

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R Ê T

n° 236.051 du 11 octobre 2016

A. 216.183/VIII-9730

En cause : **XXXX**,
ayant élu domicile chez
M^e Cédric MOLITOR, avocat,
rue de Suisse 24
1060 Bruxelles,

contre :

l'État belge, représenté par le
ministre de la Santé publique,
ayant élu domicile chez
M^{es} Jérôme SOHIER et Maxime CHOMÉ, avocats,
rue Emile De Mot 19
1000 Bruxelles.

LE CONSEIL D'ÉTAT, VIII^e CHAMBRE,

Vu la requête introduite le 16 juin 2015 par XXXX qui demande l'annulation de :

- " - la décision de la partie adverse communiquée par lettre du 17 décembre 2014 d'«annuler le congé d'adoption» dont la requérante avait bénéficié du 27 janvier 2014 au 7 mars 2014, et de lui «accorder le congé d'accueil» ;
- la décision du Directeur du Service d'Encadrement Personnel et Organisation du S.P.F. Santé Publique, communiquée par lettre, du 2 avril 2015, refusant de «donner (une) suite favorable à (sa) demande de congé d'adoption»";

Vu les mémoires en réponse et en réplique régulièrement échangés;

Vu le rapport d'Erik BOSQUET, premier auditeur au Conseil d'État, rédigé sur la base de l'article 12 du règlement général de procédure;

Vu la notification du rapport aux parties et le dernier mémoire de la partie requérante;

Vu l'ordonnance du 9 août 2016 fixant l'affaire à l'audience publique du 7 octobre 2016;

Entendu, en son rapport, Frédéric GOSSELIN, conseiller d'État;

Entendu, en leurs observations, M^e Cédric MOLITOR, avocat, comparaissant pour la partie requérante, et M^e Maxime CHOMÉ, avocat, comparaissant pour la partie adverse;

Entendu, en son avis, Erik BOSQUET, premier auditeur;

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

Considérant que les faits utiles à l'examen du recours se présentent comme suit :

1. La requérante est agent statutaire du SPF Santé Publique, Sécurité de la chaîne alimentaire et Environnement.

2. À la fin de l'année 2013, dans la perspective de l'adoption d'un enfant, elle envisage de solliciter un congé d'adoption (de six semaines) suivi d'une interruption de carrière.

3. À une date non précisée, le congé d'adoption est octroyé pour la période du 27 janvier au 7 mars 2014.

4. Par un courriel du 13 février 2014, la requérante confirme à la partie adverse son intention de prolonger son congé d'adoption par un congé parental.

5. Le 25 février 2014, la Communauté française atteste que l'enfant "a été confié en vue d'adoption" à la requérante et son époux.

6. Le 5 mars 2014, il est inscrit dans le registre des étrangers de la ville de Namur, à l'adresse de la requérante et de son époux.

7. À l'échéance du congé d'adoption le 7 mars 2014, la requérante passe sous le régime d'une interruption de carrière complète (dans le cadre du congé parental) pendant quatre mois.

8. Le 16 juin 2014, la requérante adresse le courriel suivant à [J.M.], du SPF Personnel et Organisation :

" Objet : question importante

[J.]

Est-ce qu'un congé d'accueil et un congé d'adoption sont cumulable[s] ?

Parce que finalement c'est ce qu'on a fait, on s'est vu confi[er] un enfant par le juge, nous sommes actuellement ses tuteurs légaux et ensuite seulement on fait les démarches en Belgique pour l'adopter et cela va encore durer 6 mois minimum, avec de nouveau enquête du procureur, assistants sociaux, etc.,...

Parce que dans l'affirmative, le congé que j'ai pris serait plutôt un congé d'accueil.

Qu'en penses-tu ?

XXXX".

9. S'ensuit un échange de courriels entre [J.M.] et la requérante, au terme duquel celle-ci lui suggère, le 2 juillet 2014, qu'elle lui adresse officiellement un refus de congé motivé afin qu'elle prenne ses dispositions.

10. Par un courriel du 15 juillet 2014, [J.M.], se fondant elle-même sur des informations communiquées par la Communauté française, informe la requérante que la procédure d'adoption qu'elle a entamée "est bien une seule procédure, même si dans le cas du Maroc elle se fait en [deux] étapes", et que "le congé d'accueil est réservé pour d'autres cas, comme par exemple pour les enfants du juge qui devraient être placés en famille d'accueil".

Elle lui précise également qu'elle attend "encore des précisions du SPF P&O par rapport aux conditions de ces congés".

