

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

Conseil d'État, section d'administration.

A R R Ê T

n° 63.652 du 18 décembre 1996

**A. 68.793/IV-15.751
68.818/IV-15.755
68.819/IV-15.756
68.820/IV-15.757.**

En cause :

1. Marcel DE JONGHE,
2. Albert GRYMONTREZ,
3. Pierre NIJSTEN,
4. Georges STAELENS,
ayant élu domicile chez
Me D. MATTHYS, avocat,
ayant son cabinet à GAND,
Apostelhuizen 26R

contre :

la ERASMUSHOGESCHOOL BRUSSEL,
établie à BRUXELLES,
quai de l'Industrie 170.

LE CONSEIL D'ÉTAT, IV^e CHAMBRE,

Vu la requête introduite les 6 et 7 mai 1996, chacun en ce qui le concerne, par Marcel DE JONGHE, Albert GRYMONTREZ, Pierre NIJSTEN et Georges STAELENS qui demandent la suspension de l'exécution de la décision qui les intéresse du conseil d'administration de la Erasmushogeschool Brussel, par laquelle les requérants, autrefois professeurs de cours artistiques (fonction non exclusive) au Conservatoire royal de musique de Bruxelles, ont en vertu des dispositions transitoires du décret du 13 juillet 1994 relatif aux instituts supérieurs en Communauté flamande, obtenu un nouveau barème avec effet au 1er janvier 1996 à la Erasmusschool, Département musique et art dramatique, dans la fonction de chargé de cours pour une charge à temps partiel;

Vu les lois sur le Conseil d'État, 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, premier auditeur;

Vu la notification du rapport aux parties;

Vu les ordonnances du 4 juillet 1996 fixant l'affaire à l'audience du 3 septembre 1996;

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

Entendu en leurs observations, Me D. MATTHYS, avocat, qui comparaît pour les parties requérantes, et Me R. ROMBAUT, avocat, qui comparaît pour la partie défenderesse;

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

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

1. Considérant que les demandes susmentionnées sont à ce point connexes qu'il est indiqué de les joindre;

2. Considérant qu'aux fins de cerner le litige avec précision, on se fonde sur la déclaration des requérants mêmes, à savoir qu'il s'agit pour eux, chacun en ce qui le concerne, de la perte due à la décision attaquée, de la "fonction non exclusive" de professeur de cours artistiques qu'ils revêtaient précédemment;

Considérant que le Conseil constate dès lors ce qui suit :

a. les moyens d'annulation pris de l'irrégularité de l'arrêté du Gouvernement flamand du 12 juin 1995, remplaçant l'ancienne fonction de professeur de cours artistiques par celle de chargé de cours ou celle d'assistant, ne sont pas pertinents en droit; en effet, la question que soulèvent essentiellement les requérants n'est pas tant de savoir s'ils doivent ou non devenir chargé de cours ou assistant, mais

bien si le fait de devenir chargé de cours pouvait s'accompagner de la perte de leur "fonction non exclusive";

b. les moyens d'annulation auxquels il faut effectivement avoir égard sont ceux dans lesquels les requérants posent, premièrement, que les dispositions transitoires du décret du 13 juillet 1994 relatif aux instituts supérieurs en Communauté flamande, dénommé ci-après le décret sur l'ESNU, leur garantissent le maintien de la "fonction non exclusive", deuxièmement, que si ces mêmes dispositions ne le garantissent pas, elles violent le principe d'égalité consacré par les articles 10 et 11 de la Constitution;

3. Considérant qu'il est incontesté que les requérants peuvent invoquer les dispositions transitoires du décret sur l'ESNU; que les parties ont néanmoins des opinions divergentes quant à la portée de ces dispositions : les requérants estiment qu'elles leur garantissent le maintien de leur "fonction non exclusive", la partie défenderesse le conteste;

Considérant que les requérants invoquent l'article 319 du décret sur l'ESNU, qui prévoit que "les dispositions transitoires s'appliquent à la fonction, au titre et à l'échelle de traitement"; que selon eux, la "fonction non exclusive" qu'ils revêtaient est une fonction au sens de l'article 319 et que, partant, ils devaient conserver cette "fonction", conformément aux modalités énoncées à l'article 320 du décret sur l'ESNU, en vertu desquelles les membres du personnel auxquels s'appliquent les dispositions transitoires se voient conférer une fonction qui remplace leur ancienne fonction et sont censés se trouver "dans la même position statutaire" -les requérants ont souligné les mots placés entre guillemets- qu'au moment de la transformation de la fonction remplacée;

