CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 207.894 du 5 octobre 2010

G./A.193.338/VI-18.291

En cause : **BAKKALI** Nawal**,**

ayant élu domicile
avenue Wielemans Ceuppens, n° 47,
1190 Bruxelles,

contre :

la commune de Saint-Josse-ten-Noode,

ayant élu domicile chez
Me Philippe COENRAETS, avocat,
boulevard de la Cambre, n° 27,
1000 Bruxelles.

LE PRESIDENT F.F. DE LA VI^e^ CHAMBRE,

Vu la requête introduite le 10 juillet 2009 par Nawal BAKKALI qui demande l'annulation de "la décision, prise à une date inconnue par la partie adverse, de nommer Madame CELLAURO à la fonction d'institutrice maternelle, et de la décision corollaire et implicite de refus de nommer la requérante à cette fonction";

Vu les mémoires en réponse et en réplique régulièrement échangés;

Vu le rapport de M. BOSQUET, Auditeur au Conseil d'Etat, rédigé sur la base de l'article 93 du règlement général de procédure;

Vu l'ordonnance du 11 août 2010 convoquant les parties à comparaître le 17 septembre 2010 à 9 heures 30;

Vu la notification de cette ordonnance et du rapport aux parties;

Entendu, en son rapport, M. Paul LEWALLE, Conseiller d'Etat, Président f.f.;

Entendu, en leurs observations, Me Monique DETRY, avocat, comparaissant pour la partie requérante et Me Christophe LEPINOIS, loco Me Philippe COENRAETS, avocat, comparaissant pour la partie adverse;

Entendu, en son avis conforme, M. BOSQUET, Auditeur;

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 de la requête sont les suivants :

1. La requérante expose qu'elle est institutrice maternelle désignée à titre temporaire dans l'enseignement organisé par la partie adverse, qu'elle a été affectée à l'école "Les Tournesols", qu'en mai 2008, elle a introduit une candidature en vue d'une nomination définitive dans un emploi vacant d'institutrice maternelle en étant première au classement des enseignants temporaires dans sa fonction, que cet emploi était toujours vacant le 1er octobre 2008 en sorte qu'il devait nécessairement faire l'objet d'une nomination prenant effet au plus tard le 1er avril 2009, que dès lors qu'elle répondait à toutes les conditions de nomination et qu'elle était classée première, elle devait être nommée au plus tard le 1er avril 2009, que cependant, le 14 avril 2009, elle a reçu un rapport la concernant établi le 2 avril 2009 par une conseillère pédagogique dont la conclusion lui était défavorable, que le 25 avril 2009, elle a demandé à être entendue par la commission paritaire locale afin de faire valoir ses arguments et que, vers le 15 mai 2009, elle a appris au cours d'une conversation avec sa collègue Estelle CELLAURO que celle-ci avait été nommée dans l'emploi.

2. Le 21 avril 2009, le collège des bourgmestre et échevins a refusé de nommer la requérante.

Cette décision est rédigée en ces termes :

" [...]
Vu l'article 30 § 1er alinéa 11 du Statut du 06/06/1994;
Vu le rapport défavorable établi en date du 2 avril 2009 par la Conseillère pédagogique concernant Madame Nawal BAKKALI, institutrice maternelle temporaire prioritaire en vue de sa nomination à temps partiel (13/26);

Décide :

- de ne pas procéder, pendant l'année scolaire 2008/2009, à la nomination de Madame Nawal BAKKALI, en qualité d'institutrice maternelle à temps partiel (13/26).".

Dans son mémoire en réplique, la requérante étend l'objet de sa requête à cette décision du 21 avril 2009, contre laquelle elle prend un moyen nouveau.

3. Le 29 avril 2009, le conseil communal a nommé Estelle CELLAURO à titre définitif en qualité d'institutrice maternelle avec un horaire incomplet (13/26) à partir du 1er avril 2009.

Il s'agit du premier acte attaqué.

