

ROYAUME DE BELGIQUE

AVIS 50.732/2
DU 11 JANVIER 2012

DE LA SECTION DE LÉGISLATION
DU CONSEIL D'ÉTAT

Le CONSEIL D'ÉTAT, section de législation, deuxième chambre, saisi par le Vice-Président et Ministre du Développement durable et de la Fonction publique de la Région wallonne, le 13 décembre 2011, d'une demande d'avis, dans un délai de trente jours, sur un projet d'arrêté du Gouvernement wallon « modifiant l'arrêté du Gouvernement wallon du 18 décembre 2003 relatif aux conditions d'engagement et à la situation administrative et pécuniaire des membres du personnel contractuel », 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^o, 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 suivantes.

Examen du projet

Préambule

Les dates de l'accord du Ministre du Budget et de l'accord du Ministre de la Fonction publique mentionnées au préambule du projet ne correspondent pas à celles des documents joints à la demande d'avis. Il y a lieu de les corriger et de modifier l'ordre de ces visas afin de citer les formalités obligatoires dans l'ordre chronologique en commençant par la plus ancienne.

Dispositif

Article 2

Dans l'historique de la disposition modifiée, il n'est pas nécessaire de mentionner l'intitulé du texte modificatif ¹. Les mots « modifiant l'arrêté du Gouvernement wallon du 18 décembre 2003 relatif aux conditions d'engagement et à la situation administrative et pécuniaire des membres du personnel contractuels » seront dès lors omis.

Cette observation vaut également pour les articles 4 à 14, 16 et 18 à 19.

Article 6

1. L'article 3bis, en projet de l'arrêté précité du 18 décembre 2003 instaure une priorité au profit des personnes handicapées. Cette priorité n'est pas limitée, comme dans les règles applicables aux statutaires, jusqu'au moment où le quota de personnes handicapées

¹ *Principes de technique législative - Guide de rédaction des textes législatifs et réglementaires*, www.conseildetat.be, onglet « Technique législative », recommandation n° 113.

prévu est atteint. Sur le plan des principes, pareille mesure d'action positive est admissible ; il convient toutefois d'encadrer ce type de mesure par la fixation de quotas ².

2. Le même article prévoit en son paragraphe 1^{er} que la priorité est accordée à qualifications égales. Or, le critère de la qualification n'est pas forcément repris parmi les critères pour l'engagement de contractuels. En effet, l'article 4, § 2, en projet du même arrêté prévoit pour les contractuels autres que les contractuels experts que l'un des critères prévus est « le diplôme, la formation ou la qualification » et la qualification n'est pas reprise parmi les critères pour l'engagement des contractuels experts. La question se pose dès lors de la cohérence de prévoir une priorité sur la base de ce critère.

3. La division en paragraphe ne se justifie pas puisque les deux paragraphes ne comportent qu'un seul alinéa ³.

Article 8

Il y a lieu de conjuguer les verbes toujours au même temps et à l'indicatif présent ⁴. À l'alinéa 5, il y a donc lieu d'écrire « L'inscription peut se faire en ligne ».

Article 9

1. À l'article 5, § 1^{er}, en projet de l'arrêté précité du 18 décembre 2003, il est prévu que la commission de sélection se compose de minimum trois membres pour les engagements de niveau A et B. Or, selon le texte en projet, elle ne peut pas être composée de plus de trois membres. Le mot « minimum » est dès lors superflu et doit être omis.

2. Au même paragraphe, il y a lieu de prévoir également un président de la Commission de sélection.

² Voir l'article 81 de l'arrêté du Gouvernement wallon du 18 décembre 2003 'portant le Code de la fonction publique wallonne.

³ *Principes de technique législative - Guide de rédaction des textes législatifs et réglementaires*, www.conseildetat.be, onglet « Technique législative », recommandation n° 57.3.

⁴ *Ibid.*, recommandation n° 3.11.1.

3. Le système en projet est incomplet en ce qu'il ne précise pas, à l'article 5, § 4, qui désigne les membres de la Commission de sélection représentant la direction générale où l'emploi est à pourvoir ou présentant une compétence incontestable dans le domaine considéré ni qui en fixe le nombre.

4. Au même paragraphe, il y a lieu d'écrire « qui ne fait pas partie du personnel du Service public de Wallonie » au lieu de « en-dehors du Service public de Wallonie ».

