

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R Ê T

n° 222.114 du 17 janvier 2013

A. 194.465/VIII-8097

En cause : **DENEF** Georges,
ayant élu domicile chez
M^e Jean BOURTEMBOURG, avocat,
rue de Suisse 24
1060 Bruxelles,

contre :

l'État belge, représenté par
le Vice-Premier Ministre et Ministre
de l'Économie, des Consommateurs
et de la Mer du Nord,
ayant élu domicile chez
M^e Jean-Paul LAGASSE, avocat,
place de Jamblinne de Meux 41
1030 Bruxelles.

Parties intervenantes :

1. HINDRYCKX Luc,
ayant élu domicile chez
M^e Dominique LAGASSE, avocat,
chaussée de La Hulpe 187
1170 Bruxelles,

2. CUVELLIEZ Charles,
ayant élu domicile chez
M^e Philippe DESCHEEMAECER, avocat,
avenue du Roi 206
1190 Bruxelles.

LE CONSEIL D'ÉTAT, VIII^e CHAMBRE,

Vu la requête unique introduite le 30 octobre 2009 par Georges DENEF
tendant, d'une part, à la suspension de l'exécution de :

- la décision de la commission de sélection en vue du recrutement des membres du Conseil de l'Institut belge des Services postaux et des Télécommunications (IBPT) retenant trois candidats à la fonction de président du conseil de l'IBPT et trois candidats du rôle français pour la fonction de membre du Conseil;

- la décision implicite de la commission de sélection d'écarter la candidature du requérant;
- l'arrêté royal de date inconnue portant nomination du président et des membres du conseil de l'IBPT,

et, d'autre part, à l'annulation de ces décisions;

Vu les requêtes introduites les 8 et 23 décembre 2009 par lesquelles Luc HINDRYCKX et Charles CUVELLIEZ demandent à être reçus en qualité de parties intervenantes;

Vu l'arrêt n° 206.854 du 29 juillet 2010 accueillant les requêtes en intervention introduites par Luc HINDRYCKX, Axel DESMEDT, Charles CUVELLIEZ et Catherine RUTTEN, mettant hors cause la commission de sélection et l'IBPT, déclarant irrecevable la demande de suspension en ce qui concerne :

- les arrêtés royaux du 9 octobre 2009 qui nomment Catherine RUTTEN et Axel DESMEDT comme membres du conseil de l'IBPT;
- la décision de la commission de sélection en vue du recrutement des membres du conseil de l'IBPT retenant trois candidats à la fonction de président du conseil de l'IBPT et trois candidats du rôle français pour la fonction de membre du conseil;
- la décision implicite de la commission de sélection d'écarter la candidature du requérant,

et rejetant la demande de suspension de l'exécution des arrêtés royaux du 9 octobre 2009 qui nomment Luc HINDRYCKX comme président et Charles CUVELLIEZ comme membre du conseil de l'IBPT;

Vu l'arrêt n° 220.163 du 3 juillet 2012, décrétant le désistement du recours en tant qu'il vise l'annulation des arrêtés royaux du 9 octobre 2009 dans la mesure où ils sont relatifs à la nomination d'Axel DESMEDT et de Catherine RUTTEN comme membres du conseil de l'IBPT, décrétant le désistement en ce qui concerne la requête en intervention introduite par Catherine RUTTEN, rejetant la requête en intervention introduite par Axel DESMEDT et renvoyant l'affaire au rôle général pour être attribuée à une chambre unilingue française pour la poursuite de la procédure;

Vu la notification des arrêts aux parties;

Vu l'ordonnance du 6 novembre 2012 fixant l'affaire à l'audience publique du 14 décembre 2012;

Entendu, en son rapport, M. CAMBIER, conseiller d'État;

Entendu, en leurs observations, M^e Jean BOURTEMBOURG, avocat, comparaissant pour la partie requérante, M^e Frédéric VAN DE GEJUCHTE, loco M^e Jean-Paul LAGASSE, avocat, comparaissant pour la partie adverse, Me Béatrice GRIBOMONT, loco M^e Dominique LAGASSE, avocat, comparaissant pour la première partie intervenante, et M^e Philippe DESCHEEMAECKER, avocat, comparaissant pour la deuxième partie intervenante;

