

Numéro du rôle : 2607
Arrêt n° 173/2003 du 17 décembre 2003

A R R E T

---

*En cause* : le recours en annulation de l'article 2 de l'ordonnance de la Région de Bruxelles-Capitale du 11 juillet 2002 élargissant les conditions de nationalité pour l'accès aux emplois de la fonction publique régionale, introduit par l'a.s.b.l. GERFA.

La Cour d'arbitrage,

composée des présidents M. Melchior et A. Arts, et des juges L. François, M. Bossuyt, A. Alen, J.-P. Moerman et E. Derycke, assistée du greffier P.-Y. Dutilleux, présidée par le président M. Melchior,

après en avoir délibéré, rend l'arrêt suivant :

\*

\*   \*   \*

## I. *Objet du recours et procédure*

Par requête adressée à la Cour par lettre recommandée à la poste le 20 janvier 2003 et parvenue au greffe le 22 janvier 2003, l'a.s.b.l. Groupe d'étude et de réforme de la fonction administrative (GERFA), dont le siège social est établi à 1190 Bruxelles, avenue du Pont de Luttre 137, a introduit un recours en annulation de l'article 2 de l'ordonnance de la Région de Bruxelles-Capitale du 11 juillet 2002 élargissant les conditions de nationalité pour l'accès aux emplois de la fonction publique régionale (publiée au *Moniteur belge* du 23 juillet 2002).

Des mémoires ont été introduits par :

- le Conseil des ministres;
- le Gouvernement de la Communauté française;
- le Gouvernement wallon;
- le Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale.

La partie requérante a introduit un mémoire en réponse et le Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale a introduit un mémoire en réplique.

A l'audience publique du 7 octobre 2003 :

- ont comparu :
  - . M. Legrand, président de l'a.s.b.l. GERFA, en personne;
  - . Me H. Vermeire *loco* Me P. Devers, avocats au barreau de Gand, pour le Conseil des ministres;
  - . Me I. Dupont, *loco* Me M. Uyttendaele et Me A. Feyt, avocats au barreau de Bruxelles, pour le Gouvernement de la Communauté française;
  - . Me G. Druetz *loco* Me F. Gosselin, avocats au barreau de Bruxelles, pour le Gouvernement wallon;
  - . Me C. Cosyns *loco* Me P. Hubain, avocats au barreau de Bruxelles, pour le Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale;
- les juges-rapporteurs L. François et M. Bossuyt ont fait rapport;
- les parties précitées ont été entendues;
- l'affaire a été mise en délibéré.

Les dispositions de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage relatives à la procédure et à l'emploi des langues ont été appliquées.

## II. *En droit*

- A -

### *Quant à la recevabilité*

A.1.1. L'a.s.b.l. Groupe d'étude et de réforme de la fonction administrative, en abrégé GERFA, est une organisation syndicale agréée. Elle estime avoir un intérêt direct à contester la disposition attaquée qui, selon elle, autorise dans la fonction publique bruxelloise des recrutements qui sont contraires à l'article 10 de la Constitution et portent atteinte à l'ensemble de ses membres, lesquels sont fonctionnaires à la Région bruxelloise ou y sont candidats à un emploi.

A.1.2. Le Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale, se référant aux statuts de la requérante selon lesquels elle a pour objet de défendre les intérêts de tous les fonctionnaires et agents des services publics d'expression française, conteste son intérêt à agir puisqu'elle n'a pas pour objet de défendre les agents de nationalité belge ou ayant la nationalité d'un Etat de l'Union européenne ou de l'Espace économique européen. Certains des membres de la requérante peuvent d'ailleurs n'avoir aucune de ces nationalités. Restreindre ainsi la portée de l'objet social impliquerait en outre que cet objet méconnaisse la loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme ou la xénophobie et, par conséquent, que son intérêt ne soit pas légitime.

Il fait en outre valoir qu'un intérêt à la correcte application des normes juridiques s'assimilerait à l'action populaire.

