

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF
LE PRÉSIDENT DE LA VIII^e CHAMBRE

A R R Ê T

n^o 249.428 du 7 janvier 2021

A. 224.783/VIII-10.778

En cause : **ISTIRY** Freddy,
ayant élu domicile chez
M^e Jean BOURTEMBOURG, avocat,
rue de Suisse 24
1060 Bruxelles,

contre :

la Communauté française,
représentée par son Gouvernement,
ayant élu domicile chez
M^e Marc UYTENDAELE, avocat,
rue de la Source 68
1060 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 14 mars 2018, Freddy Istiry demande l'annulation de « la décision de la Ministre de l'Éducation du 20 décembre 2017 refusant de le nommer à titre définitif en qualité de préfet de l'Athénée Royal d'Evere avec effet au 1^{er} janvier 2016 ».

II. Procédure

Le dossier administratif a été déposé.

Les mémoires en réponse et en réplique ont été régulièrement échangés.

M. Paul Ernotte, premier auditeur au Conseil d'État, a rédigé un rapport sur la base de l'article 12 du règlement général de procédure.

Le rapport a été notifié aux parties.

Les parties ont déposé un dernier mémoire.

Par une ordonnance du 9 octobre 2020, l'affaire a été fixée à l'audience du 18 décembre 2020 et les parties ont été informées qu'elle sera traitée par une chambre composée d'un membre.

M. Frédéric Gosselin, conseiller d'État, président f.f., a exposé son rapport.

M^e Matthieu de Mûelenaere, *loco* M^e Jean Bourtembourg, avocat, comparaissant pour la partie requérante, et M^e Nathan Mouraux, *loco* M^e Marc Uyttendaele, avocat, comparaissant pour la partie adverse, ont été entendus en leurs observations.

M. Paul Ernotte, premier auditeur, a été entendu en son avis conforme.

Il est fait application des dispositions relatives à l'emploi des langues, inscrites au titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973.

III. Faits

Les faits utiles à l'examen du recours ont été exposés dans les arrêts n° 238.312 à 238.314 du 23 mai 2017. Il y a lieu de s'y référer en ajoutant les éléments suivants.

1. Par une lettre recommandée du 1^{er} décembre 2017, le conseil du requérant s'adresse à la partie adverse dans les termes suivants :

« J'ai l'honneur de vous adresser la présente en ma qualité de conseil de Monsieur Freddy Istiry, préfet de l'Athénée royal d'Evere.

Au terme de sa première année de stage, la Commission d'évaluation a attribué à mon client la mention "favorable".

Il se déduit de l'article 33, § 3, a, du décret du 2 février 2007 fixant le statut des directeurs que le directeur qui a obtenu la mention favorable est à nouveau évalué entre le 9^{ème} mois effectif et la fin du 12^{ème} mois effectif de la seconde année du stage et qu'à défaut d'évaluation réalisée dans ce délai, cette évaluation est présumée favorable.

L'article 33, § 3, a, alinéa 2, du même décret dispose comme suit :

"Le directeur est nommé ou engagé à titre définitif s'il obtient la mention 'favorable' à l'issue de cette seconde évaluation. Toutefois, dans ce cas, à la

demande du directeur, le stage peut être prolongé d'un an par le Gouvernement ou le pouvoir organisateur”.

La suspension préventive de mon client n'a pas mis fin à son stage et n'a pas pour effet de prolonger celui-ci.

Dès lors qu'aucune évaluation n'a été réalisée entre le 9^{ème} mois effectif et la fin du 12^{ème} mois effectif de la seconde année du stage, l'évaluation est réputée favorable.

La présente vaut explicitement mise en demeure d'avoir à nommer mon client à titre définitif, en qualité de préfet de l'Athénée royal d'Evere avec effet au 1^{er} janvier 2016.

Je me permets d'attirer votre attention sur la circonstance qu'en application de l'article 14, § 3, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, “lorsqu'une autorité administrative est tenue de statuer et qu'à l'expiration d'un délai de quatre mois prenant cours à la mise en demeure de statuer qui lui est notifiée par un intéressé, il n'est pas intervenu de décision, le silence de l'autorité est réputé constituer une décision de rejet susceptible de recours (...)”.

La présente vous est adressée sous toutes réserves et sans aucune reconnaissance.

[...] ».

2. La partie adverse répond comme suit par un courrier du 20 décembre 2017, qui n'indique pas les mentions prescrites par l'article 19, alinéa 2, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973 :

« J'ai bien reçu votre courrier du 1^{er} décembre 2017 dernier concernant l'objet repris sous rubrique.

