

KONINKRIJK BELGIË

ROYAUME DE BELGIQUE

ADVIES 38.002/1

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

Avis 38.002/1

DE LA SECTION DE LÉGISLATION
DU CONSEIL D'ÉTAT

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, eerste kamer, op 4 januari 2005 door de Minister van Ambtenarenzaken verzocht hem van advies te dienen over een ontwerp van koninklijk besluit "tot vaststelling van de voorwaarden voor de indienstneming bij arbeidsovereenkomst in sommige overheidsdiensten", heeft op 10 februari 2005 het volgende advies gegeven:

Le CONSEIL D'ÉTAT, section de législation, première chambre, saisi par le Ministre de la Fonction publique, le 4 janvier 2005, d'une demande d'avis sur un projet d'arrêté royal "fixant les conditions d'engagement par contrat de travail dans certains services publics", a donné le 10 février 2005 l'avis suivant:

STREKKING EN RECHTSGROND VAN HET ONTWERP

1. Het om advies voorgelegde ontwerpbesluit strekt ertoe een nieuwe regeling in te voeren betreffende de voorwaarden tot indienstneming van contractueel personeel in het federaal administratief openbaar ambt.

In artikel 1 wordt het toepassingsgebied van het ontworpen besluit omschreven. Bij artikel 2 worden de voorwaarden tot contractuele indienstneming vastgesteld. De artikelen 3 en 4 bevatten voorrangsregels bij de selectie en de indienstneming van de kandidaten, waarbij voorrang wordt verleend aan geslaagden in vergelijkende wervingsexamens of vergelijkende selecties. Artikel 5 bevat nadere regels betreffende de selectietest die wordt georganiseerd bij ontstentenis van een vergelijkend wervingsexamen of een vergelijkende selectie. In de artikelen 6 en 7 worden twee categorieën van personen uitgezonderd van het toepassingsgebied van de ontworpen regeling, terwijl bij artikel 8 het koninklijk besluit van 13 maart 2002 tot vaststelling van de voorwaarden voor de indienstneming bij arbeidsovereenkomst in sommige overheidsdiensten, wordt opgeheven.

2. Het ontworpen besluit vindt rechtsgrond in artikel 4, §§ 2, 1°, en 8, van de wet van 22 juli 1993 houdende bepaalde maatregelen inzake ambtenarenzaken. Krachtens die bepalingen bepaalt de Koning voor de erin bedoelde besturen, diensten en instellingen, onder meer de voorwaarden en de wijze van indienstneming van de contractuele personeelsleden.

ALGEMENE OPMERKINGEN

1. De gemachtigde ambtenaren verklaren dat steeds voorrang zal worden gegeven aan hen die "geslaagd zijn voor eender welk (vergelijkend) statutair examen of (vergelijkende) statutaire selectie, en dus niet enkel aan hen die geslaagd zijn voor een (vergelijkend) statutair examen of (vergelijkende) statutaire selectie bij de betrokken overheidsdienst". Uit artikel 3, tweede lid, lijkt evenwel voort te vloeien dat eerst moet worden geput uit de laureaten van vergelijkende wervingsexamens of vergelijkende

selecties die specifiek voor de betrokken dienst zelf werden georganiseerd ⁽¹⁾, en dat pas daarna zal kunnen worden geput uit de laureaten van andere vergelijkende wervingsexamens of vergelijkende selecties.

Het ontwerp zal dienen te worden verduidelijkt in het licht van de werkelijke bedoeling van de stellers ervan.

2. Alhoewel bij voorrang dient te worden geput uit laureaten van vergelijkende wervingsexamens of vergelijkende selecties, is de overheid bij de indienstneming van de contractuelen niet gebonden door de rangschikking der kandidaten in die proeven. Vraag is welke verantwoording hiervoor bestaat nu juist het geslaagd zijn in een vergelijkende proef als uitgangspunt wordt genomen voor de werving van contractuelen. In dit verband kan eraan worden herinnerd dat, met betrekking tot de werving van statutaire ambtenaren, het systeem van vergelijkende examens, waar de aanwerving kan worden gesteund op een objectief en eenduidig criterium - het examenresultaat -, steeds is opgevat als een essentiële waarborg voor de objectiviteit van de aanwervingen ⁽²⁾.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Aanhef

1. Artikel 4, § 2, 1°, van de wet van 22 juli 1993 werd vervangen bij de wet van 20 mei 1997, en artikel 4, § 8, van die wet werd ingevoegd bij het koninklijk besluit van 3 april 1997 en gewijzigd bij de wet van 22 maart 1999.

