ROYAUME DE BELGIQUE

– – – – – – – – – –

AVIS 36.471/2
DE LA SECTION DE LÉGISLATION DU CONSEIL D'ÉTAT

– – – – – – – – – – – –

Le CONSEIL D'ÉTAT, section de législation, deuxième chambre, saisi par le Président du Collège de la Commission communautaire française de Bruxelles-Capitale, le 27 janvier 2004, d'une demande d'avis, dans un délai de trente jours, sur un projet d'arrêté n° 2002/316 du Collège de la Commission communautaire française "modifiant l'arrêté du Collège de la Commission communautaire française du 20 octobre 1994 portant statut des fonctionnaires des organismes d'intérêt public de la Commission communautaire française", a donné le 17 février 2004 l'avis suivant :

Comme la demande d'avis est introduite sur la base de l'article 84, § 1er, alinéa 1er, 1°, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, tel qu'il est remplacé par la loi du 2 avril 2003, la section de législation limite son examen au fondement juridique du projet, à la compétence de l'auteur de l'acte, ainsi qu'à l'accomplissement des formalités préalables, conformément à l'article 84, § 3, des lois coordonnées précitées.

Sur ces trois points, le projet appelle les observations ci-après.

Observations générales

Formalités préalables

L'accord du Membre du Collège compétent pour le Budget, l'accord du Membre du Collège compétent pour la Fonction publique et l'accord du Ministre fédéral des Pensions sont visés au préambule du projet examiné, sans indication des dates auxquelles ces formalités préalables ont été accomplies.

Aucune de ces pièces ne figurant au dossier joint à la demande d'avis, il semble que ces formalités préalables n'aient pas encore été accomplies. Il revient au demandeur d'avis d'y remédier.

Fondement juridique

1. Ni la loi spéciale du 12 janvier 1989 relative aux institutions bruxelloises ni l'arrêté royal du 19 novembre 1998 relatif à certains congés accordés à des agents des administrations de l'État et aux absences pour convenance personnelle, ne fournissent de fondement juridique au projet d'arrêté examiné. Les alinéas qui les visent doivent être omis du préambule.

Concernant l'arrêté royal du 19 novembre, précité, il semble en outre que l'auteur du projet ait repris l'intitulé d'un arrêté royal du 1er juin 1964 que l'arrêté royal du 19 novembre 1998 relatif aux congés et aux absences accordées aux membres du personnel des administrations de l'État abroge.

2. Il convient de viser plus précisément l'article 22 du décret du 17 mars 1994 portant création de l'Institut bruxellois francophone pour la formation professionnelle.

Observations particulières

Article 141, en projet

L'article 141, § 2, en projet, déclare applicables au personnel engagé sous contrat de travail les dispositions du projet relatives à certains congés, limitativement énumérés.

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 (...)" [(1)].

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 30*bis*, ainsi qu'avec les lois particulières qui régissent certains congés des travailleurs salariés. Si tel n'est pas le cas, il va de soi que chacun des aspects du régime des congés des agents

---

(1) J. Jacqmain, "Le contrat de travail dans les administrations de l'État", Chr.D.S., 1991-9, p. 336.

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 [(2)].

Articles 143/2, en projet

À l'article 143/2, 12°, en projet, il convient de ne plus mentionner la loi du 3 juin 1964 portant sur le statut des objecteurs de conscience, mais de viser au contraire les lois sur le statut des objecteurs de conscience, coordonnées le 20 février 1980 [(3)].

Article 143/3, en projet

Pour les congés, absences et disponibilités qui ne sont pas organisés par le projet, l'article 143/3, en projet, dispose :

> "Art. 143/3. Tant que le Collège n'a pas fixé les conditions d'obtention des congés visés à l'article 143/2, il est fait application, mutatis mutandis, des arrêtés royaux suivants et de leurs arrêtés modificatifs : (...)."

Un tel procédé légistique ne peut être admis, en raison de l'imprécision qu'il procure, et de la difficulté à laquelle il expose tant les agents concernés que les autorités chargées de leur gestion, lors de la détermination précise des dispositions régissant leurs congés et absences.

---

(2) Voir l'avis 34.109/2, donné le 6 novembre 2002, sur un projet devenu l'arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale du 13 février 2003 portant réglementation de la situation administrative et pécuniaire des membres du personnel contractuel du Ministère de la Région de Bruxelles-Capitale.

(3) Voir l'avis 33.722/2/V, donné le 14 août 2002, sur un projet devenu l'arrêté du Collège n° 2001/101 du 10 octobre 2002 modifiant l'arrêté du Collège de la Commission communautaire française du 13 avril 1995 portant le statut des fonctionnaires des services du Collège de la Commission communautaire française.

Ce constat est aggravé par l'ancienneté des textes auxquels il est renvoyé, textes dont certains ont été modifiés à de multiples reprises, voire abrogés par l'autorité fédérale pour ce qui concerne son personnel.

