

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 188.838 du 16 décembre 2008

A.184.820/VIII-6067

En cause : **GODARD** Michel,
chaussée de Boitsfort 152
1170 Bruxelles,

contre :

la Région de Bruxelles-Capitale, représentée
par son Gouvernement,
ayant élu domicile chez
Mes Patrick PEETERS et
François TULKENS, avocats,
chaussée de la Hulpe 177/6
1170 Bruxelles.

LE CONSEIL D'ETAT, VIII^e CHAMBRE,

Vu la requête introduite le 17 août 2007 par Michel GODARD qui demande l'annulation de "l'arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale du 26 avril 2007 fixant les modalités de désignation de mandataires au ministère, en exécution de l'article 30 *bis* de l'arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale du 6 mai 1999 portant statut administratif et pécuniaire des agents du ministère de la Région de Bruxelles-Capitale";

Vu les mémoires en réponse et en réplique régulièrement échangés;

Vu le rapport de M^{me} MERTES, auditeur au Conseil d'Etat;

Vu la notification du rapport aux parties et les derniers mémoires;

Vu l'ordonnance du 30 septembre 2008 notifiée aux parties, fixant l'affaire à l'audience publique du 7 novembre 2008;

Entendu, en son rapport, M. GEUS, président de chambre;

Entendu, en leurs observations, Me Monique DETRY, avocat, comparaissant pour le requérant, et Me François TULKENS, avocat, comparaissant pour la partie adverse;

Entendu, en son avis conforme, M^{me} MERTES, auditeur;

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

Considérant que les faits utiles à l'examen du recours se présentent comme suit :

Le requérant a été nommé architecte, grade de rang 10, au ministère de la Région de Bruxelles-Capitale avec prise de rang au 1^{er} septembre 1978; qu'après avoir été promu architecte principal, grade de rang 11, puis architecte principal-chef de service, grade de rang 12, son grade a été transformé en celui d'attaché (A.1.) en exécution de l'arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale du 6 mai 1999 portant statut administratif et pécuniaire des agents du ministère de la Région de Bruxelles-Capitale;

L'arrêté attaqué dispose comme suit :

" CHAPITRE 1^{er} - Définitions

Article 1^{er}. Pour l'application du présent arrêté, il y a lieu d'entendre par :

1/ gouvernement : le Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale;

2/ statut du ministère l'arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale du 6. mai 1999 portant le statut administratif et pécuniaire des agents du ministère de la Région de Bruxelles-Capitale;

3/ ministère : le ministère de la Région de Bruxelles-Capitale;

4/ les candidats externes : les candidats visés à l'article 30bis, deuxième alinéa, du statut ministère.

CHAPITRE II. - Conditions d'ouverture des emplois de mandats

Art. 2. Les emplois de mandat du ministère correspondant aux grades des rangs A4, A5, A6 et A7 sont ouverts aux candidats externes visés à l'article 1^{er} du présent arrêté par décision du Gouvernement.

CHAPITRE III. - Conditions d'admission des candidatures

Art. 3. Pour se porter candidats à un emploi de mandat du ministère, les candidats externes visés à l'article 1^{er} du présent arrêté doivent remplir les conditions suivantes :

- satisfaire aux conditions d'admission générales visées à l'article 25bis, § 2, 1/ à 3/, du statut du ministère;

- être porteur d'un diplôme donnant accès au niveau A;

- compter au moins six ans d'expérience dans une fonction de direction.

Par expérience dans une fonction dirigeante on entend l'expérience en matière de gestion dans un service public ou dans une organisation du secteur privé.

CHAPITRE IV. - Procédure de sélection

Art. 4. Les emplois de mandat du ministère sont conférés par le Gouvernement aux candidats externes visés à l'article 1^{er} du présent arrêté dans les mêmes conditions

et selon les mêmes règles que celles fixées au livre 1^{er}, titre IV, chapitre III du statut du ministère, articles 81 à 93, à l'exception des articles 85, alinéa 1^{er}, 86, alinéa 3, 87, 88, al. 1^{er} et § 8bis, § 4.

CHAPITRE V. - Régime du mandat

Section 1^{re}. - Régime sous contrat de travail

Art. 5. Un contrat de travail est conclu entre la Région de Bruxelles-Capitale, représenté par son gouvernement, et le mandataire désigné en application du présent arrêté.