3.1. Considérant qu'il convient de s'interroger sur la notion que recouvrent les termes "fonction non exclusive";

Considérant que pour définir cette notion, les requérants citent "une note du 19 janvier 1989 que M. VAN HOOFF, conseiller - chef de service de l'enseignement artistique, a adressée au Ministre communautaire de l'Enseignement (N) de l'époque" :

"La fonction non exclusive a pour nature spécifique de n'être pas une fonction principale ni une fonction accessoire. Cette fonction a été créée afin d'autoriser et d'inviter l'artiste en activité à exercer, outre son activité artistique, une charge d'enseignement réduite. Il ne s'agit donc pas d'une fonction

principale puisqu'elle présuppose une activité principale. Elle n'est pas davantage une fonction accessoire, afin que son caractère attractif soit garanti.";

3.2. Considérant que ce n'est pas là une définition légale de la notion de "fonction non exclusive"; que la seule véritable définition légale que lui connaisse le Conseil est inscrite à l'article 5 de l'arrêté royal du 15 avril 1958 portant statut pécuniaire du personnel enseignant, scientifique et assimilé du Ministère de l'Instruction publique; que l'on peut y lire : "L'expression 'fonction non exclusive' désigne la fonction qu'exerce dans une ou plusieurs écoles ou institutions d'enseignement artistique de l'État, le professeur enseignant les cours artistiques et l'accompagnateur"; que déjà, en son arrêt ILEGEMS, n° 29.100, du 5 janvier 1988, et ultérieurement, en son arrêt VERVEAT, n° 45.913, du 1er février 1994, le Conseil n'a pu situer la notion de "fonction non exclusive" que dans le cadre des règles relatives à la rémunération;

Considérant que la définition légale précitée est effectivement compatible avec la conception exprimée dans le texte que citent les requérants; que selon le sens donné généralement à la fonction non exclusive, ce que cette fonction "n'exclut pas" pour l'artiste à qui elle est conférée, est la possibilité illimitée de cumuler celle-ci et son activité artistique, illimitée notamment en ce sens que sa rémunération ne subit pas l'influence de ce cumul;

3.3. Considérant que les considérations qui précèdent font apparaître que la partie défenderesse situe avec raison le problème de la "fonction non exclusive" dans le contexte du régime des cumuls du décret sur l'ESNU;

Considérant que dès lors, la partie défenderesse semble être en droit d'affirmer que ce régime des cumuls autorise, maintenant encore, un artiste en activité à cumuler sans restrictions son activité artistique avec une charge d'enseignement réduite; que l'article qui crée cette possibilité doit être l'article 150, lequel fait partie de la section qui, au chapitre II du titre III du décret sur l'ESNU, "Statut du personnel des instituts supérieurs", est précisément consacrée au "régime des cumuls"; que cet article instaure une exception au principe posé à l'article 148, § 1er, du décret, selon lequel la charge de membre du personnel exerçant une charge à temps plein et une autre activité professionnelle ou rémunérée qui absorbe une grande partie de son temps est transformée d'office en charge à temps partiel; que l'article 150 dispose que ne devient pas d'office une charge à temps partiel, "la charge du membre du personnel exerçant à temps plein des activités d'enseignement artistique" pour autant que ses

autres activités qui absorbent une grande partie de son temps soient "de nature artistique" et connexes à ses activités d'enseignement; qu'il semble que l'on puisse fort bien identifier le membre du personnel décrit en ces termes, absorbé par ses activités "de nature artistique" intenses, à "l'artiste en activité" pour qui, comme en atteste la citation même des requérants, l'idée de la fonction non exclusive a été conçue; qu'en revanche, pour pouvoir jouir de ce droit de cumul sans restriction, l'intéressé doit justifier, ce qui ne semble pas avoir été le cas auparavant, que c'est effectivement en tant qu'artiste qu'il exerce des activités extérieures à l'enseignement, ce qu'entendait manifestement le ministre compétent lorsque, dans l'exposé des motifs accompagnant le projet de décret, il écrivit ce qui suit : "Ces membres du personnel sont néanmoins soumis à l'obligation de publication' à l'intérieur de l'institut supérieur, dans le seul but de vérifier si la condition relative aux activités de cumul purement artistiques a été remplie" (Doc. parl., Conseil flamand, 546 (1993-1994) - n° 1, p. 59, sous article 148, devenu ultérieurement l'article 150);

