



CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

avis 54.920/2
du 5 mars 2014

advies 54.920/2
van 5 maart 2014

sur

over

un projet d'arrêté du
Gouvernement de la Région de
Bruxelles-Capitale 'portant
réglementation de la situation
administrative et pécuniaire
des membres du personnel
contractuel du ministère de la
Région de Bruxelles-Capitale'

een ontwerp van besluit van de
Brusselse Hoofdstedelijke
Regering 'tot bepaling van de
rechtspositie en de
bezoldigingsregeling van de
contractuele personeelsleden
van het Ministerie van het
Brussels Hoofdstedelijk
Gewest'

Le 23 décembre 2013, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par le Ministre de la Région de Bruxelles-Capitale, chargé des Finances, du Budget et des Relations extérieures à communiquer un avis, dans un délai de trente jours prorogé à quarante cinq jours ^(*), sur un projet d'arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale 'portant réglementation de la situation administrative et pécuniaire des membres du personnel contractuel du ministère de la Région de Bruxelles-Capitale'.

Le projet a été examiné par la deuxième chambre le 5 mars 2014. La chambre était composée de Pierre VANDERNOOT, conseiller d'État, président, Martine BAGUET et Luc DETROUX, conseillers d'État, Sébastien VAN DROOGHENBROECK, assesseur, et Bernadette VIGNERON, greffier.

Le rapport a été présenté par Alain LEFEBVRE, premier auditeur.

La concordance entre la version française et la version néerlandaise a été vérifiée sous le contrôle de Martine BAGUET.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 5 mars 2014.

^(*) Par courriel du 6 janvier 2014.

*

Op 23 december 2013 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Minister van het Brusselse Hoofdstedelijk Gewest, belast met Financiën, Begroting en Externe Betrekkingen verzocht binnen een termijn van dertig dagen verlengd tot vijfenveertig dagen ^(*) een advies te verstrekken over een ontwerp van besluit van de Brusselse Hoofdstedelijke Regering 'tot bepaling van de rechtspositie en de bezoldigingsregeling van de contractuele personeelsleden van het Ministerie van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest'.

Het ontwerp is door de tweede kamer onderzocht op 5 maart 2014. De kamer was samengesteld uit Pierre VANDERNOOT, staatsraad, voorzitter, Martine BAGUET en Luc DETROUX, staatsraden, Sébastien VAN DROOGHENBROECK, assessor, en Bernadette VIGNERON, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Alain LEFEBVRE, eerste auditeur.

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst van het advies is nagezien onder toezicht van Martine BAGUET.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 5 maart 2014.

^(*) Bij email tot 6 januari 2014.

*

Comme la demande d'avis est introduite sur la base de l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2°, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, 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 prévoit son entrée en vigueur à la date du 1^{er} juillet 2014. À cette date, entrera également en vigueur l'article 42, 3°, de la loi spéciale du 6 janvier 2014 'relative à la Sixième réforme de l'État', qui prévoit le remplacement de l'actuel article 87, § 4, de la loi spéciale du 8 août 1980 'de réformes institutionnelles' par une nouvelle disposition. En vertu de la disposition actuelle, un arrêté royal délibéré en Conseil des ministres désigne ceux des principes généraux du statut administratif et pécuniaire du personnel de l'État qui sont applicables de plein droit, au personnel des communautés et des régions, ainsi qu'à celui des personnes morales de droit public qui dépendent des communautés et des régions.

En raison du remplacement de cet article 87, § 4, par une disposition ayant un autre objet, 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 l'ARPG, perdra son fondement légal à la date 1^{er} juillet 2014, de telle sorte que les Gouvernements des régions et des communautés ne seront plus tenus de s'y conformer.

Il résulte de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle que les dispositions des communautés et des régions doivent toutefois être conformes aux règles répartitrices de compétence telles qu'elles sont en vigueur lorsque ces dispositions sont adoptées¹.

