

KONINKRIJK BELGIË

ADVIES 42.456/3

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, derde kamer, op 7 maart 2007 door de Minister van Ambtenarenzaken verzocht hem, binnen een termijn van dertig dagen, van advies te dienen over een voorontwerp van wet "houdende diverse bepalingen inzake ambtenarenzaken", heeft op 19 maart 2007 het volgende advies gegeven:

STREKKING VAN HET VOORONTWERP

1. Het om advies voorgelegde voorontwerp van wet bevat een aantal bepalingen van uiteenlopende aard op het vlak van de ambtenarenzaken.

Bij artikel 2 wordt een mogelijkheid tot delegatie aan de administrateur-generaal van het Nationaal Geografisch Instituut inzake de benoeming, de bevordering en het ontslag van de meeste personeelsleden van die instelling ingevoerd. Artikel 3 strekt tot het opheffen van de mogelijkheid om overheidspersoneel bij arbeidsovereenkomst in dienst te nemen voor de uitvoering van taken die een bijzondere kennis of een ruime ervaring op hoog niveau vereisen, beide relevant voor de uit te voeren taken. Bij artikel 4 wordt beoogd het overleg in de Ministerraad verplicht te maken voor het nemen, door de Koning, van besluiten betreffende de in artikel 4, § 2, van de wet van 22 juli 1993 houdende bepaalde maatregelen inzake ambtenarenzaken opgesomde aangelegenheden. Artikel 5 betreft de opheffing van een vormvereiste inzake het statuut van de personeelsleden in dienst van de openbare instellingen van sociale zekerheid. Artikel 6 betreft de rechtspositie van de personeelsleden die in dienst zijn genomen met toepassing van artikel 4, § 1, van de wet van 22 juli 1993, die drie jaar in dienst zijn en die geslaagd zijn voor een vergelijkend wervingsexamen of een vergelijkende wervingsselectie voor een graad of een klasse van hetzelfde niveau als de betrekking die ze bekleden. Voor die categorie wordt een nieuwe mogelijkheid tot statutaire aanwerving ingevoerd (zie nader opmerking 3).

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Artikel 3

2. De Raad van State, afdeling wetgeving, wijst erop dat de betrokken mogelijkheid tot contractuele tewerkstelling, die zal worden opgeheven, ook wordt omschreven, in vrij gelijkaardige bewoordingen als in de op te heffen bepaling, in artikel 2, § 1, 4/, van het koninklijk besluit van 22 december 2000 tot bepaling van de algemene principes van het administratief en geldelijk statuut van de rijksambtenaren die van toepassing zijn op het personeel van de diensten van de Gemeenschaps- en Gewestregeringen en van de Colleges van de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie en van de Franse Gemeenschapscommissie, alsook op de publiekrechtelijke rechtspersonen die ervan afhangen (hierna APKB).

.../...

Vraag is of ook het APKB op dit vlak niet moet worden aangepast, wat uiteraard slechts door de Koning bij een besluit vastgesteld na overleg in de Ministerraad zou kunnen gebeuren, na advies van de betrokken regeringen (zie artikel 87, § 4, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen) ⁽¹⁾.

Artikel 6

3. Bij artikel 6 van het ontwerp wordt het toepassingsgebied van artikel 4, § 1, van de wet van 22 juli 1993 verruimd. Het artikel strekt ertoe de contractuele personeelsleden die minstens drie jaar in dienst zijn en die geslaagd zijn voor een vergelijkend wervingsexamen of een vergelijkende wervingsselectie voor een graad of klasse van hetzelfde niveau als de betrekking die ze bekleden, contractueel in dienst te houden tot het ogenblik dat ze statutair kunnen worden tewerkgesteld, ongeacht of de betrokkene zich nog bevindt in één van de in die bepaling omschreven gevallen. Daarbij wordt in hunnen hoofde geen rekening gehouden met het verstrijken van de geldigheidsduur van de wervingsreserves, wat erop neerkomt dat het vergelijkende karakter van de betrokken examens of selecties wordt opgeheven ten nadele van andere, beter geplaatste laureaten van die examens of selecties die wel worden getroffen door het verstrijken van de geldigheidsduur. De regeling heeft niet enkel betrekking op personeelsleden die op het ogenblik van de inwerkingtreding van de wet die thans in ontwerpvorm voorligt in dienst zijn, maar heeft een permanent karakter en betreft dus ook contractuele, zelfs thans nog niet aangeworven, personeelsleden die pas in de toekomst onder de toepassingsvoorwaarden ervan zullen vallen.

