

AW

ROYAUME DE BELGIQUE

AVIS 41.454/2

DE LA SECTION DE LÉGISLATION DU CONSEIL D'ÉTAT

Le CONSEIL D'ÉTAT, section de législation, deuxième chambre, saisi par le Vice-Premier Ministre et Ministre des Finances, le 10 octobre 2006, d'une demande d'avis, dans un délai de trente jours, sur un projet d'arrêté royal "relatif à la première désignation de l'administrateur général et des titulaires des fonctions de management et d'encadrement à la Régie des Bâtiments", a donné le 6 novembre 2006 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.

Examen du projet

Le fondement légal du projet doit être recherché dans l'article 4, § 1^{er}, de la loi du 1^{er} avril 1971 portant création d'une Régie des Bâtiments, tel que remplacé par la loi du 20 juillet 2006 portant des dispositions diverses ¹; lequel dispose :

"Art. 4. § 1^{er}. La gestion journalière de la Régie est confiée à un administrateur général.

Le Roi fixe, par arrêté délibéré en Conseil des ministres, après accord des Ministres du Budget et de la Fonction publique, les autres fonctions de management et d'encadrement.

L'administrateur général et les titulaires de fonctions de management et d'encadrement font partie du comité de direction. Ils sont désignés par voie de mandat pour une durée de six ans.

Les procédures en matière de désignation et d'exercice des fonctions d'administrateur général et des fonctions de management et d'encadrement sont fixées par un arrêté royal délibéré en Conseil des ministres.

Par dérogation à l'alinéa 4 et sur proposition du ministre, après appel public aux candidats, la première désignation de l'administrateur général et des titulaires de fonctions de management et d'encadrement est effectuée par arrêté royal délibéré en Conseil des ministres par voie de mandat, pour une durée de six ans."

La procédure de désignation des titulaires de mandats au sein de la Régie des bâtiments est organisée par un projet d'arrêté royal "relatif à la désignation et à l'exercice des fonctions de management et d'encadrement dans certains organismes d'intérêt public". Ce projet a fait l'objet d'un avis 41.364/3, donné le 17 octobre 2006.

⁽¹⁾ Seule cette disposition doit être visée au préambule. Les autres textes actuellement cités ne procurant pas de fondement légal et n'étant pas modifiés par le projet.

En dérogation à ce futur arrêté, et plus particulièrement à ses articles 4 à 10, § 1^{er}, le projet actuellement examiné vise à fixer la procédure de première désignation des mandataires précités.

Ces dérogations concernent principalement :

- la suppression de l'intervention du SELOR;
- la suppression de l'intervention du Ministre de la Fonction publique à différents stades de la procédure; ²
- le remplacement de la commission de sélection par une commission composée uniquement d'un président désigné par le Ministre qui a la Régie des Bâtiments dans ses attributions ³, et de trois personnes "délégues par une (des) firme(s) désignée(s) à la suite d'une (de) procédure(s) de marché public" (article 7, § 3, du projet);
- la limitation du rôle de cette commission à l'examen de la recevabilité des candidatures et à "la rédaction d'un rapport par candidat tant sur ses compétences spécifiques à la fonction à exercer que sur ses aptitudes requises pour l'exercice d'une fonction de management ou d'encadrement", sans qu'aucune comparaison ou classement des candidats - ne fût-ce qu'en catégories "apte" ou "pas apte" - ne soit prévue.

Ces dérogations vont toutes dans le sens d'une diminution des garanties d'indépendance et d'objectivité, habituellement prévues dans les textes organisant la sélection des titulaires de mandats de management ou d'encadrement dans la fonction publique fédérale.

(2) Cette intervention du Ministre de la Fonction publique est prévue aux articles 6, § 4 et 8, § 3, du projet d'arrêté royal ayant fait l'objet de l'avis 41.364/3, précité.

(3) Éventuellement accompagné d'un adjoint bilingue (voir article 7, § 2, 1^o, du projet).

À cet égard, il doit être rappelé, comme l'a considéré la section d'administration dans son arrêt JADOT n° 98.735 du 7 septembre 2001 :

"(...) que le principe de l'égalité admissibilité aux emplois publics n'est qu'une application particulière des principes d'égalité et de non-discrimination consacrés par les articles 10 et 11 de la Constitution; que l'article 9, § 3, deuxième phrase, de l'ARPG en exprime adéquatement les exigences ⁴; que tout statut d'agents de la fonction publique doit être organisé en matière telle qu'il offre toutes les garanties requises en ce qui concerne le respect du prescrit constitutionnel; que la comparaison objective et impartiale des titres et mérites des candidats à une fonction publique est indispensable pour que soit assurée l'égalité admissibilité des citoyens aux emplois publics; qu'à cet égard, il suffit de constater que les candidats aux fonctions visées sont classés en quatre groupes, sans faire l'objet d'un classement au sein de chacun de ces groupes, si bien que l'autorité investie du pouvoir de nommer dispose d'une liberté illimitée de désigner le candidat de son choix au sein du groupe des candidats les plus aptes (...)".