L'arrêté royal du 1er juin 1964 (4) cité à l'article 143/3, 1°, en projet, les arrêtés royaux du 13 novembre 1967, cités à l'article 143/3, 2° et 6°, en projet, l'arrêté royal du 26 mai 1975, cité à l'article 143/3, 3°, en projet, ont notamment été abrogés par l'arrêté royal du 19 novembre 1998, précité, lequel opère la synthèse et l'actualisation de ces différents textes pour ce qui concerne la fonction publique fédérale. L'arrêté royal du 21 novembre 1980, cité à l'article 143/3, 7°, en projet a, quant à lui, été remplacé par l'arrêté royal du 12 août 1993 relatif au congé accordé à certains agents des services de l'État mis à la disposition du Roi ou des Princes et Princesses de Belgique (Moniteur belge du 18 septembre 1993).

Il revient au Collège de la Commission communautaire française de fixer l'ensemble des règles relatives aux congés et absences des agents soumis au statut que le projet examiné vise à modifier.

Pour ce faire, il pourra notamment s'inspirer (5) des dispositions de l'arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale du 6 mai 1999 portant statut administratif et pécuniaire des agents du Ministère de la Région de Bruxelles-Capitale, ou de l'arrêté du Gouvernement de la région de Bruxelles-Capitale du 26 septembre 2002 portant le statut administratif et pécuniaire des agents des organismes d'intérêt public de la Région de Bruxelles-Capitale.

---

(4) Et non du 19 novembre 1998 - voir la seconde observation générale formulée sous "fondement juridique".

(5) Le 3ème considérant du préambule du projet examiné énonce :
"Considérant que dans un souci de cohérence et d'homogénéité, il importe de suivre les mêmes lignes directrices que celles qui ont présidé à l'élaboration des textes de la Région de Bruxelles-Capitale et de la Commission communautaire française".

Article 143/4, en projet

La Commission communautaire française ne dispose d'aucune compétence en matière de statut syndical, laquelle est restée de compétence fédérale. Cette disposition doit, dès lors, être omise.

Article 148/5, en projet

Le Conseil d'État suppose qu'il y a lieu de se référer, à l'article 148/5, en projet, non pas aux jours ouvrables prévus à l'article 2, mais aux jours ouvrables prévus aux articles 148 et 148/2, en projet.

Article 148/6, en projet

À défaut de prévoir, à l'article 148/6, en projet, une possibilité de report des jours de vacances inutilisés, ceux-ci seront perdus au terme de l'année civile.

Article 148/7, en projet

1. Le projet examiné s'insère dans un texte ayant vocation à s'appliquer aux agents de l'ensemble des organismes d'intérêt public relevant de la Commission communautaire française.

Il serait dès lors préférable, pour maintenir la cohérence du texte, soit de modifier l'ensemble de l'arrêté du Collège du 20 octobre 1994 portant le statut des fonctionnaires des organismes d'intérêt public de la Commission communautaire française, pour en faire un statut propre aux seuls agents de l'Institut bruxellois francophone pour la formation professionnelle, soit de respecter, dans le projet examiné, la logique de l'arrêté du 20 octobre 1994 et dès lors, de ne pas y viser le seul institut précité.

La même observation vaut pour l'article 157, en projet.

Article 149/2, en projet

Il conviendrait, comme pour les autres types de congés de courte durée, de préciser si les congés exceptionnels sont ou non assimilés, partiellement ou totalement, à des périodes d'activité de service.

Articles 150/4 et 150/5, en projet

1. Ces dispositions mettent en oeuvre la directive 96/34/CE du Conseil du 3 juin 1996 concernant l'accord-cadre sur le congé parental conclu par l'UNICE, le CEEP et la CES [(6)].

En vertu de l'article 2, § 3, de cette directive, lorsque les États membres adoptent des dispositions mettant en oeuvre les mesures préconisées, ils sont tenus de faire expressément référence à la directive. Pour satisfaire à cette exigence, l'auteur du projet doit insérer dans le préambule un considérant faisant référence à la directive, précitée [(7)].

2. Les dispositions en projet ne règlent pas toutes les questions que soulève la directive sur le congé parental. Il en est notamment ainsi de la remise au travail de l'agent à l'issue de son congé parental, la clause 2.5 de l'accord-cadre prévoyant que l'agent a le droit de retrouver son poste de travail ou, en cas d'impossibilité, un travail équivalent ou similaire [(8)] [(9)].

Articles 151 à 151/6, en projet

---

(6) J.O.C.E. du 19.06.1996, L. 145/4.

(7) Voir l'avis 28.129/4, donné le 8 mars 1999, sur un projet devenu 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.

(8) Voir l'avis 28.129/2, précité.

(9) À titre d'exemple, il peut être noté que l'arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale du 30 avril 2003 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 (Moniteur belge du 18 juin 2003), a inséré, à l'article 189 dudit statut, un nouvel alinéa 2 rédigé comme suit :
"À l'issue du congé parental, l'agent a le droit de retrouver son poste de travail ou, en cas d'impossibilité, un travail équivalent ou similaire."

