

ROYAUME DE BELGIQUE.

AVIS DU CONSEIL D'ETAT.

Le CONSEIL D'ETAT, section de législation, deuxième chambre, saisi par le Ministre de l'Enseignement, de la Formation, du Sport, du Tourisme et des Relations internationales et par le Ministre de l'Education et de la Recherche scientifique de la Communauté française, le 31 août 1990, d'une demande d'avis sur un avant-projet de décret "modifiant la loi du 29 mai 1959 modifiant certaines dispositions de la législation de l'enseignement, la loi du 1er avril 1960 relative aux centres psycho-médico-sociaux, la loi du 11 juillet 1973 modifiant la loi du 29 mai 1959 et fixant le statut du personnel subsidié de l'enseignement subventionné libre", et en ayant délibéré en ses séances des 3 décembre, 10 décembre, 13 décembre, 17 décembre et 20 décembre, a donné le 20 décembre 1990 l'avis suivant :

OBSERVATIONS GENERALES.

I. Observation sur la terminologie.

L'obligation que l'article 17, § 4, de la Constitution impose au décret de traiter également les membres du personnel et les établissements d'enseignement n'exclut pas l'option prise par l'Exécutif de régler par des décrets distincts la situation des personnels de l'enseignement libre subventionné, d'une part, et celle de l'enseignement officiel subventionné, d'autre part. Le même article 17, § 4, précise en effet que

"... le décret prend en compte les différences objectives, notamment les caractéristiques propres à chaque pouvoir organisateur, qui justifient un traitement approprié".

Or, il n'est pas douteux que la nature juridique des divers pouvoirs organisateurs - personnes morales de droit privé dans l'enseignement libre, autorités publiques dans l'enseignement officiel - constitue l'une de ces caractéristiques propres justifiant un traitement approprié.

Il est même, à certains égards, judicieux de procéder comme l'Exécutif a résolu de le faire car, précisément, la nature juridique des pouvoirs organisateurs de l'enseignement libre entraîne des conséquences importantes quant au régime juridique de la relation de travail qui s'établit entre eux et leur personnel.

L'exposé des motifs du projet de décret consacre d'ailleurs à la qualification juridique de ce régime un long

.../...

développement en conclusion duquel il est affirmé que, si les règles en projet doivent constituer un statut "au sens large", c'est-à-dire "un ensemble de règles contraignantes dont on ne peut s'écarter par voie contractuelle", cela ne modifiera nullement "la nature de droit privé des liens entre le pouvoir organisateur et son personnel" (pp. 28 et 29). Ce lien sera donc un lien contractuel. C'est pourquoi, le même exposé des motifs précise, à juste titre, que le respect des dispositions statutaires sera assuré par des sanctions de droit civil (p. 29), et que la juridiction chargée de les prendre sera le tribunal du travail, compétent en vertu de l'article 578 du Code judiciaire, pour connaître des "contestations relatives aux contrats de louage de travail" (pp. 30 à 32).

L'intention ainsi clairement manifestée par l'Exécutif doit se refléter aussi clairement dans le texte même du décret en projet; une funeste ambiguïté risque, sinon, de subsister. Or, si certaines de ses dispositions emploient bien le vocabulaire du droit contractuel du travail (par exemple l'article 29 qui utilise de façon tout à fait pertinente les mots "licenciement" et "préavis"), d'autres dispositions, plus nombreuses, s'expriment dans le vocabulaire du droit administratif. Ainsi, il est fait usage d'expressions comme "désignation", "nomination à titre définitif", "positions administratives", "cessation définitive des fonctions", toutes expressions qui appartiennent au vocabulaire du droit administratif. Certes, des projets antérieurs, dont le présent projet s'inspire, utilisaient en effet un tel vocabulaire, mais c'était parce qu'ils entendaient soumettre à un même ensemble de dispositions, réunies en un seul arrêté, les personnels des enseignements subven-

.../...

tionnés, aussi bien libre qu'officiel. Ces projets étaient donc forcés de recourir à une terminologie unique qui ne pouvait pas être aussi adéquate pour l'un que pour l'autre. Le Conseil d'Etat, dans son avis L. 17.276/1, l'avait d'ailleurs fait remarquer, en indiquant que les interprètes seraient forcés de "traduire", pourrait-on dire, le langage du droit administratif en un langage de droit privé pour que la situation du personnel de l'enseignement libre soit fixée de façon juridiquement claire et sûre. Ainsi, cet avis relevait, par exemple, que les termes "nomination à titre définitif" signifieraient, dans le cas d'un membre de l'enseignement libre, la conclusion d'un contrat de travail à durée indéterminée.

La résolution prise par l'Exécutif de soumettre au pouvoir décrétoire un projet qui ne concerne que l'enseignement libre permet de renoncer à un vocabulaire inadéquat et autorise à utiliser désormais exclusivement le lexique correspondant exactement à la nature juridique des sujets et des relations que le décret en projet entend régir, c'est-à-dire le lexique du droit privé de la relation de travail. De cette façon, le décret ne contraindra pas ceux qui auront à l'appliquer et à l'interpréter, notamment les juridictions du travail, à se livrer à des "traductions". Celles-ci sont dangereuses, car elles pourraient non seulement différer longtemps d'une école ou d'un tribunal à l'autre et donc induire une inégalité de traitement, mais elles pourraient surtout faire échec aux intentions des auteurs du projet. Il convient donc d'écarter de celui-ci toutes les expressions qui ne sont précises que lorsqu'elles s'appliquent à un personnel soumis à une autorité publique et qui deviennent approximatives une fois appliquées à un personnel

.../...

engagé par une personne de droit privé. Ces expressions doivent être remplacées par des termes qui trouvent directement un sens dans l'énoncé de règles organisant une relation de travail de droit privé.