3. Outre les critiques qu'appelle, au regard des principes précités, la procédure de première désignation prévue par le projet examiné, cette dernière est également de nature à créer des différences de traitement entre les premiers candidats à un mandat au sein de la Régie des Bâtiments et leurs successeurs, ainsi qu'avec les candidats à des fonctions de management ou d'encadrement au sein d'autres institutions relevant de la fonction publique fédérale, sans qu'aucune justification ne soit apportée sur ce point ⁵.

Compte tenu de ces observations, le projet doit être fondamentalement revu.

(4) L'article 9, § 3, de l'A.R.P.G. (du 22 décembre 2000) dispose :

"§ 3. Le statut règle la procédure, le mode de détermination des épreuves et des critères de recrutement et de sélection, ainsi que leur publicité. Le recrutement et la sélection s'effectuent sur la base d'un système de recrutement objectif qui, quant à sa forme et son contenu, offre les garanties nécessaires en matière d'égalité de traitement, d'interdiction de l'arbitraire, d'indépendance et d'impartialité."

(5) Seul l'avis de l'inspecteur des finances fait état d'une tentative de justification par l'urgence de la désignation des mandataires concernés, pour ensuite réfuter cet argument.

Pour ce faire, il sera également tenu compte des observations formulées dans l'avis 41.364/3, précité.

La chambre était composée de

Messieurs	Y. KREINS,	président de chambre,
	P. LIÉNARDY,	conseillers d'État,
Madame	M. BAGUET,	
Monsieur	H. BOSLY,	assesseur de la section de législation,
Madame	B. VIGNERON,	greffier.

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

LE GREFFIER,

LE PRÉSIDENT,

B. VIGNERON

Y. KREINS

AW

KONINKRIJK BELGIË

ADVIES 41.454/2

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, tweede kamer, op 10 oktober 2006 door de Vice-Eerste Minister en Minister van Financiën verzocht hem, binnen een termijn van dertig dagen, van advies te dienen over een ontwerp van koninklijk besluit "houdende de eerste aanstelling van de administrateur -generaal en van de houders van management- en staffuncties bij de Regie der Gebouwen", heeft op 6 november 2006 het volgende advies gegeven :

Aangezien de adviesaanvraag ingediend is op basis van artikel 84, § 1, eerste lid, 1°, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, zoals het is vervangen bij de wet van 2 april 2003, beperkt de afdeling wetgeving overeenkomstig artikel 84, § 3, van de voornoemde gecoördineerde wetten haar onderzoek tot de rechtsgrond van het ontwerp, de bevoegdheid van de steller van de handeling en de te vervullen voorafgaande vormvereisten.

Wat deze drie punten betreft, geeft het ontwerp aanleiding tot de volgende opmerkingen.

Onderzoek van het ontwerp

De rechtsgrond van het ontwerp moet gezocht worden in artikel 4, § 1, van de wet van 1 april 1971 houdende oprichting van een regie der gebouwen, zoals vervangen bij de wet van 20 juli 2006 houdende diverse bepalingen ¹, dat het volgende bepaalt :

"Art. 4. § 1. Het dagelijks beheer van de Regie wordt toevertrouwd aan een administrateur-generaal.

De Koning bepaalt, bij een besluit vastgesteld na overleg in de Ministerraad, en na het akkoord van de ministers van Begroting en Ambtenarenzaken, de andere management- en staffuncties.

De administrateur-generaal en de houders van de management- en staffuncties maken deel uit van het directiecomité. Ze worden voor een mandaat van zes jaar aangesteld.

De procedures inzake aanstelling en uitoefening van de functies van administrateur-generaal en van de management- en staffuncties worden vastgelegd bij een besluit vastgesteld na overleg in de Ministerraad.

In afwijking van het vierde lid en op voordracht van de minister, na een openbare oproep tot kandidaten, wordt de eerste aanstelling van de administrateur-generaal en van de houders van management- en staffuncties voor een mandaat van zes jaar bij een besluit vastgesteld na overleg in de Ministerraad, gedaan."

⁽¹⁾ In de aanhef mag alleen deze bepaling worden vermeld. De overige regelingen die thans worden genoemd leveren immers geen rechtsgrond op en worden bij het ontwerp niet gewijzigd.

De procedure voor de aanstelling van mandaathouders binnen de Regie der Gebouwen wordt geregeld bij een ontwerp van koninklijk besluit "betreffende de aanduiding en de uitoefening van de management- en staffuncties in sommige instellingen van openbaar nut". Over dat ontwerp is op 17 oktober 2006 advies 41.364/3 uitgebracht.

Het thans voorliggende ontwerp strekt ertoe, in afwijking van dat toekomstige besluit, en meer bepaald van de artikelen 4 tot 10, § 1 ervan, de procedure voor de eerste aanstelling van de genoemde mandatarissen vast te stellen.

