

Numéro du rôle : 736
Arrêt n° 30/95 du 4 avril 1995

A R R E T

En cause : les questions préjudicielles concernant l'article 101, §2, 2°, du décret de la Communauté flamande du 27 mars 1991 relatif au statut de certains membres du personnel de l'enseignement communautaire, posées par le Conseil d'Etat.

La Cour d'arbitrage,

composée des présidents L. De Grève et M. Melchior, et des juges L.P. Suetens, L. François, J. Delruelle, A. Arts et R. Henneuse, assistée du greffier L. Potoms, présidée par le président L. De Grève,

après en avoir délibéré, rend l'arrêt suivant :

*

* *

I. *Objet des questions préjudicielles*

Par arrêt n° 48.090 du 21 juin 1994 en cause de M. Cremers contre le Conseil autonome de l'enseignement communautaire (ARGO), le Conseil d'Etat, section d'administration, a posé les questions préjudicielles suivantes :

« 1. L'article 101, § 2, 2°, du décret du 27 mars 1991 relatif au statut de certains membres du personnel de l'enseignement communautaire est-il contraire à l'article 6 de la Constitution (actuellement, l'article 10 de la Constitution coordonnée), en tant qu'il abroge à partir du 1er janvier 1990 l'article 92 de l'arrêté royal du 22 mars 1969 fixant le statut des membres du personnel directeur et enseignant, du personnel auxiliaire d'éducation, du personnel 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 ?

2. La disposition abrogatoire précitée viole-t-elle les règles établies par la Constitution ou en vertu de celle-ci pour déterminer les compétences respectives de l'Etat et des Communautés ? »

II. *Les faits et la procédure antérieure*

Le recours en annulation devant le Conseil d'Etat a été introduit le 25 juillet 1990 et est dirigé contre la décision du conseil central du Conseil autonome de l'enseignement communautaire (ARGO) du 17 mai 1990, communiquée au requérant devant le Conseil d'Etat, M. Cremers, « de n'organiser aucune déclaration de vacance pour la promotion aux emplois à conférer dans les fonctions de promotion ». Le moyen d'annulation devant le Conseil d'Etat est pris de la violation de l'arrêté royal du 22 mars 1969 fixant le statut du personnel de l'enseignement de l'Etat, notamment des articles 92, 93, 94, 95 et 96, qui impliquent l'obligation de déclarer vacants, en vue de leur attribution par voie de promotion, les emplois dans des fonctions de promotion qui n'ont pu être attribués par voie de mutation. L'arrêté royal du 22 mars 1969 a été abrogé par l'article 101, § 2, 2°, du décret précité, qui est entré en vigueur le 1er avril 1991. Plusieurs dispositions de l'arrêté royal, parmi lesquelles l'article 92 invoqué par le requérant devant le Conseil d'Etat, ont toutefois été abrogées à partir du 1er janvier 1990.

Le requérant fait valoir devant le Conseil d'Etat que l'effet rétroactif de la disposition décrétable précitée viole l'article 10 de la Constitution.

Conformément à l'article 26 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage, le Conseil d'Etat décide de poser une question préjudicielle à ce sujet. En outre, le Conseil d'Etat pose d'office une seconde question préjudicielle concernant la conformité de la disposition décrétable précitée aux règles qui sont établies pour déterminer les compétences respectives de l'Etat et des communautés, dès lors que la disposition abrogatoire visée empêche le Conseil d'Etat de statuer, alors qu'il était compétent à cet effet en vertu de l'article 14 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, lesquelles lois ont été adoptées par le

législateur fédéral sur la base de la compétence attribuée expressément à celui-ci par l'article 146 de la Constitution.

III. *La procédure devant la Cour*

L'expédition de la décision de renvoi est parvenue au greffe le 14 juillet 1994.

Par ordonnance du 14 juillet 1994, le président en exercice a désigné les juges du siège conformément aux articles 58 et 59 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage.

Les juges-rapporteurs ont estimé n'y avoir lieu de faire application des articles 71 ou 72 de la loi organique.

La décision de renvoi a été notifiée conformément à l'article 77 de la loi organique, par lettres recommandées à la poste le 11 août 1994.

L'avis prescrit par l'article 74 de la loi organique a été publié au *Moniteur belge* du 13 août 1994.

Par ordonnance du 28 septembre 1994, le président en exercice a prorogé de quinze jours le délai d'introduction d'un mémoire, à la suite de la demande formulée par le Gouvernement flamand le 26 septembre 1994.

Cette ordonnance a été notifiée au Gouvernement flamand par lettre recommandée à la poste le 29 septembre 1994.

Par ordonnance du 3 octobre 1994, le président en exercice a prorogé de quinze jours le délai d'introduction d'un mémoire, à la suite de la demande formulée par l'ARGO le 30 septembre 1994.

Cette ordonnance a été notifiée à l'ARGO par lettre recommandée à la poste le 4 octobre 1994.

Des mémoires ont été introduits par :

- M. Cremers, demeurant à 3520 Zonhoven, Bekerveldweg 35, par lettre recommandée à la poste le 15 septembre 1994;

- le Gouvernement flamand, place des Martyrs 19, 1000 Bruxelles, par lettre recommandée à la poste le 11 octobre 1994;

- l'ARGO, rue Belliard 12, 1040 Bruxelles, par lettre recommandée à la poste le 17 octobre 1994.

