

ROYAUME DE BELGIQUE.

AVIS DU CONSEIL D'ETAT.

Le CONSEIL D'ETAT, section de législation, deuxième chambre, saisi par le Ministre de l'Enseignement supérieur, de la Recherche scientifique, de l'Aide à la jeunesse et des Relations internationales et par le Ministre de l'Education et de l'Audiovisuel de la Communauté française, le 21 octobre 1994, d'une demande d'avis sur un projet d'arrêté du Gouvernement de la Communauté française réglementant la mise en disponibilité par défaut d'emploi, la réaffectation et l'octroi d'une subvention-traitement d'attente dans l'enseignement préscolaire et primaire subventionné, ordinaire et spécial", a donné le 12 juin 1995 l'avis suivant :

Compte tenu du moment où le présent avis est donné, le Conseil d'Etat attire l'attention sur le fait qu'en raison de la démission du Gouvernement, la compétence de celui-ci se trouve limitée à l'expédition des affaires courantes. Le présent avis est toutefois donné sans qu'il soit examiné si le projet relève bien des compétences ainsi limitées, la section de législation n'ayant pas connaissance de l'ensemble des éléments de fait que le Gouvernement peut prendre en considération lorsqu'il doit apprécier la nécessité d'arrêter ou de modifier des dispositions réglementaires.

*

*

*

Compte tenu du moment où l'avis est donné et sous réserve des observations qu'il pourrait formuler lorsque le projet aura été revu par le nouveau Gouvernement communautaire, le Conseil d'Etat se limitera aux observations essentielles suivantes.

1. L'arrêté à l'examen comporte un grand nombre de dispositions qui visent à organiser l'attribution de nouveaux emplois aux membres des personnels de l'enseignement libre ou officiel subventionné qui ont été mis en disponibilité par défaut d'emploi. Si ces personnes peuvent de la sorte reprendre l'exercice d'une fonction identique à celle pour laquelle elles ont, dans le passé, été nommées ou engagées à titre définitif, tel n'est toutefois pas toujours

.../...

le cas puisque, se fondant sur une conception plus large de la réaffectation, le projet prévoit également la possibilité de remettre au travail l'intéressé dans une fonction de la même catégorie de personnel, mais différente de celle dont il était auparavant titulaire.

A la question si l'article 111 du décret du 1er février 1993 fixant le statut des membres du personnel subsidié de l'enseignement libre subventionné ainsi que l'article 101bis du décret du 6 juin 1994 fixant le statut des membres du personnel subsidié de l'enseignement officiel subventionné permettent bien au gouvernement de la Communauté d'organiser des modes différents de retour à l'activité de service, le délégué du ministre répond en insistant sur le caractère générique que le terme "réaffectation" posséderait dans les décrets précités. Outre le fait qu'aucun argument d'ordre textuel ne vient vraiment la conforter (1), la position défendue par le délégué du ministre se heurte à une double objection liée au contexte juridique dans laquelle elle est développée.

Les statuts des personnels de l'enseignement subventionné ne contiennent pas de définition de la réaffectation ou de la remise au travail; de plus, on remarquera qu'aucune disposition décrétole, ni même aucun passage des

(1) au contraire, en visant à la fois la réaffectation et la remise au travail, les articles 40, 41quinquies, 48 et 55 du décret du 1er février 1993 permettent de penser que, dans l'esprit du législateur décrétole, il s'agit bien là de deux modes distincts de retour à l'activité de service.

travaux préparatoires n'indiquent la mesure dans laquelle la fonction où le membre du personnel réaffecté revient à l'activité de service peut différer de celle qu'il exerçait avant d'être mis en disponibilité par défaut d'emploi. Ce silence des décrets ne constitue assurément pas un environnement propice à l'interprétation large de la notion de réaffectation développée dans l'arrêté en projet; une telle conception amène, en effet, le gouvernement de la Communauté à fixer par arrêté les traits essentiels de la réaffectation alors que, selon l'article 24, § 5, de la Constitution, des dispositions réglementaires relatives au statut des personnels de l'enseignement ne peuvent, dans la fixation des statuts des personnels de l'enseignement, avoir d'autre objet que d'assurer la mise en oeuvre de principes consacrés par le décret.

