

KV

ROYAUME DE BELGIQUE

Avis 40.223/2

DE LA SECTION DE LÉGISLATION DU CONSEIL D'ÉTAT

Le CONSEIL D'ÉTAT, section de législation, deuxième chambre, saisi par le Ministre des Affaires intérieures et de la Fonction publique de la Région wallonne, le 4 avril 2006, d'une demande d'avis sur un projet d'arrêté du Gouvernement wallon "modifiant l'arrêté du Gouvernement wallon du 18 décembre 2003 portant le Code de la fonction publique wallonne en ce qui concerne les fonctionnaires généraux", a donné le 28 juin 2006 l'avis suivant :

Observations générales

Portée de l'arrêté en projet

L'arrêté en projet modifie ou remplace certaines dispositions de l'arrêté du Gouvernement wallon du 18 décembre 2003 portant le Code de la fonction publique wallonne, notamment le livre II (articles 332 à 369) relatif au régime de mandat pour les fonctionnaires généraux en vigueur dans les services du Gouvernement wallon et dans les organismes auxquels est applicable le décret du 22 janvier 1998 relatif au statut du personnel de certains organismes d'intérêt public relevant de la Région wallonne ⁽¹⁾.

Interrogée sur les raisons pour lesquelles le Gouvernement a décidé de modifier le régime des mandats instauré par l'arrêté du 18 décembre 2003, précité, la déléguée du ministre a indiqué deux motifs :

- les procédures instaurées par l'arrêté du 18 décembre 2003, précité, se seraient avérées malaisées à mettre en pratique;
- la Région wallonne aurait voulu tirer les conséquences de l'arrêt Degueldre, n° 142.684 du 25 mars 2005, par lequel le Conseil d'État a annulé 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.

Il serait souhaitable que l'arrêté en projet soit accompagné d'un rapport au Gouvernement qui contiendrait ces explications. La section d'administration du Conseil d'État a en effet rappelé à de nombreuses reprises l'exigence suivante :

"Considérant que tout règlement doit reposer sur des motifs exacts, pertinents et admissibles, qui doivent résulter du dossier constitué au cours de l'élaboration de ce règlement, et à l'examen duquel les juridictions saisies d'une contestation de la régularité du règlement doivent être en mesure d'exercer le contrôle de légalité qui leur revient." ⁽²⁾

⁽¹⁾ Moniteur belge du 4 février 1998.

⁽²⁾ Voir p. ex. arrêts C.E. SIRAULT et crts, n° 74.949 du 3 juillet 1998; DEVLEMINCK, n° 154.060 du 24 janvier 2006.

Le rapport au Gouvernement devrait notamment expliquer en quoi les éventuelles différences de traitement instaurées par le texte en projet par rapport à l'arrêté du 18 décembre 2003, précité, sont justifiées au regard des principes d'égalité et de non-discrimination prévus aux articles 10 et 11 de la Constitution. À titre d'exemple, le rapport au Gouvernement devrait expliquer pourquoi les emplois de rang A3 au sein des services du Gouvernement, qui sont conférés par mandat en vertu de l'arrêté du 18 décembre 2003, précité, ne le seront plus en vertu de l'arrêté projeté. À ce sujet, la déléguée du ministre a expliqué que le Gouvernement considère que seuls les emplois de rang A1 et A2, qui laissent une certaine liberté de conception à leurs titulaires, devraient être conférés par mandat. Ces titulaires de mandat devraient par ailleurs disposer d'un "socle stable" de fonctionnaires, dont notamment les agents de rang A3. Ces explications devraient figurer dans le rapport au Gouvernement dont la rédaction est suggérée.

Observations particulières

Préambule

1. À l'alinéa 3, les mots "notamment les articles 7 et 48" sont à remplacer par les mots "notamment les articles 7, 45, 47, 48 et 52", ces diverses dispositions étant toutes modifiées ou abrogées par le texte en projet.

