

KONINKRIJK BELGIË

ADVIES 33.967/1/V

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, eerste vakantiekamer, op 25 juli 2002 door de Vice Eerste Minister en Minister van Begroting, Maatschappelijke Integratie en Sociale Economie verzocht hem, binnen een termijn van ten hoogste drie dagen, van advies te dienen over een ontwerp van koninklijk besluit "tot vaststelling van de wijze waarop de personeelsleden van de Belgische Federale Voorlichtingsdienst overgaan naar de Federale Overheidsdienst Kanselarij en Algemene Diensten en naar de Federale Overheidsdienst Buitenlandse Zaken, Buitenlandse Handel en Ontwikkelingssamenwerking", heeft op 30 juli 2002 het volgende advies gegeven :

ROYAUME DE BELGIQUE

AVIS 33.967/1/V

DE LA SECTION DE LÉGISLATION
DU CONSEIL D'ETAT

Le CONSEIL D'ETAT, section de législation, première chambre des vacations, saisi par le Vice-Premier Ministre et Ministre du Budget, de l'Intégration sociale et de l'Economie sociale, le 25 juillet 2002, d'une demande d'avis, dans un délai ne dépassant pas trois jours, sur un projet d'arrêté royal "déterminant les modalités de transfert des membres du personnel du Service Fédéral belge d'Information au Service public fédéral Chancellerie et Services généraux et au Service public fédéral Affaires étrangères, Commerce extérieur et Coopération au Développement", a donné le 30 juillet 2002 l'avis suivant :

Volgens artikel 84, eerste lid, 2°, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State moeten in de adviesaanvraag de redenen worden opgegeven tot staving van het spoedeisend karakter ervan.

In het onderhavige geval wordt het verzoek om spoedbehandeling gemotiveerd

"par le fait que depuis le 1^{er} juillet 2002 le Service public fédéral Affaires étrangères, Commerce extérieur et Coopération au Développement n'est plus en mesure d'assurer le financement du budget de fonctionnement du Service Fédéral belge d'Information prévu par la convention entre l'Etat belge et le Service Fédéral belge d'Information et qu'il est donc nécessaire de réaliser dans les plus brefs délais le transfert effectif des membres du personnel destinés à ce Service public, et motivée par la nécessité de permettre également le transfert effectif des membres du personnel destinés au Service public fédéral Chancellerie et Services généraux dans le cadre de la mise en place de la Direction générale Communication externe et de la dissolution imminente du Service Fédéral belge d'Information".

*

* *

Met toepassing van artikel 84, tweede lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, heeft de afdeling wetgeving zich beperkt tot het onderzoek van de rechtsgrond, van de bevoegdheid van de steller van de handeling alsmede van de vraag of aan de voorgeschreven vormvereisten is voldaan.

*

* *

1. Luidens zijn opschrift beoogt het voor advies voorgelegde ontwerp van koninklijk besluit de "vaststelling van de wijze waarop de personeelsleden van de Belgische Federale Voorlichtingsdienst overgaan naar de Federale Overheidsdienst Kanselarij en Algemene Diensten en naar de Federale Overheidsdienst Buitenlandse Zaken, Buitenlandse Handel en Ontwikkelingssamenwerking".

Zoals een considerans opgenomen in het zevende lid van de aanhef van het ontwerp te kennen geeft, zijn bij koninklijk besluit van 19 juli 2001 tot uitvoering van

.../...

artikel 2, 1°, van de wet van 11 april 1994 betreffende de openbaarheid van bestuur de opdrachten inzake het voorlichtingsbeleid opgedragen aan de Federale Overheidsdienst Kanselarij en Algemene Diensten, in het bijzonder aan de entiteit Externe Communicatie. De Federale Overheidsdienst Buitenlandse Zaken, Buitenlandse Handel en Ontwikkelingssamenwerking zal belast worden met voorlichtingstaken in het buitenland. Tot hiertoe werden die taken uitgevoerd door de Belgische Federale Voorlichtingsdienst (hierna : FVD), een privaatrechtelijke instelling van openbaar nut als bedoeld in de wet van 27 juni 1921.

