

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 198.595 du 7 décembre 2009

G./A.157.085/VI-18.136

En cause : **BONBLED** Sylvie,

ayant élu domicile
rue Haute, n° 1A,
6760 Ethe,

contre :

la Communauté française,
représentée par son Gouvernement,

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

LE CONSEIL D'ETAT, VI^e CHAMBRE,

Vu la requête introduite le 30 octobre 2004 par Sylvie BONBLED qui demande l'annulation :

- a) "de la décision de date et d'auteur inconnus par laquelle Madame Hélène VILLAUME a été désignée à titre temporaire en qualité d'institutrice maternelle pour un horaire complet, dans les établissements scolaires de la Communauté française, pour l'année scolaire 2004-2005";
- b) du refus implicite qui découle du premier acte attaqué de désigner la requérante dans le même emploi;

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 29 septembre 2009, notifiée aux parties, fixant l'affaire à l'audience du 4 novembre 2009;

Entendu, en son rapport, M^{me} DAURMONT, Président de chambre;

Entendu, en leurs observations, Me Monique DETRY, avocat, comparaisant pour la partie requérante et Me Jean LAURENT, loco Me Martine VAN ASSCHE, 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 éléments utiles à l'examen de la cause se présentent comme suit :

Répondant à un appel aux candidats à une désignation à titre temporaire dans l'Enseignement de la Communauté française, publié au Moniteur belge du 6 janvier 2004, la requérante et H. VILLAUME posent leur candidature à la fonction n° 1 d'institutrice maternelle. Pour la zone du Luxembourg, la requérante figure avec 4 candidatures, à la 91^{ème} place du classement des candidats du premier groupe à la fonction précitée. H. VILLAUME occupe avec 3 candidatures, la 98^{ème} position dans ce classement.

Se conformant aux propositions formulées par le chef d'établissement concerné et par son administration, le ministre qui a l'Enseignement fondamental dans ses attributions adopte le 3 juin 2004 une décision désignant H. VILLAUME à l'école primaire autonome de la Communauté française à Ethe afin d'y exercer pour une durée indéterminée et au plus tard jusqu'au 30 juin 2005, la fonction à prestations complètes d'institutrice maternelle. Cette décision constitue le premier acte attaqué, le second étant le refus implicite qui en découle de désigner la requérante dans la même fonction.

"En vue de respecter les dispositions statutaires", la Ministre-Présidente décide le 28 octobre 2004 de mettre fin sans effet rétroactif à la désignation de H. VILLAUME et de charger la requérante d'occuper l'emploi en cause pendant le reste de l'année scolaire 2004-2005;

Considérant que, se fondant sur l'arrêt LAMBERT n° 128.139 du 13 février 2004, la partie adverse fait valoir que la requérante reste en défaut de s'expliquer de façon précise sur les circonstances dans lesquelles elle a eu connaissance des décisions contestées et qu'il convient dès lors de rejeter le présent recours pour tardiveté;

Considérant que la requérante réplique que dès le 1^{er} septembre 2004 elle s'est préoccupée du sort réservé à sa candidature en téléphonant régulièrement à l'administration et en écrivant à deux reprises à la Ministre-Présidente; que selon elle, la réalité de ces démarches peut d'autant moins être contestée qu'elles ont conduit la Communauté française à revenir le 28 octobre 2004 sur la décision de désigner H. VILLAUME;

Considérant qu'il ne ressort d'aucune pièce du dossier administratif que la requérante aurait eu connaissance de la décision attaquée plus de soixante jours avant qu'elle n'introduise, le 30 octobre 2004, le présent recours; qu'en outre, celui-ci a été exercé à peine plus de dix jours après que par un courrier du 19 octobre 2004, la requérante a attiré l'attention de la Ministre-Présidente sur sa situation professionnelle et sur le fait que malgré un classement moins favorable, H. VILLAUME a bénéficié d'une désignation; qu'elle a rappelé cette lettre le 25 octobre 2004; qu'il s'ensuit que la requérante a fait preuve de la diligence requise; que l'exception n'est pas accueillie;

