

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

A R R Ê T

n° 198.579 du 4 décembre 2009

A.193.263/VIII-6988

En cause : **NINANE** José-Pierre,
ayant élu domicile chez
Mes Benoît CAMBIER et
Alain MERCIER, avocats,
avenue Winston Churchill 253/40
1180 Bruxelles,

contre :

la ville de Fleurus,
ayant élu domicile chez
Me Philippe BOSSARD, avocat,
boulevard Mayence 19
6000 Charleroi.

--

LE PRÉSIDENT DE LA VIII^e CHAMBRE,

Vu la requête unique introduite le 6 juillet 2009 par José-Pierre NINANE, tendant d'une part, à la suspension de l'exécution de "la délibération prise le 27 avril 2009 par le conseil communal de la ville de Fleurus et décidant «de retirer l'autorisation de cumul tacite donc bénéficiait M. NINANE pour l'exercice de ses activités professionnelles au sein de l'AITI, entamée avant le 1^{er} janvier 1999, avec prise d'effet immédiat à dater de la notification de la présente à l'intéressé, soit au plus tard le troisième jour ouvrable suivant son expédition conformément à l'article 13 du statut administratif», et d'autre part, à l'annulation de cette décision;

Vu la note d'observations et le dossier administratif;

Vu le rapport de M^{me} BOLLY, auditeur au Conseil d'État, rédigé sur la base de l'article 93 du règlement général de procédure et de l'article 12 de l'arrêté royal du 5 décembre 1991 déterminant la procédure en référé;

Vu l'ordonnance du 15 octobre 2009 convoquant les parties à comparaître le 24 novembre 2009;

Vu la notification de cette ordonnance et du rapport aux parties;

Entendu, en son rapport, M^{me} DÉOM, conseiller d'État;

Entendu, en leurs observations, Me Alain MERCIER, avocat, comparaissant pour le requérant, et Me Valérie PARMANTIER, loco Me Philippe BOSSARD, avocat, comparaissant pour la partie adverse;

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

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

Considérant que les faits de la cause se présentent comme suit :

1. Les antécédents de la cause ont été exposés dans l'arrêt n/ 189.886 du 29 janvier 2009, qui a annulé une délibération du collège communal du 7 mars 2008 portant sur le même objet que l'acte attaqué dans le cadre de la présente procédure; cette annulation était motivée par l'incompétence du collège pour adopter l'acte attaqué.

2. Le 31 mars 2009, à la suite de cet arrêt, le conseil communal de Fleurus décide d'entamer une procédure visant à retirer l'autorisation de cumul tacite dont bénéficie le requérant.

3. Celui-ci est entendu par le conseil communal le 27 avril 2009. Au cours de cette audition, le requérant récusé les membres du collège communal, mais cette demande est rejetée.

4. Le même jour, le conseil communal prend la décision de retirer l'autorisation de cumul d'activités du requérant.

Cette décision est motivée comme suit:

" Considérant que M. José-Pierre NINANE est entré au service de la Ville de Fleurus, Service des Travaux, en 1986 pour occuper des fonctions à temps plein;

Considérant que, par délibération du Conseil d'administration du 18 décembre 1992, M. José-Pierre NINANE a été désigné pour ses fonctions de Directeur technique à 13/38^{ème} temps au sein de l'AITI;

Considérant, en outre, que, depuis le 1^{er} avril 1997, il exerce la fonction de Commandant du Service d'Incendie de la Ville de Fleurus à temps plein;

Vu le courrier de M. José-Pierre NINANE, daté du 9 janvier 2008, par lequel ce dernier s'interroge sur l'opportunité de reconduire «l'autorisation reçue» (tacitement) pour exercer cette autre activité professionnelle à titre de Directeur technique à 13/38^{ème} temps au sein de l'intercommunale AITI;

Vu la délibération du Collège communal du 7 février 2008 décidant d'envisager de refuser à M. José-Pierre NINANE l'exercice de l'activité de Directeur technique à 13/38^{ème} temps au sein de l'AITI et de le convoquer afin de l'entendre à ce sujet;