Luidens de artikelen 2 en 4 van het ontwerp worden de personeelsleden van de bedoelde voorlichtingsdienst door de Koning, op de gezamenlijke voordracht van de Eerste Minister en van de Minister van Buitenlandse Zaken "overgedragen" aan de genoemde federale overheidsdiensten volgens een procedure die nader wordt geregeld in de artikelen 3 en 7 en in de bijlage van het ontworpen besluit.

2.1. De personeelsleden van de FVD zijn geen ambtenaren, maar wel werknemers die door de raad van bestuur van deze privaatrechtelijke instelling bij arbeidsovereenkomst in dienst zijn genomen. Het spreekt vanzelf dat de federale uitvoerende macht, die overigens geen partij is bij de bedoelde arbeidsovereenkomst, niet kan afwijken van de toepasselijke regels van het arbeidsrecht of van de verplichtingen die voortvloeien uit de arbeidsovereenkomst. Meer bepaald beschikt de Koning niet over enige rechtsgrond om de betrokken contractuele personeelsleden, naar de termen van de artikelen 2 en 4 van het ontwerp, eenzijdig "over te dragen" aan de federale overheidsdiensten ¹.

2.2. Uit de aanhef van het ontworpen besluit blijkt evenwel dat de steller van het ontwerp rechtsgrond zoekt, eensdeels in artikel 37 van de Grondwet, bepaling waaraan de Koning een algemene bevoegdheid ontleent om de diensten van de federale uitvoerende macht te regelen, en anderdeels in artikel 4 van de wet van 22 juli 1993 houdende bepaalde maatregelen inzake ambtenarenzaken. Laatstgenoemd artikel 4 staat toe, in

¹Met name omdat de FVD een privaatrechtelijke rechtspersoon is kan de delegatie aan de Koning verleend bij artikel 52 van de programmawet van 19 juli 2001 geen toepassing vinden op een overdracht van het personeel van deze instelling.

afwijking van het beginsel van de statutaire aanwerving bij de overheidsdiensten behorende tot het federaal administratief Openbaar Ambt, om personen in dienst te nemen onder het stelsel van een arbeidsovereenkomst. Het ontwerp kan dan ook worden begrepen als een verbintenis van de federale overheid, als toekomstig werkgever, om de betrokken personeelsleden van de FVD een arbeidsovereenkomst aan te bieden volgens de procedure en met de waarborgen vermeld in het ontworpen besluit.

2.2.1. Het genoemde artikel 4 van de wet van 22 juli 1993 onderwerpt de indienstneming van personen bij arbeidsovereenkomst echter aan welbepaalde voorwaarden. Vooreerst kan dergelijke indienstneming luidens artikel 4, § 1, uitsluitend geschieden, onder meer, voor het vervullen van bijkomende of specifieke opdrachten. Wat dat vereiste betreft moet vastgesteld worden dat de lijst van die bijkomende of specifieke opdrachten² bij het koninklijk besluit van 28 januari 2002 is aangevuld met de opdrachten die kunnen worden toevertrouwd aan de personeelsleden van de FVD die "overgeheveld zijn" naar respectievelijk de Federale Overheidsdienst Kanselarij en Algemene Diensten en de Federale Overheidsdienst Buitenlandse Zaken, Buitenlandse Handel en Ontwikkelingssamenwerking³.

2.2.2. Artikel 4, § 2, 1°, van de wet van 22 juli 1993 vereist voorts dat de voorwaarden en de wijze van indienstneming van de bij arbeidsovereenkomst in dienst te nemen personeelsleden door de Koning worden bepaald. Het ter uitvoering van die wetbepaling genomen koninklijk besluit van 13 maart 2002 tot vaststelling van de voorwaarden voor indienstneming bij arbeidsovereenkomst in sommige overheidsdiensten, werkt een procedure uit waarbij Selor een databank ter beschikking stelt van de overheidsdiensten waarin de profielen van de kandidaten voor een contractuele betrekking worden opgenomen, de identiteit van de kandidaten met het vereiste functieprofiel pas na een eerste anonieme zoekopdracht aan de betrokken overheidsdienst wordt meegedeeld

²Die lijst is opgenomen in artikel 1, eerste lid, van het koninklijk besluit van 1 februari 1993 tot bepaling van de bijkomende of specifieke opdrachten in de besturen en andere diensten van de ministeries en in sommige instellingen van openbaar nut.

