

JURISPRUDENCE COMMENTÉE

HEURS ET MALHEURS DE L'ARRÊTÉ ROYAL FIXANT LES PRINCIPES GÉNÉRAUX DU DROIT DE LA FONCTION PUBLIQUE

par

Françoise LEURQUIN - DE VISSCHER
Professeur à l'Université Catholique de Louvain

ARRET DU CONSEIL D'ETAT

n° 47.689 (Ass.gén.), 31 mai 1994

MM. Baeteman, Van Aelst, Borret, De Brabandere, Geus, Hanotiau, Leroy (R.), Mme Bracke, MM. Beirlaen et Hanse

Aud.: M. Roelandt (avis contr.)

e.c.: LECLERCQ c/ E.B. INTER. & FONCT. PUBL.

Acte administratif – Compétence – Dissolution des Chambres

Dans une période où un Gouvernement est, du fait de la dissolution des Chambres, privé de sa base parlementaire et échappe au contrôle des assemblées élues, il ne dispose plus de la plénitude de ses attributions.

L'arrêté fixant les principes généraux du statut administratif et pécuniaire des agents de l'Etat applicables au personnel des Exécutifs et des personnes morales de droit public qui en dépendent est une affaire d'une ampleur exceptionnelle, aux dires mêmes de ses auteurs. Il s'ensuit qu'un tel arrêté ne peut être adopté après une dissolution des Chambres que si l'urgence est telle que le défaut de son adoption ferait courir un danger ou un préjudice grave aux intérêts fondamentaux du pays. L'arrêté attaqué a été pris plus de trois ans après l'entrée en vigueur de la disposition à l'exécution de laquelle il pourvoit. Un délai supplémentaire de quelques mois, nécessaire pour qu'un Gouvernement agissant dans des conditions constitutionnelles normales soit installé, n'aurait pas été jugé déraisonnable si ce délai de trois ans n'a pas été jugé tel. Il ne peut être raisonnablement soutenu que la gestion administrative des services des Exécutifs communautaires et régionaux aurait été gravement perturbée par le maintien en vigueur de la réglementation antérieure, qui avait permis de gérer ces services pendant plusieurs années.

Fonction publique – Principes généraux applicables au personnel des Communautés et des Régions – Pouvoir du Roi – Interprétation.

Aucune loi, fût-elle adoptée à une majorité spéciale, ne peut restreindre le pouvoir du Roi de fixer le statut des agents de l'Etat fédéral. Les seuls principes généraux qui peuvent être rendus applicables au personnel des Communautés et des Régions sont ceux qui figurent dans le statut des agents de l'Etat fédéral. En cas de discordance

entre les principes généraux fixés en application de l'art. 87, § 4, de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980 et les règles statutaires applicables aux agents de l'Etat fédéral, une règle formellement inscrite dans l'arrêté fixant les principes généraux, mais qui n'aurait plus de correspondant dans le statut des agents de l'Etat, ne pourrait plus être appliquée au personnel des Communautés et des Régions, faute de pouvoir être considérée comme un principe général du statut administratif et pécuniaire du personnel de l'Etat.

Fonction publique – Evaluation des agents – Evaluation la plus favorable – Quotas – Principe d'égalité.

Lorsque l'autorité procède à l'évaluation de ses agents, elle ne peut en connaître le résultat qu'après avoir procédé à l'évaluation. Le nombre d'agents dignes de recevoir l'appréciation la plus favorable peut varier en fonction de différents éléments. Le système de quotas réservés a pour effet d'interdire à l'administration d'attribuer la meilleure note de signalement à des agents qui la méritent chaque fois que le nombre d'autres agents qui la méritent atteint le quota fixé.

On peut éviter que tous les agents, ou presque, ne reçoivent l'appréciation la meilleure en donnant instruction à ceux qui procèdent à l'évaluation de le faire de manière plus rigoureuse et plus conforme à l'esprit de l'A.R. du 7 août 1939. Le système de quotas réservés est discriminatoire, sans qu'aucune raison objective et en rapport avec le but poursuivi ne le justifie, et disproportionné par rapport à l'objectif poursuivi.

ARRET

Vu la requête introduite le 14 février 1992 par Patrick LECLERCQ qui demande l'annulation de l'intégralité ou, subsidiairement, des articles 3, 23, 25, 7°, 26 et 28 de l'arrêté royal du 22 novembre 1991 fixant les principes généraux du statut administratif et pécuniaire des agents de l'Etat applicables au personnel des Exécutifs et des personnes morales de droit public qui en dépendent (Moniteur belge du 24 décembre 1991);

Entendu, en son avis contraire, M. l'auditeur général adjoint ROELANDT;

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

L'article 87 de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, modifié par la loi du 8 août 1988, dispose comme suit en son paragraphe 4: «Un arrêté royal délibéré en Conseil des ministres, pris après avis des Exécutifs, désigne ceux des principes généraux du statut administratif et pécuniaire du personnel de l'Etat qui seront applicables de plein droit, au personnel des Communautés et des Régions, ainsi qu'à celui des personnes morales de droit public qui dépendent des Communautés et des Régions, à l'exception du personnel visé à l'article 17 de la Constitution».

Des négociations engagées au sein du comité commun à l'ensemble des services publics en vue de pourvoir à l'exécution de cet article se sont terminées le 19 avril 1991 par la conclusion d'un protocole portant le numéro 60.

Le 10 juillet 1991, le texte du projet de l'arrêté attaqué a été soumis aux Exécutifs. Ce projet reprenait la liste des principes généraux énumérés dans le protocole n° 60, qui consignait la négociation menée au sein du comité commun à l'ensemble des services publics.

Les cinq Exécutifs ont rendu leur avis dans le courant des mois de juillet et septembre 1991.

Le 4 septembre 1991, une nouvelle version du projet fut arrêtée.

Le 20 septembre 1991, le Conseil des ministres décida qu'après négociation au sein du comité des services publics (comité B), le projet pouvait être soumis à la signature du Roi.

Le 8 octobre 1991 se tint une réunion du comité B.

Le 17 octobre 1991, le Conseil des ministres a approuvé les modifications proposées.

Le lendemain, 18 octobre, le Moniteur belge publie une déclaration de révision constitutionnelle, laquelle a pour effet de dissoudre les Chambres. Les élections sont fixées au 24 novembre.

Le 22 octobre 1991 eut lieu une nouvelle réunion du comité B.

Le protocole n° 135 contient les conclusions des 8 et 22 octobre 1991 du comité B. La délégation de l'autorité, d'une part, et les délégations des trois organisations syndicales représentatives, d'autre part, marquent leur accord sur le projet d'arrêté royal tel que complété lors de la réunion du 22 octobre 1991, moyennant quelques modifications supplémentaires.

Notons qu'un protocole n° 136 concernait un projet d'arrêté royal réformant le statut des agents de l'Etat.

Le vendredi 25 octobre 1991, le Ministre de la Fonction publique demanda l'avis des Exécutifs communautaires et régionaux sur le projet.

Il demanda à être en possession de cet avis au plus tard le mercredi 30 octobre à 15 heures.

Le Ministre ajouta que, conformément au protocole qui régit les relations entre le Gouvernement et les Exécutifs, si l'avis ne peut lui être transmis, il sera réputé favorable.

Le 30 octobre 1991, certains Exécutifs ont donné leur avis. Les Exécutifs de la Région wallonne et de Bruxelles-capitale n'ont pas donné leur avis.

Le 31 octobre 1991, le Conseil des ministres décida d'envoyer le projet pour avis au Conseil d'Etat et de le soumettre ensuite au groupe de travail concerné.

Le 4 novembre 1991, le projet a été soumis à la section de législation du Conseil d'Etat. Elle a donné son avis le 13 novembre 1991.