4. Par une décision prise en séance du 27 janvier 2010, le conseil communal de Saint-Josse-Ten-Noode a décidé, de nommer la requérante "en qualité d'institutrice maternelle pour un horaire complet : 26 périodes semaine (26/26) à partir du 1er janvier 2010".

Cette décision n'a été versée aux pièces de la procédure par le conseil de la partie adverse que le 16 septembre 2010, veille de l'audience.

I. Quant à la recevabilité de la demande d'extension d'objet de la requête

Considérant qu'il n'apparaît pas que la décision du 21 avril 2009 refusant de nommer la requérante lui ait été notifiée ni portée à sa connaissance avant l'introduction du présent recours; que la requérante n'en a pris connaissance qu'en consultant le dossier administratif déposé par la partie adverse dans le cadre de la présente procédure; que, dans ces conditions, la demande d'extension de l'objet de la requête, telle qu'elle résulte clairement du mémoire en réplique, doit être accueillie, la décision du 21 avril 2009 étant liée au premier acte attaqué; qu'il en résulte que la requérante ne poursuit plus l'annulation d'une décision implicite de refus de nomination, comme elle l'a été initialement mentionné, mais l'annulation du refus exprès de la nommer découlant de la décision du 21 avril 2009;

II. Quant à l'intérêt de la requérante

Considérant que, dans le courrier du 16 septembre 2010 auquel est annexé la décision du conseil communal prise en séance du 27 janvier 2010 ainsi qu'à l'audience, le conseil de la partie adverse soutient que, compte tenu de cette décision, la requérante n'a plus d'intérêt au recours;

Considérant que la requérante a répondu à juste titre à l'audience que la décision attaquée avait pour effet de conférer à Estelle CELLAURO une ancienneté qui

lui valait un meilleur classement, en manière telle qu'elle conservait un intérêt à en poursuivre l'annulation;

III. Quant au fond

Considérant que la requérante prend un moyen unique de la violation des articles 30, 31 et 34 du décret du 6 juin 1994 fixant le statut des membres du personnel subsidié de l'enseignement officiel subventionné et de l'excès de pouvoir; qu'elle fait valoir qu'un emploi d'institutrice maternelle était vacant au sein des établissements scolaires organisés par la partie adverse, en date du 15 avril 2008, qu'il a fait l'objet d'un appel à candidatures au mois de mai 2008, qu'elle a répondu à cet appel à candidatures, que cet emploi étant toujours vacant le 1er octobre 2008, il devait être pourvu par une nomination au plus tard le 1er avril 2009 en application de l'article 31 du décret du 6 juin 1994 précité, qu'à cette date, elle répondait à toutes les conditions de nomination énoncées à l'alinéa 1er de l'article 30 du même décret, y compris à la condition fixée au point 11/, dès lors que, à cette date, aucun rapport favorable ou défavorable n'ayant été rédigé à son sujet par le chef d'établissement ou par le délégué pédagogique du pouvoir organisateur, elle était réputée satisfaire à cette condition par application de l'alinéa 3 du même article, qu'étant classée en première position au classement des temporaires et répondant aux conditions de nomination au 1er avril 2009, elle devait nécessairement être nommée au plus tard à cette date, conformément aux dispositions des articles 31 et 34 du décret du 6 juin 1994 et que c'est donc irrégulièrement qu'Estelle CELLAURO, moins bien classée, a été nommée; qu'elle ajoute que la partie adverse soutiendrait en vain qu'elle a fait l'objet d'un rapport défavorable rédigé par la déléguée pédagogique le 2 avril 2009 et qu'elle ne répondait dès lors pas aux conditions de nomination puisque ce rapport a été établi à une date postérieure à celle fixée à l'article 30, § 1er, alinéa 1er , du décret du 6 juin 1994 qui précise que les conditions de nomination doivent être remplies "au moment de la nomination définitive", et que ce rapport négatif a été rédigé le jour qui a suivi la date ultime de prise de cours de la nomination; qu'elle fait valoir encore, subsidiairement, que l'alinéa 7 de l'article 31 du décret du 6 juin 1994 dispose que : "Toutefois, dans l'enseignement préscolaire et primaire, les nominations définitives dans les emplois vacants sont effectuées chaque année au plus tard lors de la seconde réunion du pouvoir organisateur qui suit la réception de la dépêche ministérielle fixant le nombre d'emplois subventionnés pour l'année scolaire en cours", qu'elle n'est pas en mesure de connaître la date à laquelle la partie adverse a reçu cette dépêche mais mais qu'elle doit être antérieure au mois de février 2009, que le conseil communal se réunit en principe une fois par mois en sorte que sa nomination devait avoir été décidée bien avant le 2 avril 2009 et qu'en soutenant qu'au moment où elle a statué sur la nomination d'Estelle CELLAURO, la