Il n'y a pas lieu de craindre qu'à cause de cette transformation du vocabulaire, il soit porté atteinte au principe d'égalité inscrit dans l'article 17, § 4, de la Constitution. Au contraire. Car en procédant à cette réécriture, les auteurs du projet seront amenés à préciser quel est exactement l'effet qu'ils entendent faire produire par certaines dispositions. Que l'on songe par exemple à l'obligation qu'ont, dans certains cas, les pouvoirs organisateurs d'embaucher certaines personnes, appelées prioritaires, de préférence à d'autres. Une telle obligation est, en droit privé, une obligation de contracter; en l'exprimant en ces termes dans le texte, on découvre qu'il importe de préciser quelle est la sanction qu'un tribunal du travail aurait à prendre au cas où, cette obligation ayant été violée, un contrat aurait été conclu avec une autre personne que la "prioritaire". C'est en construisant la règle précise sur la sanction civile à prendre dans une telle hypothèse que le projet pourra réellement atteindre l'objectif qui est le sien d'établir un statut du personnel de l'enseignement libre dans le respect du principe constitutionnel d'égalité, tout en tenant compte des caractéristiques propres à chaque pouvoir organisateur.

.../...

Pour illustrer ce qui précède, certaines dispositions du décret en projet seront citées en ce qu'elles sont de nature à créer une incertitude quant au régime juridique auquel sont soumis les enseignants de l'enseignement libre subventionné.

L'article 21 du décret en projet prévoit que lors de sa première désignation, tout membre du personnel enseignant doit prêter serment comme s'il était titulaire d'une fonction publique alors qu'il n'est pas contesté qu'il se trouve engagé dans les liens d'un contrat de travail. Il est vrai que le serment est l'une des conditions visées par l'article 28, 5°, de la loi du 29 mai 1959 modifiant certaines dispositions de la législation sur l'enseignement, conditions auxquelles est subordonné l'octroi de subventions, mais ce serment est peu compatible avec la situation juridique résultant d'un contrat de travail.

De même, l'article 27 du décret en projet porte que le membre du personnel temporaire peut, dans les dix jours du préavis qui lui est notifié par le pouvoir organisateur, introduire un recours auprès de la commission paritaire compétente qui se prononce sur ce recours par un "avis contraignant". Une telle disposition, inconstitutionnelle comme il sera dit ci-dessous, donne à penser que les enseignants de l'enseignement libre subventionné pourraient ne pas être engagés par contrat, toute contestation sur la résiliation de ce contrat étant réservée aux cours et tribunaux.

.../...

Dans les articles 60, § 1er, et 70 notamment les mots "subventions-traitements" sont ambigus. Ils laissent entendre que le traitement des enseignants leur est payé par la Communauté au moyen de la subvention accordée par celle-ci alors qu'en vertu de la convention conclue entre chacun des enseignants et le pouvoir organisateur, c'est ce dernier qui est débiteur de la rémunération convenue et qui est tenu de la payer. Cette ambiguïté est encore aggravée par la circonstance que, dans d'autres dispositions en projet, est utilisé le mot "traitement"; il en est ainsi notamment dans les articles 60, § 3, 62, § 2, 66 et 67.

La même ambiguïté se retrouve dans l'article 63, 8°, en projet, suivant lequel la nomination à titre définitif des membres du personnel enseignant de l'enseignement libre est révoquée à partir du moment où elle s'avère irrégulière. En réalité, ces enseignants ne sont pas nommés mais engagés par contrat et si ce contrat a été conclu irrégulièrement, il est nul, cette nullité devant être prononcée par le tribunal compétent. Il est donc contraire au régime juridique des enseignants concernés, de prévoir, dans l'hypothèse envisagée, la révocation de leur nomination.

Enfin, dans l'article 62, § 1er, le régime conventionnel des enseignants précités est ouvertement méconnu puisque, suivant les déclarations du fonctionnaire délégué, c'est l'Exécutif et non le Conseil de la Communauté qui fixera les règles relatives à la mise en disponibilité par retrait d'emploi dans l'intérêt du service (sur la légalité de cette disposition, voyez l'observation sous l'article 67).

.../...

II. Observation sur les devoirs et les incompatibilités.

Le décret en projet contient, en ses articles 10 à 19, des règles relatives aux devoirs des membres du personnel enseignant, et il établit, en son article 40, une incompatibilité. Les articles 41 à 43, rangés sous le chapitre IV relatif aux incompatibilités, organisent des recours pour le cas où l'existence ou la portée d'une incompatibilité est contestée.

Les articles 10 à 17 correspondent en substance aux articles 5 à 12 de l'arrêté royal du 22 mars 1969 fixant le statut des membres du personnel ... enseignant ... de l'Etat, applicables aux enseignants de la Communauté. L'article 40 du décret en projet correspond à l'article 57 de l'arrêté royal du 22 mars 1969. La confrontation des deux textes fait apparaître trois différences sensibles :

1. Le décret en projet s'abstient de formuler les incompatibilités établies par les articles 58 et 59 de l'arrêté royal du 22 mars 1969, relatifs respectivement aux mandats ou services dans des affaires privées à but lucratif, et aux occupations exercées par personne interposée. Ce point fera l'objet d'une observation ci-après, lors de l'examen de l'article 40.
2. Les articles 18 et 19 du décret en projet imposent aux membres du personnel de l'enseignement libre des obligations qui n'ont pas leur pendant dans le statut du 22 mars 1969. Il s'agit d'"obligations découlant du

.../...

caractère spécifique du projet éducatif de leur établissement d'enseignement, qu'il soit de tendance neutre, pluraliste, confessionnelle ou autre". Ces dernières obligations sont, aux termes de l'article 19 "fixées par écrit dans le contrat d'engagement".

3. L'article 42, également sans équivalent dans le statut du 22 mars 1969, porte que "les incompatibilités découlant du caractère spécifique du projet éducatif sont convenues par écrit entre le pouvoir organisateur et le membre du personnel".

La rédaction des articles 18 et 42 indique que leurs champs d'application respectifs se recoupent largement. Les obligations découlant du caractère spécifique de l'enseignement se divisent en deux catégories. Les unes sont des devoirs, les autres des incompatibilités. L'exposé des motifs (p. 20) explique comment la différence entre les uns et les autres est conçue : il y a incompatibilité quand "certaines activités ou situations, peut-être acceptables en elles-mêmes, ne peuvent se concilier avec l'exercice d'une charge d'enseignement"; il y a devoir quand une activité ou situation constitue un manquement, une faute, répréhensible en soi.

Cette distinction ne correspond pas à celle qui est faite entre les notions d'incompatibilité et de devoir dans l'enseignement de la Communauté. L'incompatibilité, dans cet enseignement, n'est jamais une "situation"; elle ne peut consister qu'en activités, avec cette conséquence, que lorsque l'incompatibilité est établie, l'enseignant ne peut

.../...