Entendu, en son avis contraire, M^{me} BEECKMAN DE CRAYLOO, premier auditeur;

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

Considérant que les faits utiles à l'examen de la cause ont été exposés dans l'arrêt n° 206.854 du 29 juillet 2010; qu'il y a lieu de s'y référer;

Considérant que le requérant justifie la recevabilité de son recours ratione materiae à l'égard des deux premiers actes attaqués en faisant valoir que la commission de sélection a exercé une compétence de décision et non d'avis et qu'en tout cas, la partie adverse s'est estimée liée par la décision du jury de ne pas retenir sa candidature au stade du classement intermédiaire;

Considérant que la commission de sélection a, conformément à la mission qui lui était dévolue, formulé une proposition à l'autorité investie du pouvoir de nommer; que les règles prévues dans l'appel aux candidats ne confèrent aucun caractère contraignant à l'avis de la commission de sélection en ce compris quant à l'écartement d'une candidature avant l'élaboration du classement final; que la partie adverse souligne qu'elle a exercé son pouvoir de décision en disposant du dossier de l'ensemble des candidats, en ce compris ceux non repris dans le classement final; qu'il en résulte que les premier et deuxième actes attaqués revêtent un caractère préparatoire et ne constituent dès lors pas des actes administratifs susceptibles de recours devant le Conseil d'État; que la requête est irrecevable en ses premier et deuxième objets;

Considérant que le requérant prend un moyen, le huitième de sa requête, de la violation de l'article 17, § 2, alinéa 2, de la loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des secteurs des postes et des télécommunications belges, de l'article 14 de l'arrêté royal du 11 mai 2003 fixant le statut, la rémunération et les devoirs du président et des membres du conseil de l'Institut des Services postaux et des Télécommunications, du défaut de motivation, de la violation des règles et principes du droit, notamment du principe du raisonnable, et l'excès de pouvoir; qu'il

fait valoir que lorsque des mandats sont renouvelables, qu'il est prévu une évaluation au terme du mandat, et que cette évaluation est positive, le mandat doit être renouvelé, ou, qu'à tout le moins, des motifs sérieux doivent être invoqués pour justifier le non renouvellement;

Considérant que les parties adverse et intervenantes font valoir qu'aucune disposition légale ne consacre un quelconque droit au renouvellement des mandats en cause; que la partie adverse souligne que c'est dans le souci de préserver le principe d'égal accès aux charges publiques qu'elle a fait le choix de ne pas tenir compte desdites évaluations des candidats qui avaient déjà exercé un mandat de membre du conseil de l'IBPT; qu'enfin, la partie adverse et l'intervenant Luc HINDRYCKX soulignent que la critique est irrecevable en tant qu'elle est dirigée contre la nomination de ce dernier qui était, lui aussi, déjà membre du conseil de l'IBPT;

Considérant que l'article 17, § 2, alinéa 2, de la loi du 17 janvier 2003 précitée, prévoit seulement la possibilité d'un renouvellement du mandat, sans autre précision; que l'article 14 de l'arrêté royal du 11 mai 2003 précité, n'attache à l'attribution d'une évaluation finale "A, bon" aucune priorité au renouvellement du mandat; qu'à défaut de disposition plus explicite, notamment quant au nombre de renouvellements successifs possibles et aux conditions pouvant ouvrir un éventuel droit au renouvellement sans une nouvelle mise en concurrence, ces mots ne permettent pas de considérer que l'emploi occupé par le titulaire du mandat ne devient pas vacant au terme de celui-ci; qu'il ne peut être pourvu à un emploi vacant que dans le respect des principes fondamentaux, fondés sur les articles 10 et 11 de la Constitution, qui régissent la collation des emplois publics; que c'est dès lors de manière parfaitement régulière que la partie adverse a opté pour le lancement d'un appel aux candidats;