Article 10

1. À l'article 5*bis*, § 1^{er}, en projet de l'arrêté précité du 18 décembre 2003, il y a lieu de préciser quelle est l'autorité qui consulte la banque de donnée et d'écrire par exemple :

« Article 5*bis*, § 1^{er}. Pour tout engagement de contractuels pour besoins exceptionnels et temporaires, de contractuels de remplacement et de contractuels auxiliaires, le président de la Commission de sélection ou son délégué consulte la banque de données ... (la suite comme au projet) ».

2. À l'article 5*bis*, § 1^{er}, 1^o, en projet de l'arrêté précité du 18 décembre 2003, il y a lieu, dans un souci de précision et, partant, de sécurité juridique, d'écrire « à défaut de minimum trois candidatures à l'emploi à pourvoir et répondant au profil recherché » au lieu de « à défaut de minimum trois candidatures répondant au profil de l'emploi à pourvoir » afin de faire mieux apparaître que les personnes repérées dans la banque de donnée doivent avoir confirmé leur intérêt pour le poste à pourvoir.

3. Le délai de dix jours pour procéder à l'engagement des candidats, prévu à l'article 5*bis*, § 4, alinéa 1^{er}, en projet de l'arrêté précité du 18 décembre 2003, ne tient pas compte du délai de dix jours prévu au paragraphe 6 du même article. La disposition en projet doit être revue afin de prévoir une meilleure articulation entre ces délais.

4. À l'article 5*bis*, § 4, alinéa 2, deuxième phrase, en projet il convient d'écrire « À défaut, la décision de non-approbation du directeur général du Personnel et des Affaires générales est censée être définitive ... (la suite comme au projet) ».

5. L'article 5bis, § 6, en projet doit être rédigé comme suit : « le Ministre de la Fonction publique et/ou le Ministre fonctionnel se prononce dans les dix jours quant à la régularité de la procédure de sélection. À défaut, la décision est réputée favorable ».

6. À l'article 5bis, § 7, en projet de l'arrêté précité du 18 décembre 2003, il est prévu qu'un nouvel appel à candidature est lancé. Le système mis en place par l'auteur du projet n'impose pas nécessairement un appel à candidatures. Il ne s'agit dès lors pas forcément d'un « nouvel » appel à candidatures. La cohérence du projet doit être rétablie sur ce point.

Article 11

Selon l'article 5ter, § 1^{er}, 3°, en projet de l'arrêté précité du 18 décembre 2003, la décision visant l'admissibilité des candidats et leur sélection doit être « motivée en la forme »

Cette obligation de motivation formelle résulte déjà de la loi du 29 juillet 1991 'relative à la motivation formelle des actes administratifs'.

Elle ne doit, dès lors, pas être répétée dans le projet examiné.

Article 14

1. L'article 14 du projet examiné insère une disposition similaire à celle qui a été partiellement annulée par le Conseil d'État par l'arrêt n° 206.254 du 15 juillet 2010 car elle n'avait pas été soumise à la négociation syndicale. Cette disposition avait fait également l'objet d'autres observations dans l'avis 45.712/2, donné le 28 janvier 2009 précité. Il appelle donc les mêmes observations, rappelées ci-après :

« L'article 8, alinéa 2, en projet permet aux membres du personnel contractuel engagés pour accomplir des tâches auxiliaires, spécifiques et exigeant des connaissances particulières ou une expérience large de haut niveau, toutes les deux pertinentes pour les tâches à exécuter, de bénéficier, dans les mêmes conditions que les agents statutaires, de promotions telles que réglées par les articles 49, '1^{er} et 2, 56,' 1^{er}, alinéa 1^{er}, et, en ce qui concerne le niveau A, 56, '2, du Code de la fonction publique wallonne, tels qu'ils résultent de la modification apportée par le projet d'arrêté du Gouvernement wallon actuellement soumis à la consultation du Conseil d'État sous le numéro de rôle 45.711/2. Ce faisant, le projet organise, pour certains membres du personnel contractuel, une carrière équivalente à la carrière administrative réservée, en principe, aux agents statutaires. Il met dès lors en concurrence ces

deux catégories distinctes de personnel et pérennise, pour des emplois qui ne sont en principe pas permanents, le recours au contrat de travail qui perd, de cette manière, son caractère exceptionnel tel qu'il a été conçu et traduit dans l'A.R.P.G.