Ces mémoires ont été notifiés conformément à l'article 89 de la loi organique, par lettres recommandées à la poste les 26 octobre 1994 et 7 novembre 1994.

Des mémoires en réponse ont été introduits par :

- l'ARGO, par lettre recommandée à la poste le 24 novembre 1994;

- M. Cremers, par lettre recommandée à la poste le 28 novembre 1994.

Par ordonnance du 24 novembre 1994, la Cour a complété le siège par le juge A. Arts, vu la mise à la retraite d'un juge d'expression néerlandaise du siège.

Par ordonnance du 16 janvier 1995, vu la mise à la retraite d'un juge d'expression française du siège, le président en exercice a complété le siège par le juge E. Cerexhe uniquement pour permettre à la Cour de statuer sur la prorogation du délai prévue à l'article 109 de la loi organique et sur la mise en état.

Par ordonnance du même jour, la Cour a prorogé jusqu'au 14 juillet 1995 le délai dans lequel l'arrêt doit être rendu.

Par ordonnance du 19 janvier 1995, la Cour a déclaré l'affaire en état et fixé l'audience au 23 février 1995.

Cette ordonnance a été notifiée aux parties ainsi qu'à leurs avocats, par lettres recommandées à la poste le 19 janvier 1995.

Par ordonnance du 24 janvier 1995, la Cour a complété le siège par le juge R. Henneuse.

A l'audience publique du 23 février 1995 :

- ont comparu :

. M. Cremers, en personne;

. Me Ph. Libaut, *loco* Me P. Devers, avocats du barreau de Gand, pour le Gouvernement flamand;

. Me R. Rombaut, avocat du barreau d'Anvers, pour l'ARGO;

- les juges-rapporteurs L.P. Suetens et R. Henneuse ont fait rapport;

- les parties ont été entendues;

- l'affaire a été mise en délibéré.

La procédure s'est déroulée conformément aux articles 62 et suivants de la loi organique, relatifs à l'emploi des langues devant la Cour.

IV. *En droit*

- A -

Mémoire de M. Cremers

A.1.1. En ce qui concerne la première question préjudicielle, l'auteur du mémoire renvoie à la position exposée dans le « dernier mémoire de la partie requérante » déposé au greffe du Conseil d'Etat.

Dans ce mémoire, qui a été transmis à la Cour en annexe à la décision de renvoi, le requérant devant le Conseil d'Etat affirme que la rétroactivité litigieuse est contraire à l'article 10 de la Constitution.

L'arrêté royal du 22 mars 1969 et le décret du 27 mars 1991 divergent assez fondamentalement en ce qui concerne l'attribution des fonctions de promotion : dans le premier régime, il n'y a pas de compétence discrétionnaire pour ce qui est de procéder ou non à des déclarations de vacances, dans le second, le conseil central de l'ARGO dispose bel et bien de cette compétence, « dans l'intérêt de l'enseignement communautaire ».

De par la rétroactivité du décret du 27 mars 1991, il a par conséquent été établi, tout à fait arbitrairement, un traitement différencié : arbitrairement, car uniquement en fonction de la rapidité avec laquelle un organe administratif (l'ARGO) a entamé une procédure déterminée.

Un traitement distinct n'est pas tolérable s'il est basé sur un arbitraire absolu dans l'intervention des pouvoirs publics. Dans leur politique, les pouvoirs publics doivent respecter le principe de l'égalité. Cette politique ne peut pas être définie arbitrairement, mais doit suivre des lignes de conduite qui soient claires et portées à la connaissance de la population.

Le but poursuivi par le législateur décréteur est tout à fait arbitraire. L'Exécutif flamand (lire : le Conseil flamand) avait manifestement connaissance de la procédure engagée par le requérant devant le Conseil d'Etat et a sciemment voulu interférer dans celle-ci.

Aucun passage des travaux préparatoires ne permet de constater qu'il y aurait proportionnalité entre le but visé et les moyens employés.

De surcroît, il est clair qu'il y a une différence de traitement illicite.

L'ARGO avait l'obligation juridique de déclarer les emplois de promotion vacants, et le requérant avait le droit de poser sa candidature en toute liberté. Ce dernier a été privé rétroactivement de ce droit irrévocable.

De ce fait, les droits du requérant à un traitement égal, garantis par la Constitution, ont manifestement été violés.

A.1.2. Pour ce qui est de la seconde question préjudicielle, l'auteur du mémoire s'en remet à la sagesse de la Cour.

Mémoire du Gouvernement flamand

A.2.1. La première question préjudicielle soulève le problème de savoir si l'effet rétroactif, en l'occurrence l'abrogation rétroactive, attaché par un décret à une disposition réglementaire viole en soi le principe d'égalité.

L'abrogation de (notamment) l'article 92 de l'arrêté royal du 22 mars 1969, au 1er janvier 1990, a eu pour conséquence qu'en vertu de sa compétence discrétionnaire, le conseil central de l'ARGO était habilité, au cours de la période comprise entre le 1er janvier 1990 et le 31 mars 1991, à décider - comme il l'a manifestement fait le 27 mai 1990 - « de n'organiser aucune déclaration de vacance pour la promotion aux emplois à conférer dans les fonctions de promotion », ce qui a empêché le requérant dans l'instance principale de postuler pareille promotion, dans la mesure, bien entendu, où il se serait agi d'emplois auxquels il pouvait avoir accès en vertu de son brevet de promotion.

