CONSEIL D'ETAT, SECTION D'ADMINISTRATION.

A R R E T

n° 70.605 du 9 janvier 1998

A.63.373/VIII-599
(anciennement VI-12.468)

En cause : **KESTELOOT** Marie-Bernadette,

ayant élu domicile chez
Me Marie-Anne KREMER, avocat,
avenue Emile Duray 64/9
1050 Bruxelles,

contre :

la Communauté française,
représentée par son Gouvernement,

ayant élu domicile chez
Me Martine VAN ASSCHE, avocat,
rue du Président 28
1050 Bruxelles.

LE CONSEIL D'ETAT, VIII^e^ CHAMBRE,

Vu la requête introduite le 20 avril 1995 par Marie-Bernadette KESTELOOT, qui demande l'annulation de la décision du 20 mars 1995, par laquelle elle est mise en disponibilité pour cause de maladie du 11 février 1992 au 2 août 1993 et du 16 novembre 1993 au 30 juin 1994;

Vu les mémoires en réponse et en réplique régulièrement échangés;

Vu le rapport de M. BOUVIER, auditeur au Conseil d'Etat;

Vu l’ordonnance du 9 juillet 1997 ordonnant le dépôt au greffe du dossier et du rapport;

Vu la notification du rapport aux parties et les derniers mémoires;

Vu l’ordonnance du 4 novembre 1997, notifiée aux parties, fixant l’affaire à l’audience du 28 novembre 1997;

Entendu, en son rapport, M. GEUS, président de chambre;

Entendu, en leurs observations, Me KREMER, avocat, comparaissant pour la requérante, et Me VAN ASSCHE, avocat, comparaissant pour la partie adverse;

Entendu, en son avis conforme, M. BOUVIER, 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 du recours se présentent comme suit :

1. La requérante est institutrice maternelle à l’école communale de Ohain.

2. Le 17 septembre 1987, elle est victime d’un accident du travail.

3. Le 14 décembre 1992, le service de santé administratif (S.S.A.) lui fait savoir qu’elle est apte à l’exercice normal et régulier de ses fonctions. Le S.S.A. notifie des conclusions identiques à la partie adverse le 27 septembre 1993.

4. A la suite de l’appel introduit par la requérante contre la décision prise en première instance par la commission des pensions, le S.S.A. la déclare inapte à l’exercice de ses fonctions le 22 novembre 1993.

5. En conclusion d’une expertise médicale, le S.S.A. considère le 10 mai 1994 que les absences postérieures au 17 avril 1991 ne sont plus en rapport avec l’accident du travail subi par la requérante, ce que son médecin conteste le 7 juin 1994.

6. Le 1er septembre 1994, la requérante reprend ses activités professionnelles sous le bénéfice d’un congé pour interruption de carrière à mi-temps.

7. Les 29 novembre 1994 et 24 janvier 1995, le S.S.A. déclare à nouveau la requérante apte à l’exercice normal et régulier de ses fonctions.

8. La partie adverse fait savoir à la requérante, le 9 mars 1995, qu’elle sera placée en disponibilité pour cause de maladie du 11 février 1992 au 2 août 1993 et du 16 novembre 1993 au 30 juin 1994.

9. L’acte attaqué est pris le 20 mars 1995, la procédure de remboursement de l’indû, soit une somme de 718.761 francs, étant entamée le lendemain. Le 4 avril 1995, la requérante conteste devant le tribunal du travail la date de consolidation de son accident ainsi que le taux d’incapacité permanente partielle. Le 7 avril 1995, la partie adverse décide de surseoir à la récupération de l’indû. Le collège des bourgmestre et échevins de Lasne prend acte de la décision attaquée le 19 avril 1995;

Considérant que la partie adverse soulève une première exception d’irrecevabilité tenant au défaut d’objet du recours; qu’elle soutient que "contrairement aux termes utilisés à l’article 1er de l’acte attaqué, la

requérante n’a pas été "mise" en disponibilité pour cause de maladie", mais s’est trouvée de plein droit dans cette position administrative; qu’elle fait valoir qu’"en ce qui concerne la disponibilité pour cause de maladie, l’article 9 de l’arrêté royal du 18 janvier 1974 qui prévoit que le membre du personnel "se trouve de plein droit" en disponibilité après une certaine période d’absence, crée par lui-même cette position de disponibilité sans qu’aucune décision administrative soit requise à cet effet"; qu’elle ajoute que si, pour répondre au voeu de l’administration des pensions, cette position de disponibilité de plein droit est habituellement constatée par un arrêté, cette formalité est sans incidence juridique; qu’elle considère que "dans le cas où cette situation administrative qui résulte directement et de plein droit de la réglementation fait l’objet d’un constat, le cas échéant sous la forme d’un arrêté, il s’agit d’un acte purement déclaratif ou récognitif qui n’est donc pas susceptible d’annulation"; qu’enfin, elle souligne que les termes "se trouve de plein droit" n’ont pas la même signification que les expressions "est mis de plein droit" ou "est placé de plein droit", lesquelles requièrent une décision de mise en disponibilité constitutive de droit;

