

ROYAUME DE BELGIQUE.

KONINKRIJK BELGIE.

AVIS DU CONSEIL D'ETAT.

ADVIES VAN DE RAAD VAN STATE.

Le CONSEIL D'ETAT, section de législation, deuxième chambre, saisi par le Secrétaire d'Etat à la Fonction publique, le 28 mai 1974, d'une demande d'avis sur un projet d'arrêté ministériel "déterminant le personnel auxiliaire qui peut être engagé par contrat dans les administrations et les autres services des ministères", a donné le 10 juillet 1974 l'avis suivant :

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, tweede kamer, de 28e mei 1974 door de Staatssecretaris voor het Openbaar Ambt verzocht hem van advies te dienen over een ontwerp van ministerieel besluit "tot vaststelling van het hulppersoneel dat bij overeenkomst kan worden aangeworven in de besturen en andere diensten van de ministeries", heeft de 10e juli 1974 het volgend advies gegeven :

OBSERVATIONS GENERALES.

Le Premier Ministre et le Secrétaire d'Etat à la Fonction publique ont conçu le présent projet d'arrêté ministériel comme une mesure d'exécution des articles 5 et 12 de l'arrêté royal du 7 mars 1974, qui sont cités au préambule.

L'article 5 énonce que "Le recrutement à des fonctions dont les titulaires ne sont régis par aucun statut peut se faire par contrat ...". Et l'article 12, 2°, porte que les articles 10 et 11 qui imposent l'intervention du Secrétaire permanent au recrutement préalablement à la nomination des agents des administrations et des autres services des ministères, ne sont pas applicables "2° aux agents engagés par contrat en application de l'article 5, pour les fonctions d'auxiliaires désignées par le Ministre qui a la Fonction publique dans ses attributions".

Si on analyse le projet, on constate qu'il a, en réalité, un triple objet : il dispose à la fois que les diverses catégories de personnes énumérées aux articles 1er et 2 pourront être engagées par contrat, qu'elles seront recrutées en qualité d'auxiliaire et qu'elles le seront en dehors de l'intervention du Secrétaire permanent au recrutement prévue par les articles 10 et 11 de l'arrêté royal du 7 mars 1974.

En excluant expressément les "auxiliaires" de leurs champs d'application respectifs, l'arrêté du Régent du 30 avril 1947 fixant le statut des agents temporaires

.../...

(article 1er, alinéa 2, b) et l'arrêté du Régent du 10 avril 1948 portant le statut du personnel ouvrier temporaire (article 1er, alinéa 2) consacrent, par des dispositions réglementaires, la notion d'"auxiliaire", à laquelle recourait déjà le rapport au Roi qui précède l'arrêté du 2 octobre 1937. S'il n'y a pas une parfaite concordance entre ce rapport, l'arrêté du Régent du 30 avril 1947 et l'arrêté du Régent du 10 avril 1948 de telle sorte qu'il en résulte des difficultés d'interprétation, les règles en vigueur font de la notion d'"auxiliaire" une notion juridique (1), que l'autorité administrative chargée des mesures d'exécution ne peut pas méconnaître.

On considère généralement comme "auxiliaire" le membre du personnel "recruté pour des tâches n'exigeant pas des prestations complètes", comme l'énonce l'article 1er, alinéa 2, b, de l'arrêté du Régent du 30 avril 1947.

.../...

(1) Avis du Conseil d'Etat, section de législation :

- L. 3740/1/V du 20 août 1953 sur un projet d'arrêté royal "déterminant la qualité d'agent auxiliaire et établissant la possibilité de recours en matière disciplinaire pour les gantes auxiliaires";
- L. 10.920/2 du 26 janvier 1970 sur un projet d'arrêté ministériel portant instructions générales pour les établissements pénitenciers";
- L. 11.991/2 du 13 février 1974 sur le projet devenu l'arrêté royal du 7 mars 1974;
- L. 12.015/2 du 9 juillet 1974 sur un projet d'arrêté royal modifiant les arrêtés du Régent du 30 avril 1947 et du 10 avril 1948 fixant les statuts des agents temporaires et du personnel ouvrier temporaire.