être sanctionné, mais qu'il est contraint de choisir entre la poursuite de sa carrière enseignante et celle de son autre activité.

En soi, l'établissement de devoirs et d'incompatibilités découlant du caractère spécifique du projet éducatif peut se justifier, comme faisant partie des "caractéristiques propres à chaque pouvoir organisateur, qui justifient un traitement approprié", visées à l'article 17, § 4, de la Constitution. Toutefois, le Conseil d'Etat n'aperçoit pas de motif valable de dénaturer à cette occasion la notion d'incompatibilité, et de lui donner, appliquée à l'enseignement libre, une signification plus large que celle qu'elle a dans l'enseignement de la Communauté.

D'autre part, tant les devoirs (article 18) que les incompatibilités (article 42) doivent être fixés par écrit dans le contrat d'engagement. A ce sujet, l'exposé des motifs insiste, à juste titre, sur la nécessité de respecter la vie privée des enseignants. Celle-ci constitue, en effet, un domaine inviolable, protégée par l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, et par l'article 17 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, où ni l'autorité publique, ni des personnes de droit privé, et notamment les pouvoirs organisateurs, ne peuvent s'immiscer.

Plusieurs conséquences en découlent quant à l'interprétation qu'il s'impose de donner des articles 18 et 42 du projet.

.../...

Les obligations mises à charge des membres du personnel doivent être en rapport avec leur activité au sein de l'établissement. Aucun mode de vie, aucun engagement ou appartenance politique, idéologique, religieux ou philosophique quel qu'il soit, ne peuvent être proscrits pour eux-mêmes.

Les devoirs et incompatibilités visées par cette disposition devront être définis avec précision, de manière à ce qu'aucune équivoque n'existe quant à l'étendue des obligations qui seront mises à charge de l'enseignant. En particulier, il ne serait pas admissible de définir ces obligations par une simple référence à une religion, une doctrine ou une philosophie, parce que le corps de règles auquel il serait renvoyé se prêterait à des interprétations divergentes.

Les dispositions contractuelles établissant des obligations découlant du caractère spécifique du projet éducatif de l'établissement devront être interprétées restrictivement et, en cas de doute, dans le sens le plus favorable au membre du personnel.

OBSERVATIONS PARTICULIERES.

Le décret en projet comporte un titre Ier - Dispositions communes - et un titre II qui regroupe l'ensemble des dispositions autonomes formant le statut du personnel subsidié de l'enseignement libre subventionné.

Cette dernière partie du décret en projet doit venir en premier lieu, tant dans l'intitulé que dans le dispositif dont il doit former le titre Ier, intitulé "Du statut du personnel subsidié de l'enseignement subventionné libre".

Quant aux dispositions modificatives, il est d'usage de les placer en suivant l'ordre des dispositions à modifier. C'est pourquoi, il y a lieu de grouper en un titre II les modifications à la législation de l'enseignement, et dans l'ordre suivant :

- article 1er du projet (modification de l'article 12bis de la loi du 29 mai 1959);
- article 71 du projet (modification de l'article 28 de la même loi);
- article 2 du projet (modification de l'article 22 de la loi du 11 juillet 1973);
- article 3 (modification de l'article 22bis de la même loi);
- article 4 (modification de l'article 5 de la loi du 1er avril 1960).

Enfin, le chapitre XII du titre II pourrait former plutôt un titre III intitulé : Dispositions abrogatoires, transitoires et finales; certaines de ces dispositions, telle l'entrée en vigueur, concernent l'ensemble du projet.

.../...

Intitulé.

L'intitulé figurant dans l'exposé des motifs serait plus simplement rédigé comme suit :

"Projet de décret fixant le statut des membres du personnel subsidiés de l'enseignement libre subventionné".

Dispositif.

Article 1er.

En tant que l'article 1er prévoit que

"Le statut des membres du personnel subsidiés de l'enseignement subventionné visé au § 1 est fixé séparément pour le personnel de l'enseignement officiel subventionné et pour le personnel de l'enseignement libre subventionné",

il n'a aucune valeur normative. Cet article constitue une simple déclaration d'intention qui ne trouve pas sa place dans le dispositif. Il doit être omis.

Article 2 (devenant l'article 68).

Compte tenu de ce que l'Exécutif entend fixer séparément et par décret le statut des membres du personnel de l'enseignement officiel subventionné, d'une part, et le

.../...

statut des membres du personnel de l'enseignement libre subventionné, d'autre part, la modification envisagée dans l'article 2 devrait être plus large et tenir compte de ce que le décret en projet fixe le statut du personnel subsidié de l'enseignement libre subventionné.

Article 3 (devenant l'article 69).

Il convient d'ajouter après les mots "de la même loi" "inséré par la loi du 10 décembre 1974 et modifié par la loi du 1er août 1988".

Article 4.

L'article 4 devrait faire l'objet d'un décret séparé. Il n'a pas sa place dans un décret dont aucune disposition n'est applicable aux centres psycho-médico-sociaux.

Les quatre premiers articles étant, soit omis, soit déplacés, la numérotation des articles suivants sera modifiée et les références aux articles du décret en projet devront être revues.

.../...

Titre II.

Le titre II devenant le titre Ier, appelle les observations de forme suivantes :

- 1° lorsqu'un alinéa comporte une énumération, il est d'usage d'en numéroté les éléments par 1°, 2°, 3°, ...; et lorsqu'un élément se décompose en une énumération en sous-ordre, d'utiliser a, b, c, ...;
- 2° il ne se justifie pas de diviser un article en paragraphes lorsqu'aucun de ceux-ci ne compte au moins deux alinéas.

Titre Ier. - Du statut du personnel subsidie de l'enseignement subventionné libre.

Article 5 (devenant l'article 1er).

Au paragraphe 1er, a) (devenant 1°), il vaut mieux régler l'application des dispositions de l'enseignement artistique dans un alinéa distinct de l'article 5 en projet, devenant l'article 1er.

En effet, suivant le délégué du ministre, la mention de l'enseignement artistique vise certains établissements d'enseignement artistique de niveau supérieur qui n'ont pas été classés parmi les établissements d'enseignement supérieur de type long ou de type court, comme le

.../...

prévoyait l'article 2 de la loi du 7 juillet 1970 relative à la structure générale de l'enseignement supérieur. Ces établissements ont conservé l'organisation fixée par la loi du 14 mai 1955 sur l'enseignement artistique.