Votre client, M. Istiry est entré [en] stage au 1^{er} janvier 2014 et a presté en tant que directeur stagiaire de manière effective jusqu'au 20 janvier 2015, date depuis laquelle il est suspendu préventivement. Celui-ci n'ayant pas été absent pour d'autres raisons, il a donc exercé ses fonctions de directeur stagiaire pendant un an et 20 jours et ne pourra prétendre à une nomination tant qu'il n'aura pas accompli deux années de stage. En effet, l'article 33 du décret du 2 février 2007 fixant le statut des directeurs précises que : “(...) Pour le calcul de la durée du stage accompli, sont seuls pris en considération les services effectifs rendus pendant la durée du stage (...)”.

Au vu de ce qui précède, votre client ne peut donc prétendre à une nomination.

[...] ».

Il s'agit de l'acte attaqué.

IV. Compétence du Conseil d'État

IV.1. Thèse de la partie adverse

La partie adverse observe qu'au regard des développements du moyen unique, le requérant estime que les dispositions qu'il invoque lient sa compétence et que, sans disposer d'une marge d'appréciation, elle est tenue de le nommer à titre définitif lorsque le directeur stagiaire remplit les conditions requises, « à savoir deux années de stage et deux évaluations favorables ou réputées favorables ». Elle cite de la jurisprudence et, tout en laissant cette appréciation à la sagesse du Conseil d'État, « se demande si le présent litige ne serait pas de la compétence exclusive des tribunaux de l'ordre judiciaire ».

Elle ne revient pas sur la compétence du Conseil d'État dans son dernier mémoire.

IV.2. Appréciation

L'article 33 du décret du 2 février 2007 'fixant le statut des directeurs et directrices dans l'enseignement', tel qu'en vigueur à la date de l'acte attaqué, disposait comme suit :

« Art. 33. § 1^{er}. Sans préjudice du § 3, le stage de directeur a une durée de deux ans. Pour le calcul de la durée du stage accompli, sont seuls pris en considération les services effectifs rendus pendant la durée du stage, en ce compris les vacances annuelles, les congés prévus aux articles 5, 5^{bis} et 7 de l'arrêté royal du 15 janvier 1974, ainsi que les congés en vue de l'adoption et de la tutelle officieuse et les congés de maternité prévus respectivement, au chapitre II^{bis} et au chapitre XIII du même arrêté royal du 15 janvier 1974.

[...]

§ 2. Entre le 9^e mois effectif et la fin du 12^e mois effectif de la première année du stage, la Commission d'évaluation visée à l'article 37 ou le pouvoir organisateur procède à l'évaluation du directeur stagiaire.

À défaut d'évaluation réalisée dans ce délai, celle-ci est présumée favorable. Toutefois, l'évaluation peut être organisée au retour du directeur stagiaire lorsque celui-ci est en congé en vue de l'adoption et de la tutelle officieuse ou en congé de maternité.

Pour l'application de l'alinéa 1^{er}, le pouvoir organisateur peut s'entourer d'experts.

L'évaluation se fonde sur l'exécution de la lettre de mission visée au chapitre III et sur la mise en pratique des compétences acquises dans le cadre des articles 13, 14 et 15.

Elle tient compte du contexte global dans lequel est amené à évoluer le directeur stagiaire et des moyens qui sont mis à sa disposition.

Le Gouvernement détermine les modalités selon lesquelles l'évaluation se déroule et fixe le modèle du rapport d'évaluation. L'évaluation aboutit à l'attribution d'une des mentions suivantes :

1° "favorable";

- 2° “réservée”;
- 3° “défavorable”.

Lorsque l'évaluation aboutit à l'attribution de la mention “réservée”, la mention attribuée lors de l'évaluation suivante, est soit “favorable” soit “défavorable”.

La mention obtenue par le directeur stagiaire est portée à la connaissance de ce dernier soit par lettre recommandée, soit par la remise d'une lettre de la main à la main avec accusé de réception.

§ 3.

a) Le directeur stagiaire qui a obtenu la mention “favorable” en fin de première année de stage, est à nouveau évalué entre le 9^e mois effectif et la fin du 12^e mois effectif de la seconde année du stage, selon les mêmes modalités qu'au § 2. À défaut d'évaluation réalisée dans ce délai, cette évaluation est présumée favorable. Toutefois, l'évaluation peut être organisée au retour du directeur stagiaire lorsque celui-ci est en congé en vue de l'adoption et de la tutelle officielle ou en congé de maternité.