⁽¹⁾ Dit blijkt nog meer uit de Franse tekst dan uit de Nederlandse, nu in de Franse tekst gewag wordt gemaakt van "si le service n'a pas lui-même de lauréat ...". In de Nederlandse tekst ontbreekt het equivalent van de woorden "lui-même", welke discordantie in voorkomend geval dient te worden verholpen.

⁽²⁾ BATSELE, D., DAURMONT, O. en QUERTAINMONT, Ph., *Le contentieux de la fonction publique*, Brussel, Nemesis, 1992, p. 64, nr. 23; SAROT, J., *Précis de fonction publique*, Brussel, Bruylant, 1994, p. 158, nr. 196; zie ook advies 30.123/1 van 25 mei 2000 over een ontwerp van koninklijk besluit tot wijziging van het koninklijk besluit van 2 oktober 1937 houdende het statuut van het rijkspersoneel, B.S., 20 januari 2001, 1589.

Gelet hierop redigere men het eerste lid van de aanhef als volgt:

"Gelet op de wet van 22 juli 1993 houdende bepaalde maatregelen inzake ambtenarenzaken, inzonderheid op artikel 4, § 2, 1°, vervangen bij de wet van 20 mei 1997, en § 8, ingevoegd bij het koninklijk besluit van 3 april 1997 en gewijzigd bij de wet van 22 maart 1999;"

2. Het zesde lid van de aanhef dient als volgt te worden gesteld:

"Gelet op advies 38.002/1 van de Raad van State, gegeven op 10 februari 2005;"

3. De Nederlandse en de Franse tekst van de in het zevende lid opgenomen considerans zijn discordant, wat moet worden verholpen. Bovendien schrijve men in de Nederlandse tekst "in het bijzonder van de deskundigen" in plaats van "bijzonders de deskundigen".

4. In de voordrachtformule dienen de woorden "en Pensioenen" te worden geschrapt.

5. Artikel 4, §§ 2 en 8, van de wet van 22 juli 1993 houdende bepaalde maatregelen inzake ambtenarenzaken, dat rechtsgrond biedt aan het ontworpen besluit, schrijft niet voor dat over de besluiten die op grond ervan worden genomen, overleg moet worden gepleegd in de Ministerraad.

In de voordrachtformule dienen de woorden "en op advies van Onze in Raad vergaderde Ministers" dan ook te worden geschrapt. De aanhef moet er immers enkel doen van blijken dat de rechtens verplichte vormvereisten werden nageleefd.

Artikel 1

1. In artikel 1 van het ontwerp wordt, om het toepassingsgebied van het ontworpen besluit te bepalen, verwezen naar artikel 1 van de wet van 22 juli 1993. De Raad van State, afdeling wetgeving, wijst erop dat het in die wetsbepaling omschreven toepassingsgebied niet langer correct is, in zoverre erin nog gewag wordt gemaakt van de "Controledienst voor de verzekeringen", thans opgegaan in de Commissie voor het Bank-, Financie- en Assurantiewezen. Er zou een wetgevend initiatief dienen te worden genomen om dit te verhelpen ⁽³⁾.

2. In de Nederlandse tekst van artikel 1 vervange men het woord "genaamd" door het woord "genoemd".

Artikel 2

In zoverre de in artikel 2, 2°, opgenomen regel ook van toepassing is op buitenlanders die geen onderdaan zijn van een lidstaat van de Europese Unie, van een staat behorende tot de Europese Economische Ruimte of van de Zwitserse Bondstaat ⁽⁴⁾, is de in artikel 2, 2°, opgenomen regel niet conform artikel 10, tweede lid, van de Grondwet. Krachtens die laatste bepaling kan de wetgever - en niet de Koning - slechts afwijken van het nationaliteitsvereiste voor benoeming in een overheidsbetrekking in "bijzondere gevallen", die telkens in concreto moeten worden omschreven, wat uitsluit dat de verhouding tussen de grondwettelijke regel en de uitzondering wordt omgekeerd ⁽⁵⁾, zoals uit artikel 2, 2°, van het ontwerp voortvloeit.