Article 7 (devenant l'article 3).

A l'alinéa 2, il faut écrire : "la formation requise pour ...".

A l'alinéa 3, il convient d'écrire le mot "Communauté" avec une lettre majuscule.

Au surplus, il y a lieu de présumer que les règles de preuve qui ont été visées à l'alinéa 3 laissent entier le pouvoir de décision de l'Exécutif visé à l'alinéa 2.

Article 8 (devenant l'article 4).

Au paragraphe 2, 4e ligne, il serait préférable d'écrire :

"... ou en fonctions de promotion conformément au classement applicable dans l'enseignement de la Communauté ...".

.../...

Article 17 (devenant l'article 13).

A l'alinéa 1er, on a inséré les mots "et les décrets de la Communauté". Ces mots doivent être omis. En effet, le mot "lois" est pris dans son sens le plus large dans l'article 12 de l'arrêté royal du 22 mars 1969 et englobe les arrêtés royaux réglementaires aussi bien que les règlements provinciaux ou communaux et, par conséquent, aussi les décrets de la Communauté française.

Article 18 (devenant l'article 14).

Les mots "qu'il soit de tendance neutre, pluraliste, confessionnelle ou autre" sont superflus et doivent être omis.

Article 20 (devenant l'article 16).

Suivant l'article 20 en projet, les fonctions de recrutement peuvent être exercées par des membres du personnel désignés à titre temporaire ou nommés à titre définitif.

Cette disposition diffère sur un point important de l'article 15 de l'arrêté royal du 22 mars 1969, qui prévoit un stage, réglé de manière plus détaillée par les articles 31 à 49 du même arrêté.

.../...

Les raisons pour lesquelles l'article en projet ne prévoit pas de stage sont développées dans le commentaire des articles (p. 25) que contient l'exposé des motifs :

"Les raisons en sont : la recherche d'une réglementation simple et une compétence géographique limitée des pouvoirs organisateurs de l'enseignement subventionné libre et donc le fait que leur responsabilité s'étend, par fonction, à un moins grand nombre de membres du personnel que dans l'enseignement de la Communauté ...".

Ces raisons ne paraissent toutefois pas suffisamment déterminantes pour justifier la différence de traitement faite entre, d'une part, les enseignants de la Communauté qui, au terme de leur stage, ne peuvent être licenciés que moyennant un préavis de trois mois et seulement pour un motif déduit de leur incompétence et, d'autre part, les enseignants de l'enseignement libre subventionné, qui, s'ils ont été désignés à titre temporaire conformément à l'article 26, § 1er, du projet, peuvent être licenciés moyennant un préavis de quinze jours (article 27, alinéa 1er, du décret en projet) et pour tout motif.

A défaut de stage, il faut prévoir pour les enseignants de l'enseignement libre subventionné des garanties équivalentes à celles dont bénéficient les enseignants de la Communauté.

Article 22 (devenant l'article 18).

Il y a lieu d'écrire au 1° : "... être ressortissant d'un pays membre des Communautés européennes;".

.../...

Article 26 (devenant l'article 22).

1. L'article 26 détermine l'ordre selon lequel les temporaires seront désignés. Il tend donc à régler le même problème que celui que règlent l'article 24 de l'arrêté royal du 20 mars 1969 et l'arrêté royal du 22 juillet 1969 fixant les règles suivant lesquelles sont classés les candidats à une désignation à titre temporaire dans l'enseignement de l'Etat.

2. Le Conseil d'Etat n'aperçoit pas comment l'obligation de désignation prioritaire sera effectivement sanctionnée alors que cette obligation ne pèsera pas nécessairement sur un pouvoir organisateur, mais sur plusieurs pouvoirs organisateurs auprès desquels l'intéressé se serait porté candidat. De plus, la publicité prévue au paragraphe 7 est tout à fait insuffisante.

Il convient d'organiser une publicité effective qui permette à tous les candidats d'introduire leur candidature.

3. A la fin du paragraphe 4, alinéa 3, les mots "article 25" sont à remplacer par "article 21" (1). Au paragraphe 6, les mots "article 39" sont à remplacer par "article 35". Au paragraphe 7, il faut remplacer le mot

(1) Nouvelle numérotation pour tenir compte de la suppression des articles 1er à 4.

"procure" par le mot "communiqué". Au paragraphe 9, les mots "l'article 25" sont à remplacer par "l'article 21".

Article 27 (devenant l'article 23).

Cet article règle le licenciement d'un membre du personnel désigné à titre temporaire.

Le litige sur lequel la commission paritaire se prononce a pour objet la rupture d'un contrat et relève du droit civil. Dès lors, l'article 27 en projet, en conférant à la commission paritaire compétente le pouvoir de statuer sur des recours par "un avis contraignant" c'est-à-dire par une décision, est contraire à l'article 92 de la Constitution, suivant lequel :

"Les contestations qui ont pour objet des droits civils sont exclusivement du ressort des tribunaux".

L'article 27 doit être fondamentalement revu.

Article 28 (devenant l'article 24).

A la fin de cet article, les mots "de calendrier" sont à supprimer.

Cette observation vaut également pour l'article 63, 3°.

.../...

Article 29 (devenant l'article 25).

A l'article 3, il y a lieu d'écrire :

"... laquelle produit ses effets le ...".

Article 30 (devenant l'article 26).

L'article 30 serait mieux rédigé comme suit :

"Art. 30. Sous réserve des dispositions de l'article 20, § 1er, l'exécution ... de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail".

Article 31 (devenant l'article 27).

La fin de l'article 31 serait mieux rédigée comme suit :

"... périodes, sauf en cas d'application de l'article 20, § 1er".

Section 3.

La section 3 traite de la nomination définitive et de la mutation. En ce qui concerne la mutation, il y a lieu

.../...

de souligner qu'elle n'est pas un droit comme c'est le cas dans l'enseignement de la Communauté. L'article 33 porte, en effet, que

"... le pouvoir organisateur qui a un emploi vacant à conférer, peut accorder la mutation à un membre du personnel qui le demande".

Mais il n'est pas nécessaire que les deux emplois (l'emploi vacant demandé par un membre du personnel et l'emploi que celui-ci occupe) relèvent du même pouvoir organisateur.