Vu l'audition de M. José-Pierre NINANE, assisté de Mes B. CAMBIER et A. MERCIER, sur cette question lors de la séance du Collège communal du 7 mars 2008;

Vu la délibération du Collège communal du 7 mars 2008 décidant de refuser à M. José-Pierre NINANE d'exercer une autre activité professionnelle à titre de Directeur technique à 13/38^{ème} temps au sein de l'AITI;

Vu la réclamation tendant à obtenir l'annulation de la délibération du 7 mars 2008, introduite le 25 juillet 2008, par Me B. CAMBIER, conseil de M. José-Pierre NINANE, auprès de M. Philippe COURARD, Ministre des Affaires Intérieures et de la Fonction Publique, ayant la tutelle sur les communes;

Vu la décision de l'autorité de tutelle, adressée le 25 septembre 2008 au Collège communal, et concluant que la délibération susmentionnée ne violait pas la loi et ne blessait pas l'intérêt général;

Vu la requête unique introduite le 1^{er} septembre 2008 devant le Conseil d'État par M. José-Pierre NINANE, tendant à la suspension de l'exécution et à l'annulation de la délibération du Collège communal du 7 mars 2008 refusant l'exercice de l'activité complémentaire susmentionnée;

Vu l'arrêt rendu le 29 janvier 2009 par le Conseil d'État concluant à l'annulation de la délibération du 7 mars 2008 pour le seul motif tiré de l'incompétence de l'auteur de l'acte, et en l'espèce du Collège communal;

Vu la délibération du Conseil communal du 31 mars 2009 décidant d'envisager de retirer l'autorisation de cumul tacite dont bénéficiait M. NINANE pour l'exercice de ses activités professionnelles au sein de l'AITI entamées avant le 1^{er} janvier 1999 et d'entendre l'intéressé lors du prochain Conseil communal;

Vu l'audition de M. José-Pierre NINANE, assisté de Mes CAMBIER et MERCIER, sur cette question lors de la séance du Conseil communal de ce jour, annexée à la présente décision;

Vu la demande de récusation des membres du Collège formulée au cours de cette audition par M. José-Pierre NINANE, tirée de l'éventuelle partialité de ces membres dès lors que la première décision annulée par le Conseil d'État avait précisément été prise par le Collège communal;

Attendu que la demande de récusation des membres du Collège, formulée au cours de cette audition, doit être rejetée au motif que la nature propre et la structure de

l'administration active tempèrent l'apparente rigueur du principe d'impartialité; Qu'ainsi, il a été décidé qu'un Conseil communal est légalement habilité à se prononcer une seconde fois sur la même affaire après l'intervention d'une autorité de tutelle; Qu'en l'espèce, il y a lieu de considérer, par analogie et, à fortiori, que l'ensemble du Conseil communal peut se prononcer sur une affaire dont le Collège communal a eu à connaître précédemment alors qu'il n'était, selon le Conseil d'État, pas compétent pour ce faire;

Que la critique de partialité ne peut en outre se fonder sur une situation découlant de l'application normale de la loi, mais sur des faits et circonstances précis de nature à faire planer le soupçon de partialité dans le chef d'un ou plusieurs membres de l'organe; Que tel n'est manifestement pas le cas en l'espèce;

Attendu que, par son arrêt précité du 29 janvier 2009, le Conseil d'État déclare l'Ancien Statut administratif de la Ville de Fleurus adopté par le Conseil Communal en date du 13 novembre 1979 et, plus particulièrement son article 10, non applicable en l'espèce et considère, à cet effet, le Collège communal incompétent pour prendre l'acte;

Attendu qu'il ressort, en fait, de cet arrêt que le Nouveau Statut administratif des agents de la Ville de Fleurus adopté par le Conseil communal le 13 mars 2000 est seul d'application depuis son entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1999 et qu'en conséquence, l'autorité compétente pour prendre une décision, notamment de retrait, en matière de cumul est le Conseil communal, et ce, en vertu de l'article 9 dudit Nouveau Statut administratif;