(1) Mocht deze aanpassing niet gebeuren, dan kan voor de gemeenschappen en de gewesten en de publiekrechtelijke instellingen die van hen afhangen, nog steeds worden voorzien in de in artikel 2, § 1, 4/, van het APKB bedoelde contractuele tewerkstelling. Het beginsel dat bij afwijking door de federale overheid van een regel die is opgenomen in het APKB die regel, in de mate van de afwijking, niet langer geldt ten aanzien van de gemeenschappen en de gewesten (zie onder meer R.v.St., 31 mei 1994, nr. 47.689, LECLERQ), geldt immers maar wanneer de betrokken regel de bevoegdheid van de gemeenschappen en de gewesten beperkt. Te dezen gaat het evenwel om een verzachting van de eigenlijke bevoegdheidsbeperkende regel.

De ontworpen regeling houdt een verschil in behandeling in tussen laureaten van vergelijkende wervingsexamens of vergelijkende wervingsselecties, waarbij het gedurende minstens drie jaar in dienst zijn van de overheid bij arbeidsovereenkomst als onderscheidingscriterium wordt gehanteerd. Vooreerst wordt een verschil in behandeling ingesteld tussen laureaten van eenzelfde wervingsexamen of wervingsselectie waarbij de ene (zelfs beter gerangschikte) laureaat wel en de andere laureaat niet kan worden getroffen door het verstrijken van de geldigheidsduur van de wervingsreserve. Daarenboven kunnen ook laureaten uit latere vergelijkende wervingsexamens of vergelijkende wervingsselecties die niet tot de bij artikel 6 bedoelde personeelscategorie behoren, worden benadeeld, nu het statutair aanwerven van de bedoelde contractuele personeelsleden ondanks het verstrijken van de geldigheidsduur van de wervingsreserve, als gevolg kan hebben dat de aanwerving van laureaten van latere vergelijkende wervingsexamens of vergelijkende wervingsselecties wordt vertraagd.

Voor het aldus ingestelde verschil in behandeling dient een, in het licht van het grondwettelijke beginsel van de gelijkheid en de niet-discriminatie, en het daaruit afgeleide beginsel van de gelijke toegang tot het openbaar ambt ⁽²⁾, aanvaardbare verantwoording te bestaan, die bovendien de toets aan het evenredigheidsbeginsel kan doorstaan, rekening houdende met de in het geding zijnde beginselen. Bij het beoordelen van die verantwoording dient er rekening mee te worden gehouden dat het beginsel dat de statutaire aanwervingen, die de regel moeten zijn, gebeuren door middel van vergelijkende proeven, steeds is beschouwd als een essentiële waarborg voor de objectiviteit van de aanwervingen ⁽³⁾, en als zodanig een concretisering is van het beginsel van de gelijke toegang tot het openbaar ambt ⁽⁴⁾.

⁽²⁾ Arbitragehof, nr. 138/2002, 2 oktober 2002, B.5.4; Arbitragehof, nr. 96/2005, 1 juni 2005, B.16; Arbitragehof, nr. 106/2005, 15 juni 2005, B.5.

⁽³⁾ Arbitragehof, nr. 106/2005, 15 juni 2005, B.5; D. BATSELE, O. DAURMONT, en PH. QUERTAINMONT, *Le contentieux de la fonction publique*, Brussel, 1992, p. 64, nr. 23, J. SAROT, e.a., *Précis de fonction publique*, Brussel, 1994, p. 158, nr. 196.

⁽⁴⁾ Arbitragehof, nr. 106/2005, 15 juni 2005, B.5; advies 30.123/1 van 25 mei 2000 bij een ontwerp dat heeft geleid tot het koninklijk besluit van 22 december 2000 tot wijziging van het koninklijk besluit van 2 oktober 1937 houdende het statuut van het rijkspersoneel, B.S., 20 januari 2001, (1589), 1590.

Te dezen wordt in de memorie van toelichting enkel aangegeven dat het de bedoeling is om "de ervaring die soms gedurende vele jaren werd opgebouwd te behouden en op die manier de continuïteit van de dienst zo goed mogelijk te waarborgen". Een dergelijke zeer algemene en vage motivering volstaat niet om de ontworpen maatregel te verantwoorden. Zulks klemmt des te meer omdat de ontworpen regeling niet enkel betrekking heeft op personeelsleden die reeds in het verleden bij arbeidsovereenkomst zijn aangeworven, maar daarentegen een permanent karakter krijgt.