Si l'auteur du projet souhaite d'ores et déjà se situer dans le cadre juridique tel qu'il sera fixé à partir du 1^{er} juillet 2014, date d'entrée en vigueur de la loi spéciale précitée du 6 janvier 2014, il ne pourra adopter le projet qu'à partir de la même date.

En revanche, si son intention est que le Gouvernement adopte celui-ci avant la date du 1^{er} juillet 2014, il doit se conformer à ces dispositions réglementaires prises sur la base de l'article 87, § 4, actuel de la loi spéciale du 8 août 1980.

C'est dans cette seconde hypothèse que s'est placé le Conseil d'État. C'est la raison pour laquelle, dans les observations qui suivent, il sera fait référence à l'ARPG lorsque les dispositions du projet s'écarteraient ou paraîtraient s'écarter de celui-ci.

¹ C.C., n° 192/2006, 5 décembre 2006, B.6 à B.14 ; également, n° 25/97, 30 avril 1997, B.2 ; n° 128/2001, 18 octobre 2002, B.4 ; n° 195/2004, 1^{er} décembre 2004, B.14.1 ; n° 119/2007, 19 septembre 2007, B.2 ; n° 68/2008, 19 avril 2008, B.5.2.

COMPÉTENCE DE L'AUTEUR DE L'ACTE

1. L'article 25, § 2, dispose que

« Le personnel contractuel perçoit la rémunération normale correspondant au jour de carence, visée, selon le cas, à l'article 52, § 1, alinéa 2 ou à l'article 71 de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail »².

Comme mentionné dans l'avis 50.301/2 donné le 10 octobre 2011 sur un projet devenu l'arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale du 15 décembre 2011 'modifiant l'arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale du 13 février 2003 portant réglementation de la situation administrative et pécuniaire des membres du personnel contractuel du Ministère de la Région de Bruxelles-Capitale', cette disposition relève du droit du travail ; or, en vertu de l'article 6, § 1^{er}, VI, alinéa 5, 12°, de la loi spéciale du 8 août 1980 'de réformes institutionnelles', cette matière ressortit à la seule compétence du législateur fédéral.

L'article 25, § 2, doit dès lors être omis.

2. Comme mentionné dans l'avis 40.256/4 donné le 8 mai 2006 sur un projet devenu l'arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale du 20 juillet 2006 'portant réglementation de la situation administrative et pécuniaire des membres du personnel contractuel des organismes d'intérêt public de la Région de Bruxelles-Capitale', en prévoyant qu'en cas de restructuration des services pouvant entraîner le licenciement de membres du personnel contractuel, une concertation préalable doit avoir lieu avec les organisations syndicales représentatives, l'article 41 s'immisce dans le régime syndical, matière qui est réservée à l'autorité fédérale en vertu de l'article 87, § 5, de la loi spéciale précitée du 8 août 1980, rendu applicable à la Région de Bruxelles-Capitale par l'article 40, § 1^{er}, de la loi spéciale du 12 janvier 1989 'relative aux Institutions bruxelloises'.

Cette disposition doit, dès lors, être omise.

FORMALITÉS PRÉALABLES

Ni l'avis de l'Inspecteur des Finances, ni l'accord du Ministre du Budget ni le protocole de négociation syndicale ne figurent au dossier.

L'auteur du projet veillera au bon accomplissement de ces formalités préalables.

² L'article 52, § 1^{er}, alinéa 2, de la loi précitée du 3 juillet 1978 a été abrogé par la loi du 26 décembre 2013 'concernant l'introduction d'un statut unique entre ouvriers et employés en ce qui concerne les délais de préavis et le jour de carence ainsi que de mesures d'accompagnement'. L'article 71 de la loi précitée du 3 juillet 1978 a, quant à lui, été modifié par la loi précitée du 26 décembre 2013.

