

GG

ROYAUME DE BELGIQUE

AVIS 43.347/2/V
DU 23 JUILLET 2007

DE LA SECTION DE LÉGISLATION
DU CONSEIL D'ÉTAT

Le CONSEIL D'ÉTAT, section de législation, deuxième chambre des vacations, saisi par le Ministre de la Fonction publique et des Sports de la Communauté française, le 29 juin 2007, d'une demande d'avis, dans un délai de trente jours, sur un projet d'arrêté du Gouvernement de la Communauté française "relatif au télétravail dans les Services du Gouvernement de la Communauté française, du Conseil supérieur de l'Audiovisuel et des Organismes d'intérêt public qui relèvent du Comité de Secteur XVII", a donné 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.

Observation générale

Le projet soumis pour avis entend régler le télétravail en faveur des membres du personnel des services du Gouvernement de la Communauté française et des autorités visées à son article 1^{er}.

Selon les considérants figurant dans le préambule, le télétravail constitue notamment "un moyen pour les membres du personnel de concilier vie professionnelle et vie sociale et de disposer d'une plus grande autonomie dans l'accomplissement de leurs tâches" et permet aussi "que la qualité des emplois soit accrue et que les chances des personnes handicapées sur le marché du travail soient améliorées".

Envisagée sous ces angles, la décision de permettre à un membre du personnel de recourir au télétravail représente donc une forme d'avantage pour son bénéficiaire.

Or, s'il prévoit bien que toute décision de refus d'accéder à une demande de télétravail formulée par un membre du personnel doit être motivée ¹, le projet reste en défaut de déterminer les critères sur la base desquels les décisions à prendre en la matière seront arrêtées.

L'élaboration de règles relatives à la manière d'évaluer les demandes de télétravail s'imposent d'autant plus que l'article 14 du projet limite de manière drastique la possibilité pour les autorités compétentes d'accéder aux demandes qui seraient

⁽¹⁾ Voir l'article 3, § 1^{er}, alinéa 2, du projet.

formulées par les membres de leur personnel : en effet, en vertu de cette disposition, parmi l'ensemble du personnel visé à l'article 1^{er}, seulement vingt-cinq agents, c'est-à-dire une infime minorité, seront autorisés à recourir au télétravail.

Le principe d'égalité est également mis en péril par la seule règle de procédure instaurée par le projet : selon l'article 3, § 3, du projet, le membre du personnel qui désire recourir au télétravail fait sa demande par écrit et l'ensemble des demandes est examiné "deux fois par an" par l'organe habilité à se prononcer en la matière. Le Conseil d'État n'aperçoit pas, en tout cas pour les organismes pour lesquels l'article 14 du projet limite à un seul membre du personnel le nombre d'agents qui peuvent bénéficier de la mesure, comment une telle règle peut aboutir à un traitement égal de toutes les demandes.

Il y a dès lors lieu de compléter le projet par l'insertion des règles qui permettront de départager les différents candidats qui auront sollicité le bénéfice de la mesure ou, à tout le moins, d'arrêter, dans le projet, les critères objectifs sur la base desquels les organes visés à l'article 3 du projet devront évaluer l'ensemble des demandes de télétravail. Il va à cet égard de soi que les règles de procédure, qui restent à établir ², devront permettre une comparaison objective entre les différentes demandes.

Observations particulières

Préambule

1. L'alinéa 1^{er} doit être rédigé comme suit :

"Vu la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, notamment les articles 20 et 87, § 3, modifié par la loi du 8 août 1988".

2. L'alinéa 8 du préambule doit être omis car l'accord-cadre qui y est visé ne procure aucun fondement juridique à l'arrêté en projet.

⁽²⁾ Lesquelles doivent également inclure un mécanisme d'appel aux candidats et la précision du moment à partir duquel les demandes doivent être introduites.

3. Comme il n'est pas d'usage de faire figurer des considérants dans le préambule d'un arrêté réglementaire qui ne doit pas être motivé en la forme, et que les considérants figurant aux alinéas 9 à 11 du préambule n'apportent rien à la compréhension du projet, ces alinéas seront omis.

4. Les alinéas 13, 14 et 16 doivent être complétés par la mention des différentes dates auxquelles les avis, accords et protocole visés ont été donnés.

5. Chaque avis donné par les différents Conseils de direction doit être visé dans un alinéa séparé avec mention de sa date. L'alinéa 15 doit dès lors être remplacé par autant d'alinéas qu'il y a d'avis différents à viser.

6. À l'alinéa 17, c'est l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 1/, qu'il faut viser.

