

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R Ê T

n° 222.384 du 5 février 2013

A. 205.055/VIII-8052

En cause : **MATHIEU** Robert,
avenue de la Sablière 10
1300 Wavre,

contre :

l'État belge, représenté par
le Ministre des Pensions,
ayant élu domicile chez
M^e Jérôme SOHIER, avocat,
avenue Émile de Mot 19
1000 Bruxelles.

LE CONSEIL D'ÉTAT, VIII^e CHAMBRE,

Vu la requête introduite le 30 mai 2012 par Robert MATHIEU qui demande l'annulation de "l'arrêté royal du 8 mars 2012 portant nomination d'un Commissaire du Gouvernement près de l'Office national des Pensions (Moniteur belge du 2 avril 2012) dont l'article 1^{er} dispose que : «M^{me} ORY, Machteld, est nommée Commissaire du Gouvernement près de l'Office national des Pensions»";

Vu les mémoires en réponse et en réplique régulièrement échangés;

Vu le rapport de M^{me} BEECKMAN DE CRAYLOO, premier auditeur au Conseil d'État, rédigé 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 28 décembre 2012 fixant l'affaire à l'audience publique du 1^{er} février 2013;

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

Entendu, en leurs observations, le requérant en personne, et M^e Maxime CHOMÉ, loco M^e Jérôme SOHIER, avocat, comparaissant pour la partie adverse;

Entendu, en son avis conforme, M^{me} MERTES, auditeur au Conseil d'État;

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

Considérant, que par un courrier du 16 décembre 2011, le requérant s'est porté spontanément candidat à la fonction de commissaire du gouvernement auprès de l'Office national des Pensions; qu'en l'absence de réponse de la partie adverse, il a envoyé un second courrier à ce sujet, le 20 mars 2012, lequel est également resté sans réponse; qu'au Moniteur belge du 2 avril 2012 ont été publiés deux arrêtés royaux datés du 8 mars 2012; que le premier porte démission honorable de son mandat de commissaire du gouvernement près de l'Office national des Pensions de Christian LANGENDRIES; que le second, qui constitue l'acte attaqué, est rédigé comme suit :

" Vu l'arrêté royal n° 50 du 24 octobre 1967 relatif à la pension de retraite et de survie des travailleurs salariés;

Vu l'arrêté royal n° 513 du 27 mars 1987 portant suppression de la Caisse nationale des pensions de retraite et de survie et réorganisation de l'Office national des Pensions pour travailleurs salariés, l'article 1^{er};

Vu l'arrêté royal du 3 avril 1997 portant des mesures en vue de la responsabilisation des institutions publiques de sécurité sociale, en application de l'article 47 de la loi du 26 juillet 1996 portant modernisation de la sécurité sociale et assurant la viabilité des régimes légaux des pensions, l'article 23;

Vu l'arrêté royal du 14 novembre 2001 réglant les conditions de nomination et l'exercice de la mission des Commissaires du Gouvernement auprès des Institutions publiques de sécurité sociale, l'article 2, § 1^{er};

Sur la proposition du Ministre des Pensions,

Nous avons arrêté et arrêtons :

Article 1^{er}. M^{me} ORY, Machteld, est nommée Commissaire du Gouvernement près de l'Office national des Pensions.

Art. 2. Le présent arrêté entre en vigueur le 1^{er} avril 2012.

Art. 3. Le Ministre qui a les Pensions dans ses attributions est chargé de l'exécution du présent arrêté";

que, par deux courriels du 2 et du 17 avril 2012, le requérant a demandé à la partie adverse de lui communiquer les motifs de cette nomination; que le 17 avril 2012, la partie adverse lui a adressé le courriel suivant :

" De pensioenhervorming en het toenemend aantal gemengde loopbanen nopen de pensioeninstellingen tot een intense vorm van samenwerking, ook en met name op operationeel en organisatorisch vlak.

Bovendien leven we in tijden van strikte budgettaire discipline waarin de pensioeninstellingen meer zullen moeten presteren met minder middelen. Het is ook de bedoeling om deze instellingen gradueel om te vormen van «rekenmachines» tot service organisaties. Daardoor zullen deze organisaties zich drastisch moeten aanpassen.

Om die reden zijn wij van oordeel dat we tijdens deze legislatuur een regeringcommissaris nodig hebben wiens competenties ook en met name liggen op het vlak van organisatiedeskundigheid.

(...)"