A.1.3. Le Gouvernement de la Communauté française, se référant aussi à la loi du 30 juillet 1981, estime de même que la requérante n'explique pas concrètement en quoi consiste l'atteinte que l'ordonnance attaquée porterait à ses membres ou à l'étude et à la promotion des réformes administratives. Dès lors que la nationalité ne constitue pas une condition qu'il faudrait remplir pour appartenir au GERFA, celui-ci ne peut justifier d'un intérêt qui se fonderait sur ceux - à les supposer blessés - des seuls Belges. Il ne peut davantage invoquer sa qualité d'organisation syndicale puisque l'ordonnance attaquée n'a aucun impact sur les conditions dans lesquelles la requérante est associée au fonctionnement du service public.

A.1.4. La requérante juge grotesques et aberrantes les accusations de racisme qui lui sont adressées et fait valoir que la nationalité constitue une condition objective d'accès à la fonction dans la plupart des pays, à la Commission européenne elle-même et, pour de multiples fonctions, en Belgique en vertu, le cas échéant, de la Constitution.

### *Quant au premier moyen*

A.2.1. Dans un premier moyen, pris de la violation de l'article 10 de la Constitution, la requérante fait valoir que l'article 10 de la Constitution réserve les emplois de la fonction publique aux Belges, sauf les exceptions établies par la loi dans des cas particuliers. L'ordonnance entreprise est donc contraire à la Constitution dans la mesure où elle crée un régime général d'accès pour les ressortissants étrangers et ne se limite pas à identifier les emplois qui leur seraient éventuellement accessibles.

A.2.2. Le Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale estime que le moyen est irrecevable en ce qu'il ne dénonce ni une discrimination au sens des articles 10 et 11 de la Constitution, ni une absence de discrimination. Le moyen tend à faire contrôler l'ordonnance par rapport à la Constitution sans passer par un contrôle par rapport aux principes d'égalité et de non-discrimination; il tend en réalité à soumettre à la Cour une discrimination qui figure dans la Constitution et dont la Cour ne peut donc connaître : il ne lui appartient en effet pas de censurer une norme qui ne serait pas conforme à une autre disposition de la Constitution que celles relatives aux principes d'égalité et de non-discrimination.

A.2.3. A titre subsidiaire, le Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale estime que la disposition en cause ne viole pas les principes d'égalité et de non-discrimination. Il estime que la requérante semble dénoncer l'absence de distinction parmi les étrangers, admissibles aux seuls emplois civils ne comportant pas de participation directe ou indirecte à l'exercice de la puissance publique ou aux fonctions n'ayant pas pour objet la

sauvegarde des intérêts généraux de l'Etat ou des autres collectivités publiques, entre les ressortissants de l'Union européenne ou de l'Espace économique européen et les personnes n'ayant pas la nationalité des Etats membres de ceux-ci.

Or, ni la simple existence de dispositions supranationales ni un autre critère objectif ne justifierait l'exclusion de ces derniers, par rapport aux ressortissants de l'Union européenne ou de l'Espace économique européen, de l'accès à la fonction publique régionale dès lors qu'il est acquis qu'ils n'exerceront pas, tout comme les ressortissants de l'Union européenne ou de l'Espace économique européen, de fonctions impliquant une participation directe ou indirecte à l'exercice de la puissance publique.

De plus, la différence de traitement à laquelle l'ordonnance attaquée met fin résulte du Traité instituant la Communauté européenne; elle ne peut donc être censurée par la Cour.

A.2.4. A titre encore plus subsidiaire, le Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale estime que le moyen n'est pas fondé parce qu'il ressort des travaux préparatoires de l'ordonnance attaquée que le législateur régional a voulu calquer les conditions d'accès des étrangers qui ne sont pas ressortissants d'un Etat de l'Union européenne ou de l'Espace économique européen sur celles qui sont applicables aux étrangers ayant la nationalité d'un Etat membre de l'Union européenne ou de l'Espace économique européen. Ce choix, inspiré des critères retenus par la jurisprudence communautaire, relève du pouvoir d'appréciation du législateur.

A.2.5. Le Conseil des ministres entend que le moyen ne s'applique pas aux citoyens d'Etats membres de l'Union européenne ou de l'Espace économique européen, étant donné que l'article 2 de l'ordonnance contestée vise les citoyens revêtus d'une nationalité autre que belge et non ressortissants de l'Union européenne ou de l'Espace économique européen.