11. Par une note du 26 novembre 2014, le président du comité de direction ad interim du SPF Personnel et Organisation informe [J.M.] de ce qui suit :

" (...)

La kafala telle que le droit marocain la décrit, se définit comme une institution dans laquelle le parent qui accueille l'enfant exerce sur celui-ci une autorité parentale mais sans qu'un lien de filiation ne s'établisse au sens juridique du terme. L'adoption quant à elle fait de l'adopté l'enfant de l'adoptant. La lecture de la jurisprudence belge confirme ce constat que la kafala n'est pas une adoption (Cour du Travail de Mons, arrêt du 3 septembre 2009, R.G. 21.342). Sur le plan civil belge, la kafala, si elle est reconnue, est donc davantage assimilée à une tutelle officielle.

Dès lors, dans le cas que vous évoquez, seul un congé d'accueil peut avoir été octroyé au membre du personnel concerné.

Par ailleurs, à supposer que par la suite une procédure d'adoption soit engagée à l'égard de l'enfant et qu'elle rencontre toutes les exigences spécifiques de cette

adoption (art 361-5 C. Civ.), il n'est pas possible d'accorder un congé d'adoption dans ce cadre dans la mesure où les conditions pour obtenir ce congé ne sont pas réunies (congé d'adoption dans les 4 mois qui suivent l'accueil de l'enfant en vue de l'adoption (début des 4 mois : inscription au registre de la population ou au registre des étrangers)

(...)"

12. Par un courriel du 4 décembre 2014, le SPF P&O précise à [J.M.] que "l'octroi des deux congés est impossible de manière successive. En effet pour le congé d'adoption, la condition de prise de ce congé dans les [quatre] mois qui suivent l'accueil de l'enfant au sein de la famille n'est pas respecté[e]. Pour le reste, sur le plan civil, la kafala n'est pas une adoption en droit belge et par conséquent il n'existe qu'un accès possible au congé d'accueil au cas par cas".

13. Le 17 décembre 2014, un attaché du service P&O de la partie adverse adresse le courrier suivant à la requérante :

" (...)

En date du 16/06/2014 vous nous avez posé la question de savoir si vous pouviez bénéficier d'un congé d'accueil en plus du congé d'adoption dont vous avez bénéficié du 27/01/2014 au 7/03/2014 suite à la procédure de Kafala entamée au Maroc.

Étant donné la complexité de la matière et l'absence de situation analogue au sein de notre SPF, nous avons demandé l'avis du SPF P&O dont vous trouverez une copie de la lettre de réponse ci-joint.

La Kafala étant davantage assimilée à une tutelle officieuse, vous pouvez bien bénéficier du congé d'accueil. Par ailleurs, à supposer que la procédure d'adoption entamée rencontre toutes les exigences spécifiques requises, vous ne pourrez pas bénéficier du congé d'adoption dans la mesure où les conditions pour obtenir ce congé ne seront pas réunies, à savoir que ce congé doit être pris dans les 4 mois qui suivent l'accueil de l'enfant en vue de l'adoption.

Le congé d'adoption qui vous a été accordé du 27/01/2014 au 7/03/2014 l'a été sur base des éléments que vous nous avez fourni[s] fin 2013. Cependant, suite à l'avis rendu par le SPF P&O, nous devons régulariser la situation, à savoir annuler le congé d'adoption et vous accorder le congé d'accueil.

Toutefois, étant donné que le congé d'accueil doit débiter à la date à laquelle l'enfant est effectivement recueilli dans votre famille, celui-ci débutera au 5/03/2014, date à laquelle Samir a été effectivement accueilli (date d'inscription au registre de la population).

Par conséquent, la période du 27/01/2014 au 4/03/2014 (27 jours ouvrables) devra être régularisée, soit par des jours de congé, soit par des jours de congé pour motifs impérieux (non payés), par une interruption de carrière classique à temps plein d'un mois, ou une combinaison de ces différentes possibilités.

La période du 5/03/2014 au 16/04/2014 inclus sera par ailleurs transformée en congé d'accueil avec les conditions qui s'y rapportent, à savoir le paiement de votre traitement à 100 %, pas d'impact sur les congés annuels ni sur le crédit de maladie.

L'interruption de carrière pour congé parental à temps plein devra, quant à elle, débuter à partir du 17/04/2014 pour une période de 4 mois, soit jusqu'au 16/08/2014. Nous vous demandons pour cela de prendre contact avec l'ONEM en leur transmettant le formulaire C61FS joint à la présente lettre.