3.4. Considérant que les requérants soutiennent néanmoins que les dispositions transitoires du décret sur l'ESNU garantissent le maintien de la fonction non exclusive à ceux qui l'exerçaient déjà, y compris lorsque ceux-ci ne sont pas visés par les termes de la nouvelle réglementation figurant à l'article 150 précité;

Considérant que le Conseil doit constater pour l'heure que cette thèse n'est pas suffisamment étayée par le texte des dispositions transitoires, lues en corrélation avec les autres dispositions définitives du décret;

Considérant que l'article 319 du décret sur l'ESNU limite le bénéfice des dispositions transitoires à la fonction, au titre et à l'échelle de traitement; que la "fonction" fait l'objet de la section 2 du chapitre II du titre III du décret, le "titre", de la section 4, l'"échelle de traitement", de la section 5; qu'il a été constaté, au point 3.3., que la notion de "fonction non exclusive" semble relever du régime des cumuls et qu'une section distincte du décret, à savoir la section 6, traite du "régime des cumuls"; que le fait de circonscrire les dispositions transitoires à la "fonction", au "titre" et à l'"échelle de traitement" semble donc impliquer, à l'inverse, que ces dispositions ne s'appliquent pas au régime des cumuls ni, dès lors, aux avantages liés à la "fonction non exclusive";

Considérant que les requérants laissent toutefois entendre que la notion de "fonction non exclusive" relève de la notion de "fonction" à laquelle, ainsi qu'il a été dit, l'article 319 du décret sur l'ESNU rend les dispositions transitoires applicables;

que la signification que revêt, dans le décret sur l'ESNU, la notion de "fonction" est à retrouver à l'article 2, 26°, de ce décret, lequel définit cette fonction comme étant une fonction exercée dans un institut supérieur par un membre du personnel ..."; que la "fonction" définie dans le décret sur l'ESNU a donc une signification substantielle -que doit faire l'intéressé?- et que les requérants expriment eux-mêmes ce qu'ils doivent faire à cet égard, en indiquant qu'ils étaient précédemment professeurs de "cours artistiques" dans leur spécialité; qu'en posant la question de savoir s'ils conservent leur "fonction non exclusive", on ne se demande pas s'ils peuvent poursuivre l'enseignement de leurs "cours artistiques" dans leur spécialité, mais s'ils peuvent cumuler ces cours avec la possibilité illimitée d'exercer encore d'autres activités;

3.5. Considérant que de ce qui précède, il y a lieu de tirer la conclusion générale suivante : le moyen d'annulation pris de la violation des dispositions transitoires du décret sur l'ESNU, en ce que les requérants ne conservent pas leur "fonction non exclusive", est dépourvu du caractère sérieux requis; que le rejet de ce moyen est motivé par le fait que ce régime transitoire ne s'avère pas, pour l'heure, garantir ce maintien;

4. Considérant que les requérants invoquent par ailleurs le fait que si les dispositions transitoires du décret sur l'ESNU ne maintiennent pas les avantages de la "fonction non exclusive" revêtue antérieurement, elles sont contraires à la règle constitutionnelle d'égalité;

4.1. Considérant que les requérants visent une disposition bien précise du décret sur l'ESNU, à savoir l'article 323, § 2; qu'à cet égard, ils s'expriment en ces termes :

"L'une des dispositions transitoires est inscrite à l'article 323 du décret sur l'ESNU, lequel, en son § 1er, s'énonce comme suit :

'Les membres du personnel visés à l'article 318, continuent à bénéficier de l'échelle de traitement qui pouvait leur être accordée en vertu des dispositions légales et réglementaires qui étaient en vigueur avant l'entrée en vigueur du présent décret, à moins que le titre que détiennent les membres du personnel donne droit à une échelle de traitement supérieure dans la nouvelle fonction. Les membres du personnel ne peuvent en aucun cas recevoir, dans leur nouvelle fonction, un traitement inférieur ou un barème inférieur à celui dont ils bénéficiaient dans leur fonction précédente'.

Une autre disposition transitoire, figurant à l'article 326bis, § 3, du décret sur l'ESNU, s'applique aux enseignants à un conservatoire, et implique que ceux-ci continuent à être rémunérés au montant unique qui leur avait été octroyé en vertu de la réglementation en vigueur au 30.06.1995.

