

ROYAUME DE BELGIQUE.

— — — — —

AVIS DU CONSEIL D'ETAT.

— — — — —

Le CONSEIL D'ETAT, section de législation, deuxième chambre, saisi par le Ministre de l'Enseignement et de la Formation, du Sport, du Tourisme et des Relations internationales et le Ministre de l'Education et de la Recherche scientifique de la Communauté française, le 22 novembre 1991, d'une demande d'avis sur un projet de décret "fixant le statut des membres du personnel subsidiés de l'enseignement libre subventionné", et en ayant délibéré en ses séances des 23 mars, 30 mars, 6 avril, et 27 avril 1992, a donné le 27 avril 1992 l'avis suivant :

OBSERVATION PRELIMINAIRE.

Il conviendrait de joindre au présent avis, l'avis donné par le Conseil d'Etat, le 20 décembre 1990, sous le n° L. 20.212/2, au sujet d'un projet de décret identique.

OBSERVATION SUR LA TERMINOLOGIE.

L'exposé des motifs affirme que le projet établit un ensemble de règles qui, sous le nom de "statut", régissent le contrat de travail qui lie les divers pouvoirs organisateurs et leur personnel enseignant; il ajoute que les contestations qui pourraient surgir entre eux du fait de ce contrat sont de la compétence exclusive des tribunaux de l'Ordre judiciaire. Ces affirmations que le texte même du projet corrobore ne permettent pas de douter que la relation de travail en cause relève du droit privé et non du droit public.

Cette nature juridique doit se refléter clairement et constamment dans le projet. Il est heureux, à cet égard, que l'Exécutif ait pris le parti de soumettre au Conseil de la Communauté un texte qui ne concerne que l'enseignement libre subventionné et non plus, à l'instar d'autres projets antérieurs (et du décret flamand du 27 mars 1991), tous les enseignements subventionnés aussi bien libre qu'officiel. En légiférant ainsi de façon distincte pour l'enseignement libre organisé par des personnes de droit privé, l'Exécutif se donne la possibilité de n'employer que le lexique juridique spécialement adapté à l'objet qu'il entend régler, à savoir une relation de travail de droit privé. Il doit

.../...

donc renoncer à un vocabulaire inadéquat forgé par les autorités et les juridictions administratives et correspondant à leurs besoins propres.

Dans un certain nombre de cas, cependant, le projet emploie une terminologie de droit public. L'exposé des motifs en justifie l'usage par le souci d'assurer grâce à elle une rigoureuse égalité entre le statut du personnel de l'enseignement libre subventionné et celui du personnel de l'enseignement de la Communauté. Il y a bien lieu, en effet, d'assurer autant que faire se peut cette égalité. Toutefois, il ne faut pas penser que cette égalité sera mieux et plus sûrement sauvegardée par l'usage d'un lexique impropre qu'elle ne le serait si l'on recourt à un langage adéquat. Au contraire.

Dans tous les cas où le projet utilise la terminologie du droit public, il est nécessaire que ceux qui appliquent la règle, c'est-à-dire les parties elles-mêmes, pouvoirs organisateurs et enseignants, et aussi les juridictions du travail, traduisent, transposent la règle dans le vocabulaire et les institutions du droit privé. Il est inexact de penser que ces transpositions sont toutes simples et "automatiques", ou que le changement de terminologie est une opération purement formelle. Il est indispensable d'y procéder pour que la règle adoptée par le statut soit précise, et qu'elle puisse, grâce à cette précision, procurer à toutes les parties qu'elle régit les garanties de la loi et la sécurité qui en découle. A défaut de ce changement, les droits et les obligations des pouvoirs organisateurs et des personnels ne seront ni vraiment fixés,

.../...

ni réellement égaux, ni sûrement équivalents à ceux qui sont les leurs dans l'enseignement de la Communauté française.

Ainsi par exemple, l'article 30 du projet attribue à certaines personnes la qualité de "prioritaires"; l'idée générale est évidemment de conférer à celles-ci le droit d'être préférées à d'autres lors des engagements auxquels procède un pouvoir organisateur. Encore faut-il pour que ce privilège soit effectif, préciser quels sont les moyens de droit par lesquels le "prioritaire" pourra protéger sa "priorité". Pourra-t-il faire annuler l'engagement intervenu au mépris de celle-ci ? Pourra-t-il exiger d'être engagé au lieu et place de l'évincé ou obtenir seulement une indemnité pour le préjudice qui lui a été causé ?

Ces questions - et bien d'autres - se posent parce qu'il existe une différence fondamentale entre une situation de droit administratif et une relation de travail de droit privé, entre le contentieux administratif qui est objectif et le contentieux privé qui est subjectif.

C'est parce que le décret en projet doit procurer au personnel de l'enseignement libre un statut équivalent à celui du personnel de l'enseignement de la Communauté, qu'il doit préciser lui-même les règles capables de placer l'enseignant "libre" dans une situation qui, si semblable qu'elle soit, sera toujours différente de la situation des enseignants de la Communauté.

Dans de nombreux cas, il existe plusieurs façons possibles d'opérer cette transposition et le choix de l'une

.../...

ou de l'autre, choix d'opportunité, doit être effectué par le décret en projet. Si le projet reste en défaut de faire ces choix, cela revient à en laisser le soin aux intéressés eux-mêmes et aux tribunaux du travail. Or, il est sûr que ni les uns ni les autres ne les feront tous d'emblée de la même manière. Une terminologie impropre est donc la cause de difficultés d'interprétation et ces difficultés ne peuvent manquer d'être diversement surmontées (1), ce qui engendrera une grande diversité de situations de nature à compromettre gravement non seulement l'équivalence des situations entre les enseignements et réseaux, mais aussi l'égalité entre les situations individuelles au sein d'un même réseau, voire d'une même école.

OBSERVATIONS PARTICULIERES.

ARRETE DE PRESENTATION.

Selon l'article 2 de l'arrêté de l'Exécutif de la Communauté française du 3 février 1992 fixant la répartition des compétences entre les Ministres de l'Exécutif de la

(1) Ainsi, par exemple, la question de savoir si les tribunaux judiciaires disposent du pouvoir de mettre à néant la décision du conseil d'administration d'une université libre reste controversée aujourd'hui encore, soit plus de vingt ans après la mise en vigueur de la loi du 27 juillet 1971 sur le financement et le contrôle des institutions universitaires, dont l'article 41 prévoit que le personnel des institutions subventionnées doit bénéficier d'un statut équivalant à celui de l'Etat. Voyez et comparez le jugement du tribunal du travail de Nivelles du 12 avril 1989 (J.T.T., 1989, p. 357) et l'arrêt qui le réforme rendu par la Cour du travail de Bruxelles du 14 janvier 1992 (encore inédit).

Communauté française, le Ministre de l'Enseignement supérieur, de la Recherche scientifique et des Relations internationales est désormais seul compétent pour "le statut des personnels de l'enseignement subventionné libre".

Il y a lieu d'adapter en conséquence l'arrêté de présentation ainsi que la signature du décret en projet.

DISPOSITIF.

TITRE Ier.

Chapitre premier.

Article 1er.

1. Le paragraphe 1er doit être subdivisé en 1^o et 2^o et non en a et b.

La même observation vaut pour toutes les dispositions du projet comportant des paragraphes ou alinéas divisés en a, b, c, ...

Les références faites aux subdivisions des articles doivent être adaptées en conséquence.

2. Au même paragraphe, a (devenant 1^o), il est question de "personnel social". Selon le fonctionnaire délégué, l'Exécutif aurait pris - il y a peu mais à une date qu'il n'a pu préciser - un arrêté déterminant les fonctions

.../...

que comprend cette catégorie de personnel. Il y aurait lieu, dès lors, de préciser la notion de "personnel social" en s'inspirant dudit arrêté.

3. Au même 1^o, si les mots établissements "de promotion socio-culturelle" visent seulement les établissements d'enseignement artistique, ils sont inutiles et doivent être omis.

4. Les paragraphes 1^{er} et 2 utilisent le mot "subsidiés", alors que le paragraphe 3 recourt au mot "subventionnés".

Les deux termes ayant la même signification, il convient d'uniformiser la terminologie et d'utiliser de préférence le mot "subventionné".

L'observation vaut pour l'ensemble du projet.

