

ROYAUME DE BELGIQUE

Avis 35.185/2

DE LA SECTION DE LÉGISLATION DU CONSEIL D'ÉTAT

Le CONSEIL D'ÉTAT, section de législation, deuxième chambre, saisi par le Ministre des Affaires intérieures et de la Fonction publique de la Région wallonne, le 28 mars 2003, d'une demande d'avis, dans un délai ne dépassant pas un mois, sur un projet d'arrêté du Gouvernement wallon "relatif aux conditions d'engagement et à la situation administrative et pécuniaire des membres du personnel contractuel", après avoir examiné l'affaire en ses séances des 18 juin et 23 juin 2003, a donné à cette dernière date, l'avis suivant :

Observation préliminaire

Il y a lieu de compléter ou d'adapter, selon le cas, le présent projet en fonction des observations formulées par le Conseil d'Etat dans l'avis 35.184/2, donné ce jour, sur un projet d'arrêté du Gouvernement wallon "portant le Code de la fonction publique wallonne", en ce qui concerne les dispositions relatives au personnel contractuel ¹.

Observations générales

I. Cadre juridique

Le projet d'arrêté a pour objectif de clarifier la situation "administrative et pécuniaire" des membres du personnel des services du Gouvernement wallon ainsi que des organismes d'intérêt public visés par le décret de la Région wallonne du 22 janvier 1998 relatif au statut du personnel de certains organismes relevant de la Région wallonne 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.

Un projet d'arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale poursuivant le même objectif a été soumis à l'examen de la section de législation du Conseil d'Etat et a donné lieu à l'avis 34.109/2 ². Le présent projet appelle des observations de même nature que celles qui ont été exprimées dans cet avis.

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

(1) Il est plus particulièrement fait référence aux observations 3, 4 et 5 formulées sous l'article L. III.C1. 1^{er}, ainsi qu'à l'observation formulée sous les articles LIII.CII. 4, LIII.CXV. 8 et LIV.TI. 1^{er}.

(2) Avis 34.109/2, donné le 6 novembre 2002, 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, devenu l'arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale du 13 février 2003 (Moniteur belge du 19 mars 2003).

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

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 ³ - au personnel contractuel et ce, notamment dans un souci d'équité.

(3) 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.).

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.

En d'autres termes, le Gouvernement de la Région wallonne 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 wallonne. 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. L'article 2, § 1^{er}, du projet tend à rappeler les situations dans lesquelles un engagement contractuel est autorisé par l'A.R.P.G.. Si le paragraphe 2 énonce les différentes tâches auxiliaires, les paragraphes 3 et 4 déterminent d'une manière assez vague ce qu'il y a lieu d'entendre par "tâches spécifiques" ainsi que "les tâches exigeant des connaissances particulières ou une expérience large de haut niveau".

Ainsi, la définition donnée par le présent projet aux tâches spécifiques implique qu'il s'agit de tâches "confiées à des experts correspondant à des fonctions de niveau 1 et qui exigent une qualification professionnelle requise pour une durée limitée ou pour une activité nettement définie". Si le Gouvernement doit en principe dresser la

liste de ces tâches en vertu de l'article 2, § 1^{er}, 3°, de l'ARPG, il ne peut, ce faisant, dénaturer la signification du critère de spécificité⁴. Une interprétation qui irait au-delà des significations signalées obligerait l'autorité régionale à préciser en quoi les missions retenues sont à qualifier de spécifiques⁵.

Quant au paragraphe 4, il dispose que :

"... peuvent être considérées comme tâches exigeant des connaissances particulières ou une expérience large de haut niveau, toutes les deux pertinentes pour les tâches à exécuter, les tâches qui intègrent des méthodes de gestion ou des connaissances techniques de haut niveau."

Une telle définition n'est guère pertinente. En effet, elle pourrait être interprétée comme autorisant le recrutement contractuel pour toute fonction dirigeante dans une administration ou un organisme d'intérêt public dès lors qu'une telle fonction implique nécessairement de très bonnes connaissances en matière de gestion. Cette définition est en conséquence trop large.

III. Conditions et procédures d'engagement (articles 4 et 5 du projet)

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 4 et 5 du projet.

L'article 4, § 1^{er}, du projet énonce les conditions que doit remplir le candidat à un engagement contractuel auprès de la Région wallonne.

(4) 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".

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

Les 1°, 3°, 4° et 5° de l'article 4, § 1^{er}, du projet exigent du candidat de ne pas être déchu de ses droits civils et politiques, qu'il puisse justifier des aptitudes médicales requises pour la fonction à exercer, qu'il soit porteur d'un diplôme ou d'un certificat d'étude en rapport avec le niveau de l'emploi 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 comme l'indique l'article 4, § 1^{er}, du projet mais également continuer à l'être pendant toute la durée du contrat de travail. Le texte en projet devrait dès lors mieux faire apparaître que ces conditions doivent être remplies dans le chef du travailleur tout au long de l'exécution du contrat de travail. Si l'une ou plusieurs de ces conditions venai(en)t à disparaître, cela entraînerait nécessairement qu'il soit mis fin au contrat de travail par application des règles du droit commun en la matière.