Considérant que le requérant prend un premier moyen de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution consacrant le principe constitutionnel d'égal accès aux emplois publics; qu'il fait valoir que ce principe implique qu'outre la publicité des vacances d'emploi ainsi que des épreuves et critères de sélection, un système de comparaison des candidats à l'attribution d'une fonction publique, offrant les garanties nécessaires en matière d'égalité de traitement, soit déterminé par l'autorité; qu'il précise que ce principe tout à fait général dans la fonction publique belge et essentiel est formellement traduit dans l'arrêté royal du 22 décembre 2000 fixant les principes généraux du statut administratif et pécuniaire des agents de l'État (arrêt BUELEN n° 194.668 du 25 juin 2009); qu'il ajoute que la fonction de commissaire du gouvernement auprès d'une institution publique de sécurité sociale constitue manifestement un emploi public, que cette nomination se fait par un arrêté royal, qu'elle ouvre le droit à une rémunération à charge du budget de l'État (article 3 de l'arrêté royal du 14 novembre 2001 réglant les conditions de nomination et l'exercice de la mission des Commissaires du Gouvernement auprès des institutions publiques de sécurité sociale) et que le commissaire du gouvernement est le représentant du ministre qui l'a proposé (article 6 du même arrêté), auquel il doit rendre compte de sa mission; qu'il estime que cette fonction qui ne constitue manifestement pas une activité salariée (laquelle nécessite un contrat de travail) ni une activité indépendante (activité exercée pour son propre compte sans contrat de travail) constitue donc un emploi public; qu'il soutient enfin que comme la nomination du commissaire du gouvernement contestée a été réalisée sans appel à candidatures, et a fortiori sans épreuves ou critères de sélection permettant de comparer les mérites des éventuels candidats répondant aux conditions de l'arrêté royal du 14 novembre 2001, précité, il y a violation des articles 10 et 11 de la Constitution et du principe constitutionnel d'égal accès aux emplois publics;

Considérant que la partie adverse répond qu'un commissaire du gouvernement est un "délégué de tutelle au sein d'un organisme issu de la décentralisation par service. Il participe à l'exercice de la tutelle administrative sur cet organisme. Ses pouvoirs sont déterminés par la loi organique de l'organisme en question ou par une loi plus générale comme la loi du 16 mars 1954 relative au contrôle de certains organismes d'intérêt public"; qu'elle fait valoir qu'il ressort des dispositions qui organisent la matière que la fonction de commissaire du gouvernement se différencie des emplois "classiques" de fonction publique en raison du caractère hautement politique du statut de commissaire du gouvernement, dès lors que le contrôle de tutelle qu'exerce un ministre sur un organisme d'intérêt public est "exercé à l'intervention" du commissaire du gouvernement qui a été nommé par le Roi sur présentation du ministre en question; qu'elle précise, à cet égard, que l'article 23, § 1^{er}, de l'arrêté royal du 3 avril 1997 portant des mesures en vue de la responsabilisation des institutions publiques de sécurité sociale prévoit, sans autre précision, que le commissaire du gouvernement est nommé par le Roi sur présentation du ministre de tutelle; que l'arrêté royal du 14 novembre 2001, précité, impose comme seules conditions que la personne présentée par le ministre de tutelle soit un "fonctionnaire appartenant à un département placé sous son autorité" et que la fonction qu'il occupe ne rentre pas dans l'une des catégories d'incompatibilités figurant à l'article 2, § 3, de ce même arrêté; qu'elle soutient que l'absence de conditions supplémentaires s'explique par la nature des missions d'un commissaire du gouvernement, que celui-ci représente directement le ministre dans le cadre de la tutelle exercée auprès d'un organisme d'intérêt public, ce qui requiert un rapport particulier de confiance entre le ministre et son commissaire du gouvernement et que de ce fait, le pouvoir de nomination dont dispose le Roi, tout comme la faculté du ministre de tutelle de présenter le candidat de son choix, est hautement discrétionnaire et explique l'absence d'appel aux candidats et de comparaison des titres et mérites; qu'elle rappelle que le Conseil d'État a déjà eu l'occasion de se prononcer à ce sujet par un arrêt VANDENDOREN n° 107.561 du 10 juin 2002, à la suite d'un recours en annulation d'un arrêté royal nommant un gouverneur de province intenté, comme en l'espèce, par une personne qui avait spontanément présenté sa candidature à cette fonction; qu'elle soutient enfin, à titre subsidiaire, que, malgré son expérience dans le domaine des pensions, le requérant ne dispose que de compétences techniques en cette matière, alors que la fonctionnaire nommée, conseiller général au SPF Sécurité sociale, dispose manifestement d'une plus grande polyvalence, notamment par ses compétences étendues au niveau organisationnel, de telle manière qu'aucune erreur manifeste d'appréciation ne peut sérieusement être reprochée à la partie adverse en l'espèce;

Considérant que l'article 47 de la loi du 26 juillet 1996 portant modernisation de la sécurité sociale et assurant la viabilité des régimes légaux des pensions dispose ce qui suit :

" Afin d'optimiser l'efficacité des organismes publics de sécurité sociale, le Roi peut, par arrêté délibéré en Conseil des Ministres, élaborer un nouveau cadre fonctionnel pour ces organismes. Ce nouveau cadre fonctionnel poursuivra les objectifs suivants :

(...)

3° axer le contrôle administratif et budgétaire sur le respect de la législation et des objectifs visés dans le contrat d'administration par le renforcement du rôle et de la responsabilité des commissaires du Gouvernement (...)" ;

que sur cette base, un arrêté royal du 3 avril 1997 portant des mesures en vue de la responsabilisation des institutions publiques de sécurité sociale a été adopté, son article 23 se lisant comme suit :

" § 1^{er}. Les institutions publiques de sécurité sociale sont soumises au pouvoir de contrôle du ministre de tutelle et, en ce qui concerne les décisions ayant une incidence budgétaire ou financière, du ministre ayant le budget dans ses attributions.

