

ROYAUME DE BELGIQUE

Avis 39.733/2

DE LA SECTION DE LÉGISLATION DU CONSEIL D'ÉTAT

Le CONSEIL D'ÉTAT, section de législation, deuxième chambre, saisi par le Ministre de la Fonction publique et des Sports de la Communauté française, le 12 janvier 2006, d'une demande d'avis sur un projet d'arrêté du Gouvernement de la Communauté française "instaurant un régime de mandats pour les fonctionnaires généraux des Services du Gouvernement de la Communauté française, du Conseil supérieur de l'Audiovisuel et des Organismes d'intérêt public qui relèvent du Comité de Secteur XVII", a donné le 21 juin 2006 l'avis suivant :

Observations générales

Portée de l'arrêté en projet

Le texte en projet vise à instaurer un régime de mandats pour les fonctionnaires généraux de la Communauté française.

La relation de travail des agents publics est en principe soumise à un régime statutaire. Cette conception traditionnelle a été progressivement assouplie, l'engagement de personnel sous contrat de travail étant admis sous des conditions strictes, notamment pour répondre à des besoins exceptionnels et temporaires ⁽¹⁾.

Dans le cadre de la réforme de l'administration engagée à la fin des années nonante, il a été décidé de conférer les fonctions dirigeantes sous la forme de mandats, c'est-à-dire par l'attribution, à titre temporaire, de fonctions permanentes du cadre. Cette décision reposait sur l'idée que le management public requiert des aptitudes particulières. Pour cette même raison, les emplois conférés par mandats furent rendus accessibles, dans certains cas, non seulement à des personnes recrutées au sein de l'administration, mais aussi à des candidats extérieurs à la fonction publique ⁽²⁾.

⁽¹⁾ Voir l'article 2 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 (ci-après l'ARPG), Moniteur belge du 9 janvier 2001.

⁽²⁾ Voir à ce sujet A. DE BECKER et B. LOMBAERT, "La nature juridique de la relation de travail entre l'administration et ses agents", dans : "La réforme de la Fonction publique", actes du colloque du 25 avril 2002, sous la direction scientifique de R. ANDERSEN et K. LEUS, La Charte, 2002, pp. 77 et suiv., spéc. n° 27, p. 108.

Ces conceptions se sont concrétisées dans l'article 12 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 (ARPG) aux termes duquel "le statut peut prévoir un régime de mandat pour les fonctions de management". Comme la section de législation l'a souligné dans l'avis 30.491/4, donné le 25 avril 2001, sur un projet d'arrêté devenu l'arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale du 19 juillet 2001 portant le statut administratif et pécuniaire des agents des organismes d'intérêt public de la Région de Bruxelles-Capitale ⁽³⁾, il résulte de cette disposition qu'il appartient à chaque Gouvernement de Communauté et de Région de préciser le régime du mandat ⁽⁴⁾.

L'État fédéral et certaines entités fédérées ont élaboré des réglementations permettant l'engagement des fonctionnaires dirigeants sous un régime de mandats ⁽⁵⁾.

Le Gouvernement de la Communauté française a adopté le 27 mars 2003 un arrêté instaurant un régime de mandats pour les fonctionnaires généraux des Services du Gouvernement de la Communauté française, du Conseil supérieur de l'Audiovisuel et des Organismes d'intérêt public qui relèvent du Comité de Secteur XVII ⁽⁶⁾, sur lequel la section de législation a donné, le 25 juin 2002, l'avis 33.207/2.

⁽³⁾ Moniteur belge du 18 septembre 2001.

⁽⁴⁾ En ce qui concerne l'admissibilité d'une telle relation statutaire temporaire et les difficultés qu'elle peut générer, il est renvoyé à la deuxième observation générale formulée dans l'avis 33.207/2, donné le 25 juin 2002, sur un projet d'arrêté devenu l'arrêté du Gouvernement de la Communauté française du 27 mars 2003 instaurant un régime de mandats pour les fonctionnaires généraux des Services du Gouvernement de la Communauté française, du Conseil supérieur de l'Audiovisuel et des Organismes d'intérêt public qui relèvent du Comité de Secteur XVII (Moniteur belge du 11 juillet 2003).

⁽⁵⁾ Un relevé détaillé de ces réglementations figure dans l'étude de MM. VAN DAMME et S. WEERTS, "Le régime juridique du mandat", dans : "La réforme de la Fonction publique", précitée, pp. 121 et suiv., spéc. n^{os} 10 à 29.

⁽⁶⁾ Moniteur belge du 11 juillet 2003.

Cet arrêté du 27 mars 2003 a été annulé par le Conseil d'État dans l'arrêt DEGUELDRE, n° 142.684 du 25 mars 2005. L'arrêté en projet vise à se substituer à l'arrêté annulé, par rapport auquel il comporte des différences importantes destinées notamment à remédier aux illégalités constatées par l'arrêt précité.

Base légale

Les bases légale et décrétales de l'arrêté en projet sont l'article 87, § 3, de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980 ⁽⁷⁾ ainsi que les dispositions décrétales visées aux alinéas 2 à 6 du préambule.

Compétence et champ d'application

1. Le projet devenu l'arrêté du 27 mars 2003, précité, ne prévoyait pas, au stade de son examen par la section de législation, que son champ d'application s'étendrait au Conseil supérieur de l'Audiovisuel (C.S.A.). L'avis 33.207/2, donné sur ce projet, n'a donc pas examiné, par la force des choses, si le régime des mandats envisagé pouvait être rendu applicable au C.S.A.

Dans son avis du 8 septembre 2005, le Conseil de direction du C.S.A. a émis des objections quant à l'application de l'arrêté en projet à son égard. Le C.S.A. invoque notamment la qualité d'autorité administrative indépendante qui lui est reconnue par l'article 130 du décret du 27 février 2003 sur la radiodiffusion.

La déléguée du ministre a précisé que seul le secrétaire d'instruction du C.S.A. était visé par l'arrêté en projet ⁽⁸⁾. Le texte doit être adapté en conséquence.