2. Les articles 4, § 2, et 5 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 ou qui sont engagées pour l'accomplissement de tâches auxiliaires, font l'objet d'une première sélection par le ministre fonctionnel compétent.

2.1. L'article 4, § 2, alinéa 2, du projet reste cependant 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 de ce recrutement contractuel ainsi que les critères qui seront pris en considération pour opérer ces premières sélections.

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

2.2. L'article 5 du projet concerne la procédure de recrutement pour le personnel contractuel chargé d'accomplir les tâches spécifiques ainsi que celles exigeant des connaissances particulières ou une expérience large de haut niveau. Selon le paragraphe 2 de cette disposition, des tests ou des épreuves de sélection sont organisés par une commission de sélection "présentant les garanties d'impartialité et d'objectivité requises".

Le projet ne donne cependant pas d'indication sur le contenu de ces épreuves ou de ces tests ni sur celui des "garanties d'impartialité et d'objectivité".

La composition de la commission de sélection est également imprécise, l'article 5, § 2, alinéa 2, du projet indiquant uniquement que pour un tiers, la commission comprendra des personnes étrangères à l'administration.

L'article 5 du projet doit être plus précis sur ces différents points.

IV. Transposition de dispositions statutaires dans le régime applicable aux agents contractuels (articles 6, 7, 8 et 9 du projet)

1. L'article 6 du projet rend applicable aux membres du personnel contractuel les dispositions du statut concernant les droits et devoirs de l'agent ainsi que celles relatives aux incompatibilités et au cumul des activités.

Les dispositions auxquelles il est fait référence sont notamment celles des articles LI.TVII.1^{er} et 2 du projet d'arrêté du Gouvernement wallon "portant le Code de la fonction publique wallonne" (avis 35.184/2, donné ce jour). 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.

2. Le Chapitre VI du projet traite du régime pécuniaire des membres du personnel contractuel. 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".

2.1. 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 ⁶.

Chaque contrat de travail doit déterminer cette rémunération en faisant, en l'occurrence, référence à celle des échelles - et partant aux augmentations intercalaires y afférentes - qui, en exécution des articles 8 à 11 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 une fonction analogue.

Les dispositions réglementaires du projet ne permettent donc pas de faire l'économie de clauses particulières dans le contrat de travail lui-même.

L'article 8 du projet doit d'une part, respecter l'article 30 de l'ARPG qui accorde au personnel contractuel une rémunération équivalente à celle d'un agent qui occupe la même fonction et d'autre part, les dispositions de la loi du 3 juillet 1978, précitée.

⁽⁶⁾ Cass. 2 octobre 1968, Pas., 1969, I, p. 129.

Dès lors qu'il fixe unilatéralement les échelles de traitement qui seront applicables aux différentes catégories de membres du personnel contractuel sans tenir compte de l'exigence d'équivalence des fonctions et qu'il autorise le Gouvernement à déroger, "lorsque des circonstances particulières l'imposent", à certaines de ces échelles de traitement, l'article 8 du projet n'est pas compatible avec les dispositions de l'ARPG et de la loi du 3 juillet 1978, précitée.

2.2. Quant à l'article 9, alinéa 2, du projet, il n'est guère compatible avec l'article 30 de l'ARPG dans la mesure où la rétribution garantie au personnel contractuel est inférieure à celle accordée à un agent statutaire (13.234,20 euros contre 12.478, 10 euros).

V. Des entretiens de planification et de fonctionnement (article 12 du projet)

Bien que le terme "évaluation" ne soit pas utilisé dans l'article 12 du projet, les entretiens de planification et de fonctionnement vont permettre aux autorités d'apprécier le niveau d'implication du personnel contractuel dans la réalisation des objectifs des services où ils sont affectés ainsi que leurs performances individuelles. L'entretien de fonctionnement doit notamment déterminer "les causes des écarts éventuels" et prévoir des "mécanismes de remédiation aux difficultés rencontrées".

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 ces entretiens, il lui appartient encore d'examiner si certaines garanties ne doivent pas être aménagées et plus particulièrement celle relative aux exigences linguistiques de celui qui procédera aux entretiens par rapport à l'évalué.

En outre, l'article 12 du projet n'est guère explicite sur les conséquences qui vont s'attacher à ces entretiens ni sur les "mécanismes de remédiation" qui pourront être mis en place. Il y a lieu de rappeler que ce sont les dispositions de la loi du 3 juillet 1978, précitée, qui trouveront à s'appliquer dès lors que ces conséquences pourraient impliquer soit 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 la fin du contrat de travail et ce, conformément aux règles du droit commun des contrats de travail.

La chambre était composée de

Messieurs	Y. KREINS,	président de chambre,
	J. JAUMOTTE,	conseillers d'Etat,
Madame	M. BAGUET,	
Messieurs	J. van COMPERNOLLE,	assesseurs de la section de législation,
	F. DEHOUSSE,	
Madame	A.-C. VAN GEERSDAELE,	greffier assumé.

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

LE GREFFIER,

LE PRÉSIDENT,

A.-C. VAN GEERSDAELE

Y. KREINS