

ROYAUME DE BELGIQUE

Avis 34.109/2

DE LA SECTION DE LÉGISLATION
DU CONSEIL D'ÉTAT

Le CONSEIL D'ÉTAT, section de législation, deuxième chambre, saisi par le Ministre des Finances, du Budget, de la Fonction publique et des Relations extérieures de la Région de Bruxelles-Capitale, le 12 septembre 2002, d'une demande d'avis, dans un délai ne dépassant pas un mois, sur un projet d'arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale "portant réglementation de la situation administrative et pécuniaire des membres du personnel contractuel du ministère de la Région de Bruxelles-Capitale", après avoir examiné l'affaire en ses séances des 4 et 6 novembre 2002, a donné, à cette dernière date l'avis suivant :

KONINKRIJK BELGIË

ADVIES 34.109/2

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, tweede kamer, op 12 september 2002 door de Minister van Financiën, Begroting, Openbaar Ambt en Externe Betrekkingen van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest verzocht hem, binnen een termijn van ten hoogste een maand, van advies te dienen over een ontwerp van besluit van de Brusselse Hoofdstedelijke Regering "tot bepaling van de rechtspositie en de bezoldigingsregeling van de contractuele personeelsleden van het Ministerie van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest", heeft, na de zaak te hebben onderzocht op de zittingen van 4 en 6 november 2002, op laatstvermelde datum het volgende advies gegeven :

Observation préalable

En tant que les articles 10, 11 et 40 du projet ont trait à des mesures touchant à l'organisation du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale, ces dispositions sont dépourvues d'un caractère réglementaire au sens de l'article 3 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat. Elles ne doivent pas être soumises à la section de législation et n'ont en conséquence pas été examinées.

Observations générales

I. Cadre juridique

Le projet d'arrêté a pour objectif de clarifier la situation "administrative et pécuniaire" des membres du personnel du ministère de la Région de Bruxelles-Capitale qui ont été engagés dans les liens d'un contrat de travail tel que réglé par la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail.

Si en vertu de l'article 2, § 1^{er}, alinéa 2, de l'arrêté royal du 22 décembre 2000 fixant les principes généraux du statut administratif et pécuniaire des agents de l'Etat 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 (ci-après, "A.R.P.G."), les gouvernements des entités fédérées sont autorisés à engager du personnel sous contrat de travail, encore faut-il qu'ils recourent à ce type d'engagement d'une part, aux fins exclusives énoncées par ce même article et d'autre part, dans le respect des dispositions impératives de la loi du 3 juillet 1978, précitée.

C'est à la lumière de ces deux principes que les observations suivantes sont formulées.

.../...

II. Principes d'engagement dans les liens d'un contrat de travail (articles 1^{er}, 2 et 9)

1. Le respect des dispositions impératives de la loi du 3 juillet 1978, précitée, s'impose en toute hypothèse et donc également lorsque des éléments du régime statutaire des agents définitifs sont rendus applicables - ainsi qu'il est aujourd'hui admis par la doctrine ¹ - au personnel contractuel et ce, notamment dans un souci d'équité.

Il en résulte que les pouvoirs publics doivent, en recrutant du personnel contractuel, se conformer, en leur qualité d'employeur, aux principes essentiels du régime juridique des contrats de travail. C'est en ce sens que doit être compris l'article 1^{er} du projet lorsqu'il stipule que "le présent arrêté s'applique aux personnes engagées par contrat de travail au ministère de la Région de Bruxelles-Capitale conformément à la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail".

(1) Mme F. Leurquin-De Visscher ("Le personnel contractuel dans la fonction publique régionale en Belgique", in Les agents contractuels dans la fonction publique régionale en Belgique, Bruxelles, Bruylant, 1997, pp. 37 et suiv.), rappelle que : "(...) c'est l'article 87, § 3, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles qui, en donnant la compétence aux régions de fixer le statut de l'ensemble de leur personnel, leur permet d'établir les règles qui gouvernent l'engagement contractuel." (n° 11-p. 47), et qu'"Il est évident que la compétence normative reconnue aux régions en cette matière n'est pas libre de toute contrainte. Comme tout auteur de normes, les gouvernements régionaux se doivent de respecter les dispositions hiérarchiquement supérieures (...). Le respect de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail ne va pas non plus sans créer de difficultés." (n° 13-p. 49).

R. Janvier ("Recrutement d'un agent contractuel (M/F) pour un service public, prêt à accepter l'insécurité quant à son statut juridique", in Les agents contractuels dans la fonction publique régionale en Belgique, op. cit., pp. 185 et suiv.) précise qu'"... il est indubitable que la loi relative aux contrats de travail du 3 juillet 1978 a un caractère obligatoire à l'égard des différents employeurs de droit public dans leurs rapports avec les agents contractuels qu'ils emploient." (n° 5-p. 187), que : "Selon le caractère protecteur de la loi relative aux contrats de travail, il est prévu que l'on ne peut déroger à cette loi qu'à l'avantage des travailleurs." (n° 6-p. 187), qu'"... Il n'y a aucune raison en soi de s'opposer à l'application analogue aux agents contractuels des règlements en vigueur pour les agents statutaires. Il suffit simplement de développer le réflexe de toujours bien évaluer si ce n'est pas en contradiction avec les dispositions impératives du droit du travail individuel." (n° 37-p. 201) et qu'"Il n'y a aucun inconvénient à introduire une réglementation dérogatoire, du moins pour autant que celle-ci soit plus avantageuse pour l'agent contractuel." (Ibid.).

En d'autres termes, le Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale ne peut doter la relation de travail d'un statut juridique qui méconnaît les dispositions impératives de la loi du 3 juillet 1978, précitée.

En outre, à supposer que les règles édictées, en ce compris celles du régime statutaire appliquées par analogie, sont conformes aux dispositions impératives de la loi du 3 juillet 1978, précitée, il est encore requis qu'elles soient mentionnées, selon le cas, dans le contrat de travail ou dans un avenant à ce contrat. Ces règles ne peuvent en effet régir la relation de travail par le fait de l'expression de la volonté d'une seule des parties c'est-à-dire, en l'occurrence, par le fait de l'arrêté que se propose d'adopter le Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale. Le consentement du travailleur aux conditions ainsi prévues ou modifiées de sa relation de travail est nécessairement aussi requis. L'échange des consentements des parties procède en effet de l'essence même du contrat de travail. Eluder cet élément conduit à ignorer l'un des fondements majeurs du régime juridique des contrats de travail.

2.1. L'article 2 du projet tend à rappeler les situations dans lesquelles un engagement contractuel est autorisé par l'A.R.P.G.. Toutefois, cette disposition du projet ne vise pas l'hypothèse prévue à l'article 2, § 1^{er}, alinéa 2, 4°, de l'A.R.P.G., qui dispose que des personnes peuvent être engagées par contrat de travail afin d'exécuter des "tâches exigeant des connaissances particulières ou une expérience large de haut niveau, toutes les deux pertinentes pour les tâches à exécuter".

Or, la liste des tâches auxiliaires ou spécifiques contenue dans l'article 9 du projet, concerne des tâches qui pourraient requérir des connaissances particulières ou une large expérience de haut niveau.

Par ailleurs, cette liste soulève également la question de savoir si certaines tâches qu'elle énumère, sont réellement des tâches spécifiques. Celles-ci se caractérisent généralement par le fait qu'elles nécessitent, ponctuellement, une expertise particulière inexistante au sein des services du gouvernement considéré ou de la personne morale de droit public qui en dépend. Le Gouvernement doit certes dresser la liste de ces tâches,

.../...

mais, ce faisant, il ne peut dénaturer la signification du critère de spécificité ². Une interprétation qui irait au-delà des significations signalées obligerait l'autorité régionale à préciser en quoi les missions retenues sont à qualifier d'auxiliaires ou de spécifiques ³.

Ainsi, il est permis de se demander si la représentation de la Région de Bruxelles-Capitale au sein de la délégation permanente auprès de l'Union européenne est constitutive d'une tâche spécifique dès lors que, dans le système fédéral belge, les entités fédérées jouissent de compétences internationales dans les matières qui leur incombent.

Quant à la fonction du "secrétaire du Conseil de la politique scientifique", elle ne résulte pas explicitement de l'ordonnance de la Région de Bruxelles-Capitale du 10 février 2000 portant création d'un conseil de la politique scientifique de la Région de Bruxelles-Capitale ⁴. Le Conseil d'Etat s'interroge dès lors sur la nature d'une telle fonction.

La même question se pose pour les tâches assumées par le Secrétaire et le Secrétaire adjoint de la "section autonome bruxelloise de la Commission royale des Monuments et Sites", visés à l'article 9, 5°, du projet par rapport à l'arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale du 8 mars 2001 relatif à la Commission royale des Monuments et des Sites de la Région de Bruxelles-Capitale.

(2) Voir en ce sens l'avis 29.221/4, donné le 26 mai 1999 sur un projet d'arrêté du Gouvernement wallon "portant des dispositions administratives et pécuniaires applicables aux attachés économiques et commerciaux de l'agence wallonne à l'exportation".

(3) F. Leurquin-De Visscher, "Le personnel contractuel dans la fonction publique régionale en Belgique", op. cit., p. 46.

(4) S'agit-il d'un membre de l'Assemblée plénière du Conseil de la politique scientifique - auquel cas il est dans les liens d'un mandat - ou d'un membre du personnel de la cellule scientifique et administrative dépendant directement du Secrétaire général du Ministère de la Région de Bruxelles-Capitale (article 10, alinéa 2, de l'ordonnance du 10 février 2000) ?

Le rapport au Gouvernement que l'auteur du projet se propose de rédiger devra justifier pour chaque type de mission en quoi elle est une "tâche auxiliaire ou spécifique" et requiert un engagement contractuel. Sans une telle justification objective, l'auteur s'expose à des recours juridictionnels.

En outre, si les missions considérées n'entrent pas dans la catégorie des "tâches auxiliaires ou spécifiques", il appartiendra à l'auteur du projet d'examiner dans quelle mesure elles ne sont pas susceptibles de relever de la catégorie visée à l'article 2, § 1^{er}, alinéa 2, 4°, de l'A.R.P.G. et, dans un tel cas, d'en faire apparaître la justification également dans le rapport au Gouvernement.

2.2. En revanche, pour certaines tâches comme celles des inspecteurs régionaux, il apparaît que le Conseil de la Région de Bruxelles-Capitale a opté pour l'engagement statutaire.

En effet, aux termes de l'article 3, § 1^{er}, de l'ordonnance du 8 avril 1993 portant création du Fonds régional bruxellois de refinancement des trésoreries communales, le Fonds est un organisme d'intérêt public de la catégorie A soumis, pour autant qu'il n'y soit pas dérogé par l'ordonnance, aux dispositions de la loi du 16 mars 1954 relative au contrôle de certains organismes d'intérêt public.