En second lieu, on relèvera que si les décrets du 1er février 1993 et du 6 juin 1994 n'en précisent guère la nature, la réaffectation y occupe toutefois une place essentielle puisque c'est ce mode d'attribution des fonctions que les pouvoirs organisateurs doivent, en toute hypothèse (1), utiliser par priorité afin de pourvoir à des emplois temporairement ou définitivement vacants. A ce principe, s'attache une conséquence importante qui mérite d'être soulignée : plus les possibilités offertes par les règles relatives à la réaffectation seront nombreuses et étendues, moins les dispositions décrétales qui prévoient

(1) Voyez les articles 30, § 3, 40, 1^o, 48, 1^o et 55, 1^o, du décret du 1er février 1993 ainsi que les articles 20, § 2, 28, 1^o, 37, 1^o et 45, 1^o, du décret du 6 juin 1994.

d'autres modes d'accès aux fonctions dans l'enseignement subventionné trouveront à s'appliquer. Dans un tel contexte, développer, comme le fait l'arrêté en projet, une interprétation large ou extensive de la notion de réaffectation conduit inévitablement à bouleverser l'économie des décrets du 1er février 1993 et du 6 juin 1994 sans que cette modification substantielle des statuts des personnels de l'enseignement subventionné n'ait au préalable recueilli l'assentiment du législateur décréteur.

Vu les objections auxquelles se heurte toute interprétation large de la notion de réaffectation, les dispositions du projet relatives à la remise au travail ne seront pas examinées plus avant; l'adoption de ces règles étrangères à ce qu'implique nécessairement la notion de réaffectation suppose, en effet, une intervention préalable du législateur décréteur qui, en précisant les différents modes selon lesquels les membres du personnel mis en disponibilité par défaut d'emploi peuvent être ramenés à l'activité de service, leur fournirait un fondement légal incontestable, notamment au regard de l'article 24, § 5, de la Constitution.

2. Rien dans la rédaction de l'article 101bis du décret du 6 juin 1994 ne permet d'accréditer l'idée que l'article 1er du projet posséderait un champ d'application *ratione personae* plus étendu que celui du décret dans lequel il s'intègre. Il s'ensuit que le gouvernement de la Communauté est sans pouvoir pour régler la mise en disponibilité par défaut d'emploi, la déclaration en perte partielle de

.../...

charge, la réaffectation et l'octroi d'une subvention-traitement d'attente des maîtres de religion de l'enseignement officiel subventionné. L'article 1er du projet doit, dès lors, être amendé de manière à rencontrer cette objection.

3. L'article 4, § 2, alinéa 2, du projet se heurte à une double objection :

- a) l'article 69 du décret du 1er février 1993 ainsi que l'article 57 du décret du 6 juin 1994 ne confèrent au Gouvernement de la Communauté que le pouvoir d'approuver ou d'improver les mises en disponibilité décidées par les pouvoirs organisateurs, et non celui de déterminer, à l'avance, par des dispositions générales, les conditions auxquelles il subordonne l'exercice de son pouvoir d'approbation;
- b) en subordonnant l'agrément (lire l'approbation) des mises en disponibilité à la réunion de certaines conditions dans le chef des pouvoirs organisateurs, la disposition à l'examen méconnaît l'article 24, § 5, de la Constitution puisqu'elle pose en matière de subventionnement de l'enseignement de nouvelles exigences dont le principe n'a pas été préalablement arrêté par le législateur.

4. Du point de vue de l'égalité qui doit exister entre tous les membres du personnel d'un seul et même service public d'enseignement, la référence que l'article 7,

.../...

§ 3, du projet fait à l'article 39, c, du statut du personnel de l'enseignement de la Communauté appelle de nettes réserves car elle conduit à privilégier (1) les membres du personnel qui ont effectué des prestations incomplètes, tant par rapport à ceux qui ont effectué des prestations complètes - avec lesquels ils sont mis sur un pied d'égalité ou, à tout le moins, en concurrence, alors que ces catégories de personnel ne se trouvent pas dans la même situation (discrimination positive) - que par rapport à ceux qui ont effectué des prestations incomplètes dans une fonction qui comporte moins de la moitié des prestations requises pour une fonction à prestations complètes; ces derniers se trouvent, en effet, traités de manière différente alors que ces catégories de personnel se trouvent dans des situations comparables (discrimination négative).