5. L'alinéa 3 du paragraphe 3, qui concerne l'engagement des maîtres de religion et des professeurs de religion et la manière dont ils sont déchargés de leurs fonctions, n'est pas à sa place dans une disposition relative au champ d'application du texte en projet. Il y a lieu de l'insérer dans les dispositions relatives à leur engagement et à leur licenciement.

En outre, il convient de se référer à l'observation faite à propos de l'article 32, § 7.

.../...

Article 2.

La deuxième phrase de l'alinéa 2 devrait, dans un souci de clarté, constituer un alinéa distinct.

Article 3.

1. Il conviendrait d'écrire "membre du personnel engagé à titre définitif" au paragraphe 1er de l'article 3, conformément à l'observation générale figurant en tête du présent avis.

2. A l'alinéa 1er du paragraphe 3, il convient d'écrire "doivent s'entendre au sens de" au lieu de "sont à considérer telles que définies par".

3. L'alinéa 2 du même paragraphe prévoit l'intervention du ministre.

Il n'appartient pas au législateur décréteil de s'immiscer dans le fonctionnement de l'Exécutif.

Il faut donc remplacer les mots "le Ministre" par les mots "l'Exécutif".

4. Au début du même alinéa, il y a lieu de remplacer les mots "du présent arrêté" par les mots "du présent

.../...

décret" et les mots "visés à l'article 5" par les mots "visés à l'article 1er".

5. Le mot "réseau" étant utilisé à plusieurs reprises dans des dispositions importantes du projet (notamment les articles 52 et 60), l'article 3 devrait comporter également la définition de ce terme.

Les auteurs du projet pourraient s'inspirer de la définition qui en est donnée dans l'antépénultième alinéa de l'exposé des motifs.

Article 4.

Paragraphe 1er.

Première phrase.

A supposer que l'on estime que l'article 9.1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales garantit la liberté d'organiser un enseignement fondé sur une religion ou une conviction et non seulement l'enseignement d'une religion ou d'une conviction, il est en tout cas certain que le droit à cette liberté de pensée et de religion entre en concurrence avec le droit au respect de la vie privée établi sans aucune équivoque par l'article 8 de la même Convention. C'est d'ailleurs pourquoi le commentaire de l'article 22 du projet rappelle que le décret doit se lire aussi bien à la lumière de cet article 9 que de l'article 8 qui le précède. Ces deux

.../...

droits, ces deux libertés doivent donc se concilier. Cette conciliation implique que chacune d'elles sera donc restreinte par la nécessité de sauvegarder l'autre.

Il est donc erroné d'écrire que la protection de la vie privée est garantie "sans restreindre en rien le droit du pouvoir organisateur à organiser un enseignement engagé" car cette façon de s'exprimer peut laisser penser que le droit du pouvoir organisateur ne peut jamais, - "en rien" -, être gêné par l'obligation qu'il a de respecter la vie privée. Or les deux libertés étant concurrentes, chacune devra souffrir des restrictions du fait de la présence de l'autre. Toute expression par lesquelles on pourrait instituer une hiérarchie de principe entre elles doit être évitée.

La première phrase doit être omise. Le principe de protection de la vie privée sera énoncé à l'article 22.

Deuxième phrase.

Elle n'appelle pas d'observation sous réserve de la légère différence entre celle figurant dans le projet et celle proposée par la section de législation dans son avis L. 20.212/2 du 20 décembre 1990.

Paragraphe 2.

Comme il a déjà été rappelé au début de l'observation générale figurant en tête du présent avis, le lien qui

.../...

unit le pouvoir organisateur et le personnel est de nature contractuelle. Un tel contrat n'échappe évidemment pas au principe écrit dans l'article 1134 du Code civil, selon lequel la convention tient lieu de loi à ceux qui l'ont faite, avec cette conséquence qu'aucune des parties ne peut en transformer unilatéralement la substance. Il est inutile de rappeler ce principe dans le décret en projet; il est inutile aussi de prohiber une clause par laquelle une partie s'engagerait à respecter toute obligation que l'autre voudrait dans l'avenir lui imposer unilatéralement; une telle clause détruit en effet la force obligatoire des dispositions établies en commun dans le contrat original. La première phrase du paragraphe 2 de l'article 4, qui reproduit les termes de l'article 25 de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail, peut donc être omise.

La deuxième phrase doit, elle aussi, être omise, car il est inexact de présenter l'exercice par le pouvoir organisateur des prérogatives que lui confèrent les chapitres 8, 10 et 11 comme une exception à une prohibition générale des clauses contractuelles autorisant des modifications unilatérales du contrat. L'exercice de ces prérogatives n'est, en effet, que la mise en oeuvre, par le pouvoir organisateur, de droits qu'il tient directement du présent projet et non d'une clause du contrat l'autorisant à en modifier les conditions.

Quant à la troisième phrase, elle est inutile si son objet est seulement de réserver la possibilité d'une modification unilatérale qu'un pouvoir organisateur apporterait au contrat en vertu d'une loi, d'un décret ou d'un règlement qui viendrait à lui accorder expressément un tel

.../...

pouvoir. Elle serait dangereuse et source d'un grand nombre de difficultés de mise en oeuvre, s'il fallait la comprendre comme une liberté accordée de façon générale aux pouvoirs organisateurs de modifier unilatéralement les termes des contrats toutes les fois qu'ils l'estimeraient nécessaire en raison d'un changement de la législation sur le subventionnement. La "consultation des organismes représentatifs des travailleurs", non autrement précisée ni organisée, ne suffit pas à conjurer les dangers d'une telle entorse au principe fondamental du mécanisme contractuel.

Le paragraphe 2 doit donc être omis.

Paragraphe 3.

1. Il convient de préciser, dans l'exposé des motifs, ce qu'il faut entendre par "tâches de délégation".

2. Les mots "dans le cadre du présent statut" doivent être omis.

3. Pour se conformer à la terminologie généralement utilisée, mieux vaut écrire "sont de plein droit présumés agir" au lieu de "sont censés agir".

Paragraphe 5.

Le paragraphe 5 serait mieux rédigé comme suit :

.../...

"Lorsqu'un écrit n'est pas requis, la preuve testimoniale est admise, quelle que soit la valeur du litige, même devant les chambres de recours".

Paragraphe 6.

Le paragraphe 6 trouverait mieux sa place dans la section 3 du chapitre X, consacrée aux chambres de recours.

D'ailleurs, le texte n'est pas en concordance avec l'article 79 du projet, qui prévoit que "Le délai de recours est de 20 jours".

Paragraphes 9 à 11.

Les paragraphes 9 à 11 trouveraient mieux leur place dans le chapitre III, dont ils pourraient former la section première, intitulée "Devoirs du pouvoir organisateur".

Au paragraphe 9, 2°, il y a lieu d'écrire "... dans des conditions convenables ..." et au 3°, d'écrire le mot "convenu" au pluriel.

Au paragraphe 11, 2°, il y a lieu d'écrire : "... sur les lieux du travail, soit poursuivre le travail ...".

Paragraphe 12.

Il y a lieu d'écrire : "... nécessaire au membre du personnel pour siéger comme conseiller ou juge social aux cours et tribunaux du travail".

Les paragraphes qui sont maintenus dans le chapitre 1er n'ayant aucun rapport entre eux, doivent faire l'objet d'articles distincts, sous la forme suivante :

Article 4 : texte du paragraphe 1er, deuxième phrase.

Article 5 : texte du paragraphe 3.

Article 6 : texte du paragraphe 4 et du paragraphe 8 relatifs l'un et l'autre aux dommages causés par un membre du personnel.

Article 7 : texte du paragraphe 5 et du paragraphe 7, relatifs au contentieux (preuve, prescription).

Article 8 : texte du paragraphe 12.

Chapitre II.

1. Le texte du chapitre II relatif aux commissions paritaires doit faire l'objet d'un titre distinct de celui où sont réunies les règles qui, réparties en divers chapitres, définissent les rapports des pouvoirs organisateurs et du personnel. Les dispositions relatives aux commissions paritaires, en effet, sont des règles institutionnelles en

.../...

vue de permettre la création de règles qui viendront s'ajouter à celles du projet pour fixer la situation juridique du personnel.