De même, le paragraphe 3 de cet article prévoit par ailleurs que, pour l'exercice des missions qui lui sont confiées, "le Fonds dispose d'inspecteurs régionaux. L'Exécutif fixe le statut administratif et le statut pécuniaire ainsi que le cadre organique de ce personnel. En vue d'assurer la bonne marche du Fonds, l'Exécutif peut fixer des conditions dérogatoires et transitoires pour les premières nominations à ces emplois."

L'arrêté en projet ne peut en conséquence déroger à l'ordonnance précitée ⁵.

III. Conditions et procédures d'engagement (articles 5, 12 et 13)

1. Certaines dispositions du projet organisent la procédure d'engagement et s'inscrivent dès lors, par leur nature, dans la phase dite "précontractuelle" du contrat de travail. Il en est ainsi des articles 5, 12 et 13 du projet.

L'article 5 du projet énonce les conditions que doit remplir le candidat à un engagement contractuel auprès de la Région de Bruxelles-Capitale.

a) Le 1^o spécifie que ce candidat doit "être de nationalité belge pour les fonctions qui comportent une participation directe ou indirecte à l'exercice de la puissance publique et concernent des fonctions qui ont pour objet la sauvegarde des intérêts généraux de la Région". Ainsi qu'il résulte des documents annexés à la demande d'avis, il faut déduire de ce libellé que la condition d'être de nationalité belge ou citoyen de l'Union européenne ne serait plus requise pour tous les autres types d'emploi.

Conformément à l'article 10, alinéa 2, de la Constitution, une telle disposition ne peut trouver sa place que dans un texte législatif. Le Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale a d'ailleurs soumis à la section de législation du Conseil d'Etat un avant-projet d'ordonnance "élargissant les conditions de nationalité pour l'accès aux emplois de la Fonction publique régionale" qui a fait l'objet de l'avis 33. 174/4, donné le 25 mars 2002 ⁶.

(5) Sur le statut des inspecteurs régionaux, il est également renvoyé à l'avis 30.491/4 de la section de législation, donné le 25 avril 2001, sur un projet d'arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale "portant le statut administratif et pécuniaire des agents des organismes d'intérêt public de la Région de Bruxelles-Capitale".

(6) Dans cet avis, le Conseil d'Etat a fait observer quant au libellé de la condition de citoyenneté que "Pour se conformer à l'article 10, alinéa 2, de la Constitution, il importe que l'ordonnance énonce positivement les catégories d'emplois publics qui seront accessibles aux étrangers non européens, c'est-à-dire ceux qui ne comportent pas de participation directe ou indirecte à l'exercice de la puissance publique ou des fonctions qui n'ont pas pour objet la sauvegarde des intérêts généraux de l'Etat ou des autres collectivités publiques.".

En tout état de cause, l'article en projet ne ferait donc que reproduire une disposition de force obligatoire supérieure. Ce faisant, le 1° en projet est superflu. Il s'impose dès lors de l'omettre ⁷.

b) Outre la condition de nationalité énoncée au 1°, les 2° à 5° de l'article 5 exigent du candidat de ne pas être déchu de ses droits civils et politiques, qu'il puisse justifier des aptitudes médicales requises "dans les mêmes cas et les mêmes conditions que ceux prévus à l'article 32 de l'arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale du 6 mai 1999 portant le statut administratif et pécuniaire des agents du Ministère de la Région de Bruxelles-Capitale", qu'il soit porteur d'un diplôme ou d'un certificat d'étude en rapport avec le niveau du grade à conférer et qu'il soit d'une conduite correspondant aux exigences de l'emploi à pourvoir.

Dès lors qu'elles sont considérées comme essentielles au regard de la fonction à assumer par l'agent contractuel, il va de soi que ces conditions doivent être remplies non seulement au moment de l'engagement mais également continuer à l'être pendant toute la durée du contrat de travail. Le Conseil d'Etat n'aperçoit donc pas, dans cette hypothèse, la raison pour laquelle l'exigence de la satisfaction de ces conditions n'est prévue, par l'article 5, qu'au stade de l'engagement. Il convient que l'auteur justifie cette distinction établie entre la phase dite "précontractuelle" et la période sur laquelle va s'étendre la relation de travail proprement dite.

Au cas où l'auteur ne maintiendrait pas cette distinction, son attention est attirée sur le fait que ces conditions étant alors jugées essentielles tout au long de la relation de travail, la perte de l'une ou plusieurs d'entre elles impliquera nécessairement qu'il soit mis fin au contrat de travail par application des règles du droit commun en la matière.

(7) Voir, dans le même sens, l'avis 32.861/4, donné le 25 mars 2002, sur un projet d'arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale modifiant l'arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale du 6 mai 1999 portant le statut administratif et pécuniaire des agents du ministère de la Région de Bruxelles-Capitale, devenu l'arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale du 25 avril 2002 (Moniteur belge du 22 mai 2002).

2. Les articles 12 et 13 du projet ont trait à la procédure d'engagement. Ainsi, les personnes engagées dans les liens d'un contrat de travail pour répondre à des besoins exceptionnels et temporaires en personnel, de même que celles qui remplacent des agents absents, font l'objet d'une sélection par le secrétaire général ou le secrétaire général adjoint sur la base d'une proposition formulée par le service de la gestion des ressources humaines.

Quant au personnel contractuel qui a été recruté pour l'accomplissement de tâches auxiliaires ou spécifiques, il fait l'objet d'une présélection réalisée par le service de la gestion des ressources humaines et d'une sélection par une commission spécifique, laquelle peut se faire assister par "un bureau de sélection externe" .

Ces dispositions restent en défaut de prévoir, à tout le moins, les règles de publicité qui seront mises en oeuvre pour faire appel aux candidatures dans le cadre d'un recrutement contractuel ainsi que les critères qui seront pris en considération pour opérer les présélections et sélections des candidats.

Le projet doit être complété sur ces points afin de maximiser l'objectivation de la procédure de recrutement.

Dans la ligne de l'observation formulée sous le point 2.1. (titre II), l'attention de l'auteur du projet est également attirée sur ce que les dispositions en projet restent muettes quant à la procédure d'engagement de personnes sous contrat de travail aux fins de pourvoir à l'exécution de "tâches exigeant des connaissances particulières ou une expérience de haut niveau" au sens de l'article 2, § 1^{er}, alinéa 2, 4°, de l'A.R.P.G..

IV. Forme et contenu du contrat de travail (articles 3, 4, 8, 14, 21 à 31, 33, 35, 37, 39, 42 à 44)

1. Certaines dispositions de l'arrêté en projet ont une incidence directe sur la relation contractuelle qui s'est établie entre le Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale et les membres du personnel ainsi engagés.

.../...

L'article 3, alinéa 1^{er}, du projet spécifie notamment que "chaque contrat de travail est conclu par écrit".

Le recours systématique à un écrit pour constater les éléments du contrat de travail sur lesquels les parties à la relation de travail se sont accordées n'est certainement pas proscrit par la loi du 3 juillet 1978, précitée. Il convient toutefois de rappeler qu'il ne pourra être inféré de l'exigence de cette condition qu'à défaut d'un écrit, il y aura absence de relation de travail. Celle-ci peut en ce cas être prouvée, conformément au prescrit de l'article 12 de la loi du 3 juillet 1978, précitée, par toutes voies de droit, en ce compris par témoins.

2. Les articles 33 et 35 du projet prévoient l'élaboration d'un "contrat-type d'engagement" pour les inspecteurs régionaux ainsi que pour les attachés économiques et commerciaux. Outre ce qui a été déjà souligné dans l'observation formulée au point 2.2. (titre II), il est permis de s'interroger sur la nature juridique d'un tel contrat. Car si la loi du 3 juillet 1978, précitée, ne s'oppose pas au recours à un contrat-type, il n'en demeure pas moins qu'elle devra être respectée dans ses dispositions impératives lors de la rédaction de ce contrat, en ce compris dans les mentions spécifiques qu'il comporterait pour les personnes visées.

3. D'autres dispositions du projet touchent aux éléments mêmes du contrat de travail.

a) Il en va ainsi de l'article 3, alinéa 2, du projet qui indique que "le lieu de travail est mentionné dans le contrat. Tout changement du lieu de travail est considéré comme un avenant au contrat. Les contrats sont signés par le Secrétaire général ou son délégué".

Le lieu du travail est généralement considéré comme un élément essentiel du contrat qui ne peut être modifié unilatéralement par l'employeur. Toutefois, la jurisprudence apporte certains tempéraments à ce principe en prenant en compte, eu égard à la relation de travail considérée, l'importance que les parties au contrat ont réservée au lieu d'exécution du travail. La jurisprudence tient également compte du développement des

.../...

moyens de communication et des nécessités économiques pour apprécier in concreto cet élément du contrat ⁸.

Mais si cet élément apparaît comme essentiel pour la relation contractuelle, une modification unilatérale de celui-ci est constitutive d'un acte équipollent à rupture ⁹.

En conséquence, pour les contrats de travail existants qui ne mentionneraient pas avec précision le lieu de travail, il conviendrait de rédiger un avenant à ces contrats. La disposition du projet suivant laquelle "tout changement du lieu de travail est considéré comme un avenant au contrat" doit être omise sauf à la rédiger comme suit :

"Tout changement du lieu de travail fait l'objet d'un avenant au contrat de travail (écrit).".

b) L'article 4 du projet détermine les périodes d'essai pour les membres du personnel contractuel. Cette période d'essai est de quatorze jours pour les "ouvriers", de trois mois pour les membres du personnel des "niveaux C, D et E" et de six mois pour les membres du personnel des "niveaux A et B".

Dans son second alinéa, il précise que la période d'essai ne peut dépasser la moitié de la durée du contrat et n'est plus imposée si l'aptitude professionnelle du membre du personnel peut être déduite des prestations antérieures effectuées au ministère pour une durée au moins équivalente à la période d'essai.

L'article 37 du projet dispose par ailleurs que "par dérogation à l'article 4, les attachés économiques et commerciaux sont soumis à une période d'essai d'un an".

⁽⁸⁾ V. Vannes, "Le contrat de travail : aspects théoriques et pratiques", éd. Bruylant, Bruxelles, 1996, pp. 341-342.

⁽⁹⁾ Cass. 1^{er} décembre 1980, Pas., 1981, p. 377; Cass. 7 février 1983, R.W., 1983-1984, p. 1685.

Les clauses d'essai sont régies par les articles 48 et 67 de la loi du 3 juillet 1978, précitée. En vertu de ces dispositions, la clause d'essai doit être prévue par le contrat de travail et elle doit, à peine de nullité, être constatée par écrit pour chaque travailleur individuellement, au plus tard au moment de l'entrée en service de celui-ci.

Aux termes de l'article 48, précité, la période d'essai d'un ouvrier ne peut être inférieure à sept ni supérieure à quatorze jours. En l'absence de précision quant à sa durée, soit dans la convention individuelle ou collective de travail, soit dans le règlement de travail, la période d'essai est de sept jours.