Les jours de congé de formation qui vous ont été accordé en juillet ainsi que le jour de circonstance pour le décès de votre mère du 10/07 au 18/07/2014 peuvent être déplacés.

Votre congé parental du 22/07/2014 au 21/08/2014 peut être annulé. La période du 18/08 au 21/08/2014 peut être régularisée par les jours de congé de formation.

En régularisant votre situation de la sorte, le solde de vos congés annuels s'élève pour l'année 2014 à 15 jours (dont 6 jours pris/planifiés) donc un solde de 9 jours restant. Le solde de vos MIOF s'élève à 25 jours (dont 16 jours pris) donc un solde restant de 9 jours.

Nous sommes à votre disposition pour toute question complémentaire ou demande de précision.

(...)"

Ce courrier constitue le premier acte attaqué.

14. Le 9 février 2015, la requérante participe à une réunion avec deux membres du service P&O du SPF Santé publique au cours de laquelle il lui est répété qu'elle n'a pas droit à un congé d'adoption mais bien à un congé d'accueil.

À la suite de cette réunion, la requérante introduit le même jour une "demande de congé d'accueil et d'adoption".

15. Pour donner une suite à la demande de réexamen formulée par la requérante, [J.M.] réinterroge le SPF P&O le 10 février 2015 pour qu'il soit vérifié si le cumul d'un congé d'adoption et d'un congé d'accueil n'est pas possible dans le cas d'une kafala.

16. Par un courriel du 19 mars 2015, le SPF P&O répond comme suit à cette demande de vérification :

" (...)

J'ai examiné à nouveau le dossier que tu m'as resoumis concernant le congé d'accueil dans le cadre d'une procédure de KAFALA. La position du SPF P&O demeure conforme à ce qui a été communiqué dans le courrier qui vous a été adressé en date du 26 novembre 2014. En conséquence je ne puis que confirmer la réponse ainsi faite :

Il n'est pas possible de cumuler les deux congés que sont le congé d'adoption ou le congé d'accueil. Dans le cas d'espèce, la situation doit être analysée de la manière suivante :

Il y a en premier le mécanisme de la kafala au Maroc. Dans sa forme de base, la

kafala n'est pas assimilable à un congé d'adoption selon le droit belge mais s'apparente à une tutelle officieuse qui peut faire l'objet d'un congé d'accueil selon les dispositions réglementaires belges applicables au membre du personnel de la fonction publique fédérale.

Ensuite, il faut tenir compte du fait que par la réforme de la loi sur l'adoption, un nouvel article 361-5 C.Civ. permet de déroger aux règles classiques d'adoption du droit belge (articles 361-3 et 361-4 C.Civ.) et rend possible pour les parents accueillants notamment dans le cadre d'une Kafala, sous réserve de remplir 4 conditions spécifiques, la possibilité d'introduire une requête en adoption devant le tribunal de la jeunesse (procédure 1230-40 et ss c. Judiciaire) ce n'est qu'en cas d'aboutissement de cette procédure qu'il sera possible de réellement assimiler la procédure initiale à une adoption.

En conséquence, le congé d'accueil était le seul possible. Et si besoin en est, il faut aussi ajouter que compte tenu de ce qui est expliqué ci-dessus, en tout état de cause, les conditions pour obtenir le congé d'adoption n'étaient pas réunies au moment opportun (congé d'adoption dans les 4 mois qui suivent l'accueil de l'enfant en vue de l'adoption (début des 4 mois : inscription au registre de la population ou au registre des étrangers).

(...)"

17. Le 2 avril 2015, la partie adverse adresse le courrier suivant à la requérante :

" (...)

Nous revenons vers vous concernant votre demande de congé d'adoption.

Comme convenu lors de notre entretien du 9/02/2015 nous avons contacté le SPF P&O afin qu'ils réexaminent la question posée initialement de savoir s'il est possible de cumuler les deux types de congés (accueil et adoption) dans le cas bien précis de la Kafala.

Le SPF P&O nous a transmis leur réponse, qui demeure conforme à l'avis rendu en date du 26/11/2014 (voir ci-joint). Ils clarifient leur réponse de la manière suivante (copie du mail ci-joint) :

Il n'est pas possible de cumuler les deux congés que sont le congé d'adoption ou le congé d'accueil. Dans le cas d'espèce, la situation doit être analysée de la manière suivante :

Il y a en premier le mécanisme de la kafala au Maroc. Dans sa forme de base, la kafala n'est pas assimilable à un congé d'adoption selon le droit belge mais s'apparente à une tutelle officieuse qui peut faire l'objet d'un congé d'accueil selon les dispositions réglementaires belges applicables au membre du personnel de la fonction publique fédérale.