Article 34 (devenant l'article 30).

L'article 34 du projet appelle les remarques de forme suivantes :

- 1) au début de la phrase liminaire, les mots "Sans préjudice" sont à remplacer par les mots "Sous réserve";
- 2) au 3°, il faudrait remplacer la référence à l'article 6 par une référence à l'article 2;
- 3) la phrase autonome qui figure à la fin du 8° devrait former un second alinéa et pourrait être mieux rédigée;
- 4) les références aux articles 38 et 39 qui figurent au 8° sont à remplacer par des références aux articles 34 et 35;

.../...

- 5) la phrase autonome qui figure à la fin du 11° devrait être reportée à la fin de l'article dont elle formerait l'alinéa 4.

Le texte suivant est proposé pour les nouveaux alinéas 3 et 4 :

"La répartition des services sur deux années au moins prévue à l'alinéa 1er, 8°, n'est pas exigée des membres du personnel visés à l'article 22, § 1er, a.

Le cas échéant, la limite d'âge fixée à l'alinéa 1er, 11°, peut être relevée du nombre d'années que l'intéressé peut faire valoir et qui entrent en ligne de compte pour l'ouverture d'un droit à une pension à charge du Trésor".

Article 35 (devenant l'article 31).

A l'alinéa 3, il convient d'écrire :

"..., muni d'un accusé de réception, à tous ...".

Article 37 (devenant l'article 33).

Au paragraphe 1er, il faut remplacer les mots "dans différents emplois" par les mots "dans plusieurs emplois différents".

.../...

Au paragraphe 2, alinéa 2, la référence à l'article 39 est à remplacer par une référence à l'article 35.

Article 39 (devenant l'article 35).

L'article 39 qui fixe le mode de calcul de l'ancienneté est largement inspiré de l'article 39 de l'arrêté royal du 22 mars 1969. Il ne reproduit cependant pas le second alinéa du a) de l'article 39 qui exclut les services rendus avant un certain âge (21, 23 ou 25 ans) variant selon le niveau et le degré d'enseignement. Cette disposition avait été reproduite dans l'article 35 du projet d'arrêté royal qui a fait l'objet de l'avis L. 17.276/1. Elle est remplacée dans le projet de décret par la disposition suivante :

"Ne sont toutefois admissibles que les services rendus un an après l'obtention du titre de capacité à considérer pour l'exercice de la fonction de recrutement".

Ni l'exposé des motifs, ni le commentaire des articles ne donnent le motif de cette différence.

Au b) de l'article 39 en projet, il est dit que "ce nombre de jours est multiplié par 1,2". Cette disposition ne figure pas dans le b) de l'article 39 de l'arrêté royal du 22 mars 1969, et aucune explication n'en est donnée dans l'exposé des motifs ou dans le commentaire des articles.

Il convient de justifier ces différences par rapport au statut des enseignants de la Communauté.

.../...

Au a) de cet article 39, § 1er, il faut remplacer les mots "article 6" par les mots "article 2".

Article 40 (devenant l'article 36).

Les raisons invoquées dans l'exposé des motifs ne sont pas suffisantes pour répondre à la question - posée par le Conseil d'Etat dans son avis L. 17.276/1 - de savoir pourquoi les articles 58 et 59 de l'arrêté royal du 22 mars 1969 n'ont pas été reproduits.

Il convient, dès lors, de justifier cette différence par rapport au statut des enseignants de la Communauté.

Article 41 (devenant l'article 37).

Selon les explications fournies au Conseil d'Etat, l'avis de la commission paritaire ne doit pas être obligatoirement demandé. Le texte donne à penser qu'il devrait l'être.

Il y a lieu, dès lors, d'écrire :

"... l'article 40, le membre du personnel peut demander l'avis de la commission paritaire compétente".

.../...

Article 43 (devenant l'article 39).

L'article 43 appelle des remarques de forme :

- 1) à l'alinéa 2, le mot "endéans" est à remplacer par "dans";
- 2) à l'alinéa 3, les mots "article 65" sont à remplacer par "article 61".

Article 47 (devenant l'article 43).

L'article 47 fixe les conditions de nomination aux fonctions de sélection; cet article prévoit des conditions moins sévères que celles prévues par l'article 83 de l'arrêté royal du 22 mars 1969.

La justification qui en est donnée dans l'exposé des motifs est la suivante :

"L'enseignement libre avec sa multitude de pouvoirs organisateurs souhaite une liberté de choix réelle pour les nominations dans les fonctions de sélection afin de concrétiser les options pédagogiques affirmées également localement".

Cette justification est insuffisante pour permettre au décret de s'écarter du principe d'égalité inscrit dans l'article 17, § 4, de la Constitution.

La circonstance suivant laquelle "des options pédagogiques" doivent pouvoir être concrétisées ne constitue

.../...

pas une différence objective permettant de justifier la dérogation prévue dans l'article en projet.

Il y a lieu de revoir cet article.

Article 49 (devenant l'article 45).

L'article 49 ne justifie que des remarques de forme tenant compte de la modification de la numérotation des articles du projet :

- 1) au b) du paragraphe 1er, les mots "article 46" sont à remplacer par "article 42";
- 2) au c), il y a lieu de supprimer les mots "qui doit intervenir obligatoirement dans les deux ans à partir de la date à laquelle l'emploi est devenu vacant", qui font double usage avec le texte de l'alinéa 3 du même paragraphe. Le début de cet alinéa 3 devrait être rédigé comme suit :

"Au plus tard à la fin de la période de deux ans courant à partir de la date à laquelle l'emploi est devenu vacant, le membre du personnel désigné temporairement est nommé ... (comme au projet)".

- 3) dans l'alinéa 3 du paragraphe 1er, il faut remplacer "article 47" par "article 43";
- 4) au paragraphe 2, il faut remplacer "article 47" par "article 43";

.../...

- 5) au paragraphe 3, il faut remplacer "article 44" par "article 40";
- 6) au paragraphe 4, il faut remplacer "article 24" par "article 20".

Article 50 (devenant l'article 46).

Dans l'article 50, il faut remplacer "article 23" par "article 19".

Article 55 (devenant l'article 51).

1. En réservant des fonctions de promotion aux seules ressortissants belges, l'article 55 méconnaît les articles 48, 52 et 59 du traité de Rome relatifs à la libre circulation des personnes (1).