Considérant que la position administrative de disponibilité est substantiellement différente de la position d’activité de service; que le passage de l’une à l’autre ne pourrait se faire implicitement, sous peine de mettre gravement en péril la sécurité juridique des intéressés; qu’une décision administrative expresse est requise;

Considérant, quant à savoir s’il faut qualifier cette décision de déclarative ou de constitutive de droit, qu’aux termes de l’article 9 de l’arrêté royal du 18 janvier 1974 pris en application de l’article 164 de l’arrêté royal du 22 mars 1969 qui est relatif au statut des membres du personnel des établissements d’enseignement

de l’Etat (aujourd’hui de la Communauté française), le "membre du personnel (...) se trouve de plein droit en disponibilité lorsqu’il est absent pour cause de maladie (...) après avoir atteint la durée maximum des congés qui peuvent lui être accordés pour cette raison"; que l’expression "de plein droit" qui figure dans cette disposition ne confère pas un caractère déclaratif à l’acte qui place un agent en disponibilité; qu’elle signifie seulement que l’adminis-tration ne dispose en la matière d’aucun pouvoir discrétionnaire pour décider la mise en disponibilité quand les conditions prévues par cet article sont réunies; que, toutefois, l’autorité est appelée à procéder, avant de décider cette mise en disponibilité, à une analyse de la situation de l’agent concerné, et à une qualification des absences qui ont marqué sa carrière; qu’en raison de la complexité de cette opération, et de la part d’appréciation qu’elle comporte quand des doutes ou, comme en l’espèce, des contestations surgissent sur la cause de certaines absences, une telle décision est soumise au contrôle du juge de l’excès de pouvoir; que la mise en disponibilité pour maladie est une décision constitutive de droit, qui crée dans le chef de l’agent une situation juridique nouvelle; que l’exception n’est pas fondée;

Considérant que la partie adverse soulève une deuxième exception d’irrecevabilité invoquant le défaut d’intérêt au recours; qu’elle fait valoir qu’elle ne disposait en l’espèce d’aucun pouvoir discrétionnaire et qu’elle était inconditionnellement obligée de placer la requérante en disponibilité; qu’elle en conclut que l’annulation de l’acte attaqué ne procurerait aucun avantage à la requérante;

Considérant que la requérante a contesté, devant le tribunal du travail, la date de consolidation de l’incapacité résultant de l’accident du travail dont elle a été victime; qu’une révision de cette date aurait une

incidence directe sur le calcul des jours de congé de maladie utilisés; qu'il s'ensuit qu'une nouvelle décision ne serait pas nécessairement identique à celle qui est attaquée par le présent recours; que, pour le surplus, l'exception est liée au fond;

Considérant, d'office, que la requérante est membre du personnel enseignant de l'enseignement libre subventionné et a été nommée par son pouvoir organisateur; que l'article 69 du décret du 1er février 1993 fixant le statut des membres du personnel subsidié de l'enseignement libre subventionné porte ce qui suit :

" Un membre du personnel peut être mis en disponibilité par son pouvoir organisateur dans les mêmes conditions que dans l'enseignement de la Communauté, à l'exception de la mise en disponibilité par retrait d'emploi dans l'intérêt du service. Toute mise en disponibilité pour laquelle une décision du Ministre-membre de l'Exécutif ou de son délégué est nécessaire en vue de l'octroi du traitement d'attente dans l'enseignement de la Communauté doit être soumise par le pouvoir organisateur à l'approbation de l'Exécutif";

qu'il se déduit de ce texte que si les conditions de mise en disponibilité pour cause de maladie d'un membre du personnel de l'enseignement subventionné sont celles des membres du personnel de l'enseignement organisé par la Communauté française, seul le pouvoir organisateur de l'enseignement subventionné par celle-ci, à l'exclusion de cette dernière, peut décider de ce changement de position administrative; que la circonstance que, s'agissant du régime de mise en disponibilité pour cause de maladie, cette disposition aboutit à assimiler les deux catégories de personnel, n'autorise pas à négliger une règle de compétence expressément formulée; que l'acte attaqué ne pouvait être pris que par le pouvoir organisateur qui est l'employeur de la requérante; que le recours est fondé;

Considérant qu'il n'y a pas lieu d'examiner le moyen unique de la requête, qui, à le supposer fondé, ne pourrait entraîner une annulation plus étendue,

D E C I D E :

Article 1er.

Est annulée la décision du 20 mars 1995, par laquelle Marie-Bernadette KESTELOOT est mise en disponibilité pour cause de maladie du 11 février 1992 au 2 août 1993 et du 16 novembre 1993 au 30 juin 1994.

Article 2.

Les dépens, liquidés à la somme de 4.000 francs, sont mis à charge de la partie adverse.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique, le neuf janvier 1900 nonante-huit par :

M.	GEUS,	président de chambre,
Mme	DAURMONT,	conseiller d'Etat,
Mme	GEHLEN,	conseiller d'Etat,
Mme	HONDERMARCQ,	greffier.

Le Greffier, Le Président,

M.-Cl. HONDERMARCQ. J.-Cl. GEUS.