L'article 67, § 2, précité, précise que la période d'essai pour un employé ne peut être inférieure à un mois. Elle ne peut être supérieure respectivement à six mois ou douze mois selon que la rémunération annuelle ne dépasse pas ou dépasse 19.300 euros. Enfin, en l'absence de précision quant à sa durée, soit dans la convention individuelle ou collective de travail, soit dans le règlement de travail, la période d'essai est d'un mois.

Il va de soi que le respect des dispositions impératives susmentionnées de la loi du 3 juillet 1978, précitée, doit être assuré. A cet effet et dès lors qu'une période d'essai est imposée, il y a lieu de la constater, pour chaque membre du personnel, par écrit - en l'occurrence, dans le contrat de travail écrit qui est, en vertu du projet examiné, la règle - au plus tard au moment de son entrée en service et en ayant égard à l'article 4 du projet.

A ce propos, l'attention de l'auteur du projet est attirée sur le fait que la règle prévue à l'alinéa 2 de l'article 4 du projet, qui prévoit que "la période d'essai ne peut dépasser la moitié de la durée du contrat de travail", n'est admissible que pour autant qu'elle soit également conforme aux dispositions impératives susmentionnées de la loi du 3 juillet 1978, précitée.

Des observations similaires valent pour la dérogation prévue à l'article 37 du projet.

c) L'article 8 du projet dispose que "les membres du personnel contractuel qui effectuent une mission de remplacement entrent en service pour une période qui ne peut excéder la durée de remplacement".

L'article 11ter de la loi du 3 juillet 1978, précitée, règle le contrat de travail de remplacement. Selon cette disposition, la durée du contrat de remplacement ne peut jamais excéder deux ans. Si ce dépassement a lieu, le contrat de remplacement est soumis aux mêmes conditions que les contrats conclus pour une durée indéterminée. Il en est de même lorsque plusieurs contrats de remplacement se sont suivis sans une interruption attribuable au travailleur. La durée totale de contrats successifs ne peut alors dépasser deux ans.

L'article 8 du projet doit donc être lu compte tenu de l'article 11ter, précité, et si, ainsi que la disposition en projet le prévoit, le membre du personnel contractuel qui effectue une mission de remplacement entre en service pour une période qui ne peut excéder la durée du remplacement, du moins conviendra-t-il encore de s'assurer que la durée du remplacement en question ne dépasse pas deux ans, auquel cas le contrat sera soumis aux conditions du contrat de travail conclu pour une durée indéterminée.

En outre et afin de traduire les exigences de l'article 11ter, précité, il y aura lieu d'indiquer, par écrit, dans le contrat de travail de remplacement de chaque travailleur, le motif du remplacement, l'identité du ou des agents remplacés ainsi que les conditions de cet engagement .

d) L'article 14 du projet prévoit, sans autre précision, que "la durée de travail et le régime de travail sont les mêmes pour le personnel contractuel que pour le personnel statutaire".

Selon l'article 17 de la loi du 3 juillet 1978, précitée, le travailleur a l'obligation "1° d'exécuter son travail (...) au temps, au lieu et dans les conditions convenus". Quant à l'article 20 de la même loi, il dispose que l'employeur a l'obligation "1° de faire travailler le travailleur dans les conditions, au temps et au lieu convenus ...".

Le temps consacré à l'exécution du travail est donc un élément essentiel ¹⁰ du contrat de travail qui ne peut être modifié unilatéralement, que ce soit par le travailleur ou par l'employeur. Il en résulte que le régime d'organisation du temps de travail (la durée du temps de travail, les horaires de travail, les pauses et les intervalles de repos) doit être spécifié dans le contrat de travail de chaque agent contractuel.

e) Le Chapitre IV du projet traite du régime pécuniaire. En vertu de l'article 30 de l'A.R.P.G., "les personnes engagées par contrat de travail ont droit à l'échelle de traitement, au revenu minimum garanti, au pécule de vacances, à l'allocation de fin d'année et aux indemnités, allocations et primes équivalents à ceux d'un agent ayant la même fonction ou une fonction équivalente". Ce principe général est notamment traduit par les articles 21 et 28 du projet.

Toutefois, si les gouvernements des entités fédérées sont tenus de respecter l'article 30, précité, ceci ne signifie pas qu'ils peuvent se contenter d'adopter des dispositions réglementaires allant en ce sens.

En effet, la loi du 3 juillet 1978, précitée, notamment en ses articles 2 et 3, définit le contrat de travail comme le contrat par lequel un travailleur s'engage contre rémunération à fournir un travail sous l'autorité d'un employeur. Pour qu'un contrat de travail existe, il doit donc nécessairement définir la rémunération du travailleur, considérée comme un élément essentiel de cette relation contractuelle. En l'absence d'un accord des parties sur cette rémunération, il ne peut y avoir un contrat de travail ¹¹.

Chaque contrat de travail doit déterminer cette rémunération en faisant, en l'occurrence, référence à celles des échelles - et partant aux augmentations intercalaires y afférentes - qui, en exécution de l'article 21 du projet, est applicable au travailleur concerné en tant qu'il a droit "à une rémunération identique au traitement lié au grade et à la première échelle octroyés aux membres du personnel statutaire pour la même fonction ou

⁽¹⁰⁾ "Les modalités d'exécution du contrat déterminées ou acceptées par les parties constituent le cadre général dans lequel le contrat doit être exécuté. En principe, l'employeur ne pourra exiger du travailleur d'exécuter un travail, à un moment, qui n'aurait pas été convenu et le travailleur ne devra pas accepter de travailler à d'autres moments que ceux convenus par les parties" (V. Vannes, op. cit., p. 285).

⁽¹¹⁾ Cass. 2 octobre 1968, Pas., 1969, I, p. 129.

une fonction analogue" ¹². Une même manière de faire doit être adoptée pour les catégories spécifiques d'agents contractuels visés aux articles 22 à 27 du projet, moyennant le bénéfice organisé par l'article 44 du projet de la prise en compte de l'ancienneté de l'agent contractuel relevant de l'une des catégories spécifiques des articles 22 à 25.

Dans un ordre d'idée similaire, il y a lieu de relever que les articles 42 et 43 du projet dont l'objectif est de préserver des droits acquis des agents contractuels concernés, ne permettent pas de faire l'économie de clauses particulières dans le contrat de travail. En conséquence, si les échelles barémiques préconisées par le projet sont plus favorables, il conviendra, pour chaque travailleur concerné, de rédiger un avenant au contrat de travail en les y spécifiant.

Quant aux modalités de calcul de la rémunération ou des indemnités prévues aux articles 29, 30, 31 et 39 du projet, le même raisonnement doit être tenu et la même méthode suivie dès lors que les règles ainsi établies sont déterminantes pour la fixation de la rémunération de l'agent contractuel. Pour ce qui concerne l'article 30 du projet relatif à la rémunération des travailleurs engagés à temps partiel, le Conseil d'Etat attire plus particulièrement l'attention de l'auteur du projet sur l'article 11bis, alinéa 9, de la loi du 3 juillet 1978, précitée, qui précise que "lorsque le contrat prévoit des prestations inférieures aux limites fixées par ou en vertu de la présente loi, la rémunération est néanmoins due sur base de ces limites minimales".

V. Transposition de dispositions statutaires dans le régime applicable aux agents contractuels (articles 15 à 20, 34, 36 et 38)

1. Certaines dispositions du projet rendent applicables aux agents contractuels des procédures propres à un régime statutaire, sans préciser les conséquences de cette transposition sur l'engagement contractuel.

⁽¹²⁾ Sont également entendus au titre de rémunération, les avantages évaluable en argent auxquels le travailleur a droit à charge de l'employeur en raison de son engagement. Un raisonnement identique à celui tenu pour l'article 21 du projet, doit donc l'être en ce qui concerne les avantages visés aux articles 28 et 39 du projet.

Ainsi, l'article 15 du projet organise une procédure d'évaluation du personnel contractuel.

L'attention de l'auteur est attirée sur le fait que s'il s'engage dans une telle démarche, il doit, à tout le moins, définir les éléments essentiels de la procédure qu'il met en place. L'auteur du projet ne doit pas seulement décrire les différentes étapes de l'évaluation proprement dite, il lui appartient encore d'examiner si certaines garanties ne doivent pas être aménagées et plus particulièrement celle relative aux exigences linguistiques de l'évaluateur par rapport à l'évalué ¹³.

Il convient aussi que l'auteur du projet se pose la question de savoir s'il ne s'impose pas de prévoir les mentions ¹⁴ qui seront attribuées au terme de la procédure, de même que les conséquences qui vont s'y attacher et, à cet égard, tant les conséquences d'une évaluation positive ou favorable - qui constitue l'une des conditions d'application des articles 22 à 27 et 29 du projet - que celles d'une évaluation négative ou défavorable. Dans cette dernière hypothèse, il y a lieu de rappeler que ce sont les dispositions de la loi du 3 juillet 1978, précitée, qui trouveront à s'appliquer, soit parce que cette mention impliquera une modification des conditions de travail et dans ce cas, seul un avenant au contrat de travail peut, par le fait du consentement des parties, y procéder, soit parce qu'il sera mis fin au contrat de travail et ce, conformément aux règles du droit commun des contrats de travail.

En outre, dans la mesure où l'évaluation s'entend par rapport aux droits et aux devoirs des agents contractuels, il convient que l'auteur du projet examine s'il ne s'impose pas, en premier lieu, de rendre applicables à ces agents contractuels les articles 3 à 8 de l'A.R.P.G.

Une observation similaire peut être faite en ce qui concerne l'article 38 du projet, en tant qu'il concerne l'évaluation des attachés économiques et commerciaux.

(13) Voir à ce sujet l'article 115 de l'arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles-capitale du 6 mai 1999, portant le statut administratif et pécuniaire des agents du Ministère de la Région de Bruxelles-Capitale.

(14) Voir à ce sujet les articles 120 et suivants de l'arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale du 6 mai 1999, précité.

2. L'article 16 du projet rend applicable aux membres du personnel contractuel les dispositions du statut concernant les incompatibilités et le cumul des activités.

Les dispositions auxquelles il est fait référence sont celles des articles 311 à 319 de l'arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale du 6 mai 1999, précité. Si leur transposition mutatis mutandis à la relation de travail contractuelle est acceptable dans son principe, il n'en revient pas moins à l'auteur du projet d'une part, d'examiner si les incompatibilités ainsi édictées et les cumuls d'activités interdits ne sont pas de nature à restreindre les droits des travailleurs ou à aggraver leurs obligations - stipulations sanctionnées de nullité par l'article 6 de la loi du 3 juillet 1978, précitée - et d'autre part, de veiller à ce que cette application par analogie se traduise par une ou des mentions - hors toute clause de style - dans le contrat de travail.