⁽⁷⁾ Voir en ce sens l'avis 33.207/2, précité, première observation relative au préambule.

⁽⁸⁾ Voir l'article 140, § 3, du décret du 27 février 2003 sur la radiodiffusion disposant comme suit :
"Le secrétaire d'instruction est désigné par le Gouvernement, pour un mandat de cinq ans. Le Gouvernement arrête le statut du secrétaire d'instruction."

2. Le Commentaire des articles du rapport au Gouvernement qui figure dans les pièces soumises au Conseil d'État en même temps que la demande d'avis et qui est destiné à être publié en même temps que l'arrêté, fait référence au Fonds Ecureuil au sujet de l'article 2 du projet. Il ressort des réponses fournies par la déléguée du ministre que le Fonds Ecureuil n'est pas concerné par le projet d'arrêté. Sous réserve de l'observation formulée sous l'intitulé, il serait utile de préciser ce point dans le Commentaire des articles.

Observations particulières

Intitulé

Ainsi que la section de législation l'a déjà fait observer dans l'avis 33.207/2, précité, il y a lieu de supprimer les mots "des organismes d'intérêt public qui relèvent du Comité de Secteur XVII" et de les remplacer par la dénomination exacte des organismes concernés. En effet, la détermination du ressort des comités de secteur procède d'une décision de l'État fédéral compétent en la matière et il ne relève pas du pouvoir des Communautés et des Régions de la figer, fût-ce par voie incidente. Cette observation vaut également pour la suite du texte.

Préambule

1. À l'alinéa 1^{er}, les mots "visant à achever la structure fédérale de l'État" doivent être omis.

2. L'intitulé exact du décret visé au quatrième alinéa est "décret du 11 juillet 2002 relatif à la formation en cours de carrière dans l'enseignement spécialisé ..." (et non : "... dans l'enseignement spécial ...").

3. Lorsqu'il est fait référence à l'ensemble d'un texte (comme c'est le cas des alinéas 7 à 17 du préambule), cette référence doit toujours se faire en mentionnant toutes les modifications expresses et encore en vigueur que ce texte a subies, et cela uniquement par indication de la nature et de la date des textes modificatifs.

Les alinéas 7 et 8 sont à compléter en ce sens, de même que les autres alinéas s'il échet.

À l'alinéa 12, il y a lieu de citer en outre un arrêté du 18 février 2005, qui a également modifié l'arrêté du 9 novembre 1998.

4. À l'alinéa 8, il suffit de viser l'arrêté que le texte en projet modifie. Les mots "notamment les articles 13 et 31bis" doivent être omis.

5. Le Conseil d'État, section de législation n'aperçoit pas pourquoi le préambule mentionne, en son alinéa 16, un arrêté du 3 mars 2004, qui n'est pas modifié par le texte en projet. Cet alinéa paraît devoir être omis.

Il en va de même de l'arrêté du Gouvernement du 17 mars 2004, cité à l'alinéa 17 du préambule.

6. L'accord du Ministre du Budget n'étant pas requis, il convient d'omettre l'alinéa 21.

Dispositif

Articles 1^{er} et 2, 1^o

Ces articles doivent être adaptés conformément à l'observation formulée sous l'intitulé.

.../...

Article 3

L'alinéa 2 prête à confusion en ce qu'il semble exclure du régime des mandats les emplois visés à l'article 8, §§ 1^{er}, 2 et 4 de l'arrêté du 22 juillet 1996 portant statut des Services du Gouvernement de la Communauté française.

La déléguée du ministre a fourni à ce sujet les précisions suivantes :

"a. les emplois visés à l'article 8, §§1, 2 et 3 seront attribués par mandat, seuls les emplois visés à l'article 8, §4 ne seront pas attribués par mandat.

L'article 3, al. 2 du projet d'arrêté ne concerne que les emplois de rang 15 (DGA) en indiquant que seuls les emplois de rang 15 visés à l'article 8, §3 (DGA avec responsabilité de service) sont visés, et non les emplois de rang 15 visés à l'article 8, § 4."

L'article 3, alinéa 2, devrait être clarifié, par exemple en écrivant : "Parmi les emplois de rang 15 existant au sein des Services du Gouvernement de la Communauté française, seuls les emplois de rang 15 visés à l'article 8, § 3, ...".

Article 5

1. Dans l'alinéa 1^{er}, tant 1° que 2°, il conviendrait de préciser que les conditions énoncées sous les deux tirets sont chaque fois cumulatives (ainsi que cela ressort du Rapport au Gouvernement : "il faut, en outre, pouvoir se prévaloir..."). Après les mots "au niveau 1;", il est, dès lors, suggéré d'ajouter "et" (tant au 1° qu'au 2° de l'alinéa 1^{er}). La déléguée du ministre a marqué son accord à ce sujet.

2. La demande d'avis invite le Conseil d'État à procéder à un examen spécifique de l'article 5 du projet d'arrêté, plus particulièrement quant à la notion de "secteur public organique ou fonctionnel".

Ainsi que la section de législation l'a rappelé notamment dans l'avis 28.214/2, donné le 7 octobre 1998 sur un avant-projet de décret devenu le décret du 1^{er} avril 1999 portant création de la S.A. de droit public SARSI ⁽⁹⁾, il y a lieu d'entendre par "service public organique", selon la définition classique de la doctrine, "un organisme public, créé par les gouvernants, placé sous leur haute direction, soumis à un régime juridique spécial, qui a pour but de répondre à l'obligation que les gouvernants estiment avoir de donner satisfaction à des besoins collectifs au public".

Par "service public fonctionnel", il y a lieu d'entendre, selon la jurisprudence de la Cour d'arbitrage ⁽¹⁰⁾, "un service qui est organisé par l'initiative privée pour les besoins de tout ou partie de la population, en vue d'assumer une mission d'intérêt général". Constitue notamment un tel service public fonctionnel, l'enseignement libre subventionné ⁽¹¹⁾.

