

ROYAUME DE BELGIQUE

Avis 36.619/2

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 18 février 2004, d'une demande d'avis, dans un délai de trente jours, sur un projet d'arrêté du Gouvernement wallon "réglant la situation administrative et pécuniaire des agents et des personnes qui ont terminé un mandat", a donné le 15 mars 2004 l'avis suivant :

Comme la demande d'avis est introduite sur la base de l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 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.

Préambule

1. Il convient de viser, au préambule, l'accord donné par le Ministre du Budget sur le projet, avec l'indication de sa date.

2. Il n'est, par contre, plus nécessaire d'y viser, depuis l'entrée en vigueur de la loi du 2 avril 2003 modifiant certains aspects de la législation relative à l'organisation et au fonctionnement de la section de législation du Conseil d'État, la délibération du Gouvernement sur la demande d'avis à donner par le Conseil d'État dans un délai ne dépassant pas un mois.

Article 2

1. L'article LI. TIII. CV. 18 ¹, en projet, dispose :

"Est promu par avancement de grade au grade de Conseiller, l'agent de rang A6 ou A5 qui satisfait aux conditions suivantes :

- 1° compter une ancienneté de niveau de 8 ans;
- 2° justifier d'une évaluation «favorable» à l'issue d'un mandat complet en application du Livre II du Code;
- 3° ne pas être sous le coup d'une sanction disciplinaire définitive et non radiée."

(1) Dans le texte soumis à l'avis de la section de législation, la numérotation de cet article est incomplète.

La promotion par avancement de grade étant subordonnée à la vacance d'un emploi de ce grade, comme le précise l'article LI. TIII. CV. 3. du Code , il convient, dans la première phrase de l'article LI. TIII. CV. 18, en projet, de remplacer les mots : "est promu" par les mots : "peut être promu".

La procédure de promotion devrait, en outre, être définie, comme c'est notamment le cas pour la procédure de promotion par avancement de grade au grade de directeur.

2. Selon la déléguée du ministre, la promotion au grade de conseiller mise en place par l'article LI. TIII. CV. 18, en projet, ne concerne que les agents de rangs A6 et A5 dont le mandat n'est pas renouvelé.

Cette condition devrait être reprise dans le texte de la disposition en projet.

Article 3

1. Lorsqu'un organisme d'intérêt public est doté, par le législateur, d'un organe collégial de gestion, c'est d'ordinaire à ce dernier qu'est attribuée la compétence de recruter les membres du personnel de l'organisme ².

Même s'il est généralement prévu que le Gouvernement désigne les fonctionnaires dirigeants desdits organismes, cette exception ne peut être étendue sans intervention du législateur au "recrutement" d'agents dont le mandat n'est pas renouvelé.

L'article LII. CVI. 11, § 2, en projet, sera dès lors omis.

⁽²⁾ En ce sens, voir l'article LI. TXVIII. CI. 1^{er}, alinéa 1^{er}, du Code.

2. L'article LII. CVI. 11, § 3, alinéa 1^{er}, en projet, dispose :

"L'agent de rang A4 est de plein droit affecté auprès du Collège des fonctionnaires dirigeants visé à l'article LI. TIX. CI. 1^{er}. Il est réputé disposer d'une évaluation favorable au rang A4."

Cette disposition pose problème pour les agents des organismes d'intérêt public. Durant l'exercice de leur mandat, ceux-ci sont, en vertu de l'article LII. CV. 3, du Code, mis d'office en congé pour mission d'intérêt général dans leur emploi initial.

L'article LII. CVI. 11, § 3, alinéa 1^{er}, en projet, précité, aurait pour effet que les agents des organismes d'intérêt public de rang A4, ne réintégreraient pas leur organisme d'origine au terme de leur mandat, mais resteraient affectés, pour une durée indéterminée, auprès du Collège des fonctionnaires généraux dirigeants. Si telle est bien l'intention de l'auteur du texte, il lui revient de régler plus en détail cette situation.