Qu'à cet égard, le Conseil d'État relève que « toutefois, au titre de disposition transitoire, l'article 255, 3), précité (du Nouveau Statut administratif), prévoit que pour les cumuls antérieurs au 1^{er} janvier 1999, il n'est pas requis d'obtenir un accord préalable du Conseil communal tel que cela est prévu à l'article 9, précité, que cela implique que toutes les autres exigences de l'article 9 sont bien d'application et que le mécanisme de retrait de l'autorisation de cumul peut également être mis en oeuvre pour des cumuls antérieurs au 1^{er} janvier 1999 »;

Attendu que M. José-Pierre NINANE exerce une activité complémentaire de Directeur technique à 13/38^{ème} temps au sein de l'AITI depuis une délibération du Conseil d'administration du 18 décembre 1992, soit avant l'entrée en vigueur du Nouveau Statut administratif;

Attendu que ce dernier a ensuite été nommé Commandant du Service d'Incendie de la Ville de Fleurus;

Attendu que M. José-Pierre NINANE n'a jamais sollicité une autorisation de cumul pour ces deux fonctions ; Qu'à fortiori, aucune décision d'autorisation n'a jamais été adoptée en ce sens par l'organe compétent; Qu'il y a dès lors lieu de considérer qu'il bénéficiait d'une «autorisation tacite» pour l'exercice de ses activités professionnelles au sein de l'AITI, entamées avant le 1^{er} janvier 1999;

Attendu qu'il appartient dès lors à la Ville de Fleurus de faire application du Statut administratif des agents de la Ville de Fleurus adopté par le Conseil Communal le 23 mars 2000, et plus particulièrement, de son article 9, si elle estime devoir retirer «l'autorisation tacite» dont bénéficiait jusqu'alors M. José-Pierre NINANE;

Attendu que la Ville de Fleurus reste effectivement libre de prendre une position de principe pour le possible cumul entre une fonction de Commandant du service d'incendie à temps plein, occupée par M. José-Pierre NINANE au sein de la Ville de Fleurus, et la fonction de Directeur technique statutaire à 13/38^{ème} temps dont ce dernier est titulaire au sein de l'intercommunale AITI;

Attendu qu'en l'espèce, l'activité complémentaire de M. José-Pierre NINANE est de nature à l'empêcher d'accomplir correctement ses fonctions de Commandant du service d'incendie à temps plein, notamment du fait de l'incompatibilité d'horaires;

Attendu qu'il ne peut être tiré argument du fait que l'AITI, actuellement mise en liquidation ne lui demande pas d'accomplir des prestations de travail, ainsi que du fait que durant 18 ans, il n'y a jamais eu de problème, au vu des exigences que l'exercice de la fonction de Commandant du service d'incendie à temps plein implique, notamment en terme de disponibilité;

Qu'en effet, le fait que les fonctions ne soient pas exercées actuellement au sein de l'AITI est sans pertinence pour apprécier la compatibilité de principe entre ces deux fonctions, ayant vocation à être exercées de front dans un avenir plus ou moins proche;

Qu'ainsi, que cette fonction de Directeur technique soit reprise par l'une ou l'autre entité dans le cadre de la liquidation et de la reprise du personnel de l'AITI, M. José-Pierre NINANE sera amené à exercer effectivement cette fonction;

Attendu de même que si aucune prestation effective n'est actuellement effectuée pour l'AITI, M. José-Pierre NINANE n'en demeure pas moins dans un lien statutaire avec la Ville de Fleurus, ce qui lui confère des obligations, et notamment celle de demander l'autorisation afin de cumuler plusieurs activités;

Attendu que l'exercice de ses fonctions requiert effectivement une disponibilité permanente afin d'assurer correctement le service public et de poursuivre l'intérêt de la Ville, et qui n'apparaît pas compatible avec l'exercice de fonctions supplémentaires à un 13/38^{ème} temps;

Attendu dès lors qu'il n'est pas dans l'intérêt de la Ville de Fleurus de permettre un tel cumul de fonctions;

Vu la Nouvelle Loi Communale, notamment l'article 153;