⁽³⁾ Van die gelegenheid zou ook kunnen worden gebruik gemaakt om het inleidende zinsdeel van artikel 4, § 1, van de wet van 22 juli 1993 af te stemmen op artikel 1 van die wet.

⁽⁴⁾ Ten aanzien van die categorieën dient rekening te worden gehouden met de primauteit van het internationale recht.

⁽⁵⁾ Zie o.m. advies 35.857/VR van 9 oktober 2003, bij een voorontwerp van decreet "tot verruiming van de nationaliteitsvoorwaarde voor de toegang tot vaste betrekkingen in sommige Vlaamse openbare diensten", *Parl. St.*, Vl. Parl., 2003-2004, nr. 2055/1.

Om die laatste bepaling ongewijzigd doorgang te kunnen laten vinden, is vereist dat eerst de Grondwet wordt gewijzigd.

Voor zoveel als nodig, wordt eraan herinnerd dat artikel 10, tweede lid, van Grondwet in de verklaring tot herziening van de Grondwet van 4 en 9 april 2003 wordt aangemerkt als een voor herziening vatbare bepaling ⁽⁶⁾.

Artikel 3

1. Er dient in artikel 3, eerste lid, te worden verduidelijkt wat wordt bedoeld met "het profiel (dat) gelijkwaardig is met het vereiste functieprofiel", en te worden bepaald door wie die gelijkwaardigheid wordt vastgesteld en welke procedure hierbij eventueel dient te worden gevolgd.

2. In artikel 3, tweede lid, vervange men de woorden "de dienst" door de woorden "de betrokken overheidsdienst".

3. Gelet op de formulering van artikel 4, derde lid, worden in de Franse tekst van artikel 3, tweede lid, de woorden "fait appel à" beter vervangen door het woord "consulte".

Artikel 4

In de Franse tekst van artikel 4, tweede lid, dient het woord "versés" te worden vervangen door het woord "repris".

⁽⁶⁾ Belgisch Staatsblad van 10 april 2003.

Artikel 5

1. In artikel 5, eerste lid, schrijve men "De in artikel 2, 4°, bedoelde selectietest" in plaats van "De selectietest" en "De overheidsdienst" in plaats van "De dienst".

2. In artikel 5, tweede lid, schrijve men "In afwijking van het eerste lid, tweede zin," in plaats van "In afwijking van het eerste lid".

3. In artikel 5, derde lid, schrijve men "In afwijking van het eerste lid, eerste zin," in plaats van "In afwijking van het eerste lid".

In dezelfde bepaling dienen de streepjes te worden vervangen door de vermeldingen "1°" en "2°".

Artikel 6

Het in artikel 6 gehanteerde begrip "gelijkwaardige functie" dient te worden verduidelijkt. Bovendien moet worden bepaald door wie de gelijkwaardigheid wordt vastgesteld, en welke procedure hierbij eventueel dient te worden gevolgd.

PORTÉE ET FONDEMENT JURIDIQUE DU PROJET

1. Le projet d'arrêté soumis pour avis entend instaurer une nouvelle réglementation relative aux conditions d'engagement de personnel contractuel dans la fonction publique administrative fédérale.

L'article 1^{er} définit le champ d'application de l'arrêté en projet. L'article 2 fixe les conditions d'engagement contractuel. Les articles 3 et 4 établissent des règles de priorité pour la sélection et l'engagement des candidats, en vertu desquelles la préférence est accordée aux lauréats de concours de recrutement ou de sélections comparatives. L'article 5 détermine les modalités du test de sélection organisé à défaut de concours de recrutement ou de sélection comparative. Les articles 6 et 7 excluent deux catégories de personnes du champ d'application de la réglementation en projet, tandis que l'article 8 abroge l'arrêté royal du 13 mars 2002 fixant les conditions d'engagement par contrat de travail dans certains services publics.

2. L'arrêté en projet trouve son fondement juridique dans l'article 4, §§ 2, 1^o, et 8, de la loi du 22 juillet 1993 portant certaines mesures en matière de fonction publique. En vertu de ces dispositions le Roi détermine notamment les conditions et les modalités d'engagement des membres du personnel contractuel par les administrations, services et organismes qui y sont visés.