Considérant qu'il appert cependant tant du dossier administratif que des explications fournies par la partie adverse elle-même que l'examen des candidatures a été rédigé en faisant abstraction de la manière dont les candidats qui étaient déjà titulaires d'un mandat de membre du conseil de l'IBPT l'avaient exercé; que, dès lors que le législateur a expressément évoqué le caractère renouvelable du mandat et qu'un régime d'évaluation des titulaires de ceux-ci est organisé par la réglementation applicable, il appartenait tant à la commission d'évaluation qu'à la partie adverse de prendre en compte, dans l'examen des candidatures, l'expérience acquise par les candidats qui avaient déjà été membres du conseil de l'IBPT; qu'une telle prise en compte n'est nullement de nature à rompre l'égalité des candidats dès lors qu'elle ne confère aucun droit de priorité au renouvellement et qu'en consacrant le caractère éventuellement renouvelable du mandat, le législateur a nécessairement entendu

qu'un tel renouvellement soit envisagé, ce qui ne peut se concevoir sans tenir compte de la manière dont il a été exercé par son ancien titulaire; qu'il en résulte que tant la comparaison des titres et mérites des candidats que la procédure ayant prévalu à leur sélection sont viciées; que cette illégalité s'étend également à la nomination de Luc HINDRYCKX dès lors qu'elle touche au processus de comparaison des titres et mérites des différents candidats et qu'il n'appartient pas au Conseil d'État de se substituer à l'autorité administrative active quant aux conséquences d'un réexamen régulier des candidatures; que le moyen est dès lors fondé;

Considérant que le requérant prend un neuvième moyen de la violation de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, du défaut de motivation et de l'excès de pouvoir; qu'il critique les motifs sur la base desquels sa candidature a été écartée au stade du classement intermédiaire; qu'il relève que l'écartement de sa candidature se fonde sur le fait qu'il aurait, lors de l'entretien, annoncé son intention "de ne pas contribuer, de sa propre initiative, à la mise en œuvre effective du cadre réglementaire sur un point essentiel"; qu'il conteste avoir tenu de tels propos; que, dans son dernier mémoire, il soutient que ces propos ont pu être mal compris en raison d'un problème d'emploi des langues lié à la circonstance que certains membres du jury se sont exclusivement exprimés en anglais, ne maîtrisant pas suffisamment le français;

Considérant que les parties adverse et intervenantes font valoir que la décision de la commission de sélection d'exclure la candidature du requérant repose sur une motivation circonstanciée; qu'elles soulignent que le contrôle du Conseil d'État par rapport auxdits motifs doit demeurer marginal et relèvent que l'appréciation émise par la commission n'est pas entachée d'une erreur manifeste d'appréciation;

Considérant que les motifs sur la base desquels la commission de sélection a écarté la candidature du requérant figurent en pages 15, 16, 17 et 18 du rapport du jury, dont il y a lieu de retenir les passages suivants :

" G. DENEFF a une licence en droit. Le CV ne mentionne pas de grade. Il n'indique pas non plus si une formation spécialisée a été suivie, par exemple à l'étranger.

Le candidat dispose d'une expérience professionnelle significative dans le domaine postal et dans celui des communications électroniques. Depuis 1993, il est actif au sein de l'IBPT - d'abord dans la fonction d'administrateur, puis dans celle de directeur général et enfin dans celle de membre du Conseil.

Par son expérience professionnelle, le candidat démontre qu'il connaît les deux secteurs principaux soumis au contrôle de l'IBPT. Au sein de ce dernier, il dirige des services dans les deux secteurs. Comme il ressort de son CV, l'intéressé

connaît bien les règles administratives applicables aux organes publics en Belgique.

Dans ses interventions et ses écrits, le candidat a démontré un intérêt particulier pour le service universel et la protection des utilisateurs, au nombre desquels les consommateurs finaux.

Parmi les candidats, G. DENEFF est ainsi celui qui justifie de l'expérience professionnelle la plus longue en lien direct avec les fonctions vacantes.

Avant d'entrer à l'IBPT, le candidat a travaillé dans un centre politique de recherches et dans divers cabinets ministériels. Son expérience s'est étendue, pendant une période assez brève, à une intercommunale mixte. A part cet épisode, elle a été concentrée dans le secteur public. Le CV mentionne une représentation au sein du conseil d'administration de la «European Network and Information Security Agency» - expérience internationale qui paraît limitée au regard de celle mentionnée par d'autres candidats. Le CV mentionne aussi un lien avec une institution universitaire en la qualité de chargé d'enseignement ainsi que l'existence de diverses publications - sans fournir d'information sur ce dernier point.

