Texte français (titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973).

Conseil d'Etat, section d'administration.

A R R E T

nº 59.902 du 5 juin 1996
A. 67.666/IV-15.573
67.667/IV-15.574.

En cause : 1. Marc JOYE,
2. Luc GEES,
ayant élu domicile chez
Me E. BREWAEYS, avocat,
ayant son cabinet à BRUXELLES,
Boulevard Léopold II 117

contre :

L'a.s.b.l. Hogeschool Sint-Lukas Brussel,
ayant élu domicile chez
Me P. PEETERS, avocat,
ayant son cabinet à BRUXELLES,
Rue Brederode 13.

LE CONSEIL D'ETAT, IVe CHAMBRE,

Vu les requêtes introduites le 19 février 1996, par lesquelles Marc JOYE et Luc GEES demandent la suspension de l'exécution de la décision les concernant du conseil d'administration de l'a.s.b.l. Hogeschool Sint-Lukas Brussel du 20 décembre 1995, aux termes de laquelle ils ne bénéficient pas de la notoriété artistique requise pour faire l'objet d'une concordance en tant que chargé de cours et sont désignés dans l'emploi d'assistant;

Vu les lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973, notamment les articles 17 et 18;

Vu les notes de la partie défenderesse;

Vu le rapport de M. R. VAN DER GUCHT, auditeur;

Vu la notification du rapport aux parties;

Vu l'ordonnance du 2 avril 1996 fixant les affaires à l'audience du 30 avril 1996;

Entendu M. J. BORRET, président de chambre, en son rapport;

Entendu, en leurs observations, Me E. BREWAEYS, avocat, qui comparaît pour les parties requérantes, et Me A. MONSAERT, avocat, loco Me P. PEETERS, avocat, qui comparaît pour la partie défenderesse;

Entendu M. R. VAN DER GUCHT, premier auditeur, en son avis contraire;

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

Vu l'avis de l'auditeur général requis par l'article 91 du règlement de procédure;

1. Considérant que les deux demandes sont à ce point liées qu'il est opportun de les joindre;

2. Considérant que dans ses notes, la partie défenderesse soulève que le Conseil d'Etat n'est pas compétent pour connaître des demandes étant donné que celles-ci sont dirigées contre une décision d'un institut supérieur libre relevant du droit privé et qu'elle a engagé les parties requérantes par un contrat de travail; qu'elle étaye son exception en faisant référence à différents arrêts du Conseil d'Etat même;

Considérant que dans leur requête, les parties requérantes ont anticipé sur l'exception d'incompétence; qu'elles estiment que le Conseil d'Etat est bel et bien compétent et qu'elles étayent également leur position par différents arrêts du Conseil d'Etat même;

2.1. Considérant que dans le cadre d'un référé, le Conseil d'Etat ne peut examiner que sommairement les exceptions d'incompétence et d'irrecevabilité; que toutefois, la partie requérante, surtout, peut se défendre moins adéquatement à cet égard que dans le cadre de la procédure au fond; que c'est à la partie requérante que le législateur a accordé le droit à un référé; que, sauf si cet examen sommaire établit que l'exception présente un caractère vraiment sérieux, il convient dès lors que l'exception soit rejetée plutôt que retenue par le Conseil d'Etat; qu'en outre, le dommage causé par le Conseil d'Etat en déclarant irrecevable, dans la phase du référé, un recours qui, par la suite, dans la phase définitive de la procédure, se révèle néanmoins recevable, est plus important que le dommage qu'il cause dans le cas inverse : dans le premier cas le préjudice grave difficilement réparable peut s'être accompli, dans le second cas, une décision administrative aura été suspendue sans motif pendant six mois tout au plus;

Considérant, en l'espèce, que le seul fait que tant les parties requérantes que la partie défenderesse invoquent une jurisprudence qui soutient leurs thèses inconciliables, montre qu'il existe un doute quant à la question de la compétence du Conseil d'Etat; que conformément à ce qui est considéré ci-dessus, l'exception d'incompétence n'est pas retenue au stade actuel de l'instance;

3. Considérant que pour une bonne compréhension de la cause, il y a lieu, d'abord, de définir le cadre légal dans lequel doit être située la décision attaquée.

Le décret du 13 juillet 1994 relatif aux instituts supérieurs en Communauté flamande, dit décret sur l'ESNU (décret sur l'enseignement supérieur non-universitaire) réorganise l'enseignement supérieur.