Quant au choix opéré par les auteurs du projet, d'exiger dans le chef des candidats à un emploi de rang 15, une expérience d'au moins un an au sein du secteur public organique ou fonctionnel, il s'agit d'une appréciation d'opportunité sur laquelle la section de législation n'a pas à émettre un avis.

L'attention de l'auteur du projet est toutefois attirée sur le fait que le 1^o de l'article 5, alinéa 1^{er}, en projet, fait également référence à la notion de "secteur public". Par souci de cohérence, il convient de préciser s'il peut s'agir, comme au 2^o du même alinéa, d'un service public organique ou fonctionnel.

⁽⁹⁾ Doc. C.R.W., 1998-1999, n° 482/1.

⁽¹⁰⁾ Arrêt n° 26/92 du 2 avril 1992, considérant 3.B.6.

⁽¹¹⁾ Arrêt de la Cour d'arbitrage précité. Voir, dans le même sens, les arrêts du Conseil d'Etat GILLET, n° 147.376 du 6 juillet 2005, et VANDER LINDEN, n° 149.008 du 16 septembre 2005.

Article 7

Au lieu de "à dater de leur nomination", il serait préférable d'écrire : "à dater de leur entrée en fonctions". L'article 13, alinéa 2, de l'ARPG prévoit en effet que "sans préjudice d'un éventuel accord de coopération qui prévoirait d'autres modalités de transfert, l'autre autorité peut exiger de l'agent concerné une période de préavis de trois mois au plus". La modification suggérée permettrait aussi de tenir compte du préavis qui doit éventuellement être presté par un mandataire recruté dans le secteur privé. La déléguée du ministre a marqué son accord à ce sujet.

Article 8

Un des motifs d'annulation de l'arrêté du 27 mars 2003, précité, par l'arrêt DEGUELDRE, précité, est l'absence de rôle déterminant du Selor ⁽¹²⁾ dans la sélection et le recrutement des mandataires, contrairement à ce qu'exige l'article 87, § 2, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles pour l'attribution de mandats relatifs à des emplois du ministère à des candidats extérieurs. L'arrêt DEGUELDRE, précité, a annulé l'arrêté du 27 mars 2003 au motif, notamment (troisième moyen), "que l'administrateur délégué du Selor n'a aucune prérogative particulière, il n'a notamment aucun pouvoir quant à la désignation des autres membres de la commission". Il ne paraît pas certain que l'article 8 en projet remédie valablement à cette critique.

En effet, bien que l'article 8, § 3, alinéa 1^{er}, dispose que "Le Selor désigne les membres de la Commission ..." ⁽¹³⁾, il résulte de l'alinéa 2 du même paragraphe 3 que le Gouvernement peut récuser un membre de la Commission proposé par le Selor, et que la procédure est ensuite recommencée jusqu'à ce que le Gouvernement ne formule plus d'objection sur la composition de la Commission de sélection.

⁽¹²⁾ Concernant la nécessité et la portée de l'intervention du Selor, voir, dans l'arrêt DEGUELDRE, précité, la discussion du troisième moyen.

⁽¹³⁾ Selon la déléguée du ministre, la formulation utilisée dans le Rapport au Gouvernement ("ses membres sont désignés par le Gouvernement sur proposition du Selor") doit être corrigée.

La déléguée du ministre a fourni à cet égard les précisions suivantes :

"(...)

- b. Le fait que la navette «désignation Selor - récusation par le Gouvernement» soit de durée indéterminée et que ce faisant il n'y a pas de prééminence du Gouvernement permet de donner au Selor le pouvoir de désigner *in fine* les membres de la dite Commission.

En outre, une réelle amélioration par rapport à l'arrêté annulé du 27 mars 2003 peut être notée vu qu'il y était prévu une désignation des membres de la Commission par le Gouvernement, sans intervention du Selor.

Enfin, il s'indique de signaler que le même mécanisme est prévu au niveau fédéral (arrêté royal du 29 octobre 2001)."

Il apparaît toutefois que le mécanisme prévu à l'article 8 de l'arrêté royal du 29 octobre 2001 relatif à la désignation et à l'exercice des fonctions de management dans les services publics fédéraux ⁽¹⁴⁾ attribue au Selor une influence beaucoup plus déterminante dans la composition des Commissions de sélection, que l'article 8 du projet : pour les fonctions de management -2 et -3, le Selor décide seul de la composition de la Commission de sélection; pour les seules fonctions de président du Comité de direction et de management -1, les membres du Gouvernement peuvent émettre des objections mais ne disposent pas du pouvoir de récuser les membres de la Commission de sélection. Le Selor est simplement tenu de répondre à ces remarques par une décision motivée.

Par contre, dans le système de l'article 8 du projet, si le Selor garde formellement le pouvoir du dernier mot, le pouvoir de récusation dont dispose le Gouvernement peut néanmoins obliger le Selor à proposer, en fin de compte, le ou les membres souhaités par le Gouvernement.

L'article 8 du projet s'expose ainsi aux mêmes critiques que celles retenues par l'arrêt DEGUELDRE. Cette disposition devrait être revue pour tenir compte des observations qui précèdent.

⁽¹⁴⁾ Moniteur belge du 31 octobre 2001.

Article 13

Au paragraphe 2, alinéa 1^{er}, il convient de remplacer le mot "assurera" par le mot "assure".

Au paragraphe 3, alinéa 2, point 4°, il serait plus explicite d'écrire : "l'ensemble des critères sur la base desquels les candidats seront évalués". Le commentaire de l'article 13 mentionne, en effet, in fine que "l'ensemble des critères sur base desquels seront évalués les candidats figurera dans l'appel à candidature", ce qui doit empêcher l'ajout d'autres critères en cours de procédure.

Article 14

1. L'alinéa 1^{er} de l'article 14 gagnerait à être rédigé comme suit :

"Art. 14.

(...)

1° si la candidature répond aux conditions de recevabilité ...;

2° si le candidat remplit les conditions d'accès ...;

3° la réalité des formations que le candidat fait valoir dans son acte de candidature et la pertinence de celles-ci avec le poste à pourvoir.

(...)"