Die afwijkingen betreffen voornamelijk :

- het schrappen van de medewerking van SELOR;
- het schrappen van de medewerking van de Minister van Ambtenarenzaken in verschillende stadia van de procedure;²
- de vervanging van de selectiecommissie door een commissie die enkel bestaat uit een voorzitter aangewezen door de Minister bevoegd voor de Regie der Gebouwen³, en drie personen "door (een) firma(s) aangeduid tengevolge van (een) procedure(s) inzake overheidsopdrachten" (artikel 7, § 3, van het ontwerp);
- de beperking van de rol van die commissie tot het onderzoek van de ontvankelijkheid van de sollicitaties en tot het opstellen van "een verslag per kandidaat (...) dat zowel zijn functie-specifieke competenties als zijn voor de management- of staffunctie vereiste vaardigheden evalueert", zonder dat voorzien wordt in enige vergelijking of rangschikking van de gegadigden, al was het in de categorieën "geschikt" of "niet geschikt".

⁽²⁾ In die medewerking van de Minister van Ambtenarenzaken is voorzien in de artikelen 6, § 4 en 8, § 3, van het ontwerp van koninklijk besluit waarover het voornoemde advies 41.364/3 is uitgebracht.

⁽³⁾ En eventueel een tweetalige adjunct (zie artikel 7, § 2, 1°, van het ontwerp).

Die afwijkingen gaan allemaal in de richting van een afbouw van de waarborgen inzake onafhankelijkheid en objectiviteit, die gewoonlijk ingebouwd zijn in teksten tot regeling van de selectie van houders van mandaten in management- of staffuncties bij federale overheidsdiensten.

Wat dat betreft moet eraan herinnerd worden, zoals de afdeling Administratie opgemerkt heeft in haar arrest-JADOT nr. 98.735 van 7 september 2001 :

"(...) dat het beginsel dat iedereen gelijke toegang moet krijgen tot openbare ambten slechts een bijzondere toepassing is van de beginselen van gelijkheid en non-discriminatie die zijn vastgelegd in de artikelen 10 en 11 van de Grondwet; dat artikel 9, § 3, tweede zin, van het APKB op treffende wijze weergeeft wat dat beginsel precies inhoudt⁴; dat een statuut van rijksambtenaren zo moet worden georganiseerd dat het alle nodige waarborgen biedt om het grondwettelijk voorschrift in acht te nemen; dat de aanspraken en verdiensten van de kandidaten voor een overheidsfunctie objectief en onpartijdig moeten worden vergeleken om het beginsel in acht te nemen dat alle burgers gelijke toegang moeten krijgen tot openbare ambten; dat het in dat verband voldoende is vast te stellen dat de kandidaten voor de bedoelde functies in vier groepen worden ingedeeld, zonder dat binnen die groepen een verdere indeling wordt gemaakt, zodat de benoemingsgerechtigde overheid onbeperkte vrijheid heeft om uit de groep van de meest geschikte kandidaten zelf te kiezen wie ze wil aanstellen (...)"

3. Naast de bezwaren waartoe de procedure van eerste aanstelling voorgeschreven in het voorliggende ontwerp uit het oogpunt van de voornoemde beginselen aanleiding geeft, kan deze procedure ook een verschil in behandeling doen ontstaan tussen de eerste gegadigden voor een mandaat bij de Regie der Gebouwen en hun opvolgers, alsook ten aanzien van de gegadigden voor management- of staffuncties in andere instellingen van de federale overheid, zonder dat daarvoor enige verantwoording wordt gegeven ⁵.

(4) Artikel 9, § 3, van het APKB (van 22 december 2000) bepaalt het volgende :
"§ 3. Het statuut regelt de procedure, de wijze van vaststelling van de wervings- en selectieproeven en criteria, evenals de bekendmaking ervan. De werving en selectie geschiedt in ieder geval op grond van een objectief wervingssysteem dat, naar vorm en inhoud, de nodige waarborgen biedt inzake gelijke behandeling, verbod van willekeur, onafhankelijkheid en onpartijdigheid."

(5) Alleen in het advies van de inspecteur van financiën wordt gewag gemaakt van een poging zulks te wettigen, namelijk met de spoedeisendheid van de aanstelling van de betrokken mandatarissen, maar dat argument weerlegt hij vervolgens dan weer.

Gezien deze opmerkingen moet het ontwerp grondig worden herzien.

Daarbij moet ook rekening worden gehouden met de opmerkingen gemaakt in het voornoemde advies 41.364/3.

De kamer was samengesteld uit

de Heren	Y. KREINS,	kamervoorzitter,
	P. LIÉNARDY,	staatsraden,
Mevrouw	M. BAGUET,	
de Heer	H. BOSLY,	assessor van de afdeling wetgeving,
Mevrouw	B. VIGNERON,	griffier.

Het verslag werd uitgebracht door de H. Y. CHAUFFOUREAUX, auditeur.

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst werd nagezien onder toezicht van de H. P. LIÉNARDY.

DE GRIFFIER,

DE VOORZITTER,

B. VIGNERON

Y. KREINS