En revanche, l'article 323, § 2, dispose ce qui suit :

'Les membres du personnel visés à l'article 318 et chargés d'activités d'enseignement artistiques appartenant aux disciplines arts audiovisuels et arts plastiques et musique et art dramatique, à l'exception des formations initiales d'un seul cycle, obtiennent dans leur nouvelle fonction l'échelle de traitement spéciale pour le titulaire du titre requis, sauf si l'échelle de traitement supérieure pouvait leur être accordée en vertu des dispositions légales et réglementaires applicables avant l'entrée en vigueur du présent décret. Dans ce cas, ils conservent leur ancienne échelle de traitement.

Cependant, s'ils obtiennent, à leur demande et avec l'accord de la direction de l'institut supérieur, l'application de l'article 142, § 2, les dispositions du § 1er, du présent article restent applicables'.

Pour autant que ce paragraphe, applicable au requérant, doive être regardé comme une exception à la règle énoncée au § 1er, qui garantit le maintien minimal du traitement précédent (et donc, pas uniquement de l'échelle de traitement), interprétation que fait valoir la partie défenderesse (et qui est vigoureusement contestée par le requérant), et dans la mesure où, dès lors, le Conseil d'État estimerait, par impossible, que l'article 323, § 1er, ne s'applique pas au statut juridique du requérant, il y a violation, en l'occurrence, des articles 10 et 11 de la Constitution.

Une telle interprétation de l'article 323, § 2, du décret sur l'ESNU crée en effet une distinction radicale en matière de rémunération pour une catégorie bien déterminée de membres du personnel, sans qu'aucune base valable de différenciation raisonnablement justifiée et justifiable au regard des objectifs du décret sur l'ESNU, ne soit ou ne puisse être invoquée à cette fin.

En outre, cette interprétation conduirait directement à une contradiction par rapport à l'article 320, § 1er, à la fin du décret sur l'ESNU, lequel dispose que les membres du personnel bénéficiant d'une "concordance" (sans distinction) 'sont censés se trouver, dans leur nouvelle fonction, dans la même position statutaire qu'au moment de la transformation de la fonction remplacée'. Il ne peut guère être soutenu, en effet, que le traitement ne constitue pas l'une des composantes de la position statutaire.

Dans l'hypothèse précitée, le requérant demande au Conseil d'État de poser à ce sujet une question préjudicielle à la Cour d'arbitrage, en l'occurrence, celle de savoir s'il y a violation du principe constitutionnel d'égalité et de non-discrimination, inscrit aux articles 10 et 11 de la Constitution, au motif que l'article 323, § 2, du décret sur l'ESNU dispose que les membres du personnel chargés d'activités d'enseignement artistiques appartenant notamment à la discipline musique conservent leur ancienne échelle de traitement, alors que

- les autres membres du personnel de l'ESNU se voient garantir le maintien du traitement précédent et que l'article 326bis, § 3, du décret sur l'ESNU prévoit que les enseignants se voient garantir le maintien de leur rémunération à dater du 30.06.1995,
- l'article 323, § 2, du décret sur l'ESNU figure au nombre des dispositions transitoires qui, en vertu du principe de confiance, devraient prévoir le maintien des droits acquis de tous les membres du personnel, sans distinction.";

4.2. Considérant que "les membres du personnel visés à l'article 318" sont ceux qui peuvent se prévaloir des dispositions transitoires;

Considérant que l'on retrouve à l'article 142, § 1er, du décret, "l'échelle de traitement spéciale" visée au § 2 de l'article 323; que l'article 142 s'énonce comme suit :

"Article 142. § 1er. Les membres du personnel chargés d'activités d'enseignement artistique dans les disciplines arts audiovisuels et arts plastiques, musique et art dramatique, sauf dans les formations initiales comportant un seul cycle, bénéficient pour une fonction à temps plein ou à temps partiel d'assistant, de chef de travaux, de docteur-assistant, de chargé de cours, de chargé de cours principal, professeur ou professeur ordinaire, d'échelles de traitement spéciales fixées par le Gouvernement flamand.

§ 2. S'ils renoncent dans l'exercice de leur fonction à l'application de l'article 150, ils obtiennent, moyennant accord explicite de la direction de l'institut supérieur, l'échelle de traitement de la fonction qu'ils exercent.";

Considérant que cet article, à l'époque l'article 140, est commenté comme suit dans l'exposé des motifs :