Le 22 novembre 1991 (deux jours avant les élections), l'arrêté a été signé par le Roi:

Considérant que la partie adverse émet un doute sur la recevabilité du recours, au motif que l'arrêté attaqué ne causerait pas de grief au requérant: qu'elle soutient que le requérant n'a pas intérêt à contester des dispositions qui lui sont favorables;

Considérant que le requérant est agent du ministère de la Région wallonne; qu'étant soumis aux dispositions de l'arrêté attaqué, il a intérêt à en contester la légalité dans son ensemble; que le recours est recevable;

Considérant que le requérant prend un moyen, le premier de la requête, de l'incompétence de l'auteur de l'acte, de la violation des articles 63 et 64 de la Constitution et du principe selon lequel un Gouvernement ne peut qu'expédier les affaires courantes alors que les Chambres sont dissoutes; qu'il relève que l'arrêté attaqué a été adopté alors que les Chambres étaient dissoutes, et qu'il ne peut être considéré comme une affaire courante;

Considérant que la partie adverse, rappelant la chronologie de la procédure qui a abouti à l'arrêté attaqué, soutient en substance que celui-ci est une affaire courante à deux titres, parce que, d'une part, il est le résultat d'une procédure administrative qui s'est déroulée dans des conditions normales, que les modifications qui ont été apportées après la dissolution des Chambres ne portaient que sur des points de détail, et sont au demeurant plus favorables aux agents que ne l'était le texte antérieur et parce que, d'autre part, si l'arrêté attaqué avait été différé plus longtemps, cette attente prolongée aurait pu donner lieu à un recours en carence réglementaire, un tel recours ayant été, selon elle, introduit devant la Cour d'arbitrage; qu'à titre subsidiaire, la partie adverse relève que la dissolution des Chambres le 18 octobre 1991 est l'effet automatique d'une déclaration de révision constitutionnelle, intervenue sans que le Gouvernement ait perdu la confiance des Chambres; qu'elle en conclut qu'à défaut d'avoir perdu la confiance des Chambres, le Gouvernement ne voyait pas sa compétence réduite aux affaires courantes;

Considérant que la dissolution des Chambres le 18 octobre 1991 ne s'est pas accompagnée de la démission du Gouvernement; que, toutefois, dans une période où un Gouvernement est, du fait de la dissolution, privé de sa base parlementaire et échappe au contrôle des assemblées

élues, il ne dispose plus de la plénitude de ses attributions;

Considérant que du rapport au Roi qui précède l'arrêté attaqué, il ressort que celui-ci a été considéré par ses auteurs comme «un complément très important aux réformes institutionnelles qui ont été opérées par les différentes lois spéciales votées en 1988 et 1989»; qu'en son antépénultième alinéa, ce rapport porte notamment ce qui suit:

«Les nombreux développements qui précèdent ont amplement démontré l'ampleur de la réforme qui est apportée au fonctionnement de l'administration générale du Royaume et des services des Exécutifs. La longue maturation du projet est la preuve de l'enjeu d'une réforme qui sera la plus importante depuis 1937»;

Considérant que ces propos écrits par les auteurs de l'acte attaqué témoignent de ce que ceux-ci ont considéré eux-mêmes cet arrêté comme excédant, et de beaucoup, les affaires qui relèvent de la gestion quotidienne de l'Etat; qu'il s'agit au contraire d'une affaire d'une ampleur exceptionnelle, qui, dans son domaine, n'aurait pas eu d'équivalent depuis 1937; qu'il s'ensuit qu'un tel arrêté ne peut être adopté après une dissolution des Chambres que si l'urgence est telle que le défaut de son adoption ferait courir un danger ou un préjudice grave aux intérêts fondamentaux du pays;

Considérant que, dans l'avant dernier alinéa du rapport au Roi, le Gouvernement a justifié en ces termes l'urgence de l'arrêté attaqué:

«Si l'on suit strictement les observations préalables de l'avis du Conseil d'Etat, l'on remettrait à une date incertaine mais probablement éloignée dans le temps la consécration de l'autonomie de chacun des Exécutifs pour la gestion administrative et pécuniaire de leurs personnels, telle qu'elle a été dévolue par la loi spéciale de réformes institutionnelles. Cela ferait peser, dès le départ de la mise en place du nouveau Gouvernement et des nouveaux Exécutifs, une hypothèque grave sur leur gestion administrative et ne manquerait pas d'envenimer leurs relations à ce sujet, puisqu'à nouveau, pour une période indéterminée, le ministre national de la Fonction publique serait obligé de participer indirectement à la gestion de leurs services»;

Considérant que l'arrêté attaqué est pris en application de l'article 87, § 4, de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980, dans le texte qu'en a établi la loi du 8 août 1988; qu'il a été pris plus de trois ans après l'entrée en vigueur de la disposition à l'exécution de laquelle il pourvoit; que s'il a pu être considéré qu'un tel délai n'était pas déraisonnable, il ne s'ensuit nullement qu'un délai supplémentaire de quelques mois, nécessaire pour qu'un Gouvernement agissant dans des conditions constitutionnelles normales soit installé, aurait été jugé déraisonnable;

Considérant qu'en postposant jusqu'à l'entrée en fonction d'un Gouvernement bénéficiant de la confiance des assemblées parlementaires la signature de l'arrêté, le Gouvernement n'aurait remis à «une date incertaine mais probablement éloignée dans le temps» l'entrée en vigueur de l'arrêté attaqué que dans l'hypothèse où le nouveau Gouvernement aurait voulu y apporter des modifications, ce qui aurait été l'indice qu'un Gouvernement pouvant être amené à répondre de ses actes devant les Chambres n'aurait pas été satisfait du projet tel qu'il a été adopté; qu'il ne peut être raisonnablement soutenu que la gestion administrative des services des Exécutifs communautaires et régionaux aurait été gravement perturbée par le maintien en vigueur de la réglementation antérieure, laquelle avait permis de gérer ces services pendant plusieurs années;

Considérant que le moyen est fondé;

Considérant que le requérant prend un moyen, le troisième de la requête, de la violation de l'article 87, § 4, de la loi spéciale du 8 août 1980, en ce que la partie adverse a déterminé des principes généraux nouveaux, inexistant dans le statut des agents de l'Etat, comme applicables notamment aux agents des Communautés et des Régions, alors que l'article 87, § 4, lui imposait, si elle souhaitait créer de nouveaux principes généraux ou modifier de manière importante d'anciens principes, de rendre ces modifications effectives avant de désigner, parmi ces principes, ceux qui étaient applicables notamment aux agents des Communautés et des Régions;

Considérant que, pris à la lettre, l'article 87, § 4, de la loi du 8 août 1980 limite le pouvoir du Roi, en ce qui concerne la fixation du statut du personnel des Communautés et des Régions, à la désignation de principes existant dans le statut administratif et dans le statut pécuniaire des agents de l'Etat, désignation qui a pour effet de rendre lesdits principes applicables au personnel des Communautés et des Régions; que l'arrêté attaqué n'a pas procédé de la sorte, mais a formulé lui-même une série de règles applicables aux agents des Communautés et des Régions, et qui, selon son article 1er, § 1er, se veulent applicables également aux agents de l'Etat;

Considérant que le Roi tient de l'article 87, § 4, de la loi du 8 août 1980 le pouvoir de prendre l'arrêté fixant les principes généraux applicables au personnel des Communautés et des Régions; qu'il ne peut exercer ce pouvoir que dans les conditions fixées par cet article, et notamment après avoir demandé l'avis des Gouvernements régionaux et communautaires; qu'en revanche, il tient directement des articles 37 et 107, alinéa 2, de la Constitution le pouvoir de fixer le statut des agents de l'Etat fédéral; qu'aucune loi, fût-elle adoptée à une majorité spéciale, ne peut restreindre ce pouvoir; qu'il s'ensuit que l'existence de l'arrêté attaqué ne limite pas le pouvoir du Roi d'encore modifier, à l'avenir, les règles statutaires applicables au personnel de l'Etat fédéral, quand bien même ces règles seraient de celles qui ont été considérées comme des principes généraux au sens de l'arrêté attaqué;

Considérant ainsi qu'en s'écarter de la démarche prescrite par l'article 87, § 4, précité, l'arrêté attaqué est générateur d'insécurité juridique dès lors qu'une discordance apparaîtrait entre les principes généraux fixés dans l'arrêté attaqué et les règles statutaires applicables aux agents de l'Etat fédéral; que la circonstance qu'aucune discordance de cet ordre n'existe *hic et nunc* peut d'autant moins être retenue à l'encontre de cette constatation que les règles statutaires de la fonction publique en général font l'objet de modifications fréquentes; qu'au cas où une telle discordance apparaîtrait à l'occasion d'une modification du statut des agents de l'Etat, la question se poserait de savoir comment interpréter les textes contradictoires; qu'en tenant compte, d'une part, de ce que le pouvoir du Roi de fixer le statut des agents de l'Etat fédéral Lui est attribué par la Constitution, et ne peut être restreint ou modalisé par aucune loi, et, d'autre part, de ce que les seuls principes généraux qui peuvent être rendus applicables au personnel des Communautés et des Régions sont ceux qui figurent dans le statut des agents de l'Etat fédéral, il y a lieu de conclure qu'en pareille hypothèse, une règle encore formellement inscrite dans l'arrêté attaqué, mais qui n'aurait plus de correspondant dans le statut des agents de l'Etat, ne pourrait plus être appliquée au personnel des Communautés et des Régions, faute de pouvoir être considérée comme un principe général du statut administratif et pécuniaire du personnel de l'Etat;

Considérant que, même s'il eût été souhaitable que l'arrêté attaqué ait procédé d'une conception plus proche du texte de l'article 87, § 4, précité, l'insécurité qu'il engendre, et qui, en l'état actuel du droit, ne se concrétise en aucune illégalité, n'est pas de nature à en susciter une qui ne puisse être aplanie par l'interprétation décrite ci-avant; que le moyen, dans ces conditions, n'est pas fondé;

Considérant que le requérant prend un moyen, le quatrième de la requête, de la «violation de l'article 14 (devenu 19) de la Constitution, de l'article 10 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, (et) du principe général de bonne administration,

en ce que la partie adverse a créé un nouveau principe général en énonçant la règle de la liberté d'expression tout en détruisant, dans le même temps, le contenu de cette règle par une exception à ce point importante qu'elle vide la règle de sa substance,

alors que:

1. L'article (19) de la Constitution et l'article 10 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales garantissent à toute personne le principe de la liberté d'expression.