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

1. Les fonctionnaires délégués déclarent que la priorité sera toujours accordée aux "lauréats d'un examen (lire: concours) ou d'une sélection statutaire (comparative) quelconque et donc pas uniquement aux lauréats d'un examen (lire: concours) ou d'une sélection statutaire (comparative) pour le service public concerné". Il semble cependant résulter de l'article 3, alinéa 2, qu'il s'impose de faire d'abord appel aux lauréats de concours de recrutement ou de sélections comparatives spécifiquement organisé(e)s pour le service lui-même ⁽¹⁾ et que l'appel aux lauréats d'autres concours de recrutement ou sélections comparatives n'est possible que par la suite.

⁽¹⁾ C'est encore plus flagrant dans le texte français que dans le texte néerlandais, vu qu'il y est dit: "si le service n'a pas lui-même de lauréat ...". Dans le texte néerlandais, l'équivalent de "lui-même" fait défaut, discordance à laquelle il y a lieu de remédier, le cas échéant.

Le projet devra être précisé pour refléter l'intention réelle de ses auteurs.

2. Bien que, pour l'engagement de contractuels il s'impose de faire appel prioritairement aux lauréats de concours de recrutement ou de sélections comparatives, lors de cet engagement, l'autorité n'est pas liée par le classement des candidats à ces épreuves. La question se pose de savoir quelle en est la justification, sachant que le critère premier de recrutement des contractuels est précisément le fait d'être lauréat d'une épreuve comparative. À cet égard, on peut rappeler qu'en ce qui concerne le recrutement de fonctionnaires statutaires, le système des concours, grâce auquel le recrutement peut toujours être fondé sur un critère objectif et univoque - le résultat du concours - a toujours été conçu comme une garantie essentielle de l'objectivité des recrutements ⁽²⁾.

EXAMEN DU TEXTE

Préambule

1. L'article 4, § 2, 1°, de la loi du 22 juillet 1993 a été remplacé par la loi du 20 mai 1997 et l'article 4, § 8, de cette loi a été inséré par l'arrêté royal du 3 avril 1997 et modifié par la loi du 22 mars 1999.

Par conséquent, il y a lieu de rédiger le premier alinéa du préambule comme suit:

"Vu la loi du 22 juillet 1993 portant certaines mesures en matière de fonction publique, notamment, l'article 4, § 2, 1°, remplacé par la loi du 20 mai 1997, et § 8, inséré par l'arrêté royal du 3 avril 1997 et modifié par la loi du 22 mars 1999;"

⁽²⁾ BATSELE, D., DAURMONT, O. et QUERTAINMONT, Ph., *Le contentieux de la fonction publique*, Bruxelles, Nemesis, 1992, p. 64, n° 23; SAROT, J., *Précis de fonction publique*, Bruxelles, Bruylant, 1994, p. 158, n° 196; voir aussi l'avis 30.123/1 du 25 mai 2000 sur un projet d'arrêté royal modifiant l'arrêté royal du 2 octobre 1937 portant le statut des agents de l'État, *M.B.*, 20 janvier 2001, 1589.

2. Il y a lieu de rédiger le sixième alinéa du préambule comme suit:

"Vu l'avis 38.002/1 du Conseil d'État, donné le 10 février 2005;"

- 3.. Il y a lieu de remédier à la discordance entre les textes néerlandais et français du considérant du septième alinéa. En outre, on écrira dans le texte néerlandais "in het bijzonder van de deskundigen" au lieu de "bijzonders de deskundigen".

4. Dans la formule de présentation les mots "et des pensions" doivent être supprimés.

5. L'article 4, §§ 2 et 8, de la loi du 22 juillet 1993 portant certaines mesures en matière de fonction publique, qui procure un fondement juridique à l'arrêté en projet, ne prescrit pas que les arrêtés pris en exécution de ces dispositions doivent être délibérés en Conseil des ministres.

Dans la formule de présentation, les mots "et de l'avis de Nos Ministres qui en ont délibéré en Conseil" doivent, dès lors, être supprimés. En effet, seul doit résulter du préambule le respect des formalités légalement requises.

Article 1^{er}

1. Pour définir le champ d'application de l'arrêté en projet, son article 1^{er} se réfère à l'article 1^{er} de la loi du 22 juillet 1993. Le Conseil d'État, section de législation, attire l'attention sur le fait que le champ d'application défini dans cette disposition légale n'est plus exact, dans la mesure où il y est encore fait état de "l'Office de contrôle des assurances", entre-temps absorbé par la Commission bancaire, financière et des assurances. Il y aurait lieu de prendre une initiative législative pour remédier à cette inexactitude⁽³⁾.