7. L'alinéa 19 doit être rédigé comme suit : "Après délibération,"

Dispositif

Article 1^{er}

1. À l'alinéa 1^{er}, l'auteur du projet doit, au regard du principe d'égalité, être en mesure de pouvoir justifier pourquoi, s'agissant des agents qui sont revêtus d'un grade des rangs 10 et 11 et qui relèvent de l'Office de la Naissance et de l'Enfance, le recours au télétravail n'est, en principe, pas permis alors que les agents qui sont revêtus d'un grade des mêmes rangs dans l'ensemble des autres services concernés par l'arrêté peuvent recourir au télétravail.

2. Alors que l'alinéa 1^{er} prévoit une règle d'interdiction pour certains agents de bénéficier des dispositions de l'arrêté en projet, l'alinéa 2 accorde au Gouvernement, ou au ministre qu'il délègue à cette fin, le pouvoir de déroger à l'interdiction précitée sans que ne soient fixés les critères sur la base desquels ces dérogations seront accordées. L'arrêté sera complété sur ce point pour ne pas conférer au Gouvernement une compétence entièrement discrétionnaire.

Article 2

Au paragraphe 1^{er}, 1/, les mots "et non occasionnelle" sont superflus.

Article 3

1. Il est renvoyé à l'observation générale quant à la nécessité de compléter le projet relativement aux critères d'octroi des autorisations individuelles de recourir au télétravail.

2. La rédaction du paragraphe 1^{er} doit être revue en distinguant, d'une part, la décision de permettre, en application de l'article 5, alinéa 1^{er}, le recours au télétravail dans chacune des institutions visées à l'article 1^{er}, décision pour laquelle l'avis du "supérieur hiérarchique immédiat" paraît sans pertinence, et, d'autre part, la décision d'autoriser un membre déterminé du personnel de recourir au télétravail.

Tel qu'il est actuellement rédigé, le paragraphe 1^{er} confond ces deux hypothèses puisqu'il traite de la "décision de recourir au télétravail au sein d'un service", ce qui vise la décision de permettre le télétravail en général, en se référant à "l'avis du supérieur hiérarchique immédiat" et "en tenant compte des nombres visés à l'article 4", éléments qui ont trait à une décision individuelle d'autoriser un agent particulier à recourir au télétravail.

L'alinéa 2 prévoit que "le refus est motivé". Ce refus ne peut viser que les décisions individuelles de recourir au télétravail et est inutile au regard de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs.

3. Compte tenu de la nature de la relation de travail dans la fonction publique statutaire, il ne se conçoit pas qu'un agent conclue une "convention-type écrite" avec son employeur en vue de déterminer les conditions et modalités selon lesquelles le télétravail trouvera à s'exercer.

Il y a donc lieu de prévoir que, pour les membres du personnel statutaires, ces conditions et modalités font l'objet d'un acte unilatéral, par exemple du supérieur hiérarchique ou de l'organe qui délivre l'autorisation de recourir au télétravail.

Le paragraphe 2 sera revu en conséquence ³.

4. En ce qui concerne le paragraphe 3, alinéa 2, qui prévoit que l'ensemble des demandes fait l'objet d'un examen "deux fois par an", il est renvoyé à l'observation générale et à la nécessité d'arrêter des règles de procédure devant permettre une comparaison objective entre les différentes demandes qui seront introduites.

Article 4

Au paragraphe 1^{er}, alinéa 1^{er}, il y a lieu de viser l'article 13 et non l'article 14 de l'arrêté en projet.

⁽³⁾ Voir, par exemple, l'article 9, § 1^{er}, alinéa 3, de l'arrêté royal du 22 novembre 2006 relatif au télétravail dans la fonction publique fédérale administrative.

Article 5

1. L'alinéa 1^{er} est inutile puisqu'il découle d'autres dispositions du projet, à savoir, en ce qui concerne le membre du personnel, l'article 3, § 3, alinéa 1^{er}, selon lequel le membre du personnel qui désire recourir au télétravail doit en faire la demande, ce qui signifie que celui-ci ne peut lui être imposé et, en ce qui concerne l'employeur, l'article 3, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, en vertu duquel il lui appartient de décider ou non de l'instauration d'un régime de télétravail au sein de ses services.

2. En ce qui concerne l'alinéa 2 qui dispose notamment que la décision de l'employeur de permettre l'organisation du télétravail dans un service ne l'oblige pas à permettre à tous les membres de ce service d'y recourir, il est renvoyé à l'observation générale quant à la nécessité de prévoir des critères sur la base desquels les décisions de refus pourront être prises.