Le Premier Ministre et le Secrétaire d'Etat à la Fonction publique restent dans les limites de l'habilitation que leur donne l'article 12, 2°, de l'arrêté royal, dans la mesure où le projet vise des agents chargés d'accomplir des tâches n'exigeant pas des prestations complètes. Ils excèdent, au contraire, leurs pouvoirs dans la mesure où le projet vise des agents ne faisant pas partie de cette catégorie.

Même en son article 1er, 1°, où il fait mention des "agents chargés des travaux de nettoyage" et du "personnel des restaurants", le projet méconnaît la notion d'"auxiliaire" dans la mesure où la disposition s'étend à des agents ayant des prestations complètes.

Pour le même motif, le projet méconnaît la notion d'"auxiliaire" également en son article 1er, 3° et 4° : on ne peut, en effet, confondre prestations incomplètes et prestations de caractère "saisonnier".

Pour le même motif encore, le projet méconnaît, en outre, la notion d'"auxiliaire" en son article 1er, 5° et 6°.

Le projet méconnaît même plus radicalement la notion d'"auxiliaire" en son article 2, par lequel il tend à habiliter les ministres à donner la qualité d'auxiliaire à tous "les agents destinés à occuper un emploi figurant au cadre du ministère ou du service sous une rubrique qui prévoit que le régime statutaire n'est pas applicable".

.../...

Pour autoriser le recrutement par contrat des diverses catégories de personnes énumérées à l'article 1er du projet, un arrêté royal serait nécessaire. Si le Gouvernement veut que ces personnes soient recrutées en qualité d'"auxiliaire" et entend ainsi élargir cette notion, il doit prendre des dispositions donnant une nouvelle définition de l'"auxiliaire". Pour énoncer celle-ci, le Gouvernement peut, s'il estime opportun, utiliser non seulement le critère du caractère incomplet des prestations mais aussi le critère de la nature des fonctions, en recourant, si ce procédé se révèle indispensable, à une disposition portant qu'un arrêté d'exécution ultérieur énumérera les fonctions à considérer comme des fonctions d'"auxiliaire". Les dispositions à prendre paraissent bien impliquer des modifications, d'ailleurs limitées, à l'arrêté royal du 2 octobre 1937 portant le statut des agents de l'Etat. Elles seraient donc soumises aux formalités préalables imposées par l'article 116 de ce statut et trouveraient logiquement place dans celui-ci.

OBSERVATIONS PARTICULIERES.

A. En son article 1er, 2°, le projet vise en termes généraux "2° les agents destinés à effectuer des prestations incomplètes". Cette disposition n'est pas conforme à l'article 12, 2°, de l'arrêté royal du 7 mars 1974, qui, dans un but de sécurité juridique, exige que le ministre désigne les fonctions d'auxiliaire auxquelles les autorités compétentes pourront recruter en dehors de l'intervention du Secrétaire permanent au recrutement.

.../...

B. A l'article 1er, 5°, il y a lieu d'exclure les aumôniers : ceux-ci sont des ministres du culte et non des membres du personnel d'une administration de l'Etat ou d'un autre service public (Cass. 23 novembre 1957, Pas. 1958, I, 307; C.E. 2 décembre 1966, GIELEN, n° 12.086, Rec., p. 949).

L'arrêt du Conseil d'Etat du 18 novembre 1955 BORET, n° 4668, précise, à propos de l'aumônier d'établissements pénitenciers, qu'il "n'entre dans aucune des catégories d'agents et d'auxiliaires de l'Etat visés par le statut syndical du 11 juillet 1949" (Rec., p. 880).

C. L'article 1er, 6°, vise "les personnes qui ont réussi la première épreuve technique pour l'obtention du grade de géomètre-expert immobilier et qui effectuent le stage préparatoire à la seconde épreuve technique".

Le stage dont il s'agit est institué par l'arrêté royal du 18 mai 1936 portant modifications aux dispositions concernant l'exercice de la profession de géomètre-expert immobilier. Or, dans ses arrêts du 14 mai 1969, OOSTERLINCK, n° 13.554 et VINCK, n° 13.555, le Conseil d'Etat a déclaré qu'à défaut d'une loi habilitant le Roi à réglementer la profession de géomètre-expert immobilier sur d'autres bases que ne l'avait fait l'arrêté royal du 31 juillet 1825, qui a valeur d'une loi, "les dispositions de l'arrêté royal du 18 mai 1936, plus spécialement celles qui imposent un stage aux candidats, sont dépourvues de fondement légal" (Rec., p. 503).