A.2.6. Se référant aux discussions du Congrès national, le Conseil des ministres soutient que l'article 10, alinéa 2, de la Constitution permet au législateur d'établir des exceptions générales et explicites en vue d'admettre des étrangers à l'exercice du *ius honorum*. Ces exceptions doivent cependant être suffisamment précises.

L'ordonnance attaquée fait sienne, en l'espèce, la distinction, selon le critère fonctionnel, établie par la Cour de justice des Communautés européennes dans son interprétation de l'article 39, paragraphe 4, du Traité de Rome. La Cour n'a pas pris en compte le lien juridique unissant l'agent et l'administration mais a donné une portée restrictive à la notion d'administration publique en permettant aux Etats de réserver à leurs ressortissants les seuls emplois qui consistent en une participation directe ou indirecte à l'exercice de la puissance publique et qui comportent des fonctions qui ont pour objet la sauvegarde des intérêts généraux de l'Etat ou d'autres collectivités publiques (étant donné que de tels emplois supposent chez les fonctionnaires l'existence d'un rapport particulier de solidarité envers l'Etat, ainsi qu'une réciprocité de devoirs et de droits qui sont le fondement du lien de nationalité).

A.2.7. Cette distinction avait, selon le Conseil des ministres, déjà été utilisée par l'article 1er de l'arrêté royal (relatif aux principes généraux) aboli du 26 septembre 1994 et avait été jugée par la doctrine suffisamment connue pour permettre un contrôle judiciaire. Elle est donc suffisamment précise et est, du reste, conforme à la loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme ou la xénophobie, modifiée par la loi du 12 avril 1994.

A.2.8. Le Gouvernement de la Communauté française, se référant lui aussi aux intentions du Constituant, soutient que l'article 10 ne vise pas à cadencasser la fonction publique au bénéfice des nationaux, mais à permettre l'émergence d'un système souple tout en préservant le noyau dur de la souveraineté nationale. La souplesse qui caractérise la Constitution belge est en phase avec l'évolution de la société en matière d'égalité dans les droits consentis aux étrangers, de sorte qu'il convient d'éviter toute interprétation schizophrénique de l'article 10, alinéa 2.

A.2.9. Le Gouvernement de la Communauté française indique qu'il faut en outre tenir compte des exigences du droit européen qui ont amené la Cour de justice des Communautés européennes à condamner l'usage limité de la faculté laissée au législateur par l'article 10, alinéa 2, en considérant que des fonctions n'impliquant aucun concours à des tâches relevant de l'administration publique proprement dite ne pouvaient

être réservées aux nationaux. L'ordonnance a intégré cette jurisprudence et n'établit pas de différence de traitement entre les catégories d'étrangers.

A.2.10. Dans ce contexte, le Gouvernement de la Communauté française estime que le législateur n'a pas méconnu l'article 10, alinéa 2, celui-ci exigeant simplement que le législateur détermine concrètement les emplois qui peuvent être confiés à des agents qui ne sont pas de nationalité belge, et partant, interdisant que, par nature, le régime d'accès à la fonction publique soit le même pour les Belges et les étrangers. Or, en se référant à des concepts de droit européen, l'ordonnance montre qu'un départ net peut être fait entre les fonctions réservées aux uns et aux autres et s'analyse donc comme une loi établissant des exceptions pour les cas particuliers; ainsi que le confirme l'exposé des motifs, le législateur a donné des indications très concrètes pour déterminer quels emplois pouvaient, par exception, être attribués à des personnes de nationalité étrangère.

A.2.11. A titre subsidiaire, le Gouvernement de la Communauté française entend démontrer que l'ordonnance attaquée s'inscrit dans le mouvement général de l'évolution de la fonction publique en Belgique. Les régions et les communautés doivent respecter l'arrêté royal pris en vertu de l'article 87, § 4, de la loi spéciale de réformes institutionnelles. Cet arrêté, dans ses versions de 1991, 1994 et 2000, a proposé, dans la question en cause, des solutions toujours plus ouvertes. La volonté du Roi est claire. En adoptant cet arrêté, Il entend permettre à l'ensemble des partenaires de la Belgique fédérale de décider librement d'ouvrir leur fonction publique à des agents qui n'ont pas la nationalité belge et sans qu'il doive être fait nécessairement une distinction entre ceux qui sont ressortissants de pays de l'Union européenne ou d'Etats tiers. Ils doivent cependant, dans cet exercice, respecter l'article 10, alinéa 2, de la Constitution. L'ordonnance attaquée s'inscrit dans la même perspective.