Le candidat dirige plusieurs services au sein de l'IBPT. Il est habitué à mener des projets. En soulignant les «réalisations» atteintes dans le cadre de ses fonctions, il montre l'existence d'un souci pour des résultats à atteindre.

Dans sa note stratégique, le candidat analyse avec lucidité la situation des marchés impliquant, pour la fourniture de services, un accès au réseau exploité par l'opérateur historique Belgacom. Pour lui, le marché de la téléphonie vocale fixe est en recul; il est encore largement dominé par l'opérateur historique; les prix à payer par les utilisateurs sont relativement élevés. L'accès à internet est insuffisamment développé, le taux de pénétration est insuffisant, on se trouve en présence d'un oligopole.

Interrogé sur les mesures à prendre, le candidat a indiqué que, à son avis, la résolution de ces difficultés passe par la régulation des prix de détail facturés par l'opérateur historique aux consommateurs finaux - et non pas par la stimulation de la concurrence sur les marchés de services en organisant une diminution des charges facturées par cet opérateur à ses concurrents pour l'accès à son réseau.

Il a aussi souligné que, pour lui, toute mesure visant à faire baisser les charges d'accès pratiquées par l'opérateur historique devrait être prise par le gouvernement dans la mesure où elle impliquerait un «transfert de valeur» vers les nouveaux opérateurs.

Ces interventions confirment les indications fournies dans la note stratégique où le candidat souligne que les choix politiques sous-jacents à la régulation des marchés doivent être débattus avec l'autorité politique, par exemple dans une lettre de mission.

Elles ne nous semblent pas compatibles avec le droit en vigueur.

Le droit applicable aux communications électroniques sur le territoire belge est la législation belge adoptée en transposition du cadre réglementaire européen auquel elle doit être conforme.

Au sein de ce cadre réglementaire européen, la directive «cadre» énumère les objectifs dont la mise en œuvre doit être assurée par les autorités réglementaires nationales. Parmi ces objectifs figure la surveillance et la régulation des marchés dominés par des entreprises - particulièrement le contrôle des conditions fixées par l'opérateur historique pour l'accès à son réseau fixe. Un instrument tout entier - la directive «accès» - stipule comment cette activité doit être exercée et confère aux autorités réglementaires nationales le pouvoir d'adopter des mesures visant à faire baisser ces charges d'accès. En manifestant sa réticence à l'imposition de charges plus basses, le candidat met en cause un principe fondamental sous-tendant le cadre réglementaire - ouvrir aux fournisseurs l'accès à l'infrastructure existante pour développer la concurrence sur les marchés des services dans l'intérêt de la société tout entière.

En ce qui concerne la régulation au niveau des marchés de détail, le cadre réglementaire établit qu'elle peut seulement être imposée dans les cas où la régulation sur les marchés de «gros» ne serait pas suffisante pour résoudre les problèmes de concurrence détectés et dans les cas des prestations couvertes par le service universel. Son usage, même, est strictement encadré. En indiquant que, pour lui, l'outil principal à mettre en œuvre pour obtenir de meilleurs tarifs est la régulation des prix de détail, le candidat manifeste, à nouveau, pour le moins, sa réticence à l'égard d'un mécanisme fondamental sous-tendant le cadre réglementaire : la stimulation de la concurrence par l'ouverture des réseaux à des conditions raisonnables et non discriminatoires en cas de puissance significative sur le marché.

Aux termes de la directive «cadre», l'autorité réglementaire nationale doit mettre en œuvre le cadre réglementaire européen tel que transposé en droit interne. En indiquant que les décisions visant à faire baisser les charges d'accès doivent être prises par le pouvoir public, le candidat prend une position qui ne correspond pas avec les pouvoirs et les obligations imposés par le cadre réglementaire à l'IBPT - autorité réglementaire nationale pour ce secteur. Il annonce son intention de ne pas contribuer, de sa propre initiative, à la mise en œuvre effective du cadre réglementaire sur un point essentiel.

Il n'appartient pas au jury de prendre position, quant au fond, sur ce désaccord, et cette opposition.