Le directeur est nommé ou engagé à titre définitif s'il obtient la mention “favorable” à l'issue de cette seconde évaluation. Toutefois, dans ce cas, à la demande du directeur, le stage peut être prolongé d'un an par le Gouvernement ou le pouvoir organisateur.

Il est mis fin d'office au stage si le directeur obtient la mention “défavorable” à l'issue de cette seconde évaluation.

Le stage du directeur est prolongé de six mois si le directeur obtient la mention “réservée” à l'issue de la seconde évaluation. Dans ce cas, une troisième et dernière évaluation a lieu à l'issue de cette période.

Le directeur est nommé ou engagé à titre définitif s'il obtient la mention “favorable” à l'issue de cette dernière évaluation. Toutefois, dans ce cas, à la demande du directeur, le stage peut être prolongé d'un an par le Gouvernement ou le pouvoir organisateur.

Il est mis fin d'office au stage si le directeur obtient la mention “défavorable” à l'issue de la cette troisième et dernière évaluation.

[...] ».

Il résulte de cette disposition que la nomination à titre définitif en tant que directeur est subordonnée à l'accomplissement effectif d'un stage qui est en principe de deux ans et que cette période probatoire débouche sur une promotion, non pas automatiquement, mais uniquement lorsque le stagiaire concerné obtient de la commission d'évaluation des directeurs une mention qui est favorable ou présumée telle par ledit décret. Si le directeur « est nommé ou engagé à titre définitif » s'il obtient la mention « favorable » à l'issue de la seconde évaluation relative à la seconde année de stage (§ 3, a, alinéa 2), les deux années de stage légalement imposées sont toutefois calculées sur la base des « seuls [...] services effectifs » (§ 1^{er}) et l'évaluation favorable implicite de la deuxième année de stage en cas de mention favorable à l'issue de la première (§ 3, a, alinéa 1^{er}) n'est envisageable qu'à défaut d'évaluation concrètement réalisée entre le 9^e mois

« effectif » et la fin du 12^e mois « effectif » de cette seconde année de stage. La nomination définitive dans l'hypothèse d'une seconde évaluation favorable implicite dépend donc notamment, mais avant tout, de l'appréciation de l'effectivité des services prestés par le stagiaire comme l'indique expressément l'acte attaqué en l'espèce, ce qui relève du pouvoir d'appréciation de la partie adverse.

Le Conseil d'État est compétent pour connaître du recours.

V. Recevabilité

V.1. Thèse de la partie adverse

La partie adverse observe que la thèse selon laquelle les suspensions préventives du requérant n'auraient pas eu pour effet de prolonger son stage n'était pas celle qu'il soutenait à l'appui des recours dirigés contre celles-ci. Elle ajoute que « les parties s'accordent à dire que le stage du requérant a débuté le 1^{er} janvier 2014 et non pas en juillet 2012 » de sorte que, selon ce dernier, les conditions requises pour qu'il puisse être définitivement nommé étaient remplies dès le 1^{er} janvier 2016, mais qu'il ne l'a jamais interpellée à ce propos et n'a jamais accompli la moindre démarche en vue de se voir effectivement nommer avant l'introduction du présent recours plus de deux ans plus tard. Elle en conclut, renvoyant à un arrêt n° 183.716 du 2 juin 2008, qu'il a acquiescé à la thèse selon laquelle la suspension préventive a bien eu pour effet de prolonger son stage de sorte que le recours est irrecevable à défaut d'intérêt.

Elle ne revient pas sur la recevabilité du recours dans son dernier mémoire.

V.2. Appréciation

La partie adverse ne contredit pas le requérant lorsqu'il réplique que, dans ses écrits de procédure déposés dans le cadre des recours dirigés contre les suspensions préventives, il faisait valoir qu'elle ne l'a pas nommé après ses deux années de stage, que cette situation lui était préjudiciable, et qu'il avait marqué son intention de contester cette attitude en ce qui concerne sa non nomination. Il ressort par ailleurs de l'arrêt n° 238.314 précité que le requérant faisait notamment valoir « qu'il est privé de la possibilité d'être nommé définitivement dans son emploi nonobstant son évaluation favorable et de postuler à des emplois mieux rémunérés, et qu'il est indéniable que la durée du stage a bien été dépassée sans être prorogée de sorte qu'il n'a pas été nommé directeur à titre définitif ». Contrairement à ce que

soutient la partie adverse, cette argumentation n'implique pas que le requérant aurait renoncé à solliciter ultérieurement sa nomination définitive, ni à contester le cas échéant le refus y afférent. L'arrêt n° 183.716 n'est pas transposable à défaut de toute situation comparable en l'espèce dès lors que dans cette affaire, le Conseil d'État a considéré que le requérant avait acquiescé à la décision confirmative de refus de séjour qu'il contestait puisqu'en cours d'instance, il avait volontairement quitté le territoire belge dans le cadre d'un programme de rapatriement organisé par l'Organisation Internationale pour les Migrations.