Considérant que la partie adverse soutient que la requérante ne justifie pas d'un intérêt au recours dans la mesure où elle a bénéficié d'une désignation le 28 octobre 2004; qu'elle ajoute que conformément au principe du service fait, aucun traitement ne lui serait dû pour la période antérieure à cette date et que la perspective d'une action judiciaire ultérieure ne suffit pas, selon la jurisprudence du Conseil d'Etat, pour rendre recevable un recours en annulation;

Considérant qu'indépendamment du fait que la présente procédure viserait à donner à la requérante la possibilité de poursuivre plus aisément une action judiciaire qui tendrait à obtenir le paiement d'un traitement pour la période allant du 1^{er} septembre au 28 octobre 2004 ou l'allocation de dommages-intérêts dans le cadre d'une action fondée sur les articles 1382 et suivants du Code civil, la requérante conserve un intérêt à poursuivre l'annulation d'une désignation dont elle a été temporairement évincée puisque, du fait de cette éviction, elle a été lésée en ce que, pour l'application des dispositions statutaires fondées sur la durée des services prestés, elle ne peut faire admettre qu'un nombre de jours inférieur à celui dont elle aurait pu se prévaloir si,

conformément à la priorité dont elle jouissait, elle avait obtenu dès le 1^{er} septembre 2004, l'emploi alors attribué à H. VILLAUME; que l'exception est rejetée;

Considérant que la partie adverse soutient, pour ce qui concerne le second acte attaqué, que si l'article 25 du statut du 22 mars 1969 reconnaît aux personnes qui ont postulé pour être désignées à titre temporaire en tant que professeur le droit d'être appelées en service dans l'ordre de leur classement, la requérante ne détient toutefois aucun droit d'obtenir la désignation litigieuse par priorité aux candidats classés avant elle; qu'elle en conclut que pour ce qui concerne son second objet, le recours doit être déclaré irrecevable; qu'elle admet que s'il est vrai qu'à plusieurs reprises, le Conseil d'Etat a décidé que lorsqu'il n'est pas allégué que des candidats mieux placés que le demandeur auraient introduit en temps utile des recours en annulation contre la désignation attaquée ou contre les décisions implicites de ne pas les désigner, il y a lieu de considérer ces décisions comme définitives à leur égard et donc d'annuler le refus implicite de désigner le requérant, elle critique toutefois ces arrêts; qu'elle estime en effet que décréter a posteriori que le ministre ne pouvait pas refuser de désigner le requérant moins bien classé, au motif que le candidat qui devait être désigné doit, en raison d'éléments ultérieurs, être considéré comme ayant renoncé à sa priorité contredit manifestement le principe selon lequel la légalité d'un acte administratif s'apprécie au jour où il a été pris et non en fonction d'événements postérieurs; qu'elle relève que la jurisprudence précitée est également contraire au principe, maintes fois affirmé par la Cour de cassation et par le Conseil d'Etat, selon lequel la renonciation à un droit ne se présume pas et ne peut s'inférer de la seule passivité ou d'une simple attitude d'expectative de la personne concernée; qu'elle conclut que comme l'ont déjà fait plusieurs arrêts, il faut considérer que la demande d'annulation du refus implicite de désigner un temporaire est irrecevable chaque fois que, comme en l'espèce, il ne ressort pas du dossier administratif que le demandeur était le seul à pouvoir prétendre à la désignation attaquée à défaut d'autres candidats prioritaires;

Considérant que la requérante réplique que loin de soutenir, et a fortiori de prouver, qu'un candidat mieux classé qu'elle serait resté sans désignation, la Communauté française l'a finalement désignée, admettant ainsi qu'elle devait l'être; que selon elle, cette décision dont personne ne conteste la régularité tend à démontrer qu'elle avait une priorité absolue à la désignation et partant que le refus qui lui avait été opposé doit être annulé;

Considérant qu'il ressort clairement de la motivation de la décision ministérielle du 28 octobre 2004 que compte tenu du classement des candidats du

premier groupe à la fonction d'institutrice maternelle, l'emploi en cause devait être attribué à la requérante; qu'en outre, aucune pièce du dossier ne fait apparaître qu'un autre candidat aurait eu une plus grande priorité que celle de la requérante; que l'exception est rejetée;