2. L'article 55 fixe des conditions de nomination aux fonctions de promotion moins sévères que celles prévues à l'article 97 de l'arrêté royal du 22 mars 1969.

(1) Arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes du 15 mars 1988, affaire 147/86, Commission c/ République hellénique, Recueil, p. 1637.

Cette différence appelle la même observation que celle faite au sujet de l'article 47, devenant l'article 43.

3. Au paragraphe 1er, 4°, la référence à l'article 6 doit être remplacée par une référence à l'article 2.

Article 56 (devenant l'article 52).

L'article 56 appelle la même observation que celle concernant l'article 49, § 1er, c, devenant l'article 45.

Au dernier alinéa du paragraphe 1er et au paragraphe 2, la référence à l'article 55 est à remplacer par une référence à l'article 51. Au paragraphe 3, la référence à l'article 51 est à remplacer par une référence à l'article 47. Au paragraphe 4, la référence à l'article 24 est à remplacer par une référence à l'article 20.

Article 57 (devenant l'article 53).

Il faut remplacer "article 23" par "article 19".

Article 58 (devenant l'article 54).

A propos des "positions administratives", il y a lieu de se reporter à l'observation générale. Ces termes ne sont pas adéquats lorsqu'ils concernent des personnes dont le régime juridique est contractuel.

.../...

Article 60 (devenant l'article 56).

Il y a lieu de se référer à l'observation générale I.

Au paragraphe 1er, le Conseil d'Etat n'aperçoit pas la portée des mots "Sans préjudice d'une disposition contraire expresse". La disposition contraire est-elle celle d'un arrêté ou, au contraire, celle prévue dans une convention ? S'il s'agit d'une disposition décrétable, les mots précités sont inutiles et doivent être omis.

Il conviendrait que l'auteur du projet précise ses intentions.

Au paragraphe 2, les mots "Sans préjudice de la législation et de la réglementation en vigueur au moment de la parution du présent décret" doivent être omis comme superflus.

La même observation vaut pour l'article 62.

.../...

Article 61 (devenant l'article 57).

Suivant l'article 61 en projet, le membre du personnel de l'enseignement libre subventionné est dans la position de non-activité dans les mêmes conditions que dans l'enseignement de la Communauté.

L'article 161 de l'arrêté royal du 22 mars 1969 précité prévoit que le membre du personnel est dans la position de non-activité notamment "lorsqu'il est frappé de la sanction de suspension disciplinaire" ou "lorsqu'il est frappé de la sanction de mise en non-activité disciplinaire".

En l'absence de réglementation relative à la discipline, les deux cas précités de non-activité ne sont pas applicables aux enseignants de l'enseignement libre subventionné. Il n'y a donc pas lieu de se référer, quant à la position de non-activité, au statut des enseignants de la Communauté et une telle référence restera exclue aussi longtemps que la Commission paritaire compétente n'aura pas établi une réglementation de la discipline propre aux enseignants de l'enseignement libre subventionné.

La même observation vaut pour les articles 64, 2°, 65, § 1er, 67 et 71.

.../...

Article 62 (devenant l'article 58).

L'omission de la finale de l'article 58, § 1er du projet d'arrêté royal n'implique pas que la mise en disponibilité par retrait d'emploi dans l'intérêt du service serait interdite dans l'enseignement libre. Selon le commentaire des articles, la réglementation en cette matière devra être fixée ultérieurement. Si cette réglementation était fixée par un arrêté de l'Exécutif, une telle habilitation de l'Exécutif susciterait de sérieuses réserves.

En effet, si le décret peut déroger aux dispositions impératives de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail, en revanche, une habilitation de l'Exécutif ne pourrait pas être admise dans la mesure où les règles qu'il serait appelé à fixer dérogeraient à celles de la loi précitée. La mise en disponibilité par retrait d'emploi dans l'intérêt du service devrait être réglée dans le projet en décret.

Article 63 (devenant l'article 59).

Les mots "Sans préjudice des dispositions de l'article 24 relatives à la cessation de la désignation temporaire" doivent être omis.

.../...

Le 2°, le 3° et le 7° sont la reproduction du 3°, du 4° et du 5° de l'article 168 de l'arrêté royal du 22 mars 19698 sauf que l'adjectif "valable" après le mot "motif" a été omis. Le commentaire des articles doit justifier cette omission.

Au 4°, le Conseil d'Etat n'aperçoit pas quels sont les cas où l'application des lois civiles et pénales entraînent la cessation des fonctions (1). Le commentaire des articles ne contient aucune motivation. Il convient, dès lors, de préciser, tout au moins, dans l'exposé des motifs, la portée de cette disposition.

Le 5° ne justifie pas d'autres remarques que celles qui ont été faites à l'occasion de l'examen de l'article 43. Les mots "article 43" sont à remplacer par "article 39".

Le 8° correspond à l'article 168, 8°, de l'arrêté royal du 22 mars 1969. Il n'est pas à sa place dans l'article 63 (devenant l'article 59) puisqu'il ne s'applique qu'aux membres du personnel nommés à titre définitif. Il doit, dès lors, être reporté à l'article 64 dont il formera le 5°.

(1) En matière pénale, une détention préventive ne pourrait pas entraîner la cessation des fonctions.

Article 64 (devenant l'article 60).

1. Le 1° serait mieux rédigé comme suit :

"1° la démission volontaire, à condition qu'elle ait été autorisée par le pouvoir organisateur et moyennant un préavis de quinze jours au moins;"

Au 4°, il convient d'écrire : "lorsque l'incompatibilité est constatée par un jugement ou un arrêt d'une juridiction du travail ...".

Il faut prévoir un délai courant à partir, soit du jour où la décision définitive est prononcée, soit, à partir du jour où la décision définitive est signifiée à l'enseignant, afin de permettre à ce dernier de choisir entre les deux activités et de renoncer éventuellement à l'activité jugée incompatible avec l'enseignement dont il est chargé.

Le texte doit être complété sur ce point.

Il faut reprendre sous la forme d'un 5° la disposition de l'article 63, 8°.

Le texte de l'article 64 doit être complété dans ce sens, en remplaçant les mots "est révoquée" par les mots "est annulée", conformément à ce qui a été dit à ce sujet dans l'observation générale I.

.../...

Article 65 (devenant l'article 61).