Ensuite, il faut tenir compte du fait que par la réforme de la loi sur l'adoption, un nouvel article 361-5 C.Civ. permet de déroger aux règles classiques d'adoption du droit belge (articles 361-3 et 361-4 C.Civ.) et rend possible pour les parents accueillants notamment dans le cadre d'une Kafala, sous réserve de remplir 4 conditions spécifiques, la possibilité d'introduire une requête en adoption devant le tribunal de la jeunesse (procédure 1230-40 et SS c. Judiciaire). Ce n'est qu'en cas d'aboutissement de cette procédure qu'il sera possible de réellement assimiler la procédure initiale à une adoption.

En conséquence, le congé d'accueil était le seul possible. Et si besoin en est, il faut aussi ajouter que compte tenu de ce qui est expliqué ci-dessus, en tout état de cause, les conditions pour obtenir le congé d'adoption n'étaient pas réunies au moment opportun (congé d'adoption dans les 4 mois qui suivent l'accueil de

l'enfant en vue de l'adoption (début des 4 mois : inscription au registre de la population ou au registre des étrangers).

Par conséquent, nous ne pouvons malheureusement pas donner de suite favorable à votre demande de congé d'adoption.

Comme expliqué dans notre courrier du 17/12/2014, la conséquence de vous accorder un congé d'accueil au lieu d'un congé d'adoption nécessite de régulariser la situation au niveau de Protime et du SCDF.

Les périodes concernées sont les suivantes :

- Du 27/01 au 4/03/2014 (27 jours ouvrables à régulariser)
- Du 5/03 au 16/04/2014 : congé d'accueil (même conditions que le congé d'adoption)
- Modification des dates de début et de fin de votre interruption de carrière à temps plein, soit du 17/04 au 16/08/2014
- Votre congé parental du 22/07 au 21/08/2014 pourrait être annulé
- Du 18 au 21/8 (4 jours ouvrables à régulariser)

Étant donné qu'il ne vous reste plus qu'un jour de congé de l'année 2014, nous allons devoir trouver d'autres moyens pour régulariser au total les 31 jours ouvrables (MIOF, autres ?)

Pouvez-vous nous faire part de votre choix dans les plus brefs délais afin que nous puissions communiquer les informations au SCDF ?

Nous restons à votre disposition pour toute question complémentaire.

(...)"

Ce courrier constitue le second acte attaqué;

Considérant qu'à l'appui d'une seconde exception d'irrecevabilité, la partie adverse conteste la compétence du Conseil d'État; qu'elle fait observer que la requérante "semble invoquer un droit à tels ou tels congés qui ne laisserait, selon elle, aucun pouvoir d'appréciation à la partie adverse"; qu'elle fait valoir que la requérante semble poursuivre davantage la "réparation d'un préjudice qui lui aurait été causé par une information erronée donnée par [ses] services (...), ce qui l'aurait obligée à régulariser des jours d'absence, lesquels n'étaient, en réalité, pas couverts par le type de congé dont elle a bénéficié"; qu'elle soutient que l'objet véritable du recours n'est donc pas d'obtenir l'annulation des actes attaqués mais bien plutôt la reconnaissance d'un droit subjectif à un certain type de congé que la requérante a revendiqué;

Considérant que, par deux arrêts n^{os} 213.310 et 213.311 du 17 mai 2011, le Conseil d'État a considéré "que la seule circonstance qu'une contestation porte sur une décision qu'une autorité administrative [estime avoir dû prendre] sur la base d'une norme [liant] sa compétence n'implique pas nécessairement qu'elle ait pour objet direct et véritable un droit subjectif, ni que la compétence du Conseil d'État soit exclue; qu'en effet, l'existence d'une contestation ayant pour objet un droit subjectif suppose que la partie demanderesse fasse état d'une obligation juridique