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

1. Il est renvoyé, *mutadis mutandis*, à l'observation générale 1 de l'avis 54.917/2 donné ce jour sur un projet d'arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale 'portant le statut administratif et pécuniaire des agents du ministère de la Région Bruxelles-Capitale'.
2. S'agissant de l'articulation à assurer entre le projet et les dispositions impératives de la loi précitée du 3 juillet 1978, il est renvoyé aux observations générales formulées dans l'avis 40.256/4 donné le 8 mai 2006 sur un projet devenu l'arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale du 20 juillet 2006 'portant réglementation de la situation administrative et pécuniaire des membres du personnel contractuel des organismes d'intérêt public de la Région de Bruxelles-Capitale'.
3. Plusieurs dispositions du projet font référence au « statut ». Il y a lieu de préciser, de préférence dans la première de ses dispositions, qu'il s'agit de l'arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale du XXX 'portant le statut administratif et pécuniaire des agents des organismes d'intérêt public de la Région de Bruxelles-Capitale', dont le projet fait l'objet de l'avis 54.917/2 précité.

OBSERVATIONS PARTICULIÈRES

PRÉAMBULE

1. Il n'y a pas lieu de mentionner « l'arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale XXX ». Le Conseil d'État suppose que l'auteur du projet vise l'arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale 'portant le statut administratif et pécuniaire des agents du ministère de la Région de Bruxelles-Capitale' dont il est question ci-avant. En effet, cet arrêté ne constitue pas le fondement de l'arrêté examiné et n'est pas modifié par ce dernier.

Par contre, cet arrêté peut être mentionné dans les considérants pour renseigner le fait qu'il participe au cadre juridique dans lequel le projet s'inscrit.

2. Il y a lieu de mentionner l'arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale du 13 février 2003 'portant réglementation de la situation administrative et pécuniaire des membres du personnel contractuel du Ministère de la Région de Bruxelles-Capitale', que le projet abroge.

DISPOSITIF

Article 2

1. Le 4° dispose que des personnes peuvent être engagées sous contrat de travail aux fins exclusives de

« pourvoir, dans le cadre de l'attribution d'emplois de mandats en vertu du livre IV du statut, à l'exécution de tâches exigeant des connaissances particulières ou une expérience large de haut niveau, toutes les deux pertinentes pour les tâches à exécuter ».

La question de savoir à quelles dispositions sont précisément soumis les mandataires contractuels pose problème.

Il y a, tout d'abord, les dispositions du livre IV du projet d'arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale 'portant le statut administratif et pécuniaire des agents du Ministère de la Région de Bruxelles-Capitale', qui, à défaut de précision en sens contraire, sont applicables à tous les mandataires, qu'ils soient statutaires ou contractuels.

Par ailleurs, l'article 462 de ce projet d'arrêté énonce que

« Les dispositions des Livres I^{er}, II et III sont applicables aux mandataires dans la mesure où le présent livre ne déroge pas à ces dispositions ».

Comme mentionné dans l'avis 54.917/2 précité, l'application des livres précités aux mandataires, sans plus de précisions et d'explications, suscite des difficultés. Il en va encore plus ainsi lorsqu'il s'agit de mandataires contractuels : comment imaginer, par exemple, la sanction disciplinaire de la rétrogradation pour un mandataire contractuel ?

Enfin, certaines dispositions du projet examiné ne s'harmonisent pas avec celles du livre IV du projet d'arrêté précité. Ainsi, les dispositions du chapitre VI du projet examiné sont incompatibles avec les articles 507 et 508 du projet d'arrêté précité 'portant le statut administratif et pécuniaire des agents du Ministère de la Région de Bruxelles-Capitale'.

Il appartient à l'auteur du projet de résoudre ces difficultés.

2. Le 5° ne figure pas dans les cas d'engagement contractuel prévus par l'ARPG.

Il est renvoyé à cet égard à l'observation préalable.

3. À supposer que l'auteur adopte le projet à partir du 1^{er} juillet 2014, le projet appelle l'observation suivante.