Ont été abrogés à partir du 1er janvier 1990 non seulement l'article 92 (concernant la promotion) de l'arrêté royal du 22 mars 1969, mais également les articles 35 (concernant le recrutement) et 78 (concernant la sélection).

La disposition abrogatoire spéciale de l'article 101, § 2, 2°, du décret du 27 mars 1991 a donc instauré pour la période concernée, c'est-à-dire jusqu'à l'entrée en vigueur du décret du 27 mars 1991 relatif au statut de certains membres du personnel de l'enseignement communautaire, le 1er avril 1991, la possibilité, dans le chef du conseil central de l'ARGO, de réaliser un moratoire total du personnel (à l'exception des mutations), en attendant, d'une part, que le statut de son personnel soit réglé par décret et, d'autre part, que tous les organes de gestion prévus au sein de l'ARGO, donc également les conseils scolaires locaux, soient opérationnels.

Il convient de souligner en outre qu'au cours de la période intégrale comprise entre le 1er janvier 1990 et le 31 mars 1991, l'on préparait le nouveau statut du personnel de l'ARGO, pour lequel une base décrétable était requise, suite aux positions du Conseil d'Etat concernant l'article 24, § 5, de la Constitution.

Pour le requérant dans l'instance principale, la disposition abrogatoire rétroactive prévue par l'article 101, § 2, 2°, du décret a eu pour effet concret qu'il n'avait pas, dans les années 1990 et 1991, la possibilité de postuler une fonction de promotion, dans la mesure où il entrait en ligne de compte pour une telle fonction; en effet, à partir de 1992, la règle de la déclaration de vacance prévue à l'article 44 du décret du 27 mars 1991 était en vigueur.

On constate donc que l'effet rétroactif de la disposition abrogatoire litigieuse n'a pas supprimé le droit du requérant dans l'instance principale d'introduire sa candidature afin d'être admis au stage dans une fonction de promotion, mais l'a uniquement différé.

En raison de la nature générale de la disposition abrogatoire, le report précité s'appliquait indistinctement à tout le personnel de l'ARGO, tant pour le recrutement et la sélection que pour la promotion.

De ce qui précède, il résulte, à l'estime du Gouvernement flamand, que l'effet rétroactif en cause était à la fois objectif et raisonnablement justifié, en ce qu'il n'a été établi aucune distinction au sein du personnel même de l'ARGO et qu'il n'a pas davantage été instauré une différence sur le plan du recrutement, de la sélection et de la promotion; par l'instauration d'un moratoire du personnel, comme précisé ci-avant, il a été satisfait, conformément à l'article 24, § 5, de la Constitution, à la base décrétable préconisée par le Conseil d'Etat pour le statut du personnel, ce qui permettait d'éviter toute contestation ultérieure en la matière; enfin, les droits du personnel en question n'ont pas été affectés, mais l'exercice en a été différé.

A.2.2. S'agissant de la seconde question préjudicielle, le Gouvernement flamand estime qu'il revient au législateur, en vertu de l'article 146 de la Constitution, de déterminer la compétence formelle du Conseil d'Etat, mais que cela n'empêche pas le Conseil flamand, dans une matière qui relève de la compétence exclusive des communautés, à savoir l'enseignement, de donner une portée concrète à la compétence matérielle du Conseil d'Etat, en abrogeant directement les dispositions d'une source juridique d'une hiérarchie inférieure, notamment par le recours à une source juridique hiérarchiquement supérieure, a fortiori lorsque la rétroactivité mise en oeuvre à cet effet respecte la date d'entrée en vigueur des règles déterminées par le régime constitutionnel de compétence ou en vertu de celui-ci.

Il en est d'autant plus ainsi lorsque la technique prédécrite, l'abrogation directe par décret d'une disposition réglementaire, est employée dans une matière pour laquelle le Constituant lui-même (article 17, § 5, à présent l'article 24, § 5) a prescrit le décret comme étant la forme normative obligatoire.

Dans ces conditions, et notamment eu égard à ce qui a été dit au sujet de la première question préjudicielle, le Gouvernement flamand estime que la seconde question préjudicielle appelle une réponse négative.

Mémoire du Conseil autonome de l'enseignement communautaire

A.3.1. Afin de vérifier si la disposition décréteale contestée viole l'article 10 de la Constitution, il convient de souligner qu'entre l'arrêté royal du 22 mars 1969 et le décret du 27 mars 1991 se situe la création par décret du 19 décembre 1988 du Conseil autonome de l'enseignement communautaire, qui s'inscrit dans le cadre d'une réforme de l'enseignement accordant le plus grand intérêt à une autonomie étendue au niveau local. Parallèlement à la création d'un Conseil autonome, le statut du personnel de l'enseignement devait également être modifié, en sorte que le décret du 27 mars 1991 ne saurait être dissocié du décret du 19 décembre 1988.

Dans l'attente de l'élaboration d'un nouveau statut du personnel et du fonctionnement au 1er avril 1991 des nouveaux organes de gestion locaux, l'ARGO a dès le départ été confronté à des problèmes concernant la mutation, la réaffectation et la nomination de son personnel. Du fait que les anciennes règles de l'arrêté royal du 22 mars 1969 semblaient difficilement compatibles avec les principes inscrits dans la nouvelle législation de l'enseignement, il fut finalement décidé de ne plus procéder à des déclarations de vacance et de demander au ministre communautaire de l'Enseignement une modification de l'arrêté royal précité. Cette modification n'intervint finalement pas par la voie d'un arrêté, mais par celle d'une mesure transitoire à effet rétroactif inscrite dans le décret du 27 mars 1991.