.../...

D. La rétroactivité prévue par l'article 3 est contraire aux principes applicables en la matière. Cet article doit être omis.

*

* *

Il ressort des observations qui précèdent que l'ensemble du projet devrait être revu. Toutefois, dans l'immédiat et pour répondre aux besoins les plus courants, le champ d'application du projet pourrait être réduit à ceux qui, parmi les agents visés à l'article 1er, 1°, remplissent des tâches n'exigeant **pas** de prestations complètes.

*

Le texte suivant est proposé :

"ARRETE MINISTERIEL DESIGNANT LES FONCTIONS D'AUXILIAIRE
AUXQUELLES IL PEUT ETRE RECRUTE PAR CONTRAT.

...

... (comme au projet).

Article unique.-

Les agents chargés des travaux de nettoyage ou du service des restaurants et remplissant des tâches n'exigeant pas des prestations complètes peuvent être engagés, par contrat, en qualité d'auxiliaire, dans les administrations et les autres services des ministères.

.../...

Chacune des décisions recrutant un des agents visés à l'alinéa 1er est soumise à l'autorisation de l'inspecteur des finances; elle n'est pas soumise à l'intervention du Secrétaire permanent au recrutement prévue par les articles 10 et 11 de l'arrêté royal du 7 mars 1974 relatif au recrutement des agents dans les administrations et les autres services des ministères.

ALGEMENE OPMERKINGEN.

De Eerste Minister en de Staatssecretaris voor het Openbaar Ambt zien het ontwerp-ministerieel besluit als een maatregel ter uitvoering van de artikelen 5 en 12 van het koninklijk besluit van 7 maart 1974, welke artikelen in de aanhef worden aangehaald.

Artikel 5 bepaalt : "In ambten waarvan de bekleder onder geen enkel statuut valt, kan bij overeenkomst worden aangeworven ...". Artikel 12, 2°, van zijn kant zegt dat de artikelen 10 en 11, die voor de benoeming van personeelsleden in de besturen en andere diensten van de ministeries voorafgaande bemoeiing van de vaste wervingssecretaris voorschrijven, niet van toepassing zijn "2° op personeelsleden die krachtens artikel 5, bij overeenkomst in dienst worden genomen voor de door hulppersoneel te bekleden ambten, aangewezen door de Minister tot wiens bevoegdheid het Openbaar Ambt behoort".

Bij nader toezien blijkt het ontwerp een drieledig doel te hebben : het bepaalt tegelijk dat de verschillende in de artikelen 1 en 2 opgesomde categorieën van personen bij overeenkomst kunnen worden aangeworven, dat zij in dienst genomen worden als hulppersoneel en dat die indienstneming geschiedt buiten de in de artikelen 10 en 11 van het koninklijk besluit van 7 maart 1974 voorgeschreven bemoeiing van de vaste wervingssecretaris.

Het besluit van de Regent van 30 april 1947 houdende vaststelling van het statuut van het tijdelijk personeel (artikel 1, tweede lid, 2, b) en het besluit van de Regent van

.../...

10 april 1948 houdende statuut van het tijdelijk werkliedenpersoneel (artikel 1, tweede lid) hebben het "hulppersoneel" uitdrukkelijk buiten hun respectieve werkingssfeer gehouden. Ze hebben het begrip "hulppersoneel" waarmee reeds in het verslag aan de Koning bij het besluit van 2 oktober 1937 was gewerkt, aldus in verordeningsbepalingen vastgelegd. Er moge nu - met het gevolg dat zich interpretatiemoeilijkheden voordoen - geen volkomen overeenstemming zijn tussen dat verslag, het besluit van de Regent van 30 april 1947 en het besluit van de Regent van 10 april 1948, de geldende regels maken het begrip "hulppersoneel" niettemin tot een rechtsbegrip (1) dat de met uitvoeringsmaatregelen belaste administratieve overheid niet mag miskennen.

.../...

