CONSEIL D'ETAT, SECTION D'ADMINISTRATION.

A R R E T

n° 87.091 du 8 mai 2000

A.89.653/VIII-1680

En cause : **MALENGREAU** Jean-Claude,
ayant élu domicile chez
Me Thierry VERMEIRE, avocat,
avenue des Scarabées 11
1000 Bruxelles,

contre :

l'Etat belge, représenté par le
Ministre de la Défense nationale.

LE PRESIDENT F.F. DE LA VIII^{e} CHAMBRE DES REFERES,

Vu la demande introduite le 18 février 2000 par Jean-Claude MALENGREAU qui tend à la suspension de l'exécution de la décision du 27 décembre 1999 rejetant ses demandes de retrait temporaire d'emploi par interruption de carrière - mesure temporaire (en abrégé RTEIC(T)) et sa demande d'obtenir à titre subsidiaire la démission de son emploi avec effet au 1er janvier 2000;

Vu la demande de mesures provisoires introduite par le même requérant à la même date;

Vu la requête introduite simultanément par le même requérant, qui demande l'annulation de la même décision;

Vu la note d'observations et le dossier administratif de la partie adverse;

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

Vu l'ordonnance du 24 mars 2000 fixant l'affaire à l'audience du 28 avril 2000;

Vu la notification du rapport et de l'ordonnance de fixation aux parties;

Entendu, en son rapport, M^{me} GEHLEN, conseiller d'Etat;

Entendu, en leurs observations, Me VERMEIRE, avocat, comparaissant pour la partie requérante, et le lieutenant-colonel GERITS, administrateur militaire, comparaissant pour la partie adverse;

Entendu, en son avis conforme, M. HERBIGNAT, auditeur;

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

Considérant que les éléments utiles à l'examen de la demande sont les suivants :

1. Le requérant est officier médecin-major (ophtalmologue). Il bénéficie d'une autorisation d'exercer une activité professionnelle en cumul et l'exerce ou l'a exercée à la clinique Saint-Luc à Bouge.

2. Le 20 mai 1998, il introduit, à titre principal, une demande de retrait temporaire d'emploi par interruption de carrière - mesure temporaire - (RTEIC-T) pour une durée de douze mois à partir du 1er janvier 1999 et, à titre subsidiaire, une demande de retrait temporaire d'emploi par interruption de carrière - en régime - (RTEIC) à partir de la même date et pour la même durée.

Le directeur HMRA émet un avis favorable "à condition que les ophtalmologues militaires qui sont en congé reviennent".

Le médecin colonel DANIELS émet, quant à lui, l'avis suivant :

" Même avis que le directeur HMRA.
Favorable pour le RTEIC.
Défavorable pour le RTEIC(T), duquel les off. des corps techniques du SM sont exclus".

Le 21 juillet 1998, le Ministre de la Défense nationale accorde au requérant un RTEIC à partir du 1er janvier 1999, ce qui implique le refus d'accorder le RTEIC-T. Le requérant a demandé la suspension de l'exécution de ce refus ainsi que du refus de retirer cette décision et de statuer par une nouvelle décision sur la demande de RTEIC-T. L'arrêt no 82.988 du 20 octobre 1999 a constaté que la décision de refus du 21 juillet 1998 avait été retirée et qu'une nouvelle décision serait prise sur une demande de RTEIC-T avec prise d'effet au 1er janvier 2000, de sorte que la demande de suspension était devenue sans objet. Le requérant a également introduit un recours en annulation qui est pendant (G.A)85.827/VIII-1459).

3. Entre-temps, le requérant avait demandé, le 20 février 1999, la prolongation de son RTEIC pour une durée de douze mois, à partir du 1er janvier 2000. Cette demande a fait l'objet d'avis défavorables en raison du manque d'ophtalmologues.

Le 11 juillet 1999, se référant aux arrêts de la Cour d'arbitrage nos 52/99 et 68/99, il a mis le ministre en demeure de reconsidérer sa demande de RTEIC(T).

Cette demande de reconsidération a donné lieu à l'avis suivant :

" Les médecins militaires ophtalmologues disponibles sont actuellement au nombre de 5. Ce nombre est insuffisant pour permettre à l'HMRA de continuer à fonctionner de façon adéquate dans la situation actuelle. Nous maintenons dès lors un avis défavorable pour un RTEIC(T) au 01 Jan 2000".