Vu le Code de Démocratie Locale et de Décentralisation, notamment, l'article L 1122-21;

Vu le Statut administratif de la Ville de Fleurus adopté le 23 mars 2000, et plus particulièrement, son article 9;

Vu le principe général de continuité du service public et, en lien direct, le principe général selon lequel les emplois publics sont conférés dans l'intérêt général et non pour satisfaire des intérêts particuliers au détriment de celui-ci;

Vu le caractère dérogatoire d'une telle autorisation;

A l'unanimité des membres présents;

DÉCIDE :

Article 1^{er} : de retirer l'autorisation de cumul tacite dont bénéficiait M. NINANE pour l'exercice de ses activités professionnelles au sein de l'A.I.T.I., entamée avant le 1^{er} janvier 1999, avec prise d'effet immédiat à dater de la notification de la présente à l'intéressé, soit au plus tard le troisième jour ouvrable suivant son expédition conformément à l'article 13 du statut administratif précité.

Article 2 : la présente délibération sera transmise à l'intéressé, pour information.

Article 3 : La présente décision est susceptible de faire l'objet d'un recours devant le Conseil d'État, en vertu de l'article 14 des Lois coordonnées sur le Conseil d'État du 12 janvier 1973, par voie de requête introduite par pli recommandé au greffe du Conseil d'État — rue de la Science, 33 à 1040 BRUXELLES — dans un délai de 60 jours à dater de la notification ou à défaut, de la prise de connaissance de la présente décision, dans les formes et délais prescrits par les articles 1^{er} à 4 du Règlement de procédure".

Il s'agit de l'acte attaqué;

Considérant que l'auditeur rapporteur chargé de l'instruction de l'affaire a déposé un rapport rédigé sur la base de l'article 93 de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'État; qu'il est d'avis que le recours n'appelle que des débats succincts;

Considérant qu'un "dernier mémoire" a été envoyé par la partie requérante postérieurement au dépôt du rapport de l'auditeur rapporteur; que pareille pièce n'est pas prévue par les règles régissant la procédure en débats succincts et doit en conséquence être écartée;

Considérant que la partie adverse soulève le défaut d'intérêt légitime du requérant au recours; qu'elle constate que l'avantage de l'annulation pour le requérant consisterait à pouvoir poursuivre un cumul non autorisé et à continuer de percevoir une rémunération pour une activité inexistante;

Considérant que l'intérêt au maintien du cumul litigieux ne peut être tenu pour illégitime alors que ce cumul a été toléré par la partie adverse pendant plusieurs années et que, comme le reconnaît l'acte attaqué lui-même, le requérant bénéficiait d'une autorisation tacite résultant des dispositions transitoires du statut administratif du personnel de la ville; que l'inactivité du requérant dans les services de l'A.I.T.I. est étrangère à l'acte attaqué; que le recours est recevable;

Considérant que le requérant prend un premier moyen de la violation du principe général d'impartialité, de la Constitution, notamment de son article 33, de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, de l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, de l'excès de pouvoir, de l'absence, de l'erreur, de l'insuffisance ou de la contrariété dans les causes ou les motifs; qu'il reproche à l'autorité communale d'avoir rejeté la demande de récusation des membres du collège communal participant

à la délibération du conseil communal alors que ceux-ci avaient déjà jugé du cas et pris position antérieurement; que, selon lui, le quorum requis pour que le conseil communal puisse siéger pouvait être atteint sans la participation des membres du collège; qu'il expose que sa demande de récusation n'a pas fait l'objet d'un vote au sein du conseil communal, mais a été décidée par quelques-uns de ses membres au cours d'une suspension d'audience;

Considérant que la partie adverse répond en observant que la décision a été prise à l'unanimité, ce qui priverait le requérant d'intérêt à invoquer la violation du principe d'impartialité; qu'elle expose qu'on ne saurait conclure au défaut d'impartialité des membres du collège dans la situation de l'espèce sans remettre en cause la faculté de réfection des actes administratifs annulés, qui est reconnue par la jurisprudence;