Sous réserve de l'observation formulée sous l'article 61 du projet, l'article en projet appelle les observations suivantes.

1. A l'article 65, § 1er, alinéa 2, les mots "La suspension préventive est une mesure administrative" n'ont pas de caractère normatif et doivent être omis.

2. Le début du paragraphe 2 serait mieux rédigé comme suit :

"§ 2. Avant toute mesure de suspension préventive, le membre du personnel est entendu par le pouvoir organisateur. Les motifs justifiant la suspension préventive sont notifiés au membre du personnel deux jours au moins avant l'audition".

3. Au paragraphe 2, alinéa 2, il faut supprimer les mots "ainsi que".

4. Au paragraphe 3, il y a lieu de supprimer les mots "S'il échet" et d'écrire à l'avant-dernière ligne, "... et elle produit ses effets le ...".

.../...

5. Les membres du personnel enseignant de la Communauté peuvent par un recours au Conseil d'Etat faire annuler les décisions de l'autorité compétente dont l'illégalité leur causerait préjudice.

De leur côté, les membres du personnel enseignant de l'enseignement libre subventionné peuvent saisir les juridictions de droit commun de toute atteinte par le pouvoir organisateur aux droits qu'ils tiennent de la convention ou du décret en projet.

Les uns et les autres sont donc sur pied d'égalité quant à la possibilité d'introduire un recours juridictionnel pour la défense de leurs droits.

Au paragraphe 4, les mots "à l'article 43" sont à remplacer par "à l'article 39" et il convient d'écrire "n'est faite dans ...".

Article 66 (devenant l'article 62).

La règle de l'article 66, alinéa 1er, correspond à celle de l'article 129, mais est beaucoup plus rigoureuse. L'article 129 n'autorise la réduction de moitié du traitement que dans certains cas alors que l'article 66 du décret en projet la rend obligatoire dans tous les cas.

La justification de la différence de traitement n'apparaît pas et ne pourrait se justifier que si elle se fondait sur une différence objective.

.../...

L'article 66, alinéa 2, doit être revu parce qu'il est inspiré par la considération que les membres de l'enseignement libre ne bénéficieraient pas du régime de sécurité sociale des travailleurs, alors qu'ils en bénéficient pour la raison qu'ils sont engagés dans les liens d'un contrat de travail.

Article 67 (devenant l'article 63).

1. Les mots "Une fois terminé l'examen du cas ..." est une expression imprécise à laquelle il faut substituer les différentes décisions envisagées. De plus, la rédaction du texte n'est pas claire; il y a lieu de la revoir.

2. Dans la mesure où l'article 67 vise une "action disciplinaire" une "suspension disciplinaire", une "mise en non-activité disciplinaire", il appelle la même observation que celle faite sous l'article 61, devenant l'article 57.

3. La mention "article 43" dans le paragraphe 1er est à remplacer par "article 39".

.../...

Article 69 (devenant l'article 65).

L'article 69 serait mieux rédigé comme suit :

"Art. 65. Est nulle et non avenue, toute clause contractuelle, toute disposition d'un règlement de travail qui est contraire à des dispositions légales impératives, notamment celles des articles 12bis, § 1er, et 45 de la loi du 29 mai 1959 modifiant certaines dispositions de la législation de l'enseignement, du présent statut ou aux règles complémentaires fixées par les commissions paritaires compétentes".

*

Les mots "Chapitre XI" doivent être remplacés par les mots "Titre II. - Dispositions modificatives" comprenant l'article 1er (si l'auteur du projet entend le maintenir), l'article 71 ainsi que les articles 2 et 3 du décret en projet, ces articles contenant des dispositions modificatives des lois du 29 mai 1959 et du 11 juillet 1973.

Article 71 (devenant l'article 67).

L'article 71 du décret en projet a pour objet de régler le sort de la subvention-traitement quand le traitement d'un membre a été réduit de moitié à la suite d'une suspension préventive qui a été ultérieurement rapportée et quand une décision d'une juridiction du travail a déclaré

.../...

irrégulier le licenciement d'un membre du personnel. L'article 71 modifie, à cet effet, l'article 28 de la loi du 29 mai 1959 : il ajoute deux paragraphes à cet article dont le texte actuel devient le paragraphe 1er.

Une première constatation s'impose à savoir que les deux nouveaux paragraphes seraient mieux à leur place à la suite de l'article 36. L'article 28 fixe les conditions d'octroi des subventions-traitements, c'est l'article 36 qui en fixe les modalités de paiement.

La deuxième constatation qui s'impose est que ces deux paragraphes sont d'une compréhension difficile.

Sous réserve de l'observation suivant laquelle il n'y a pas actuellement de règlement de discipline pour les enseignants de l'enseignement libre subventionné, le texte suivant est proposé :

"Art. 67. L'article 36 de la loi du 29 mai 1959 modifiant certaines dispositions de la législation de l'enseignement dont le texte actuel forme le paragraphe 1er est complété par des paragraphes 2 et 3 rédigés comme suit :

"§ 2. Lorsqu'un membre du personnel n'a perçu que la moitié de sa subvention-traitement à la suite d'une suspension préventive qui a été ultérieurement rapportée, il reçoit le complément de subvention-traitement afférent à la période de suspension. Le pouvoir organisateur verse à la Communauté le montant de ce complément.

.../...

§ 3. Lorsque la décision du pouvoir organisateur d'un établissement d'enseignement libre subventionné mettant fin totalement ou partiellement à la charge d'un membre du personnel nommé à titre définitif a été déclarée contraire aux prescriptions du décret du ... fixant le statut du personnel subsidié de l'enseignement subventionné libre, par un jugement ou un arrêt coulé en force de chose jugée d'une juridiction du travail, la subvention-traitement correspondant à la charge ou à la partie de la charge qui lui a été retirée est versée à ce membre du personnel et aucune subvention-traitement n'est accordée au pouvoir organisateur pour le ou les membres du personnel auxquels la charge a été indûment attribuée.

La règle de l'alinéa 1er est également applicable lorsque la chambre de recours prévue à l'article 45, § 9, a annulé la révocation prononcée à titre de mesure disciplinaire par le pouvoir organisateur.

La perte de la subvention-traitement etc ... (la suite comme au projet ...)"".

Les articles 2 et 3 du projet deviennent les articles 68 et 69.