A.2.12. La requérante réplique qu'en portant le débat sur la discrimination entre Belge et non-Belge, les parties adverses oublient que l'article 10 dispose que les exceptions qu'il prévoit sont déterminées par la loi. Elle fait valoir, d'une part, que la jurisprudence portant sur les exigences du droit européen est étrangère au présent litige puisque la Belgique n'a souscrit aucun engagement international relatif à l'accès à la fonction publique des étrangers ne relevant pas de l'Union européenne ou de l'Espace économique européen et, d'autre part, que le principe selon lequel les Etats réservent les emplois publics à leurs nationaux est un principe général universellement admis.

#### *Quant au deuxième moyen*

A.3.1. Le moyen est pris de la violation des règles répartitrices de compétences. La requérante fait valoir que l'article 10, alinéa 2, de la Constitution réserve à la loi, donc au législateur fédéral, la compétence de fixer les exceptions à la condition de nationalité pour les emplois publics. En supposant que l'ordonnance puisse être considérée comme une exception au régime général (*quod non*, voir le premier moyen), il n'en reste pas moins que le législateur régional n'était pas compétent pour régler une matière réservée au législateur fédéral.

A.3.2. Le Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale estime que le mot « loi » employé par l'article 10 de la Constitution (adopté avant 1970) ne vise pas à réserver la matière en cause au législateur fédéral mais à la soustraire à la compétence du pouvoir exécutif. Le décret et l'ordonnance peuvent donc prévoir des exceptions à l'article 10, alinéa 2. L'arrêt n° 35/2003 (B.12.6) de la Cour doit à cet égard être pris en considération.

A.3.3. Le Conseil des ministres soutient que la requérante ne justifie pas la portée restrictive qu'elle assigne au mot « loi ». Il se rallie à l'avis de la section de législation du Conseil d'Etat du 7 août 1997 qui considère qu'en la matière, il n'y a pas lieu de se référer à l'article 19, § 1er, alinéa 1er, de la loi spéciale du 8 août 1980 dès lors que la dérogation à la condition de nationalité ne constitue pas une compétence générale, mais une compétence à exercer de façon concrète, de sorte que le souci de sauvegarder une uniformité aussi complète que possible est, en l'espèce, irrelevant. Il est au contraire souhaitable, comme le dit l'avis précité, que le législateur compétent puisse juger de la question de savoir si une dérogation se justifie ou non.

A.3.4. Le Conseil des ministres relève par ailleurs que les agents en cause sont ceux pour lesquels, aux termes de l'article 87, § 3, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, les communautés et les régions sont habilitées à établir le règlement fixant le statut administratif et pécuniaire (à l'exception des pensions), à condition que ces statuts ne soient pas contraires à l'arrêté royal définissant les principes généraux du statut administratif et pécuniaire des agents de l'Etat.

Dans sa rédaction du 26 septembre 1994, cet arrêté contenait encore une forme de condition de nationalité, qui a toutefois été omise, tout à fait sciemment et sans susciter de critique de la part de la section de législation du Conseil d'Etat, dans sa rédaction du 11 décembre 2000. L'objectif de cette mesure correspond à celui de l'ordonnance attaquée.

A.3.5. Le Gouvernement de la Communauté française, se référant également à l'arrêt n° 35/2003, estime que la loi visée par l'article 10, alinéa 2, n'est pas la loi fédérale et observe, d'une part, que l'ordonnance trouve son fondement originaire dans une norme législative fédérale (l'article 87, § 4, de la loi spéciale de réformes institutionnelles, en vertu duquel fut pris l'arrêté royal du 22 décembre 2000) et, d'autre part, que la section de législation du Conseil d'Etat releva que le terme « loi » en cause peut également faire référence au décret ou à l'ordonnance. De plus, l'article 19 de la loi spéciale de réformes institutionnelles a été modifié de telle sorte que sont des matières réservées au législateur fédéral, celles qui sont visées dans des dispositions constitutionnelles adoptées postérieurement à 1980. Or, l'article 10, alinéa 2, de la Constitution faisait partie du texte élaboré, en 1831, par le Constituant originaire.