2. Compte tenu de l'observation formulée au sujet de l'article 7 du projet, il conviendrait d'écrire, à l'article 14, alinéa 1^{er}, 2°, du projet : "continuera à exercer après son entrée en fonction" (au lieu de : "continuera à exercer après sa désignation").

.../...

3. L'alinéa 2 gagnerait à préciser : "Le Selor notifie sa décision quant à la recevabilité de la candidature ...".

Article 15

Le Conseil d'État se demande comment des candidats ne répondant "manifestement" pas aux critères mentionnés dans l'appel à candidatures peuvent encore être présents à ce stade de la procédure, alors qu'ils auraient dû être éliminés au stade de l'examen de la recevabilité (article 14 du projet). De plus, l'absence d'audition des candidats écartés comme "non aptes" en application de l'article 15, alinéa 2, pose problème au regard du principe général du droit "audi alteram partem". Il vaudrait mieux soumettre tous les candidats déclarés "recevables" à une même procédure d'évaluation comportant une audition de chacun d'entre eux, en supprimant la distinction entre candidats "aptés" et "non aptés".

Articles 16 et 17

1. La section de législation n'aperçoit pas en quoi consiste le pouvoir d'"approbation" conféré au Selor par l'article 16 du projet. Le Selor n'ayant pas entendu les candidats, son pouvoir semble devoir se limiter à un contrôle purement formel.

La déléguée du ministre a fourni les précisions suivantes à ce sujet :

"Étant entendu que le Selor désigne les membres de la Commission, que son administrateur est membre de droit de la Commission et que le Selor préside la Commission, il apparaît clairement que par approbation, il faut entendre validation et vérification de ce que l'ensemble de la procédure de sélection s'est déroulée conformément aux prescrits de l'arrêté en projet. L'économie générale de ce dispositif fait par conséquent du Selor l'élément central de l'ensemble de la procédure."

Ces explications confirment que le Selor n'a aucun pouvoir d'appréciation concernant le classement des candidats.

2. Il ressort par ailleurs de l'article 17, § 2, du projet, que le Gouvernement peut s'écarter du classement approuvé par le Selor, sous la seule réserve de l'audition du candidat proposé et de tous les candidats mieux classés que celui-ci.

Le projet maintient ainsi un système proche de celui prévu par l'article 8 de l'arrêté du 27 mars 2003, précité, qui a été censuré par l'arrêt DEGUELDRE en ces termes (quatrième moyen soulevé dans cette affaire) :

"... l'autorité investie du pouvoir de nomination garde intact son pouvoir d'appréciation; qu'en effet, les mandataires sont désignés par le Gouvernement sur la proposition du Ministre de la Fonction publique et du ministre fonctionnellement compétent qui peuvent s'écarter de la présélection de la Commission sous la seule réserve de l'audition des candidats "mieux classés que le candidat proposé"; que l'autorité investie du pouvoir de nommer dispose donc d'un très large pouvoir discrétionnaire pour désigner le candidat de son choix de sorte que les garanties nécessaires en matière d'égalité de traitement, d'objectivité et d'impartialité ne sont pas assurées; que la seule organisation d'une audition n'est pas suffisante pour compenser cette absence de garantie ...".

La déléguée du ministre soutient que le texte en projet ne s'expose pas aux mêmes critiques que l'arrêté du 27 mars 2003, pour les raisons suivantes :

"(...)

Par ailleurs, la procédure a été considérablement améliorée par rapport à l'ancien arrêté mandat : les critiques retenues par la section d'administration du Conseil d'État dans l'arrêt DEGUELDRE ne nous semblent pas pouvoir être faite(s) par rapport à la nouvelle procédure.

En effet, dans l'arrêté du 27 mars 2003, il était prévu que :

- la Commission de sélection et d'évaluation était composée de membres désignés par le Gouvernement, sans intervention du Selor;
- la Commission établissait elle-même son règlement d'ordre intérieur;
- les candidatures étaient introduites auprès du Gouvernement;
- le Selor n'intervenait plus dans la procédure de sélection après l'examen de la recevabilité des candidatures;

Tandis que le projet d'arrêté actuel prévoit que :

- les membres de la Commission sont sélectionnés et désignés par Selor;
- le Selor établit le règlement d'ordre intérieur de la Commission;
- les candidatures doivent être introduites auprès du Selor;
- le Selor est impliqué à tous les stades de la procédure de sélection (recevabilité, conditions d'accès, approbation du classement des candidats); le Selor est le seul contact avec les candidats."

.../...

Ces explications n'empêchent pas de constater que c'est le Gouvernement qui décide en définitive du choix du candidat retenu et qu'il peut à cette fin s'écarter du classement approuvé par le Selor sans autre obligation que celle de procéder à une audition du candidat proposé et des candidats mieux classés que celui-ci. Le projet pourrait, dès lors, s'exposer à des critiques analogues à celles retenues par l'arrêt DEGUELDRE, précité.

3. Comme l'a souligné à diverses reprises le Conseil d'État ⁽¹⁵⁾, les membres des cabinets ministériels sont les collaborateurs personnels du ministre; ils n'ont pas la qualité d'autorité administrative, ne sont pas autorisés à se substituer à l'administration et ne peuvent se voir déléguer certains de ses pouvoirs par le ministre dont ils relèvent. La deuxième phrase de l'alinéa 2 de l'article 17 doit, en conséquence, être omise.

La même observation vaut pour l'article 32, § 1^{er}, alinéa 2, en projet.

Article 20

Il convient de remplacer le mot "lignée" par le mot "voie". La même observation vaut pour l'article 32, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 4°, en projet.

Article 22

Il serait utile de préciser le régime du remplacement temporaire, en indiquant notamment par quelle autorité le remplaçant temporaire est nommé, selon quelle procédure cette nomination a lieu et quelles sont les conditions devant être remplies par le remplaçant.

⁽¹⁵⁾ Voir, notamment, J. SALMON, Le Conseil d'État, T. 1, Bruylant, Bruxelles, 1994, p. 402 (et les références citées).