(1) Advies van de Raad van State, afdeling wetgeving :

- L. 3740/1/V van 20 augustus 1953 over een ontwerp-koninklijk besluit "waarbij de hoedanigheid van hulpkracht wordt vastgesteld en beroep in zake tuchtaangelegenheden voor het hulppersoneel mogelijk wordt gemaakt";
- L. 10.920/2 van 26 januari 1970 over een ontwerp-ministerieel besluit "houdende algemene instructie voor de strafinrichtingen";
- L. 11.991/2 van 13 februari 1974 over het ontwerp dat ontstaan heeft gegeven aan het koninklijk besluit van 7 maart 1974;
- L. 12.015/2 van 9 juli 1974 over een ontwerp-koninklijk besluit tot wijziging van de besluiten van de Regent van 30 april 1947 en 10 april 1948 houdende vaststelling van het statuut van het tijdelijk personeel en van het tijdelijk werkliedenpersoneel.

Als hulppersoneel pleegt te worden aangemerkt het personeel dat "aangeworven wordt voor taken die geen volledige prestaties vergen". Zo staat het in artikel 1, tweede lid, b, van het besluit van de Regent van 30 april 1947.

De Eerste Minister en de Staatssecretaris voor het Openbaar Ambt blijven binnen de grenzen van de hun in artikel 12, 2°, van het koninklijk besluit gegeven opdracht waar zij in het ontwerp personeelsleden betrekken die taken vervullen welke geen volledige prestaties vergen". Zij gaan hun bevoegdheid daarentegen te buiten waar zij het ontwerp mede doen slaan op personeelsleden die niet tot die categorie behoren.

Zelfs in artikel 1, 1°, waar sprake is van "de personeelsleden belast met de schoonmaak en het personeel van de restaurants" miskent het ontwerp het begrip "hulppersoneel" in zover het die bepaling ook laat gelden voor personeelsleden met een volledige dagtaak.

Evenzo miskent het dat begrip in artikel 1, 3° en 4° : prestaties met onvolledige dagtaak mogen immers niet worden verward met "seizoenprestaties".

Steeds om dezelfde reden, miskent het ontwerp het begrip "hulppersoneel" ook in artikel 1, 5° en 6°.

Nog sterker zelfs negeert het dat begrip in artikel 2, waar het de ministers bevoegdheid verleent om de hoedanigheid van hulppersoneel toe te kennen aan "de personeelsleden bestemd voor het bekleden van een betrekking die voorkomt in de personeelsformatie van het ministerie of van de dienst, onder een rubriek die bepaalt dat het statutair stelsel niet toepasselijk is".

.../...

Opdat voor de verschillende in artikel 1 van het ontwerp genoemde categorieën aanwerving bij overeenkomst van personen mogelijk zij, is een koninklijk besluit nodig. Indien de Regering wenst dat die personen als "hulppersoneel" worden aangeworven en zij dat begrip dus wil verruimen, moet zij bepalingen vaststellen die een nieuwe definitie van het begrip "hulppersoneel" brengen. Om die definitie te formuleren kan de Regering, als zij dat raadzaam acht, naast het onvolledige van de prestaties ook de aard van het ambt als maatstaf aanleggen en daarbij, als dat volstrekt noodzakelijk blijkt, werken met de bepaling dat de ambten die moeten worden aangemerkt als door hulppersoneel te bekleden zullen worden opgesomd in een later uitvoeringsbesluit. Met de vast te stellen bepalingen lijken een aantal, overigens beperkte wijzigingen van het koninklijk besluit van 2 oktober 1937 houdende het statuut van het Rijkspersoneel te zijn gemoeid. Die wijzigingen zouden dus onderworpen zijn aan de voorafgaande formaliteiten die dat statuut voorschrijft en zouden logischerwijs daarin moeten worden opgenomen.

BIJZONDERE OPMERKINGEN.

A. In artikel 1, 2°, spreekt het ontwerp in 't algemeen over "de personeelsleden die onvolledige prestaties vervullen". Die bepaling strookt niet met artikel 12, 2°, van het koninklijk besluit van 7 maart 1974 dat terwille van de rechtszekerheid voorschrijft dat de minister de door hulppersoneel te bekleden ambten aanwijst waarin de bevoegde overheden buiten de bemoeiing van de vaste wervingssecretaris kunnen aanwerven.

.../...