En demandant les mesures litigieuses, l'ARGO a veillé à l'intérêt général, compte tenu des préparatifs en cours en vue de l'autonomie des centres d'enseignement locaux et de l'entrée en vigueur des conseils locaux.

A.3.2. En ce qui concerne la première question préjudicielle, l'ARGO estime que le principe d'égalité n'a pas été violé.

En l'espèce, il ne s'agit pas uniquement du requérant devant le Conseil d'Etat mais bien de la catégorie de ceux qui, après la création de l'ARGO et avant l'entrée en vigueur du nouveau statut du personnel de l'enseignement et en vue du fonctionnement des conseils locaux au 1er avril 1991, se trouvaient dans la situation où ils auraient pu postuler une éventuelle fonction déclarée vacante.

La décision contestée par le requérant devant le Conseil d'Etat défendait l'intérêt général de l'ARGO et des conseils scolaires locaux en particulier pour ne pas devoir constater de graves problèmes par la suite, en raison de déclarations de vacance inopinées ou de nominations au poste de directeur dans les centres d'enseignement locaux, comme cela s'est d'ailleurs déjà produit dans le passé.

Du reste, on peut observer que - situation qui aurait été la plus souhaitable - si l'entrée en vigueur du décret spécial concernant l'ARGO avait coïncidé avec l'entrée en vigueur du décret du 27 mars 1991, le requérant dans l'instance principale aurait uniquement pu poser sa candidature suivant les conditions prévues par le décret relatif au statut du personnel. Il n'est pas exclu de penser que c'était précisément ce que redoutait le requérant dans l'instance principale.

Le requérant ne parvient à fonder ses griefs que sur la circonstance que le décret du 27 mars 1991 est entré en vigueur plus tard qu'il n'aurait dû logiquement produire ses effets.

L'effet rétroactif de la disposition décréteale litigieuse tient au fait que la création de l'ARGO et le nouveau régime relatif au statut du personnel de l'enseignement ne pouvaient pas être édictés conjointement, et constitue pour ainsi dire un correctif qu'apporte le législateur décréteal à l'édiction ultérieure du décret relatif au statut du personnel. Dans l'attente d'un nouveau régime relatif au statut du personnel et par suite de la création de l'ARGO, accompagnée des nouvelles structures qu'elle entraîne dans l'enseignement, il ne se justifiait plus d'appliquer encore l'arrêté royal du 22 mars 1969, qui n'était plus conforme à ce nouveau régime et qui était conçu pour d'autres rapports juridiques. Du fait que le décret relatif à la fixation du statut

s'est longtemps fait attendre et qu'un règlement par arrêté royal s'est avéré impossible, l'effet rétroactif de la disposition décrétole litigieuse était la seule solution.

Des besoins concrets et objectifs justifiaient donc les mesures transitoires édictées par le législateur décrétole.

En outre, la rétroactivité est raisonnablement justifiée. Le requérant n'est pas discriminé, mais appartient à une catégorie de directeurs qui ne peuvent temporairement occuper les emplois vacants en raison du fait que, dans la phase transitoire, les conditions de présentation sont légitimement différentes.

Vu l'importance qu'attache déjà le décret spécial concernant l'ARGO à l'autonomie des conseils locaux, les mesures transitoires sont proportionnées au but visé.

A.3.3. S'agissant de la seconde question préjudicielle, l'ARGO observe que la disposition décrétole contestée ne s'applique qu'aux litiges pendants.

L'examen de la violation éventuelle du principe d'égalité et de non-discrimination et de la justification de la rétroactivité permet de conclure que le Conseil d'Etat peut statuer en la matière et appliquer les dispositions rétroactives au litige pendant.

Mémoire en réponse du Conseil autonome de l'enseignement communautaire

A.4. L'ARGO communique à la Cour qu'il ne souhaite provisoirement formuler aucune observation.

Mémoire en réponse de M. Cremers

A.5.1. Durant la période comprise entre l'adoption du décret spécial du 19 décembre 1988 relatif à l'ARGO et le décret du 27 mars 1991, l'ARGO était tenu d'appliquer les dispositions de l'arrêté royal du 22 mars 1969.

Si le Conseil autonome de l'enseignement communautaire avait respecté ses obligations, telles qu'elles sont définies dans le décret spécial du 19 décembre 1988, et avait appliqué l'« ancien » statut, régi par l'arrêté royal du 22 mars 1969, les difficultés liées à la période transitoire, dont question dans le mémoire du Conseil autonome, n'auraient pas pu se produire.

Conformément aux articles 34, 2°, et 74 du décret spécial du 19 décembre 1988 et aux articles 92 à 96 de l'arrêté royal du 22 mars 1969, le Conseil autonome de l'enseignement communautaire était en effet habilité à déclarer vacantes les fonctions de promotion à pourvoir, en sorte que l'article 92 de l'arrêté royal du 22 mars 1969 ne devait normalement pas être abrogé avec effet rétroactif.