Le requérant a déposé un mémoire à l'encontre de cet avis. Dans le mémoire, il précise que sa lettre du 12 juillet 1999 ne constituait pas une nouvelle demande de RTEIC-T, mais une demande de reconsidération d'une décision illégale.

4. Le 19 septembre 1999, le requérant a sollicité la prolongation de son RTEIC(R) par un RTEIC(T) d'une durée de cinq ans à partir du 1er janvier 2000; il précise ce qui suit : "L'introduction de ce Mod B ne signifie en rien que je renonce au bénéfice du Mod B (HMRA nº 107175) que j'ai introduit le 20 mai 1998; Mod B pour lequel j'ai saisi le Conseil d'Etat suite au refus ministériel".

Le chef de corps émet un avis favorable à cette demande, mais le lieutenant-colonel de l'état major du service médical émet un avis défavorable identique à celui qui avait été émis à propos de la demande de reconsidération du 11 juillet 1999.

5. Le 28 novembre 1999, le requérant écrit au ministre ce qui suit :

" Je m'inquiète de mon avenir immédiat car depuis le coup de téléphone du Major HOUSEN j'ai considéré comme acquise la pause carrière demandée et ai pris d'importants engagements professionnels pour l'année 2000.

Je vous demande dès lors confirmation de votre décision favorable qui m'a été transmise verbalement le 20 septembre 1999".

6. Le 7 décembre 1999, le requérant dépose un "mémoire à joindre au modèle B nº Dep IO 5571 du 20 septembre 1999". Il y rappelle tous les éléments qui, selon lui, doivent conduire le ministre à accorder un RTEIC(T). Il termine le mémoire dans les termes suivants :

" Si vous ne vous rendez pas à mes arguments, je demande à titre subsidiaire un RTEIC(R) de 6 mois, avec prise d'effet le 1er janvier 2000. Ceci afin de pouvoir faire face aux engagements pris dans l'exercice de ma profession libérale, de bonne foi, sur base du contenu de l'entretien téléphonique du 20 septembre 1999, et de me préparer aux obligations inhérentes à la reprise en force.

Si vous avez l'intention de refuser à la fois le RTEIC(T) et le RTEIC(R), je vous saurais gré de m'accorder une audience avant que, à défaut d'autre choix, je ne vous présente ma démission".

Le même jour, le requérant écrit qu'il "souhaite modifier le dernier paragraphe avant la formule de politesse. Je vous prie donc de remplacer "..." par : "En cas de refus du RTEIC(T) et de RTEIC(R) demandé à titre subsidiaire, je vous présente, également à titre subsidiaire, ma démission à la date du 1er janvier 2000"".

7. Le 27 décembre 1999, le Ministre de la Défense nationale décide de prolonger pour trois mois le RTEIC(R) du requérant et de refuser le RTEIC(T) et la démission. La demande de suspension porte sur ce refus, qui est motivé notamment comme suit :

" (...)

Motivation en droit :
1. l'art. 15 et 21 de la loi du 1er mars 1958 (Reg A16-B1)
2. Ch. III et IV de l'AR du 24 juillet 1997 (Reg A16-Y10).

Motivation dans les faits :

(...)

L'octroi d'un RTEIC-T donne le droit de ne pas être présent aux forces armées pendant une période de cinq ans ainsi que le droit de bénéficier à l'issue de cette période d'un retrait temporaire d'emploi pour convenances personnelles (RTECP) d'une durée de maximum quatre ans (cf les articles 21, § 1er, et 22 de l'arrêté royal du 24 juillet 1997). Dans votre cas, l'octroi d'un RTEIC-T irait à l'encontre de l'intérêt général. En effet, je me rallie à l'avis précité de l'Etat-major du service médical duquel il ressort que votre présence aux forces armées est manifestement requise. Un RTEIC-T de cinq ans éventuellement suivi d'un RTECP de quatre ans avec prise d'effet au 1er janvier 2000 irait par conséquent à l'encontre du bon fonctionnement des forces armées.

Pour ces motifs, je refuse par la présente vos demandes de RTEIC-T.

