

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R Ê T

n° 215.139 du 14 septembre 2011

A. 190.448/VIII-6666

En cause : **HOFMAN** Ingrid,
chemin de Nivelles 65
7090 Braine-le-Comte,

contre :

la Communauté française, représentée
par son Gouvernement,
ayant élu domicile chez
Mes Marc UYTENDAELE et
Anne FEYT, avocats,
rue de la Source 68
1060 Bruxelles.

LE CONSEIL D'ÉTAT, VIII^e CHAMBRE,

Vu la requête introduite le 24 novembre 2008 par Ingrid HOFMAN qui demande l'annulation de "l'article 1^{er} de l'arrêté du Gouvernement de la Communauté française du 5 septembre 2008 modifiant l'arrêté du Gouvernement du 3 octobre 2002 fixant le statut administratif et pécuniaire du personnel de l'Entreprise publique des Technologies de l'Information et de la Communauté française";

Vu les mémoires en réponse et en réplique;

Vu le rapport de M^{me} VAN LAER, auditeur au Conseil d'État, établi sur la base de l'article 12 du règlement général de procédure;

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

Vu l'ordonnance du 3 mai 2011, notifiée aux parties, fixant l'affaire à l'audience publique du 9 septembre 2011;

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

Entendu, en leurs observations, Me Monique DETRY, avocat, comparaissant pour la requérante, et Me Bertrand HEYMANS, loco Me Marc UYTENDAELE, avocat, comparaissant pour la partie adverse;

Entendu, en son avis contraire, M^{me} VAN LAER, auditeur;

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

Considérant que la requête en annulation a été notifiée à la partie adverse par un courrier du 5 décembre 2008, reçu le 8 décembre 2008; que le délai qui lui était imparti pour déposer un mémoire en réponse expirait le vendredi 6 février 2009; que le mémoire en réponse déposé à la poste le lundi 9 février 2009 est, dès lors, tardif et doit être écarté des débats; que le mémoire en réplique de la requérante doit être considéré comme un mémoire ampliatif valablement déposé;

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

L'Entreprise publique des Technologies nouvelles de l'Information et de la Communication de la Communauté française (ci-après ETNIC) est un organisme d'intérêt public doté de la personnalité juridique qui a été créé par un décret du 27 mars 2002, publié au Moniteur belge du 17 mai 2002.

L'article 11 de ce décret prévoit ce qui suit :

" § 1^{er}. Sous réserve de l'article 12, § 1^{er}, et à l'exception des fonctionnaires généraux qui sont désignés par le Gouvernement conformément aux règles qu'il arrête, le Bureau nomme le personnel de l'Entreprise publique dans les limites du cadre fixé par le Gouvernement et sur proposition du fonctionnaire dirigeant de l'Entreprise publique.

Pour ce qui concerne les fonctions correspondant aux grades de :

- Directeur ou directrice (catégorie : expert - groupe de qualification 4);
- Attaché ou attaché principal ou attachée ou attachée principale (catégorie : expert - groupe de qualification 4);
- Gradué ou gradué principal ou premier gradué ou graduée ou graduée principale ou première graduée (catégorie administratif - groupe de qualification : 3),

il sera fait appel à des personnes engagées sous contrat de travail, et ce en vertu des dispositions reprises à l'article 2, § 1^{er}, 3^o de l'arrêté royal du 22 décembre 2000 fixant les principes généraux du statut administratif et pécuniaire des agents de l'État, applicables au personnel des services des gouvernements de Communauté et de 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 et à l'article 1^{er}, 2^o et 4^o de l'arrêté du Gouvernement de la Communauté française du 16 septembre 1998 fixant la liste des tâches auxiliaires et spécifiques pour le Ministère de la Communauté française.

§ 2. Le Bureau fixe les limites et les formes dans lesquelles il délègue certaines de ses attributions à l'Administrateur/Administratrice général(e)".

L'article 13 précise, pour sa part, ce qui suit :

"Le cadre et le statut du personnel, ses rémunérations et ses indemnités sont fixés par le Gouvernement".

L'article 20 du même décret énonce enfin, au titre de disposition transitoire, ce qui suit :

" § 1^{er}. En vue de l'exercice des missions attribuées à l'Entreprise publique, des membres du personnel des Services de la Communauté française sont transférés vers l'Entreprise publique dans les limites du cadre prévu à l'article 13 du présent décret.

