

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 192.105 du 1^{er} avril 2009

G./A.161.775/VI-18.015

En cause : **EL HABACHI** Khadija,

ayant élu domicile chez
Me Vincent DE WOLF, avocat,
avenue de la Toison d'Or, n° 68/9,
1060 Bruxelles,

contre :

la Communauté française, représentée par
son Gouvernement,

ayant élu domicile chez
Me Philippe LEVERT, avocat,
avenue Louise, n° 149/22,
1050 Bruxelles.

LE CONSEIL D'ETAT, VI^e CHAMBRE,

Vu la requête introduite le 14 avril 2005 par Khadija EL HABACHI qui poursuit l'annulation de la décision ministérielle du 28 janvier 2005 retirant la décision du 11 octobre 2004 par laquelle la requérante est nommée à titre définitif en tant que rédactrice à l'athénée royal Andrée Thomas à Bruxelles;

Vu les mémoires en réponse et en réplique régulièrement échangés;

Vu le rapport de M. ERNOTTE, Premier auditeur au Conseil d'Etat;

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

Vu l'ordonnance du 17 février 2009, notifiée aux parties, fixant l'affaire à l'audience du 25 mars 2009;

Entendu, en son rapport, M. NIHOUL, Conseiller d'Etat;

Entendu, en leurs observations, Me Pierre GEERINCKX, loco Me Vincent DE WOLF, avocat, comparaissant pour la partie requérante et Me Barbara TRACHTE, loco Me Philippe LEVERT, avocat, comparaissant pour la partie adverse;

Entendu, en son avis conforme, M. ERNOTTE, Premier auditeur;

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

Considérant que les circonstances utiles à l'examen de la cause sont les suivantes :

1. Par une décision ministérielle du 24 septembre 2001, la requérante est désignée à l'athénée royal Andrée Thomas à 1190 Bruxelles afin d'y exercer, au plus tard jusqu'au 30 juin 2002, la fonction de rédacteur. Le 2 septembre 2002, cette désignation est prolongée "jusqu'à solution statutaire", soit à titre temporaire, afin d'assurer le remplacement d'une tierce personne, qui a quant à elle été désignée par la suite dans un autre établissement.

L'emploi occupé par la requérante est créé à la suite de l'encadrement complémentaire apporté aux établissements ou implantations d'enseignement bénéficiaires des discriminations positives en vertu du décret du 30 juin 1998 visant à assurer à tous les élèves des chances égales d'émancipation sociale, notamment par la mise en œuvre de discriminations positives.

2. Le 30 août 2004, le directeur général des personnels de l'enseignement de la Communauté française propose à la Ministre-Présidente de procéder, sur la base de l'article 342 du décret du 12 mai 2004 fixant le statut des membres du personnel administratif, du personnel de maîtrise, gens de métier et de service des établissements d'enseignement organisé par la Communauté française, à la nomination de la requérante dans la fonction qu'elle occupait jusque-là à titre temporaire.

3. Le 11 octobre 2004, la Ministre-Présidente marque son accord avec cette proposition.

Par une lettre recommandée du 13 octobre 2004, la requérante est informée qu'elle est, à dater du 1^{er} septembre 2004, nommée à titre définitif dans la fonction à prestations complètes de rédacteur et affectée à l'athénée précité.

4. Le 3 décembre 2004, la Ministre-Présidente invite les services de la partie adverse "compte tenu des délais stricts impartis à l'autorité pour procéder au retrait d'un acte administratif [...] à me transmettre de toute urgence un relevé des membres du personnel administratif qui auraient bénéficié, au 1^{er} septembre 2004, d'une nomination à titre définitif alors qu'ils occupaient un emploi dans lequel aucune nomination ne pouvait en principe intervenir", soit les emplois créés en application du décret du 30 juin 1998 précité.