2. Le système prévu par le projet confie à l'Exécutif le soin d'instituer deux ensembles distincts de commissions paritaires, l'un pour l'enseignement libre confessionnel, l'autre pour l'enseignement libre non confessionnel. Toute distinction entre ces deux types d'enseignement n'est pas inconnue de la législation scolaire; on la trouve notamment dans l'article 4 de la loi du 29 mai 1959 modifiant certaines dispositions de la législation de l'enseignement, dite Pacte scolaire. Il faut remarquer toutefois que l'expression y est utilisée sans que la loi la définisse. Le Conseil d'Etat avait d'ailleurs déjà relevé l'embaras dans lequel on est placé du fait de cette carence (1).

Le projet ne peut à son tour rester muet sur ce point alors qu'il fait du caractère confessionnel ou non d'un enseignement le critère de la distinction entre deux organismes dotés chacun d'un pouvoir normatif propre sur les pouvoirs organisateurs et leurs personnels. Il est donc indispensable que le projet définisse ce qu'il faut entendre par enseignement confessionnel et non confessionnel. De telles définitions ont d'ailleurs été suggérées dans un passé assez récent, notamment par une proposition de décret portant définition de l'enseignement officiel et de l'enseignement libre déposée par MM. Klein et D'Hondt (2). Quelles

(1) Doc. Ch., session 1958-1959, n° 199/1.

(2) Doc. C.C.F., session 1988-1989, n° 54/1.

que soient celles auxquelles le projet s'arrêtera, ces définitions devront fournir un critère objectif de distinction, faute de quoi le projet enfreindrait l'article 17 de la Constitution.

La lecture du commentaire de l'article 5 du projet laisse penser que chaque pouvoir organisateur doit déclarer à quelle commission paritaire il entend participer. Ce ne serait, toujours selon ce commentaire, qu'à défaut d'une telle déclaration que l'Exécutif pourrait l'"affecter" autoritairement à une commission paritaire. Une telle liberté de principe n'est pas compatible avec le dualisme des commissions, tel que le texte du projet l'établit. Chaque pouvoir organisateur est, bien sûr, libre de choisir le caractère de l'enseignement qu'il organise, mais il est difficile de concevoir qu'il puisse encore, une fois ce choix fait, adhérer à n'importe laquelle des deux commissions paritaires, c'est-à-dire même à celle qui ne correspond pas au caractère de l'enseignement effectivement organisé. Ce caractère, et non le choix du pouvoir organisateur, doit décider de la question de savoir de quelle commission paritaire un pouvoir organisateur et son personnel dépendent. A défaut d'un rattachement objectif, on pourrait rencontrer le cas où, à la suite de sa déclaration, le pouvoir organisateur d'une école confessionnelle dépendrait de la commission paritaire pour l'enseignement non confessionnel ou inversement. L'incohérence d'une telle situation condamne la règle qui la permet.

Du reste, si le système de "libre adhésion" décrit dans le commentaire des articles était adopté, il faudrait logiquement donner aussi au pouvoir organisateur la liberté

.../...

de changer de commission paritaire. Cette liberté de changer poserait la question de savoir jusqu'à quel moment les normes établies par la commission dont on se retire restent obligatoires et à partir de quel moment deviennent obligatoires celles établies par la commission à laquelle le pouvoir organisateur a adhéré le plus récemment. Il s'agit d'une espèce particulière de conflit de normes dans le temps dont le projet devrait donner la solution au cas où, dans l'intention de son auteur, serait admise la liberté de changer de commission paritaire.

3. L'article 12 du projet, qui concerne la conformité des règlements et contrats aux normes élaborées par les commissions et rendues obligatoires par arrêté de l'Exécutif, n'a pas sa place dans le chapitre consacré à ces commissions et est d'ailleurs déjà énoncé par l'article 4, § 1er. Il doit donc être omis.

4. Le projet ne reproduit pas les paragraphes 13 à 19 de l'article 45 de la loi du 29 mai 1959. L'argument par lequel le fonctionnaire délégué justifie cette omission et qui est pris du fait que le pacte scolaire continuera d'être applicable même après la mise en vigueur du décret en projet n'est guère convaincant; il existerait donc en tout cas une ambiguïté qu'il convient de lever par la reproduction des paragraphes qui ont été omis.

.../...

5. Le texte doit être entièrement revu, notamment pour préciser quelles sont les intentions de l'auteur du projet.

Chapitre III.

Conformément à l'observation formulée au sujet de l'article 4, §§ 9 à 11, les articles 13 à 23 doivent faire l'objet d'une section 2, intitulée "Devoirs des membres du personnel" (articles 13 à 20), suivie d'une section 3, intitulée "Incompatibilités" (articles 21 et 22) (1), elle-même suivie d'une section 4, intitulée "Vie privée" (article 23).

Article 13.

L'article devrait être rédigé comme suit :

"La présente section s'applique aux membres du personnel engagés à titre définitif ou à titre temporaire".

Article 14.

Tel qu'il est rédigé, l'article est dépourvu de caractère normatif et doit donc être omis.

(1) Cf. également l'observation faite sous le chapitre V, selon laquelle les articles 45 à 48 devraient également figurer dans la section 3 intitulée "Incompatibilités".

Article 17.

Pour assurer un parallélisme avec l'enseignement officiel, il est proposé d'écrire :

"Ils ne peuvent utiliser les élèves à des fins de propagande politique".

Article 21.

Au début de l'alinéa 1er, il faut écrire : "Les membres du personnel ..." et insérer le mot "et" entre le mot "Constitution" et les mots "les lois".

Articles 22.

Il est proposé de rédiger l'article comme suit :

"Les membres du personnel doivent respecter les obligations, fixées par écrit dans le contrat d'engagement, qui découlent du caractère spécifique du projet éducatif de l'établissement d'enseignement dans lequel ils exercent leurs fonctions.

Article 23.

L'article serait mieux rédigé comme suit :

"Les obligations visées à l'article 22 ne peuvent être relatives à des comportements de la vie privée qui sont sans rapport avec la vie scolaire et le fonctionnement de l'établissement d'enseignement".

.../...

Chapitre IV.

Il est proposé de rédiger l'intitulé comme suit :
"De l'accès aux fonctions de recrutement".

Section 1ère.

Article 24.

L'alinéa 2 étant dépourvu de tout caractère normatif, il est superflu et doit donc être omis.

Section 2.

Article 26.

Paragraphe 1er.

1. Le 1^o serait mieux rédigé comme suit :

"1^o être Belge ou, sauf exception fixée par l'Exécutif, ressortissant d'un autre pays membre des Communautés européennes".

.../...

2. Au 8°, la phrase commençant par les mots "Le cas échéant ..." doit faire l'objet d'un alinéa distinct car l'insertion d'un alinéa à l'intérieur d'une division numérotée crée des difficultés de référence.

Paragraphe 2.

Le texte serait rédigé plus correctement comme suit :

"Le pouvoir organisateur ne peut engager un membre du personnel temporaire que dans le respect de la réglementation relative à la mise en disponibilité par défaut d'emploi et à la réaffectation".

Article 27.

Il est proposé de rédiger l'article comme suit :

"Il est dressé, lors de tout engagement dans une fonction de recrutement, une convention écrite qui est signée par les deux parties et établie en deux exemplaires, dont l'un est remis au membre du personnel.

Cette convention indique :

1° ... (comme au projet);

2° ... (comme au projet);

.../...

- 3° ... (comme au projet);
- 4° si l'emploi est vacant ou non et, dans ce dernier cas, le nom du titulaire de l'emploi et, le cas échéant, celui de son remplaçant temporaire;
- 5° le cas échéant, les obligations complémentaires visées à l'article (22) et les incompatibilités visées à l'article (47).

A défaut d'écrit, le membre du personnel est censé être engagé aux seules conditions fixées dans le présent décret, dans la fonction, la charge ou l'emploi qu'il occupe effectivement".

Contrairement à ce qui est dit dans le commentaire de l'article 27, le pouvoir organisateur n'a pas le pouvoir de faire la preuve d'obligations complémentaires ou d'incompatibilités autrement qu'en recourant à un écrit. Celui-ci est formellement imposé par les articles 23 et 47.

Article 28.

Au paragraphe 1er, le b (devenant 2°) doit être subdivisé en a, b et c au lieu de tirets.

La même remarque vaut pour les articles 30, 44, 54 et 61.

.../...

Article 30.

1. Certes, comme l'exposent les auteurs du projet dans le commentaire consacré à l'article 30,

"Un enseignant dont la priorité n'a pas été respectée dispose d'un recours devant le tribunal du travail, conformément à l'article 92 de la Constitution".

Il faut observer à cet égard que la réparation du préjudice subi par l'enseignant évincé illégalement ne pourra se faire que sous forme de dommages et intérêts.