Le Gouvernement détermine la date et les modalités du transfert des membres du personnel visés à l'alinéa précédent.

Ces modalités prévoient notamment que le transfert d'un membre du personnel s'effectue soit sur base volontaire après l'organisation d'un appel aux candidatures au sein des services de la Communauté française et d'une procédure de sélection, soit d'office en vue d'assurer la continuité du service.

§ 2. Les membres du personnel transférés le sont dans leur grade ou un grade équivalent et en leur qualité.

Ils conservent au moins la rétribution et l'ancienneté qu'ils avaient ou auraient obtenues s'ils avaient continué à exercer dans leur service d'origine la fonction dont ils étaient titulaires au moment de leur transfert.

§ 3. Les membres du personnel qui à la date de publication du présent décret au Moniteur belge sont affectés ou incorporés au Service général de l'Informatique et des Statistiques et qui ne sont pas transférés vers l'Entreprise publique conservent leur grade et leur qualité. Le Gouvernement détermine la liste des indemnités, primes et allocations que ces membres du personnel conserveront et la durée pendant laquelle ils en garderont le bénéfice.

§ 4. Les personnes affectées à l'Entreprise publique acquièrent la qualité de membre du personnel de l'Entreprise publique des Nouvelles Technologies de l'Information et de la Communication de la Communauté française.

§ 5. Par dérogation à l'article 11, § 1^{er}, alinéa 2, du présent décret, les membres du personnel qui sont sous contrat de travail dans un service de la Communauté française au moment de leur transfert, conservent la possibilité, pendant un délai maximum de cinq ans à dater du transfert, d'être admis au stage dans l'Entreprise publique s'ils réussissent un concours de recrutement spécifique aux fonctions à pourvoir au sein de l'Entreprise publique.

§ 6. Sans préjudice des dispositions du paragraphe 5, les emplois des agents nommés dans un des grades suivants :
- Directeur ou directrice (catégorie : expert - groupe de qualification : 4);
- Attaché ou attaché principal ou attachée ou attachée principale (catégorie : expert - groupe de qualification : 4);
- Gradué ou gradué principal ou premier gradué ou graduée ou graduée principale ou première graduée (catégorie administratif - groupe de qualification : 3),
sont mis dans un cadre d'extinction".

Le 3 octobre 2002, le Gouvernement de la Communauté française a adopté quatre arrêtés d'exécution de ce décret :

- un arrêté fixant le statut administratif et pécuniaire du personnel de l'ETNIC (Moniteur belge du 28 novembre 2002);
- un arrêté portant fixation du cadre de l'ETNIC (Moniteur belge du 26 novembre 2002);
- un arrêté portant fixation du cadre d'extinction de l'ETNIC (Moniteur belge du 23 novembre 2002);
- un arrêté relatif aux premiers emplois à pourvoir au sein de l'ETNIC (Moniteur belge du 13 décembre 2002).

Le 2 janvier 2003 est paru au Moniteur belge l'organigramme des emplois de l'ETNIC et l'appel au candidats prévu par l'article 4 de l'arrêté du 3 octobre 2002 relatif aux premiers emplois à pourvoir au sein de ladite entreprise publique.

Ingrid HOFMAN, alors "programmeur mainframe" au ministère de la Communauté française, a posé sa candidature le 14 janvier 2003 pour un transfert vers l'ETNIC.

Sa demande a été acceptée et elle a été transférée en qualité de "programmeur fonctionnel" (fonction D44). Ce transfert a été concrétisé par un arrêté du Gouvernement de la Communauté française du 4 juin 2003 portant désignation des candidats qui sont volontairement transférés à l'Entreprise publique des Technologies nouvelles de l'Information et de la Communication de la Communauté française, publié au Moniteur belge du 15 juillet 2003. Selon sa requête, Ingrid HOFMAN, a, par la suite, été promue au grade de gradué principal.