5. Ayant obtenu ce relevé, la Ministre-Présidente signe le 28 janvier 2005 une note qui contient l'acte attaqué et qui est libellée comme suit :

" Faisant suite à votre note relative à l'objet repris sous rubrique, je vous informe de ce que j'ai décidé de procéder au retrait des actes de nomination à titre définitif au 1^{er} septembre 2004 de Monsieur Karim SAADI en qualité de commis - dactylographe à l'Athénée royal «Serge Creuz» à Molenbeek, et de Mesdames Khadija EL HABACHI en qualité de rédactrice à l'Athénée royal «André Thomas» à Forest, Claire BRZOZOWSKI en qualité de rédactrice à l'Athénée royal «Lucie Dejardin» à Seraing, Rose-Marie MATERNE en qualité de rédactrice à l'Athénée royal «Louis Delattre» à Fontaine-L'Evêque et Marie-Thérèse DE WITTE en qualité de rédactrice à l'Athénée royal à Marchienne-au-Pont.

La décision de procéder au retrait des actes de nomination définitive des intéressés se justifie au regard des éléments suivants.

En son alinéa 1^{er}, l'article 342, § 1^{er}, du décret du 12 mai 2004 fixant le statut des membres du personnel administratif, du personnel de maîtrise, gens de métier et de service des établissements d'enseignement organisé par la Communauté française prévoit la nomination à titre définitif, au 1^{er} septembre 2004, des membres du personnel administratif qui, à la date du 31 août 2004, occupent temporairement un emploi dans une fonction de recrutement, pour autant qu'à la date de la nomination, ils satisfassent aux conditions prescrites par cette disposition.

En son alinéa 2, cette même disposition stipule toutefois qu'une telle nomination ne peut être accordée que dans un emploi vacant qui, sur la base des dispositions applicables en la matière, n'est plus accessible par réaffectation ou rappel provisoire à l'activité d'un membre du personnel administratif mis en disponibilité par défaut d'emploi.

Or, il apparaît que les emplois occupés par M. Karim SAADI, M^{me} Khadija EL HABACHI, M^{me} Claire BRZOZOWSKI, M^{me} Rose-Marie MATERNE et M^{me} Thérèse DE WITTE sont des emplois non organiques et ne revêtant dès lors pas le caractère vacant requis.

Ces emplois ont en effet été créés suite à l'encadrement complémentaire apporté aux établissements ou implantations d'enseignement bénéficiaires des discriminations positives en vertu du décret du 30 juin 1998 visant à assurer à tous les élèves des chances égales d'émancipation sociale, notamment par la mise en œuvre de discriminations positives.

Aucune nomination à titre définitif ne peut être permise dans le ou les emplois créés suite à l'encadrement complémentaire apporté dans le cadre des dispositions du

décret du 30 juin 1998 précité, comme l'a confirmé le Gouvernement de la Communauté française dans sa décision du 28 novembre 2002.

Résultant du fait que l'établissement concerné est bénéficiaire des discriminations positives, les emplois occupés par M. Karim SAADI, M^{me} Khadija EL HABACHI, M^{me} Claire BRZOZOWSKI, M^{me} Rose-Marie MATERNE et M^{me} Thérèse DE WITTE ne font pas partie du cadre organique de l'établissement d'enseignement au sein duquel ils exercent leurs fonctions.

Ne consistant pas en des emplois organiques susceptibles de donner lieu à nomination définitive, il en résulte que les nominations opérées dans le chef des intéressés l'ont été en contradiction avec les dispositions décrétales susmentionnées.

Je vous saurai gré de bien vouloir notifier de toute urgence la présente décision à ces derniers [...]"

La décision attaquée est notifiée à la requérante par une lettre recommandée du 18 février 2005;

Considérant que la requérante prend un moyen, le premier de la requête, de la "violation de la théorie de droit administratif dite du «retrait d'acte», du respect des droits acquis, de la jurisprudence constante du Conseil d'État [en la matière], du principe général de non-rétroactivité (...) et de l'excès de pouvoir"; que la requérante fait valoir que le retrait litigieux est tardif et donc irrégulier puisqu'il a été décidé après l'expiration du délai dans lequel la nomination dont elle a bénéficié pouvait être contestée devant le Conseil d'État;

Considérant que dans son mémoire en réponse, la partie adverse soutient que même après l'expiration du délai de recours contentieux, l'acte qui a nommé la requérante en tant que rédacteur pouvait encore être retiré car l'irrégularité dont il est affecté est si grave et manifeste qu'il doit être tenu pour inexistant, qu'étant situé dans un établissement bénéficiant du régime organisé par le décret du 30 juin 1998, le poste attribué à titre définitif à la requérante était en effet purement temporaire et ne pouvait dès lors être considéré comme vacant;

Considérant que dans son dernier mémoire, la partie adverse fait valoir ce qui suit :

" [...] En l'occurrence, s'il ne peut être soutenu que la requérante est versée en droit administratif, elle ne peut, pour autant, ignorer les dispositions légales qui s'imposent à la partie adverse pour procéder à la nomination à titre définitif dans un emploi, à savoir que l'emploi dans lequel l'agent est nommé est vacant.