"Les membres du personnel chargés d'activités d'enseignement artistique relevant de la discipline 'art' dans l'enseignement supérieur comportant deux cycles bénéficient d'échelles de traitement spéciales s'élevant à 70 pour cent des échelles de traitement ordinaires. Par contre, ils ne sont pas soumis au régime contraignant des cumuls. Ce groupe de membres du personnel peut librement maintenir diverses activités artistiques accessoires, dans la mesure où celles-ci présentent un lien avec la discipline artistique enseignée. En effet, ils ne sont pas réputés, par définition, être à l'entière disposition de l'établissement, bien qu'ils puissent toutefois accomplir une charge à temps plein. De là que leur charge se limite uniquement, à l'intérieur de l'institut supérieur, à des activités d'enseignement. Le choix s'est porté sur ce régime eu égard à ce que l'enseignement de matières artistiques est inséparable de la pratique continue d'un art. Inversement, ce régime souple permet aussi d'ouvrir la voie de l'enseignement supérieur à des 'artistes d'envergure'. D'une part, l'institut supérieur peut attirer ainsi des personnes de grand rayonnement artistique. D'autre part, celles-ci peuvent alors accéder à l'activité enseignante, sans restriction aucune de leurs activités artistiques.

Le paragraphe 2 de l'article concerné dispose que si ces personnes ne souhaitent pas voir appliquer la liberté de cumul et que l'institut supérieur les juge néanmoins valables dans l'exercice de leur charge, elles peuvent réclamer alors des échelles de traitement de 100 pour cent. De ce fait, leur charge cesse toutefois de se limiter aux seules activités d'enseignement. Dès ce moment, cette charge doit englober tous les éléments de la monographie générale, propres à la fonction qu'elles exercent. L'attribution des échelles de traitement normales n'est plus automatique dans ce cas, mais dépend de l'autorisation expresse de la direction de l'institut supérieur. (Doc. parl., Conseil flamand, 546 (1993-1994) - n° 1, p. 57)";

4.3. Considérant que dans le cadre du référé, le Conseil d'État ne peut pas poser de question préjudicielle à la Cour d'arbitrage; que le législateur n'a pas accordé entre elles la procédure de suspension devant le Conseil d'État et celle relative à l'examen d'une question préjudicielle posée à la Cour d'arbitrage; que si le législateur

l'avait fait, cela établirait sans conteste par là même sa volonté qu'également dans le cadre du référé devant le Conseil d'État, ce dernier soit tenu de poser des questions préjudicielles à la Cour d'arbitrage; que dès lors que la volonté du législateur n'apparaît pas en ces termes ni en d'autres, il y a lieu d'admettre qu'il n'a pas voulu que, par le procédé d'une question préjudicielle à la Cour d'arbitrage, les parties au référé soient contraintes d'attendre plus longuement une décision, alors que son objectif était de permettre une décision rapide puisqu'à l'article 17, § 4, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, il a fixé le délai pour statuer à quarante-cinq jours;

Considérant qu'à supposer que le Conseil d'État soit effectivement compétent pour juger, dans le cadre d'une procédure de suspension, qu'il existe ou non un doute sérieux quant à la constitutionnalité de la loi invoquée dans ce cadre, constitutionnalité que la Cour d'arbitrage devra apprécier d'une manière définitive, il estime que dans les présentes causes il y a lieu de répondre par la négative;

Considérant qu'il est apparu ci-dessus que l'octroi d'une "échelle de traitement spéciale" à ceux que l'on peut appeler en raccourci les anciens professeurs de cours artistiques, est lié au fait que ceux-ci ne peuvent plus bénéficier désormais d'une possibilité illimitée de cumul que dans la mesure où les activités cumulées s'avèrent être des activités artistiques; qu'à la suppression, pour ceux qui ne remplissent pas cette condition, de ce régime de faveur relatif à la "fonction non exclusive", correspond la distinction qui est opérée à l'article 142, § 2, entre ces intéressés et leurs collègues qui, eux, y satisfont; qu'il appert ainsi que cette distinction repose sur un motif admissible; qu'à première vue, il n'y a donc pas violation de la règle d'égalité,

D É C I D E :

Article 1er.

Les demandes de suspension n^{os} A. 68.793/IV-15.751, 68.818/IV-15.755, 68.819/IV-15.756 et 68.820/IV-15.757 sont jointes.

Article 2.

Les demandes de suspension sont rejetées.

Ainsi prononcé à Bruxelles en audience publique, le dix-huit décembre 1900 nonante-six, par la IVe chambre, composée de :

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

Le greffier,

Le président,

S. VAN AELST

J. BORRET

TRADUCTION ÉTABLIE CONFORMÉMENT À L'ARTICLE 63,
ALINÉA 1ER, DES LOIS SUR LE CONSEIL D'ÉTAT
COORDONNÉES LE 12 JANVIER 1973.