3. L'article LII. CVI. 11. du projet d'arrêté du Gouvernement portant le Code de la fonction publique wallonne, soumis à l'avis de la section de législation sous le numéro de rôle 35.184/2, disposait :

"Le mandataire dont la dernière évaluation retient, au terme de son mandat, la mention «favorable», et qui n'est pas désigné pour un nouveau mandat est nommé en qualité d'agent à un grade de rang A4 au sein des services du Gouvernement wallon ou au sein d'un organisme.

Lorsque le Gouvernement décide de confier la direction d'un service à cet agent, il porte le grade de Directeur.

Lorsque le Gouvernement décide de ne pas confier la direction d'un service à cet agent, il porte le grade de Conseiller. Le Comité stratégique visé à l'article LI. TIX. CIII. 1^{er} du présent Code le charge d'une mission en rapport avec son grade, son expérience et ses qualifications. Il est placé sous l'autorité hiérarchique d'un des membres du Comité stratégique.

§ 2. Tout mandataire dont le mandat n'est pas renouvelé et qui justifie d'une évaluation favorable bénéficie d'un congé rémunéré de trois semaines, la rémunération étant celle qui a été perçue pendant l'exercice du mandat."

Dans son avis 35.184/2, donné le 23 juin 2003, la section de législation a émis, à propos de cet article en projet, l'observation suivante :

"Cette disposition habilite le Gouvernement à nommer au sein de ses services ou d'un organisme d'intérêt public wallon, un mandataire dont l'évaluation aurait donné lieu à une mention «favorable» et qui n'aurait pas été désigné pour un nouveau mandat. Cette nomination interviendrait à un grade de rang A4.

Or, le grade de rang A4 est un grade auquel il peut être accédé par promotion par avancement de grade pour autant qu'il soit satisfait aux conditions prévues à l'article LI.TIII.CV.7³ et selon, la procédure organisée aux articles LI.TIII.CV.8 et 9.

La disposition examinée permet donc de «recruter», à titre définitif, à un grade qui, en vertu du projet examiné, est un grade de promotion par avancement de grade.

Ainsi qu'il a été rappelé dans l'observation générale 1 relative au Livre II du projet, l'ARPG consacre, à titre principal, le régime juridique statutaire définitif selon les conditions générales qu'il fixe en son Chapitre III.

A ce principe, l'ARPG prévoit une exception circonscrite aux fonctions de management pour lesquelles un régime de mandat peut être prévu. Dès lors que la Région wallonne entend faire usage de cette possibilité, elle ne peut le faire que dans les limites de la dérogation qu'a établie l'ARPG c'est-à-dire pour des fonctions de management uniquement.

Or, aux termes de l'article LII.C1.1^{er} du présent arrêté, le mandat est organisé pour les emplois de rangs A1, A2 et A3. Seuls ces emplois sont donc considérés comme des fonctions de management. Dans la mesure où l'hypothèse de l'emploi de rang A4 n'entre pas dans les fonctions de management au sens du présent projet, il ne peut donc y être pourvu que dans le respect strict des dispositions des articles LI.TII.11 et LI.TIII.CV.7 à 9, précités⁴. Ceci implique a fortiori que pour la sélection et le recrutement auparavant opérés, les conditions et procédures prévues aux Chapitres I^{er} à III du Livre III auront également été respectées.

La disposition doit en conséquence être omise."

(3) Et il ne peut être dérogé à la sélection comparative des candidats que dans le cas d'une pénurie sur le marché du travail.

(4) Le caractère dérogatoire de la disposition est ici d'autant plus renforcé que l'ancienneté que doit faire valoir un agent pour accéder au grade de rang A4 est de huit ans, alors que dans l'hypothèse considérée, cinq ans suffiraient."

Cette observation a été suivie par le Gouvernement wallon. Le paragraphe 1^{er} de l'article LII. CVI. 11, précité, du projet 35.184/2 n'a pas été repris dans le Code de la fonction publique wallonne. Seul subsiste, dans la version actuelle de cette disposition, le second paragraphe du projet initial, relatif au congé de trois semaines attribué, en fin d'exercice, aux mandataires bénéficiant d'une évaluation favorable.

Le projet actuellement examiné entend compléter cet article LII. CVI. 11. afin d'organiser la situation des mandataires bénéficiant d'une évaluation favorable, mais dont le mandat n'est pas reconduit.