Considérant que la requérante prend un moyen unique de la violation de l'article 25 de l'arrêté royal du 22 mars 1969 fixant le statut des membres du personnel directeur et enseignant, du personnel auxiliaire d'éducation, du personnel paramédical des établissements d'enseignement gardien, primaire, spécial, moyen, technique, artistique et normal de l'Etat, des internats dépendant de ces établissements et des membres du personnel du service d'inspection chargé de la surveillance de ces établissements ainsi que de l'article 3 de l'arrêté royal du 22 juillet 1969 fixant les règles d'après lesquelles sont classés les candidats à une désignation à titre temporaire dans l'enseignement de l'Etat; qu'elle soutient qu'elle aurait dû, en raison des dispositions statutaires précitées, être désignée par priorité à H. VILLAUME puisque cette dernière figure au classement des candidats du premier groupe pour la fonction d'institutrice maternelle à une place moins favorable qu'elle;

Considérant que le mémoire en réponse ne contient aucune considération visant à montrer qu'il y a lieu de rejeter le moyen unique;

Considérant que dans son dernier mémoire, la partie adverse soulève un déclinatoire de compétence; que se référant aux arrêts de la Cour de cassation du 20 décembre 2007, R.G. n° C.06.0596.F et RG n° C.06.0574.F, elle expose que lorsque l'autorité administrative exerce une compétence liée, le recours contre la décision qu'elle prend doit être introduit devant les tribunaux de l'Ordre judiciaire; qu'elle estime infondée la position adoptée dans les arrêts n°s 189.470 et 189.471 du 14 janvier 2009 qui concernent la même problématique que celle du présent recours; qu'elle développe sa thèse comme suit :

" Or, il résulte des articles 24 et 25 de l'arrêté royal du 22 mars 1969 et de l'article 3 de l'arrêté royal du 22 juillet 1969 que lorsqu'une fonction est à conférer dans la zone pour laquelle le classement des candidats est établi, le Ministre ne peut opérer de désignation qu'en suivant l'ordre dudit classement et ne peut désigner que le candidat qui a la plus grande priorité.

Ainsi, ce candidat a un droit subjectif à être désigné à la fonction qui, dans ladite zone, correspond à sa candidature, quel que soit l'établissement où cet emploi est vacant : le droit porte sur la désignation à l'emploi vacant et non sur la localisation de l'établissement où cet emploi est vacant, dès lors qu'il se situe dans la zone.

Lorsque plusieurs emplois identiques sont vacants dans plusieurs établissements de la zone, le candidat qui a la plus grande priorité ne peut pas se prévaloir d'un droit subjectif à être désigné dans un établissement déterminé plutôt que dans un autre : s'il est désigné dans un quelconque établissement de la zone, il est rempli de ses droits.

Il n'en demeure pas moins que le Ministre n'a aucune liberté d'appréciation de désigner ou de ne pas désigner le candidat qui a la plus grande priorité et qu'à cet égard, sa compétence est totalement liée";

qu'elle ajoute avoir introduit un pourvoi en cassation contre les arrêts n^{os} 189.470 et 189.471 du 14 janvier 2009; qu'elle critique aussi l'arrêt n^o 190.776 du 25 février 2009, en cause de CALBERT contre La Poste;

Considérant que l'examen du déclinatoire de compétence soulevé par la partie adverse, dans son dernier mémoire, est lié à celui du moyen unique;

Considérant que les articles 23, 24 et 25 de l'arrêté royal du 22 mars 1969, précité, sont rédigés comme suit :

" Article 23. - Le candidat qui sollicite différentes fonctions introduit une candidature séparée pour chaque fonction. Il indique dans quelles zones il préférerait exercer sa fonction.

Article 24. - Pour chacune des fonctions de recrutement à conférer, les candidats qui ont fait régulièrement acte de candidature et qui remplissent les conditions requises sont classés d'après les règles fixées par Nous.

Article 25. - Les candidats à une désignation à titre temporaire sont appelés en service dans l'ordre de leur classement et compte tenu des préférences qu'ils ont exprimées quant à la zone.