Ces dispositions sont applicables aux fonctionnaires comme à toute autre personne (Pierre Lambert, *la Convention des droits de l'homme dans la jurisprudence belge*, p. 103);

L'alinéa 1er de l'article 3 de l'arrêté royal n'ajoute donc rien à l'ordonnancement juridique.

Il permet à la partie adverse d'introduire immédiatement une dérogation au principe. Cette dérogation est à ce point étendue que l'on se demande en quelles cir-

constances la règle de la liberté d'expression peut encore trouver à s'appliquer.

2. Si la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales permet à l'autorité d'apporter certaines restrictions, notamment à la liberté d'expression, encore faut-il observer que ces restrictions ne peuvent être énoncées de manière aussi absolue.

On ne voit pas cependant pourquoi le seul fait d'exercer une fonction publique devrait à lui seul justifier que la liberté d'expression soit réduite. Elle ne peut jamais l'être que s'il se justifie qu'elle le soit «spécialement», compte tenu notamment des missions imparties, des propos exprimés ou des instruments utilisés pour les répandre (Joe Verhoeven, «Droits de l'homme, discipline et liberté d'expression: le droit du juge à un procès équitable», *R.C.J.B.*, 1988, p. 566).

3. En énonçant une exception à la liberté d'expression de manière aussi absolue, la partie adverse a manqué au principe de bonne administration en ce qu'il n'y a pas de proportion entre le but poursuivi et les moyens utilisés.

La partie adverse encourt le même grief en ce que l'article 3 contient une proposition et son contraire. L'acte est obscur, ambigu et contient une contradiction interne»;

Considérant que le moyen est dirigé exclusivement contre l'article 3 de l'arrêté attaqué, rédigé comme suit:

«Art. 3. Les agents jouissent de la liberté d'expression à l'égard des faits dont ils ont connaissance dans l'exercice de leurs fonctions.

Il leur est uniquement interdit de révéler des faits qui ont trait à la sécurité nationale, à la protection de l'ordre public, aux intérêts financiers de l'autorité, à la prévention des faits délictueux, au secret médical, aux droits et libertés du citoyen, notamment le droit au respect de la vie privée; ceci vaut également pour les faits qui ont trait à la préparation de toutes les décisions.

Les dispositions des alinéas précédents s'appliquent également aux agents qui ont cessé leurs fonctions»;

Considérant que les articles 19 de la Constitution et 10 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, dispositions qui s'appliquent notamment aux fonctionnaires, doivent se concilier avec le devoir de réserve, dont le respect est une condition nécessaire au fonctionnement efficace de l'administration; qu'il s'agit là d'une mesure qui est nécessaire, dans une société démocratique, à la sauvegarde de l'ensemble des intérêts collectifs dont l'administration publique a la charge, et qui, tendant à empêcher la divulgation d'informations confidentielles, est expressément autorisée par l'article 10 de la Convention; qu'elle n'est pas non plus disproportionnée à l'objectif poursuivi:

Considérant qu'en ce qui concerne plus particulièrement l'interdiction faite aux agents de révéler les faits qui ont trait à la préparation de toutes les décisions, il s'agit là d'informations dont la divulgation pourraient compromettre le bon aboutissement des décisions qu'ils contri-

buent à préparer, et qui revêtent de ce fait un caractère confidentiel; que le moyen n'est pas fondé;

Considérant que le requérant prend un moyen, le cinquième de la requête, de la «violation des articles 6 et 6bis (devenus 10 et 11) de la Constitution,

«en ce que la partie adverse entend organiser un système de «quota» où le nombre maximum de personnes susceptibles de recevoir l'évaluation la plus favorable est déterminé par avance (article 25 de l'arrêté royal);

alors qu'il est possible qu'un service compte un nombre d'agents méritant la meilleure évaluation qui soit supérieur au quota; que dès lors, certains agents – lesquels et sur base de quels critères? – ne recevront pas la meilleure évaluation alors qu'ils se trouvent objectivement en condition pour la recevoir;

que le principe d'égalité contenu à l'article (10) de la Constitution impose que l'autorité en cause se soit fondée sur un critère objectif de différenciation, choisi de manière pertinente pour atteindre un but légitime (Didier Batsele et Odile Daurmont, «Cinq années de jurisprudence du Conseil d'Etat relative aux principes généraux du droit administratif, *A.P.T.*, 1990, p. 298, n° 90).

qu'en se référant à un critère purement mathématique, la partie adverse a violé le principe d'égalité visé au moyen»;

Considérant que la partie adverse répond que l'article 25 de l'arrêté attaqué ne contient aucune mesure à caractère discriminatoire; qu'elle écrit qu'«au contraire, (cette disposition) impose aux mesures lui procurant exécution de respecter le principe d'égalité au niveau des quotas. Le texte de l'article 25 de l'acte attaqué a d'ailleurs été adapté en vue de suivre les observations de l'avis du Conseil d'Etat. Les agents concernés pourront, le cas échéant, attaquer les mesures de fixation des quotas qui violeraient le principe d'égalité: il s'agirait de mesures dont le critère de différenciation ne serait pas objectif ou raisonnable, ou, encore, qui ne révéleraient pas un rapport de proportionnalité entre les mesures employées et le but visé par l'auteur desdites mesures»;

Considérant que le moyen est dirigé exclusivement contre l'article 25, 10°, de l'arrêté attaqué, rédigé comme suit:

«Art. 25. Le statut fixe, dans le respect des principes énumérés ci-après, les règles et la procédure d'évaluation des agents qui sont effectivement en service:

«(...)

10° des quotas motivés pour les appréciations les plus positives sont préalablement publiés; le statut fixe les règles relatives à ces quotas; ces règles fixent au moins:

a) les critères qui déterminent les quotas: ils doivent être objectifs et non discriminatoires;

b) les conditions auxquelles les agents qui ont introduit les recours visés au 9° et qui ont obtenu gain de cause, peuvent bénéficier de l'application de l'article 28;

c) les conditions auxquelles les agents qui sont temporairement éloignés du service et qui ont conservé leurs titres à la promotion, peuvent bénéficier de l'application de l'article 28»;

Considérant que, selon l'article 25, 2°, «l'évaluation a pour objet de déterminer les aptitudes professionnelles des agents sur base d'une liste de critères préalablement publiés»; que lorsque l'autorité procède à l'évaluation de ses agents, elle ne peut en connaître le résultat qu'après avoir procédé à l'évaluation; que le nombre d'agents dignes de recevoir l'appréciation la plus positive peut varier d'un service à l'autre, et, au sein d'un même service, d'une année à l'autre, en fonction des agents qui y sont affectés et de la manière dont ils y remplissent leurs fonctions; que le système du quota établi par l'arrêté attaqué aura nécessairement pour effet d'interdire à l'administration d'attribuer la meilleure note de signalement à des agents qui la méritent chaque fois que le nombre d'autres agents qui la méritent atteint le quota fixé; que si l'objectif est d'éviter que tous les agents, ou presque, ne reçoivent l'appréciation la meilleure, force est de constater que le même résultat pourrait être atteint en donnant instruction à tous les fonctionnaires qui doivent porter une appréciation d'y procéder de manière plus rigoureuse, et plus conforme à l'esprit de l'arrêté royal du 7 août 1939 organisant le signalement et la carrière des agents de l'Etat; qu'ainsi le système du quota établi par l'arrêté attaqué est discriminatoire, sans qu'aucune raison objective et en rapport avec le but poursuivi ne le justifie, et disproportionné par rapport à l'objectif poursuivi; que le moyen est fondé;

Considérant qu'il n'y a pas lieu d'examiner les autres moyens qui, à les supposer fondés, ne pourraient entraîner une annulation plus étendue.