2. Le mot "caractère", utilisé à la fin du paragraphe 1er, b (devenant 2°), et à l'alinéa 2 est ambigu.

A l'alinéa 2, il paraît signifier "école subventionnée autre qu'officielle". Au b, il semble plutôt signifier un enseignement confessionnel, d'une confession déterminée.

Cette ambiguïté doit être levée.

3. L'alinéa 2 du b (devenant 2°) devrait faire l'objet d'un alinéa 2 du paragraphe 1er rédigé comme suit :

"Pour déterminer la période visée au 2°, le pouvoir organisateur ...".

.../...

Suivant ledit alinéa, le pouvoir organisateur dispose d'un pouvoir d'appréciation pour tenir compte des services accomplis dans l'enseignement subventionné officiel ou dans une école subventionnée d'un autre "caractère". La règle en tant que telle ne paraît pas critiquable, mais le pouvoir organisateur devra veiller, lors de l'exercice de son pouvoir d'appréciation, à ne pas créer de discriminations.

4. Les paragraphes 6 et 7 devraient figurer sous le paragraphe 1er, en un alinéa 3 rédigé comme suit :

"L'ancienneté visée aux 1^o et 2^o est calculée au 30 juin comme il est prévu à l'article 44, § 1er, 2^o, § 2, § 3 et § 4. Elle doit être acquise au cours des cinq dernières années scolaires pour l'application du 1^o et, pour l'application du 2^o, au cours des dix dernières années scolaires qui précèdent l'année scolaire au cours de laquelle le membre du personnel fait valoir sa priorité".

5. Le c et le d devenant les alinéas 4 et 5 doivent faire l'objet d'alinéas distincts et non de subdivisions du paragraphe 1er.

6. Il y aurait lieu d'ajouter les mots "à la même fonction", à la fin du d (devenant l'alinéa 5).

.../...

Les fonctionnaires délégués invoquent les caractères spécifiques de l'enseignement libre pour justifier l'omission de ces mots.

Il reste néanmoins que si les mots "à la même fonction" étaient omis, il y aurait entre l'enseignement officiel de la Communauté et l'enseignement libre une différence qui serait difficilement justifiable.

7. Au paragraphe 4, dans la deuxième phrase, il faut écrire "mentionne" au lieu de "doit mentionner".

La dernière phrase du même paragraphe serait rédigée plus correctement comme suit :

"Ils prouvent, en outre, les services suffisants visés au paragraphe 1er en annexant les attestations prévues à l'article 29".

8. Au début du paragraphe 5, il convient d'écrire "fait valoir" au lieu de "doit faire valoir".

9. Il est proposé de rédiger les paragraphes 8 et 9 (devenant les paragraphes 6 et 7) comme suit :

.../...

"§ 6. Pour l'attribution d'une fonction de la catégorie du personnel directeur et enseignant, les membres du personnel qui possèdent les titres requis bénéficient de la priorité visée au paragraphe 1er, alinéa 1er, pour l'ensemble des branches pour lesquelles ils possèdent ces titres, exception faite du cours de religion ou de morale non confessionnelle.

Pour l'attribution des mêmes fonctions, les membres du personnel qui possèdent un titre de capacité qui donne droit, sans aucune formalité, à l'octroi d'une subvention sans limitation de durée, bénéficient de la même priorité :

- 1° pour les branches effectivement enseignées;
- 2° pour les branches appartenant à la même spécialité, quand il s'agit de cours techniques, de cours techniques et de pratique professionnelle et de cours de pratique professionnelle;
- 3° pour les formations appartenant à la même spécialité, quand il s'agit de la formation générale et sociale dans l'enseignement spécial;
- 4° pour la formation générale et la formation professionnelle appartenant à la même spécialité, quand il s'agit de l'enseignement à horaire réduit.

.../...

§ 7. Pour l'attribution d'une fonction de la catégorie du personnel directeur et enseignant, seuls les membres du personnel qui possèdent les titres requis bénéficient de la priorité visée au paragraphe 1er, alinéa 1er, 2^o".

Article 31.

Paragraphe 1er.

1. Les auteurs du projet ont tenu compte de l'observation faite par le Conseil d'Etat tendant à assurer une publicité aux emplois devant être attribués conformément aux règles fixées par l'article 30. Toutefois, le texte de l'article 30, dans sa rédaction actuelle, révèle qu'il est nécessaire que le pouvoir organisateur non seulement communique la liste des emplois qui seront attribués mais précise aussi s'il entend faire usage de la faculté prévue à l'article 30, § 1er, alinéa 2 (prise en considération des services accomplis dans un autre établissement subventionné).

2. Au début du paragraphe, mieux vaut écrire "communique" au lieu de "transmet".

A la fin du paragraphe, le mot "confiées" doit s'écrire au masculin pluriel.

.../...

3. Au paragraphe 3, in fine, il y a lieu d'écrire "en application de l'article 30, alinéa 1er, 1^o et 2^o".

Article 32.

1. Dans les exemplaires du projet communiqués au Conseil d'Etat, l'article 32 contient par erreur les paragraphes 4 à 9 de l'article 30.

Par contre, le texte biffé est bien celui des paragraphes 4 à 7 de l'article 32.

2. Suivant le paragraphe 1er, un membre du personnel engagé à titre temporaire ne peut être licencié que pour un motif préalablement admis comme valable par la chambre de recours compétente.

Les auteurs du projet n'ont pas ainsi donné suite à l'observation faite par le Conseil d'Etat dans son avis n^o L. 20.212/2. En effet, il ressort du texte que si l'avis de ladite chambre n'est plus contraignant, il n'en reste pas moins un avis conforme, qui lie donc le juge compétent.

Ce texte est dès lors contraire à l'article 92 de la Constitution, suivant lequel les contestations relatives à un droit civil sont de la compétence des cours et tribunaux.

.../...

Toutefois, la solution envisagée par les auteurs du projet pourrait être retenue, à condition que la chambre de recours donne un avis motivé non contraignant et que la décision prise par le pouvoir organisateur mentionne le cas échéant les raisons pour lesquelles l'avis n'aurait pas été suivi en tout ou en partie.

2. La procédure envisagée aux paragraphes 2 et suivants doit être revue pour prévoir que le pouvoir organisateur doit faire connaître les motifs pour lesquels il entend licencier le membre du personnel concerné.

3. Le début du paragraphe 1er serait mieux rédigé comme suit :

"Le membre du personnel engagé sur la base de l'article 30, § 1er, alinéa 1er, 1^o, peut être licencié moyennant un préavis de quinze jours. La durée du préavis est portée à trois mois pour le licenciement d'un membre du personnel qui occupe un emploi vacant".

4. Au paragraphe 2, alinéa 4, in fine, il faut écrire "la chambre de recours" au lieu de "la commission paritaire".

.../...

5. Une disposition semblable à celle du paragraphe 7, figurant dans le décret de la Communauté flamande du 27 mars 1991 relatif au statut de certains membres du personnel de l'enseignement subventionné et des centres psycho-médico-sociaux subventionnés, fait actuellement l'objet d'un recours devant la Cour d'arbitrage.

La constitutionnalité de cette disposition doit dès lors faire l'objet d'une réserve provisoire.

Article 33.

1. A la fin de l'alinéa 1er, il faut écrire "faute grave".

2. Suivant l'article 35, alinéas 3 et 4, de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail :

"Le congé pour motif grave ne peut plus être donné sans préavis ou avant l'expiration du terme, lorsque le fait qui l'aurait justifié est connu de la partie qui donne congé, depuis trois jours ouvrables au moins.

Peut seul être invoqué pour justifier le congé sans préavis ou avant l'expiration du terme, le motif grave notifié dans les trois jours ouvrables qui suivent le congé".

Le texte de l'alinéa 2 prévoit un seul délai de trois jours à la fois pour avoir connaissance de la faute grave et pour le notifier à l'enseignant.

Si l'intention de l'auteur du projet est de s'aligner sur l'article 35 précité, il conviendrait de

.../...

revoir le texte pour distinguer les deux délais de trois jours.

3. Le droit d'être entendu prévu à l'alinéa 3 n'est pas prévu dans l'article 35 précité. Il se concilie mal avec la brièveté du premier délai, c'est-à-dire, le délai dans lequel l'employeur, ayant connaissance d'un motif grave, doit notifier le congé.