La requérante expose qu'elle a, lors de son transfert, été affectée dans une fonction correspondant à son grade, mais que certaines personnes ont été intégrées dans des fonctions ne correspondant pas à leur grade initial et que ces dernières se sont vu attribuer une échelle barémique "supérieure" en application de

l'article 9 de l'arrêté du 3 octobre 2002 relatif aux premiers emplois à pourvoir au sein de l'ETNIC selon lequel :

" Tout agent transféré dans un emploi du cadre d'extinction fixé par l'arrêté du Gouvernement du 3 octobre 2002 portant fixation du cadre d'extinction de l'Entreprise publique des nouvelles Technologies de l'Information et de la Communication de la Communauté française exerce nécessairement au sein de l'Entreprise une des fonctions informatiques visées par le Titre XIII de l'arrêté du Gouvernement du 22 juillet 1996 portant statut des agents des Services du Gouvernement de la Communauté française.

Si l'échelle de traitement attachée à son grade est différente de l'échelle de traitement attachée à sa fonction au sein de l'Entreprise, il bénéficie de l'échelle de traitement la plus favorable.

L'agent désigné dans une fonction informatique exerce toutes les prérogatives ressortant au grade correspondant à l'échelle de traitement attachée à la classe à laquelle appartient cette fonction. L'agent chargé d'office d'une mission en application de l'article 8 du présent arrêté et qui exerce une fonction informatique au sein de l'Entreprise bénéficie du régime pécuniaire visé à l'alinéa 2".

Elle observe, toutefois, qu'elle n'a pas contesté cette situation dès lors qu'elle n'était pas personnellement lésée et qu'elle conservait, dans les limites du cadre d'extinction, une possibilité de promotion, en application de l'article 2 de l'arrêté du 3 octobre 2002 précité, y compris dans ces fonctions confiées de manière transitoire à certains collègues sans qu'ils soient nommés dans un grade supérieur à celui dont ils sont revêtus.

Le 6 septembre 2004 est paru au Moniteur belge un arrêté du 11 juin 2004 modifiant l'arrêté du 3 octobre 2002 portant fixation du cadre d'extinction de l'Entreprise publique des Technologies nouvelles de l'Information et de la Communication de la Communauté française.

Par un arrêté du 19 novembre 2004, paru au Moniteur belge du 16 février 2005, le Gouvernement de la Communauté française a fixé au 1^{er} juillet 2004 la fin de la procédure de transfert à l'ETNIC conformément à l'article 7 de l'arrêté du 3 octobre 2002 relatif aux premiers emplois à pourvoir au sein de l'ETNIC. Cet arrêté a fait l'objet d'un recours qui a été rejeté par l'arrêt n° 207.850 du 4 octobre 2010.

Le 24 septembre 2008 est paru au Moniteur belge un arrêté du Gouvernement de la Communauté française du 5 septembre 2008 modifiant l'arrêté du Gouvernement du 3 octobre 2002 fixant le statut administratif et pécuniaire du personnel de l'ETNIC. L'article 1^{er} de cet arrêté fait l'objet du présent recours. Il énonce ce qui suit :

" Article 1^{er}. L'article 3 de l'arrêt du Gouvernement de la Communauté française du 3 octobre 2002 fixant le statut administratif et pécuniaire du personnel de l'Entreprise publique des Technologies nouvelles de l'Information et de la Communication de la Communauté française, est remplacé par la disposition suivante :

« Article 3. - L'article 1^{er} doit se lire comme suit :

☐Article 1^{er}. - § 1. La qualité d'agent de l'Entreprise est reconnue à tout membre du personnel qui y est occupé à titre définitif.

§ 2. La qualité d'agent titulaire d'une fonction informatique est reconnue à tout membre du personnel transféré à l'Entreprise en application de l'article 5 de l'arrêt du Gouvernement du 3 octobre 2002 relatif aux premiers emplois à pourvoir au sein de l'Entreprise publique des Technologies nouvelles de l'Information et de la Communication de la Communauté française moyennant les conditions suivantes:

- que le membre du personnel transféré ait la qualité d'agent de l'Entreprise au 31 décembre 2007;
- qu'il en fasse la demande auprès du Ministre de la Fonction publique dans les trois mois de la publication de la présente disposition réglementaire au Moniteur belge;
- qu'il bénéficie d'une évaluation favorable à la date d'introduction de sa demande.