Observation sur la Section VII du Chapitre Premier

Dans l'avis 30.491/4, donné le 25 avril 2001 sur un projet devenu l'arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale du 19 juillet 1991, précité, la section de législation a critiqué le projet comme lacunaire au motif que :

"(...) aucune disposition ne précise si l'emploi occupé par l'agent avant sa désignation comme mandataire devient vacant du fait de sa désignation -ou est susceptible d'être déclaré tel à certaines conditions- et s'il peut être pourvu. Rien n'est dit de l'affectation éventuelle que reçoit l'agent à l'expiration de son mandat."

Le projet à l'examen gagnerait à être complété sur ces points.

Article 24

Afin de clarifier l'alinéa 2, il est suggéré d'ajouter, après les mots "le contrat de travail du membre du personnel", les mots "de la Communauté française".

Article 25

Le point 8° gagnerait à être rédigé comme suit : "le congé pour mission ... du Comité de Secteur XVII, pour exercer une fonction autre que celle faisant l'objet du mandat conféré en application du présent arrêté".

Articles 26 à 29

1. Dans le système envisagé, l'ancien mandataire issu des Services de l'État fédéral ou d'une entité fédérée autre que la Communauté française ne reçoit aucun avantage financier à la fin de son mandat. La déléguée du ministre a fourni des explications à cet égard. Il serait souhaitable que ces explications soient insérées dans le rapport au Gouvernement.

.../...

2. À l'article 27, au lieu d'écrire "et aux personnes qui exercent temporairement la fonction", il serait plus clair d'écrire : "et aux personnes visées à l'article 22".

Il serait également utile d'ajouter, comme il ressort des explications fournies par la déléguée du ministre, que le montant de la prime mentionné à l'article 27 représente un montant annuel, qui est payé mensuellement au prorata des prestations effectuées.

Article 32

1. L'article 32, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, annonce "trois catégories" mais en énonce ensuite quatre. La déléguée du ministre a précisé qu'il s'agissait en réalité de quatre catégories. Le texte devra être adapté sur ce point.

2. En se référant au directeur de cabinet, l'article 32, § 1^{er}, alinéa 2, appelle la même observation que l'observation 3 formulée sous l'article 17.

Article 36

Les conditions justifiant l'attribution, respectivement des mentions "très favorable" et "favorable", ne sont pas définies avec suffisamment de précision pour permettre un contrôle effectif. Ainsi, ni le texte du projet ni le rapport au Gouvernement ne contiennent d'indications quant aux critères selon lesquels il peut être considéré qu'un mandataire "s'est particulièrement distingué", au sens du 1°. De plus, le Conseil d'État n'aperçoit pas la différence entre les objectifs de management qui "ont été entièrement réalisés" et ceux qui ont été réalisés "avec le résultat demandé" (notions figurant respectivement aux 1° et 2° de l'article 36 du projet). Compte tenu de la conséquence importante qui s'attache à la mention "très favorable" (reconduction de plein droit du mandat au terme de celui-ci - article 42, § 1^{er}, du projet), l'attribution de cette mention doit se faire en fonction de critères objectifs et vérifiables qui doivent être énoncés dans le texte en projet.

Article 38

L'article 38, § 3, du projet prévoit que "dans le mois de l'introduction de la réclamation, la Chambre de recours donne son avis au Gouvernement", mais n'indique pas que le mandataire est préalablement entendu.

Dans l'avis 35.184/2, donné le 23 juin 2003 sur un projet devenu l'arrêté du Gouvernement wallon du 18 décembre 2003 portant le Code de la fonction publique wallonne ⁽¹⁶⁾, la section de législation a souligné, au sujet d'une disposition analogue, que "dans le cadre de ce type de procédure, le droit d'être entendu est essentiel, dès lors qu'une évaluation «défavorable» a pour conséquence de mettre fin au mandat". Compte tenu des effets des évaluations prévues aux articles 41, § 3, et 42, § 4, du projet, celui-ci devra prévoir que la Chambre de recours auditionne l'intéressé avant de donner l'avis prévu à l'article 38, § 3, du projet ⁽¹⁷⁾.

Chapitre II

(Dispositions modificatives et abrogatoires)

(Articles 43 à 81)

1. Les articles 43 à 81 de l'arrêté en projet abrogent ou modifient divers arrêtés applicables aux membres du personnel des "services de la Communauté française", au sens de l'article 2, 1°, du projet, afin de tenir compte du nouveau régime de mandats organisé par l'arrêté en projet. La plupart des modifications envisagées avaient cependant déjà été opérées par les articles 31 à 59 de l'arrêté du 27 mars 2003, précité, lesquels ont cependant été annulés par l'arrêt DEGUELDRE, précité, avec pour conséquence que les dispositions antérieures à l'entrée en vigueur, le 11 juillet 2003, de l'arrêté du 27 mars 2003, sont, à ce jour, de nouveau applicables. C'est donc à ces dispositions antérieures qu'il convient de se référer lorsqu'il s'agit d'examiner la portée des modifications opérées par l'arrêté en projet. Cette précision doit figurer dans le rapport au Gouvernement.

⁽¹⁶⁾ Moniteur belge du 31 décembre 2003.

⁽¹⁷⁾ Voir également l'arrêt du Conseil d'État, JADOT, n° 98.735 du 7 septembre 2001 qui a ordonné la suspension de l'exécution de l'arrêté royal du 2 mai 2001 relatif à la désignation et à l'exercice des fonctions de management et d'encadrement dans les services publics fédéraux (Moniteur belge du 8 mai 2001), spécialement la discussion du sixième moyen.