⁽³⁾ À cette occasion, on pourrait également mettre en adéquation le segment de phrase liminaire de l'article 4, § 1^{er}, de la loi du 22 juillet 1993 avec l'article 1^{er} de cette loi.

2. Dans le texte néerlandais de l'article 1^{er}, il y a lieu de remplacer le mot "genaamd" par le mot "genoemd".

Article 2

Dans la mesure où elle est également applicable aux étrangers non ressortissants d'un État membre de l'Union européenne, d'un État appartenant à l'Espace économique européen ou de la Confédération suisse⁽⁴⁾, la règle de l'article 2, 2°, n'est pas conforme à l'article 10, alinéa 2, de la Constitution. En vertu de cette disposition, le législateur - et non le Roi - n'est en droit de déroger à la condition de nationalité requise pour être admis aux emplois publics que "pour des cas particuliers" à définir in concreto, au cas par cas, ce qui exclut l'inversion du lien entre la règle constitutionnelle et l'exception⁽⁵⁾, comme le fait l'article 2, 2°, du projet.

Pour que cette dernière disposition puisse être adoptée en l'état, il faudrait préalablement modifier la Constitution.

Pour autant que de besoin, on peut rappeler que, dans la déclaration de révision de la Constitution des 4 et 9 avril 2003, l'article 10, alinéa 2, de la Constitution est considéré comme une disposition soumise à révision⁽⁶⁾.

⁽⁴⁾ À l'égard de ces catégories, il faut tenir compte de la primauté du droit international.

⁽⁵⁾ Voir, entre autres, l'avis 35.857/VR du 9 octobre 2003 sur un avant-projet de décret "tot verruiming van de nationaliteitsvoorwaarde voor de toegang tot vaste betrekkingen in sommige Vlaamse openbare diensten", *Doc.*, Parl. fl., 2003-2004, n° 2055/1.

⁽⁶⁾ Moniteur belge du 10 avril 2003.

Article 3

1. À l'article 3, alinéa 1^{er}, il y a lieu de préciser ce qu'on entend par "profil équivalent au profil de fonction exigé" et de déterminer par qui cette équivalence est établie et, le cas échéant, selon quelle procédure.
2. À l'article 3, alinéa 2, on remplacera les mots "le service" par les mots "le service public concerné".
3. Vu la formulation de l'article 4, alinéa 3, il serait préférable de remplacer, dans le texte français de l'article 3, alinéa 2, les mots "fait appel" par le mot "consulte".

Article 4

Dans le texte français de l'article 4, alinéa 2, il y a lieu de remplacer le mot "versés" par le mot "repris".

Article 5

1. À l'article 5, alinéa 1^{er}, on écrira "Le test de sélection visé à l'article 2, 4^o," au lieu de "Le test de sélection" et "Le service public" au lieu de "Le service".
2. À l'article 5, alinéa 2, on écrira "Par dérogation à l'alinéa 1^{er}, deuxième phrase" au lieu de "Par dérogation au premier alinéa".
3. À l'article 5, alinéa 3, on écrira "Par dérogation à l'alinéa 1^{er}, première phrase", au lieu de "Par dérogation au premier alinéa".

Dans la même disposition les tirets doivent être remplacés par les mentions "1°" et "2°".

Article 6

La notion de "fonction équivalente" utilisée à l'article 6 doit être précisée. En outre, il faut déterminer par qui cette équivalence est établie et, le cas échéant, selon quelle procédure.

De kamer was samengesteld uit

La chambre était composée de

de Heren
Messieurs

M. VAN DAMME,

kamervoorzitter,
président de chambre,

J. BAERT,
J. SMETS,

staatsraden,
conseillers d'État,

G. SCHRANS,
A. SPRUYT,

assessoren van de afdeling wetgeving,
assesseurs de la section de législation,

W. GEURTS,

griffier,
greffier.

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

Het verslag werd uitgebracht door de H. B. WEEKERS, auditeur.

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

Le rapport a été présenté par M. B. WEEKERS, auditeur.

DE GRIFFIER - LE GREFFIER,

DE VOORZITTER - LE PRÉSIDENT,

W. GEURTS

M. VAN DAMME