Le 5° dispose que des personnes peuvent être engagées sous contrat de travail aux fins exclusives de

« remplir un emploi déclaré vacant en application de l'article 83 du statut et qui n'a pu être pourvu par nomination après avoir organisé une procédure de sélection, visé au § 2 dudit article ».

Il résulte cependant de la note au Gouvernement en seconde lecture que, compte tenu des nouvelles dispositions relatives au plan de personnel, le Gouvernement ne doit plus déclarer vacant un emploi précis. Il y a donc lieu de mentionner un emploi « devenu » vacant. Par ailleurs le paragraphe 2 de l'article 83 ne mentionne pas de procédure de sélection. Il fait état de la possibilité de recourir au recrutement. Mais les procédures de sélection ne sont pas spécifiques au recrutement : elles existent aussi pour les promotions.

En conclusion, le 5° doit être revu.

Une observation identique en ce qui concerne la notion de déclaration de vacance vaut pour l'article 45, alinéa 2, qui mentionne une fonction « déclarée vacante pour le recrutement statutaire ».

En outre, la référence au « recrutement statutaire » semble inexacte puisqu'il peut s'agir d'emplois de promotion, comme le confirme la référence faite à l'article 83 du projet d'arrêté 'portant le statut administratif et pécuniaire des agents du Ministère de la Région de Bruxelles-Capitale'.

Chapitre II

À la section 3, en vue de garantir l'égal accès aux emplois publics et d'accroître l'objectivité de la procédure de recrutement, il y a lieu de prévoir les règles de publicité qui seront mises en œuvre pour faire appel aux candidatures dans le cadre d'un recrutement contractuel, ainsi que les critères qui seront pris en considération pour opérer les présélections des candidats.

Article 9

L'article 9 énumère les tâches auxiliaires et spécifiques qui, en vertu de l'article 2, 4°, permettent un engagement contractuel.

Cette énumération ne peut dénaturer les notions de « tâches auxiliaires ou spécifiques » au sens de l'article 2 de l'ARPG. Les tâches spécifiques se caractérisent généralement par le fait qu'elles nécessitent, ponctuellement, une expertise particulière inexistante au sein de la personne morale de droit public considérée.

L'énumération de l'article 9 du projet soulève la question de savoir si certaines tâches qu'elle mentionne sont réellement des tâches spécifiques ou auxiliaires.

L'auteur du projet doit être en mesure de justifier, pour chaque emploi mentionné, en quoi il constitue une « tâche auxiliaire ou spécifique » et requiert un engagement contractuel.

Article 11

Le paragraphe 2, *in fine*, dispose que, pour un engagement à une fonction de rang 2 ou 3, la sélection est réalisée par une commission composée conformément à la commission de promotion visée à l'article 93 du statut.

Il est renvoyé à l'observation générale 2.3 formulée dans l'avis 54.917/2 précité.

Article 16

L'article 16 du projet rend applicable au personnel contractuel les dispositions du statut concernant la mobilité interne, sauf pour le personnel contractuel visé à l'article 2, 3° et 4°, c'est-à-dire celui qui a été recruté pour l'accomplissement de tâches auxiliaires ou spécifiques ou de tâches qui exigent des connaissances particulières ou une expérience large de haut niveau, toutes les deux pertinentes pour les tâches à exécuter.

Il est permis de s'interroger sur la compatibilité de ces dispositions statutaires avec la relation contractuelle, dès lors que la mutation impliquerait un changement d'emploi. Si tel est le cas, le fait d'apporter des modifications au « travail convenu » et donc aux conditions de travail telles que définies dans le contrat de travail, implique nécessairement et à tout le moins un avenant au contrat.

Quant à la mobilité d'office, elle ne peut se concilier avec une relation contractuelle, qui, par essence, nécessite l'accord des deux parties. L'application par analogie de cette disposition aux agents contractuels est donc, par principe, exclue.