Il s'agit là non seulement d'une règle applicable aux agents statutaires de la partie adverse, mais également d'un principe général de la fonction publique.

[...] Selon votre jurisprudence, un emploi vacant vise des activités qui par le type et le volume de travail, constituent dans un service une entité distincte, une entité de travail, et dont il est admis, compte tenu des besoins du service, qu'elles doivent être accomplies, mais pour lesquelles, à un moment déterminé, personne n'a été désigné à titre définitif. Il s'agit d'un emploi «libre pour une nomination définitive».

On notera dès lors le lien entre la vacance, qui correspond à une nécessité administrative et la nomination définitive qui doit en principe la combler.

Toujours selon votre Conseil, ne peut être considéré comme vacant, l'emploi qui n'est pas prévu au cadre.

Il est vrai que cette définition du terme juridique «vacant» est plus étroite que le sens qui lui est donné dans le langage courant.

Il est également exact que, de manière générale, on s'accorde pour dire que, à défaut de découvrir le sens clair visé par le législateur, il convient de comprendre les mots de la loi dans leur sens usuel. Dans ce contexte, vacant est synonyme de vide ou inoccupé. En tant que tel, il n'implique pas que le poste auquel il s'attache soit prévu par un cadre.

Il n'en reste pas moins que, sauf à faire fi du postulat de rationalité du législateur, on ne peut passer sous silence le fait que le décret du 12 mai 2004 fixe le statut des membres du personnel administratif, du personnel de maîtrise, gens de métier et de service des établissements d'enseignement organisé par la Communauté française et qu'en matière de fonction publique, le terme «vacant» a une signification bien déterminée.

Dans ce cadre précis, ce n'est que dans l'hypothèse où le législateur décréterait souhaiterait s'écarter de ce sens, qu'une définition explicite s'imposait.

[...] On ne pourrait par ailleurs pas non plus faire abstraction du contexte du décret du 30 juin 1998 visant à assurer à tous les élèves des chances égales d'émancipation sociale, notamment par la mise en oeuvre de discriminations positives.

Ce décret définit en son article 3 la notion de discrimination positive [...].

Ce mécanisme est accordé à certaines implantations d'enseignement de manière temporaire, sur la base d'une étude interdisciplinaire. [...].

Ce caractère temporaire est inhérent au mécanisme général des discriminations positives.

En effet, celles-ci se définissent comme des traitements juridiquement inégaux temporairement admis aux fins de résorber une inégalité de fait.

[...]

Le caractère temporaire des discriminations positives relève de leur essence. Celles-ci constituent en effet une entorse au principe d'égalité, elles ne peuvent dès lors se concevoir que dans le respect de la proportionnalité la plus stricte et pour des durées déterminées.

C'est ainsi que, en l'espèce, les moyens humains supplémentaires qui sont engagés en application du mécanisme de discriminations positives sont prévus pour une durée déterminée et ne peuvent acquérir le statut de définitif, sous peine de violer le principe même des discriminations positives, et d'ainsi créer une différence de

traitement injustifiée entre les écoles qui bénéficient du mécanisme des discriminations positives (qui doivent être temporaires) et celles qui n'en bénéficient pas.

Enfin, à supposer qu'il faille faire fi du sens spécifique donné au terme «vacant» et s'en tenir strictement aux termes utilisés par l'article 342 du décret, on notera que celui-ci prévoit la nomination à titre définitif des membres du personnel administratif qui occupent temporairement un emploi dans une fonction de recrutement et leur affectation à l'établissement d'enseignement où ils exercent leurs attributions. Tenant compte de cela, et des circonstances particulières de l'engagement de la requérante, soit des discriminations positives, on ne pourrait considérer, s'agissant d'une nomination définitive, que par le terme «vacant», le législateur entendrait simplement un poste «sans titulaire», incluant en cela des postes créés sur la base d'un mécanisme par essence temporaire.