Cette observation vaut également pour l'article 34 du projet qui instaure une incompatibilité dans le chef des inspecteurs régionaux.

3. L'article 17 du projet rend applicable au personnel contractuel le régime de mobilité interne organisé par le statut, "sauf en ce qui concerne le personnel contractuel visé à l'article 2, 3°", c'est-à-dire celui qui a été recruté pour l'accomplissement de tâches auxiliaires ou spécifiques.

Il est permis de s'interroger sur la compatibilité de ces dispositions statutaires avec la relation contractuelle, dès lors que la mutation implique un changement d'emploi. Si tel est le cas, le fait d'apporter des modifications au "travail convenu" et donc aux conditions de travail telles que définies dans le contrat de travail, implique nécessairement et à tout le moins un avenant au contrat.

Quant à la mutation d'office visée à l'article 147 de l'arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale du 6 mai 1999, précité, elle ne peut se concilier avec une relation contractuelle qui, par essence, nécessite l'accord des deux parties. L'application par analogie de cette disposition aux agents contractuels est donc, par principe, exclue.

Se pose également la question de savoir si le régime de mutation est possible lorsque le contrat de travail qui est intervenu est un contrat de remplacement, conformément à l'article 2, § 1^{er}, alinéa 2, 2°, de l'A.R.P.G. En effet, au regard de l'article 11ter de la loi du 3 juillet 1978, précitée, un contrat de remplacement doit notamment indiquer le motif du remplacement, l'identité du ou des travailleur(s) remplacé(s) et les conditions de cet engagement. Une mutation dans un tel contexte peut avoir pour conséquence de dénaturer le contrat de remplacement signé à l'origine. Un avenant à ce contrat voire un nouveau contrat, s'impose donc dans une telle hypothèse.

4. Les articles 18, 19 et 20 du projet ont trait au régime des congés du personnel contractuel qui est en partie inspiré du régime des congés des agents statutaires.

L'article 18 du projet débute par les termes "sans préjudice des dispositions qui leur sont applicables selon le régime des congés du secteur privé". Or, parmi les congés organisés par le statut et qui sont visés par cette disposition, certains sont déjà applicables au personnel contractuel (congé de maternité, congé pour des examens prénataux, interruption de carrière ...). Le Conseil d'Etat s'interroge dès lors sur le régime de congé qui sera applicable à un agent contractuel, plus particulièrement si un régime est plus favorable par rapport à l'autre.

Certains auteurs soulignent que si les causes d'absence des agents contractuels et des agents statutaires sont identiques, il convient cependant d'avoir égard aux régimes juridiques distincts qui régissent ces congés. "En régime statutaire, l'absence est essentiellement une question de position administrative : l'agent est-il censé en activité de service, en non-activité, en disponibilité ? Cette position maintient-elle ses droits à la promotion et à l'avancement de traitement ? Et enfin, y a-t-il maintien du traitement

pendant l'absence ? La logique du droit du travail diffère fortement : le congé est-il rémunéré ? Si non, le travailleur bénéficie-t-il de prestations de sécurité sociale ? Est-il protégé contre un licenciement ? Le congé suspend-il l'écoulement d'un délai de préavis ? On perçoit tout de suite que ces deux modes de raisonnement qui ne coïncident pas vont laisser des zones d'ombre (...) "¹⁵.

A titre d'exemple, l'article 18, alinéa 3, du projet rend applicable à l'agent contractuel féminin l'article 193 du statut des agents définitifs du ministère de la Région de Bruxelles-Capitale, c'est-à-dire tous les avantages qui ont trait à la protection de la maternité, dont le congé de maternité. Ainsi, l'agent féminin qui prend un tel congé est considéré être en activité de service et peut percevoir son traitement.

Le même raisonnement ne peut évidemment pas intervenir lorsque la personne est contractuelle, d'une part, parce que selon l'article 28, 2°, de la loi du 3 juillet 1978, précitée, l'exécution du contrat de travail est suspendue notamment pendant les périodes de congé et d'interruption de travail visées aux articles 39 et 42 à 43bis de la loi du 16 mars 1971 sur le travail et d'autre part, parce qu'elle relèvera du régime dit de "l'assurance maternité" qui donnera lieu au paiement d'indemnités représentant un certain pourcentage de sa rémunération.

Il ne suffit dès lors pas de rendre applicables aux agents contractuels certains congés reconnus aux agents définitifs, encore faut-il s'interroger sur la compatibilité de ces dispositions statutaires avec les dispositions qui régissent la relation de travail contractuelle.

L'auteur du projet est invité à vérifier si les congés qu'il veut rendre applicables au personnel contractuel se concilient bien avec les dispositions de la loi du 3 juillet 1978, précitée, et plus particulièrement les articles 28, 29, 30 et 30bis, ainsi qu'avec les lois particulières qui régissent certains congés des travailleurs salariés.

⁽¹⁵⁾ J. Jacquemain, "Le contrat de travail dans les administrations de l'Etat", Chr.D.S., 1991-9, p. 336.

Si tel n'est pas le cas, il va de soi que chacun des aspects du régime des congés des agents statutaires ne s'appliquera aux agents contractuels que pour autant qu'il soit plus favorable que celui prévu par cette même loi du 3 juillet 1978 et les lois particulières.

Le même raisonnement doit être tenu pour l'article 20 du projet au regard, cette fois, de l'article 31 de la loi du 3 juillet 1978, précitée, qui traite de la suspension du contrat de travail en cas de maladie ou d'accident du travailleur.

Quant à l'article 36 du projet qui fixe le nombre de jours ouvrables de congé dont peut bénéficier un attaché économique et commercial, il doit également se traduire dans le contrat de travail lui-même.

VI. Consultation syndicale (article 41)

En prévoyant dans l'article 41 qu'"une concertation préalable doit avoir lieu avec les organisations syndicales représentatives", l'auteur du projet s'immisce dans le régime syndical, matière qui est réservée à l'autorité fédérale en vertu de l'article 87, § 5, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles.

Cette disposition doit en conséquence être omise.

Observations finales d'ordre linguistique

Le texte néerlandais du projet est susceptible d'amélioration du point de vue de la correction de la langue. C'est sous réserve des observations de fond précédentes et à titre d'exemple que sont faites ci-après quelques propositions de texte.

Article 2

D'une façon générale, le terme français "tâche" se traduit en néerlandais par "taak" et non par "opdracht".

.../...

Article 5

Au 4°, il y a lieu d'écrire "dezelfde voorwaarden als die welke van toepassing zijn". Le terme "degene" ne peut s'utiliser que lorsqu'il se réfère à des personnes. Cette observation vaut également pour la suite du projet.

Au 5°, il convient d'écrire "te verlenen betrekking" au lieu de "te begeven betrekking".

Article 15

A l'alinéa 6, il convient d'écrire "binnen drie maanden" au lieu de "in de drie maanden".

Article 34

A l'alinéa 1^{er}, il serait plus correct d'écrire : "onverschillig welk" au lieu de "om het even welk".

A l'alinéa 2, il convient d'écrire "uitoefening" au lieu de "oefening".

Article 39

A l'alinéa 2, le terme "verwijderingsvergoeding" est ambigu.

Voorafgaande opmerking

Aangezien de artikelen 10, 11 en 40 van het ontwerp betrekking hebben op maatregelen die verband houden met de organisatie van de Brusselse Hoofdstedelijke Regering, zijn die bepalingen niet van reglementaire aard in de zin van artikel 3 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State. Deze moeten niet worden voorgelegd aan de afdeling wetgeving en zijn bijgevolg niet onderzocht.

Algemene opmerkingen

I. Juridisch kader

Het ontwerpbesluit strekt ertoe de "rechtspositie en de bezoldigingsregeling" te verduidelijken van de personeelsleden van het ministerie van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest die in dienst zijn genomen op grond van een arbeidsovereenkomst als geregeld door de wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten.

Hoewel overeenkomstig artikel 2, § 1, tweede lid, van het koninklijk besluit van 22 december 2000 tot bepaling van de algemene principes van het administratief en geldelijk statuut van de rijksambtenaren die van toepassing zijn op het personeel van de diensten van de Gemeenschaps- en Gewestregeringen en van de Colleges van de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie en van de Franse Gemeenschapscommissie, alsook op de publiekrechtelijke rechtspersonen die ervan afhangen (hierna te noemen "APKB"), de regeringen van de deelentiteiten gemachtigd zijn om personeel in dienst te nemen bij arbeidsovereenkomst, mogen zij pas een beroep doen op dit soort indienstneming om enerzijds uitsluitend te voldoen aan de doelstellingen die genoemd worden in datzelfde artikel en mits zij anderzijds de dwingende bepalingen van de voornoemde wet van 3 juli 1978 naleven.

De volgende opmerkingen worden gemaakt in het licht van die twee beginselen.

.../...

II. Beginselen voor indienstneming bij arbeidsovereenkomst (artikelen 1, 2 en 9)

1. Naleving van de dwingende bepalingen van de voornoemde wet van 3 juli 1978 is in elk geval verplicht en dus ook wanneer elementen van de rechtspositieregeling van ambtenaren, onder meer ter wille van de billijkheid, toepasselijk verklaard worden - zoals tegenwoordig aangenomen wordt door de rechtsleer ¹ - op arbeidscontractanten.

Uit het voorgaande vloeit voort dat wanneer overheidsinstanties arbeidscontractanten in dienst nemen, zij zich, in hun hoedanigheid van werkgever, moeten richten naar de grondbeginselen van het rechtsstelsel van arbeidsovereenkomsten. Het is in die zin dat artikel 1 van het ontwerp begrepen moet worden, wanneer het stelt dat "dit besluit (...) van toepassing (is) op overeenkomstig de wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten bij arbeidsovereenkomst bij het Ministerie van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest in dienst genomen personen".

(1) Mevr. F. Leurquin-De Visscher ("Le personnel contractuel dans la fonction publique régionale en Belgique", in Les agents contractuels dans la fonction publique régionale en Belgique, Brussel, Bruylant, 1997, blz. 37 een volgende), memoreert in dat verband het volgende :
"(...) c'est l'article 87, § 3, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles qui, en donnant la compétence aux régions de fixer le statut de l'ensemble de leur personnel, leur permet d'établir les règles qui gouvernent l'engagement contractuel." (nr. 11 - blz. 47), en "Il est évident que la compétence normative reconnue aux régions en cette matière n'est pas libre de toute contrainte. Comme tout auteur de normes, les gouvernements régionaux se doivent de respecter les dispositions hiérarchiquement supérieures (...). Le respect de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail ne va pas non plus sans créer de difficultés." (nr. 13 - blz. 49).
R. Janvier ("Recrutement d'un agent contractuel (M/F) pour un service public, prêt à accepter l'insécurité quant à son statut juridique", in Les agents contractuels dans la fonction publique régionale en Belgique, op. cit., blz. 185 en volgende) stelt het volgende : "... il est indubitable que la loi relative aux contrats de travail du 3 juillet 1978 a un caractère obligatoire à l'égard des différents employeurs de droit public dans leurs rapports avec les agents contractuels qu'ils emploient." (nr. 5 - blz. 187), en : "Selon le caractère protecteur de la loi relative aux contrats de travail, il est prévu que l'on ne peut déroger à cette loi qu'à l'avantage des travailleurs." (nr. 6 - blz. 187), alsook "... Il n'y a aucune raison en soi de s'opposer à l'application analogue aux agents contractuels des règlements en vigueur pour les agents statutaires. Il suffit simplement de développer le réflexe de toujours bien évaluer si ce n'est pas en contradiction avec les dispositions impératives du droit du travail individuel." (nr. 37 - blz. 201) en "Il n'y a aucun inconvénient à introduire une réglementation dérogatoire, du moins pour autant que celle-ci soit plus avantageuse pour l'agent contractuel." (Ibid.).