Le contrat est conclu pour une durée indéterminée. Il est rompu en cas de faute grave du mandataire ou lorsque le mandat prend fin en cas de démission volontaire, d'absence pour congé de maladie de plus de six mois, après une évaluation "défavorable" visée à l'article 129, § 1^{er}, al. 2, du statut du ministère ou en cas de non-renouvellement du mandat visé à l'art. 129, § 2, alinéa 3 et 4, du statut du ministère.

Section 2. - Régime de travail

Art. 6. Les mandataires désignés conformément aux règles du présent arrêté sont soumis aux mêmes règles du statut du ministère que celles applicables aux mandataires statutaires dudit ministère, à l'exception de l'article 325bis du statut pécuniaire et des règles relatives au congé de maladie. Ils disposent des mêmes pouvoirs et des mêmes prérogatives liées à cette fonction que celles qui sont conférées aux mandataires statutaires du ministère.

Ils doivent respecter les obligations et les conditions de travail imposées au ministère, notamment les devoirs, incompatibilités, horaires et régime de congés.

Ils sont également soumis aux règles d'évaluation applicables aux titulaires de mandat du ministère. Si les candidats sélectionnés sont déjà membre du personnel d'un service public, ils conservent les anciennetés pécuniaires qu'ils ont acquises dans leur institution d'origine mais ils perdent le bénéfice des avantages, de quelque nature qu'ils soient, qui leur étaient applicables dans l'institution d'origine.

CHAPITRE VI. - Disposition finale

Art. 7. Le Ministre qui a la Fonction publique dans ses attributions est chargé de l'exécution du présent arrêté.";

Considérant que la partie adverse conteste l'intérêt à agir, exposant que le requérant se trouve actuellement dans les conditions pour être promu premier attaché, au grade de rang A2, mais non pour être promu aux emplois de rangs A4, A5, A6 et A7 visés par l'arrêté attaqué; qu'elle estime par ailleurs que l'intérêt du requérant est hypothétique, au vu de sa situation administrative actuelle, lorsqu'il prétend que l'application d'une procédure ouverte aux emplois des rangs A4 à A7 diminue ses chances d'accéder aux emplois de direction;

Considérant que, selon l'article 88, alinéa 1^{er}, de l'arrêté du 6 mai 1999 portant statut administratif et pécuniaire des agents du ministère de la Région de Bruxelles-Capitale, "Les mandats des rangs A4, A5, A6 et A7 sont ouverts aux agents du niveau A qui comptent au moins douze années d'ancienneté de niveau A ou qui disposent d'une expérience d'au moins six ans dans une fonction dirigeante"; que le requérant remplissant les conditions requises pour accéder à une fonction pourvue par mandat, il a intérêt à contester l'ouverture de ces mandats à des candidats externes recrutés par voie contractuelle, de même qu'à dénoncer les discriminations qui

pourraient exister entre candidats internes et candidats externes; que l'exception n'est pas fondée;

Considérant que le requérant prend un premier moyen de la violation des principes d'égalité et de non-discrimination dans l'accès aux emplois publics consacrés par les articles 10 et 11 de la Constitution et des principes de bonne administration, d'équitable procédure et d'objectivité; qu'il expose que, pour se porter candidat à un mandat, un agent statutaire doit compter douze ans d'ancienneté dans le niveau A alors que les candidats externes ne doivent faire état que d'une expérience de six années dans une fonction dirigeante; qu'il ajoute que la notion d'expérience de gestion qui caractérise la fonction dirigeante n'est pas précisée, qu'aucune attestation de cette expérience n'est exigée et que la commission de sélection n'a pas les moyens de vérifier l'expérience alléguée par les candidats alors que pour l'agent statutaire candidat, la preuve de son ancienneté ressort à suffisance de son dossier administratif;