En effet, raisonner ainsi reviendrait, comme indiqué supra, à violer le mécanisme des discriminations positives et ainsi, à créer une différence de traitement injustifiée. Une telle interprétation est déraisonnable.

Ainsi, la nomination définitive prévue à cet article ne peut concerner un poste créé sur une base temporaire.

[...] Par voie de conséquence, la requérante qui, comme elle le souligne dans sa requête en annulation, était rattachée à un établissement à discrimination positive ne pouvait ignorer que son emploi était purement temporaire, ce qui est confirmé par son acte de désignation qui vaut jusqu'à désignation statutaire.";

Considérant qu'en règle, un acte administratif individuel créateur de droit acquis, comme c'est le cas en l'espèce de l'acte retiré par la décision attaquée, peut faire l'objet d'un retrait par son auteur pour autant qu'il soit irrégulier et seulement dans le délai de recours au Conseil d'Etat, délai qui commence à courir, à l'égard de l'auteur de l'acte, dès son adoption, ou, en cas d'un tel recours, jusqu'à la clôture des débats; qu'en l'espèce, à défaut de recours au Conseil d'Etat, la nomination définitive, ayant été prise le 11 octobre 2004, pouvait être retirée par la partie adverse jusqu'au 10 décembre 2004, quod non, le retrait attaqué datant du 28 janvier 2005;

Considérant qu'en dehors de l'intervention du législateur, les seules exceptions qui sont admises à cette limite de temps tiennent soit à l'existence d'une irrégularité telle que l'acte doit être tenu pour inexistant soit à la présence de manoeuvres frauduleuses; que la partie adverse soutient que la nomination de la requérante était affectée de telles irrégularités;

Considérant que l'article 342, § 1^{er}, du décret du 12 mai 2004 précité, lequel est entré en vigueur le 1^{er} septembre 2004 (art. 348), dispose comme suit :

" Art. 342. § 1^{er}. Les membres du personnel administratif qui, à la veille de l'entrée en vigueur du présent décret, occupent temporairement un emploi dans une fonction de recrutement, sont nommés à titre définitif à la date de l'entrée en vigueur du présent

décret dans cet emploi et affecté à l'établissement d'enseignement organisé par la Communauté française où ils exercent leurs attributions à la veille de l'entrée en vigueur du présent décret, pour autant qu'à la date de la nomination, ils satisfassent aux conditions suivantes :

- 1° être Belge ou ressortissant d'un autre Etat membre de l'Union européenne, sauf dérogation accordée par le Gouvernement;
- 2° être de conduite irréprochable;
- 3° jouir des droits civils et politiques;
- 4° avoir satisfait aux lois sur la milice;
- 5° être porteur d'un titre requis en rapport avec la fonction à conférer tel que prévu à l'article 18;
- 6° satisfaire aux dispositions légales et réglementaires relatives au régime linguistique;
- 7° compter au moins sept cent vingt jours de service dans une fonction de membre du personnel administratif calculée conformément à l'article 30, § 4;
- 8° ne pas faire l'objet d'une suspension disciplinaire ou d'une mise en non-activité disciplinaire ou de la révocation dans une fonction de membre du personnel administratif.

La nomination visée à l'alinéa 1^{er} ne peut être accordée que dans un emploi vacant qui, sur la base des dispositions applicables en la matière, n'est plus accessible par réaffectation ou rappel provisoire à l'activité d'un membre du personnel administratif mis en disponibilité par défaut d'emploi.