Décide:

Article 1er

Est annulé l'arrêté royal du 22 novembre 1991 fixant les principes généraux du statut administratif et pécuniaire des agents de l'Etat applicables au personnel des Exécutifs et des personnes morales de droit public qui en dépendent.

Article 2

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

NOTE D'OBSERVATIONS

Les étapes qui ont jalonné les transformations récentes des services administratifs belges et qui ont été franchies parallèlement à celles qui ont mené à la fédéralisation de l'État sont connues. Elles se retrouvent au travers des modifications qui ont affecté la section 5 du chapitre III du titre III de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles intitulée "Des services".

Dès 1980, le principe d'un démembrement de la fonction publique étatique est établi: communautés et régions "disposent en propre d'une administration, d'institutions et d'un personnel". Si, dans sa version de l'époque, l'article 87 de la loi spéciale permet aux entités communautaires et régionales d'exercer à l'égard de leur personnel les prérogatives traditionnelles de l'autorité, il précise toutefois qu'elles ne sont habilitées ni à présider à leur recrutement ni à déterminer leur statut. La sélection du personnel est à assurer par un service étatique: le secrétariat permanent au recrutement, tandis que les règles statutaires sont celles qui figurent dans le statut des agents de l'État.

En 1988, les communautés et les régions acquièrent une autonomie plus complète: la révision de l'article 87 de la loi spéciale emporte pour celles-ci le droit de fixer le statut administratif et pécuniaire de leur personnel à l'exception des règles relatives aux pensions. Afin d'éviter une trop grande hétérogénéité statutaire, la mise en oeuvre de cette compétence est toutefois subordonnée à l'adoption par le Roi d'un arrêté qui, reprenant certains principes généraux du statut des agents de l'État, est destiné à s'imposer aux différents gouvernements concernés et à constituer de la sorte un socle commun aux divers statuts des agents communautaires et régionaux.

Les difficultés qui ont marqué l'élaboration de l'arrêté dit "principes généraux" ne sont un secret pour personne. La doctrine les a commentées ¹, la section de législation du Conseil d'État les a signalées ² et sans doute, aurait-il été raisonnable d'espérer qu'après plus de trois ans de réflexion, de négociations et de concertations l'entreprise eut pu être couronnée de succès. Tel ne fut cependant pas le cas

puisque l'arrêt rendu le 31 mai 1994 par la section d'administration du Conseil d'État réunie en assemblée générale annule l'entière de l'arrêté royal du 22 novembre 1991 fixant les principes généraux du statut administratif et pécuniaire des agents de l'État applicables au personnel des exécutifs et des personnes de droit public qui en dépendent ³.

Les développements qui vont suivre seront scindés en deux parties. Il importe d'examiner en un premier temps les motifs d'annulation pour aborder ensuite les enseignements que le gouvernement fédéral a cru devoir en tirer.

I. Les reproches adressés par la section d'administration du Conseil d'État à l'arrêté royal du 22 novembre 1991.

Les critiques que l'arrêt annoté formule à l'encontre de l'arrêté "principes généraux" ne présentent à vrai dire aucun lien entre elles. Elles portent tantôt sur la compétence *ratione temporis* de l'auteur de l'acte, tantôt sur la manière dont l'habilitation contenue dans l'article 87, §4, de la loi spéciale du 8 août 1980 a été mise en oeuvre, tantôt encore sur le fait que l'article 25 de l'arrêté qui organise en matière d'évaluation des fonctionnaires un système de "quotas" ne respecte pas les principes d'égalité et de non discrimination.

A. La compétence *ratione temporis* de l'auteur de l'acte.

Les circonstances politiques dans lesquelles l'arrêté fut adopté forment les éléments de fait du débat. Il importe en effet de se rappeler que le 18 octobre 1991, soit un peu plus d'un mois avant l'adoption de l'arrêté, une déclaration de révision de la Constitution avait été publiée au Moniteur belge. L'application de l'article 131, alinéa 2 de la Constitution (actuellement 195, alinéa 2) avait dès lors entraîné la dissolution des chambres législatives.

Ainsi privé de sa base parlementaire, le gouvernement avait néanmoins estimé opportun de poursuivre la mission qui lui avait été impartie par l'article 87, §4, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles. Il lui paraissait urgent de finaliser un accord qui avait mis du temps à se réaliser tant sur le plan politique que syndical. En fait, l'idée prévalait que seuls certains obstacles juridiques restaient à franchir et, qu'au vu des difficultés qui avaient déjà été surmontées ceux-ci faisaient figure de simples formalités. C'est ainsi que l'avis des Exécutifs fut demandé le 25 octobre 1991, que la section de législation du Conseil d'État rendit son avis le 13 no-

¹ P. Berckx, "De algemene principes van het administratief en geldelijk statuut van de rijksamtenaren", *T.B.P.*, 1992, p. 219; O. Daurmont et E. Gillet, "Les principes généraux du statut des agents de l'État, des communautés et des régions", *J.T.*, 1990, p. 653; E. Gillet, "Les principes généraux du statut des agents de l'État, des communautés et des régions", *A.P.T.*, 1991, p. 252; F. Leurquin-De Visscher, "Les principes généraux du droit de la fonction publique et la réforme de l'État", *Ann. Dr.*, 1991, p. 336.

² Avis du Conseil d'État précédant l'Arrêté royal fixant les principes généraux du statut administratif et pécuniaire des agents de l'État applicables au personnel des Exécutifs et aux personnes morales de droit public qui en dépendent, *M.B.*, 24 déc. 1991, p. 29404.

³ *M.B.*, 24 déc. 1991, p. 29394.

vembre 1991 et que l'arrêté fut signé le 22 novembre 1991.

Fort de la chronologie des événements, le requérant invoqua l'incompétence de l'auteur de l'acte. Il soutenait que l'arrêté devait être annulé pour avoir été pris en méconnaissance des règles constitutionnelles relatives à la responsabilité ministérielle. Son argumentation se développait en réalité en deux temps. Il fallait tout d'abord faire admettre que la situation qui était celle du moment de l'adoption de l'arrêté (des chambres dissoutes) devait être assimilée à celle d'un gouvernement démissionnaire et qu'un même régime juridique devait en résulter. Le gouvernement de l'époque se voyant dès lors limité à ne plus prendre en charge que les affaires courantes, il importait ensuite d'établir que l'acte en question ne faisait pas partie de celles-ci.

La première question que le Conseil d'État eut à résoudre fut celle de savoir si un gouvernement qui n'a pas offert sa démission et qui de par le jeu de l'article 195 de la Constitution se trouve privé de sa base parlementaire voit peser sur son action des contraintes identiques à celles qui pèsent sur un gouvernement démissionnaire. N'y avait-il pas lieu de laisser une plus grande latitude au gouvernement qui, n'ayant pas été désavoué, est présumé avoir conservé la confiance des assemblées et agir, jusqu'à son remplacement, sous le bénéfice d'une approbation tacite? Pareille solution avait d'ailleurs été défendue par un collège de juristes⁴. Consulté suite à la dissolution des chambres législatives du 9 mars 1977, celui-ci avait soutenu que "pendant la période de dissolution, le pouvoir exécutif détient la plénitude de ses attributions", sauf à les exercer "avec la réserve que lui impose l'absence momentanée du contrôle parlementaire".

En reprenant la solution retenue à ce propos dans l'arrêt Berckx⁵, le Conseil d'État refuse pourtant de suivre un tel raisonnement. A son estime, il n'y a pas lieu d'établir une distinction de régime juridique entre la situation qui découle d'une démission et celle qui procède d'une dissolution. Dans les deux cas, l'impossibilité de mettre en oeuvre, tantôt de manière matérielle, tantôt de manière effective, le contrôle des assemblées élues engendre comme conséquence que le gouvernement ne dispose plus de la plénitude de ses attributions.

La seconde question qui restait à résoudre consistait à savoir si une décision telle que l'arrêté royal "principes généraux" faisait ou non partie de ces actes que le gouvernement ne peut plus accomplir en raison de l'absence de contrôle parlementaire. Les

opinions à ce sujet apparaissaient particulièrement controversées. Les actes qui, en période de crise, réclament une abstention du gouvernement ne sont effectivement pas définis et les appréciations divergentes de l'auditorat et de la juridiction administrative dans l'affaire qui a donné lieu à l'arrêt commenté montrent à suffisance toute l'incertitude qui entoure leur détermination.