Dans l'enseignement de promotion sociale, dans le but de lui permettre d'exercer une fonction à prestations complètes, les périodes disponibles dans une même fonction au sein d'une même zone sont attribuées au temporaire le mieux classé.";

que l'article 37 de cet arrêté prévoit encore ce qui suit :

" Article 37. - Les temporaires prioritaires sont désignés par le Gouvernement, à concurrence d'un nombre d'emplois qu'il détermine par fonction après avoir recueilli l'avis des commissions zonales d'affectation et de la commission interzonale d'affectation.

Cet avis mentionne, par zone, par établissement et par fonction :

1^o le nombre total d'emplois vacants, peu importe le nombre d'heures que comportent ces emplois, avec la précision de ce nombre d'heures par emploi;

2^o le nombre d'emplois vacants que ces instances proposent d'attribuer à des temporaires prioritaires. Cette proposition est motivée pour chaque emploi;

3° le nombre d'emplois non vacants que ces instances proposent d'attribuer à des temporaires prioritaires. Cette proposition est motivée pour chaque emploi.

Les candidats sont appelés en service en qualité de temporaire prioritaire dans l'ordre du classement dans un des établissements de la zone ou de l'une des zones où ils demandent que leur soit reconnue la qualité de temporaire prioritaire.";

Considérant que l'article 3 de l'arrêté royal du 22 juillet 1969 fixant les règles d'après lesquelles sont classés les candidats à une désignation à titre temporaire dans l'Enseignement de l'Etat dispose comme suit :

" Article 3. - Les candidats à une désignation à titre temporaire sont appelés en service, compte tenu des préférences zonales qu'ils ont exprimées et selon l'ordre de leur classement.

Les candidats du premier groupe ont priorité sur les candidats du deuxième groupe.

Les membres du personnel nommés à titre définitif dans une fonction qui possèdent le titre requis pour une autre fonction dans laquelle ils sollicitent leur désignation à titre temporaire, ainsi que, dans l'enseignement de promotion sociale, les membres du personnel nommés à titre définitif dans une fonction à prestations incomplètes sont insérés dans le classement visé à l'alinéa 2. Le nombre de candidatures qui leur est attribué est le nombre d'années complètes d'ancienneté de service, calculée à la date fixée par l'appel aux candidats et conformément à l'article 3sexies de l'arrêté royal du 18 janvier 1974 pris en application de l'article 164 de l'arrêté royal du 22 mars 1969 précité.

Dans le premier groupe, les candidats sont classés selon le nombre de candidatures introduites dans le respect des conditions prescrites par l'article 18 de l'arrêté royal du 22 mars 1969 fixant le statut des membres du personnel directeur et enseignant, du personnel auxiliaire d'éducation, du personnel paramédical des établissements d'enseignement gardien, primaire, spécial, moyen, technique, artistique et normal de l'Etat, des internats dépendant de ces établissements et des membres du personnel du service d'inspection chargé de la surveillance de ces établissements.

A nombre égal de candidatures introduites, selon l'année civile au cours de laquelle a été délivré le dernier diplôme, certificat ou brevet constitutif du titre requis pour la fonction à conférer, la priorité revient au candidat qui détient le titre requis depuis le plus grand nombre d'années.

Lorsque l'année de délivrance du dernier diplôme, certificat ou brevet requis est la même, selon la date de naissance du candidat, la priorité est accordée au candidat le plus âgé.

Les services de longue durée sont attribués de préférence aux candidats qui ont la plus grande priorité.

Toutefois, le temporaire du premier groupe qui s'est acquitté de sa tâche de manière satisfaisante est, sauf demande contraire de sa part, désigné à nouveau dans l'établissement où il était affecté l'année scolaire précédente. La préférence dont il bénéficie ne peut être opposée à la priorité à la désignation d'un candidat mieux classé.";