Met andere woorden, de Brusselse Hoofdstedelijke Regering mag de arbeidsverhouding geen juridische status toekennen die de dwingende bepalingen van de voornoemde wet van 3 juli 1978 schendt.

Daarbij komt dat als de uitgevaardigde regels, met inbegrip van die van de rechtspositieregeling die bij analogie worden toegepast, conform de dwingende bepalingen van de voornoemde wet van 3 juli 1978 zijn, zij toch al naar gelang het geval vermeld moeten worden in de arbeidsovereenkomst of in een bijvoegsel bij die overeenkomst. Deze regels kunnen immers niet gelden voor de arbeidsverhouding op de loutere grondslag van de wilsuiting van een enkele van de partijen, dit wil zeggen, in casu door het besluit dat de Brusselse Hoofdstedelijke Regering van plan is aan te nemen. De instemming van de werknemer met de aldus bepaalde of gewijzigde voorwaarden van zijn arbeidsverhouding is absoluut vereist. Dat de partijen over en weer hun instemming betuigen vloeit immers voort uit de essentie zelf van de arbeidsovereenkomst. Dit gegeven omzeilen betekent voorbij gaan aan een van de grondvesten van het rechtsstelsel van arbeidsovereenkomsten.

2.1. Artikel 2 van het ontwerp strekt ertoe de situaties in herinnering te brengen waarin indienstneming bij arbeidsovereenkomst toegestaan wordt door het APKB. Deze bepaling van het ontwerp vermeldt evenwel niet het geval waarin voorzien is door artikel 2, § 1, tweede lid, 4°, van het APKB, waarin gesteld wordt dat personen bij arbeidsovereenkomst in dienst kunnen worden genomen teneinde te voorzien in de uitvoering van "taken die een bijzondere kennis of ruime ervaring op hoog niveau vereisen, beide relevant voor de uit te voeren taken".

Welnu, de lijst van bijkomende of specifieke taken die vervat is in artikel 9 van het ontwerp, heeft betrekking op taken die een bijzondere kennis of ruime ervaring op hoog niveau kunnen vereisen.

Deze lijst doet overigens ook de vraag rijzen of sommige taken die daarin worden opgesomd, ook daadwerkelijk specifieke taken zijn. Deze worden over het algemeen gekenmerkt door het feit dat zij incidenteel een bijzondere expertise vereisen die niet bestaat bij de diensten van de betreffende regering of de publiekrechtelijke rechtspersoon die eronder ressorteert. De Regering moet weliswaar de lijst van die taken

opstellen, maar mag daarbij niet de betekenis van het specificiteitscriterium uithollen². Een interpretatie die verder zou gaan dan de opgegeven betekenissen, zou de gewestelijke overheid ertoe verplichten te verduidelijken in welk opzicht de bewuste taken als bijkomend of specifiek aangemerkt moeten worden³.

Aldus kan men zich afvragen of de vertegenwoordiging van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest binnen de permanente vertegenwoordiging bij de Europese Unie een specifieke taak is, aangezien in het Belgische federale systeem de deelentiteiten over internationale bevoegdheden beschikken voor de aangelegenheden die hun zijn opgedragen.

De functie van "secretaris van de Raad voor Wetenschapsbeleid" blijkt niet uitdrukkelijk uit de ordonnantie van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest van 10 februari 2000 houdende oprichting van een raad voor het wetenschapsbeleid van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest⁴. De Raad van State heeft dan ook vragen bij de aard van zulk een functie.

Dezelfde vraag rijst in verband met de taken die op zich worden genomen door de secretaris en de adjunct-secretaris van de "autonome Brusselse sectie van de Koninklijke Commissie voor Monumenten en Landschappen", bedoeld in artikel 9, 5°, van het ontwerp, ten opzichte van het besluit van de Brusselse Hoofdstedelijke Regering van 8 maart 2001 betreffende de Koninklijke Commissie voor Monumenten en Landschappen van het Brusselse Hoofdstedelijk Gewest.

(2) Zie in dat verband advies 29.221/4, gegeven op 26 mei 1999, over een ontwerpbesluit van de Waalse Regering "portant des dispositions administratives et pécuniaires applicables aux attachés économiques et commerciaux de l'agence wallonne à l'exportation".

(3) F. Leurquin-De Visscher, "Le personnel contractuel dans la fonction publique régionale en Belgique", op. cit., blz. 46.

(4) Gaat het om een lid van de plenaire vergadering van de Raad voor het Wetenschapsbeleid - in welk geval hij gebonden is door een mandaat - of om een personeelslid van de wetenschappelijke en administratieve cel die rechtstreeks verbonden is aan de Secretaris-Generaal van het Ministerie van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest (artikel 10, tweede lid, van de ordonnantie van 10 februari 2000)?

In het verslag aan de Regering dat de steller van het ontwerp voornemens is op te stellen, moet hij voor elke soort opdracht rechtvaardigen in welk opzicht het gaat om een "bijkomende of specifieke opdracht" en daarvoor personen bij arbeidsovereenkomst in dienst moeten worden genomen. Zonder zulk een objectieve rechtvaardiging stelt de steller van het ontwerp zich bloot aan rechterlijke beroepen.

Bovendien, als de bewuste taken niet vallen binnen de categorie "bijkomende of specifieke opdrachten", behoort de steller van het ontwerp na te gaan in welke mate zij kunnen vallen onder de categorie bedoeld in artikel 2, § 1, tweede lid, 4°, van het APKB en in zulk een geval ze eveneens te rechtvaardigen in het verslag aan de Regering.

2.2. Voor bepaalde taken daarentegen, zoals die van de gewestelijke inspecteurs, blijkt dat de Brusselse Hoofdstedelijke Raad gekozen heeft voor indienstneming als ambtenaar.

Immers, naar luid van artikel 3, § 1, van de ordonnantie van 8 april 1993 houdende oprichting van het Brussels Gewestelijk Herfinancieringsfonds van de gemeentelijke thesaurieën, is het Fonds een instelling van openbaar nut van categorie A die, voor zover daarvan niet wordt afgeweken door de ordonnantie, onderworpen is aan de bepalingen van de wet van 16 maart 1954 betreffende de controle op sommige instellingen van openbaar nut.

Zo ook bepaalt paragraaf 3 van dat artikel overigens dat om de opdrachten uit te voeren die aan het Fonds toevertrouwd zijn "het Fonds over gewestelijke inspecteurs (beschikt). De Executieve stelt het administratief en geldelijk statuut evenals het organiek kader van dit personeel vast. Om de goede werking van het Fonds te waarborgen kan de Executieve afwijkende en overgangsmaatregelen vastleggen voor de eerste benoemingen voor deze betrekkingen."

Het ontworpen besluit mag bijgevolg niet afwijken van de voornoemde ordonnantie ⁵.

III.. Voorwaarden en procedures van indienstneming (artikelen 5, 12 en 13)

1. Sommige bepalingen van het ontwerp regelen de indienstnemingsprocedure en liggen dan ook door hun aard zelf in de lijn van de zogenaamde "precontractuele" fase van de arbeidsovereenkomst. Dit geldt voor de artikelen 5, 12 en 13 van het ontwerp.

In artikel 5 worden de voorwaarden opgesomd waaraan de gegadigde voor een indienstneming bij arbeidsovereenkomst bij het Brussels Hoofdstedelijk Gewest moet voldoen.

a) In onderdeel 1° wordt gesteld dat de gegadigde "de Belgische nationaliteit (moet) bezitten voor betrekkingen die een directe of indirecte deelname aan de uitoefening van het openbaar gezag inhouden en betrekking hebben op ambten waarbij de algemene belangen van het Gewest worden behartigd". Zoals blijkt uit de documenten die gevoegd zijn bij de adviesaanvraag, moet uit die bewoordingen worden afgeleid dat de voorwaarde dat men de Belgische nationaliteit moet bezitten of burger moet zijn van de Europese Unie, niet meer vereist is voor alle andere soorten betrekkingen.

Overeenkomstig artikel 10, tweede lid, van de Grondwet kan zulk een bepaling enkel worden opgenomen in een wettekst. De Brusselse Hoofdstedelijke Regering heeft trouwens bij de afdeling wetgeving van de Raad van State een voorontwerp van ordonnantie ingediend "tot verruiming van de nationaliteitsvoorwaarden voor de toegang

(5) Wat de rechtspositieregeling van de gewestelijke inspecteurs betreft, wordt eveneens verwezen naar advies 30.491/4 van de afdeling wetgeving, gegeven op 25 april 2001, over een ontwerp van besluit van de Brusselse Hoofdstedelijke Regering "houdende het administratief statuut en de bezoldigingsregeling van de ambtenaren van de instellingen van openbaar nut van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest".

tot betrekkingen in het gewestelijk openbaar ambt", waarover op 25 maart 2002 advies 33.174/4 gegeven is ⁶.

Hoe dan ook zou het ontworpen artikel dus alleen een bepaling met een hogere regeling overnemen. Aldus is het ontworpen onderdeel 1° overbodig. Bijgevolg dient dat onderdeel te vervallen ⁷.

b) De kandidaat-arbeidscontractant moet voldoen aan de nationaliteitsvoorwaarde vervat in onderdeel 1° en krachtens de onderdelen 2° tot 5° van artikel 5 moet hij daarenboven de burgerlijke en politieke rechten genieten, moet hij de medische geschiktheid bezitten "voor de gevallen en overeenkomstig de vereisten waarin wordt voorzien door artikel 32 van het besluit van de Brusselse Hoofdstedelijke Regering van 6 mei 1999 houdende het administratief statuut en de bezoldigingsregeling van de ambtenaren van het Ministerie van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest", moet hij houder zijn van een diploma of studiegetuigschrift dat overeenstemt met het niveau van de te verlenen graad en dient hij een gedrag te vertonen dat in overeenstemming is met de vereisten van de te verlenen betrekking.