A.4. Le Gouvernement wallon s'en réfère à la sagesse de la Cour, sous réserve de toute prise de position ultérieure dans le cours de la procédure.

- B -

B.1.1. L'article 2 de l'ordonnance de la Région de Bruxelles-Capitale du 11 juillet 2002 élargissant les conditions de nationalité pour l'accès aux emplois de la fonction publique régionale, qui fait l'objet du recours, dispose :

« Les citoyens revêtus d'une nationalité autre que belge et non ressortissants de l'Union européenne ou de l'Espace économique européen sont admissibles, dans les services du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale et des personnes morales de droit public qui en dépendent, aux emplois civils qui ne comportent pas de participation directe ou indirecte à l'exercice de la puissance publique ou aux fonctions qui n'ont pas pour objet la sauvegarde des intérêts généraux de l'Etat ou des autres collectivités publiques. »

B.1.2. L'article 10 de la Constitution dispose :

« Il n'y a dans l'Etat aucune distinction d'ordres.

Les Belges sont égaux devant la loi; seuls ils sont admissibles aux emplois civils et militaires, sauf les exceptions qui peuvent être établies par une loi pour des cas particuliers.

L'égalité des femmes et des hommes est garantie. »

B.2.1. Le Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale conteste l'intérêt de l'a.s.b.l. GERFA (Groupe d'étude et de réforme de la fonction administrative), requérante, en faisant valoir que ses statuts, visant les intérêts moraux et matériels de tous les fonctionnaires et agents des services publics d'expression française, ne lui permettent pas de défendre et de promouvoir les intérêts moraux et matériels des seuls fonctionnaires ayant la nationalité belge ou ayant la nationalité d'un Etat membre de l'Union européenne ou de l'Espace économique européen.

B.2.2. Lorsqu'une association sans but lucratif qui se prévaut d'un intérêt collectif souhaite avoir accès à la Cour, il est requis notamment que la norme entreprise soit susceptible d'affecter son objet social.

B.2.3. Selon l'article 2 de ses statuts, modifié le 28 janvier 1998 (*Moniteur belge* du 13 août 1998), l'association requérante a pour objet « d'étudier et de promouvoir la réforme des services publics dans le sens le plus large du terme, ainsi que de défendre et de promouvoir les intérêts moraux et matériels de tous les fonctionnaires et agents des services publics d'expression française, qu'ils soient ou non régis par un statut syndical et quelle que soit la nature juridique de leur lien avec la personne publique (statut, contrat, subvention-traitement), et l'application correcte des normes constitutionnelles, légales et réglementaires qui les régissent ».

La requérante ne représente donc pas l'intérêt spécifique des fonctionnaires et agents d'une nationalité particulière. Elle ne fait pas apparaître en quoi son objet social - qui prend en compte « tous les fonctionnaires et agents des services publics d'expression française » - pourrait être affecté par une mesure qui a pour effet de supprimer, dans les limites qu'elle précise, la condition de nationalité pour l'accès à certains emplois publics. L'intérêt d'une association privée ne peut se confondre avec l'intérêt général qui s'attache à ce que la Constitution soit respectée : établir l'intérêt de la requérante sur la considération que, comme elle le soutient, des recrutements contraires à l'article 10 de la Constitution pourraient être décidés aboutirait à admettre le recours populaire, ce que le Constituant n'a pas voulu.

Sa qualité d'organisation syndicale agréée ne confère pas davantage à la requérante un intérêt au recours puisque la disposition attaquée n'a pas trait à une matière pour laquelle elle serait associée au fonctionnement des services publics.

B.3. A défaut de l'intérêt requis par la loi spéciale, le recours est irrecevable.

Par ces motifs,

la Cour

rejette le recours.

Ainsi prononcé en langue française, en langue néerlandaise et en langue allemande, conformément à l'article 65 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage, à l'audience publique du 17 décembre 2003.

Le greffier,

Le président,

P.-Y. Dutilleux

M. Melchior