L'article 2 du projet (article LI. THII. CV. 18, en projet) prévoit que les agents de rangs A6 et A5 sont, au terme de leur mandat, promu par avancement de grade au grade de conseiller.

L'article 3 du projet (article LII. CVI. 11, § 5, en projet) dispose quant à lui :

"Le Gouvernement propose à la personne, qui avant sa désignation en tant que mandataire, n'est pas un agent des services du Gouvernement ou des organismes, dont la dernière évaluation retient, au terme de son mandat, la mention «favorable» et qui n'est pas désigné pour un nouveau mandat, un contrat d'expert avec l'échelle de traitement A4, à conclure avec l'un des services du Gouvernement ou organismes."

Il s'agit donc d'engager, par contrat de travail - apparemment à durée indéterminée - et avec le bénéfice d'une échelle de traitement identique à celle des directeurs et conseillers, les ex-mandataires qui ne possèdent pas la qualité d'agent.

Il convient d'examiner la conformité de cette disposition à l'article 2, § 1^{er}, de l'arrêté royal fixant les principes généraux (A.R.P.G.), lequel pose, en son alinéa 1^{er}, le principe du recrutement statutaire des agents et énumère, en son alinéa 2, les exceptions que ce principe admet.

Ces exceptions qui, à ce titre, sont à interpréter restrictivement, comprennent notamment l'accomplissement de tâches spécifiques dont la liste est publiée au préalable par chaque exécutif (article 2, § 1^{er}, alinéa 2, 3^o, de l'A.R.P.G.) et l'exécution de tâches exigeant des connaissances particulières ou une expérience large de haut niveau, toutes les deux pertinentes pour les tâches à exécuter (article 2, § 1^{er}, alinéa 2, 4^o, de

.../...

l'A.R.P.G.). Pour ce qui concerne la fonction publique wallonne, ces deux notions ont été précisées par l'article 2, §§ 3 et 4, de l'arrêté du Gouvernement du 18 décembre 2003 relatif aux conditions d'engagement et à la situation administrative et pécuniaire des membres du personnel contractuel ⁵, lesquels disposent :

"§ 3. Par tâches spécifiques, il y a lieu d'entendre les tâches définies comme telles par le Gouvernement et 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.

L'expert est au moins titulaire d'un diplôme donnant accès aux emplois de niveau 1 et doit répondre aux qualifications professionnelles particulières précisées dans la description de fonction.

Le contrat de travail définit les tâches confiées à l'expert ainsi que la qualification professionnelle requise pour une durée limitée ou une activité nettement définie.

§ 4. 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."

La mise en oeuvre d'un recrutement contractuel, en conformité avec l'article 2 de l'A.R.P.G. et en application de l'arrêté du Gouvernement du 18 décembre 2003, précité, exige donc l'identification préalable de tâches répondant aux critères précités et dont l'accomplissement nécessite le recrutement d'un agent. Cette démarche est totalement étrangère à la logique de l'article LII. CVI. 11, § 5, en projet, lequel vise, d'une manière générale, à assurer le maintien, dans la fonction publique wallonne, de personnes qui n'ont pas la qualité d'agent, au terme du mandat pour lequel elles ont été désignées.

En conséquence, cette disposition en projet est tout aussi contraire au prescrit de l'A.R.P.G. que l'était l'article LII. CVI. 11., § 1^{er}, précité, du projet 35.184/2 que le Gouvernement avait finalement omis. Elle doit dès lors connaître le même sort.

⁽⁵⁾ Lequel a fait l'objet de l'avis 35.185/2, donné le 3 juillet 2003.

4. Subsidiairement, il peut être renvoyé, pour ce qui concerne la compétence du Gouvernement en matière de recrutement du personnel des organismes d'intérêt public de la catégorie B au sens de la loi du 16 mars 1954 et pour les organismes y assimilés, à la première observation formulée à propos de l'article 3 du projet.

Article 4

Il convient, dans un texte modificatif, de suivre l'ordre de numérotation des dispositions du texte modifié.

L'article 4 du projet, qui vise à modifier l'article LII. CV. 2 du Code de la fonction publique wallonne, doit donc figurer avant l'article 3 du projet, qui modifie lui l'article LII. CVI. 11 du même code.

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