L'intérêt du service, plus en particulier le besoin en ophtalmologues précité, s'oppose également à votre demande de démission à partir du 1er janvier 2000. En effet, il ressort de la lecture de l'article 21 de la loi du 1er mars 1958 que l'obtention d'une démission n'est pas un droit mais qu'elle est soumise à l'appré-

ciation du ministre qui doit mettre en balance l'intérêt particulier et l'intérêt général".

8. Le 13 février 2000, le requérant écrit ce qui suit :

" Situation actuelle : en RTEIC(R) depuis le 01/01/1999. Je soussigné suis contraint par la décision ministérielle nº 012380 du 27 décembre 1999 d'être repris en force à la date du 01/04/2000. N'ayant d'autre choix que la désertion, je me soumets et consens à cette reprise en force. Ce nouveau modèle B ne signifie donc pas que je renonce au RTEIC(T), demandé le 20 mai 1998 par Mod. B HMRA nº 105175, pour lequel j'ai saisi le Conseil d'Etat suite au refus ministériel. J'entends bien bénéficier de ce RTEIC(T) si l'arrêt du Conseil d'Etat m'est favorable.

Dans le contexte bien précis, je demande à être affecté à l'HMRA".

C'est effectivement à l'HMRA que le requérant est affecté depuis sa reprise en force;

Considérant que, selon l'article 17, § 2, alinéa 1er, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, "la suspension de l'exécution ne peut être ordonnée que si des moyens sérieux susceptibles de justifier l'annulation de l'acte ou du règlement attaqué sont invoqués et à condition que l'exécution immédiate de l'acte ou du règlement risque de causer un préjudice grave difficilement réparable";

Considérant, quant au risque de préjudice grave difficilement réparable, que le requérant distingue le refus de RTEIC(T) et le refus de démission; qu'en ce qui concerne le refus de RTEIC(T), il soutient que celui-ci le prive d'une liberté fondamentale en l'empêchant d'exercer une nouvelle profession et en le contraignant à servir sous statut de militaire du cadre actif, sans bénéficier d'un RTEIC(T); qu'il expose que la gravité de l'illégalité constatée conforte la gravité du préjudice subi; qu'il souligne qu'il a dû subir les effets d'un premier refus qui a été retiré et met en exergue les arrêts de la Cour d'arbitrage nos 52/99 et 68/99 dont il déduit que les

moyens invoqués à l'appui de la demande sont manifestement fondés et qu'il n'est pas admissible que subistent des décisions fondées sur des normes déclarées illégales ou inconstitutionnelles; qu'il estime qu'un arrêt de suspension obligerait la partie adverse à reconsidérer sa position "toutes affaires cessantes" et à lui accorder le RTEIC(T) demandé; qu'il fait état des dispositions de la loi spéciale sur le Cour d'arbitrage qui augmentent le délai de recours lorsque l'illégalité d'une norme a été établie par la Cour d'arbitrage; que ces dispositions démontrent, selon lui, l'existence d'un préjudice grave difficilement réparable; qu'il estime que doit être appliquée au pouvoir exécutif la règle selon laquelle l'adoption d'une norme identique à celle qui a été annulée par la Cour d'arbitrage est nécessairement constitutive d'un préjudice grave et difficilement réparable et qu'il en va de même d'un acte "dérivé" illégal; que, selon le requérant, l'article 17 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat n'exprime pas suffisamment la considération selon laquelle la suspension de l'exécution d'un acte administratif est la conséquence évidente de la nécessité d'expurger rapidement l'acte dérivé illégal et de faire respecter l'autorité de la chose jugée qui s'attache aux arrêts du Conseil d'Etat; qu'il voit une discrimination dans le fait que les requérants, selon qu'il s'adressent à la Cour d'arbitrage ou au Conseil d'Etat, doivent ou non démontrer l'existence d'un préjudice grave difficilement réparable lorsqu'ils demandent la suspension de l'exécution d'un acte pris à la suite du retrait d'un acte de même nature; qu'il demande que soit posée à la Cour d'arbitrage une question préjudicielle relative à la conformité de l'article 17 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat avec les articles 10 et 11 de la Constitution; qu'il ajoute que le préjudice grave difficilement réparable est accru du fait qu'il risque de perdre sa place de chef de service au service d'ophtalmologie de la Clinique Saint-Luc à Bouge; que le requérant soutient que le refus de démission s'analyse également en une privation