1. Ces dispositions s'inscrivent notamment dans le cadre de la transposition de la directive 92/85/CEE du Conseil, du 19 octobre 1992, concernant la mise en oeuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleuses enceintes, accouchées ou allaitantes au travail (dixième directive particulière au sens de l'article 16, paragraphe 1er, de la directive 89/391/CEE).

L'attention de l'auteur du projet est attirée sur l'obligation qu'ont les États membres, en vertu de l'article 14, 3, de cette directive, d'informer la Commission des dispositions de droit interne qu'ils adoptent dans le domaine régi par la directive (outre l'obligation d'y faire référence dans les textes qu'ils adoptent ou lors de leur publication officielle).

2. À l'article 151/3, 3°, en projet, le Conseil d'État se demande pourquoi les congés de circonstance, visés à l'article 150, en projet, ne sont pas également assimilés à des journées de travail susceptibles d'être reportées au-delà du congé postnatal, à l'instar des solutions retenues au niveau fédéral (article 28, alinéa 2, 3°, de l'arrêté royal du 19 novembre 1998, précité), à la Région bruxelloise (article 193*ter*, nouveau, de l'arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale du 6 mai 1999, précité) et pour les agents des services du Collège (article 23, 3°, de l'arrêté du Collège n° 2001/102 du 10 octobre 2002 relatif au congés de courte durée applicables aux agents des services du Collège de la Commission communautaire française).

Article 151/7, en projet

1. Cette disposition organise, pour le père, un congé en remplacement du congé de maternité en vue d'assurer l'accueil de l'enfant.

À l'article 151/7, en projet, il serait préférable, d'utiliser l'expression "congé en remplacement du congé de maternité", afin d'éviter toute confusion avec le congé de

circonstance prévu - en cas de naissance - à l'article 150, 2°, en projet, et avec le congé de paternité de dix jours prévu à l'article 151/8, en projet [(10)].

2. Tel qu'il est rédigé, le paragraphe 1er de l'article 151/7, en projet, vise uniquement les hypothèses du décès de la mère le jour de l'accouchement ou son hospitalisation depuis le jour de l'accouchement. Il revient à l'auteur du projet de préciser si son intention est de couvrir également l'hypothèse du décès de la mère entre la date de l'accouchement et celle de la fin du congé de maternité, ainsi que l'hypothèse de sa ré-hospitalisation entre ces deux dates.

Si telle est la volonté de l'auteur du projet - ce qui serait plus respectueux du principe de non-discrimination - il conviendrait de modifier la rédaction du paragraphe 1er, de l'article 151/7, en projet.

3. Dès lors que le texte en projet prévoit un congé en remplacement du congé de maternité "en vue d'assurer l'accueil de l'enfant", il n'y a pas lieu de limiter le congé au père de l'enfant lorsque dans certaines circonstances, une autre personne que le père, comme par exemple la personne avec qui la mère vivait en couple, peut assurer l'accueil de l'enfant [(11)].

4. Il convient de préciser si le congé en remplacement du congé de maternité est cumulable ou non avec le congé de circonstance de quatre jours visé à l'article 150, 2°, en projet, et avec le congé de paternité de dix jours prévu à l'article 151/8, en projet.

Article 156, en projet

---

(10) Cette terminologie est celle utilisée à l'article 193*septies* de l'arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale du 6 mai 1999, précité, inséré par l'arrêté modificatif du 30 avril 2003.

(11) Comparez avec l'article 150, 2°, en projet.

L'attention de l'auteur du projet doit être attiré sur le fait que les cabinets ministériels ont été remplacés, au niveau fédéral, par de nouveaux organes stratégiques.

Article 157/4, en projet

Le Conseil d'État suppose qu'il y a lieu de se référer, à l'article 157/4, en projet, non pas à la dispense de service prévue à l'article 3, mais à celle prévue à l'article 157/3, en projet.

Articles 3 et 4 du projet

La rétroactivité que l'auteur du projet entend lui donner ne pose pas de problème de principe, pour autant que celui-ci ait bien pour seul effet d'améliorer, en matière de congés et d'absences, la situation de ses destinataires.

Aucun système de report des congés non épuisés au terme d'une année civile n'étant prévu, cette rétroactivité reste cependant sans effet, en ce qu'elle remonte avant le 1er janvier 2004.

Il convient en outre de rappeler que, lorsqu'un texte doit avoir effet rétroactif, on emploie la formule "produire ses effet" et non "entrer en vigueur".

La chambre était composée de

Messieurs	Y.	KREINS,	président de chambre,
	J.	JAUMOTTE,	conseillers d'État,
Mesdames	M.	BAGUET,	
	A.-C.	VAN GEERSDAELE,	greffier.

Le rapport a été présenté par M. Y. CHAUFFOUREAUX, auditeur adjoint.

LE GREFFIER, LE PRÉSIDENT,

A.-C. VAN GEERSDAELE Y. KREINS