A.5.2. L'affirmation du Conseil autonome de l'enseignement communautaire selon laquelle les examens d'obtention du brevet de directeur n'avaient pas été organisés régulièrement et que, par conséquent, certains directeurs, qui remplissaient parfaitement leurs fonctions depuis des années, seraient évincés par des détenteurs d'un brevet, sans que les directeurs temporaires eussent la possibilité d'obtenir le brevet, n'est pas conforme à la réalité.

C'est également à tort que le Conseil autonome de l'enseignement communautaire se retranche derrière l'intérêt général et le principe de l'autonomie des administrations locales pour ne plus avoir procédé à des mutations et à des déclarations de vacance conformément à l'ancien régime.

En vertu de l'« ancien statut », réglé par l'arrêté royal du 22 mars 1969, les mutations et les déclarations de vacance des fonctions de promotion s'effectuent selon une seule procédure. Le Conseil autonome de l'enseignement communautaire entama concrètement les mutations conformément à l'« ancien système », mais mit fin à la procédure avant la déclaration de vacance et ce, dans le seul but de léser M. Cremers.

En effet, l'intervention rétroactive du Conseil flamand a uniquement servi les intérêts du directeur temporaire, non détenteur d'un brevet.

A.5.3. Durant la période comprise entre le 1er janvier 1989 et le 1er avril 1991, le Conseil autonome de l'enseignement communautaire avait, en vertu du décret spécial du 19 décembre 1988 relatif au Conseil autonome de l'enseignement communautaire et de l'arrêté royal du 22 mars 1969, l'obligation juridique de déclarer vacantes les fonctions de promotion restées ouvertes après mutation et éventuellement après réaffectation.

En l'espèce, la rétroactivité n'a pas été raisonnablement justifiée. M. Cremers estime avoir été discriminé en ce qu'il a été traité de manière tout à fait différente par rapport à ses prédécesseurs détenteurs d'un brevet auxquels l'arrêté royal du 22 mars 1969 s'appliquait également.

M. Cremers est persuadé que l'intervention rétroactive du Conseil flamand, par laquelle l'article 92 de l'arrêté royal du 22 mars 1969 a été abrogé, comme le prévoit l'article 101, § 2, 2°, du décret du 27 mars 1991, ne devait concerner que lui seul et visait sans aucun doute le règlement de son litige devant le Conseil d'Etat.

Le Conseil autonome de l'enseignement communautaire reconnaît dans son mémoire que M. Cremers avait le droit d'être nommé par application de l'ancien statut et admet également qu'il existe une différence fondamentale entre l'arrêté royal du 22 mars 1969 et le décret du 27 mars 1991, pour ce qui est des nominations aux fonctions de promotion, concédant donc implicitement que l'intervention rétroactive du Conseil flamand a porté atteinte aux droits établis en ce qui concerne M. Cremers.

A.5.4. Contrairement à ce que prétend le Gouvernement flamand dans son mémoire, le décret du 27 mars 1991 ne prévoit pas un même mode d'attribution d'emplois vacants dans une fonction de sélection ou de promotion, dès lors que l'arrêté royal du 22 mars 1969 ne prévoit pas une compétence discrétionnaire pour ce qui est de procéder ou non à des déclarations de vacance, alors qu'en vertu du décret, le conseil central dispose effectivement quant à lui d'une telle compétence « dans l'intérêt de l'enseignement communautaire ».

Dans son mémoire, le Gouvernement flamand observe à juste titre qu'initialement, l'objectif était d'abroger l'article 35 de l'arrêté royal du 22 mars 1969 à partir du 1er avril 1990.

Après que le ministre de l'Enseignement eut vent du litige pendant devant le Conseil d'Etat, les articles 78 et 92 de l'arrêté royal du 22 mars 1969 furent toutefois ajoutés et l'on choisit une date qui devait en tout état de cause se situer avant le 25 juillet 1990, en l'occurrence le 1er janvier 1990.

A.5.5. Le Gouvernement flamand conclut également à tort que le Conseil autonome de l'enseignement communautaire disposait d'un pouvoir discrétionnaire durant la période comprise entre le 1er janvier 1990 et le 31 mars 1991, s'agissant des nominations, sélections et promotions.

Il appert de la lecture conjointe des articles 34, 2°, 67 et 74 du décret spécial du 19 décembre 1988 qu'au cours de la période précitée, le Conseil autonome de l'enseignement communautaire, tout comme le ministre auparavant, était tenu par les règles de l'arrêté royal du 22 mars 1969 et ne disposait donc d'aucun pouvoir discrétionnaire en matière de déclarations de vacance, mais avait l'obligation juridique de procéder à la déclaration de vacance.

A.5.6. C'est encore à tort que le Gouvernement flamand soutient que seul l'article 92 de l'arrêté royal du 22 mars 1969 contient l'obligation en matière de déclarations de vacance. C'est ainsi que tout spécialement l'article 93 - qui n'a pas été abrogé avec effet rétroactif - comportait l'obligation de procéder à une déclaration de vacance.

A.5.7. En ce qui concerne la violation alléguée de l'article 10 de la Constitution, il convient d'observer pour ce qui est du mémoire du Gouvernement flamand que l'effet rétroactif n'était en l'espèce pas justifié objectivement ni de surcroît raisonnablement, du fait que, pour instaurer un moratoire global du personnel, dans le chef du conseil central, les dispositions statutaires de l'arrêté royal du 22 mars 1969 suffisaient amplement jusqu'à l'entrée en vigueur du nouveau statut prévu par le décret du 27 mars 1991. En procédant malgré tout aux mutations et en mettant par la suite un terme à la procédure, l'on mettait en réalité déjà en oeuvre un traitement différencié et arbitraire.