2. L'alinéa 6 doit être omis, l'accord du Ministre fédéral des Pensions n'étant pas obligatoirement requis avant l'adoption de l'arrêté en question.

Dispositif

Article 4

(article 48, en projet)

1. Invitée à préciser la portée des termes "un emploi non soumis à mandat du rang A3" figurant à l'article 48, § 2, alinéa 1^{er} en projet, la déléguée du ministre a indiqué que ces termes devaient se comprendre en relation avec l'article 339, 2°, en projet.

.../...

Il ressortirait de l'article 339, 1°, en projet, qu'au sein des services du Gouvernement, les emplois de rang A3 ne seront jamais conférés par mandat. Par contre, l'article 339, 2°, en projet, laisserait aux divers décrets ayant institué les organismes d'intérêt public relevant de la Région wallonne le soin de décider si l'emploi de fonctionnaire général du rang le plus élevé (qui peut être un emploi de rang A3) est ou non attribué par mandat.

Cette précision -qui vaut également pour toutes les autres occurrences des termes "emploi non soumis à mandat du rang A3"- figurerait utilement dans le rapport au Gouvernement dont la rédaction est suggérée ci-dessus.

2. À l'article 48, § 3, en projet, les mots "le premier jour de chaque trimestre civil" seraient avantageusement remplacés par les mots "le premier jour du trimestre civil suivant".

Article 6

(article 332, en projet)

Au lieu de "sans préjudice des dispositions du présent livre", il vaudrait mieux écrire : "dans la mesure où le présent livre ne déroge pas à ces dispositions".

(article 334, en projet)

1. Du fait de la suppression de l'ancien article 332 (LII.CI.1^{er}), la définition des termes "organe de gestion" ne figure plus dans le texte. Il serait utile de définir ces termes (ancien article 332, 5° : "organe de gestion : le conseil d'administration de l'organisme ou, à défaut, tout autre organe, quelle que soit sa dénomination, qui dispose de tous les pouvoirs nécessaires à la réalisation des missions ou de l'objet social de l'organisme") lors de leur première occurrence dans l'arrêté en projet, c'est-à-dire, sauf erreur, dans l'article 334, § 4, alinéa 1^{er}, 3°, en projet. Ce point 3° devrait donc être complété comme suit : "par organe de gestion, on entend", suivis de la définition rappelée ci-dessus ⁽³⁾.

⁽³⁾ Les définitions des autres notions qui étaient visées dans l'article LII.CI.1^{er}, devenu l'article 332, se retrouvent à différents endroits de l'arrêté du 18 décembre 2003 et du texte en projet, et ne doivent dès lors pas faire l'objet d'une définition particulière dans l'arrêté en projet (pour la notion de "mandat", voir l'article 351 en projet; pour la notion d'"organisme", voir l'article LI.TI.1^{er}, devenu l'article 1^{er}, de l'arrêté du Gouvernement wallon du 18 décembre 2003).

2. Au paragraphe 4, dernier alinéa, il convient d'écrire, de l'accord de la déléguée du ministre : "en cas de proposition d'évaluation autre que favorable".

(article 339, en projet)

Il vaudrait mieux rédiger le point 2° comme suit :

"2° au sein des organismes visés à l'article 1^{er}, l'emploi de fonctionnaire général du rang le plus élevé, à moins que le décret ayant créé l'organisme en question n'en dispose autrement".

(article 342, en projet)

Le renouvellement automatique des mandataires désignés sous l'empire des dispositions remplacées par l'arrêté en projet pose problème, notamment dans la mesure où les dispositions remplacées pouvaient être affectées d'illégalités analogues à celles qui ont été sanctionnées par l'arrêt Degueldre, précité.