Cette démarche s'inscrit ainsi en marge de l'A.R.P.G. et n'est pas admissible.

D'ailleurs, les agents statutaires sont régis, sur le plan de leur statut pécuniaire, par les articles 26 à 29 de l'A.R.P.G. couplés aux dispositions du chapitre IV relatif à la carrière des agents statutaires et aux promotions accordées dans ce cadre. Quant à eux, les membres du personnel contractuel sont visés par l'article 30 de l'A.R.P.G. qui dispose :

‘Les personnes engagées par contrat de travail ont droit à l'échelle de traitement, au revenu minimum garanti, au pécule de vacances, à l'allocation de fin d'année et aux indemnités, allocations primes équivalents à ceux d'un agent ayant la même fonction ou une fonction équivalente’.

Cette limitation apportée par l'A.R.P.G. à la capacité qu'ont les parties à un contrat de travail de négocier le montant et les composantes de la rémunération s'impose à l'auteur du projet. Dans un tel système, il n'appartient pas à ce dernier d'étendre la mesure dans laquelle il peut rémunérer le personnel contractuel qu'il occupe en prévoyant, à leur profit, des échelles de traitement liées à des promotions ».

2. La disposition examinée ajoute que « les membres du personnel contractuel bénéficient de leur rémunération normale le jour de carence ». Cet ajout relève du droit du travail. Or, en vertu de l'article 6, § 1^{er}, VI, alinéa 5, 12°, de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980, cette matière ressortit à la seule compétence du législateur fédéral.

3. Par conséquent, l'article 14 doit être omis.

Article 17

Dans l'historique de la disposition modifiée, il n'est pas nécessaire de mentionner l'intitulé du texte modificatif ⁵.

Les mots « modifiant diverses dispositions relatives à la fonction publique » seront dès lors omis.

⁵ *Ibid.*, recommandation n/113.

Article 18

Si l'évaluation des membres du personnel contractuel peut se concevoir dans le cadre d'une évaluation du service, elle ne peut pas, d'une part, aboutir à un licenciement pour motifs graves en raison des délais qu'elle impose et qui sont incompatibles avec un tel licenciement, et, d'autre part, être intégrée dans un système d'échelles de traitement liées à des promotions conditionnées à une évaluation favorable, pour les raisons exposées dans la première observation sur l'article 14.

Par conséquent, le fait que l'article 152 du Code wallon de la Fonction publique wallonne n'est pas applicable aux membres du personnel contractuels est justifié mais il est par contre sans intérêt de prévoir que l'entrée en service emporte une première évaluation favorable.

Le 2° de l'article 18 du projet examiné qui prévoit que l'entrée en service emporte une première évaluation favorable doit par conséquent être omis.

Article 21

1. Comme il a été observé dans l'avis 35.185/2, donné le 23 juin 2003 sur le projet devenu le texte que le projet examiné modifie et rappelé dans l'avis 45 172/2, donné le 28 janvier 2009 sur une modification précédente de ce texte, dès lors que le Gouvernement wallon entend encadrer l'exercice de son pouvoir discrétionnaire d'engager du personnel contractuel, il doit le faire dans le respect des garanties d'égalité de traitement, d'interdiction de l'arbitraire, d'indépendance et d'impartialité.

Il y a lieu dès lors de pouvoir justifier par rapport à ces principes le régime temporaire prévu par l'article 18*bis*, en projet de l'arrêté précité du 18 décembre 2003 et qui permet la présence de représentants du ministre dans la commission de sélection de contractuels pour tâches spécifiques et experts.

Article 22

Puisque l'article 18, 2°, doit être omis, l'article 22 qui a pour seul objet de lui donner un effet rétroactif doit l'être également.

La chambre était composée de

Messieurs	Y. KREINS,	président de chambre,
	P. VANDERNOOT,	conseillers d'État,
Madame	M. BAGUET,	
Monsieur	Y. DE CORDT,	assesseur de la section de législation,
Madame	A.-C. VAN GEERSDAELE,	greffier.

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

LE GREFFIER

LE PRÉSIDENT

A.-C. VAN GEERSDAELE

Y. KREINS