Aangezien deze voorwaarden als essentieel worden beschouwd in het licht van de functie die de arbeidscontractant op zich moet nemen, spreekt het vanzelf dat aan die voorwaarden niet alleen voldaan moet zijn bij de indiensttreding, maar dat die voorwaarden vervuld moeten blijven zolang de arbeidsovereenkomst loopt. Vanuit die

(6) In dat advies heeft de Raad van State in verband met de "nationaliteitsvoorwaarde" gesteld dat "ter wille van de overeenstemming met artikel 10, tweede lid, van de Grondwet, (...) in de ordonnantie uitdrukkelijk de categorieën openbare betrekkingen (dienen) te worden opgesomd die toegankelijk zullen zijn voor vreemdelingen die geen onderdaan zijn van een land van de Europese Unie, namelijk de betrekkingen die geen rechtstreekse of onrechtstreekse deelneming aan de uitoefening van het openbaar gezag inhouden of geen werkzaamheden omvatten strekkende tot bescherming van de algemene belangen van de Staat of van andere openbare instanties".

(7) Zie, in dezelfde zin, advies 32.861/4, dat op 25 maart 2002 is gegeven over een ontwerp van besluit van de Brusselse Hoofdstedelijke Regering "tot wijziging van het besluit van de Brusselse Hoofdstedelijke Regering van 6 mei 1999 houdende het administratief statuut en de bezoldigingsregeling van de ambtenaren van het Ministerie van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest", welk ontwerp geleid heeft tot het besluit van de Brusselse Hoofdstedelijke Regering van 25 april 2002 (Belgisch Staatsblad van 22 mei 2002).

optiek ziet de Raad van State niet in waarom artikel 5 het voldaan zijn aan die voorwaarden vereist alleen bij de indienstneming. De steller van het ontwerp dient redenen op te geven voor dit onderscheid tussen de zogeheten "precontractuele" fase en de periode waarover de eigenlijke arbeidsverhouding zich uitstrekt.

Voor het geval de steller van het ontwerp dit onderscheid niet mocht behouden, wordt hij er opmerkzaam op gemaakt dat, aangezien die voorwaarden in dat geval essentieel worden geacht tijdens de volledige duur van de arbeidsverhouding, de omstandigheid dat aan een of meer van die voorwaarden niet meer voldaan is noodzakelijkerwijze impliceert dat de arbeidsovereenkomst wordt beëindigd door toepassing van de terzake geldende regelen van gemeen recht.

2. De artikelen 12 en 13 van het ontwerp hebben betrekking op de indienstnemingsprocedure. Zowel personen die bij arbeidsovereenkomst in dienst worden genomen om aan uitzonderlijke en tijdelijke personeelsbehoeften te voldoen als degenen die aldus in dienst worden genomen om afwezige ambtenaren te vervangen, worden door de secretaris-generaal of de adjunct-secretaris-generaal geselecteerd uit degenen die door de dienst Human Resources Management worden voorgedragen.

Voor arbeidscontractanten die in dienst worden genomen om bijkomende of specifieke taken te vervullen, geldt een preselectie door de dienst Human Resources Management en een selectie door een specifieke commissie die zich door een "extern selectiebureau" kan laten bijstaan.

In deze bepalingen zou op zijn minst moeten worden vastgesteld welke bekendmakingsregelen worden aangewend om een oproep tot de gegadigden voor indienstneming bij arbeidsovereenkomst te doen en welke criteria in aanmerking zullen worden genomen voor de preselectie en selectie van de gegadigden.

Het ontwerp dient op deze punten te worden aangevuld opdat de indienstnemingsprocedure zo objectief mogelijk kan verlopen.

In de lijn van de opmerking die onder punt 2.1. (titel II) is gemaakt, wordt de steller van het ontwerp er ook opmerkzaam op gemaakt dat in de ontworpen bepalingen niets wordt gezegd over de procedure om mensen bij arbeidsovereenkomst in dienst te nemen teneinde te voorzien in de uitvoering van "taken die een bijzondere kennis of ruime ervaring op hoog niveau vereisen", in de zin van artikel 2, § 1, tweede lid, 4°, van het APKB.

IV. Vorm en inhoud van de arbeidsovereenkomst (artikelen 3, 4, 8, 14, 21 tot 31, 33, 35, 37, 39, 42 tot 44)

1. Sommige bepalingen van het ontworpen besluit hebben een rechtstreekse invloed op de contractuele relatie tussen de Brusselse Hoofdstedelijke Regering en de aldus in dienst genomen personeelsleden.

In artikel 3, eerste lid, van het ontwerp wordt inzonderheid gespecificeerd dat "elke arbeidsovereenkomst ... schriftelijk (wordt) aangegaan".

Dat systematisch gebruik wordt gemaakt van schriftelijke stukken om de onderdelen vast te stellen van de arbeidsovereenkomst waarover de partijen bij de arbeidsverhouding het eens zijn geworden, is geenszins verboden bij de voornoemde wet van 3 juli 1978. Er behoort evenwel wederom op te worden gewezen dat uit het feit dat deze voorwaarde geldt niet kan worden afgeleid dat er bij ontstentenis van een geschrift geen arbeidsovereenkomst is. In dat geval kan het bestaan van de arbeidsverhouding, overeenkomstig de bepalingen van artikel 12 van de voormelde wet van 3 juli 1978, worden bewezen met alle rechtsmiddelen, met inbegrip van het getuigenbewijs.

2. In de artikelen 33 en 35 van het ontwerp wordt bepaald dat een "modelovereenkomst tot indienstneming" moet worden opgemaakt voor gewestelijke inspecteurs en voor economische en handelsattachés. In dit verband moet worden verwezen naar hetgeen benadrukt is in de opmerking die in punt 2.2 (titel II) is gemaakt en rijst ook de vraag wat de juridische aard van zulk een overeenkomst is. Hoewel de voormelde wet van 3 juli 1978 er niet aan in de weg staat dat met een modelovereenkomst wordt gewerkt, neemt zulks immers niet weg dat de dwingende bepalingen van de wet

.../...

moeten worden nageleefd bij het opmaken van die overeenkomst, eveneens wat betreft de specifieke vermeldingen die deze overeenkomst voor de betrokken personen moet bevatten.

3. Andere bepalingen van het ontwerp hebben betrekking op de bestanddelen zelf van de arbeidsovereenkomst.

a) Dat is het geval met artikel 3, tweede lid, van het ontwerp, dat als volgt luidt : "In de arbeidsovereenkomst wordt de plaats vermeld waar de werkzaamheden worden verricht. Elke wijziging omtrent de plaats waar de werkzaamheden worden verricht wordt als een addendum bij de arbeidsovereenkomst beschouwd. De arbeidsovereenkomsten worden door de secretaris-generaal of zijn gemachtigde ondertekend".

De plaats van tewerkstelling wordt algemeen beschouwd als een essentieel bestanddeel van de arbeidsovereenkomst, dat niet eenzijdig mag worden gewijzigd door de werkgever. In de rechtspraak wordt die stelregel evenwel gemilderd door in het licht van de arbeidsverhouding in kwestie rekening te houden met het belang dat de partijen bij de overeenkomst hebben gehecht aan de plaats waar het werk wordt verricht. De rechtspraak houdt eveneens rekening met de ontwikkeling van de communicatiemiddelen en met de economische behoeften om dit onderdeel van de overeenkomst in concreto te beoordelen ⁸.

Als dat onderdeel evenwel overkomt als essentieel voor de contractuele relatie, vormt een eenzijdige wijziging ervan een daad die gelijkstaat met een verbreking van de overeenkomst ⁹.

⁽⁸⁾ V. Vannes, "Le contrat de travail : aspects théoriques et pratiques", Bruylant, Brussel, 1996, blz. 341-342.

⁽⁹⁾ Cassatie, 1 december 1980, Arr. Cass., 1980(81), blz. 361; Cassatie, 7 februari 1983, R.W., 1983-1984, blz. 1685.

Bijgevolg zou voor de bestaande arbeidsovereenkomsten waarin de plaats van tewerkstelling niet nauwkeurig zou zijn vermeld, een bijvoegsel moeten worden opgemaakt. De bepaling van het ontwerp naar luid waarvan "elke wijziging omtrent de plaats waar de werkzaamheden worden verricht ... als een addendum bij de arbeidsovereenkomst (wordt) beschouwd" zou moeten vervallen tenzij ze als volgt wordt gesteld :

"Elke wijziging van de plaats van tewerkstelling geeft aanleiding tot een bijvoegsel bij de (schriftelijke) arbeidsovereenkomst."

b) Artikel 4 van het ontwerp bepaalt de proefperiode voor arbeidscontractanten. Die proefperiode bedraagt veertien dagen voor "werklieden", drie maanden voor personeelsleden van de "niveaus C, D en E" en zes maanden voor personeelsleden van de "niveaus A en B".

In het tweede lid wordt bepaald dat de proefperiode niet langer mag zijn dan de helft van de duur van de arbeidsovereenkomst en dat geen proefperiode wordt opgelegd wanneer de beroepsbekwaamheid van de betrokkene kan worden opgemaakt uit vroegere arbeidsprestaties bij het ministerie waarvan de duur ten minste even lang is als de proefperiode.

In artikel 37 van het ontwerp wordt voorts bepaald dat "de economische en handelsattachés (in afwijking van artikel 4) worden onderworpen aan een proefperiode van een jaar".

De proefbedingen worden geregeld door de artikelen 48 en 67 van de voormelde wet van 3 juli 1978. Krachtens die bepalingen moet het proefbeding in de arbeidsovereenkomst worden opgenomen en moet het op straffe van nietigheid voor elke werknemer afzonderlijk schriftelijk worden vastgesteld uiterlijk op het tijdstip waarop die werknemer in dienst treedt.

Naar luid van het voormelde artikel 48 mag de proeftijd van werklieden niet minder dan zeven en niet meer dan veertien dagen duren. Wanneer omtrent de duur van de proeftijd van werklieden niets is bepaald, noch bij individuele of collectieve arbeidsovereenkomst, noch in het arbeidsreglement, dan is de proeftijd zeven dagen.

.../...

In het voormelde artikel 67, § 2, wordt bepaald dat de proeftijd van bedienden niet minder dan één maand mag duren. Hij mag niet meer belopen dan respectievelijk zes of twaalf maanden naargelang het jaarlijkse loon niet hoger of hoger is dan 19.300 euro. Wanneer omtrent de duur van de proeftijd niets is bepaald, noch bij individuele of collectieve arbeidsovereenkomst noch in het arbeidsreglement, dan is de proeftijd één maand.

Het spreekt vanzelf dat ervoor moet worden gezorgd dat de voornoemde dwingende bepalingen van de voormelde wet van 3 juli 1978 worden nageleefd. Aangezien een proefperiode wordt opgelegd, dient ze daartoe voor elk personeelslid schriftelijk te worden vastgelegd - in casu in de schriftelijke arbeidsovereenkomst die krachtens het voorliggende ontwerp de regel is - uiterlijk bij de indiensttreding en met inachtneming van hetgeen in artikel 4 van het ontwerp wordt bepaald.