³Dit koninklijk besluit van 28 januari 2002 is niet aan het advies van de afdeling wetgeving van de Raad van State onderworpen. Binnen het bestek van de huidige adviesaanvraag komt het de Raad van State niet toe zich over de wettigheid van dit koninklijk besluit uit te spreken.

en die kandidaten vervolgens aan selectietests worden onderworpen om de kandidaten te selecteren die het best aan het vereiste functieprofiel beantwoorden. Slechts indien er geen of onvoldoende kandidaten uit de databank kunnen worden geselecteerd, mogen de overheidsdiensten zelf de nodige initiatieven ondernemen om voldoende geschikte personen aan te werven. Het Verslag aan de Koning bij dit koninklijk besluit benadrukt dat de toepassing van die procedures de betrokken overheidsdiensten responsabiliseert "zonder echter het in artikel 10 van de Grondwet neergelegde gelijkheidsbeginsel aan te tasten" en dat meer bepaald "zowel het gelijkheidsbeginsel als de objectiviteit van de selectie worden geëerbiedigd". Het in artikel 10 van de Grondwet neergeschreven gelijkheidsbeginsel vereist inderdaad dat eenieder een gelijke toegang tot het openbaar ambt wordt gewaarborgd, hetgeen het bestuur ertoe verplicht op een objectieve wijze de aanspraken te vergelijken van de verschillende kandidaten en bij aanwervingen de voorrang te geven aan degene die vanuit het oogpunt van het algemeen belang de meest geschikte kandidaat is.

Uit het ontworpen besluit en de bijlage ervan blijkt evenwel dat de steller van het ontwerp niet is uitgegaan van de behoeften van de federale overheidsdiensten, maar integendeel heeft rekening gehouden met de effectieve personeelssterkte van de FVD en dat die personeelsleden bijgevolg als het ware automatisch een arbeidsovereenkomst aangeboden zullen krijgen. Aldus wijkt het ontwerp af van het koninklijk besluit van 13 maart 2002 en stelt het een aanwervingsprocedure in de plaats die geen enkele waarborg bevat voor een objectieve vergelijking van de aanspraken van de kandidaten, wat niet in overeenstemming te brengen is met de zo-even in herinnering gebrachte grondwettelijke beginselen ⁴.

3. In subsidiaire orde kan nog worden opgemerkt dat de Koning noch aan artikel 37 van de Grondwet, noch aan de wet van 22 juli 1993 rechtsgrond kan ontleen om de verplichtingen tussen de FVD en haar groepsverzekeraar te wijzigen, zodat het ontworpen artikel 8 overbodig is, en evenmin om het lot te regelen van de lasten verbonden aan de brugpensioenen toegestaan aan sommige personeelsleden van de FVD (artikel 9 van het ontwerp).

4. Het besluit is dan ook dat het ontworpen besluit geen doorgang kan vinden.

⁴Ten overvloede wordt vastgesteld dat de artikelen 5 en 6 van het ontwerp de gelijke behandeling van het bij arbeidsovereenkomst aangeworven personeel nog meer in het gedrang brengt door het behoud van de geldelijke anciënniteit te waarborgen en door de toekenning van een "compensatietoelage".

Conformément à l'article 84, alinéa 1^{er}, 2°, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, la demande d'avis doit indiquer les motifs qui en justifient le caractère urgent.

En l'occurrence, l'urgence est motivée

"par le fait que depuis le 1^{er} juillet 2002 le Service public fédéral Affaires étrangères, Commerce extérieur et Coopération au Développement n'est plus en mesure d'assurer le financement du budget de fonctionnement du Service Fédéral belge d'Information prévu par la convention entre l'Etat belge et le Service Fédéral belge d'Information et qu'il est donc nécessaire de réaliser dans les plus brefs délais le transfert effectif des membres du personnel destinés à ce Service public, et motivée par la nécessité de permettre également le transfert effectif des membres du personnel destinés au Service public fédéral Chancellerie et Services généraux dans le cadre de la mise en place de la Direction générale Communication externe et de la dissolution imminente du Service Fédéral belge d'Information".

*

* *

En application de l'article 84, alinéa 2, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, la section de législation s'est limitée à l'examen du fondement juridique, de la compétence de l'auteur de l'acte ainsi que de l'accomplissement des formalités prescrites.