L'exception est rejetée.

VI. Moyen unique

VI.1. Thèse de la partie requérante

Le moyen est pris de la violation de l'article 33 du décret du 2 février 2007 'fixant le statut des directeurs' [lire : 'fixant le statut des directeurs et directrices de l'enseignement'], de l'article 157bis, § 2, 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, de promotion sociale et artistique de l'État, des internats dépendant de ces établissements et des membres du personnel du service d'inspection chargé de la surveillance de ces établissements', du défaut de motivation et de l'excès de pouvoir.

Le requérant fait valoir qu'en l'espèce, il a obtenu la mention favorable au terme de sa première année de stage, que celui-ci n'a pas été prolongé, qu'à défaut d'une évaluation réalisée entre le 9^e et le 12^e mois effectif de la seconde année de stage, l'évaluation est réputée favorable et qu'en conséquence il est nommé à titre définitif. Selon lui, cette nomination ne peut être refusée « au motif que seuls sont pris en considération les services effectifs rendus pendant la durée du stage, là où nonobstant la suspension préventive dont il est l'objet, [il] est dans la position administrative de l'activité de service ». Il estime que l'agent « qui est en activité de service rend des services effectifs » de sorte que le refus de nomination attaqué ne peut se fonder sur la circonstance que pendant la suspension préventive, il n'avait pas rendu de services effectifs.

En réplique, il conteste l'enseignement de l'arrêt n° 242.013 du 29 juin 2018 compte tenu des différences existant entre cette affaire et le présent recours dès lors qu'il considère qu'il a rempli les fonctions de préfet durant deux ans et demi

d'abord *ad interim* puis à partir du 1^{er} janvier 2014 en qualité de préfet stagiaire tout en donnant entière satisfaction, et qu'il a été admis au stage mais a été suspendu préventivement au bout de douze mois. Il indique que la suspension préventive n'est pas une sanction disciplinaire de sorte qu'elle ne peut porter préjudice à l'agent suspendu et que celui-ci demeure en activité de service en vertu de l'article 157bis, § 2, de l'arrêté royal du 22 mars 1969. Il en conclut qu'« étant donné qu'il a presté les fonctions de préfet d'établissement durant une période suffisamment longue pour apprécier la qualité de son travail et que, même suspendu préventivement, il reste dans la position administrative de l'activité de service, [il] doit être nommé définitivement dans son emploi ». Il déduit de l'arrêt n° 238.314 précité et du rapport déposé dans le cadre de cette affaire que la seule possibilité de contester les décisions de prolongation de sa suspension préventive « est d'adopter une attitude proactive afin d'être nommé dans ses fonctions » et qu'il « est en droit d'être nommé définitivement dans son emploi, les décisions de prolongation de sa suspension préventive n'étant pas de nature à prolonger son stage ».

Dans son dernier mémoire, il rappelle le contexte chronologique et estime qu'« admettre que le stage soit, en quelque sorte, suspendu par une suspension préventive revient à permettre au Ministre de surseoir indéfiniment et autant qu'il lui plaît à l'appréciation apportée sur le stage ». Il rappelle les trois positions administratives dans lesquelles se trouve nécessairement un agent et fait valoir qu'en vertu de l'arrêté royal du 22 mars 1969, un membre du personnel est toujours censé être en activité de service sauf dispositions formelles le plaçant dans une autre position administrative, et que l'enseignant en activité de service a droit au traitement et à l'avancement du traitement sauf dispositions formelles contraires et peut faire valoir ses titres à une nomination à une fonction de sélection et à une nomination à une fonction de promotion (art. 158, 159 et 160, alinéas 1^{er} et 2). Selon lui, suivre le raisonnement que propose l'auditeur rapporteur revient à admettre que l'agent frappé d'une suspension préventive ne puisse être nommé au terme de son stage « qui devrait, en quelque sorte, être considéré comme étant interrompu par la suspension préventive » alors que le membre du personnel suspendu préventivement « peut faire valoir ses titres à une nomination à une fonction de sélection et à une nomination à une fonction de promotion ». Il relève que ce droit n'existerait cependant plus pour le stagiaire puisqu'il faudrait attendre l'issue de la suspension pour pouvoir reprendre le stage et pouvoir, le cas échéant, être nommé à titre définitif. Il relève que, selon la doctrine, la position administrative d'un fonctionnaire est en l'état, la situation dans laquelle ce dernier se trouve par rapport à l'occupation de l'emploi et la réalité de l'exercice des fonctions y afférentes et considère que « l'agent suspendu est censé remplir des services effectifs ». Il expose que « personne ne conteste que la période pendant laquelle un enseignant est