- B -

Quant à la première question préjudicielle

B.1. La première question préjudicielle est libellée comme suit :

« L'article 101, § 2, 2°, du décret du 27 mars 1991 relatif au statut de certains membres du personnel de l'enseignement communautaire est-il contraire à l'article 6 de la Constitution (actuellement, l'article 10 de la Constitution coordonnée), en tant qu'il abroge à partir du 1er janvier 1990 l'article 92 de l'arrêté royal du 22 mars 1969 fixant le statut des membres du personnel directeur et enseignant, du personnel auxiliaire d'éducation, du personnel 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 ? »

La question préjudicielle concerne exclusivement l'abrogation avec effet rétroactif de l'article 92 de l'arrêté royal cité. Cet article disposait : « La nomination à une fonction de promotion ne peut avoir lieu qu'en cas de vacance d'emploi de la fonction à conférer ».

B.2. Le requérant devant le Conseil d'Etat a introduit, le 25 juillet 1990, un recours en annulation de la décision du Conseil autonome de l'enseignement communautaire

(ARGO) du 17 mai 1990 « de ne déclarer vacante aucune fonction de promotion suivant la procédure de promotion ».

Il soutient que la disposition abrogatoire de l'article 101, § 2, 2°, du décret du 27 mars 1991 viole l'article 10 de la Constitution en tant qu'elle vise l'article 92 précité de l'arrêté royal du 22 mars 1969.

Le requérant devant le Conseil d'Etat affirme, d'une part, « avoir été traité de manière tout à fait différente par rapport à ses prédécesseurs détenteurs d'un brevet auxquels s'appliquait (...) l'arrêté royal du 22 mars 1969 » et, d'autre part, que l'ARGO avait concrètement entamé les mutations conformément à « l'ancien statut » mais qu'il a mis fin à la procédure avant la déclaration de vacance, « dans le seul but de léser Michel Cremers ». Par le moyen d'une abrogation avec effet rétroactif, le décret empêcherait le Conseil d'Etat de se prononcer sur le moyen pris par le requérant de la violation de l'article 92 précité, qui contenait, selon celui-ci, l'obligation de déclarer les emplois vacants en vue de leur attribution par voie de promotion.

B.3. L'abrogation avec effet rétroactif de l'article 92 de l'arrêté royal du 22 mars 1969 doit s'apprécier à la lumière de la réforme globale de l'enseignement réalisée par la Communauté flamande au cours de la période 1988-1991.

B.4.1. Par application de l'article 17, § 2, de la Constitution (actuellement l'article 24, § 2), le décret spécial du 19 décembre 1988 a créé le Conseil autonome de l'enseignement communautaire (ARGO).

L'objectif du décret spécial est le transfert des compétences de la Communauté en tant que pouvoir organisateur de l'enseignement communautaire à un Conseil autonome « composé démocratiquement de personnes qui sont attachées à cet enseignement et dans lequel la diversité idéologique et philosophique au sein de la Communauté flamande se traduit ».

« Deux principes de base sont mis à l'avant-plan : 'décentralisation' et 'démocratisation' par association via la participation de toutes les composantes. Par conséquent, le principe selon lequel 'ce qui peut être décidé et exécuté au niveau local ne doit pas être réglé au niveau central' prime. Il s'agit donc clairement en l'occurrence d'une 'responsabilisation' de tous les participants dans le domaine d'enseignement concerné, du plus bas au plus haut. » (*Doc.*, Conseil flamand, 1988-1989, n° 161/4, p. 4)

B.4.2. Le décret spécial du 19 décembre 1988 sépare désormais les compétences du pouvoir organisateur en deux niveaux : les conseils scolaires locaux et le conseil central de direction, qui forment ensemble le Conseil autonome de l'enseignement communautaire. Les deux niveaux se voient attribuer par le décret des tâches spécifiques, l'accent étant mis sur la compétence des instances locales.

B.4.3. Compte tenu du caractère fondamental de cette réforme de l'enseignement, qui exigeait la création de structures totalement nouvelles, il fut décidé de réaliser la réforme en deux phases (*Doc.*, Conseil flamand, 1988-1989, n° 161/1, p. 5).

Le 1er janvier 1989 a débuté une phase transitoire avec un conseil central provisoire, qui a exercé le pouvoir organisateur dans l'enseignement communautaire. Le 1er avril 1991, l'on a créé les conseils scolaires, lesquels « exercent immédiatement toutes les compétences qui leur sont attribuées par le présent décret » (article 67 du décret spécial du 19 décembre 1988). Avec le conseil central, ils constituent le pouvoir organisateur (articles 4 et 5 du décret spécial du 19 décembre 1988). Par application de l'article 66 du décret spécial du 19 décembre 1988, le mandat des membres du conseil central provisoire a pris fin le 31 décembre 1992, après quoi le conseil central « définitif » a été installé.

B.5. L'article 55, § 1er, du décret spécial du 19 décembre 1988 dispose :

« Le Gouvernement fixe le statut administratif et pécuniaire du personnel de l'enseignement communautaire. »

A cet égard, l'exposé des motifs énonçait :

« Parallèlement à la création d'un Conseil autonome, le statut du personnel enseignant de l'ARGO devra également être modifié afin de pouvoir assurer la déconcentration étendue des compétences vers les conseils scolaires locaux, ainsi qu'une meilleure organisation de l'offre pédagogique » (*Doc.*, Conseil flamand, 1988-1989, n° 161/1, p. 7).