Il ne lui appartient pas non plus d'indiquer les moyens qui, selon tout ou partie de ses membres, semblent les plus aptes pour améliorer le fonctionnement des marchés considérés.

En revanche, le jury doit constater que, sur ces points, le candidat se place en porte-à-faux par rapport à des règles importantes qu'il aurait pour mission de mettre en œuvre si sa fonction était prolongée au sein du Conseil.

Parmi les candidatures, il s'en est trouvé qui, même si leur auteur ne dispose pas d'une expérience aussi directement liée aux fonctions vacantes, fournissent des

garanties plus évidentes que les missions attribuées à l'autorité réglementaire seront mises en oeuvre de manière effective.

Nous notons à cet égard que la dernière nomination du candidat est intervenue avant la transposition, en droit national, du cadre réglementaire européen actuel.

Pour ces raisons, nous n'avons pas retenu la candidature de M. DENEFF".

Considérant qu'il est difficilement concevable que le requérant ait annoncé de manière explicite, lors de l'entretien devant la commission de sélection, son intention "de ne pas contribuer, de sa propre initiative, à la mise en œuvre effective du cadre réglementaire sur un point essentiel"; que la note stratégique qu'il a joint à sa candidature révèle, comme le reconnaît expressément la commission de sélection, une analyse lucide de la situation des marchés impliquant, pour la fourniture de services, un accès au réseau exploité par l'opérateur historique Belgacom; que dans certaines parties de sa note, il insiste tout particulièrement sur la circonstance que "la régulation doit s'inscrire dans les credos définis par les textes européens: promouvoir la concurrence, développer le marché intérieur et veiller aux intérêts des utilisateurs tout en s'appuyant sur des valeurs d'indépendance, de transparence, de coopération et de dialogue" et rappelle que "le cadre réglementaire doit rester une compétence fédérale et être adaptée au plus tôt suite aux modifications apportées au plan européen"; que son curriculum vitae révèle en outre qu'il a contribué de manière active à la transposition en droit belge des directives européennes organisant l'ouverture à la concurrence du marché des télécommunications;

Considérant que s'agissant des prises de positions du requérant lors de l'entretien, le jury énonce qu'elles ne "semblent pas compatibles avec le droit en vigueur"; que le jury ne pouvait se satisfaire d'un simple sentiment; qu'il lui appartenait de démontrer de manière précise ladite incompatibilité; qu'il n'est pas, à cet égard, sans intérêt de souligner que le président du jury a pris l'initiative de solliciter d'un des candidats des renseignements par rapport à des questions d'ordre juridique que le jury se posait en matière de transposition du cadre réglementaire européen;

Considérant enfin que le requérant mentionne au point 2.3.3. de sa note stratégique que "...les prix de détail doivent être régulés de plus près à l'instar de la Commission qui fixe les tarifs de roaming ou des SMS"; qu'il est dès lors inexact ou à tout le moins excessif de prétendre que le cadre réglementaire excluait tout mécanisme interventionniste au niveau des marchés de détail; que le fait de défendre, comme l'aurait fait le requérant, une position interventionniste par rapport à un aspect particulier du marché ne peut raisonnablement conduire au constat d'une

rupture avec un point essentiel du cadre réglementaire; qu'il résulte des éléments qui précèdent que la commission de sélection n'a pu déduire des propos qu'elle prête au requérant une volonté "de ne pas contribuer, de sa propre initiative, à la mise en œuvre effective du cadre réglementaire sur un point essentiel"; que le moyen est dès lors fondé,

D É C I D E :

Article 1^{er}

Sont annulés les arrêtés royaux du 9 octobre 2009 nommant Luc HINDRYCKX en qualité de président et Charles CUVELLIEZ en qualité de membre du conseil de l'Institut belge des Services postaux et des Télécommunications.

Article 2

La requête est rejetée pour le surplus.

Article 3

Les dépens, liquidés à la somme de 600 euros, sont mis à charge de la partie adverse à concurrence de 350 euros, et à charge des parties intervenantes à concurrence de 125 euros chacune.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VIII^e chambre, le dix-sept janvier deux mille treize par :

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

Le Greffier,

Le Président,

Fl. VAN HOVE.

J. VANHAEVERBEEK.