In dit verband wordt de steller van het ontwerp er opmerkzaam op gemaakt dat de regel vervat in artikel 4, tweede lid, van het ontwerp, waarin bepaald wordt dat "de proefperiode ... niet langer (mag) zijn dan de helft van de duur van de arbeidsovereenkomst", alleen kan worden aanvaard voorzover die eveneens overeenstemt met de voormelde dwingende bepalingen van de voornoemde wet van 3 juli 1978.

Voor de afwijking vervat in artikel 37 van het ontwerp gelden soortgelijke opmerkingen.

c) Artikel 8 van het ontwerp luidt als volgt :

"De contractuele personeelsleden die een vervangingsopdracht vervullen treden in dienst voor een periode die niet langer mag zijn dan de duur van de vervanging".

Artikel 11ter van de voormelde wet van 3 juli 1978 regelt de arbeidsovereenkomst voor vervanging. Volgens die bepaling mag de duur van de vervangingsovereenkomst niet langer zijn dan twee jaar. Als die termijn van twee jaar wordt overschreden, dan gelden voor die overeenkomst dezelfde voorwaarden als voor de overeenkomst voor onbepaalde tijd. Hetzelfde geldt bij een opeenvolging van verschillende arbeidsovereenkomsten zonder dat er een aan de werknemer toe te schrijven onderbreking is. In dat geval mag de totale duur van de opeenvolgende overeenkomsten niet langer zijn dan twee jaar.

Artikel 8 van het ontwerp moet dan ook worden gelezen in het licht van het voormelde artikel 11ter : in de ontworpen bepaling mag weliswaar worden voorgeschreven dat een arbeidscontractant die een vervangingsopdracht vervult in dienst treedt voor een periode die niet langer mag zijn dan de duur van de vervanging, maar er moet op zijn minst voor worden gezorgd dat de duur van de vervanging in kwestie niet meer dan twee jaar bedraagt, aangezien voor de overeenkomst anders dezelfde voorwaarden gelden als voor de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd.

Opdat voldaan wordt aan de voorwaarden van het voormelde artikel 11ter moet voorts in de arbeidsovereenkomst voor vervanging opgemaakt voor elke werknemer afzonderlijk, schriftelijk melding worden gemaakt van de reden van de vervanging, de identiteit van de vervangen werknemer(s) en de voorwaarden van de indienstneming.

d) In artikel 14 van het ontwerp wordt zonder nadere precisering bepaald dat "de arbeidstijd en de arbeidsregeling ... dezelfde (zijn) voor contractueel personeel en ambtenaren".

Volgens artikel 17 van de voormelde wet van 3 juli 1978 is de werknemer verplicht "1° zijn werk (...) te verrichten, op tijd, plaats en wijze zoals is overeengekomen". Artikel 20 van diezelfde wet bepaalt dat de werkgever verplicht is "1° de werknemer te doen arbeiden op de wijze, tijd en plaats zoals is overeengekomen ...".

De tijd die besteed wordt aan de uitvoering van de arbeidsovereenkomst is dus een essentieel bestanddeel ¹⁰ van die overeenkomst dat niet eenzijdig mag worden gewijzigd, noch door de werknemer, noch door de werkgever. Hieruit volgt dat de arbeidstijdregeling (de arbeidsduur, het werkrooster, de onderbrekingen en de rusttijden) moet worden gespecificeerd in de arbeidsovereenkomst van elke arbeidscontractant.

(10) "Les modalités d'exécution du contrat déterminées ou acceptées par les parties constituent le cadre général dans lequel le contrat doit être exécuté. En principe, l'employeur ne pourra exiger du travailleur d'exécuter un travail, à un moment, qui n'aurait pas été convenu et le travailleur ne devra pas accepter de travailler à d'autres moments que ceux convenus par les parties" (Zie V. Vannes, op. cit., blz. 285).

e) Hoofdstuk IV van het ontwerp betreft de bezoldigingsregeling. Artikel 30 van het APKB bepaalt "de personen die bij arbeidsovereenkomst in dienst worden genomen hebben recht op de weddeschaal, het gewaarborgd minimumloon, het vakantiegeld, de eindejaarstoelage en de vergoedingen, toelagen en premies gelijkwaardig aan die van een ambtenaar met hetzelfde of een gelijkwaardig ambt". Dit algemene principe wordt inzonderheid weergegeven in de artikelen 21 en 28 van het ontwerp.

De omstandigheid dat de regeringen van de deelentiteiten ertoe gehouden zijn het voormelde artikel 30 na te leven, betekent evenwel niet dat ze er zich mee mogen vergenoegen reglementaire bepalingen in die zin uit te vaardigen.

De voornoemde wet van 3 juli 1978, inzonderheid de artikelen 2 en 3 ervan, omschrijft immers de arbeidsovereenkomst als de overeenkomst waarbij een werknemer zich verbindt, tegen loon, onder het gezag van een werkgever arbeid te verrichten. Een noodzakelijke voorwaarde voor het bestaan van een arbeidsovereenkomst is dus dat de bezoldiging van de werknemer, aangemerkt als essentieel bestanddeel van deze contractuele relatie, in die overeenkomst wordt bepaald. Als de partijen over deze bezoldiging niet akkoord gaan, kan er geen arbeidsovereenkomst bestaan ¹¹.

In elke arbeidsovereenkomst moet deze bezoldiging worden bepaald, door in casu te verwijzen naar die schaal - en bijgevolg naar de ermee gepaard gaande tussentijdse verhogingen - die, ter uitvoering van artikel 21 van het ontwerp, van toepassing is op de betrokken werknemer in zoverre hij recht heeft "op een bezoldiging die overeenstemt met de wedde die met de graad en de eerste schaal van een ambtenaar verbonden is voor dezelfde of een analoge functie" ¹². Dezelfde werkwijze dient te worden gevolgd voor de specifieke categorieën van arbeidscontractanten van wie in de artikelen 22 tot 27 van het ontwerp sprake is, met inachtneming van de regeling waarin artikel 44 van het ontwerp voorziet waarbij de anciënniteit van de arbeidscontractant die behoort tot een van de specifieke, in de artikelen 22 tot 25 vermelde categorieën in aanmerking wordt genomen.

(11) Cassatie, 2 oktober 1968, Arr. Cass., 1969, blz. 132.

(12) Als bezoldiging worden eveneens beschouwd, de op geld waardeerbare voordelen waarop de werknemer recht heeft ten laste van zijn werkgever uit hoofde van zijn indienstneming. Dezelfde redenering als die welke voor artikel 21 van het ontwerp wordt gevolgd, geldt dus eveneens voor de voordelen die in de artikelen 28 en 39 van het ontwerp worden vermeld.

Evenzo dient te worden opgemerkt dat de artikelen 42 en 43 van het ontwerp, die ertoe strekken verkregen rechten van de betrokken arbeidscontractanten veilig te stellen, niet van die aard zijn dat in een arbeidsovereenkomst bijzondere voorwaarden achterwege kunnen worden gelaten. Indien de in het ontwerp bedoelde salarisschalen gunstiger zijn, zal bijgevolg, voor elke betrokken werknemer, een bijvoegsel bij de arbeidsovereenkomst moeten worden opgemaakt waarin die weddeschalen worden gespecificeerd.

Wat betreft de nadere regels voor de berekening van de bezoldiging of van de vergoedingen waarvan sprake is in de artikelen 29, 30, 31 en 39 van het ontwerp, moet dezelfde redenering en dezelfde werkwijze worden gevolgd, doordat de aldus vastgestelde bepalingen van doorslaggevend belang zijn voor de vaststelling van de bezoldiging van de arbeidscontractant. In verband met artikel 30 van het ontwerp inzake de bezoldiging van deeltijds tewerkgestelde werknemers, vestigt de Raad van State meer in het bijzonder de aandacht van de steller van het ontwerp op artikel 11bis, negende lid, van de voormelde wet van 3 juli 1978, dat bepaalt dat "wanneer de overeenkomst prestaties vastlegt die lager liggen dan de grenzen die door of krachtens deze wet zijn vastgesteld, (...) het loon nochtans verschuldigd (is) op basis van deze minimumgrenzen".

V. Transponeren van bepalingen van het statuut in de regeling die van toepassing is op arbeidscontractanten (artikelen 15 tot 20, 34, 36 en 38)

1. In sommige bepalingen van het ontwerp worden bepaalde procedures van de rechtspositie voor ambtenaren van toepassing verklaard op arbeidscontractanten, zonder dat de gevolgen van deze transpositie op indienstneming bij arbeidsovereenkomst worden gepreciseerd.

Zo stelt artikel 15 van het ontwerp een procedure in voor de evaluatie van arbeidscontractanten.

De aandacht van de steller van het ontwerp wordt erop gevestigd dat hij, als hij deze werkwijze volgt, op zijn minst de essentiële bestanddelen van de procedure die hij invoert dient te bepalen. Hij moet niet alleen de verschillende fasen van de eigenlijke evaluatie beschrijven, maar dient ook te onderzoeken of het niet noodzakelijk is bepaalde

.../...

garanties te bieden, inzonderheid die betreffende de vereisten inzake taalkennis van de beoordelaar tegenover degene die beoordeeld wordt ¹³ .

De steller van het ontwerp dient zich ook af te vragen of het niet nodig is te voorzien in evaluatievermeldingen ¹⁴ die worden toegekend na afloop van de procedure en in het aangeven van de gevolgen die daaraan verbonden zullen zijn, en in dit verband zowel de gevolgen van een positieve of gunstige evaluatie - die een van de voorwaarden is voor de toepassing van de artikelen 22 tot 27 en 29 van het ontwerp - als die van een negatieve of ongunstige evaluatie. In dit laatste geval dient er andermaal op te worden gewezen dat de bepalingen van de voormelde wet van 3 juli 1978 toepassing vinden, ofwel omdat deze evaluatievermelding een wijziging van de arbeidsvoorwaarden meebrengt, in welk geval daartoe alleen door middel van een bijvoegsel bij de arbeidsovereenkomst, ten gevolge van de toestemming van de partijen, mag worden overgegaan, ofwel omdat de arbeidsovereenkomst wordt beëindigd, overeenkomstig de gemeenrechtelijke bepalingen omtrent arbeids-overeenkomsten.

In zoverre de evaluatie betrekking heeft op de rechten en plichten van arbeidscontractanten, dient de steller van het ontwerp bovendien te onderzoeken of in de eerste plaats de artikelen 3 tot 8 van het APKB op deze personeelsleden niet van toepassing dienen te worden verklaard.

Een soortgelijke opmerking kan worden gemaakt voor artikel 38 van het ontwerp, in zoverre het betrekking heeft op de evaluatie van de economische en handelsattachés.