*

* *

1. Selon son intitulé, le projet d'arrêté royal soumis pour avis entend déterminer "les modalités de transfert des membres du personnel du Service Fédéral belge d'Information au Service public fédéral Chancellerie et Services généraux et au Service public fédéral Affaires étrangères, Commerce extérieur et Coopération au Développement".

Ainsi qu'il résulte d'un considérant figurant au septième alinéa du préambule du projet, les missions en matière de politique d'information sont confiées au Service

.../...

public fédéral Chancellerie et Services généraux, plus particulièrement à l'entité Communication externe, par l'arrêté royal du 19 juillet 2001 portant exécution de l'article 2, 1°, de la loi du 11 avril 1994 relative à la publicité de l'administration. Le Service public fédéral Affaires étrangères, Commerce extérieur et Coopération au Développement sera chargé des missions d'information à l'étranger. Jusqu'à présent, celles-ci étaient effectuées par le Service Fédéral belge d'Information (ci-après : SFI), un établissement d'utilité publique de droit privé au sens de la loi du 27 juin 1921.

Selon les articles 2 et 4 du projet, les membres du personnel du service d'information visé sont "transférés", sur proposition conjointe du Premier Ministre et du Ministre des Affaires étrangères, aux services publics fédéraux précités selon une procédure dont les modalités sont fixées aux articles 3 et 7 et dans l'annexe de l'arrêté en projet.

2.1. Les membres du personnel du SFI ne sont pas des fonctionnaires, mais bien des travailleurs engagés dans les liens d'un contrat de travail par le conseil d'administration de cet établissement de droit privé. Il va sans dire que le pouvoir exécutif fédéral qui, au demeurant, n'est pas partie à ce contrat de travail, ne peut déroger aux règles applicables du droit du travail, ni aux obligations résultant du contrat de travail. Plus précisément, aucun fondement légal n'habilite le Roi à "transférer" unilatéralement, aux termes des articles 2 et 4 du projet, les membres du personnel contractuel concernés aux services publics fédéraux ¹.

2.2. Il résulte toutefois du préambule de l'arrêté en projet que l'auteur du projet recherche un fondement légal, d'une part, dans l'article 37 de la Constitution, qui attribue au Roi le pouvoir général de régler les services du pouvoir exécutif fédéral, et, d'autre part, dans l'article 4 de la loi du 22 juillet 1993 portant certaines mesures en matière de fonction publique. Cet article 4 autorise l'engagement de personnes sous le régime du contrat de travail par dérogation au principe du recrutement statutaire dans les services publics relevant de la Fonction publique administrative fédérale. Dès lors, le projet peut s'entendre comme un engagement de l'autorité fédérale, en tant que futur employeur, à proposer aux membres du personnel du SFI un contrat de travail selon la procédure et avec les garanties mentionnées dans l'arrêté en projet.

¹C'est notamment parce que le SFI est une personne morale de droit privé que la délégation accordée au Roi par l'article 52 de la loi-programme du 19 juillet 2001 ne peut être appliquée à un transfert du personnel de cet établissement.

2.2.1. Toutefois, l'article 4 précité de la loi du 22 juillet 1993 soumet l'engagement de personnes sous le régime du contrat de travail à certaines conditions. Tout d'abord, selon l'article 4, § 1^{er}, il peut être procédé à un tel engagement aux fins exclusives, notamment, d'accomplir des tâches auxiliaires ou spécifiques. En ce qui concerne cette condition, on constatera que l'arrêté royal du 28 janvier 2002 a complété la liste de ces tâches auxiliaires ou spécifiques ² par des tâches qui peuvent être confiées aux membres du personnel du SFI "transférés" respectivement au service public fédéral Chancellerie et Services généraux et au service public fédéral Affaires étrangères, Commerce extérieur et Coopération au Développement ³.