illicite de diverses libertés constitutionnelles; qu'il expose que le refus de RTEIC(T) et le refus de démission procèdent de considérations similaires, qu'il est empêché de continuer d'exercer une autre profession et qu'il "reste contraint de servir - contre sa volonté - sous statut de militaire du cadre actif sans bénéficier d'un retrait d'emploi" et conclut qu' "une telle privation de libertés fondamentales - complétées par une menace de poursuites pénales et disciplinaires - ne peut pas être réparée adéquatement par un 'simple' arrêt d'annulation";

Considérant, en ce qui concerne le risque de préjudice grave difficilement réparable allégué à propos du refus de RTEIC-T, que le Conseil d'Etat a rappelé à de multiples reprises que ce risque s'apprécie in concreto et qu'il appartient au requérant d'apporter les éléments de nature à en établir l'existence; qu'en l'espèce, le requérant émet des considérations générales basées sur le postulat que les moyens qu'il invoque sont, à l'évidence, fondés et dit quelques mots de sa situation professionnelle; que, d'une part, le requérant ne peut être suivi lorsqu'il invoque un préjudice résultant d'une atteinte à sa liberté individuelle; qu'il a librement accepté le statut de militaire; qu'en réalité, ce dont il est privé n'est pas la liberté d'exercer une autre profession, mais la faculté de l'exercer exclusivement, en conservant le bénéfice de la couverture sociale et statutaire du régime RTEIC-T; qu'il passe sous silence l'autorisation qui lui a été donnée de cumuler l'exercice de ses fonctions de médecin militaire avec celle d'ophtalmologue dans une clinique privée; qu'il ne donne aucune précision sur la couverture sociale dont il voudrait bénéficier et n'indique pas les éléments concrets dont il résulterait qu'elle lui serait indispensable pour exercer sa profession uniquement à titre privé; que, d'une manière générale, il ne décrit pas un préjudice personnel sauf lorsqu'il indique laconiquement qu'il risque de perdre sa place de chef de service d'un service ophtalmologique; qu'il

n'invoque aucun élément concret dont il pourrait se déduire que ce risque est avéré; que, d'autre part, le requérant échafaude une construction juridique qui aboutit à faire dépendre le risque de préjudice grave difficilement réparable de la réponse à une question préjudicielle qu'il demande de poser à la Cour d'arbitrage; que, sans qu'il soit besoin d'examiner si une telle question est compatible avec la notion même de référé, il s'impose de constater que, de la sorte, le requérant tente d'établir le risque de préjudice par le caractère sérieux voire manifestement fondé des moyens qu'il invoque; que la démonstration de ce qu'un moyen est sérieux - à la supposer faite - est toutefois différente du risque de préjudice requis pour que la suspension de l'exécution d'un acte administratif puisse être ordonnée; qu'en outre, le requérant perd de vue un élément essentiel, à savoir que le refus de RTEIC-T qu'il critique n'est pas fondé sur une disposition annulée par la Cour d'arbitrage;

Considérant qu'en ce qui concerne le refus de démission, il échet en outre de constater que le requérant a demandé celle-ci à titre subsidiaire; que l'essentiel de son argumentation vise le refus du RTEIC-T demandé à titre principal et qu'il n'apporte pas d'éléments dont il pourrait se déduire que le refus opposé à une demande subsidiaire serait constitutif d'un risque de préjudice grave difficilement réparable;

Considérant qu'une des conditions requises par l'article 17, § 2, alinéa 1er, des lois coordonnées pour que le Conseil d'Etat puisse ordonner la suspension de l'exécution des actes critiqués fait défaut; que la demande de suspension de leur exécution ne peut être accueillie; que la demande de mesures provisoires qui en est l'accessoire soit suivre le même sort,

D E C I D E :

Article 1er.

Les demandes de suspension et de mesures provisoires sont rejetées.

Article 2.

Les dépens sont réservés.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique, le huit mai deux mille par :

Mme GEHLEN, conseiller d'Etat, président f.f.,
Mme HONDERMARCQ, greffier.

Le Greffier, Le Président f.f.,

M-Cl. HONDERMARCQ. S. GEHLEN.