Considérant qu'il résulte de ces dispositions que la partie adverse dispose d'un pouvoir d'appréciation pour désigner les temporaires prioritaires et ensuite, pour procéder aux désignations à titre temporaire; qu'en effet, il ne s'agit pas uniquement pour l'autorité de constater la réunion de conditions réglementaires précises et objectives; que toutes les conditions énoncées par la réglementation applicable ne présentent pas ces caractéristiques; qu'ainsi, d'une part, l'autorité doit apprécier des critères, par nature variables, de sélection tels les rapports des chefs d'établissement et des inspecteurs, et de classement, telle la population scolaire qui influe sur le volume des emplois; que, d'autre part, elle doit choisir une solution parmi celles légalement possibles en raison des combinaisons de ces critères; qu'il s'ensuit que, du fait qu'il peut exister plusieurs emplois de même volume et de même durée dans différents établissements d'une zone déterminée, l'autorité dispose d'un large pouvoir d'appréciation pour affecter un candidat auprès de l'un ou l'autre de ces établissements; qu'en l'espèce, la requérante ne revendique pas, même dans sa lettre du 19 octobre 2004 dans laquelle elle "[fait] part de [sa] situation" à la ministre compétente et dans son courrier du 25 octobre 2004 dans lequel elle "[s'] étonne [de] n'avoir reçu aucune désignation", une désignation dans un établissement particulier; qu'elle n'aurait d'ailleurs pu le faire car elle aurait alors demandé la reconnaissance d'un droit subjectif auquel elle ne peut prétendre;

Considérant que l'arrêt de la Cour de cassation du 20 décembre 2007, R.G. n° C.06.0574.F, est notamment motivé comme suit :

- " Les cours et tribunaux connaissent de la demande d'une partie fondée sur un droit subjectif.
L'existence de pareil droit suppose que la partie demanderesse fasse état d'une obligation juridique déterminée qu'une règle de droit objectif impose directement à un tiers et à l'exécution de laquelle cette partie a un intérêt.
Pour qu'une partie puisse se prévaloir d'un tel droit à l'égard de l'autorité administrative, il faut que la compétence de cette autorité soit liée.";

qu'après avoir examiné la motivation de l'arrêt du Conseil d'Etat contre lequel le pourvoi est dirigé et les dispositions légales et réglementaires applicables en l'espèce, la Cour conclut comme suit :

- " Il suit de ces dispositions, d'une part, que, comme le décide l'arrêt, si la réunion des conditions prévues à l'article 9 de l'arrêté royal entraîne de plein droit la mise en disponibilité du membre du personnel, la modification de sa situation administrative requiert une décision administrative mais, d'autre part, que la compétence de l'administration de statuer sur la réunion de ces conditions est liée dès lors que seule est correcte la qualification des absences du membre du personnel qui est conforme aux dispositions légales et réglementaires qui en définissent le caractère.";

que dans son arrêt du 20 décembre 2007, R.G. n° C.06.0596.F, la Cour de cassation a jugé comme suit :

" Il ressort de ces dispositions [décrétales] que la compétence de l'administration de statuer sur la partie du droit au traitement est liée, dès lors que seule est correcte la qualification d'absence irrégulière conforme aux dispositions décrétales lui attribuant ce caractère.
En considérant qu'en vertu de l'article 20 précité, «la compétence de la [demanderesse] n'est liée que lorsque l'inobservance des articles 2 à 19 [...] est établie» et que «pour établir cette inobservance, la partie adverse dispose de son plein pouvoir d'appréciation», l'arrêt ne justifie pas légalement sa décision de rejeter le déclinatoire de compétence de la demanderesse.";

Considérant que dans le présent recours, la partie adverse n'a pas seulement à procéder à un décompte de jours d'absence ou à qualifier des faits mais peut, sur la base du pouvoir d'appréciation dont elle dispose, choisir entre plusieurs solutions équivalentes ainsi qu'il a été exposé ci-dessus; qu'en l'espèce, la requérante ne jouit pas d'un droit subjectif; qu'il s'ensuit que le Conseil d'Etat est compétent pour connaître du recours;

Considérant que le moyen unique est fondé,

D E C I D E :

Article 1^{er}.

Sont annulés la décision du 3 juin 2004 par laquelle Hélène VILLAUME a été désignée pour un horaire complet pour l'année scolaire 2004-2005 à l'école primaire autonome de la Communauté française à Ethe ainsi que le refus implicite qui en découle de désigner Sylvie BONBLED dans le même emploi.

Article 2.

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

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

M^{me} DAURMONT,
MM. LEWALLE,
NIHOUL,
M^{me} SCHMITZ,

Président de chambre,
Conseiller d'Etat,
Conseiller d'Etat,
Greffier.

Le Greffier,

Le Président,

V. SCHMITZ.

O. DAURMONT.