Quelles sont donc ces affaires qui ne peuvent plus faire l'objet de l'intervention du gouvernement? Très logiquement celles qui, en situation ordinaire, seraient susceptibles de faire l'objet d'une censure des assemblées élues. C'est ainsi qu'il paraît raisonnable d'affirmer qu'un gouvernement qui fonctionne sans sa base parlementaire se voit priver du pouvoir de prendre des options importantes sur le plan de la politique générale. Font partie de cette catégorie les actes qui s'analysent comme ayant une portée politique réelle ou ceux qui sont le résultat d'un "choix politiquement ou juridiquement délicat"⁶. Ce serait alors tirer une traie sur l'avenir en faisant peser sur les majorités futures des contraintes trop substantielles.

Cette restriction dans l'exercice des compétences du gouvernement ne peut faire oublier que celui-ci reste en charge de toutes ses autres fonctions. Il lui revient donc de continuer à traiter les multiples affaires qui relèvent de la gestion quotidienne d'un département ministériel, c'est à dire de prendre toutes les décisions qui font apparaître, selon les termes mêmes du Conseil d'État, "qu'il s'agit de l'exécution et de l'application ordinaires de dispositions légales, de dispositions réglementaires ou de directives conformément à l'interprétation constante qui en est donnée"⁷. Ce sont là les affaires banales, ordinaires, celles qui relèvent de la routine administrative, bref les affaires courantes.

La distinction entre la partie des attributions qui échappe au gouvernement et celle qui relève des affaires courantes suscite souvent bien des hésitations. La réalité ne se plie en effet que rarement aux classifications tranchées. Entre les affaires de routine et les actes de portée politique, il y a place pour une catégorie intermédiaire. Elle regroupe, pour reprendre la terminologie utilisée par la haute juridiction administrative, "les affaires plus qu'ordinaires". Ces affaires sont-elles à ranger parmi les actes que le gouvernement n'est plus, à raison de la crise, en mesure d'accomplir ou, au contraire, ne constituent-elles qu'une variété des affaires courantes?

⁶ R. Odent, *Contentieux administratif*, Paris, 1970-1971, p. 1436.

⁷ C.E. (4e ch.) 9 juillet 1975, Berckx, n° 17.128, *Rec.* p. 679; C.E. (4e ch.) 29 janvier 1980, Haesaerts, n° 20.081, *Rec.* p. 143.

Voy. pour des applications récentes: C.E. (3e ch.) 21 novembre 1989, Penneman, n° 33.430, *A.P.M.*, 1989, p. 169; C.E. (3e ch.) 18 septembre 1992, Hotton, n° 40.375, *A.P.M.*, 1992, p. 175.

⁴ Avis émis par un collège de juristes sur les aspects constitutionnels de la dissolution des Chambres législatives le 9 mars 1977, *A.P.M.*, 1977, p. 132.

⁵ C.E. (4e ch.) 9 juillet 1975, Berckx, n° 17.128, *Rec.*, p. 671.

La réponse à la question qui ne peut être apportée par la seule analyse du contenu de l'acte résultera alors de l'étude des circonstances de son élaboration. L'affaire a-t-elle été menée avec un empressement suspect? Ce sera l'élément qui conduira à classer la décision parmi les actes interdits. L'opération apparaît-elle, par contre, comme l'aboutissement normal de procédures initiées et largement engagées *in tempore non suspecto*? Rien alors ne viendra conforter la thèse de l'incompétence.

Une dernière considération vient compléter ce tableau. Il ne faut en effet pas perdre de vue que l'application des principes du système parlementaire belge qui conduit à refuser à un gouvernement en période de crise le droit de poser tout acte qui pourrait raisonnablement justifier l'exercice d'un contrôle des assemblées cède devant certaines situations d'urgence. Un autre principe, celui de la permanence de l'exercice des pouvoirs que la Cour de cassation a induit des articles 79, 81 et 82 de la Constitution (aujourd'hui 90, 92 et 93 de la Constitution), trouve alors à s'appliquer. C'est que l'inaction ne peut avoir pour conséquence de faire courir "un danger ou un préjudice aux intérêts fondamentaux dont le gouvernement a la charge"⁸. Des valeurs liées à la sauvegarde du bien public et jugées supérieures à celles qui fondent les règles de la responsabilité ministérielle justifient que les affaires qui ne peuvent, sous peine de péril grave, absolument pas attendre d'être traitées par un gouvernement disposant de la plénitude d'attributions, échappent aux procédures de contrôle politique. On le constate, une interprétation stricte des situations qui justifient l'urgence prévaut ici. Le seul critère de nécessité n'est point suffisant; la menace d'un péril grave est exigée. C'est en effet d'une règle exceptionnelle qu'il s'agit, elle se doit donc d'être de stricte interprétation.

Les principes qui viennent d'être rappelés permettent-ils de considérer l'arrêté "principes généraux" comme relevant de la compétence d'un gouvernement privé de sa base parlementaire? Personne n'a sérieusement soutenu que pareille décision devait être tenue comme une affaire courante. Chacun des protagonistes s'accordait à estimer au contraire que les règles contenues dans l'arrêté étaient le reflet d'options essentielles sur le plan de la politique générale. Il ne faisait aucun doute qu'elles constituaient un élément important du parachèvement de la réforme de l'État et une pièce maîtresse du statut des fonctionnaires des entités fédérées.

Certes, les partisans de la légalité de l'arrêté ne manquaient pas de faire aussi passer l'idée que l'im-

portance de l'affaire ne devait pas être surestimée. Le législateur spécial n'avait-il pas délibérément écarté l'obligation d'une ratification de l'arrêté par une loi? N'était-on pas également en droit de considérer que l'arrêté en question ne constituait que l'exécution d'une loi¹⁰? Et d'ajouter qu'il y avait lieu d'admettre que la décision était le résultat d'une procédure qui avait été menée pour sa plus grande part dans des circonstances politiques normales et qui s'était clôturée sans précipitation excessive. Mais c'était là perdre de vue qu'en affirmant par ailleurs que l'arrêté revêtait une importance exceptionnelle, ils se privaient par là même de la possibilité d'affirmer qu'il s'agissait d'une affaire plus qu'ordinaire qui rentrait dans le cadre des affaires courantes pour le motif qu'elle était en cours avant la crise et qu'elle avait été conclue sans précipitation caractérisée.

Restait alors à tenter de démontrer qu'il s'agissait d'une affaire urgente c'est à dire d'une de ces affaires qu'un gouvernement en période de crise ne peut en principe plus traiter mais qui justifie néanmoins son intervention pour empêcher que des intérêts fondamentaux dont il a la charge ne se trouvent gravement affectés par le jeu normal des articles 88 et 106 de la Constitution. Telle avait d'ailleurs été la suggestion de la section de législation du Conseil d'État dans son avis rendu le 13 novembre 1991. Le gouvernement y était invité à faire connaître en quoi la non adoption du projet allait causer "un préjudice grave aux intérêts fondamentaux du pays"¹¹.

La démonstration proposée dans le rapport au Roi n'a toutefois point convaincu. Comment en effet faire admettre que la conclusion d'un arrêté qui avait mis plus de trois ans pour voir le jour ne pouvait être reportée jusqu'à la formation du nouveau gouvernement sous peine d'exposer la collectivité publique à un danger grave? Que les entités fédérées soient impatientes de mettre en oeuvre leur autonomie en matière de personnel, que nul ne soit particulièrement désireux de faire perdurer un régime de gestion administrative des services des gouvernements communautaires et régionaux qui soit transitoire, que le ministre eût souhaité en terminer et attacher son nom à un projet dont il avait été la cheville ouvrière, voilà une série de considérations qui ont pu inciter le gouvernement à mener le projet à son terme. Elles ne sont cependant pas de celles qui peu-

⁹ Avis de l'auditeur général M. Roelandt, point 2.1.1.2, *J.T.*, 1994, p. 517.

¹⁰ Avis de l'auditeur général M. Roelandt, point 2.1.1.9, *J.T.*, 1994, p. 517.

¹¹ Avis de la section de législation du Conseil d'État sur le projet d'arrêté royal fixant les principes généraux du statut administratif et pécuniaire des agents de l'État applicables au personnel des Exécutifs et aux personnes morales de droit public qui en dépendent, *M.B.*, 24 décembre 1991, p. 29.405.