Se pose également la question de savoir si le régime de mutation est possible lorsque le contrat de travail qui est intervenu est un contrat de remplacement. En effet, au regard de l'article 11^{ter} de la loi précitée du 3 juillet 1978, un contrat de remplacement doit notamment indiquer le motif du remplacement, l'identité du ou des travailleur(s) remplacé(s) et les conditions de cet engagement. Une mutation dans un tel contexte peut avoir pour conséquence de dénaturer le contrat de remplacement signé à l'origine. Un avenant à ce contrat, voire un nouveau contrat, s'impose donc dans une telle hypothèse.

Article 17

Cet article rend applicable aux membres du personnel contractuel certains congés prévus dans le statut « pour autant que ce régime soit plus favorable ».

La section de législation du Conseil d'État se demande si, compte tenu de la logique différente qui sous-tend ces deux régimes, une comparaison du caractère plus ou moins favorable est réellement possible. Elle attire l'attention de l'auteur du projet sur les interrogations qui peuvent naître d'un tel renvoi.

Ainsi dans l'avis 34.109/2 donné le 6 novembre 2002 sur un projet devenu l'arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale du 13 février 2003 'portant réglementation de la situation administrative et pécuniaire des membres du personnel contractuel du Ministère de la Région de Bruxelles-Capitale', la section de législation a formulé l'observation suivante :

« Certains auteurs soulignent que si les causes d'absence des agents contractuels et des agents statutaires sont identiques, il convient cependant d'avoir égard aux régimes juridiques distincts qui régissent ces congés. 'En régime statutaire, l'absence est essentiellement une question de position administrative : l'agent est-il censé en activité de service, en non-activité, en disponibilité ? Cette position maintient-elle ses droits à la promotion et à l'avancement de traitement ? Et enfin, y a-t-il maintien du traitement pendant l'absence ? La logique du droit du travail diffère fortement : le congé est-il rémunéré ? Si non, le travailleur bénéficie-t-il de prestations de sécurité sociale ? Est-il protégé contre un licenciement ? Le congé suspend-il l'écoulement d'un délai de préavis ? On perçoit tout de suite que ces deux modes de raisonnement qui ne coïncident pas vont laisser des zones d'ombre [...] ³ ».

À titre d'exemple, [l'on peut citer] les avantages qui ont trait à la protection de la maternité, dont le congé de maternité. Ainsi, l'agent féminin qui prend un tel congé est considéré être en activité de service et peut percevoir son traitement.

Le même raisonnement ne peut évidemment pas intervenir lorsque la personne est contractuelle, d'une part, parce que selon l'article 28, 2°, de la loi du 3 juillet 1978, précitée, l'exécution du contrat de travail est suspendue notamment pendant les périodes de congé et d'interruption de travail visées aux articles 39 et 42 à 43bis de la loi du 16 mars 1971 sur le travail et d'autre part, parce qu'elle relèvera du régime dit de 'l'assurance maternité' qui donnera lieu au paiement d'indemnités représentant un certain pourcentage de sa rémunération.

Il ne suffit dès lors pas de rendre applicables aux agents contractuels certains congés reconnus aux agents définitifs, encore faut-il s'interroger sur la compatibilité de ces dispositions statutaires avec les dispositions qui régissent la relation de travail contractuelle.

L'auteur du projet est invité à vérifier si les congés qu'il veut rendre applicables au personnel contractuel se concilient bien avec les dispositions de la loi du 3 juillet 1978, précitée, et plus particulièrement les articles 28, 29, 30 et 30bis, ainsi qu'avec les lois particulières qui régissent certains congés des travailleurs salariés ».