Il convient par ailleurs de faire clairement ressortir dans les phrases liminaires des dispositions modificatives que celles-ci concernent des articles au sujet desquels les modifications antérieurement apportées par l'arrêté du 27 mars 2003, précité, ont été annulées par l'arrêt DEGUELDRE. À titre d'exemple :

- il convient de rédiger l'article 43 du projet comme suit :

"Art. 43. L'arrêté du Gouvernement de la Communauté française du 20 octobre 1997 relatif à l'accession par changement de grade au grade d'administrateur général ou d'administratrice générale du Ministère de la Communauté française, abrogé par l'article 31 de l'arrêté du Gouvernement de la Communauté française du 27 mars 2003 annulé par l'arrêt du Conseil d'État n° 142.684 du 25 mars 2005, est abrogé";

- la phrase liminaire de l'article 44 du projet doit être rédigée comme suit :

"Art. 44. Le paragraphe 2 de l'article 2 de l'arrêté du Gouvernement de la Communauté française du 22 juillet 1996 portant statut des agents des services du Gouvernement de la Communauté française, remplacé par l'article 32 de l'arrêté du Gouvernement de la Communauté française du 27 mars 2003 annulé par l'arrêt du Conseil d'État n° 142.684 du 25 mars 2005, est remplacé par la disposition suivante :",

- le début de l'article 45 du projet doit être adapté comme suit :

"Art. 45. L'alinéa 1^{er} de l'article 3 du même arrêté, remplacé par l'article 33 de l'arrêté du Gouvernement de la Communauté française du 27 mars 2003 annulé par l'arrêt du Conseil d'État n° 142.684 du 25 mars 2005, est remplacé par la disposition suivante : (...);

- la phrase liminaire de l'article 47, § 3, du projet doit être rédigé comme suit :

"§ 3. Un paragraphe 4, rédigé comme suit, est inséré à la place de l'ancien paragraphe 4, inséré par l'article 35, § 3, de l'arrêté du Gouvernement de la Communauté française du 27 mars 2003 annulé par l'arrêt du Conseil d'État n° 142.684 du 25 mars 2005 :";

- l'article 48 du projet doit être adapté comme suit :

"Art. 48. À l'article 11 du même arrêté sont apportées les modifications suivantes :

- 1° à l'alinéa 1^{er}, les mots "fonctionnaires généraux titulaires d'un grade classé aux rangs 17, 16 et 15", remplacés par l'article 36 de l'arrêté du Gouvernement de la Communauté française du 27 mars 2003 annulé par l'arrêt du Conseil d'État n° 142.684 du 25 mars 2005, sont remplacés par les mots "... (la suite comme au projet)";
- 2° l'alinéa 2, supprimé par l'article 36 de l'arrêté du Gouvernement de la Communauté française du 27 mars 2003 annulé par l'arrêt du Conseil d'État n° 142.684 du 25 mars 2005, est abrogé;"

- l'article 55 du projet doit être rédigé comme suit :

"Art. 55. À l'annexe I du même arrêté, relative au classement hiérarchique des grades, sont apportées, dans la catégorie A. Fonctionnaires généraux ou fonctionnaires générales", les modifications suivantes :

- 1° les mots "16. Administrateur général ou Administratrice générale", remplacés par l'article 43 de l'arrêté du Gouvernement de la Communauté française du 27 mars 2003 annulé par l'arrêt du Conseil d'État n° 142.684 du 25 mars 2005, sont remplacés par les mots suivants : ... (la suite comme au projet);
- 2° après les mots "15 : Directeur général adjoint ou Directrice générale adjointe", les mots suivants, insérés par l'article 43 de l'arrêté du Gouvernement de la Communauté française annulé par l'arrêt du Conseil d'État n° 142.684 du 25 mars 2005, sont insérés : ... (la suite comme au projet);

- La phrase liminaire de l'article 57 du projet doit être rédigé comme suit :

"Art. 57. Dans l'article 13 de l'arrêté du Gouvernement de la Communauté française du 22 juillet 1996 portant statut pécuniaire des agents des services du Gouvernement de la Communauté française, un alinéa 2 rédigé comme suit, est inséré à la place de l'ancien

.../...

alinéa 2, inséré par l'article 45 de l'arrêté du Gouvernement de la Communauté française du 27 mars 2003 annulé par l'arrêt du Conseil d'État n° 142.684 du 25 mars 2005 .";

- Les articles suivants seront adaptés dans le même sens.

2. L'article 56 du projet abroge les articles 9, 10, 17, 46 à 48, 49, § 2 et 50 à 53 de l'arrêté du Gouvernement de la Communauté française du 22 juillet 1996 portant statut des agents des services du Gouvernement de la Communauté française. L'article 44 de l'arrêté du Gouvernement de la Communauté française du 27 mars 2003 annulé par l'arrêt du Conseil d'État n° 142.684 du 25 mars 2005, avait abrogé les articles 9, 10, 17 et 46 à 53 du même arrêté. La combinaison de l'article 56 du projet et des effets de l'arrêt d'annulation du Conseil d'État a, en conséquence, pour effet que l'article 49, § 1^{er}, de l'arrêté du 19 juillet 1996, précité, restera en vigueur. Une telle précision doit figurer dans le rapport au Gouvernement.

3. L'arrêté en projet ne comporte pas de dispositions abrogatoires analogues aux articles 51 et 52 de l'arrêté du Gouvernement de la Communauté française du 27 mars 2003, précité. Il ne serait pas inutile que l'explication en soit donnée dans le rapport au Gouvernement.

4. Certaines des modifications opérées par les articles 43 à 81 du projet entreront en vigueur, avec effet rétroactif, à la date d'entrée en vigueur, le 11 juillet 2003, de l'arrêté du Gouvernement de la Communauté française du 27 mars 2003, annulé par l'arrêt du Conseil d'État n° 142.684 du 25 mars 2005. Il est, sur ce point, renvoyé à l'observation 2 sous l'article 85.

Articles 45 et 46

Après les mots "visés à l'article 8, § 4," les mots "du même arrêté" doivent être supprimés.

.../...

Article 47

L'article 47 serait mieux rédigé comme suit :

"Art. 47. À l'article 8 du même arrêté sont apportées les modifications suivantes :

1° le § 1^{er} est remplacé par la disposition suivante : ...;

2° le § 3 est remplacé par la disposition suivante : ...;

3° il est inséré un § 4, libellé comme suit : ...".