⁸ Voy. la définition des affaires urgentes donnée par le Premier ministre E. Leburton, *Q.R.*, Ch. repr., sess. ord. 1972-1973, question n° 14 du 6 mars 1973.

vent juridiquement motiver l'urgence en cette matière. C'est ainsi que le Conseil d'État s'attacha à démontrer la justification proposée en retournant contre leurs auteurs les arguments avancés et en dénonçant les périls invoqués comme étant imaginaires.

B. La mise en oeuvre de l'habilitation définie par l'article 87, §4, de la loi spéciale de réformes institutionnelles.

Tout au long des multiples étapes qui ont servi de relais à l'adoption de l'arrêté royal "principes généraux" de nombreuses critiques se sont faites jour sur la manière dont l'habilitation contenue dans l'article 87, §4, de la loi spéciale du 8 août 1980 était exécutée. Il s'agissait tantôt de désapprouver la façon dont la notion même de principes généraux avait été comprise, tantôt de rappeler les exigences liées à leur formulation, tantôt encore de mettre l'accent sur le respect des formalités à accomplir.

C'est cependant un autre reproche que le Conseil d'État a choisi de retenir à l'encontre de l'arrêté attaqué. Les faits qui servent de support au moyen du requérant peuvent, à première vue, paraître de peu d'importance. On verra qu'ils sont révélateurs d'une interprétation jugée erronée de l'article 87, §4, de la loi spéciale de réformes institutionnelles.

Lors de l'élaboration de l'arrêté royal "principes généraux", il était en effet apparu que certains principes qui jusqu'alors n'étaient pas applicables au personnel de l'État devaient être retenus. Pour résoudre cette difficulté il avait été décidé d'adopter un arrêté complémentaire qui introduirait dans le statut des agents de l'État les nouveaux principes consacrés par l'arrêté "principes généraux"¹². Ce dernier ne devait-il pas être considéré comme "l'arrêté fondateur du statut des agents de l'État et des agents des communautés et des régions et des personnes morales de droit public qui en dépendent"¹³? C'est ainsi que le gouvernement prit la décision de fixer l'entrée en vigueur de l'arrêté "principes généraux" le jour de sa publication au Moniteur belge¹⁴, tandis que celle de l'arrêté "portant réforme de diverses dispositions réglementaires applicables aux agents

de l'État" fut prescrite au lendemain de cette date¹⁵.

Il ressortait de la sorte clairement que le statut des agents de l'État avait à se conformer à l'arrêté "principes généraux". L'article 1er, §1er, de celui-ci confirmait d'ailleurs cette vue des choses puisqu'il rendait applicable au personnel de l'État les principes qui y étaient mentionnés. L'explication qui sous-tendait pareilles décisions n'était pas dénuée de raison. Beaucoup avaient vu dans l'article 87, §4, de la loi spéciale une possibilité de revivifier une fonction publique belge en crise et, au fil des réflexions qui avaient marqué la longue élaboration de l'arrêté, ils en étaient venus à concevoir la mission impartie comme une occasion de rassembler dans un document de base les règles communes essentielles nécessaires pour doter la Belgique de services administratifs modernisés¹⁶.

Aussi bien intentionnés qu'aient été les auteurs de l'acte attaqué, leur façon de procéder fut mise en cause. Une lecture textuelle de l'habilitation ne pouvait en effet laisser aucun doute sur le fait qu'il aurait fallu adopter une démarche inversée. En invitant le Roi à désigner parmi les principes généraux du statut des agents de l'État ceux qui s'appliqueraient au personnel des entités fédérées, l'article 87, §4, impose que ces principes ne soient pas créés de toute pièce mais préexistants, ne fût-ce que de manière récente ou lacunaire. Pareille interprétation emporte une double précision.

La première est relative aux pouvoirs du Roi en tant que chef de l'administration fédérale. Force est de constater à ce propos qu'aucune prescription de l'article 87, §4, ne vient limiter les prérogatives du Roi de fixer le statut des agents qui sont sous son autorité. Rien n'empêcherait donc le Souverain de modifier ou de supprimer une règle principielle du statut des agents de l'État, quand bien même s'agirait-il d'une des prescriptions qui aurait été reprise au titre des principes généraux. L'arrêté "principes généraux" n'a pas valeur de guide pour l'ensemble des statuts des agents de la fonction publique belge; il a vocation à s'imposer uniquement "au personnel des communautés et des régions, ainsi qu'à celui des personnes morales de droit public qui dépendent des communautés et des régions à l'exception du personnel visé à l'article 17 de la Constitution".

¹² Voir rapport au Roi précédant l'arrêté royal fixant les principes généraux du statut administratif et pécuniaire des agents de l'État applicables au personnel des Exécutifs et aux personnes de droit public qui en dépendent, point n° 46, *M.B.*, 24 décembre 1991, p. 29403.

¹³ E. Gillet, "les principes généraux du statut des agents de l'État, des communautés et des régions", *A.P.T.*, 1991, p. 253.

¹⁴ A.R. du 22 novembre 1991 fixant les principes généraux du statut administratif et pécuniaire des agents de l'État applicables au personnel des Exécutifs et des personnes morales de droit public qui en dépendent, art. 72, *M.B.*, 24 décembre, p. 29415.

¹⁵ A.R. du 22 novembre 1991 portant réforme de diverses dispositions réglementaires applicables aux agents de l'État, art. 30, *M.B.*, 24 décembre, p. 29428.

¹⁶ Voyez J.-L. De Brouwer et P. Vandernoot, "Les principes généraux du statut de la fonction publique de l'État, des communautés et des régions ainsi que des organismes d'intérêt public qui en dépendent", *A.P.T.*, 1991, p. 169 et spéc. pp. 180 et 181.

Le sens de l'article 87, §4, de la loi spéciale tel qu'il se dégage de ses termes permet d'autre part de délimiter très exactement l'autonomie qui revient aux communautés et aux régions en matière de statut de leur personnel. N'y avait-il pas eu méprise, tout au moins dans certains esprits, sur l'ampleur de l'autonomie des entités fédérées? La manière dont s'est déroulée la phase préparatoire du projet permet en effet de penser qu'emportés par la particularité de la mission, les acteurs rêvaient d'une autonomie qui trouverait sa seule limite effective dans un protocole d'accord¹⁷. Mais il faut à présent déchanter et constater que l'autonomie statutaire des communautés et des régions est tributaire en dernière analyse de la volonté du chef de l'administration fédérale. Le gouvernement avait, au demeurant, bien perçu les conséquences d'une lecture textuelle de l'article 87, §4, de la loi spéciale. Son refus de suivre l'avis de la section de législation du Conseil d'État sur la question du moment de l'entrée en vigueur de l'arrêté du 22 novembre 1991 portant réforme de diverses dispositions réglementaires applicables aux agents de l'État¹⁸ était clairement motivé par sa volonté de ne point admettre pareille interprétation. Le rapport au Roi faisait en effet valoir que "suivre l'argumentation du Conseil d'État signifierait que l'autonomie reconnue par l'article 87, §4, à chacun des Exécutifs de fixer le statut administratif de leurs agents deviendrait vide de sens puisque le Roi en réglerait en fait l'application immédiate". Sans être vide de sens, il faut bien reconnaître que l'autonomie des entités fédérées en matière de statut de leur personnel est une autonomie dont les limites sont fixées d'autorité par le Roi, tout à la fois indirectement dans le statut des agents de l'État et directement dans l'arrêté "principes généraux". Comment ne pas observer qu'elles ne sont le fruit ni d'une loi spéciale ni d'un accord entre les différents gouvernements?

La décision prise sur ce point par la section d'administration offre un exemple particulièrement significatif de la technique dite de l'interprétation conforme, régulièrement utilisée au demeurant par la Cour d'arbitrage¹⁹. Le moyen invoqué est en effet déclaré non fondé mais à la condition que prévale une interprétation des dispositions de l'arrêté "principes généraux" qui se concilie avec les exigences de l'article 87, §4 de la loi spéciale. C'est ainsi

que les règles dudit arrêté qui viendraient à perdre leur point d'ancrage dans le statut des agents de l'État suite à une modification de celui-ci devraient être tenues pour dépourvues de force matérielle. Elles ne seraient dès lors plus en mesure d'obliger les entités fédérées au titre des principes généraux du droit de la fonction publique.