Il est donc préférable de limiter l'application de la deuxième phrase de l'article 342, § 1^{er}, aux reconductions des mandats qui auront été conférés après l'entrée en vigueur de l'arrêté en projet. Cette deuxième phrase devrait être complétée comme suit :

"Toutefois, le mandataire désigné postérieurement au (date d'entrée en vigueur du texte en projet), dont la dernière évaluation retient (...)".

(article 343, en projet)

Quant à la condition de nationalité qui serait imposée pour certains emplois, l'attention des auteurs du projet est attirée sur la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, selon laquelle une telle condition n'est admissible que pour les emplois qui comportent une participation, directe ou indirecte, à l'exercice de la fonction publique et aux fonctions qui ont pour objet la sauvegarde des intérêts généraux de l'État ⁽⁴⁾.

⁽⁴⁾ Voir à ce sujet le "Commentaire article par article des Traités UE et CE", sous la direction de Philippe Léger, Dalloz-Bruylant, 2000, pp. 351 à 354.

De plus, la condition de satisfaire aux lois sur la milice, visée à l'article 341, 3°, en projet, devra être interprétée en fonction de l'État dont le candidat est le ressortissant.

(article 344, en projet)

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 ⁽⁵⁾ 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, précité, 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 344, § 3, en projet, échappe à cette même critique.

En effet, bien que l'article 344, § 3, alinéa 1^{er}, dispose que "Le Selor désigne les agents et experts membres de la commission de sélection (...)", 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.

Si le Selor garde ainsi 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 344, § 3, en projet, paraît dès lors s'exposer aux mêmes critiques que celles retenues par l'arrêt Degueldre, précité, à l'égard de l'arrêté du 27 mars 2003, précité.

⁽⁵⁾ Concernant la nécessité et la portée de l'intervention du Selor, voir l'arrêt Degueldre, précité, la discussion du troisième moyen.

(article 345, en projet)

1. La section de législation n'aperçoit pas en quoi consiste le pouvoir de validation conféré au Selor par le paragraphe 3, alinéa 2. Le Selor n'ayant pas entendu les candidats, son pouvoir semble devoir se limiter à un contrôle purement formel.

La déléguée du ministre a expliqué que le Selor vérifiera si aucune erreur matérielle ou de forme n'a été commise au cours de la procédure de sélection.

Ces explications confirment que le Selor n'a aucun pouvoir d'appréciation concernant le classement des candidats et que l'approbation concerne donc la vérification de ce que l'ensemble de la procédure de sélection s'est déroulé conformément aux dispositions applicables en la matière.

2. Il ressort du paragraphe 4 que le Gouvernement peut s'écarter du classement validé 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, précité, 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 (...)".

Dès lors qu'aux termes de l'article 345, § 4, en projet, c'est le Gouvernement qui décide du choix du candidat retenu et qu'il peut 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 s'exposer à des critiques analogues à celles retenues par l'arrêt Degueldre, précité.

.../...

(article 357, en projet)

Au lieu de "visée à l'article 354, alinéa 3", il faut sans doute lire "visée à l'article 356, alinéa 3".

(article 358, en projet)

1. L'article 358, en projet, gagnerait en lisibilité si le point 1° était rédigé comme suit :

"L'évaluation fait l'objet d'une des mentions suivantes :

- 1° «favorable» : lorsque les objectifs stratégiques et opérationnels contenus dans le plan opérationnel ont été réalisés quantitativement et qualitativement, totalement et dans les délais prévus;

l'évaluation fait également l'objet d'une mention «favorable» lorsque les objectifs stratégiques et opérationnels contenus dans le plan opérationnel n'ont pas été réalisés quantitativement et qualitativement totalement et dans les délais prévus, si le mandataire justifie que cette situation est due à des circonstances imprévisibles ou totalement indépendantes de lui-même."

2. Aux points 2° et 3°, il conviendrait d'écrire, de l'accord de la fonctionnaire déléguée, "quantitativement ou qualitativement" (et non : "quantitativement et qualitativement").