Si l'intention de l'auteur du projet est de maintenir ce droit d'audition, il convient d'allonger le délai précité et d'organiser la convocation de l'intéressé.

De surcroît, l'article devrait préciser la forme dans laquelle le licenciement est notifié à l'intéressé.

Article 34.

Les règles les plus fondamentales du droit des contrats permettent aux parties d'y mettre fin à tout moment, si elles sont l'une et l'autre d'accord; il est donc inutile d'écrire qu'"Un membre du personnel engagé à titre temporaire peut cesser volontairement ses fonctions moyennant l'accord de son pouvoir organisateur".

La rédaction suivante est proposée :

"Un membre du personnel engagé à titre temporaire peut unilatéralement mettre fin au contrat moyennant un préavis de huit jours".

.../...

Article 35.

1. Il y a lieu de préciser que la règle ne s'applique pas au licenciement pour faute grave.

2. Le seul recours possible est le recours aux juridictions de droit commun. Dès lors, il faut omettre le membre de phrase "ainsi que les modalités d'exercice des recours et l'adresse où le membre du personnel doit s'adresser pour l'exercer".

Pour le surplus, le texte serait mieux rédigé comme suit :

"Sous réserve du licenciement pour faute grave prévu à l'article 33, l'acte par lequel une des parties met unilatéralement fin au contrat doit, à peine de nullité, être notifié à l'autre partie soit par un exploit d'huissier de justice, soit par une lettre recommandée à la poste, laquelle produit ses effets le troisième jour ouvrable suivant la date de son expédition.

La notification doit, à peine de nullité, mentionner la date à partir de laquelle le préavis commence à courir et la durée de celui-ci.

Si le contrat prend fin par le consentement mutuel des parties, celui-ci est constaté par un écrit qui mentionne la date à laquelle le membre du personnel a déclaré sa volonté de mettre fin au contrat".

.../...

Article 36.Alinéa 1er.

L'alinéa fait référence à des dispositions de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail.

A de nombreuses reprises, le Conseil d'Etat a souligné les inconvénients de la législation par référence, résidant notamment dans la difficulté de déterminer si la référence vise le texte auquel il est fait renvoi, dans son état actuel, ou si elle vise aussi les éventuelles modifications qu'il subirait. Etant donné qu'en l'occurrence les normes émanent de deux législateurs, il convient, à plus forte raison, de reproduire de manière autonome les dispositions visées à l'article 36.

Alinéa 2.

Il est inutile de réserver le cas où l'article 28, § 1er, serait appliqué, car ce texte prévoit que le contrat prend alors fin "d'office".

La rédaction suivante est proposée :

"Lorsque le pouvoir organisateur licencie un membre du personnel avant ou pendant une période où le contrat conclu à titre temporaire est suspendu, ou le licencie avant ou pendant une période d'au moins sept jours consécutifs de congé scolaire, le délai de préavis ne court pas pendant la période de suspension ou de congé".

.../...

Section 3.

Dans l'intitulé de la section 3, les mots "nomination définitive" devraient être remplacés par les mots "engagement à titre définitif". La même observation vaut pour les articles suivants utilisant la même expression.

Article 37.

L'article serait mieux rédigé comme suit :

"Le pouvoir organisateur peut engager à titre définitif dans un emploi vacant d'une fonction de recrutement, sauf :

- 1° s'il est tenu par les dispositions en vigueur sur la réaffectation ou la remise au travail de nommer à cet emploi un membre du personnel mis en disponibilité par défaut d'emploi; ou,
- 2° si, alors qu'il n'est pas tenu par ces dispositions, un autre membre du personnel peut prétendre occuper cet emploi à la suite d'une mutation conforme aux conditions prévues par l'article 38".

Article 38.

1. En tant qu'il vise, dans la deuxième phrase de l'alinéa 1er, l'"avis favorable du chef du culte compétent", l'article appelle la même observation que celle formulée à propos de l'article 32, § 7.

.../...

2. Le motif invoqué dans le commentaire de l'article 38 pour justifier que la mutation n'est jamais un droit pour le membre du personnel, est fragile.

En effet, si la liberté de choix du personnel par le pouvoir organisateur constitue sans doute un principe, certains textes du projet, notamment l'article 30, y apportent des exceptions. Ainsi, ce principe n'a pas été jugé à ce point fondamental qu'il puisse entraver l'établissement d'un régime de priorité. Or, un tel régime limite fatalement la liberté de choix et va jusqu'à instituer, dans certains cas, une obligation pour le pouvoir organisateur de contracter.

Quant à l'argument pris de l'absence de signalement, il est tout aussi fragile puisque les agents temporaires sont recrutés par priorité sans signalement.

Reste, il est vrai, que le régime de priorité de l'article 30 s'applique au recrutement d'agents temporaires au contrat desquels il peut être mis fin par un préavis de durée réduite, tandis que, en cas de mutation, il s'agit d'un contrat par lequel un pouvoir organisateur s'assure définitivement les services d'un membre de son personnel.

Toutefois, cette distinction doit aussi prendre en compte la notion de réseau, telle qu'elle est retenue à l'article 30, § 1er, b.

.../...

Article 41.

Il est proposé d'insérer les mots "dans un emploi faisant partie" entre les mots "ou" et "d'un établissement".

Article 44.

Au sujet du coefficient 1,2, figurant au paragraphe 1er, b (devenant 2°), l'explication donnée par le fonctionnaire délégué est la suivante :

Les vacances d'été -deux mois- ne sont pas des périodes d'activité pour les agents temporaires. Ils exercent donc pendant 10/12èmes de l'année. L'application du coefficient 1,2 permet de calculer leur ancienneté par rapport à une année entière. Ceci est d'autant plus important que la priorité dépend de l'ancienneté.

Il va de soi que ce coefficient ne peut être appliqué que pour calculer l'ancienneté d'un agent temporaire lorsqu'il est nommé à titre définitif. Il ne pourra pas être appliqué pour calculer l'ancienneté d'un agent temporaire qui est toujours temporaire.

L'exposé des motifs doit contenir des explications sur ces deux points.

Chapitre V.

Les quatre articles qui composent ce chapitre concernent tous l'obligation pour les membres du personnel

.../...

de ne pas exercer certaines activités, et les conséquences de la transgression de cette obligation. Le projet gagnerait en clarté si ces règles se trouvaient dans le même chapitre que celui où l'on énonce les autres devoirs des pouvoirs organisateurs et des membres du personnel et y formaient une section particulière.

Si l'article 57 de l'arrêté royal du 22 mars 1969 est reproduit par l'article 45 du projet, ce qui établit une rigoureuse égalité entre les personnels de l'enseignement de la Communauté et ceux de l'enseignement libre, les articles 58 et 59 du même arrêté qui établissent d'autres incompatibilités ne sont ni reproduits ni transposés par le projet. La question du respect de l'obligation d'établir un statut équivalent se pose donc.

Le commentaire de l'article 45 justifie cette omission par deux arguments, l'un d'opportunité, l'autre juridique.

Le premier est pris de l'utilité qu'il peut y avoir à utiliser dans l'enseignement supérieur des experts ou spécialistes. Cette utilité n'est peut-être pas contestable, mais le fait de la reconnaître ne constitue évidemment pas pour les pouvoirs organisateurs de l'enseignement libre l'un de ces traits spécifiques qui peuvent justifier une dissymétrie entre le statut du personnel de l'enseignement de la Communauté et celui du personnel de l'enseignement libre.

Quant au second argument, il allègue une abrogation tacite de l'article 59 de l'arrêté du 22 mars 1969 par la loi du 14 juillet 1976 sur les régimes matrimoniaux. Cet

.../...

argument est très contestable car l'article 59 établit seulement, sans toucher aux rapports respectifs des époux, une présomption d'interposition de personnes. Il n'appartient pas au Conseil de la Communauté française de constater une telle abrogation.

Article 45.

L'article serait mieux rédigé comme suit :

"Est incompatible avec la qualité de membre du personnel d'un établissement de l'enseignement libre subventionné, toute occupation qui serait de nature à nuire à l'accomplissement des devoirs particuliers qui découlent du caractère spécifique du projet éducatif de cet établissement".

Article 46.

De l'accord du fonctionnaire délégué, il est suggéré d'ajouter l'alinéa suivant : "La commission paritaire émet son avis dans les trente jours de la réception de la demande".

Article 47.

