



CONSEIL D'ÉTAT

section de législation

avis 52.631/2
du 14 janvier 2013

sur

un projet d'arrêté du Gouvernement de la Communauté française 'relatif à la mobilité vers les services du Gouvernement de la Communauté française, le Conseil supérieur de l'audiovisuel ou chacun des organismes d'intérêt public qui relèvent du Comité de secteur XVII'

Le 20 décembre 2012, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par le Vice-Président et Ministre de l'Enfance, de la Recherche et de la Fonction publique de la Communauté française à communiquer un avis, dans un délai de trente jours, sur un projet d'arrêté du Gouvernement de la Communauté française 'relatif à la mobilité vers les services du Gouvernement de la Communauté française, le Conseil supérieur de l'audiovisuel ou chacun des organismes d'intérêt public qui relèvent du Comité de secteur XVII'.

Le projet a été examiné par la deuxième chambre le 14 janvier 2013. La chambre était composée de Yves KREINS, président de chambre, Martine BAGUET et Pierre VANDERNOOT, conseillers d'État, Sébastien VAN DROOGHENBROECK et Jacques ENGLEBERT, assesseurs, et Anne-Catherine VAN GEERSDAELE, greffier.

Le rapport a été présenté par Yves DELVAL, auditeur.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 14 janvier 2013.

*

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 suivantes.

OBSERVATION PRÉALABLE

Le projet apporte des modifications à l'arrêté du Gouvernement de la Communauté française du 22 juillet 1996 'portant le statut des agents des services du Gouvernement de la Communauté française'. En vertu de l'article 4 de cet arrêté :

« Toute modification ou toute mesure d'exécution à caractère réglementaire du présent statut sera soumise à l'avis du Conseil de direction et fera l'objet d'un rapport au Gouvernement publié au *Moniteur belge* en même temps que l'arrêté sur lequel il portera ».

Des pièces transmises au Conseil d'État, il n'apparaît pas qu'un rapport au Gouvernement ait été rédigé. Cette formalité devra néanmoins être accomplie au moment de la publication au *Moniteur belge* de l'arrêté en projet.

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

1. Certaines dispositions du projet examiné posent problème par rapport au principe constitutionnel d'égalité et de non-discrimination et du principe dérivé de l'égalité d'accès à la fonction publique¹. Le principe selon lequel les recrutements statutaires s'opèrent au moyen d'épreuves comparatives est en principe considéré comme une garantie essentielle de l'objectivité des recrutements² et constitue en tant que tel une concrétisation du principe de l'égalité d'accès à la fonction publique³. Or la mobilité dans l'intérêt du service telle qu'organisée permet un transfert par mobilité sans appel à candidatures – article 12 – et, partant, sans épreuve de sélection, ce qui n'est pas admissible.

¹ C.C. n° 138/2002 du 2 octobre 2002, B.5.4 ; C.C., n° 96/2005 du 1^{er} juin 2005, B.16 ; C.C., n° 106/2005 du 15 juin 2005, B.5.

² C.C. n° 106/2005 du 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.

³ C.C. n° 106/2005 du 15 juin 2005, B.5 ; avis 30.123/1 de la section de législation du Conseil d'État, donné le 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', *Moniteur belge*, 20 janvier 2001, p. 1590.

2. Le projet dispose à l'article 12, § 2, que la sélection sera faite par le service du personnel en collaboration avec le service fonctionnel. Le texte ne prévoit pas l'intervention de SELOR. Parmi les candidats à la mobilité pourraient figurer des agents n'ayant pas été recrutés par SELOR.

L'article 87, § 2, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, tel qu'interprété par l'arrêt n° 78/2000 du 21 juin 2000 de la Cour constitutionnelle, « impose à chaque gouvernement de recruter son personnel par l'intermédiaire du Secrétariat permanent de recrutement du personnel de l'État, aujourd'hui SELOR. Il n'impose pas la même obligation aux personnes morales de droit public qui dépendent des communautés et des régions ».

Un transfert de ces agents vers les services du Gouvernement de la Communauté française, sans intervention de SELOR, serait contraire à l'article précité de la loi spéciale.

L'auteur du projet doit le compléter afin de rendre un tel transfert impossible ou de prévoir l'intervention de SELOR.

3. En son article 9, le projet comporte des dispositions relatives à la période d'essai qui peut éventuellement assortir, selon qu'il s'agit d'un membre du personnel contractuel ou statutaire, l'engagement ou la nomination.

Il va sans dire qu'en ce qui concerne l'engagement de personnel contractuel, la période d'essai prévue dans le contrat de travail devra respecter les dispositions de la loi du 3 juillet 1978 'relative aux contrats de travail' et plus particulièrement les articles 48 et 67 de cette loi.

Par ailleurs, en son article 16, le projet dispose :

« Le candidat entre en fonction dans l'entité d'accueil à une date fixée en concertation avec l'entité d'origine, si une telle concertation est prévue dans une réglementation analogue applicable à cette entité, et dans tous les cas, au plus tard dans les 4 mois de l'information au candidat de sa sélection ».

En d'autres termes, en cas de sélection du candidat au transfert, celui-ci doit en être informé et c'est à dater de cette information que court le délai de 4 mois à l'expiration duquel il doit être entré au service de l'entité d'accueil.

L'article 16 appelle deux observations quant au délai de 4 mois ainsi prévu par l'article 16 du projet.