Article 32

Dès lors que la deuxième phrase de l'article 32, § 3, prévoit que

« [l]a modification du lieu d'exécution du contrat de travail de l'attaché économique et commercial est régie par des clauses spécifiques du contrat d'engagement prévu au § 2 »,

la troisième phrase, selon laquelle

« [l]e changement du lieu d'exécution du contrat de travail n'est pas soumis à la rédaction d'un avenant »

³ Note de bas de page 15 de l'avis cité : J. JACQMAIN, « Le contrat de travail dans les administrations de l'État », *Chr.D.S.*, 1991-92, p. 336.

est soit surabondante, dans l'hypothèse où une telle clause figurerait effectivement dans le contrat de travail visé au paragraphe 2, soit contraire à l'article 17 de la loi précitée du 3 juillet 1978, auquel il n'appartient en tout état de cause pas au Gouvernement de déroger dans un arrêté réglementaire, par nature unilatéral.

La troisième phrase sera donc omise.

Article 35

La disposition à l'examen assurerait mieux son articulation avec l'article 14, § 2, si, à l'alinéa 1^{er}, les mots « et une deuxième évaluation insuffisante » étaient remplacés par les mots « et d'une déclaration d'inaptitude professionnelle visée à l'article 14, § 2 ».

Article 38

Afin de clarifier la disposition, les mots « prennent une décision définitive » seront remplacés par les mots « décident s'il y a lieu de licencier le membre du personnel ».

Article 45

À l'alinéa 4, *in fine*, il y a lieu d'écrire « un agent recruté ou promu à cet effet ».

Article 47

1. Les dispositions abrogatoires doivent trouver place avant les dispositions transitoires.
2. Il y a lieu de mentionner les modifications encore en vigueur subies par l'arrêté du 13 février 2003.
3. Dans la version française, il y a lieu de mentionner, comme dans la version néerlandaise, la date complète de l'arrêté, à savoir le 13 février 2003.

Aangezien de adviesaanvraag ingediend is op basis van artikel 84, § 1, eerste lid, 2°, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, 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.

VOORAFGAANDE OPMERKING

In het ontwerp wordt bepaald dat dit besluit op 1 juli 2014 in werking treedt. Op die datum treedt tevens artikel 42, 3°, van de bijzondere wet van 6 januari 2014 ‘met betrekking tot de Zesde Staatshervorming’ in werking, waarbij het huidige artikel 87, § 4, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 ‘tot hervorming der instellingen’ door een nieuwe bepaling wordt vervangen. Krachtens de huidige bepaling wijst een koninklijk besluit vastgesteld na overleg in de Ministerraad die algemene principes van het administratief en geldelijk statuut van het Rijkspersoneel aan, welke van rechtswege van toepassing zijn op het personeel van de gemeenschappen en de gewesten, alsook op het personeel van de publiekrechtelijke rechtspersonen die van de gemeenschappen en de gewesten afhangen.

Door de vervanging van dat artikel 87, § 4, door een bepaling met een andere strekking, zal 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 afgekort als het APKB op 1 juli 2014 zijn rechtsgrond verliezen zodat de gewest- en gemeenschapsregeringen niet meer gehouden zijn daarnaar te handelen.

Uit de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof volgt dat de bepalingen die de gemeenschappen en gewesten vaststellen evenwel in overeenstemming moeten zijn met de bevoegdheidsverdelende regels zoals die gelden op het ogenblik waarop die bepalingen worden vastgesteld.¹

Indien de steller van het ontwerp nu reeds wil handelen binnen het juridisch kader zoals het vastgesteld zal zijn vanaf 1 juli 2014, de datum waarop de voornoemde bijzondere wet van 6 januari 2014 in werking treedt, kan hij het ontwerp pas vanaf diezelfde datum vaststellen.

Indien het daarentegen zijn bedoeling is dat de Regering dat besluit vaststelt vóór 1 juli 2014, moet hij zich richten naar die verordeningsbepalingen die zijn vastgesteld op basis van het huidige artikel 87, § 4, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980.

¹ GwH 5 december 2006, nr. 192/2006, B.6 tot B.14; zie eveneens 30 april 1997, nr. 25/97, B.2; 18 oktober 2002, nr. 128/2001, B.4; 1 december 2004, nr. 195/2004, B.14.1; 19 september 2007, nr. 119/2007, B.2; 19 april 2008, nr. 68/2008, B.5.2.