La reconnaissance opérée en application de l'alinéa précédent emporte nomination par le Ministre de la Fonction publique dans le grade de la carrière informatique correspondant à la première fonction informatique dont l'agent a été titulaire au sein de l'Entreprise. Cette nomination produit ses effets à la date à laquelle l'agent s'est initialement vu reconnaître la qualité d'agent de l'Entreprise.

§ 3. Le titre VIII – 'De la carrière' n'est pas applicable aux agents titulaires d'une fonction informatique.

Ce titre reste applicable aux agents visés au paragraphe 2 qui ne sont pas nommés en application de l'alinéa 2 du même paragraphe☐»";

Considérant que la partie adverse fait valoir dans son dernier mémoire que l'annulation de la disposition attaquée n'apporterait aucun avantage à la requérante dès lors qu'elle ne donne pas une interprétation correcte du régime mis en place et que sa crainte de se trouver bloquée, pour la suite de sa carrière par des agents transférés dans des fonctions correspondant à un grade supérieur à leur grade initial, n'est pas fondée;

Considérant que cette exception d'irrecevabilité est étroitement liée à l'examen des deux moyens de la requête;

Considérant que le premier moyen est pris de la violation de l'arrêt royal du 22 décembre 2000 fixant les principes généraux du statut administratif et pécuniaire des agents de l'État applicables au personnel des services des Gouvernements de Communauté et de 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 (A.R.P.G.), et particulièrement de son article 11, des principes généraux du droit administratif dont le principe de bonne administration et d'équitable procédure, d'égalité et de non discrimination dans l'accès aux emplois publics consacrés par les articles 10 et 11 de la Constitution; qu'elle relève que l'acte attaqué fixe les règles par lesquelles des agents transférés à l'ETNIC sont promus dans des emplois d'un grade, voire d'un niveau supérieur à celui dans lequel ils ont été transférés, sans que soient fixées des épreuves de sélection, sans qu'il y ait eu déclaration de vacance d'emploi, sans qu'il soit fait appel aux candidatures et sans qu'il y ait eu une comparaison des titres et mérites, dans le cadre d'un processus de promotion; qu'elle rappelle que l'A.R.P.G. en son article 11, impose aux gouvernements des communautés de prévoir ce type de mesures dans le statut administratif de leur personnel, lorsqu'elle fixe un régime de promotion, ces obligations étant de nature à garantir le respect des principes d'égalité et de non-discrimination dans l'accès aux emplois publics;

Considérant que le second moyen est pris de la violation des principes d'égalité et de non-discrimination dans l'accès aux emplois publics, tels qu'ils sont consacrés par les articles 10 et 11 de la Constitution et de l'excès de pouvoir; que la requérante explique que l'acte attaqué a pour effet, voire pour objet, de nommer des membres du personnel anciennement soumis au statut du personnel de la Communauté française, à leur demande, dans un grade supérieur, voire même dans un niveau supérieur à celui qu'ils avaient à la Communauté française, sans qu'ils soient soumis à un examen de promotion, voire à une procédure de promotion, sur la seule base de l'affectation qui leur a été attribuée à l'issue du processus visant à conférer les premiers emplois à l'ETNIC par transfert; qu'elle soutient qu'au vu de l'ensemble des statuts administratifs applicables dans la fonction publique, un agent ne peut passer d'un grade à un grade supérieur sans que soit respectée une procédure de promotion qui suppose la réussite d'une épreuve de promotion par changement de niveau; qu'elle considère que l'acte attaqué a pour seul objet et pour seul effet de placer les agents transférés en 2003 en position d'être nommés sans examen, sans un processus de mise en compétition des emplois considérés, dans les emplois qui leur ont été conférés fonctionnellement 5 ans plus tôt, sans examen de promotion et sans comparaison des titres et mérites permettant d'apprécier la capacité à exercer les fonctions liées à un grade supérieur;