Considérant que le moyen invoque un défaut d'impartialité objective qui consisterait à avoir déjà pris position sur la question à trancher; que l'acte attaqué est étranger au droit disciplinaire; que le principe d'impartialité doit être appliqué en tenant compte de la nature spécifique et des impératifs d'organisation de l'administration active; que ce principe ne fait pas obstacle à ce que les membres du collège qui a préparé la décision du conseil et formulé une proposition de décision participent au conseil; qu'un tel procédé correspond d'ailleurs aux principes fondamentaux de l'organisation communale; que, de même, rien n'interdit aux membres du collège de participer à la séance du conseil communal qui procède à la réfection d'un acte annulé en raison de l'incompétence du collège;

Considérant, quant à la procédure de rejet de la demande de récusation formulée par le requérant, que l'acte attaqué constate et motive le rejet de ladite demande par le conseil communal; que le procès-verbal de la délibération fait foi; que le moyen n'est pas fondé;

Considérant que le deuxième moyen est pris de la violation de la Constitution, notamment de son article 33, de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, des articles L 2212-16 et L 1122-27 du Code de la démocratie locale et de la décentralisation, du statut administratif du personnel communal de la ville de Fleurus, arrêté le 23 mars 2000, notamment de ses articles 9 et 255, des principes généraux du droit applicables aux assemblées délibérantes, notamment celui du scrutin secret; qu'il constate que l'acte attaqué n'a pas été adopté au scrutin secret, alors que ce procédé serait obligatoire pour toutes les questions de personne;

Considérant que la partie adverse répond que les dispositions précitées du Code de la démocratie locale et de la décentralisation manifestent la volonté du législateur wallon de limiter strictement les cas où le vote secret est exigé; qu'elle met en évidence la différence entre ces dispositions et l'article L 1122-21 du même Code, qui impose seulement que les réunions au cours desquelles il est statué sur "les questions de personne" se tiennent à huis clos;

Considérant que l'article L 1122-27, alinéa 4, du Code de la démocratie locale et de la décentralisation énumère limitativement les cas où le conseil communal doit se prononcer au scrutin secret; que l'acte attaqué ne relève d'aucun de ces cas; que le moyen n'est pas fondé,

Considérant que le requérant prend un troisième moyen de la violation de la Constitution, notamment de son article 33, de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, du statut administratif du personnel communal de la ville de Fleurus, arrêté le 13 novembre 1979, notamment de son article 10, du statut administratif du personnel communal de la ville de Fleurus, arrêté par le conseil communal le 23 mars 2000, notamment de ses articles 9 et 255, du principe audi alteram partem et du principe général de motivation matérielle; qu'il reproche à l'autorité communale d'avoir retiré l'autorisation de cumul dont il disposait, sans établir l'existence de circonstances nouvelles qui rendraient désormais l'exercice desdites activités incompatibles avec ses fonctions principales; qu'il considère que la partie adverse, qui connaissait voire aurait suscité le cumul litigieux, n'a pas pu décider légalement l'existence d'une incompatibilité avant qu'aucun problème concret ne le justifie; qu'il considère comme en contradiction avec ces motifs l'autorisation qui lui a été accordée de conserver par ailleurs une occupation, effective celle-là, dans l'enseignement; qu'il soulève encore l'absence de réponse aux arguments invoqués lors de son audition;

Considérant que la partie adverse répond que c'est à tort que le requérant semble considérer qu'il a acquis un droit à l'exercice de deux fonctions; qu'elle déduit des dispositions du statut administratif de la ville de Fleurus qu'il ne lui incombait pas de motiver sa décision sur la base de circonstances nouvelles, mais seulement de constater qu'elle jugeait le cumul incompatible avec la fonction de commandant des pompiers; qu'à titre subsidiaire, elle fait remarquer que la dissolution de l'A.I.T.I. et le reclassement du personnel au sein d'une autre entité doit normalement amener le requérant à exercer à nouveau des activités accessoires réelles;