Considérant que la condition relative à l'expérience de six années en matière de gestion est commune aux candidats internes et externes et peut, dans les deux cas, avoir été acquise dans le secteur privé; qu'au contraire des candidats externes, les agents statutaires qui ne remplissent pas cette condition peuvent toutefois briguer un mandat s'ils peuvent justifier d'une ancienneté de douze ans dans le niveau A; que la différence qui existe entre les uns et les autres est favorable aux candidats internes; que la notion d'expérience de gestion doit s'entendre dans son acception courante; que la commission de sélection est chargée de vérifier si les candidats remplissent les conditions d'admissibilité, ce qui implique qu'elle examine si l'expérience de gestion alléguée est établie et peut être considérée comme une expérience utile pour l'exercice du mandat à pourvoir; que le moyen n'est pas fondé;

Considérant que le requérant prend un deuxième moyen de la violation de l'article 87, § 2, de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980; qu'il constate que, contrairement à ce qu'impose cette disposition, les candidats externes ne sont pas recrutés par l'intermédiaire du Selor; que, dans son dernier mémoire, il observe que l'article 30bis qui est inséré dans l'arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale du 6 mai 1999 l'est dans le Titre III - "Du recrutement, du stage et de la nomination", Chapitre I - "Du recrutement"; que, pour le reste, il renvoie à son quatrième moyen;

Considérant que le quatrième moyen est pris de la violation du principe de bonne administration et d'équitable procédure, de la violation de l'article 87 de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980, du principe de l'engagement

statutaire tel qu'il est consacré à l'article 2 de l'arrêté royal du 22 décembre 2000 fixant les principes généraux du statut administratif et pécuniaire des agents de l'Etat applicables au personnel des services des Gouvernements de la Communauté et de la Région et des Collèges de la Commission communautaire commune et de la Commission communautaire française ainsi qu'aux personnes morales de droit public qui en dépendent (ARPG), et de l'arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale du 13 février 2003 portant réglementation de la situation administrative et pécuniaire des membres du personnel contractuel du ministère de la Région de Bruxelles-Capitale, modifié par l'arrêté du 20 juin 2006; que le requérant expose que les dispositions visées au moyen consacrent le principe de la primauté de l'engagement statutaire et interdisent que les emplois de mandataires soient occupés par des personnes engagées par voie contractuelle; qu'il se réfère également à son recours G/A 184.837/VIII-6066; qu'il fait encore valoir que l'ARPG détermine ceux des principes du statut des agents de l'Etat qui constituent des principes généraux applicables aux Communautés et aux Régions et que l'arrêté royal du 29 octobre 2001 relatif à la désignation et à l'exercice des fonctions de management dans les services publics fédéraux et les services publics fédéraux de programmation établit un régime statutaire et non contractuel pour l'exercice de mandats; qu'en application des principes généraux du droit, le requérant considère que l'acte attaqué est irrégulier en ce qu'il permet de placer dans des emplois de direction, directement liés à l'exercice de la puissance publique, des personnes engagées sous contrat de travail; que le requérant considère que, dans son arrêt n/ 89/2008 du 11 juin 2008, la Cour constitutionnelle n'a pas pris position sur le point de savoir si un contractuel peut accomplir un acte d'imperium, cette question ne lui ayant pas été posée;

Considérant, sur les deux moyens réunis, que par son arrêt n/ 188.837 de ce jour, le Conseil d'Etat a rejeté le recours A.184.837/VIII-6066; que, pour les motifs énoncés dans cet arrêt, les moyens ne sont pas fondés;

Considérant que le requérant prend un troisième moyen de la violation du principe d'égalité et de non-discrimination dans l'accès aux emplois publics consacré par les articles 10 et 11 de la Constitution, du principe de bonne administration et d'équitable procédure, du principe d'impartialité, des principes fixés par l'ARPG du 22 décembre 2000 et principalement de son article 9, § 3; qu'il expose que l'article 4 de l'arrêté attaqué rend applicables aux candidats externes à un mandat, les règles de sélection fixées au livre 1^{er}, Titre IV, Chapitre III du statut du ministère, articles 81 à 93, à l'exception des articles 85, alinéa 1^{er}, 86, alinéa 3, 87, 88, alinéa 1^{er}, et 88bis, § 4; qu'il estime que le Gouvernement, qui choisit la personne désignée pour exercer un mandat, intervient à tous les stades de la sélection et tout particulièrement dans la