C. Les règles en matière d'évaluation des fonctionnaires et le respect des principes d'égalité et de non discrimination.

La faillite du système de signalement tel qu'il avait été prévu par l'arrêté royal du 2 octobre 1937 est connue de tous. Perverties par la pratique qui consiste à attribuer systématiquement à la toute grande majorité des fonctionnaires la note la meilleure, ces règles ne permettaient plus, en effet, d'assurer ni la sélection, ni la valorisation des agents les plus compétents.

Il convenait donc de remédier à cet état de choses en veillant à ce qu'un système d'évaluation nouvellement repensé puisse à coup sûr atteindre ces objectifs. C'est ainsi que l'idée de fixer un nombre maximum de personnes susceptibles de recevoir l'évaluation la plus favorable se fit jour. Ce système de quotas par services, déjà évoqué dans le protocole n° 60 du 19 avril 1991²⁰, fut repris dans l'article 25, 10°, de l'arrêté royal "principes généraux" et introduit dans le statut des agents de l'État²¹.

Il convient de souligner que, dès l'origine, le Conseil d'État, par la voix de sa section de législation, avait signalé l'inconstitutionnalité d'un tel système. Il faisait valoir que le procédé avait nécessairement pour conséquence de créer des situations discriminatoires étant donné que chaque fois qu'un service allait compter un nombre d'agents méritant la meilleure évaluation qui était supérieur au quota, certains de ses agents seraient écartés sans justification objective.

Le gouvernement crut pouvoir rencontrer l'objection d'inconstitutionnalité en précisant dans l'arrêté que les critères qui seraient retenus pour la détermination des quotas devraient être objectifs et non discriminatoires. Mais c'était là mal comprendre la portée de la critique. Il fallait en effet qu'une raison objective et en rapport avec le but poursuivi puisse justifier la mise à l'écart d'agents ayant reçu

¹⁷ Protocole n° 60 du 19 avril 1991 relatif aux négociations menées le lundi 11 mars et le mercredi 27 mars 1991 au sein du comité commun à l'ensemble des services publics, concernant la liste des principes généraux qui doivent être repris dans l'arrêté royal fixant les principes généraux du statut administratif et pécuniaire des agents de la fonction publique administrative, *M.B.*, 13 juillet 1991, p. 15.724.

¹⁸ *M.B.*, 24 décembre 1991, p. 29.428.

¹⁹ Voy. F. Delpérée et A. Rasson, *Recueil d'études sur la Cour d'arbitrage 1980-1990*, Bruxelles, Bruylant, 1990, p. 142 et ss.

²⁰ Protocole n° 60 du 19 avril 1991 relatif aux négociations menées le lundi 11 mars et le mercredi 27 mars au sein du comité commun à l'ensemble des services publics, concernant la liste des principes généraux qui doivent être repris dans l'arrêté royal fixant les principes généraux du statut administratif et pécuniaire des agents de la Fonction publique administrative, point 2.6, *M.B.*, 13 juillet 1991, p. 15.727.

²¹ Art. 9 de l'arrêté royal du 22 novembre 1991 portant réforme de diverses dispositions réglementaires applicables aux agents de l'État, *M.B.*, 24 décembre 1991, p. 29.428.

l'appréciation la plus élevée. Or, même si, entre les différents services, la détermination des quotas allait devoir se faire de manière objective et non discriminatoire, il n'en restait pas moins que dans son application concrète le système tel qu'il avait été imaginé conduisait à établir des distinctions arbitraires entre agents à notation identique. Aucun critère objectif en rapport avec la détermination des aptitudes professionnelles des agents ne venait en effet justifier les différenciations qui allaient découler de la mise en oeuvre du système des quotas.

N'y avait-il pas, en outre, de moyens plus égalitaires pour atteindre l'objectif de sélection des meilleurs? Le Conseil d'État suggère à ce propos de revenir à l'esprit du statut Camu et de recommander aux supérieurs hiérarchiques qui sont en charge de l'évaluation de remplir leur mission de manière plus responsable. Reste à voir si pareille suggestion se révélera très réaliste.

II. Les suites procurées à l'arrêt d'annulation.

A. Les incidences de l'annulation.

La portée rétroactive qui s'attache à l'arrêt d'annulation prononcé par le Conseil d'État en date du 31 mai 1994 se traduit concrètement par l'anéantissement de l'arrêté royal du 22 novembre 1991 avec effet à sa date d'émission. Deux conséquences en résultent.

La première est relative aux règles dont l'arrêté annulé a entraîné la limitation du domaine d'application. Par l'effet de l'annulation, les articles 13, §6 et 87, §3 de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles dans leur version d'origine sont censés n'avoir jamais perdu leur emprise. C'est dire en d'autres termes que d'un point de vue juridique le statut des agents de l'État n'a jamais cessé de gouverner le personnel des entités fédérées et des personnes morales de droit public qui en dépendent.

La seconde vise les actes qui ont été pris subséquemment à l'acte annulé. La mise à néant *ab initio* de l'arrêté a tout d'abord cet effet que les Exécutifs communautaires et régionaux sont réputés n'avoir jamais eu la compétence pour adopter les règles fixant le statut de leur personnel. Les actes réglementaires qu'ils auraient pu prendre sont dès lors devenus tout à fait précaires puisqu'ils sont soumis au risque tantôt de l'annulation tantôt de l'inapplicabilité. La section d'administration du Conseil d'État n'a d'ailleurs pas hésité à faire immédiatement application de cette logique en annulant l'arrêté du Gouvernement wallon du 1er juillet 1993 portant le statut des fonctionnaires de la Région pour le motif que "le Gouvernement wallon n'avait pas compétence

pour prendre l'arrêté attaqué" ²². Quant aux actes individuels qui trouvent leur fondement dans l'acte annulé ou dans un de ses dérivés réglementaires, la jurisprudence qui les concerne a, au cours du temps, connu un certain nombre de variations. Pour faire bref ²³, trois courants méritent d'être signalés. Il y a lieu de rappeler que dans un premier temps la jurisprudence n'a point permis que, devenus définitifs faute d'avoir été attaqués dans le délai de 60 jours, les actes dérivés soient remis en cause ²⁴. Pareille solution présentait toutefois souvent l'inconvénient de réduire en fait l'annulation d'un règlement illégal "à un exercice intellectuel abstrait et inoffensif sans impact avec le réel" ²⁵. Aussi, dès 1974, certains arrêts ²⁶ développèrent la thèse selon laquelle l'annulation d'un règlement illégal devait être réputée constater implicitement la nullité des mesures d'application de ce règlement. Critiquée par la doctrine ²⁷ et abandonnée par la jurisprudence ²⁸ comme peu respectueuse de la sécurité juridique, cette conception fut récemment remplacée par une autre qui n'est pas sans rappeler celle qui fut retenue par le législateur dans l'article 18 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage. L'arrêt Walravens rendu par le Conseil d'État le 18 mai 1993 ²⁹ décide en effet que l'annulation d'un règlement emporte l'ouverture d'un nouveau délai de recours contentieux pendant lequel les actes-conséquences peuvent se voir tantôt retirer par l'autorité tantôt attaquer par les intéressés. Dans l'hypothèse où cette dernière jurisprudence se voyait appliquée en l'espèce, c'était l'ensemble des actes qui avait comme fondement l'arrêté royal annulé qui devenait ainsi susceptible d'être retiré ou attaqué dans le délai de 60 jours.

B. La réfection de l'acte: l'arrêté royal du 26 septembre 1994.

Tenu par l'article 87, §4, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles de prendre

²² C.E. (6e ch.) 8 juillet 1994, Leclercq, n° 48.523, *A.P.M.*, 1994, p. 145.

²³ Pour une analyse complète de la jurisprudence en cette matière jusqu'en 1991 voy. P. Lewalle, "L'annulation des actes et règlements administratifs par le Conseil d'État", *Les nullités en droit belge, Sanction du vice et conséquences*, éd. du jeune barreau de Liège, 1991, p. 437 et ss.

²⁴ Voy. par exemple C.E., 1er mars 1977, De Vleeschauwer, n° 18.144, *Rec.*, p. 292.

²⁵ C.E., (4e ch.) 14 novembre 1978, Janssens et csrts, n° 19.250, *A.P.T.*, 1979-1980, p. 43, obs. H. Simonart.

²⁶ Cette solution trouve son expression la plus complète dans l'arrêt Janssens et csrts, *op. cit.*

²⁷ H. Simonart, "De l'effet destructeur d'un arrêt d'annulation sur des mesures non querellées", *A.P.T.*, 1979-1980, p. 43.

²⁸ C.E. (5e ch.) 10 juillet 1990, Wambacq et csrts, n° 35.435, *Rec.*, p. 18, points 5.3.4 et 5.3.5.