Dans l'attente de l'adoption du nouveau statut du personnel, l'article 74 du décret spécial du 19 décembre 1988 énonce :

« Aussi longtemps que les nouveaux statuts du personnel n'ont pas été arrêtés par le Gouvernement, les membres du personnel visés aux articles 70, 71 et 72 restent soumis aux règles statutaires actuellement en vigueur, étant entendu que les compétences attribuées par les règles précitées sont exercées par les organes de direction de l'ARGO selon les modalités fixées par ou en vertu du présent décret. »

B.6. Le nouveau statut du personnel de l'enseignement communautaire a été fixé par le décret du 27 mars 1991 relatif au statut de certains membres du personnel de l'enseignement communautaire (*Moniteur belge*, 25 mai 1991).

L'exposé des motifs précise :

« Ce nouveau statut est nécessaire du fait que les conseils scolaires locaux et les conseils locaux de direction sont devenus opérationnels. Ceux-ci assument leurs compétences à partir du 1er avril 1991.

Au départ, il était prévu dans le décret spécial du 19 décembre 1988 relatif au Conseil autonome de l'enseignement communautaire que ce statut serait fixé par un arrêté du Gouvernement flamand.

' Article 55, § 1er. Le Gouvernement fixe le statut administratif du personnel de l'enseignement communautaire. '

Bien que le Conseil d'Etat, dans son avis relatif au décret spécial, n'ait pas fait de remarque sur ce point, l'interprétation de l'article 17, § 5, de la Constitution a évolué à un point tel qu'actuellement les dispositions éventuelles concernant le statut des membres du personnel de l'enseignement communautaire doivent être fixées par décret.

Ce revirement a été entamé par la section d'administration du Conseil d'Etat dans l'arrêt OTO, n° 34.237 du 2 février 1990. Dans cet arrêt, le Conseil d'Etat a annulé un arrêté de l'Exécutif flamand relatif à la structure unique dans l'enseignement secondaire, non sur la base de son contenu, mais bien sur la base de critères formels.

Après cet arrêt, la section de législation du Conseil d'Etat s'est également mise à accentuer la compétence du Conseil flamand en matière d'enseignement. » (*Doc.*, Conseil flamand, 1990-1991, n° 470-1, p. 1).

B.7. L'article 101, § 2, de ce décret du 27 mars 1991 abroge les anciennes règles statutaires. L'arrêté royal du 22 mars 1969 a été abrogé à la date du 1er avril 1991, sauf quelques exceptions parmi lesquelles l'article 92 abrogé à partir du 1er janvier 1990.

B.8. Dans la première phase de la réforme de l'enseignement, qui faisait encore usage d'une structure de direction provisoire et du maintien provisoire du statut du personnel existant, le conseil central de l'ARGO a organisé durant l'année scolaire 1989-1990 une mutation pour des emplois de promotion. En vertu de l'article 94 de l'arrêté royal du 22 mars 1969, un emploi vacant d'une fonction de promotion ne pouvait être conféré par promotion que s'il n'avait pu être conféré par mutation.

Le conseil central de l'ARGO décida toutefois de ne plus organiser de déclaration de vacance pour la promotion aux emplois à conférer dans les fonctions de promotion, dans l'attente du nouveau statut du personnel enseignant, d'une part, et de l'installation des conseils scolaires locaux le 1er avril 1991, d'autre part.

B.9. L'article 101, § 2, du décret du 27 mars 1991 a abrogé les articles 35, 78 et 92 de l'arrêté royal du 22 mars 1969 à partir du 1er janvier 1990. Le législateur décréte a ainsi tenu compte d'une évolution qui, comme précisé au B.6, n'était pas prévisible au moment de l'adoption du décret spécial du 19 décembre 1988 mais qui était la conséquence du caractère fondamental et structurel de la réforme en cours et qui était nécessaire en vue de sauvegarder les principes de base prédéfinis.

B.10. En l'espèce, le législateur décretaal a attaché un effet rétroactif à l'article 101, § 2, 2°, du décret du 27 mars 1991, dans la mesure où il porte sur l'article 92 de l'arrêté royal du 22 mars 1969, et a ainsi écarté le principe posé en règle générale à l'article 2 du Code civil.

Bien qu'elle soit de nature à affecter la sécurité juridique, pareille rétroactivité peut se justifier par des circonstances exceptionnelles, notamment lorsqu'elle est indispensable au bon fonctionnement ou à la continuité du service public.

Il résulte de ce qui précède que tel est le cas en l'espèce : l'abrogation avec effet rétroactif de l'article 92 de l'arrêté royal du 22 mars 1969 se justifie par le constat que l'application intégrale de cette disposition n'était pas compatible avec le caractère fondamental et innovateur de la réforme de l'enseignement.

B.11. Il échet d'observer en outre, d'une part, que non seulement le requérant devant le Conseil d'Etat mais l'ensemble de la catégorie des directeurs détenteurs d'un brevet qui se trouvaient dans la même situation ne pouvaient plus invoquer le susdit article 92 à partir du 1er janvier 1990 et, d'autre part, que la possibilité pour le requérant de poser sa candidature pour un emploi de promotion n'a pas été supprimée, mais simplement différée. A partir de 1992, l'article 44 du décret du 27 mars 1991 règle la déclaration de vacance en vue de la promotion, étant entendu que les nominations aux emplois de promotion qui, antérieurement, relevaient exclusivement du niveau central, s'opèrent désormais par le conseil central, mais sur présentation des centres d'enseignement locaux.