(article 359, en projet)

Entre le mot "poursuit" et les mots "l'exercice de son mandat", il est suggéré d'insérer les mots "avec son accord".

.../...

(article 362, en projet)

Au point 2°, la seconde possibilité envisagée ("ou intégration d'un agent issu de toute institution relevant du pouvoir exécutif de l'État fédéral, d'une région, d'une communauté ou d'une commission communautaire") appelle la même remarque que celle déjà formulée au sujet de l'article LI.TIII.CXI.1^{er} dans l'avis 35.184/2, précité (nécessité d'un accord de coopération avec l'institution d'où provient l'agent "intégré").

(article 363, en projet)

Au paragraphe 1^{er}, alinéa 4, 3°, après les mots "figurant à l'annexe VI", on ajoutera les mots "au présent arrêté".

Le texte de l'annexe VI projetée n'est pas joint à la demande d'avis et, selon la déléguée du ministre, n'est pas encore rédigé à l'heure actuelle.

La section de législation n'est dès lors pas en mesure d'émettre un avis sur la légalité du contenu de cette annexe.

Article 7

Au lieu d'écrire "pour exercer un mandat sur l'emploi qu'il occupe", il est suggéré d'écrire : "pour exercer par mandat l'emploi qu'il occupe".

Article 9

La disposition en cause pourrait poser problème au regard des principes d'égalité et d'égale accessibilité aux charges et fonctions publiques en ce qu'elle empêche les autres personnes intéressées par le mandat de poser leur candidature. Elle paraît également être en contradiction avec la philosophie du système des mandats, qui est de recruter la personne la plus apte à l'exercice de la fonction ⁽⁶⁾.

⁽⁶⁾ La déléguée du ministre a objecté que des dispositions analogues à celles de l'article 9 du projet figuraient déjà dans l'arrêté du 18 décembre 2003, précité, (voir l'article LII.CVIII.4., notamment le point 3°). Dans l'avis 35.184/2, précité, la section de législation n'a pas fait d'observation au sujet de cette disposition.

Article 11

Au lieu de "visée à l'article 334", il convient sans doute d'écrire : "visée à l'article 333".

Article 12

La déléguée du ministre a expliqué que la rétroactivité éventuelle de l'arrêté projeté au 1^{er} septembre 2006 devait surtout permettre au Gouvernement wallon de mettre en route les procédures d'évaluation des mandataires en place, qui doivent être terminées pour des dates précises et qui s'étendent sur une certaine durée. Les procédures de recrutement de nouveaux mandataires ne seraient par contre pas mises en oeuvre avant que le texte n'ait été dûment publié au Moniteur belge.

Cette explication ne paraît pas justifier une entrée en vigueur éventuellement rétroactive de l'ensemble de l'arrêté au 1^{er} septembre 2006, mais seulement de celles des dispositions de l'arrêté projeté qui ont trait aux procédures d'évaluation.

Par ailleurs, au lieu d'écrire : "à l'exception des dispositions relatives à la formation des fonctionnaires généraux", il serait plus précis d'énumérer les articles visés.

L'article 12 devrait plutôt être rédigé comme suit :

"Art. 12. Le présent arrêté entre en vigueur le premier jour du mois qui suit celui au cours duquel il aura été publié au Moniteur belge, à l'exception des articles (énumération de ces articles), qui entrent en vigueur au plus tard le 1^{er} septembre 2006, et des articles (énumération de ces articles), qui entrent en vigueur à la date qui sera fixée par le Gouvernement."

Observation finale

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

La chambre était composée de

Messieurs	Y. KREINS,	président de chambre,
	J. JAUMOTTE,	conseillers d'État,
Madame	M. BAGUET,	
Monsieur	H. BOSLY,	assesseur de la section de législation,
Madame	A.-C. VAN GEERSDAELE,	greffier.

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

LE GREFFIER,

LE PRÉSIDENT,

A.-C. VAN GEERSDAELE

Y. KREINS