Par conséquent, si les auteurs du projet entendent maintenir cette disposition, il convient de la justifier par un critère à la fois objectif et raisonnable qui rende les distinctions opérées admissibles au regard de l'article 24, § 4, de la Constitution.

5. Aucune disposition décrétable ne confère au Gouvernement de la Communauté le pouvoir d'organiser sous la forme d'une privation de traitement une alternative à la sanction que l'article 71, 6°, du décret du 1er février 1993 et l'article 58, 7°, du décret du 6 juin 1994 prévoient à

(1) En ce sens, voyez les avis L. 22.264/2 du 18 mars 1993, pp. 2 à 4 et L. 22.355/2 du 24 mai 1993, pp. 24-25.

l'égard des membres du personnel qui, étant rappelés en service, refusent, sans motif valable, d'occuper l'emploi qui leur est attribué. En conséquence, l'article 16, § 4, du projet doit être fondamentalement revu.

6. L'article 16, § 5, du projet tend à soumettre les membres du personnel qui n'ont pu être réaffectés à un régime particulièrement hybride : si, vu le traitement d'attente qu'il perçoit, l'intéressé est doté, sur le plan pécuniaire, d'une situation en tout point semblable à celle que confère souvent la mise en disponibilité, il n'est pas en revanche éloigné du service puisqu'il doit, comme un membre du personnel en activité, accomplir certaines prestations en faveur de son pouvoir organisateur.

Comme aucune disposition des statuts des personnels de l'enseignement subventionné n'habilite le gouvernement de la Communauté à compléter la liste des positions administratives figurant à l'article 65 du décret du 1er février 1993 et à l'article 53 du décret du 6 juin 1994, le paragraphe 5 est dépourvu de toute base juridique et doit donc être omis.

7. Le respect de la règle constitutionnelle de l'équivalence des statuts serait mieux assuré si le projet était complété par un article qui modifierait le chapitre premier de l'arrêté royal du 18 janvier 1974 pris en application de l'article 164 de l'arrêté royal du 22 mars 1969 fixant le statut des membres du personnel directeur et enseignant, du personnel auxiliaire d'éducation, du person-

.../...

nel paramédical des établissements d'enseignement gardien, primaire, spécial, moyen, technique, artistique et normal de l'Etat, des internats dépendant de ces établissements et des membres du personnel du service d'inspection chargé de la surveillance de ces établissements, de manière à offrir aux membres du personnel de l'enseignement de la Communauté la possibilité d'opter pour un régime semblable à celui prévu au paragraphe 7.

8. L'article 18, § 1er, du projet appelle une double remarque :

- a) en tant qu'il sanctionne un recrutement effectué au mépris des dispositions du projet, le paragraphe examiné ne constitue qu'un rappel de la règle formulée par l'article 28, 6°, de la loi du 29 mai 1959 modifiant certaines dispositions de la législation de l'enseignement; plutôt que de paraphraser cette disposition législative, il serait plus utile de fixer la date de son entrée en vigueur (1);
- b) en tant qu'il sanctionne le fait, pour un pouvoir organisateur, de maintenir en fonction un membre de son personnel contrairement aux dispositions de l'arrêté en projet, l'article 18, § 4, méconnaît l'article 24, § 5, de la Constitution lequel réserve au législateur décentralisé le pouvoir de régler les aspects essentiels du subventionnement de l'enseignement.

(1) ainsi que celle de l'article 12bis, § 3, b), de la loi du 29 mai 1959.

Comme ils ne constituent qu'une illustration du principe énoncé au paragraphe précédent, les paragraphes 2 et 3 appellent la même remarque que celle formulée ci-dessus au point b. En conséquence, l'article 18 doit être omis.

La chambre était composée de :

Messieurs	J.-J. STRYCKMANS,	président de chambre,
	Y. BOUCQUEY,	conseillers d'Etat,
	Y. KREINS,	
	J. DE GAVRE,	assesseurs de la
	P. GOTHOT,	section de législation,
Madame	J. GIELISSEN,	greffier.

Le rapport a été présenté par M. P. ERNOTTE, auditeur. La note du Bureau de coordination a été rédigée et exposée par M. M. PAUL, référendaire adjoint.

LE GREFFIER,

LE PRESIDENT,

J. GIELISSEN.

J.-J. STRYCKMANS.