D'une part, en ce qui concerne le membre du personnel engagé sous contrat de travail, le transfert de celui-ci de l'entité d'origine vers l'entité d'accueil va nécessiter qu'à tout le moins le membre du personnel mette fin à son contrat de travail dans le respect des dispositions prévues en la matière par la loi du 3 juillet 1978 précitée et, plus spécifiquement

pour les membres du personnel sous contrat d'employé, de l'article 82 de cette loi. Certes, il est toujours loisible aux parties de convenir d'un raccourcissement du délai de préavis lorsque celui-ci est le fait du membre du personnel. Il n'en demeure pas moins que, si les parties ne parviennent pas à un accord sur ce point, les délais maximum prévus par cet article devront être respectés, c'est-à-dire un délai qui peut être de 4 mois et demi à 6 mois. Il n'est donc pas certain que le délai de 4 mois prévu à l'article 16 du projet soit suffisant dans tous les cas pour couvrir la période de préavis.

D'autre part, en ce qui concerne le membre du personnel statutaire, il convient de rappeler que l'article 13, alinéa 2, 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' (ARPG) prévoit ce qui suit :

« Il peut être fait appel à un agent d'une autre autorité aux conditions fixées par le statut qui régit le personnel relevant de l'autorité qui a le pouvoir de nomination. Sans préjudice d'un éventuel accord de coopération qui prévoirait d'autres modalités de transfert, l'autre autorité peut exiger de l'agent concerné une période de préavis de trois mois au plus ».

Cette période de 3 mois a pour objet de permettre à l'entité d'origine de s'organiser en perspective du transfert du membre du personnel sélectionné par l'entité d'accueil. Pour assurer l'effectivité de cette disposition, il serait préférable de faire courir le délai à l'échéance duquel le membre du personnel est transféré, à dater de l'information de l'entité d'origine.

OBSERVATIONS PARTICULIÈRES

PRÉAMBULE

1. Il ne faut pas mentionner sous la forme d'un alinéa la loi 'sur l'emploi des langues en matière administrative' coordonnée le 18 juillet 1996 qui ne procure pas un fondement juridique au projet et 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'.

2. L'alinéa qui mentionne l'article 24, § 2, du décret du 17 juillet 2002 'portant réforme de l'Office de la Naissance et l'Enfance, en abrégé « O.N.E. »' sera complété afin de mentionner sa modification par un décret du 26 mars 2009.

3. Il convient d'ajouter un alinéa qui mentionnera l'arrêté du Gouvernement de la Communauté française du 2 juin 2004 'relatif aux congés et aux absences des agents des

Services du Gouvernement de la Communauté française, du Conseil supérieur de l'Audiovisuel et des organismes d'intérêt public relevant du Comité de Secteur XVII' modifié par le chapitre VI du projet.

4. Les formalités préalables doivent être citées dans l'ordre chronologique en commençant par la plus ancienne.

DISPOSITIF

Article 1^{er}

Il ne faut jamais introduire dans une définition des éléments normatifs tels que des droits et des obligations ⁴.

La définition des mots « membre du personnel contractuel » prévoit de telles obligations en ce qu'elle énonce *in fine* qu'il doit être « engagé à durée indéterminée et arrivé au terme de sa période d'essai » et appartenir « au rôle linguistique francophone ». Ces obligations doivent être insérées dans un autre article du projet ou un nouvel article à insérer.

Article 7

Au paragraphe 1^{er}, les mots « accessibles au recrutement contractuel » doivent être compris comme signifiant notamment que le mécanisme de la mobilité qu'organise le projet ne peut aboutir à ce que le poste à pourvoir puisse devenir accessible à un membre du personnel contractuel sans respecter les conditions restrictives dans lesquelles l'article 2 de l'ARPG admet pareil engagement.

Article 8

Si le projet examiné exclut de la mobilité qu'il organise, les agents sanctionnés d'une peine disciplinaire, il ne prévoit pas, à la différence de l'article 20, alinéa 5, de l'arrêté royal du 15 janvier 2007 'relatif à la mobilité des agents statutaires dans la fonction publique fédérale administrative', qu'en sont exclus les agents statutaires contre lesquels une procédure disciplinaire est en cours. Dans un souci de sécurité juridique, il y a lieu de compléter le projet afin de prévoir comment une telle procédure engagée se poursuit et la sanction éventuelle exécutée en cas de mobilité.

⁴ *Principes de technique législative - Guide de rédaction des textes législatifs et réglementaires*, www.conseildetat.be, onglet « Technique législative », recommandation n° 97.

Article 11

L'article 11 prévoit la centralisation des candidatures introduites indépendamment de toute offre dans « une banque de données qui est soit spécifique à chacune des entités des Services de la Communauté française et gérée par leur Service du personnel respectif, soit gérée en commun par ces entités ».

Le texte semble permettre l'organisation d'une seule banque de données ou de plusieurs banques de données distinctes.

L'auteur du projet doit opérer un choix. S'il choisit l'hypothèse de plusieurs banques de données, il doit en outre adapter les articles 12, § 2 et 13 qui organisent la consultation de « la » banque de données visée à l'article 11.

Articles 17 à 26

Il y a lieu de compléter ces articles afin de mentionner l'historique des dispositions modifiées qui l'ont déjà été précédemment ⁵.

Article 20

Les deux éléments de l'énumération à l'alinéa 4 de l'article modifié ne doivent pas être comptés comme des alinéas distincts. L'indication des alinéas modifiés ou supprimés doit en conséquence être revue.

Article 25

Il faut insérer les mots « à chaque fois » entre les mots « sont » et « supprimés ».

LE GREFFIER

LE PRÉSIDENT

Anne-Catherine VAN GEERSDAELE

Yves KREINS

⁵ *Principes de technique législative - Guide de rédaction des textes législatifs et réglementaires*, www.conseildetat.be, onglet « Technique législative », recommandations n^{os} 113 à 115.