2.2.2. L'article 4, § 2, 1^o, de la loi du 22 juillet 1993 requiert en outre que le Roi détermine les conditions et les modalités de l'engagement des personnes sous contrat de travail. L'arrêté royal du 13 mars 2002 fixant les conditions d'engagement par contrat de travail dans certains services publics, adopté en exécution de cette disposition légale, élabore une procédure selon laquelle le Selor met à la disposition des services publics une banque de données dans laquelle sont repris les profils des candidats pour un emploi contractuel, l'identité des candidats qui possèdent le profil de fonction exigé n'étant communiquée au service public concerné qu'après une première mission de recherche anonyme et ces candidats étant ensuite soumis à des tests de sélection pour sélectionner les candidats qui répondent le mieux au profil de sélection exigé. Ce n'est que si aucun candidat ne peut être sélectionné dans la banque de données ou si le nombre de candidats pouvant être sélectionnés est insuffisant, que les services publics peuvent prendre eux-mêmes les initiatives nécessaires pour engager les personnes adéquates. Le Rapport au Roi qui accompagne cet arrêté royal souligne que le recours à ces procédures responsabilise les services concernés "sans qu'il soit porté atteinte au principe (d')égalité (...) inscrit dans l'article 10 de la Constitution" et notamment que tant le principe d'égalité que les règles d'objectivité de la sélection sont respectées. Le principe d'égalité consacré par l'article 10 de la Constitution requiert effectivement que chacun se voit garantir l'égalité d'accès à la fonction publique, ce qui contraint l'administration à comparer objectivement les titres des différents candidats et à donner la priorité, lors du recrutement, au candidat le plus apte du point de vue de l'intérêt général.

²Cette liste figure à l'article 1^{er}, alinéa 1^{er}, de l'arrêté royal du 1^{er} février 1993 déterminant les tâches auxiliaires ou spécifiques dans les administrations et autres services des ministères ainsi que dans certains organismes d'intérêt public.

³Cet arrêté royal du 28 janvier 2002 n'a pas été soumis à l'avis de la section législation du Conseil d'Etat. Dans le cadre de la présente demande d'avis, il n'appartient pas au Conseil d'Etat de se prononcer sur la légalité de cet arrêté royal.

Il résulte toutefois de l'arrêté en projet et de son annexe que l'auteur du projet ne s'est pas basé sur les besoins des services publics fédéraux, mais qu'au contraire il a tenu compte des effectifs réels du SFI et que, dès lors, ces membres du personnel se verront proposer un contrat de travail de manière quasi automatique. De la sorte, le projet déroge à l'arrêté royal du 13 mars 2002 et lui substitue une procédure de recrutement qui ne garantit nullement une comparaison objective des titres des candidats, ce qui est contraire aux principes constitutionnels que l'on vient de rappeler ⁴.

3. Il peut encore être noté subsidiairement que ni l'article 37 de la Constitution ni la loi du 22 juillet 1993 n'habilitent le Roi à modifier les obligations entre le SFI et son assureur-groupe, si bien que l'article 8 en projet est superflu, ni davantage à régler le sort des charges liées aux prépensions accordées à certains membres du personnel du SFI (article 9 du projet).

4. Dès lors, force est de conclure que l'arrêté en projet ne peut être adopté.

⁴Il est constaté à titre surabondant qu'en garantissant le maintien de l'ancienneté pécuniaire et en octroyant une "allocation compensatoire", les articles 5 et 6 du projet compromettent encore davantage l'égalité de traitement du personnel engagé dans les liens d'un contrat de travail.

De vakantiekamer was samengesteld uit

de Heren
Messieurs

W. DEROOVER,

A. BEIRLAEN,

G. VAN HAEGENDOREN,

Mevrouw
Madame

A.-M. GOOSSENS,

La chambre des vacations était composée de

eerste voorzitter van de Raad van State,
voorzitter,
premier président du Conseil d'Etat, président,

kamervoorzitter,
président de chambre,

staatsraad,
conseiller d'Etat,

toegevoegd griffier,
greffier assumé.

De overeenstemming tussen de Nederlandse en de Franse tekst werd nagezien onder toezicht van de H. W. DEROOVER.

Het verslag werd uitgebracht door de H. B. WEEKERS, adjunct-auditeur. De nota van het Coördinatiebureau werd opgesteld en toegelicht door de H. J. DRIJKONINGEN, eerste referendaris.

La concordance entre la version néerlandaise et la version française a été vérifiée sous le contrôle de M. W. DEROOVER.

Le rapport a été présenté par M. B. WEEKERS, auditeur adjoint. La note du Bureau de coordination a été rédigée et exposée par M. J. DRIJKONINGEN, premier référendaire.

DE GRIFFIER - LE GREFFIER,

DE EERSTE VOORZITTER - LE
PREMIER PRÉSIDENT,

A.-M. GOOSSENS

W. DEROOVER