Considérant qu'une autorisation de cumul est toujours susceptible d'être remise en cause selon les nécessités du service; que la partie adverse n'avait pas à constater des difficultés concrètes ni à justifier de circonstances nouvelles pour mettre fin à une tolérance qui s'était, en vertu des dispositions transitoires du statut, muée en autorisation tacite; qu'il lui revenait d'apprécier, dans le cadre de la procédure mise en oeuvre le 18 décembre 2007, si les cumuls pratiqués par les membres de son personnel étaient et demeuraient compatibles avec les exigences du service; qu'il n'y a certainement aucune erreur manifeste d'appréciation à considérer qu'un emploi à 13/38^e, soit plus d'un tiers temps, est incompatible avec l'emploi de Commandant du service d'incendie, occupation à temps plein exigeant par nature une disponibilité élevée; que cette affirmation n'est pas contredite par l'octroi d'une autorisation de cumul portant sur une charge d'enseignement d'ampleur limitée;

Considérant que la partie adverse a donné un effet utile à l'audition du requérant et répondu à suffisance de droit aux arguments qu'il invoquait, notamment en indiquant que son inactivité actuelle à l'A.I.T.I. ne pouvait être considérée comme une situation durable puisque la reprise de la fonction de directeur technique par l'une ou l'autre entité impliquerait l'exercice effectif des fonctions en cumul; que le moyen n'est pas fondé;

Considérant que le requérant prend un quatrième moyen de la violation des articles 10, 11 et 33 de la Constitution, de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, du Code de la démocratie locale et de la décentralisation, notamment son article L 1523-22, de la convention collective de travail n/ 32bis du 7 juin 1985, notamment ses articles 3, 6 et 7, de la directive 2011/23/CE du 12 mars 2001, notamment son article 3, du statut administratif du personnel communal de la ville de Fleurus, notamment son article 9, du détournement de pouvoir, de l'absence, de l'erreur, de l'insuffisance ou de la contrariété dans les causes ou motifs; qu'il estime que la délibération qui lui retire l'autorisation de cumul constitue une violation de ses droits acquis en cas de transfert ou même un détournement de pouvoirs puisqu'elle est prise dans le but exclusif ou à tout le moins déterminant d'échapper aux obligations découlant de la mise en liquidation de l'A.I.T.I. en l'empêchant de conserver ses droits au sein de celle-ci à la suite de la liquidation;

Considérant que ni la convention collective de travail invoquée, ni la directive 2011/23/CE du 12 mars 2001 ne sont applicables à la présente cause, ces dispositions ne s'appliquant qu'au personnel sous contrat de travail;

Considérant que l'article L 1523-22 du Code de la démocratie locale et de la décentralisation règle les conséquences de la liquidation d'une intercommunale sur le personnel de celle-ci, question qui est étrangère à la poursuite d'un cumul entre deux activités professionnelles; que le droit des membres du personnel à être repris après la liquidation de l'intercommunale n'implique pas que leur situation statutaire soit à tous égards intangible dans la période qui suit la liquidation; que l'obligation de reprise n'incombait pas spécifiquement à la partie adverse; qu'au demeurant, l'acte attaqué n'a pas pour objet de mettre fin à l'emploi du requérant au sein de l'A.I.T.I.;

Considérant que la question de la reprise du requérant a certes joué un rôle dans le dossier; qu'elle a mis en évidence l'existence d'un cumul dont la partie adverse pouvait légitimement mettre en doute et la régularité et l'opportunité; que l'acte attaqué est légalement motivé par des considérations étrangères au problème de la reprise du requérant; que rien ne permet de conclure au détournement de pouvoir; que le moyen n'est pas fondé,

D É C I D E :

Article 1^{er}.

La requête est rejetée.

Article 2.

Il n'y a plus lieu de statuer sur la demande de suspension.

Article 3.

Les dépens, liquidés à la somme de 175 euros, sont mis à charge de la partie requérante.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique, le quatre décembre
deux mille neuf par :

M ^{me} DÉOM,	conseiller d'État, président f.f.,
M ^{me} VAN HOVE,	greffier.

Le Greffier,

Le Président f.f.,

Fl. VAN HOVE.

D. DÉOM.