L'article 101 du décret dispose que les fonctions du personnel enseignant des instituts supérieurs sont réparties dans les trois groupes suivants :

"1° groupe 1 : le maître de conférences de formation pratique, le maître de conférences principal de formation pratique, le maître de conférences et le maître de conférences principal;
2° groupe 2 : le personnel assistant, qui comprend : l'assistant, le docteur-assistant et le chef de travaux;
3° groupe 3 : le chargé de cours, le chargé de cours principal, le professeur et le professeur ordinaire".

Le titre VII du décret prévoit des dispositions transitoires. La section 2 du chapitre II (les articles 317 à 332) comprend des dispositions transitoires pour le personnel enseignant.

Le premier de ces articles, l'article 317, s'énonce comme suit : "Le Gouvernement flamand établit la concordance des fonctions remplacées avec les nouvelles dénominations des fonctions correspondantes, telles qu'elles sont prévues à l'article 101".

Cette concordance est établie par l'arrêté du Gouvernement flamand du 12 juin 1995 portant concordance des fonctions des membres du personnel directeur et enseignant des instituts supérieurs.

Les parties requérantes étaient professeurs de cours artistiques à la Hogeschool Sint-Lukas Brussel. En tant que tels, ils faisaient partie des "membres du personnel enseignant chargés d'activités d'enseignement

artistiques" pour lesquels l'article 3 de l'arrêté de concordance prévoit la concordance suivante :

> "(...)
> 2° La fonction de chargé de cours remplace :
> a) la fonction de recrutement de professeur de cours artistiques à des établissements d'enseignement supérieur artistique ...
> pour autant que le membre du personnel concerné ait démontré de disposer d'une grande notoriété dans le domaine artistique. La direction de l'institut supérieur apprécie ce critère".
> Et l'arrêté d'ajouter "Les membres du personnel ayant exercé au 30 juin 1995 une des fonctions citées à l'article 3, 2°, premier alinéa, et auxquels, par application du deuxième alinéa de l'article 3, 2°, la fonction de chargé de cours ne peut être attribuée, obtiennent la fonction d'assistant.";

4. Considérant que c'est en application des textes retranscrits au 3. que la partie défenderesse a estimé dans sa décision que les parties requérantes n'ont pas démontré qu'elles disposaient d'une grande notoriété artistique; que c'est pour cette raison qu'elles ont obtenu la fonction d'assistant;

5. Considérant que les parties requérantes prennent un moyen d'annulation de ce que l'article 317 du décret sur l'ESNU n'habilite pas le Gouvernement flamand à fixer des critères, comme celui de la "grande notoriété dans le domaine artistique", qui peuvent influencer le passage à la nouvelle fonction; qu'elles estiment irrégulier le fait qu'elles aient été dès lors nommées dans la fonction subordonnée d'assistant au lieu de la fonction de chargé de cours;

Considérant qu'en estimant que le Gouvernement flamand n'est pas compétent pour fixer des critères sur la base desquels les uns deviennent chargés de cours et les autres assistants, les parties requérantes dénient au Gouvernement flamand la compétence d'introduire la distinction même entre chargé de cours et assistant; qu'en

l'absence de critères, en effet, ces deux fonctions ne peuvent être distinguées l'une de l'autre;

Considérant qu'il sera examiné ci-dessous si le fait de considérer que le Gouvernement flamand est incompétent pour remplacer la fonction de professeur de cours artistiques par deux fonctions, celle de chargé de cours et celle d'assistant, constitue un moyen d'annulation sérieux;

6. Considérant que les termes par lesquels le législateur décrétal charge à l'article 317 le Gouvernement flamand d'une mission de concordance, sont les suivants : "Le Gouvernement flamand établit la concordance des fonctions remplacées avec les nouvelles dénominations des fonctions correspondantes, telles qu'elles sont prévues à l'article 101";

Considérant que, littéralement, le gouvernement est uniquement habilité à donner une nouvelle dénomination à des fonctions existant auparavant et non à donner une nouvelle teneur à ces fonctions; que la lettre n'est pas la seule à plaider en faveur d'une telle interprétation restrictive; que le fait que le gouvernement ne peut aller au-delà d'une modification de la dénomination peut en effet justifier également que le législateur décrétal a laissé sans plus au gouvernement le soin de procéder à la concordance, ayant à l'esprit l'article 24, § 5, de la Constitution, laquelle disposition constitutionnelle entend en effet que l'organisation, la reconnaissance ou le subventionnement de l'enseignement par la Communauté soient réglés par la loi ou le décret, ce qui implique que les compétences que le législateur décrétal attribue au gouvernement doivent faire l'objet d'une interprétation particulièrement restrictive; que durant les travaux préparatoires du décret sur l'enseignement supérieur non universitaire, le ministre compétent a, il est vrai,

observé dans son commentaire de la disposition examinée que le Gouvernement flamand pouvait prévoir des conditions supplémentaires pour la transposition de certaines fonctions (Cons. fl., Doc. Parl., 546 (1993 - 1994) - n° 1, p. 78); que cette déclaration ajoute plutôt au texte qu'il ne le précise et ne peut neutraliser l'exigence susvisée d'une interprétation restrictive; qu'elle est d'ailleurs trop vague pour que puisse s'en déduire sans plus la compétence, de modifier non seulement une fonction préexistante même au point de vue de son contenu, mais de la scinder en outre en deux fonctions distinctes par leur contenu, ce qui, ainsi qu'il sera exposé plus en détail ci-après, s'est produit en l'occurrence;