constitution et l'organisation de la commission de sélection, alors que les dispositions visées au moyen impliquent que la procédure de recrutement soit impartiale et dépourvue d'arbitraire; que, se référant à l'arrêt JADOT, n/ 98.735 du 7 septembre 2001, il considère que les candidats retenus par la commission de sélection sont uniquement classés en deux groupes, A, aptes et B, inaptes, ce qui ne permet pas de garantir une comparaison objective et impartiale des titres et des mérites; que, dans son mémoire en réplique, le requérant critique le fait que le Gouvernement choisit les membres de la Commission et ajoute que "le Gouvernement soit relativement lié par le classement qui lui est présenté par la commission, sous peine de devoir motiver spécialement sa décision s'il s'en écarte, n'est pas une garantie d'objectivité si la commission de sélection elle-même ne présente pas de garantie d'autonomie à l'égard du Gouvernement"; que, dans son dernier mémoire, il ajoute qu'il est indifférent que les candidats soient présentés en deux catégories et classés dans celles-ci dès lors qu'une fois le classement opéré "le Gouvernement retrouve l'entière responsabilité de son pouvoir d'appréciation simplement en motivant sa décision"; qu'il considère que l'arrêté attaqué n'empêche pas le Gouvernement de désigner des personnes "qui par le profil particulier, ne peuvent rendre d'autre avis que celui qui est conforme à ses desseins";

Considérant que la référence à l'arrêt JADOT n'est pas pertinente dès lors que la commission de sélection établit un classement des candidats au sein de la catégorie A; qu'en reprochant à la partie adverse de s'être laissé le choix d'éventuellement déroger au classement opéré par la commission, le requérant formule une critique d'opportunité et non de légalité, le concours n'étant pas de droit; que la composition de la commission de sélection doit nécessairement varier au cas par cas dès lors que ses membres doivent disposer "d'une expertise en rapport avec les matières qui relèvent de l'emploi de mandat à attribuer et/ou en rapport avec le management du secteur public", ce qui relève du bon sens le plus élémentaire; que, pour le reste, le moyen s'apparente à un procès d'intentions; qu'il n'est pas fondé;

Considérant que le requérant prend un cinquième moyen de la violation du principe de bonne administration et d'équitable procédure, de l'incompétence de l'auteur de l'acte et de la violation de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail; qu'il expose que l'article 5 de l'arrêté attaqué fixe les conditions dans lesquelles il est mis fin au contrat de travail alors que les modalités de fin de contrat sont déterminées par les articles 39, 82 et 83 de la loi précitée du 3 juillet 1978 et que seul le législateur fédéral peut modifier ou préciser le contenu de cette loi en vertu de l'article 6, VI, 12/ de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980;

Considérant que, dans son avis L.41.791/4 du 21 février 2007 donné sur un projet d'arrêté portant modification de l'arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale du 6 mai 1999 portant le statut administratif et pécuniaire des agents du ministère de la Région de Bruxelles-Capitale, la section de législation du Conseil d'Etat a observé que le Gouvernement ne pouvait déroger aux dispositions impératives de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail et notamment aux articles 39, 82 et 83 relatifs au calcul des délais de préavis et des indemnités compensatoires de préavis des employés dont la rémunération dépasse les seuils de 16.000 euros et 32.200 euros; qu'à la suite de cette observation, le texte du projet a été modifié; que le texte de l'article 30bis, alinéa 3, inséré dans l'arrêté du 6 mai 1999 par l'arrêté du 26 avril 2007 est rédigé comme suit :

" Sans préjudice de l'application de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail, le Gouvernement fixe les modalités selon lesquelles les candidats externes peuvent recevoir un mandat au ministère";

que l'arrêté attaqué doit se lire à la lumière de cet article 30bis auquel il porte exécution; qu'aucune de ses dispositions ne règle les délais de préavis et les indemnités compensatoires; que le moyen n'est pas fondé,

D E C I D E :

Article 1^{er}.

La requête est rejetée.

Article 2.

Les dépens, liquidés à la somme de 175 euros, sont mis à charge du requérant.

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

M. GEUS,	président de chambre,
M. DAOUT,	conseiller d'Etat,
M. CAMBIER,	conseiller d'Etat,
M ^{me} DRAPIER,	greffier assumé.

Le Greffier assumé,

Le Président,

B. DRAPIER.

J.-Cl. GEUS.