2. Bij artikel 16 van het ontwerp worden de bepalingen van het statuut inzake onverenigbaarheden en cumulatie van activiteiten op arbeidscontractanten van toepassing verklaard.

⁽¹³⁾ Zie in dit verband artikel 115 van het besluit van de Brusselse Hoofdstedelijke Regering van 6 mei 1999, houdende het administratief statuut en de bezoldigingsregeling van de ambtenaren van het Ministerie van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest.

⁽¹⁴⁾ Zie in dit verband de artikelen 120 en volgende van het voormelde besluit van de Brusselse Hoofdstedelijke Regering van 6 mei 1999.

De bepalingen waarnaar verwezen wordt zijn die van de artikelen 311 tot 319 van het voormelde besluit van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest van 6 mei 1999. Hoewel overeenkomstige toepassing ervan op contractuele arbeidsverhoudingen in principe aanvaardbaar is, dient de steller van het ontwerp niettemin enerzijds te onderzoeken of de onverenigbaarheden die aldus worden ingesteld en het verbod op cumulatie van activiteiten niet van die aard zijn dat de rechten van werknemers worden beperkt of hun verplichtingen worden verzwaard - welke bepalingen nietig zijn overeenkomstig artikel 6 van de voormelde wet van 3 juli 1978 - en anderzijds erop toe te zien dat deze overeenkomstige toepassing wordt weergegeven door een vermelding of vermeldingen in de arbeidsovereenkomst, zonder dat nietszeggende formuleringen worden gebruikt.

Deze opmerking geldt eveneens voor artikel 34 van het ontwerp, dat voor gewestelijke inspecteurs een onverenigbaarheid instelt.

3. Bij artikel 17 van het ontwerp wordt de regeling inzake interne mobiliteit waarin het statuut voorziet, van toepassing verklaard op arbeidscontractanten, "degenen bedoeld in artikel 2, 3°, uitgezonderd", d.w.z. degenen die in dienst zijn genomen om "bijkomende of specifieke opdrachten" te vervullen.

De vraag rijst of deze bepalingen van het statuut verenigbaar zijn met de contractuele relatie, doordat mutatie verandering van betrekking veronderstelt. Indien dit het geval is, impliceert de omstandigheid dat er wijzigingen worden aangebracht in het "overeengekomen werk" en dus in de arbeidsvoorwaarden zoals ze in de arbeidsovereenkomst omschreven worden, dat er noodzakelijkerwijs en op zijn minst een bijvoegsel bij de overeenkomst wordt opgemaakt.

De ambtshalve mutatie waarvan sprake is in artikel 147 van het voormelde besluit van de Brusselse Hoofdstedelijke Regering van 6 mei 1999 is niet verenigbaar met een contractuele relatie die, per definitie, de toestemming van beide partijen vergt. Het is dus in principe uitgesloten dat deze bepaling van overeenkomstige toepassing verklaard wordt op arbeidscontractanten.

De vraag is eveneens of de regeling inzake mutatie mogelijk is wanneer de tot stand gekomen arbeidsovereenkomst een vervangingsovereenkomst is, overeenkomstig

.../...

artikel 2, § 1, tweede lid, 2°, van het APKB. Gelet op artikel 11ter van de voornoemde wet van 3 juli 1978 dienen immers in een vervangingsovereenkomst inzonderheid de reden van de vervanging, de identiteit van de vervangen werknemer(s) en de voorwaarden van die indienstneming te worden vermeld. Een mutatie kan in die context tot gevolg hebben dat de oorspronkelijk ondertekende vervangingsovereenkomst uitgehold wordt. In een dergelijk geval is dus een bijvoegsel bij deze overeenkomst en zelfs een nieuwe overeenkomst noodzakelijk.

4. De artikelen 18, 19 en 20 van het ontwerp hebben betrekking op de verlofregeling van arbeidscontractanten, die gedeeltelijk gebaseerd is op die van de ambtenaren.

Artikel 18 van het ontwerp begint met de bewoordingen : "Onverminderd de volgens de verlofregeling in de privésector op hen van toepassing zijnde bepalingen ...". Sommige van de verlofregelingen waarin het statuut voorziet en waarvan in deze bepaling sprake is, zijn evenwel reeds van toepassing op arbeidscontractanten (zwangerschapsverlof, verlof voor prenatale onderzoeken, loopbaanonderbreking ...). Het is de Raad van State derhalve niet duidelijk welke verlofregeling zal gelden voor arbeidscontractanten, inzonderheid indien de ene regeling gunstiger is dan de andere.

Bepaalde auteurs onderstrepen dat arbeidscontractanten en ambtenaren weliswaar om dezelfde redenen afwezig zijn, maar dat moet worden gelet op de verschillende rechtsstelsels inzake deze verloven. "En régime statutaire, l'absence est essentiellement une question de position administrative : l'agent est-il censé en activité de service, en non-activité, en disponibilité ? Cette question maintient-elle ses droits à la promotion et à l'avancement de traitement ? Et enfin, y a-t-il maintien du traitement pendant l'absence ? La logique du droit du travail diffère fortement : le congé est-il rémunéré ? Si non, le travailleur bénéficie-t-il de prestations de sécurité sociale ? Est-il protégé contre un licenciement ? Le congé suspend-il l'écoulement d'un délai de préavis ? On perçoit tout de suite que ces deux modes de raisonnement qui ne coïncident pas vont laisser des zones d'ombre (...)" ¹⁵ .

⁽¹⁵⁾ J. Jacqmain, "Le contrat de travail dans les administrations de l'Etat", Chr. D.S., 1991-9, blz. 336.

Zo bijvoorbeeld verklaart artikel 18, derde lid, van het ontwerp artikel 193 van het ambtenarenstatuut van het ministerie van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest van toepassing op vrouwelijke arbeidscontractanten, namelijk alle voorzieningen in verband met moederschapsbescherming, waaronder het zwangerschapsverlof. Zo wordt het vrouwelijk personeelslid dat een dergelijk verlof neemt geacht in dienstactiviteit te zijn en kan het zijn wedde ontvangen.

Dezelfde redenering kan vanzelfsprekend niet worden gevolgd wanneer de persoon arbeidscontractant is, enerzijds omdat volgens artikel 28, 2°, van de voormelde wet van 3 juli 1978 de uitvoering van de overeenkomst wordt geschorst tijdens de periodes van verlof en arbeidsonderbreking bedoeld in de artikelen 39 en 42 tot 43bis, van de arbeidswet van 16 maart 1971, en anderzijds omdat dat personeelslid zal vallen onder de zogenaamde "moederschapsverzekering", waarbij vergoedingen worden betaald die een bepaald percentage van haar bezoldiging vertegenwoordigen.

Het volstaat derhalve niet bepaalde verloven die aan ambtenaren worden toegekend van toepassing te verklaren op arbeidscontractanten; er moet ook worden nagegaan of deze rechtspositionele bepalingen verenigbaar zijn met de bepalingen die de contractuele arbeidsverhouding regelen.

De steller van het ontwerp wordt verzocht na te gaan of de verloven die hij van toepassing wil verklaren op arbeidscontractanten wel verenigbaar zijn met de bepalingen van de voormelde wet van 3 juli 1978, inzonderheid met de artikelen 28, 29, 30 en 30bis, alsook met de bijzondere wetten die bepaalde verloven van werknemers regelen.

Indien dit niet het geval is, spreekt het vanzelf dat elke afzonderlijke voorziening van de verlofregeling voor ambtenaren slechts op arbeidscontractanten van toepassing zal zijn voorzover de voorziening gunstiger is dan die waarin diezelfde wet van 3 juli 1978 en de bijzondere wetten voorzien.

Dezelfde redenering dient te worden gevolgd voor artikel 20 van het ontwerp wat betreft, deze keer, artikel 31 van de voornoemde wet van 3 juli 1978, dat handelt over de schorsing van de arbeidsovereenkomst in geval van ziekte of ongeval van de werknemer.

Artikel 36 van het ontwerp, dat het aantal werkdagen verlof vaststelt waarop economische attachés en handelsattachés aanspraak kunnen maken, moet eveneens in de arbeidsovereenkomst zelf worden weergegeven.

VI Overleg met de vakorganisaties (artikel 41)

Door in artikel 41 te bepalen dat "(...) er vooraf overleg met de representatieve vakorganisaties (dient) plaats te hebben", mengt de steller van het ontwerp zich in het vakorganisatorisch bestel, een aangelegenheid waarvoor uitsluitend de federale wetgever bevoegd is overeenkomstig artikel 87, § 5, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen.

Deze bepaling dient bijgevolg te vervallen.

Slotopmerkingen van taalkundige aard

De Nederlandse tekst van het ontwerp is uit een oogpunt van correct taalgebruik voor verbetering vatbaar. Onder voorbehoud van de voorafgaande inhoudelijke opmerkingen, worden bij wijze van voorbeeld hierna enkele tekstvoorstellen gedaan.

Artikel 2

Het Franse woord "tâche" wordt in het Nederlands in de regel vertaald door "taak", niet door "opdracht".

Artikel 5

In onderdeel 4° dient "dezelfde voorwaarden als die welke van toepassing zijn" te worden geschreven. "Degene" kan enkel worden gebruikt voor een persoon. Deze opmerking geldt ook voor de rest van het ontwerp.

In onderdeel 5° schrijve men "te verlenen betrekking", in plaats van "te begeven betrekking".

Artikel 15

In het zesde lid dient "binnen drie maanden" te worden geschreven, in plaats van "in de drie maanden".

Artikel 34

In het eerste lid is het correcter te schrijven : "onverschillig welk" in plaats van "om het even welk". In het tweede lid schrijve men "uitoefening" en niet "oefening".

Artikel 39

In het tweede lid is de term "verwijderingsvergoeding" onduidelijk.

La chambre était composée de

De kamer was samengesteld uit

Messieurs
de Heren

Y. KREINS,

président de chambre,
kamervoorzitter,

Madame
Mevrouw

J. JAUMOTTE,
M. BAGUET,

conseillers d'Etat,
staatsraden,

Monsieur
de Heer

B. GLANSDORFF,

assesseur de la section de législation,
assessor van de afdeling wetgeving,

Madame
Mevrouw

A.-C. VAN GEERSDAELE,

greffier assumé,
toegevoegd griffier.

Le rapport a été présenté par Mme P. VANDERNACHT, auditeur. La note du Bureau de coordination a été rédigée et exposée par M. Y. CHAUFFOUREAUX, référendaire adjoint.

Het verslag werd uitgebracht door Mevr. P. VANDERNACHT, auditeur. De nota van het Coördinatiebureau werd opgesteld en toegelicht door de H. Y. CHAUFFOUREAUX, adjunct-referendaris.

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

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst werd nagezien onder toezicht van de H. J. JAUMOTTE.

LE GREFFIER - DE GRIFFIER,

LE PRÉSIDENT - DE VOORZITTER,

A.-C. VAN GEERSDAELE

Y. KREINS