requérante faisait l'objet d'un rapport défavorable l'empêchant d'être nommée, "la partie adverse invoquerait sa propre turpitude"; qu'elle affirme encore qu'à supposer même que la partie adverse ait pu décider de la nomination postérieurement au 1er avril 2009, elle ne pouvait tenir compte du rapport défavorable, celui-ci ne pouvant être tenu pour définitif, dès lors qu'elle avait introduit un recours à son encontre devant la commission paritaire locale qui n'avait toujours pas statué au moment où la décision avait été prise;

Considérant que, dans son mémoire en réponse, la partie adverse soutient, en substance, que l'évaluation défavorable de la requérante a été établie avant le 1er avril 2009, que la requérante a été avertie verbalement de la teneur de ce rapport défavorable à la fin d'une visite qui se serait déroulée le 30 mars 2009, qu'une copie de ce rapport de visite n'a pu lui être remise de la main à la main le lendemain, 31 mars 2009, comme il est d'usage, parce que la requérante s'est trouvée, dès cette date, en congé de maladie, ce qui a contraint la partie adverse à l'envoyer par recommandé pendant les vacances de Pâques, que le recours contre une évaluation défavorable devant la commission paritaire locale, en abrégé la COPALOC, n'est pas suspensif, que l'évaluation défavorable continue de produire ses effets jusqu'à ce que cet organe ait statué sur le recours, en sorte que l'introduction de celui-ci par la requérante ne pouvait empêcher la partie adverse de tenir compte de l'évaluation défavorable dans la procédure de nomination, que la requérante confond la date de la décision de nomination avec celle de sa prise d'effet, qu'il ressort de l'article 31 du décret que la date de prise d'effet de la nomination définitive ne coïncide pas nécessairement avec la date de la décision de nomination et qu'il peut y avoir rétroactivité de la décision, qu'en prévoyant, d'une part, que la nomination doit prendre effet au plus tard le 1er avril de l'année scolaire en cours et, d'autre part, que la nomination doit être effectuée au plus tard lors de la seconde réunion du pouvoir organisateur qui suit la réception de la dépêche ministérielle fixant le nombre d'emplois subventionnés pour l'année scolaire en cours, le législateur communautaire a implicitement mais certainement considéré que la prise d'effet pouvait, dans certains cas, être antérieure à la nomination proprement dite pour peu qu'elle ait eu lieu au plus tard le 1er avril, qu'un acte administratif peut rétroagir en vertu de l'autorisation implicite du législateur, que la nomination définitive d'Estelle CELLAURO a bien été effectuée dans le délai visé à l'alinéa 7 de l'article 31 du décret du 6 juin 1994, qu'en l'espèce, la dépêche ministérielle visée par cette disposition a été établie le 24 février 2009 par la Communauté française et réceptionnée vers la fin du mois de février de la même année, que la seconde réunion du conseil communal n'a eu lieu que le 29 avril 2009, que la nomination définitive à l'emploi vacant en cause devait donc être effectuée au plus tard à cette date, ce qui a été le cas en l'espèce, que la seule circonstance que l'évaluation défavorable de la requérante ait