§ 2. Les membres du personnel administratif qui, à la veille de l'entrée en vigueur du présent décret, occupent temporairement un emploi dans une fonction de recrutement, et qui n'ont pas bénéficié d'une nomination à titre définitif en application du § 1^{er}, sont réputés être désignés à titre temporaire au sens du présent décret, dans les attributions exercées à cette date et affectés à l'établissement d'enseignement organisé par la Communauté française où ils exercent ces attributions.";

qu'il s'ensuit que pour qu'un membre du personnel administratif, qui satisfait aux huit conditions énoncées à l'article 342, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, puisse être nommé le 1^{er} septembre 2004 dans la fonction de recrutement qu'il exerçait jusque-là à titre temporaire, il suffit, selon l'alinéa 2 du même paragraphe, qu'après application des règles relatives à la réaffectation et au rappel provisoire à l'activité de service, l'emploi que l'intéressé occupe dans un établissement d'enseignement organisé par la Communauté française reste "vacant"; que l'article 2, § 3, du même décret contient une définition de la notion d'"emploi vacant" - à savoir "l'emploi libéré par un membre du personnel ouvrier nommé à titre définitif ou admis au stage suite à la cessation définitive de ses fonctions" -, définition qui est toutefois limitée à "l'application du Titre III du présent décret", soit aux dispositions relatives aux "membres du personnel ouvrier"; qu'en l'absence de définition, le terme "vacant" utilisé à l'article 342, § 1^{er}, doit s'entendre dans son sens usuel; qu'il s'agit de tout poste existant qui est sans titulaire, indépendamment du degré de permanence que présente l'emploi en cause; qu'en invoquant, comme motif du retrait de la nomination de la requérante, le fait qu'elle ne consiste pas en un "emploi organique", la partie adverse ajoute à l'article 342, § 1^{er}, du décret du 12 mai 2004 une

condition de nomination qui n'y figure pas et qui ne permet dès lors pas de retirer les décisions prises sur la base de cette disposition décrétales;

Considérant par ailleurs que l'emploi occupé par la requérante a été créé à la suite de l'encadrement complémentaire apporté aux établissements ou implantations d'enseignement bénéficiaires des discriminations positives en vertu du décret du 30 juin 1998; que si l'article 8, § 2, alinéa 4, - pour l'enseignement de plein exercice - et l'article 61 - en matière d'enseignement de promotion sociale - du décret du 30 juin 1998 prévoient bien qu'aucune nomination à titre définitif ne peut être effectuée dans les emplois relevant de la catégorie du personnel enseignant qui sont créés lors de la mise en œuvre d'actions de discriminations positives, il n'existe pas de disposition correspondante en ce qui concerne les postes supplémentaires de rédacteur dont l'article 4, alinéas 3 et 4, de l'arrêté royal du 15 avril 1977 fixant les règles et les conditions de calcul du nombre d'emplois dans certaines fonctions du personnel auxiliaire d'éducation et du personnel administratif des établissements d'enseignement secondaire permet la création dans les établissements ou implantations d'enseignement secondaire reconnus comme bénéficiaires de discriminations positives; que la partie adverse invoque encore une décision du Gouvernement de la Communauté française du 28 novembre 2002 selon laquelle il serait interdit de nommer dans des postes présentant les mêmes caractéristiques que celui occupé par la requérante; qu'outre le fait que la partie adverse s'est abstenue de produire cette décision dans le dossier administratif, aucune disposition du décret du 30 juin 1998 n'autorise le Gouvernement de la Communauté à compléter cette législation en étendant le champ des interdictions de nommer qu'elle contient;

Considérant qu'il s'ensuit que la nomination à titre définitif de la requérante en tant que rédacteur ne présente pas les vices que lui prête l'acte attaqué; qu'à supposer même qu'elles existent, ces irrégularités ne sont de toute manière pas à ce point graves et manifestes que la décision du 11 octobre 2004 doive être déclarée juridiquement inexistante; qu'en tant qu'il est pris de la violation des principes généraux qui régissent le retrait des actes administratifs, le premier moyen est donc fondé,

D E C I D E :

Article 1^{er}.

Est annulée la décision ministérielle du 28 janvier 2005 retirant la décision du 11 octobre 2004 par laquelle Khadija EL HABACHI est nommée à titre définitif en tant que rédactrice à l'athénée royal Andrée Thomas à Bruxelles.

Article 2.

Les dépens, liquidés à la somme de 175 euros, sont mis à la charge de la partie adverse.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre, le premier avril deux mille neuf par :

M ^{me} WILLOT-THOMAS,	Président de chambre,
MM. LEWALLE,	Conseiller d'Etat,
NIHOUL,	Conseiller d'Etat,
M ^{me} LAUVAU,	Greffier.

Le Greffier,

Le Président,

K. LAUVAU.

M.-L. WILLOT-THOMAS.