Considérant que pour la fonction de professeur de cours artistiques telle qu'elle est revêtue par les parties requérantes, l'arrêté de concordance ne se limite pas à donner une nouvelle dénomination, mais transforme cette fonction au contenu unique en deux fonctions ayant un contenu distinct : selon l'article 101 du décret sur l'enseignement supérieur non universitaire, l'assistant fait partie du personnel assistant, selon l'article 104 du même décret, les membres du personnel assistant aident les chargés de cours et accomplissent sous la direction de ceux-ci, des missions qui sont confiées aux "membres du personnel chargés d'activités d'enseignement artistiques", à savoir, selon l'article 113 du décret, des "activités d'enseignement et (des) activités de développement et de pratique des arts" ou, en cas d'application des dispositions de l'article 142, § 2, du décret, également des missions de recherche et de guidance; qu'en résumé, au lieu que tous les titulaires de la fonction de professeur de cours artistiques se voient simplement attribuer une nouvelle dénomination pour leur fonction, ils sont scindés en deux groupes, dont l'un doit aider l'autre et dont l'un est dirigé par l'autre;

7. Considérant que les dispositions transitoires réglant les droits du personnel enseignant existant n'indiquent aucunement que cela se pourrait nonobstant les termes de l'article 317; qu'ainsi l'article 319 dispose que "les dispositions transitoires s'appliquent à la fonction ..."; que l'article 320 précise que "les dispositions transitoires s'appliquent aux membres du personnel visés à l'article 318, pour la fonction dans laquelle ils sont nommés à titre définitif ou désignés comme titulaires au 30 juin 1995", pour poursuivre : "ils obtiennent la fonction qui remplace leur fonction antérieure"; que ne paraît guère compatible avec ces textes le fait que les titulaires d'une même fonction se retrouvent dans une fonction différente - "fonction" s'entendant au sens de l'article 2, 26°, du décret sur l'ESNU -, où les uns deviennent les subalternes des autres; qu'ils ne conservent donc pas leur ancienne fonction, fût-ce sous une autre "dénomination", comme le veut l'article 317;

8. Considérant qu'il ne semble pas davantage pouvoir être opposé à ce qui précède qu'une scission entre chargés de cours et assistants est inévitable vu les dispositions de l'article 231 du décret sur l'ESNU;

Considérant que cet article s'énonce comme suit :

"Art. 231.
Lors de la fixation du cadre annuel, la direction de l'institut supérieur tient compte des règles suivantes par rapport au personnel enseignant exprimé en unités à temps plein:
- le nombre d'emplois de maître de conférences principal de formation pratique et de maître de conférences principal ne peut excéder 20 % du nombre total d'emplois de maître de conférences de formation pratique, de maître de conférences principal de formation pratique, de maître de conférences et de maître de conférences principal;
- le nombre d'emplois du personnel assistant est au moins égal à 36 % du nombre total d'emploi(s) d'assistant, de docteur-assistant, de chef de travaux, de

chargé de cours, de chargé de cours principal, de professeur et de professeur ordinaire rattachés aux formations initiales de deux cycles;
- le nombre d'emplois de chargé de cours principal et de professeur ne peut excéder 25 % du nombre d'emplois d'assistant, de docteur-assistant, de chef de travaux, de chargé de cours, de chargé de cours principal, de professeur et de professeur ordinaire;
- le nombre de membres du personnel nommés à titre définitif, exprimé en unités à temps plein, ne peut excéder 64 % du nombre des membres du personnel enseignant exprimé en unités à temps plein. Une promotion ou un changement de fonction du personnel déjà nommé dans l'institut supérieur n'est pas censé être une nouvelle nomination";