De Raad van State ziet niet in hoe er alsnog een afdoende verantwoording van een dermate verregaande maatregel zou kunnen worden gegeven.

De Raad van State is dan ook van oordeel dat artikel 6 van het ontwerp geen doorgang kan vinden.

De kamer was samengesteld uit

de Heren	D. ALBRECHT,	kamervoorzitter,
	J. SMETS, B. SEUTIN,	staatsraden,
Mevrouw	A.-M. GOOSSENS,	griffier.

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

DE GRIFFIER,

DE VOORZITTER,

A.-M. GOOSSENS

D. ALBRECHT

ROYAUME DE BELGIQUE

AVIS 42.456/3

DE LA SECTION DE LÉGISLATION
DU CONSEIL D'ÉTAT

Le CONSEIL D'ÉTAT, section de législation, troisième chambre, saisi par le Ministre de la Fonction publique, le 7 mars 2007, d'une demande d'avis, dans un délai de trente jours, sur un avant-projet de loi "portant diverses mesures en matière de fonction publique", a donné le 19 mars 2007 l'avis suivant:

PORTÉE DE L'AVANT-PROJET

1. L'avant-projet de loi soumis pour avis comprend un certain nombre de dispositions de différentes natures concernant la fonction publique.

L'article 2 instaure une possibilité de délégation à l'administrateur général de l'Institut géographique national en matière de nomination, de promotion et de révocation de la plupart des membres du personnel de cette institution. L'article 3 entend abroger la possibilité d'engager du personnel public par contrat de travail en vue de l'exécution de tâches exigeant des connaissances particulières ou une expérience large de haut niveau, connaissances et expérience pertinentes pour les tâches à exécuter. L'article 4 vise à rendre obligatoire la délibération en Conseil des ministres lorsque le Roi prend des arrêtés concernant les matières énumérées à l'article 4, § 2, de la loi du 22 juillet 1993 portant certaines mesures en matière de fonction publique. L'article 5 concerne l'abrogation d'une formalité relative au statut du personnel des institutions publiques de sécurité sociale. L'article 6 porte sur le statut des membres du personnel engagés en application de l'article 4, § 1^{er}, de la loi du 22 juillet 1993, qui sont en service depuis trois ans et qui ont réussi un concours de recrutement ou une sélection comparative de recrutement pour un grade ou une classe du même niveau que l'emploi qu'ils occupent. Une nouvelle possibilité de recrutement statutaire est instituée pour cette catégorie (voir l'observation 3).

EXAMEN DU TEXTE

Article 3

2. Le Conseil d'État, section de législation, relève que la possibilité concernée d'engager sous contrat de travail, qui sera abrogée, est également définie en des termes relativement identiques à ceux de la disposition à abroger, à l'article 2, § 1^{er}, 4/, de l'arrêté royal du 22 décembre 2000 fixant les principes généraux du statut administratif et pécuniaire des agents de l'État 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 dépendent (ci-après: ARPG).

.../...

La question se pose de savoir si l'ARPG ne doit pas, lui aussi, être adapté sur ce plan, ce qui ne pourrait évidemment être réalisé par le Roi que par arrêté délibéré en Conseil des ministres, après avis des gouvernements concernés (cf. article 87, § 4, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles) ⁽¹⁾.

Article 6

3. L'article 6 du projet étend le champ d'application de l'article 4, § 1^{er}, de la loi du 22 juillet 1993. Il vise à ce que les membres du personnel contractuels qui sont en service depuis au moins trois ans et qui ont réussi un concours de recrutement ou une sélection comparative de recrutement pour un grade ou une classe du même niveau que l'emploi qu'ils occupent, soient maintenus sous contrat jusqu'à ce qu'ils puissent être engagés statutairement, que l'intéressé se trouve encore ou non dans l'un des cas définis dans cette disposition. En outre, il n'est pas tenu compte, en ce qui les concerne, de l'expiration de la durée de validité des réserves de recrutement, ce qui correspond à une suppression du caractère comparatif des sélections ou des examens concernés au détriment d'autres lauréats, mieux classés, de ces examens ou sélections qui, eux, sont touchés par l'expiration de la durée de validité. Le texte en projet ne concerne pas uniquement les membres du personnel qui sont en service au moment de l'entrée en vigueur de la loi dont le projet est actuellement à l'examen, mais il a un caractère permanent et concerne donc également des membres du personnel contractuels, dont certains ne sont même pas encore engagés actuellement, qui ne relèveront qu'à l'avenir de ses conditions d'application.