²⁹ C.E. (4e ch.) 18 mai 1993, Walravens, n° 43.010, *A.P.M.*, 1993, p. 97.

un arrêté fixant les principes généraux, le Roi se voyait obligé, au lendemain de l'arrêt, de se remettre au travail. L'acte devait être refait, corrigé de ses vices. A cet effet, un nouvel arrêté fut adopté le 26 septembre 1994 ³⁰.

La réfection de l'acte allait cependant susciter la question de savoir s'il était admissible de faire remonter les effets de l'acte nouvellement accompli à une date antérieure à sa publication. Pour échapper aux conséquences de l'annulation évoquées ci-dessus, n'était-il pas tentant de donner à l'acte refait une portée rétroactive? Malgré un avis réservé de la section de législation du Conseil d'État, ce fut la voie sur laquelle s'engagea le gouvernement fédéral. L'article 73 de l'arrêté du 26 septembre 1994 prévoit en effet qu'exception faite de quelques dispositions qu'il énumère, l'arrêté entre en vigueur le 7 mars 1992, date à laquelle le gouvernement fédéral exerçait la plénitude de ses pouvoirs.

La question de la rétroactivité des actes unilatéraux de l'administration est traditionnellement résolue par la règle qui veut qu'en principe de tels actes ne puissent sortir leurs effets à une date antérieure à leur divulgation. Ce précepte que, depuis l'arrêt Casaer ³¹, le Conseil d'État qualifie de principe général du droit connaît toutefois certains tempéraments. Outre l'hypothèse dans laquelle l'acte trouverait son fondement juridique dans une disposition législative qui elle-même rétroagirait, ou pourrait se revendiquer d'une habilitation légale pour rétroagir, la jurisprudence tolère dans certains cas la rétroactivité des actes de l'administration qui doivent être refaits suite à une annulation. Encore convient-il de faire remarquer d'entrée de jeu que l'effet rétroactif attaché à la réfection ne sera admis que pour autant que trois conditions soient impérativement remplies et que celles-ci, pour le motif qu'elles conduisent à une solution contraire à celle adoptée en principe, sont à interpréter de manière stricte ³².

La première exigence formulée par la jurisprudence administrative est relative au contenu de l'acte refait. Celui-ci doit avoir été effectivement corrigé en fonction tant du dispositif que des motifs de l'arrêt d'annulation. Il importe de remarquer à cet égard que le nouvel arrêté fixant les principes généraux fait sien la plupart des motifs de la décision intervenue le 31 mai 1994 puisque les dispositions nouvelles

prennent effet à une date à laquelle le gouvernement fédéral exerçait la plénitude de ses pouvoirs et que le système de quota en matière d'évaluation se voit abandonné. Il y a cependant lieu de s'étonner de ce que la volonté par deux fois expressément manifestée du gouvernement de se soumettre à l'interprétation que le Conseil d'État donne de l'article 87, §4, de la loi spéciale et qui conduit à affirmer que "l'entrée en vigueur de l'arrêté fédéral ³³ doit être préalable à celle de l'arrêté royal fixant les principes généraux" ³⁴, n'ait pas été suivie d'effets. En réalité, les deux actes deviennent obligatoires le même jour, à savoir le 7 mars 1992, jour de l'investiture du gouvernement.

La deuxième vérification opérée par le Conseil d'État porte sur le respect des droits acquis. La rétroactivité ne peut en effet méconnaître ni des situations juridiques acquises, ni des rapports juridiques existants, fût-ce pour l'avenir. Il va sans dire que cet examen ne pourra s'exercer qu'après avoir réalisé un important travail de collecte de données. Il s'agira de repérer les situations dans lesquelles un agent aurait perdu un avantage suite à l'effet rétroactif de l'arrêté. On songe notamment à la perte du droit d'invoquer l'exception d'illégalité qui est reconnue par l'article 159 de la Constitution à ceux qui auraient introduit un recours contre un acte d'un gouvernement communautaire ou régional pris avant le 11 octobre 1994 sur base de l'arrêté annulé ou d'un texte qui s'y rattache. Afin de se préserver du risque de voir la section d'administration annuler la disposition qui fixe l'entrée en vigueur de l'acte refait au 7 mars 1992, le gouvernement précise dans le rapport au Roi qu'un inventaire des actes attaqué avait été dressé et que les autorités fédérées s'étaient engagées à préserver les droits des agents requérants ³⁵, c'est à dire, si l'on comprend bien la teneur de l'accord, à retirer l'ensemble des actes contestés. La technique utilisée ici est certes astucieuse, encore faudrait-il s'assurer que l'inventaire réalisé ait été établi de manière exhaustive et que les engagements pris aient été effectivement tenus. Il n'est pas difficile de percevoir à l'occasion de ce contrôle toutes les difficultés qui se font jour lorsqu'il s'agit de retenir le concept de droits acquis comme critère régulateur de la non-rétroactivité des actes unilatéraux de l'administration. Comme le Doyen Lewalle le faisait déjà remarquer en 1975, "Il faut reconnaître que l'identification même de l'existence et de la

³⁰ A. R. du 26 septembre 1994 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, *M.B.*, 1er oct. 1994, p. 24.948.

³¹ C.E. (4e ch.) 3 février 1976, n° 17.412, Casaer, *Rec.*, p. 137.

³² C.E. (7e ch.) 17 septembre 1987, n° 28.466, De Rijck, *Rec.*, 1987.

³³ A.R. du 26 septembre 1994, portant réforme de diverses dispositions réglementaires applicables aux agents de l'État, *M.B.*, 1er oct. 1994, p. 25.027.

³⁴ A.R. portant réforme de diverses dispositions réglementaires applicables aux agents de l'État, Rapport au Roi, *M.B.*, 1er oct. 1994, p. 25.012; voy. également *M.B.*, 1er oct. 1994, p. 24.848.

³⁵ Rapport au Roi, *M.B.*, 1er oct. 1994, p. 24.848.

perturbation du droit acquis dépend essentiellement de l'appréciation du juge" ³⁶.

Après s'être assuré que l'acte refait ne méconnaît ni l'arrêt d'annulation, ni les droits acquis, le Conseil d'État devra s'interroger sur le caractère que doit présenter la rétroactivité. Il faut que l'effet rétroactif qui affecte la portée des dispositions apparaisse comme "indispensable", ou comme le précise l'arrêt Waroquier ³⁷, "indispensable en raison d'une absolue nécessité". Les raisons invoquées dans le rapport au Roi pour justifier ce caractère obligé de la rétroactivité sont doubles. La rétroactivité s'imposerait de toute nécessité aux fins de maintenir la stabilité des institutions, d'une part, et d'assurer la continuité du service public, d'autre part. N'y a-t-il pas quelque exagération dans l'affirmation qui voudrait faire croire que certaines structures sociales qui relèvent du droit public auraient été ébranlées si le gouvernement s'était abstenu de donner une portée rétroactive à son nouvel arrêté? Ce qui paraît non contestable en revanche, c'est l'affirmation selon la-

quelle le fonctionnement des services et institutions des entités fédérées aurait connu certaines perturbations dans l'hypothèse où les effets de l'annulation auraient pu jouer librement. Encore faut-il pouvoir apprécier l'ampleur de cette désorganisation en vérifiant la mesure dans laquelle les entités fédérées ont fait usage de leur autonomie statutaire pendant la période qui s'étend du 7 mars 1992 au 11 octobre 1994 et en examinant le point de savoir si les actes individuels qui auraient été pris durant cette même période ne seraient point susceptibles de retrouver un fondement légal dans le statut des agents de l'État. Seuls les résultats de ce double contrôle permettront de porter un jugement sur le caractère impératif de la rétroactivité.

La question de la légalité de la rétroactivité de l'arrêt du 28 septembre 1994 est, il faut le constater, tributaire en dernière analyse d'une parfaite connaissance des données de fait. C'est à cette tâche que la juridiction administrative devra s'atteler dans les prochains mois. Le nouvel arrêté fixant les principes généraux fait en effet l'objet d'un recours en annulation qui soulève notamment le problème de sa portée rétroactive. L'affaire est doncà suivre

Janvier 1995

³⁶ P. Lewalle, *Contribution à l'étude de l'application des actes administratifs unilatéraux dans le temps*, Thèse pour l'agrégation de l'Enseignement Supérieur, Liège, 1975, p. 309.

³⁷ C.E. (6e ch.) 22 janvier 1986, n° 26.107, Waroquier, *Rec.*, 1986.