Selon l'arrêté royal du 22 mars 1969 fixant le statut des membres du personnel enseignant de la Communauté, l'incompatibilité s'entend de l'impossibilité de cumuler une fonction dans l'enseignement avec certaines autres fonctions

.../...

ou occupations. Tel est d'ailleurs toujours le sens que revêt en droit public l'expression d'"incompatibilité".

L'article 45 du projet respecte ce sens; l'article 47, par contre, ne le respecte pas explicitement, car il se borne à parler de façon allusive, d'"incompatibilité découlant du caractère spécifique du projet éducatif". Cette façon de s'exprimer, rapprochée de celle utilisée par l'article 48 où il est question de "situation continue d'incompatibilité" fait redouter un glissement du sens de l'expression d'"incompatibilité".

Sans doute, le décret en projet peut-il établir des incompatibilités particulières car on peut concevoir que certaines activités touchent à ces "caractéristiques propres à chaque pouvoir organisateur, qui justifient un traitement approprié", visées par l'article 17, § 4, de la Constitution. Toutefois, la liberté que la Constitution donne au décret de permettre d'imposer aux enseignants de l'enseignement libre des obligations particulières ne peut être comprise comme autorisant le législateur de la Communauté française à dénaturer la notion même d'incompatibilité en s'en servant pour permettre d'interdire aux enseignants autre chose que des occupations ou l'exercice de certaines fonctions. A défaut donc de respecter le sens de cette notion, le législateur décrétoal enfreindrait son obligation constitutionnelle de doter le personnel de l'enseignement libre d'un statut équivalent à celui du personnel de l'enseignement de la Communauté.

C'est pourquoi, l'article 47 du projet doit être énoncé en respectant la notion d'incompatibilité telle qu'elle est utilisée par l'arrêté royal du 22 mars 1969, et

.../...

suivre ainsi le modèle déjà utilisé par l'article 45. La rédaction suivante est proposée :

"Les occupations incompatibles dont il est question à l'article 45 sont précisées dans le contrat écrit d'engagement".

Article 48.

1. Ainsi qu'il a déjà été observé à propos de l'article 47, il n'est pas possible, sans risquer de dénaturer la notion même d'incompatibilité, de parler d'"une situation continue d'incompatibilité". L'alinéa 1er de l'article 48 doit donc être revu pour conjurer toute dénaturation. La rédaction suivante est proposée :

"Le pouvoir organisateur qui constate qu'un membre de son personnel se livre de façon continue à une occupation qui est, au sens de l'article 45, incompatible avec sa fonction dans l'enseignement, le lui notifie par lettre recommandée à la poste".

2. La notion même d'incompatibilité est telle qu'un membre du personnel doit pouvoir éviter toute sanction en cessant de se livrer à l'occupation qui lui est interdite. Il serait, à défaut de cette possibilité, sanctionné non parce qu'il transgresse, mais parce qu'il a transgressé une interdiction de cumuler sa fonction enseignante avec une autre. Une telle sanction peut se concevoir, mais elle relève de la discipline générale et non d'une règle propre aux incompatibilités.

.../...

Il est donc nécessaire d'ajouter un texte prévoyant explicitement qu'un membre du personnel peut, en toutes circonstances, se prémunir contre tout risque d'être "écarté" de ses fonctions en établissant qu'il n'exerce plus l'occupation qu'il lui est fait grief d'avoir eue. Cette précision pourrait trouver place dans l'alinéa 2 de l'article 48.

3. Quant au recours qui peut être fait contre la notification, il s'agit de la protection d'un droit civil qui, en vertu de l'article 92 de la Constitution, est du ressort exclusif des tribunaux judiciaires. Le projet doit donc être revu en ce qu'il prévoit un recours devant la commission paritaire.

Chapitre VI.

Article 49.

1. Dans la phrase introductive, il faut écrire "un emploi d'une fonction de sélection" et "conféré" au lieu de "conférer" au 2º.

2. Il y a lieu de se reporter aux observations formulées au sujet de l'article 37.

.../...

Article 50.

Il y a lieu de se reporter aux observations formulées au sujet de l'article 38.

Article 51.

Il y a lieu de se reporter à l'observation faite à propos de l'article 41.

Article 52.

Les conditions à remplir pour être nommé à une fonction de sélection sont différentes de celles qu'impose l'article 83 de l'arrêté royal du 22 mars 1969. L'ancienneté exigée est de quatre ans au lieu de six; l'exercice d'une demi-charge, et non d'une fonction à prestations complètes, suffit.

Le commentaire de l'article 52, faisant écho à l'exposé des motifs, justifie cette violation de la règle constitutionnelle de l'équivalence par l'argument pris de la taille des établissements d'enseignement libre et par la nécessité de préserver leur liberté en matière d'options pédagogiques. Cette justification ne convainc pas.

La taille des établissements n'a guère d'importance, puisque l'ancienneté exigée par l'article 52 peut avoir été acquise non dans un seul établissement mais dans l'ensemble des établissements d'un même réseau. Or, un tel ensemble réunit un personnel d'une dimension largement

.../...

comparable à celle du personnel qui est au service de l'enseignement de la Communauté. Chaque pouvoir organisateur dispose donc de candidats possibles en un nombre suffisant pour qu'un choix réel lui soit ménagé et qu'ainsi sa liberté soit sauve.

Au surplus, le Conseil d'Etat n'aperçoit pas le rapport qui existe entre l'option pédagogique, d'une part, et le calcul de l'ancienneté entrant en ligne de compte pour la sélection ou la promotion, d'autre part.

On n'aperçoit pas non plus en quoi la "liberté en matière d'option pédagogique" - concept particulièrement flou - constituerait en soi un critère objectif justifiant une atteinte au principe de l'équivalence.

L'article 52 doit donc être fondamentalement revu.

La même observation vaut pour l'article 60, dont le commentaire est d'ailleurs identique à celui de l'article 52.

Article 55.

Il faut écrire "dans un emploi d'une fonction de sélection".

.../...

Chapitre VII.

Article 56.

1. Dans la phrase introductive, il faut écrire "un emploi d'une fonction de promotion".

L'observation vaut pour l'ensemble du chapitre.

2. Il y a lieu de se reporter aux observations formulées au sujet de l'article 37.

Article 57.

Il y a lieu de se reporter aux observations formulées au sujet de l'article 38.

Article 58.

Il y a lieu de se reporter à l'observation faite au sujet de l'article 41.

Article 60.

Au paragraphe 1er, 2°, il faut écrire "six ans" et insérer le mot "ou" avant les mots "de promotion".

.../...

Article 61.

Le texte du paragraphe 1er, c, (devenant 3°), serait mieux rédigé comme suit :

"3° dans l'attente d'un engagement à titre définitif.

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 est engagé à titre définitif dans la fonction de promotion s'il répond à ce moment à toutes les conditions de l'article 60 et si le pouvoir organisateur ne l'en a pas déchargé.

Cette limitation à deux ans n'est pas applicable à un emploi d'une fonction de promotion dans les classes uniques maternelles, primaires et écoles fondamentales, pour autant qu'aucun des membres du personnel du même pouvoir organisateur, qui remplit les conditions ne se soit porté candidat.

Pendant cette période d'attente, le membre du personnel reste titulaire de l'emploi dans lequel il est engagé à titre définitif".

Article 62.

Il faut écrire "doit être établi".

.../...

Chapitre VIII.

Il est proposé de rédiger l'intitulé comme suit :
"Positions de service".

Le texte des articles doit être adapté en conséquence.

Article 63.

Il est proposé de rédiger l'article comme suit :

"Le membre du personnel est totalement ou partiellement dans une des positions de service suivantes :

- 1º en activité de service;
- 2º en non-activité;
- 3º en disponibilité".

Article 65.

Le Conseil d'Etat se réfère à l'observation qu'il a faite dans l'avis L. 20.212/2, en ce qui concerne l'expression "subvention-traitement".

.../...

Article 67.Paragraphe 3.

En tant qu'il confère au ministre le pouvoir de décider la mise en disponibilité par retrait d'emploi dans l'intérêt du service, le paragraphe 3 est contraire au régime contractuel qui lie le pouvoir organisateur au personnel.

La décision de mise en disponibilité doit être prise par le pouvoir organisateur.

Nonobstant la possibilité de prévoir un avis motivé préalable à donner par la chambre de recours, le recours contre la décision prise par le pouvoir organisateur doit être porté devant les cours et tribunaux.