B. In artikel 1, 5°, moeten de aalmoezeniers worden weggelaten : deze zijn bedienaars van de eredienst, geen personeel van een Rijksbestuur of van een andere overheidsdienst (Cass. 23 november 1957, Pas. 1958, I 307; R.S. 2 december 1966, GIELEN, nr. 12086, Verz. blz. 1018).

Het arrest van de Raad van State van 18 november 1955 nr. 4668 inzake BORET heeft in verband met de aalmoezenier van de strafinrichtingen duidelijk gesteld dat "deze niet behoort tot een der categorieën van het Rijkspersoneel en -hulppersoneel waarvan sprake in het syndicaal statuut van 11 juli 1949" (Verz. blz. 977).

C. Artikel 1, 6°, heeft het over hen "die slaagden voor het eerste technisch examengedeelte voor het behalen van de graad van landmeter-expert onroerende goederen en de stage tot voorbereiding op het tweede technisch examengedeelte doormaken".

De hier bedoelde stage is ingesteld bij koninklijk besluit van 18 mei 1936 houdende wijziging van de bepalingen betreffende de uitoefening van het beroep van meetkundig schatter van onroerende goederen.

Nu heeft de Raad van State in de arresten OOSTERLINCK, nr. 13.554 en VINCK nr. 13555 van 14 mei 1969 verklaard dat, bij gemis van een wet die de Koning machtigt het beroep van landmeter-expert onroerende goederen te regelen op andere grondslagen dan gedaan is in het koninklijk besluit van 31 juli 1825, dat kracht van wet heeft, "de bepalingen van het koninklijk besluit van 18 mei 1936 en meer bepaald die welke aan de kandidaten een proeftijd opleggen, wettelijk grondslag missen" (Verz. blz. 542).

.../...

D. De terugwerking bepaald in artikel 3 is in strijd met de terzake geldende beginselen. Dat artikel moet worden geschrapt.

*

* *

Uit hetgeen hiervoren is opgemerkt blijkt dat het gehele ontwerp moet worden herzien. De werkingssfeer van het ontwerp zou echter, om in de meest dringende behoeften te voorzien, vooralsnog kunnen worden beperkt tot diegenen onder de in artikel 1, 1°, bedoelde personeelsleden die taken vervullen welke geen volledige prestaties vergen.

*

De volgende tekst wordt daartoe in overweging gegeven :

"MINISTERIEEL BESLUIT TOT AANWIJZING VAN DE DOOR HULPPERSONEEL
TE BEKLEDEN AMBTEN WAARIN BIJ OVEREENKOMST KAN WORDEN AANGE-
WORVEN.

...

... (zoals in het ontwerp).

Enig artikel.-

De personeelsleden belast met de schoonmaak of met de bediening in de restaurants die taken vervullen welke geen volledige prestaties vergen, kunnen bij overeenkomst als hulp-personeel worden aangeworven in de besturen en de andere diensten van de ministeries.

.../...

Voor iedere beslissing waarbij een personeelslid als bedoeld in het eerste lid wordt aangeworven is machtiging van de inspecteur van financiën vereist; niet vereist is de bemoeiing van de vaste wervingssecretaris die voorgeschreven is in de artikelen 10 en 11 van het koninklijk besluit van 7 maart 1974 betreffende de werving van personeelsleden in de besturen en andere diensten van de ministeries.

La chambre était composée de

Messieurs : G. VAN BONNEN,
de Heren :

H. ROUSSEAU,
J. van den BOSSCHE,

P. DE VISSCHER,

F. RIGAUX,

Madame : J. TROYENS,
Mevrouw :

La concordance entre la version française et la version néerlandaise a été vérifiée sous le contrôle de M. G. VAN BONNEN.

Le rapport a été présenté par M. Ch. HUBERLANT, premier auditeur.

LE GREFFIER - DE GRIFFIER,

J. TROYENS.

De kamer was samengesteld uit

président de chambre,
kamervoorzitter,

conseillers d'Etat,
staatsraden,

assesseurs de la
section de législation,
bijzitters van de
afdeling wetgeving,

greffier.
griffier.

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst werd nagezien onder toezicht van de H. G. VAN BONNEN.

Het verslag werd uitgebracht door de H. Ch. HUBERLANT, eerste auditeur.

LE PRESIDENT - DE VOORZITTER,

G. VAN BONNEN.