Pour les raisons indiquées à l'alinéa 1^{er}, le membre de phrase "ni l'obligation pour le membre du personnel d'y recourir" doit être omis.

Article 6

La rédaction du paragraphe 4 devra être adaptée pour tenir compte du fait que la situation de l'agent statutaire ne peut être réglée par une convention mais doit l'être par un acte unilatéral ⁴.

⁽⁴⁾ Voir l'observation numéro 3 sous l'article 3.

Article 7

Contrairement aux habilitations citées au préambule, la disposition doit être rédigée de façon à mieux faire apparaître qu'elle règle le statut des agents plutôt que d'imposer une obligation aux employeurs ⁵.

La même observation vaut pour l'article 10, alinéa 2.

Article 8

La manière dont cette disposition se combine avec l'article 3 doit être mieux mise en évidence : ainsi, il n'apparaît pas clairement si la disposition examinée entend viser la situation de l'agent qui ne dispose pas encore d'une autorisation de recourir au télétravail accordée en application de l'article 3 et qui souhaite la solliciter pour recourir au télétravail dans un autre lieu que son domicile ou si elle entend viser la situation de l'agent qui a obtenu une autorisation pour recourir au télétravail à son domicile et qui souhaite réaliser son télétravail en un autre lieu.

L'article examiné sera clarifié à la lumière de la présente observation.

Article 9

Cette disposition, qui concerne la matière du bien-être au travail, doit être omise du projet car elle relève des compétences de l'Autorité fédérale ⁶.

⁽⁵⁾ En effet, certains de ceux-ci disposent d'une personnalité juridique distincte de la Communauté française en vertu des décrets qui les ont institués.

⁽⁶⁾ Voir la loi du 4 août 1996 relative au bien-être des travailleurs lors de l'exécution de leur travail.

Article 10

1. Aucune des dispositions visées au préambule du projet ne procure un fondement juridique spécifique à l'alinéa 1^{er}.

Celui-ci étant à trouver dans le pouvoir général d'exécution du décret du 27 mars 2002 portant création de l'Entreprise publique des Technologies nouvelles, de l'Information et de la Communication de la Communauté française (ETNIC), en particulier l'article 3, § 1^{er}, A, 2/, l'alinéa 1^{er} du préambule sera complété par la mention de l'article 20 de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles.

2. À l'alinéa 3, il serait plus clair de remplacer le mot "il" par les mots "le télétravailleur".

3. Au même alinéa, le Conseil d'État n'aperçoit pas la portée des mots "Sauf à titre exceptionnel".

Article 11

Selon l'article 2 de la loi du 10 février 2003 relative à la responsabilité des et pour les membres du personnel au service des personnes publiques,

"Les membres du personnel au service d'une personne publique, dont la situation est réglée statutairement, en cas de dommage causé par eux dans l'exercice de leurs fonctions ou à des tiers, ne répondent que de leur dol et de leur faute lourde. Ils ne répondent de leur faute légère que si celle-ci présente dans leur chef un caractère habituel plutôt qu'accidentel."

La même règle s'applique aux agents contractuels conformément à l'article 18 de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail.

L'alinéa 2 de la disposition examinée, qui déroge aux règles précitées, doit être omis.

Article 13

1. Il résulte de l'article 3 du projet que la décision de mettre en place le télétravail dans une des institutions visées à l'article 1^{er} est prise par un organe collégial.

Le Conseil d'État n'aperçoit dès lors pas comment chacune des institutions concernées pourrait respecter l'article 13 en tant que celui-ci prévoit que chacune des institutions doit informer préalablement le ministre de sa décision de mettre en place le télétravail : en effet, tant que la décision n'est pas prise, il n'existe aucune garantie qu'elle le sera; par conséquent, aucune notification préalable n'est possible; et, une fois la décision prise, sa notification au ministre ne pourra plus être préalable à son adoption.

La disposition sera revue pour éviter cette difficulté.

2. Le rapport visé à l'article 13 du projet devra déjà être déposé "dans le courant du mois de l'entrée en vigueur de l'arrêté". Compte tenu de l'objet de ce rapport, une disposition transitoire devrait être prévue pour dispenser les "employeurs" de déposer ce rapport lors de l'année de l'entrée en vigueur du texte en projet.

La chambre était composée de

Messieurs	Y. KREINS,	président de chambre,
	P. LIÉNARDY,	conseillers d'État,
	J. VANHAEVERBEEK,	
Madame	A.-C. VAN GEERSDAELE,	greffier.

Le rapport a été présenté par M. P. RONVAUX, auditeur.

LE GREFFIER,

LE PRÉSIDENT,

A.-C. VAN GEERSDAELE

Y. KREINS