Article 51

La phrase liminaire doit être rédigée comme suit : "L'article 33 du même arrêté est remplacé par la disposition suivante :".

Article 53

Il n'y a pas lieu de mentionner l'article 59 de l'arrêté du 22 juillet 1996, cette disposition ayant été abrogée par l'article 7 de l'arrêté du Gouvernement de la Communauté française du 17 juillet 2003 modifiant les statuts administratif et pécuniaire des agents des Services du Gouvernement de la Communauté française et des Organismes d'intérêt public relevant du Comité de Secteur XVII⁽¹⁸⁾. La déléguée du ministre a marqué son accord sur cette observation.

Articles 59 et 63

L'article 59 du projet ne présente aucune utilité, la modification envisagée par cette disposition résultant déjà de l'arrêté du Gouvernement de la Communauté française du 18 février 2005 modifiant l'arrêté du Gouvernement de la Communauté

⁽¹⁸⁾ Moniteur belge du 17 septembre 2003.

française du 9 novembre 1998 portant règlement pour la nomination à chacun des grades et fixant les diplômes exigés au recrutement à certains grades dans les services du Gouvernement - Ministère de la Communauté française. La déléguée du ministre a marqué son accord sur cette observation.

La même observation vaut pour l'article 63 du projet.

Articles 61 et 62

La déléguée du ministre a admis que les articles 61 et 62 n'avaient pas de raison d'être et devaient être supprimés.

Article 69

Au lieu de "À l'article 30 du même arrêté...", on écrira : "À l'annexe II visée à l'article 30 du même arrêté...".

Article 76

Au lieu de "À l'article 33 du même arrêté...", on écrira : "À l'annexe IV visée à l'article 33 du même arrêté...".

Article 80

1. Au 1°, l'arrêté auquel il est renvoyé sera cité avec son intitulé complet.

2. Au 2°, on écrira "Dans l'alinéa 3 du même article..." (et non : "Dans l'alinéa 3 du même arrêté...").

.../...

Article 82

1. L'alinéa 1^{er} de la disposition en projet vise "les membres du personnel de la Communauté française". De l'accord de la déléguée du ministre, il serait plus précis d'écrire "les membres des services visés à l'article 2, 1°, du présent arrêté".

2.1. En application de l'article 82, alinéas 1^{er} à 3, de l'arrêté en projet,

"(...) les membres du personnel de la Communauté française exerçant une fonction de rang 15, 16, 16+ ou 17 et n'ayant pas fait l'objet d'une mention «réservé» ou «défavorable» lors de leur dernière évaluation, sont nommés à titre temporaire ⁽¹⁹⁾ dans la dernière fonction qu'ils ont exercé (lire : exercée) durant deux ans au moins".

2.2. Dans la mesure où les fonctions ainsi visées semblent également concerner des fonctions qui ont déjà pu être attribuées par mandat en application de l'arrêté du Gouvernement de la Communauté française du 27 mars 2003, précité, la disposition en projet aura pour effet que pourront être maintenues en fonction certaines des personnes qui ont pu bénéficier d'une nomination à titre temporaire par le biais d'un système d'attribution des mandats depuis lors annulé par le Conseil d'État dans son arrêt DEGUELDRE, précité. Dès lors que la disposition en projet aboutirait ainsi à maintenir pour l'avenir certains des effets d'un système d'attribution des mandats qui a, dans l'intervalle, été annulé par le Conseil d'État, sans que celui-ci ait estimé nécessaire de tempérer les effets de son arrêt d'annulation, en application de l'article 14^{ter} des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, elle s'expose, en cas de recours en annulation devant la section d'administration du Conseil d'État, aux mêmes critiques que celles exprimées dans l'arrêt DEGUELDRE, précité.

De même, le quatrième alinéa de l'article 82, en projet, ne peut non plus conduire à ce que des personnes qui n'étaient pas, avant leur désignation à un mandat, des agents nommés à titre définitif d'un service de la Communauté française au sens de l'article 2, 1°, de l'arrêté en projet, et qui ont pu bénéficier d'une nomination à titre

⁽¹⁹⁾ L'alinéa premier de la disposition en projet ne précise pas pour quelle durée le premier mandat est attribué : est-ce pour cinq ans, comme il résulte de la règle générale prévue par l'article 21, § 1^{er}, de l'arrêté en projet, ou seulement dans l'attente de l'organisation d'un recrutement selon la procédure normale instaurée par l'arrêté en projet (appel à candidatures; introduction d'un dossier de candidature;)?

temporaire en application des dispositions de l'arrêté du 27 mars 2003, précité, puissent être, par analogie, assimilées à des agents nommés à titre définitif au sens de l'article 83, en projet, et bénéficier par conséquent du régime prévu par cet article.

2.3. Dans la mesure où l'article 82 trouverait cette fois à s'appliquer à des agents nommés à titre définitif dans une fonction de rang 15, 16, 16+ ou 17, au moment de l'entrée en vigueur de l'arrêté en projet, il appelle cette fois les observations suivantes.

2.3.1. L'attention des auteurs du projet est attirée sur le fait que le système prévu à l'alinéa 1^{er} (nomination, à titre temporaire, dans la dernière fonction exercée pendant deux ans au moins) est susceptible d'entraîner, dans certains cas, une nomination à un grade moins élevé que celui occupé auparavant par le mandataire. Pour éviter des contestations à ce sujet, il est suggéré de remplacer les mots "sont nommés à titre temporaire..." par les mots "sont, avec leur accord, nommés à titre temporaire...".

2.3.2. À l'alinéa 1^{er}, il serait souhaitable de préciser pour quelle durée le premier mandat est attribué: est-ce pour cinq ans comme c'est la règle générale de l'article 21, § 1^{er}, du projet, ou seulement dans l'attente de l'organisation d'un recrutement selon la procédure normale instaurée par le projet (appel à candidatures, introduction d'un dossier de candidature ...) ?