été établie le lendemain du 1er avril 2009 n'implique pas qu'elle n'ait pu être prise en considération par la partie adverse lors de l'examen de la candidature de la requérante, que la partie adverse pouvait procéder à cet examen après le 1er avril 2009 pour peu que la décision de nommer le candidat retenu produise ses effets à cette date, qu'elle ne pouvait faire fi d'une évaluation qui mettait en évidence les lacunes du travail réalisé par la requérante puisqu'il s'agissait de nommer le candidat présentant les aptitudes normalement attendues pour la fonction concernée et qu'"il est donc [...] inexact d'affirmer, comme le fait la partie requérante, qu'en prenant en considération l'évaluation défavorable, la partie adverse aurait invoqué sa propre turpitude";

Considérant que la requérante soutient, dans son mémoire en réplique, que les allégations de la partie adverse selon lesquelles le rapport défavorable aurait été établi en fait avant le 1er avril 2009 et sa teneur communiquée dès le 30 mars 2009 ne reposent sur aucune pièce du dossier administratif, qu'en tout état de cause, selon les dispositions du décret, la condition d'avoir fait l'objet d'un rapport de service favorable reste acquise par défaut aussi longtemps qu'un rapport défavorable n'est pas "rédigé", que selon l'article 30, § 1er, du décret, les mots "moment de la nomination" doivent s'entendre comme signifiant la date de prise d'effet de celle-ci, que selon le moment auquel parvient au pouvoir organisateur la dépêche ministérielle, celui-ci doit respecter le délai le plus strict des deux délais prévus à l'article 31 du décret du 6 juin 1994, que si la dépêche ministérielle parvient rapidement à l'autorité, en manière telle que la deuxième réunion du pouvoir organisateur suivant cette réception a lieu avant le 1er avril de l'année, le pouvoir organisateur doit procéder aux nominations à la date de cette réunion sans pouvoir attendre le 1er avril de l'année et que les conditions de nomination doivent en effet être réunies au jour de l'adoption de l'acte, que si, au contraire, le pouvoir organisateur reçoit la dépêche à une date ne lui imposant pas de procéder aux nominations avant le 1er avril, c'est à cette date que l'autorité devra se reporter pour apprécier si les conditions de nomination étaient réunies, que si le décret précise en son article 31, alinéa 8, que la nomination prend effet le 1er avril, on ne peut en déduire que le "moment de la nomination" devrait être celui où l'acte est accompli par l'autorité et non celui où il doit prendre effet et qu'il ne serait d'ailleurs pas admissible que l'autorité pût retarder le moment où les conditions de nomination doivent être remplies par les candidats en fonction de son propre agenda de réunion, qu'à supposer qu'il faille admettre que le rapport défavorable du 2 avril 2009 ait pu être pris en considération, il revenait à l'autorité de s'organiser au mieux afin que l'enseignant objet d'un rapport défavorable pût en prendre connaissance en temps utile et exercer utilement les voies de recours avant que l'autorité ne statue sur sa candidature et que la partie adverse a violé le principe de bonne administration en lui soumettant ce rapport seulement le 18 avril 2009, soit trois jours avant de prendre la

décision de ne pas la nommer, que, subsidiairement, la requérante affirme qu'il est impossible de vérifier si la réunion du conseil communal du 29 avril 2009 au cours de laquelle la première décision attaquée a été adoptée était bien la seconde réunion du conseil communal après réception de la dépêche ministérielle du 24 février 2009, que cette dépêche a probablement été reçue le lendemain, 25 février, soit un mercredi, avant la séance du conseil communal du même jour, en sorte que la nomination a dû être présentée au conseil communal lors de sa réunion du 25 mars 2009;