Considérant que les dispositions transitoires paraissent n'impliquer à aucun moment qu'il faudrait également atteindre les chiffres prévus à l'article 231 lors de la transposition du personnel existant; qu'il ne se trouve dans ces dispositions transitoires mêmes aucune référence à l'article 231; que l'arrêté de concordance, à supposer qu'il puisse le faire sur le plan de la compétence, n'établit pas davantage de lien entre la concordance et les chiffres de l'article 231; que la partie défenderesse ne paraît pas davantage avoir appliqué le critère de la grande notoriété artistique, en ayant égard aux pourcentages fixés à l'article 231; qu'enfin, l'on n'aperçoit pas d'emblée comment il conviendrait, en particulier, de respecter la limitation exprimée en pourcentages, imposée au dernier tiret de l'article 231, alors que les dispositions transitoires permettent la nomination définitive de tous ceux qui remplissent les conditions fixées et que la limitation visée ne figure pas dans ces conditions;

Considérant qu'en tout état de cause il n'appert pas jusqu'à présent que le motif pour lequel le requérant a été nommé assistant et non chargé de cours trouve son fondement, totalement ou en partie, à l'article 231 du décret Hobu; que, dès lors, même si cet article pouvait procurer un fondement à la nomination, soit en qualité de

chargé de cours, soit en qualité d'assistant, le Conseil ne peut que constater qu'il n'appert pas qu'il ait été mis en oeuvre à cet effet;

9. Considérant que l'on ne saurait davantage trouver de fondement à la distinction opérée, dans l'article 128, § 2, du décret sur l'ESNU qui fait partie du régime définitif; qu'il y est certes fait usage du critère de la "notoriété artistique" pour les activités d'enseignement artistiques; que toutefois, premièrement, il n'y est pas recouru pour distinguer l'assistant du chargé de cours, mais comme condition pour la nomination à titre définitif de quiconque est désigné comme chargé de cours dans le nouveau système; que, deuxièmement, le dessein général de dispositions transitoires s'adressant à du personnel est de faciliter l'accès de celui-ci au nouveau système; que l'arrêté de concordance ne va pas dans ce sens lorsqu'il interdit complètement, même temporairement, l'accès à la fonction de chargé de cours à ceux qui ne peuvent faire valoir une grande notoriété artistique;

10. Considérant que le moyen d'annulation examiné est sérieux;

11. Considérant que l'argument des parties requérantes quant au préjudice grave difficilement réparable, rejoint le moyen d'annulation qui a été jugé sérieux ci-dessus, en tant qu'elles se plaignent qu'elles devront désormais exercer une fonction non autonome; que si un préjudice moral est forcément subjectif, il peut néanmoins être pris en compte, à moins d'être dénué de toute crédibilité ou de ne pouvoir être attribué à une personne témoignant d'une pensée et d'une approche raisonnables, et à la condition de satisfaire en outre à la condition générale d'être grave et difficilement réparable; qu'en l'espèce, toutes ces conditions sont remplies;

12. Considérant qu'il est satisfait aux conditions posées à l'article 17, § 2, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat qui doivent être remplies pour qu'une demande de suspension soit accueillie;

Considérant que l'article 17, § 4, des lois coordonnées précitées dispose ce qui suit :

> "(...) Si la suspension a été ordonnée, il est statué sur la requête en annulation dans les six mois du prononcé de l'arrêt";

qu'un délai aussi bref ne saurait s'accommoder des délais ordinaires de la procédure; qu'il y a dès lors lieu de les réduire de la manière fixée au dispositif ci-après,

D E C I D E :

Article 1er.

Les demandes de suspension numéros A. 67.666/IV-15.573 et 67.667/IV-15.574 sont jointes.

Article 2.

Est ordonnée la suspension de l'exécution de la décision du conseil d'administration de l'a.s.b.l. Hogeschool Sint-Lukas Brussel du 20 décembre 1995, aux termes de laquelle Marc JOYE et Luc GEES ne bénéficient pas de la notoriété artistique requise pour faire l'objet d'une concordance en tant que chargé de cours et sont désignés dans l'emploi d'assistant.

Article 3.

Le délai pour l'introduction des mémoires en réponse et en réplique est réduit à trente jours.

Le délai pour l'introduction des derniers mémoires est réduit à quinze jours.

Ainsi prononcé à Bruxelles en audience publique, le cinq juin 1900 nonante-six, par la IVe chambre du Conseil d'Etat, composée de :

M. J. BORRET, président de chambre,
Mme M.-R. BRACKE, conseiller d'Etat,
M. A. VANDENDRIESSCHE, conseiller d'Etat,
Mme S. VAN AELST, greffier.

Le greffier, Le président,

S. VAN AELST. J. BORRET.

TRADUCTION ETABLIE CONFORMEMENT A L'ARTICLE 63, ALINEA 1ER, DES LOIS SUR LE CONSEIL D'ETAT COORDONNEES LE 12 JANVIER 1973.