Le texte en projet crée une différence de traitement entre les lauréats de concours ou de sélections comparatives de recrutement, retenant le fait d'être engagé par contrat de travail depuis au moins trois ans par les pouvoirs publics comme critère de distinction. Une différence de traitement est tout d'abord créée entre les lauréats d'un même concours

⁽¹⁾ Si cette adaptation ne devait pas intervenir, l'engagement contractuel visé à l'article 2, § 1^{er}, 4/, de l'ARPG pourra toujours être prévu pour les communautés et les régions ainsi que pour les organismes de droit public qui en dépendent. Le principe qui veut qu'en cas de dérogation, par l'autorité fédérale, à une règle inscrite dans l'ARPG, cette règle ne s'applique plus, dans la mesure de la dérogation, à l'égard des communautés et des régions (voir notamment CE, 31 mai 1994, n° 47.689, LECLERQ), ne vaut en effet que si la règle concernée restreint la compétence des communautés et des régions. En l'espèce, il s'agit toutefois d'une atténuation de la règle restrictive de compétence proprement dite.

de recrutement ou d'une même sélection de recrutement, un lauréat (même mieux classé) pouvant, contrairement à un autre, être touché par l'expiration de la durée de validité de la réserve de recrutement. En outre, des lauréats de sélections comparatives de recrutement ou de concours de recrutement ultérieurs qui ne relèvent pas de la catégorie de personnel visée à l'article 6, peuvent également être lésés, dès lors que le recrutement statutaire des agents contractuels visés malgré l'expiration de la durée de validité de la réserve de recrutement, peut avoir pour effet que le recrutement de lauréats de sélections comparatives de recrutement ou de concours de recrutement ultérieurs, soit retardé.

La différence de traitement ainsi instituée requiert une justification admissible à la lumière du principe constitutionnel d'égalité et de non-discrimination et du principe dérivé de l'égalité d'accès à la fonction publique ⁽²⁾, qui soit en outre conciliable avec le principe de la proportionnalité, compte tenu des principes en cause. Pour apprécier cette justification, il convient de tenir compte de ce que le principe selon lequel les recrutements statutaires, qui doivent être la règle, s'opèrent au moyen d'épreuves comparatives, a toujours été considéré comme une garantie essentielle de l'objectivité des recrutements ⁽³⁾ et constitue en tant que tel une concrétisation du principe de l'égalité d'accès à la fonction publique ⁽⁴⁾.

En l'espèce, l'exposé des motifs indique uniquement que l'objectif est de "préserver l'expérience acquise durant parfois de très longues années et ainsi d'assurer pour le mieux la continuité du service". Une telle motivation, très générale et vague, ne suffit pas pour justifier la mesure en projet. Cette observation est d'autant plus pertinente que le texte en projet ne concerne pas uniquement les agents qui ont déjà été engagés sous contrat de travail, mais qu'il revêt en revanche un caractère permanent.

⁽²⁾ Cour d'arbitrage, n/ 138/2002, 2 octobre 2002, B.5.4; Cour d'arbitrage, n/ 96/2005, 1^{er} juin 2005, B.16; Cour d'arbitrage, n/ 106/2005, 15 juin 2005, B.5.

⁽³⁾ Cour d'arbitrage, n/ 106/2005, 15 juin 2005, B.5; D. BATSELE, O. DAURMONT et PH. QUERTAINMONT, *Le contentieux de la fonction publique*, Bruxelles, 1992, p. 64, n/ 23, J. SAROT, e.a., *Précis de fonction publique*, Bruxelles, 1994, p. 158, n/ 196.

⁽⁴⁾ Cour d'arbitrage, n/ 106/2005, 15 juin 2005, B.5; avis 30.123/1 du 25 mai 2000 relatif à un projet qui est devenu l'arrêté royal du 22 décembre 2000 modifiant l'arrêté royal du 2 octobre 1937 portant le statut des agents de l'État, *M.B.*, 20 janvier 2001, (1589), 1590.

Le Conseil d'État ne voit pas comment une mesure à ce point étendue pourrait encore se justifier adéquatement.

Il estime dès lors que l'article 6 du projet ne peut pas être adopté.

La chambre était composée de

Messieurs	D. ALBRECHT,	président de chambre,
	J. SMETS, B. SEUTIN,	conseillers d'État,
Madame	A.-M. GOOSSENS,	greffier.

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

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

LE GREFFIER,

LE PRÉSIDENT,

A.-M. GOOSSENS

D. ALBRECHT