Toutefois, il faudrait préciser dans le texte que la décision prise par le pouvoir organisateur est soumise à l'approbation de l'Exécutif, comme il est prévu dans l'article 65, alinéa 3, et dans l'article 67, § 2.

Le texte doit être fondamentalement revu.

.../...

Chapitre IX.

L'intitulé serait mieux rédigé comme suit : "Fin du contrat".

Article 68.

Il est proposé de rédiger l'article comme suit :

"Les contrats conclus avec les membres du personnel temporaires ou définitifs prennent fin sans préavis, lorsque ceux-ci :

1° cessent de répondre aux conditions suivantes :

- a) ... (comme au projet);
- b) ... (comme au projet);
- c) ... (comme au projet);

2° après une absence autorisée, négligent, sans motif valable (1), de reprendre leur service et restent ... (la suite comme au projet);

3° abandonnent, sans motif valable, leur emploi et restent ... (la suite comme au projet);

(1) Le Conseil d'Etat maintient l'observation qu'il a faite dans l'avis L. 20.212/2 au sujet de l'article 65, selon laquelle il convient d'ajouter le mot "valable" après le mot "motif". En cas de contestation, le seul motif valable serait retenu par les tribunaux.

- 4° se trouvent dans les cas ... (la suite comme au projet);
- 5° reçoivent la notification de la constatation d'une incompatibilité contre laquelle aucun recours n'a été introduit (1);
- 6° sont dans une situation d'incapacité permanente de travail reconnue conformément à la loi ou au règlement, qui les empêche de remplir convenablement leurs fonctions;
- 7° refusent sans motif valable, après avoir été rappelés en activité de service, d'occuper l'emploi attribué par le pouvoir organisateur".

Article 69.

1. Le début de l'article serait mieux rédigé comme suit :

"Les contrats conclus avec les membres du personnel engagés à titre définitif prennent fin :

- 1° par ... (voir l'observation 2 ci-après);
- 2° par la mise à la retraite ... (la suite comme au projet);

(1) Rédaction conforme à l'observation formulée au sujet de l'article 48.

3° par le licenciement pour faute grave; (1)".

2. On ne peut concevoir, dans un régime contractuel, qu'une résiliation unilatérale soit soumise à l'autorisation de la partie cocontractante.

Dans un tel régime, on ne peut mettre sur le même pied, comme le fait le projet, la rupture du contrat par consentement mutuel et la rupture unilatérale.

Il convient de revoir le texte du 1° en tenant compte de l'observation qui précède.

3. En ce qui concerne le 4°, la deuxième phrase doit faire l'objet d'un alinéa distinct, à insérer après le 5° et rédigé comme suit :

"Le contrat prend effectivement fin dans les dix jours de la notification au membre du personnel de la décision définitive visée au 4°".

4. Suivant le 5°, lorsqu'un engagement à titre définitif se révèle irrégulier, il est annulé mais le membre du personnel garde les droits acquis "liés à sa situation régulière précédente".

(1) par symétrie avec l'article 70.

Quand un contrat est annulé, il est rétroactivement mis à néant et, dès lors, il n'est pas concevable que les droits acquis en raison de ce contrat soient maintenus. Il n'est pas davantage concevable que les droits acquis précédemment au contrat annulé puissent être maintenus puisque ce contrat antérieur a pris fin.

D'autre part, si l'irrégularité est le fait du pouvoir organisateur, le contrat est également nécessairement annulé et la sanction consistera dans le paiement, par le pouvoir organisateur, de dommages-intérêts pour compenser le préjudice causé par sa faute.

La disposition, méconnaissant les principes essentiels du régime contractuel, doit être omise ou entièrement revue.

Pour assurer l'équivalence avec le statut du personnel enseignant de la Communauté française, il faut prévoir que le contrat prend fin pour l'avenir et, pour rétablir l'enseignant dans la situation où il se trouvait antérieurement à l'annulation du contrat, qu'un nouveau contrat le rétablissant dans sa situation régulière précédente doit être conclu.

.../...

Chapitre X.

Articles 70 et 71.

L'article 71, alinéa 2, prévoit que le membre du personnel qui a fait l'objet d'une sanction disciplinaire peut, dans les vingt jours qui suivent la notification, en interjeter appel auprès de la chambre de recours visée à l'article 78.

L'article 70, § 3, précise que la décision de la chambre de recours est "définitive".

Le système ainsi mis en place n'est pas conforme à l'article 92 de la Constitution. Il revient, en effet, à transférer à la chambre de recours le pouvoir de statuer en matière contractuelle, tant en fait qu'en droit, comme organe de réformation de la décision disciplinaire prise par le pouvoir organisateur. Une telle décision est de nature à affecter directement les droits civils du travailleur, notamment le droit au traitement. Seuls les cours et tribunaux peuvent statuer sur des contestations ayant pour objet des droits civils, à l'exclusion de toute autre autorité. Ni la loi ni le décret ne peuvent imposer, dans un régime contractuel, à l'une des parties contractantes qui conteste la régularité d'une décision prise par l'autre partie, l'obligation de soumettre le différend à l'arbitrage obligatoire d'une autorité étrangère au pouvoir judiciaire.

Interrogé à ce sujet, le fonctionnaire délégué a fait état de ce que la loi du 29 mai 1959 modifiant certai-

.../...

nes dispositions de la législation de l'enseignement, dispose en son article 45, § 9, alinéa 3 :

"Les peines disciplinaires seront prononcées en dernière instance par des chambres de recours constituées de manière telle que le groupement des pouvoirs organisateurs, d'une part, et le groupement du personnel, d'autre part, y soient représentés en nombre égal".

Ce texte ne peut être interprété comme impliquant la volonté du législateur d'enfreindre l'article 92 de la Constitution.

Du reste, l'exposé des motifs relève "qu'en vertu de l'article 92 de la Constitution, les contestations surgissant entre le pouvoir organisateur et l'enseignant sont de la compétence exclusive des tribunaux, puisqu'il s'agit d'un contrat de travail".

L'article 71 (ainsi que l'article 70, § 3) doit, dès lors, être fondamentalement revu. Il pourrait, dans une rédaction nouvelle, s'inspirer du mécanisme suggéré dans le commentaire de l'article 32 ci-dessus. Le recours envisagé par les auteurs du projet serait ainsi retenu comme étant celui que formerait le membre du personnel contre une proposition de sanction disciplinaire émanant du pouvoir organisateur. Contre cette proposition un recours pourrait être adressé à la chambre de recours, laquelle exprimerait un avis motivé non contraignant. La décision prise par le pouvoir organisateur, ensuite de cet avis, devrait mentionner les raisons pour lesquelles l'avis n'aurait pas été

.../...

suivi en tout ou en partie. Cette décision serait elle-même, selon le droit commun, susceptible d'être contestée par l'intéressé devant les tribunaux de l'ordre judiciaire.

Article 76.

L'article 76 règle la peine disciplinaire de la rétrogradation qui consiste, suivant les termes utilisés dans ledit article, en un retour au régime temporaire.

La peine de la rétrogradation ne figure pas dans l'article 70 du projet, lequel énumère les peines disciplinaires qui peuvent être encourues par les membres du personnel de l'enseignement libre subventionné. Si l'intention de l'auteur du projet est de prévoir la peine de rétrogradation, celle-ci doit être mentionnée dans l'article 70 du projet.

L'article du projet appelle toutefois une observation quant à la légalité du retour au régime de l'engagement temporaire.

L'article examiné engendre pour le personnel de l'enseignement libre une instabilité de l'emploi qui constitue, par rapport au statut disciplinaire de l'enseignement de la Communauté, une discrimination injustifiée.

En effet, l'article 126 de l'arrêté royal du 22 mars 1969 fixant le statut des membres du personnel en-

.../...

seignant de la Communauté précise que la rétrogradation "entraîne l'attribution de l'échelle de traitement correspondant à la nouvelle fonction du membre du personnel qui s'est vu infliger cette peine". Elle n'a jamais pour conséquence de faire passer celui qui en est frappé de la catégorie des membres du personnel nommés à titre définitif dans celle des membres du personnel désignés à titre temporaire ou admis au stage. En faisant de la rétrogradation un retour au régime temporaire, le projet institue une peine disciplinaire sans équivalent dans le statut des enseignants de la Communauté, qui rend l'emploi dans l'enseignement libre plus précaire qu'il ne l'est dans celui organisé par la Communauté. On ne voit pas quelle pourrait être la spécificité capable de justifier cette particularité du statut disciplinaire des membres du personnel de l'enseignement libre subventionné.