Considérant qu'en vertu de l'article 20 du décret du 27 mars 2002, précité des agents des services de la Communauté française ont pu être transférés vers l'ETNIC, sur une base volontaire et moyennant une sélection; que par un arrêté du 4 juin 2003, ce transfert a été opéré, la requérante étant transférée en qualité de "programmeur fonctionnel" pour une fonction D44; qu'elle affirme dans ses écrits de procédure qu'elle a été affectée dans une fonction qui correspond à son grade; que

l'arrêté du 5 septembre 2008 qui a modifié l'arrêté du Gouvernement de la Communauté française du 3 octobre 2002 fixant le statut administratif et pécuniaire du personnel de l'ETNIC, a voulu consolider la position statutaire de ces agents ainsi transférés à l'ETNIC; que dans son avis n° 44.758/2 du 30 juin 2008, la section de législation a analysé l'article 1^{er} de cet arrêté du 5 septembre 2008, précité comme "participant à une opération de régularisation au bénéfice des agents concernés", qui est en soi admissible dès lors que cette régularisation porte sur la mise en concordance du grade des intéressés et de la fonction qu'ils occupent depuis leur transfert; que dans un premier temps, ces agents transférés l'ont été dans des grades du cadre d'extinction prévu par l'arrêté du 3 octobre 2002, précité et affectés dans des fonctions informatiques sans qu'il n'y ait nécessairement une concordance entre le grade et la fonction occupée; que la requérante ne démontre pas concrètement que ce transfert de personnel aurait méconnu les droits acquis des agents concernés; que cette opération de transfert n'a pas été critiquée par la requérante en son temps et doit en conséquence être considérée comme conforme aux exigences de l'article 20 du décret du 27 mars 2002, précité, les agents ayant été notamment transférés dans leur grade ou un grade équivalent et en leur qualité; que dans un second temps, le Gouvernement de la Communauté française a souhaité donner la possibilité à ces agents transférés, titulaires d'un grade informatique, de quitter le cadre d'extinction et d'être nommés dans un grade correspondant à la première fonction informatique dont ils ont été titulaires au sein de l'ETNIC, tout en leur laissant le choix de pouvoir poursuivre leur carrière au sein de ce cadre d'extinction; que la requérante a, pour sa part, fait le choix de poursuivre sa carrière dans le cadre d'extinction pouvant ainsi espérer de futures promotions notamment avec le départ à la pension d'autres agents du cadre d'extinction ou avec le départ d'agents ayant fait le choix d'être nommés dans un grade au sein de l'ETNIC; qu'il n'est donc pas exact de prétendre comme le fait la requérante qu'elle perdra une chance d'obtenir une promotion au grade dévolu aux agents qui auront bénéficié de l'opération de régularisation organisée par l'arrêté attaqué; que ses chances de promotion au sein du cadre d'extinction restent effectives; que par ailleurs, cette carrière comprend trois grades respectivement accessibles par recrutement, promotion en carrière plane et par promotion par avancement de grade alors que la nouvelle carrière informatique ne comprend qu'un seul grade accessible par changement de grade; qu'il ressort des pièces du dossier administratif que la volonté de la partie adverse a été de faire coïncider au mieux la situation administrative des agents statutaires transférés à l'ETNIC avec la conception fonctionnelle de l'attribution des emplois au sein de cet organisme; que la requérante affirme mais ne démontre pas concrètement que cette opération de régularisation a permis à certains agents de bénéficier de promotions, sans que ne soient respectées les exigences prévues à l'article 11 de l'ARPG; que dès la publication de l'arrêté du Gouvernement de la Communauté française du 4 juin 2003, précité, elle aurait pu s'interroger sur les raisons pour lesquelles certains

agents transférés obtenaient éventuellement des fonctions au sein de l'ETNIC qui ne correspondaient pas à leur grade et remettre ainsi en question le processus de sélection mis en place par l'arrêté du Gouvernement de la Communauté française du 3 octobre 2002 relatif aux premiers emplois à pourvoir au sein de l'ETNIC; que dès lors que l'opération de régularisation n'engendre pas de promotions déguisées, l'acte attaqué procède d'une application régulière de l'article 20 du décret du 27 mars 2002, précité; que dans ces conditions, les deux moyens ne sont pas fondés,

D É 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 de la partie requérante.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VIII^e chambre, le quatorze septembre deux mille onze par :

M ^{me} VANDERNACHT,	président de chambre f.f.,
M. CAMBIER,	conseiller d'État,
M ^{me} DÉOM,	conseiller d'État,
M ^{me} Fl. VAN HOVE,	greffier.

Le Greffier,

Le Président f.f.,

Fl. VAN HOVE.

P. VANDERNACHT.