Cette dernière solution serait préférable. Il paraît en effet peu justifié d'instaurer, à titre de disposition transitoire, des mandats de cinq ans attribués d'office aux personnes déjà en place, et d'écarter ainsi les autres candidats potentiels pendant la même durée. Pour prévenir autant que possible des reproches tenant à la rupture du principe d'égalité et du principe d'égale accessibilité des charges et fonctions publiques ⁽²⁰⁾, il vaudrait mieux réduire la nomination temporaire prévue à l'article 82, alinéa 1^{er}, du projet, à la plus courte durée nécessaire pour organiser le recrutement des mandataires selon la procédure prévue aux articles 13 et suivants du projet.

⁽²⁰⁾ L'article 82 en projet peut être rapproché, de ce point de vue, de l'article 426 de l'arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale du 19 juillet 2001, précité, qui a fait l'objet de la suspension de son exécution, ordonnée par l'arrêt du Conseil d'État JANSSENS et crts, n° 105.690 du 22 avril 2002 (encore que les dispositions en cause dans cette affaire n'étaient pas exactement semblables à celles de l'article 82 du projet).

3. À l'alinéa 4, les mots "selon le cas" doivent être supprimés, comme en a convenu la déléguée du ministre.

4. L'article 82 du projet d'arrêté doit donc être fondamentalement revu, à la lumière des observations qui précèdent.

Article 83

1. Compte tenu de l'observation 2.2., formulée sous l'article 82, il y a lieu de considérer que l'article 83, en projet, ne peut trouver à s'appliquer qu'à des agents préalablement nommés "à titre définitif" dans une fonction de rang 15, 16, 16+ ou 17, au moment de l'entrée en vigueur de l'arrêté en projet. Le texte en projet doit être précisé en ce sens.

2. Le Conseil d'État n'aperçoit pas comment l'article 83 peut être appliqué à une fonction du rang 17. Il convient à tout le moins d'apporter des précisions sur ce point dans le rapport au Gouvernement.

Article 85

1. L'article 85 du projet dispose que certaines des dispositions modificatives prévues dans l'arrêté en projet produiront leurs effets le 11 juillet 2003, soit la date à laquelle était entré en vigueur l'arrêté du Gouvernement de la Communauté française du 27 mars 2003, depuis lors annulé par le Conseil d'État. Il convient tout d'abord que

l'auteur du projet s'assure de la cohérence dans le choix des dispositions qu'il envisage de faire rétroagir. Ainsi, à titre d'exemple :

- les articles 67 et 75 du projet doivent être lus en combinaison avec la disposition abrogatoire que constitue l'article 56 du projet. Il serait dès lors plus cohérent que ces trois dispositions entrent en vigueur le même jour ⁽²¹⁾;
- de même, diverses modifications apportées à un même texte ne produiront pas leurs effets le même jour pour des raisons que le Conseil d'État n'aperçoit pas : il s'agit notamment des articles 64 à 69 du projet qui modifient diverses dispositions de l'arrêté du Gouvernement de la Communauté française du 9 mai 1997 fixant le statut administratif et pécuniaire du personnel du Commissariat général aux Relations internationales, à la suite de la création d'un rang 16 +.

2. De manière plus fondamentale, la non-rétroactivité des actes administratifs est de règle, en vertu d'un principe général du droit. Elle peut toutefois être justifiée si elle est autorisée par une disposition législative. En l'absence d'autorisation légale, la rétroactivité ne peut être admise qu'à titre exceptionnel, lorsqu'elle est nécessaire, notamment, à la continuité du service public ou à la régularisation d'une situation de fait ou de droit et pour autant qu'elle respecte les exigences de la sécurité juridique et les droits individuels.

En l'espèce, la rétroactivité prévue paraît clairement destinée à régulariser la situation résultant de l'annulation par le Conseil d'État de l'arrêté de Gouvernement de la Communauté française du 27 mars 2003. Si l'intention de l'auteur du projet peut, en règle, être admise au regard des principes qui viennent d'être rappelés, la réserve suivante doit cependant être formulée.

Diverses dispositions modificatives envisagées produisent leurs effets au 11 juillet 2003, alors qu'elles concernent les mandats et que le nouveau système de mandats organisé par l'arrêté en projet entre en vigueur le jour de la publication de l'arrêté au Moniteur. Il en va plus particulièrement ainsi des articles 46, 48, 65 et 71 du projet.

⁽²¹⁾ Ce qui n'est pas le cas actuellement, aucune rétroactivité n'étant prévue pour l'entrée en vigueur de l'article 56 du projet.

Dans la mesure où l'entrée en vigueur avec effet rétroactif de ces dispositions pourraient concerner des fonctions qui ont déjà pu être attribuées par mandat en application de l'arrêté du Gouvernement de la Communauté française du 27 mars 2003, précité, et pourraient avoir pour effet que seraient maintenus pour l'avenir certains des effets d'un système d'attribution des mandats qui a, dans l'intervalle, été annulé par le Conseil d'État, elles s'exposent, en cas de recours en annulation devant la section d'administration du Conseil d'État, aux mêmes critiques que celles exprimées dans l'arrêt DEGUELDRE, précité. Il est, à ce sujet, renvoyé à l'observation 2.2. sous l'article 82.

3. L'auteur du projet est, en conséquence, invité à réexaminer la cohérence des modalités d'entrée en vigueur qu'il envisage d'adopter et de compléter, sur ce point, le rapport au Gouvernement.

Observations finales

1. Suivant les recommandations de la circulaire de légistique formelle il convient d'écrire : "Chapitre premier" et "Section première" (et non : "Chapitre I^{er}", "Section I^{ère}").

2. Il convient d'écrire, tout au long du texte, "§ 1^{er}" et "alinéa 1^{er}", (et non : "§ 1" et "alinéa 1").

La chambre était composée de

Messieurs	Y. KREINS,	président de chambre,
	J. JAUMOTTE,	conseillers d'État,
Mesdames	M. BAGUET,	
	B. VIGNERON,	greffier.

Le rapport a été présenté par Mme W. VOGEL, auditeur.

LE GREFFIER,

LE PRÉSIDENT,

B. VIGNERON

Y. KREINS