Cette discrimination est d'autant moins justifiable que la sanction de la rétrogradation, telle qu'elle est conçue, ne pourrait, suivant le projet, faire l'objet d'un recours que devant la chambre de recours, à propos de laquelle il y a lieu de se référer aux critiques formulées sous les articles 70 et 71.

.../...

L'article 76 doit, dès lors, être fondamentalement revu; le cas échéant, il faudra compléter l'article 70.

Articles 78 et 79.

Suivant ces articles, l'Exécutif est chargé de créer des chambres de recours pour l'enseignement libre confessionnel et pour l'enseignement libre non confessionnel, chambres de recours dont la composition est fixée dans le décret (article 78, §§ 1er à 7), et de déterminer les compétences de ces chambres, les règles de leur composition et de leur procédure (article 79).

Sous réserve des observations formulées au sujet de l'article 5 et des articles 70 et 71, il convient d'observer que si le décret peut déléguer à l'Exécutif le pouvoir de créer des chambres de recours, il faut néanmoins qu'il fixe les principes relatifs à leur compétence, à leur fonctionnement ainsi qu'à la procédure en cas de recours porté devant elles.

Les articles examinés restent en défaut d'énoncer de tels principes et doivent, en conséquence, être entièrement revus.

.../...

Chapitre XI.

Observation générale.

L'arrêté de l'Exécutif du 24 septembre 1991 modifiant l'arrêté royal du 22 mars 1969 abroge les articles 128, 129 et 130 de cet arrêté et y insère un chapitre IXbis, intitulé "De la suspension préventive" comprenant les articles 157bis, 157ter, 157quater et 157quinquies.

Le chapitre XI du projet doit être revu en fonction de ces dernières modifications.

Plus particulièrement, le texte de l'article 82 du projet a fait l'objet d'une observation sous l'article 66 du projet ayant donné lieu à l'avis précité L. 20.212/2. Pour y répondre, les auteurs du projet ont reproduit l'article 129 de l'arrêté du 22 mars 1969, aujourd'hui abrogé, dans le commentaire des articles. L'article 157quater permet la réduction de traitement dans les cas prévus à l'article 82 du projet mais celle-ci n'est pas automatiquement de la moitié du traitement. Le système en vigueur à la Communauté est donc plus favorable que celui prévu par le projet.

Les textes relatifs à la suspension préventive doivent, dès lors, être fondamentalement revus.

.../...

Titre II.Article 85.

Pour ce qui est du paragraphe 3, alinéa 2, il y a lieu de se référer à l'observation faite relativement aux articles 70 et 71.

Le texte doit être revu en conséquence.

Article 86.

Le texte est la reproduction de l'article 2 du projet sur lequel le Conseil d'Etat a donné son avis L. 20.212/2. Il appelle la même observation que celle formulée dans cet avis, à savoir :

"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".

.../...

Titre III.Article 88.

1. L'article abroge l'arrêté royal du 18 juillet 1933 dont l'intitulé est cité inexactement. Il convient d'écrire : "arrêté royal du 18 juillet 1933 concernant la mise en disponibilité ...".

Il est prévu que l'article 5 dudit arrêté royal n'est pas abrogé. Il semble bien que la raison de cette exception apportée à l'abrogation est justifiée par le fait que l'article 5 concerne la mise en disponibilité par retrait d'emploi dans l'intérêt du service, qui n'était pas réglée dans le projet de décret au sujet duquel le Conseil d'Etat a donné l'avis L. 20.212/2. Dans le présent projet, la mise en disponibilité par retrait d'emploi dans l'intérêt du service est réglée dans l'article 67, § 3.

Il n'y a donc pas lieu de maintenir en vigueur l'article 5 de l'arrêté royal du 18 juillet 1933.

2. L'abrogation de l'arrêté royal du 13 février 1968, prévue dans l'article 72, § 1er, 2°, du projet qui a donné lieu à l'avis L. 20.212/2, n'est pas mentionnée dans le présent projet. Ni l'exposé des motifs ni le commentaire des articles ne fournissent d'explications à cet égard. Celles-ci apparaissent cependant nécessaires. En effet, d'après le commentaire de l'article 89, 2°, et selon le

.../...

texte de l'article 91, l'agrégation des nominations à titre définitif semble bien être supprimée dans le nouveau régime.

Il y a lieu de clarifier cette question.

Article 89.

1. La phrase liminaire serait mieux rédigée comme suit :

"La transition du régime applicable avant le présent décret au régime nouveau est réglée comme suit :".

2. Les termes "assimilés à des membres du personnel nommés à titre définitif", figurant au paragraphe 1er, 1º, devraient être explicités dans l'exposé des motifs.

3. La phrase autonome figurant au paragraphe 1er, 3º, venant à interrompre une énumération, il convient, conformément aux règles de la légistique, de la reporter à la fin du paragraphe.

La même observation vaut pour les phrases autonomes figurant au paragraphe 1er, 4º et 5º.

.../...

Ces trois phrases devraient faire l'objet des alinéas 2 et 3 du paragraphe 1er, dans la rédaction suivante :

"La nomination prévue aux 3º, 4º et 5º ne peut être attribuée que dans l'emploi qui, sur la base de la réglementation en vigueur, n'est plus accessible par réaffectation ou par remise au travail d'un membre du personnel mis en disponibilité par défaut d'emploi dans l'enseignement subventionné.

Par dérogation à l'article 54, § 1er, 3º, et en attendant leur nomination, les membres du personnel visés aux 4º et 5º peuvent continuer à exercer la fonction dont ils ont été chargés temporairement".

4. Au paragraphe 1er, 4º, la phrase qui figurait entre tirets dans le projet L. 20.212/2 ("l'ancienneté requise pouvant être acquise aussi dans l'exercice temporaire de la fonction"), n'a pas été reproduite, alors que la même phrase y figurait au 5º, l'a été, sans que cette omission n'ait été justifiée.

5. Au même 4º, mieux vaut écrire "et ont l'aptitude physique requise par l'article 39, 7º" au lieu de "et disposent de l'aptitude physique fixée à l'article 37, 7º".

La même observation vaut pour le 5º.

.../...

6. Au paragraphe 2, il faudrait remplacer les mots "qui n'entrent pas en ligne de compte pour l'application du § 1er" par les mots "auxquels les dispositions du paragraphe 1er ne sont pas applicables".

Article 92.

1. L'article ne reproduit pas l'alinéa 2 de l'article 76 du projet de décret sur lequel le Conseil d'Etat a donné l'avis L. 20.212/2, à savoir :

"Pour avoir droit à la priorité visée à l'article 26, § 1er, a et b, le membre du personnel doit être porteur du titre de capacité requis pour la même fonction dans l'enseignement de la Communauté".

2. En ce qui concerne les alinéas 2 à 5, il y a lieu de relever que le décret du 19 juillet 1991 portant certaines dispositions urgentes en matière d'enseignement, publié au Moniteur belge du 26 septembre 1991, contient un chapitre III, intitulé "Du personnel enseignant des établissements d'enseignement subventionné supérieur de type court", dont l'article 4 insère dans la loi du 7 juillet 1970 relative à la structure générale de l'enseignement supérieur, un article 17bis fixant des conditions relatives aux titres requis.

Le projet ne tient pas compte de ces dispositions.

L'article doit, dès lors, être revu de manière fondamentale.

.../...

Article 94.

En raison du délai qui sera nécessaire à l'Exécutif pour mettre en oeuvre les dispositions du projet, il appartiendra au Conseil et à l'Exécutif d'apprécier s'il n'y a pas lieu de prévoir que les dispositions du décret en projet entreront en vigueur aux dates fixées par le Conseil ou l'Exécutif.

La chambre était composée de

Messieurs : J.-J. STRYCKMANS,	président de chambre,
Y. BOUCQUEY,	conseillers d'Etat,
Y. KREINS,	
P. GOTHOT,	assesseurs de la
J. van COMPERNOLLE,	section de législation,
Madame : R. DEROY,	greffier.

Le rapport a été présenté par Mme J.-M. DAGNELIE, auditeur. La note du Bureau de coordination a été rédigée et exposée par M. P. NIHOUL, référendaire adjoint.

LE GREFFIER,

LE PRESIDENT,

R. DEROY.

J.-J. STRYCKMANS.