Les mots "Chapitre XII" doivent être remplacés par les mots "Titre III - Dispositions abrogatoires, transitoires et finales".

.../...

Article 72 (devenant l'article 70).

L'article 72, § 1er, 3°, est relatif au régime des pensions. En vertu de l'article 59bis, § 2, 2°, A, c, de la Constitution, le régime des pensions est une matière réservée au législateur national. Il en résulte que le 3° doit être omis.

Le texte de l'article 72, § 2, est formulé de manière trop imprécise, et, au surplus, il n'est pas à sa place dans une disposition abrogatoire.

Article 73 (devenant l'article 71).

L'article 73, § 1er, 1° et 2°, serait mieux rédigé comme suit :

"Art. 71, § 1er. La transition du régime applicable avant le présent décret au régime nouveau est fixée comme suit :

1° Les membres du personnel subventionnés, nommés à titre définitif ou assimilés à des membres du personnel nommés à titre définitif et les membres du personnel subventionnés, agréés à titre définitif lorsque l'agrération est requise, sont considérés comme nommés à titre définitif au sens du présent décret.

2° Les membres du personnel ... décret, sont considérés comme étant agréés définitivement et nommés à titre définitif au sens du présent décret si, à la date de la nomination par le pouvoir organisateur, ils satisfont aux

.../...

conditions d'agrément et que l'emploi dans lequel la nomination était faite pouvait être attribué sur la base de la réglementation en vigueur par réaffectation ... (la suite comme au projet)".

3°.

1. A l'article 73, § 1er, 3°, le Conseil d'Etat n'aperçoit pas la raison pour laquelle les membres du personnel subventionné ne doivent satisfaire qu'à deux des conditions fixées par l'article 34 du projet (devenant l'article 30), d'autant moins qu'il y a une discordance entre le texte de l'article 73 du projet et le commentaire qui en est fait dans l'exposé des motifs, et où l'on peut lire : "remplissaient les conditions", l'emploi de l'imparfait impliquant que sont ainsi visées les conditions de nomination fixées par le régime antérieur.

Le texte doit être revu.

2. A la fin de la première phrase, il convient d'écrire : "... du présent décret, si, à la date de la nomination, ils satisfont aux conditions de l'article 30, 3° et 7°, et qu'en outre ils ont occupé pendant deux ans un emploi subventionné".

3. La seconde phrase serait plus claire si on remplaçait les mots "n'est pas possible" par les mots "ne peut être attribuée".

.../...

4°.

1. Le 4° appelle la même observation que celle faite sous le 3°.

2. Il convient de remplacer les tirets par des virgules, les mots "article 47" par "article 43", "article 34" par "article 30", "article 49" par "article 45", "article 55" par "article 51" et "article 56" par "article 52".

5°.

Le 5° appelle la même observation que celle faite sous le 3° et le 4°.

Au paragraphe 2, il faudrait remplacer les mots "qui n'entrent pas en ligne de compte pour l'application des dispositions du § 1er", par les mots "auxquels les dispositions du paragraphe 1er ne sont pas applicables"; à la fin du même paragraphe, il faut remplacer "articles 26, 34, 8° et 37, § 2" par "articles 22, 30, 8° et 33, § 2".

Articles 74, 76 et 77 (devenant les articles 72, 74 et 75).

Dans les articles 74, 76 et 77, les références aux articles 23, 25, 26 et 62 sont à corriger de la même façon que dans l'article 73.

.../...

Article 75 (devenant l'article 73).

L'article 75 serait mieux rédigé comme suit :

"Art. 73. Les personnes dont la nomination a été agréée sont considérées comme nommées à titre définitif au sens du présent décret".

Article 76 (devenant l'article 74).

A l'article 76, alinéa 1er, deuxième ligne, il y a lieu d'écrire : "... jugés suffisants avant l'entrée en vigueur ...".

L'alinéa 2 serait mieux rédigé comme suit :

"En ce qui concerne l'enseignement supérieur de type court, celui qui a enseigné la spécialité pendant au moins 240 jours répartis sur deux années scolaires au moins est considéré comme possédant le titre requis pour bénéficier de la priorité visée à l'article 26, § 1er, a et b."

L'alinéa 3 doit être rédigé sur le même modèle que l'alinéa 2.

A l'alinéa 5, deuxième ligne, les mots "au moins" doivent être omis.

.../...

OBSERVATIONS FINALES.

Deux chapitres importants de l'arrêté royal du 22 mars 1969 n'ont pas leur équivalent dans le décret en projet : le chapitre VI, "Du signalement" (art. 66 à 77) et le chapitre IX, "Du régime disciplinaire" (art. 122 à 157).

En ce qui concerne l'omission des dispositions relatives au signalement, le commentaire des articles donne, à la page 55, les explications suivantes :

- "1° dans l'enseignement de la Communauté, le signalement constitue un critère qui règle la carrière des membres du personnel au sein d'un seul pouvoir organisateur organisant de nombreuses écoles. Appliquer cette forme de signalement à l'enseignement subventionné signifierait l'introduction d'une appréciation d'un membre du personnel pouvant avoir une influence lors d'une mise au travail ultérieure auprès d'autres pouvoirs organisateurs.
- 2° un signalement indentique à celui pratiqué dans l'enseignement de la Communauté apparaît peu opportun dans l'enseignement subventionné, vu la petite dimension des pouvoirs organisateurs".

Ces explications sont admissibles. Toutefois, il faut prévoir une procédure en vue de constater l'incapacité professionnelle des enseignants de l'enseignement libre.

En ce qui concerne l'omission des dispositions relatives à la discipline, il y a lieu de se référer aux observations particulières faites sous les articles où il est question d'une telle procédure.

La chambre était composée de

Messieurs :	J.-J. STRYCKMANS,	président de chambre,
	C.-L. CLOSSET,	président de chambre,
	M. LEROY,	conseiller d'Etat,
	C. DESCHAMPS,	assesseurs de la
	P. GOTHOT,	section de législation,
Madame :	J. GIELISSEN,	greffier assumé.

Le rapport a été présenté par M. A. MERCENIER, premier auditeur.
La note du Bureau de coordination a été rédigée et exposée par
M. B. DEROUAUX, référendaire.

LE GREFFIER,

LE PRESIDENT,

J. GIELISSEN.

J.-J. STRYCKMANS.