B.12. Il existe dès lors une justification objective et raisonnable du fait qu'à partir du 1er janvier 1990, le requérant a été traité autrement que ses prédécesseurs titulaires d'un brevet; les moyens utilisés ne sont pas disproportionnés à l'objectif poursuivi.

B.13. Le requérant devant le Conseil d'Etat reproche également à la disposition litigieuse d'interférer de manière inconstitutionnelle dans le recours en annulation qu'il a introduit.

B.14. Le simple fait que l'abrogation avec effet rétroactif de l'article 92 de l'arrêté royal précité ait une incidence sur le recours devant le Conseil d'Etat ne signifie pas que le principe constitutionnel d'égalité serait violé en ce qu'il serait porté atteinte aux garanties juridictionnelles offertes à tous les citoyens. Il ne le serait que dans l'hypothèse où la rétroactivité aurait pour objectif unique ou principal d'influencer dans un sens déterminé l'issue d'une ou de plusieurs procédures judiciaires ou d'empêcher les juridictions de se prononcer sur une question de droit déterminée, sans que des circonstances exceptionnelles puissent raisonnablement justifier cette intervention.

B.15. En l'espèce, l'abrogation avec effet rétroactif de certaines dispositions de l'arrêté royal du 22 mars 1969 est justifiée par le souci de sauvegarder les options fondamentales de la réforme de l'enseignement en cours et d'empêcher que l'application intégrale de l'ancien statut du personnel ne contrecarre ces options.

La disposition abrogatoire de l'article 101, § 2, du décret du 27 mars 1991 ne peut dès lors être considérée, s'agissant de sa rétroactivité, comme une ingérence injustifiée dans le recours en annulation pendant devant le Conseil d'Etat; elle ne fait pas naître, pour ce qui est du bénéfice des garanties juridictionnelles accordées par l'article 14 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, une distinction qui ne soit pas susceptible d'une justification objective et raisonnable.

Quant à la seconde question préjudicielle

B.16. Le Conseil d'Etat demande également à la Cour :

« La disposition abrogatoire précitée (de l'article 101, § 2, 2°, du décret du 27 mars 1991) viole-t-elle les règles établies par la Constitution ou en vertu de celle-ci pour déterminer les compétences respectives de l'Etat et des Communautés ? »

Cette question repose sur la considération que « par cette abrogation, le législateur décréteil empêche le Conseil d'Etat de statuer sur la question de savoir si la décision attaquée par le requérant était conciliable avec cet article 92, alors que le Conseil d'Etat était compétent à cet effet en vertu de l'article 14 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, lesquelles lois ont été adoptées par le législateur national sur la base de la compétence attribuée expressément à celui-ci par l'article 94 de la Constitution (actuellement l'article 146 de la Constitution coordonnée) (cf. arrêt de la Cour d'arbitrage n° 46 du 11 février 1988) ».

B.17. La référence à l'arrêt n° 46 du 11 février 1988 de la Cour ne se justifie pas.

Dans cet arrêt, la Cour s'est prononcée sur un décret validant des actes administratifs individuels, décret qui, par sa portée et ses effets juridiques, entendait exclusivement porter atteinte à la compétence du Conseil d'Etat.

En l'espèce, il s'agit d'un décret ayant une portée générale et instaurant un statut totalement neuf pour les membres du personnel de l'enseignement communautaire.

B.18. Les communautés sont compétentes pour régler le statut des membres du personnel de l'enseignement.

Bien que la disposition abrogatoire contestée de l'article 101, § 2, 2°, du décret du 27 mars 1991 ait sans doute indirectement pour effet que le Conseil d'Etat ne puisse plus, dans l'affaire concernée, se prononcer sur le moyen unique invoqué devant lui, en tant qu'il s'appuie sur la violation de l'article 92 de l'arrêté royal du 22 mars 1969, on ne saurait considérer, à la lumière de sa genèse (voy. B.3 à B.15), que cette disposition abrogatoire ait eu pour objectif unique ou principal de mettre à néant ou d'influencer la compétence du Conseil d'Etat, en particulier en validant un acte administratif individuel entaché d'irrégularité.

La disposition abrogatoire litigieuse ne porte pas atteinte à la compétence réservée au législateur fédéral par l'article 146 de la Constitution.

Par ces motifs,

la Cour

dit pour droit :

L'article 101, § 2, 2°, du décret du 27 mars 1991 relatif au statut de certains membres du personnel de l'enseignement communautaire, en tant qu'il abroge à partir du 1er janvier 1990 l'article 92 de l'arrêté royal du 22 mars 1969 fixant le statut des membres du personnel directeur et enseignant, du personnel auxiliaire d'éducation, du personnel 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, ne viole ni l'article 10 de la Constitution ni les règles établies par la Constitution ou en vertu de celle-ci pour déterminer les compétences respectives de l'Etat et des communautés.

Ainsi prononcé en langue néerlandaise et en langue française, conformément à l'article 65 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage, à l'audience publique du 4 avril 1995.

Le greffier,

Le président,

L. Potoms

L. De Grève