suspendu ne l'empêche nullement de prétendre, pendant cette suspension, qu'il peut faire valoir des "jours de service" », que les jours pendant lesquels il était suspendu sont de manière générale pris en considération pour le calcul de son ancienneté administrative et pécuniaire, et qu'« on n'aperçoit pas comment l'ancienneté d'un enseignant pourrait croître pendant sa suspension préventive s'il n'était pas admis que, pendant ce temps, il preste ou il est censé prester des services effectifs ». Quant aux « services effectifs » prescrits par la disposition précitée, il relève qu'elle évoque les vacances annuelles et les congés parce que, selon lui, ces jours sont « compris » dans les services effectifs dès lors que, pendant les congés, l'agent est en activité de service. Il ajoute que si l'état de santé ou une décision de mise à l'écart résulte de circonstances ou d'une décision indépendante de la volonté de l'enseignant, « il ne s'agit pas d'une décision, dans le second cas, qui serait indépendante de la volonté de l'autorité. Il ne saurait être admis que l'autorité choisisse elle-même, indépendamment de circonstances extérieures ou d'un état de santé, d'interrompre en réalité le stage d'un agent ».

VI.2. *Appréciation*

En vertu du régime juridique applicable au moment où l'acte attaqué a été adopté, l'évaluation du stage « se fonde sur l'exécution de la lettre de mission » et sur « la mise en pratique des compétences acquises dans le cadre des articles 13, 14 et 15 », et elle tient par ailleurs compte « du contexte global dans lequel est amené à évoluer le directeur stagiaire et des moyens qui sont mis à sa disposition » (décret du 2 février 2007, art. 33, § 2, alinéas 4 et 5). Dans ce contexte, les deux années de stage légalement imposées sont, comme indiqué plus haut, calculées sur la base des « seuls [...] services effectifs » (art. 33, § 1^{er}) et l'évaluation favorable implicite dont fait état le moyen n'est envisageable qu'à défaut d'évaluation concrètement réalisée entre le 9^e mois « effectif » et la fin du 12^e mois « effectif » de la seconde année de stage. Eu égard à l'objectif du législateur d'évaluer le directeur stagiaire « en situation » (*Doc.*, Parl. Comm. fr., 2012-2013, commentaire des articles, n° 523/1, p. 19), le décret vise donc expressément des services effectifs et non pas une période, fût-elle d'activité de service, durant laquelle, comme en l'espèce, le requérant est absent dès lors que, dans une telle hypothèse, l'autorité n'est pas en mesure d'apprécier les prestations du stagiaire en situation ni la mise en pratique de ses compétences, et n'est pas davantage en mesure de tenir compte du contexte global dans lequel il évolue. L'exigence de services effectifs qui fonde l'acte attaqué tient ainsi compte non seulement de cette *ratio legis*, mais aussi de « la réalité de l'exercice des fonctions » revendiquée par le requérant à l'appui de la doctrine. Enfin, si l'article 33, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, du décret du 2 février 2007 assimile les congés qui y sont énumérés à des services effectifs, il ne prévoit rien de tel pour le laps de

temps pendant lequel un directeur stagiaire fait l'objet d'une suspension provisoire comme en l'espèce.

Le moyen unique n'est pas fondé.

VII. Indemnité de procédure

La partie adverse sollicite une indemnité de procédure de 700 euros. Il y a lieu de faire droit à sa demande.

PAR CES MOTIFS, LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :

Article 1^{er}.

La requête est rejetée.

Article 2.

La partie requérante supporte les dépens, à savoir le droit de rôle de 200 euros, la contribution de 20 euros et l'indemnité de procédure de 700 euros accordée à la partie adverse.

Ainsi prononcé, le 7 janvier 2021, par la VIII^e chambre composée de :

Frédéric Gosselin,
Florence Van Hove,

conseiller d'État, président f.f.,
greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Florence Van Hove

Frédéric Gosselin