déterminée qu'une règle de droit impose directement à l'autorité administrative, à l'exécution de laquelle cette autorité est tenue en vertu d'une compétence liée et à l'exécution de laquelle la partie demanderesse a un intérêt (Cass., 20 décembre 2007, C.06.0574.F et Cass., 24 septembre 2010, C.08.0429.N); qu'en l'espèce, [la partie requérante] ne se prévaut pas à l'égard de la partie adverse d'une obligation à l'exécution de laquelle [elle] a un intérêt; qu'au contraire, [elle] conteste l'existence d'une obligation par laquelle la partie adverse estime être tenue et à l'exécution de laquelle [la partie requérante] n'a pas d'intérêt dès lors qu'elle emporte une modification défavorable de sa situation administrative"; que, rejetant les pourvois formés contre ces deux arrêts, la Cour de cassation a validé cette jurisprudence en précisant que la circonstance que la réunion des conditions prévues par la réglementation applicable dans ces deux espèces entraînerait de plein droit une décision de la partie adverse "sans [qu'elle] dispose à cet égard du moindre pouvoir d'appréciation n'est pas de nature à exclure la compétence du Conseil d'État dès lors qu'à l'obligation ainsi imposée à l'autorité administrative ne correspond pas un droit subjectif de ce membre du personnel" (Cass., 8 septembre 2016, C.11.0455.F et C.11.0457.F); que, se référant explicitement à ces arrêts de la Cour de cassation, l'assemblée générale de la section du contentieux administratif du Conseil d'État a, par un arrêt n° 236.002 du 6 octobre 2016, confirmé que "Conformément aux arrêts de la Cour de cassation du 8 septembre 2016 précités, le requérant n'invoque aucune obligation juridique déterminée qu'une règle de droit objectif impose directement à la partie adverse et à l'exécution de laquelle il a intérêt. Par contre, il conteste bien l'existence d'une obligation à laquelle la partie adverse affirme être tenue et à l'exécution de laquelle il n'a pas d'avantage étant donné que cette obligation influence défavorablement sa position administrative. Par conséquent, l'objet véritable et direct du recours ne concerne pas un litige relatif à un droit subjectif, pour lequel les cours et tribunaux seraient exclusivement compétents";

Considérant qu'en l'espèce, il convient de rappeler que la requérante demande l'annulation, d'une part, de la décision lui retirant le congé d'adoption précédemment octroyé et lui accordant un congé d'accueil et, d'autre part, de la décision ultérieure selon laquelle "le congé d'accueil était le seul possible" et qui rejette dès lors sa demande de congé d'adoption; qu'il résulte de cet objet et des développements de la requête que la requérante ne se prévaut pas d'une obligation incombant à la partie adverse dont l'exécution présente un avantage dans son chef; qu'au contraire, elle attaque une mesure qui lui fait grief en raison de l'inconvénient qu'elle entraîne quant à sa situation administrative, et ne revendique pas le bénéfice d'un avantage à l'appui de son recours; qu'elle conteste, en effet, l'existence de l'obligation par laquelle la partie adverse s'estime tenue de lui octroyer un congé d'accueil; que l'exécution de cette obligation ne présente aucun avantage dans son chef dès lors qu'elle engendre une modification de sa situation administrative; que le

présent recours n'a donc ni pour objet direct ni pour objet véritable un droit subjectif; que, contrairement à ce qu'allègue la partie adverse, il n'apparaît pas, à la lecture de la requête, que la requérante chercherait à se voir reconnaître un quelconque droit subjectif à caractère civil; que les différents moyens de la requête visent tous à faire corriger une illégalité entachant les actes attaqués; que le recours a pour objet véritable et direct l'annulation de l'acte modifiant la situation administrative de la requérante et vise au rétablissement de cette situation (Cass., 11 juin 2010, C.09.0336.F); qu'elle ne pourrait atteindre ce but par une action devant les tribunaux de l'ordre judiciaire (Cass., 13 février 2004, C.03.0428.F); que le Conseil d'État est donc compétent pour déterminer si la partie adverse a décidé légalement de modifier la situation administrative de la requérante; que l'exception d'irrecevabilité ne peut être accueillie;

Considérant qu'il y a lieu de rouvrir les débats afin que l'auditeur rapporteur examine l'autre exception d'irrecevabilité et les moyens de la requête, le cas échéant,

D É C I D E :

Article 1^{er}.

Les débats sont rouverts.

Article 2.

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

Article 3.

Les dépens sont réservés.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VIII^e
chambre, le onze octobre deux mille seize par :

Jacques VANHAEVERBEEK,	président de chambre,
Pascale VANDERNACHT,	conseiller d'État,
Frédéric GOSSELIN,	conseiller d'État,
Gregory DELANNAY,	greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Gr. DELANNAY.

J. VANHAEVERBEEK.