Considérant que, selon l'article 31, alinéa 8, du décret du 6 juin 1994, tel que remplacé par l'article 9, 4/, du décret du 8 février 1999 portant diverses mesures en matière d'enseignement, "les nominations définitives opèrent leurs effets au plus tard le 1er avril, uniquement dans les emplois visés à l'alinéa 2 qui étaient encore vacants au 1er octobre de l'année scolaire en cours"; que cette disposition est d'application dans l'enseignement préscolaire et primaire; qu'elle doit être combinée avec l'article 31, alinéa 7, du même décret qui dispose que "toutefois dans l'enseignement préscolaire et primaire, les nominations définitives dans les emplois vacants sont effectuées chaque année au plus tard lors de la seconde réunion du pouvoir organisateur qui suit la réception de la dépêche ministérielle fixant le nombre d'emplois subventionnés pour l'année scolaire en cours"; que cette date soit antérieure ou postérieure au 1er avril n'empêche pas que la nomination définitive doit prendre effet au plus tard le 1er avril; que ces dispositions obligent à apprécier la légalité d'une nomination définitive postérieure au 1er avril non pas, comme il est de règle, à la date où celle-ci est décidée, mais à celle à laquelle elle doit, selon le décret, prendre effets au plus tard, soit au 1er avril 2009 en l'espèce; que le rapport défavorable à la requérante n'a été établi que le 2 avril 2009, alors que la nomination d'Estelle CELLAURO par préférence à la requérante mieux classée a été décidée le 29 avril 2009 avec effet au 1er avril 2009; que moyen est donc fondé;

Considérant que dans son mémoire en réplique, la requérante prend encore un moyen, nouveau, de la "violation du décret du 6 juin 1994 fixant le statut du personnel subsidié de l*enseignement officiel subventionné (art. 28 et s.); - Violation des principes généraux du droit administratif et particulièrement du principe de bonne administration et d*équitable procédure; - Incompétence de l*auteur de l*acte; - Fondement irrégulier, - Excès de pouvoir"; qu'elle affirme, en une première branche, que c'est le collège des bourgmestre et échevins qui a décidé, le 21 avril 2009, de ne pas la nommer alors que, en vertu des dispositions invoquées au moyen, le pouvoir de nomination et donc celui de refuser une nomination, revient au Pouvoir organisateur, c*est-à-dire, en l'espèce, au conseil communal; qu'en une seconde branche, elle soutient que la décision de refus de la nommer prise par le collège des bourgmestre et échevins

emporte que le conseil communal n*a pas été saisi de sa candidature mais uniquement de celle d'Estelle CELLAURO, qu'ainsi, le conseil communal n'a pas été mis en mesure de prendre sa décision en toute connaissance de cause et que l*acte de nomination d'Estelle CELLAURO qui fait suite à l*exclusion irrégulière de la requérante, qui en est le corollaire, doit être déclaré irrégulier et être annulé;

Considérant que la compétence de nommer et, parallèlement, celle de ne pas nommer le personnel enseignant appartient au conseil communal, en application, s'agissant d'une commune de la Région de Bruxelles-Capitale, de l'article 149 de la nouvelle loi communale; que c'est en méconnaissance de cette règle que le collège des bourgmestre et échevins a refusé de nommer la requérante en qualité d'institutrice maternelle temporaire prioritaire cours de sa séance du 21 avril 2009; que, consécutivement, c'est irrégulièrement que le conseil communal a décidé, le 29 avril 2009, que, l'emploi étant demeuré vacant, il pouvait nommer Estelle CELLAURO en qualité d'institutrice maternelle; que le moyen, en ses deux branches réunies, est fondé,

D E C I D E :

Article 1er.

Sont annulés :

- l'arrêté du collège des bourgmestre et échevins de Saint-Josse-Ten-Noode du 21 avril 2009 décidant de ne pas procéder, pendant l'année scolaire 2008/2009, à la nomination de Madame Nawal BAKKALI, en qualité d'institutrice maternelle à temps partiel (13/26);

- la délibération du conseil communal de Saint-Josse-Ten-Noode du 29 avril 2009 nommant à titre définitif Estelle CELLAURO en qualité d'institutrice maternelle pour un horaire incomplet (13/26) à partir du 1er avril 2009.

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 cinq octobre deux mille dix par :

M.	Paul LEWALLE,	Conseiller d'Etat, Président f.f.,
M[me]	Katty LAUVAU,	Greffier.

Le Greffier, Le Président f.f.,

Katty LAUVAU. Paul LEWALLE.