Ce contrôle est exercé à l'intervention de deux commissaires du gouvernement, nommés par le Roi. Un des commissaires du gouvernement est nommé sur présentation du Ministre de tutelle, l'autre sur présentation du ministre ayant le budget dans ses attributions.

En cas d'empêchement d'un commissaire du gouvernement, le ministre qui l'a présenté peut désigner un suppléant.

§ 2. Les commissaires du gouvernement assistent avec voix consultative aux réunions des organes de gestion. Ils ont les pouvoirs les plus étendus pour l'accomplissement de leurs missions. Chaque décision prise par l'organe de gestion de l'institution leur est communiquée immédiatement.

(...)

§ 5. Le Roi règle les conditions de nomination et l'exercice de la mission des commissaires du gouvernement";

que, conformément à l'article 23, § 5, de l'arrêté royal 3 avril 1997, précité, un arrêté royal du 14 novembre 2001 réglant les conditions de nomination et l'exercice de la mission des Commissaires du Gouvernement auprès des institutions publiques de sécurité sociale a été adopté, dont l'article 2 est rédigé comme suit :

" § 1^{er}. Le Ministre de tutelle présente à la nomination pour un mandat de Commissaire du Gouvernement, un fonctionnaire appartenant à un département placé sous son autorité. Lorsque la tutelle est exercée par le Ministre qui a les Pensions dans ses attributions, il présente un fonctionnaire appartenant au Ministère des Affaires sociales, de la Santé publique et de l'Environnement ou à l'Administration des Pensions du Ministère des Finances.

§ 2. Sur proposition du Directeur général de l'Administration du Budget, le Ministre ayant le Budget dans ses attributions présente à la nomination pour un mandat de Commissaire du Gouvernement du Budget un Inspecteur des Finances mis à la disposition du gouvernement fédéral ou un fonctionnaire appartenant au Ministère des Finances.

§ 3. Le mandat de Commissaire du Gouvernement ou de Commissaire du Gouvernement suppléant est incompatible avec le mandat ou les fonctions d'administrateur général, d'administrateur général adjoint, d'agent ou de préposé auprès des organismes visés à l'article 2 de l'arrêté royal du 3 avril 1997 portant des mesures en vue de la responsabilisation des institutions publiques de sécurité sociale, en application de l'article 47 de la loi du 26 juillet 1996 portant modernisation de la sécurité sociale et assurant la viabilité des régimes légaux des pensions, et auprès des institutions publiques de sécurité sociale visées à l'article 3, § 2, du même arrêté, ainsi qu'avec une fonction dans un cabinet ministériel. Une même personne ne peut exercer plus d'un mandat de Commissaire du Gouvernement, auprès d'une institution rangée dans les catégories 1 et 2 visées à l'article 3, alinéa 2";

Considérant que les commissaires du gouvernement auprès des institutions de sécurité sociale sont nommés par le Roi, l'un sur présentation du ministre de tutelle, l'autre sur présentation du Ministre ayant le Budget dans ses attributions et sont choisis parmi les fonctionnaires appartenant au département ou ministère placé sous l'autorité des ministres concernés; qu'ils assurent, au nom des ministres concernés, le contrôle sur ces institutions et disposent pour ce faire des pouvoirs les plus étendus; qu'ils exercent dès lors incontestablement une fonction publique;

Considérant que le principe constitutionnel d'égal accès aux emplois publics implique qu'outre la publicité des vacances d'emploi ainsi que des épreuves et critères de sélection, un système de recrutement objectif des candidats à l'attribution d'une fonction publique, offrant les garanties nécessaires en matière d'égalité de traitement, soit déterminé par l'autorité; que ce principe tout à fait général dans la fonction publique belge et essentiel est formellement traduit dans l'arrêté royal du 22 décembre 2000, précité, et plus spécialement en son article 3; qu'en l'espèce, l'emploi contesté n'a fait l'objet d'aucun avis de vacance et la décision attaquée ne fait mention d'aucun critère sur lesquels se serait fondée la partie adverse pour préférer la personne nommée plutôt que le requérant; que le moyen est fondé;

Considérant qu'il n'y a pas lieu d'examiner le second moyen eu égard à la circonstance que l'annulation sur la base du premier moyen impliquera une réfection de l'acte attaqué à un stade antérieur à sa motivation,

D É C I D E :

Article 1^{er}.

Est annulé l'arrêté royal du 8 mars 2012 portant nomination de Machteld ORY en qualité de commissaire de gouvernement près l'Office national des Pensions.

Article 2.

Le présent arrêt sera publié par extrait au Moniteur belge dans les mêmes formes que l'arrêté annulé.

Article 3.

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

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VIII^e chambre, le cinq février deux mille treize par :

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

Le Greffier assumé,

Le Président,

Gr. DELANNAY.

J. VANHAEVERBEEK.