit du caractère non fondé de la première branche du moyen que le même sort doit être réservé à la seconde branche; qu'en raison de la reconduction d'office de la réaffectation de Denyse PONCIN, l'article 8 de l'arrêté précité du 28 août 1995 ne trouve en effet pas à s'appliquer; que la seconde branche du moyen n'est pas fondée;

Considérant que la requérante prend un second moyen de la violation des articles 30 et 34 du décret du 1er février 1993 fixant le statut des membres du personnel

subsidié de l'enseignement libre subventionné, de l'empiétement de compétence, du conflit de compétence et de la violation de l'article 24, §5, de la Constitution; qu'elle expose que selon les dispositions du décret précité, il appartient au seul pouvoir organisateur, à l'exclusion de la Communauté française, de procéder aux désignations à titre temporaire et à titre définitif des membres de son personnel enseignant; que, faisant référence à la délégation de compétence contenue dans l'article 111 du décret, la requérante observe que l'arrêté du Gouvernement de la Communauté française pris en exécution de cette disposition ne peut déroger aux règles décrétales; qu'elle explique qu'en l'espèce, l'acte attaqué désigne Denyse PONCIN dans un emploi d'institutrice maternelle et impose au pouvoir organisateur son engagement sous peine de perdre le bénéfice de la subvention-traitement allouée au membre du personnel temporaire qu'il a engagé si ce même pouvoir organisateur refusait d'accepter le membre du personnel désigné par la Commission de réaffectation; que, selon la requérante, c'est en réalité la Communauté française elle-même, par l'intermédiaire de la commission de réaffectation, qui désigne le membre du personnel à engager dans l'enseignement libre subventionné et qui empiète de la sorte sur les compétences que l'article 30 du décret du 1er février 1993 attribue aux seuls pouvoirs organisateurs; que la requérante fait encore valoir qu'en imposant la désignation de Denyse PONCIN, l'acte attaqué méconnaît la priorité qu'elle puise dans l'article 34 du décret précité; qu'elle soutient qu'en attribuant à la Communauté française la compétence de désigner les membres du personnel enseignant dans l'enseignement libre subventionné, l'arrêté du gouvernement de la Communauté française du 28 août 1995 viole les règles de répartition des compétences et le décret du 1er février 1993; qu'elle en déduit que l'acte attaqué est dépourvu de fondement légal, l'article 13, § 1er, de l'arrêté du 28 août 1995 ne pouvant déroger aux dispositions du décret du 1er février 1993; qu'en réplique à la partie adverse qui soutient que le décret du 1er février 1993 et l'arrêté du 28 août 1995 sont conformes à l'arrêt de la Cour d'arbitrage, aujourd'hui Cour constitutionnelle, n/ 130/98 du 9 décembre 1998, elle fait valoir que le système instauré par l'arrêté du 28 août 1995 dépasse la délégation de compétence donnée par le décret du 1er février 1993 au gouvernement de la Communauté française; qu'elle expose qu'en imposant à un pouvoir organisateur de l'enseignement libre subventionné de réaffecter en son sein des enseignants mis en disponibilité par et au sein d'autres pouvoirs organisateurs, la Communauté française ne laisse plus aucune latitude au pouvoir organisateur, pourtant seul compétent pour procéder aux désignations des membres du personnel de son enseignement; que selon elle, l'arrêt de la Cour constitutionnelle auquel la partie adverse fait référence vise une hypothèse différente de celle du cas d'espèce; qu'elle invite le Conseil d'Etat à poser à la Cour constitutionnelle une question préjudicielle

relative à la conformité du décret du 1er février 1993 à l'article 24, § 5, de la Constitution;

Considérant qu'en vertu de l'article 26 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle, le Conseil d'Etat est tenu de poser la question préjudicielle; qu'il y a lieu de poser la question préjudicielle libellée au dispositif du présent arrêt,

D E C I D E :

Article 1er.

Les débats sont rouverts.

Article 2.

La question préjudicielle suivante est posée à la Cour constitutionnelle:

" Le décret du 1er février 1993 fixant le statut des membres du personnel subsidié de l'enseignement libre subventionné en ce qu'il délègue, en son article 111, au Gouvernement de la Communauté française le pouvoir de réglementer par voie d'arrêté la mise en disponibilité par défaut d'emploi, la déclaration en perte partielle de charge, la réaffectation des membres du personnel mis en disponibilité et l'octroi d'une subvention-traitement d'attente, ne viole-t-il pas l'article 24, § 5, de la Constitution qui attribue au décret ou à la loi la compétence en matière d'organisation, de reconnaissance ou de subventionnement de l'enseignement par la Communauté française dans la mesure où la mise en disponibilité par défaut d'emploi, la réaffectation et l'octroi d'une subvention-traitement d'attente dans l'enseignement préscolaire et primaire libre subventionné, ordinaire et spécial sont des matières qui relèvent de l'organisation et du subventionnement de l'enseignement par la Communauté française ?".

Article 3.

Le membre de l'auditorat désigné par M. l'auditeur général est chargé de poursuivre l'instruction.

Article 4.

Les dépens sont réservés.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique, le vingt septembre deux mille sept par :

M.	GEUS,	président de chambre,
M^me^	DAURMONT,	conseiller d'Etat,
M^me^	GEHLEN,	conseiller d'Etat,
M^me^	HONDERMARCQ,	greffier.

Le Greffier, Le Président,

M.-Cl. HONDERMARCQ. J.-Cl. GEUS.