De Raad van State gaat uit van die tweede hypothese. Daarom wordt in de volgende opmerkingen naar het APKB verwezen wanneer de bepalingen van het ontwerp daarvan afwijken of daarvan lijken af te wijken.

BEVOEGDHEID VAN DE STELLER VAN DE HANDELING

1. Artikel 25, § 2, luidt als volgt:

“Het contractueel personeel ontvangt de normale bezoldiging overeenkomend met de carensdag, zoals bedoeld, naargelang het geval, in artikel 52, § 1, tweede lid, of in artikel 71 van de wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten”.²

Zoals vermeld is in advies 50.301/2, dat op 10 oktober 2011 is uitgebracht over een ontwerp dat ontstaan heeft gegeven aan het besluit van de Brusselse Hoofdstedelijke Regering van 15 december 2011 ‘tot wijziging van het besluit van de Brusselse Hoofdstedelijke Regering van 13 februari 2003 tot bepaling van de rechtspositie en de bezoldigingsregeling van de contractuele personeelsleden van het Ministerie van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest’, valt die bepaling onder het arbeidsrecht; krachtens artikel 6, § 1, VI, vijfde lid, 12°, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 ‘tot hervorming der instellingen’ behoort die aangelegenheid evenwel enkel tot de bevoegdheid van de federale wetgever.

Artikel 25, § 2, moet dus worden weggelaten.

2. In zoverre artikel 41 bepaalt dat in geval van herstructurering van diensten die het ontslag van contractuele personeelsleden tot gevolg kan hebben, er vooraf overleg met de representatieve vakorganisaties plaats dient te hebben, grijpt het in op het gebied van de vakbondsregeling, een aangelegenheid die uitsluitend een federale bevoegdheid is krachtens artikel 87, § 5, van de voornoemde bijzondere wet van 8 augustus 1980, dat op het Brussels Hoofdstedelijk Gewest toepasselijk is verklaard bij artikel 40, § 1, van de bijzondere wet van 12 januari 1989 met betrekking tot de Brusselse instellingen, zoals vermeld is in advies 40.256/4, dat op 8 mei 2006 uitgebracht is over een ontwerp dat ontstaan heeft gegeven aan het besluit van de Brusselse Hoofdstedelijke Regering van 20 juli 2006 ‘tot regeling van de administratieve en geldelijke toestand van de contractuele personeelsleden van de instellingen van openbaar nut van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest’.

Die bepaling moet derhalve vervallen.

² Artikel 52, § 1, tweede lid, van de voornoemde wet van 3 juli 1978 is opgeheven bij de wet van 26 december 2013 ‘betreffende de invoering van een eenheidsstatuut tussen arbeiders en bedienden inzake de opzeggingstermijnen en de carensdag en begeleidende maatregelen’. Artikel 71 van de voornoemde wet van 3 juli 1978, zijnerzijds is bij de voornoemde wet van 26 december 2103 gewijzigd.

VOORAFGAANDE VORMVEREISTEN

Het advies van de inspecteur van Financiën, de akkoordbevinding van de minister van Begroting en het protocol van de onderhandeling met de vakbonden bevinden zich niet in het dossier.

De steller van het ontwerp moet erop toezien dat dit voorafgaande vormvereisten naar behoren worden vervuld.

ALGEMENE OPMERKINGEN

1. Er wordt *mutatis mutandis* verwezen naar algemene opmerking nr. 1 van advies 54.917/2 dat heden is gegeven over een ontwerp van besluit van de Brusselse Hoofdstedelijke Regering ‘houdende het administratief statuut en de bezoldigingsregeling van de ambtenaren van het ministerie van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest’.
2. In verband met de onderlinge samenhang die tot stand moet worden gebracht tussen het ontwerp en de dwingende bepalingen van de voornoemde wet van 3 juli 1978, wordt verwezen naar de algemene opmerkingen die zijn geformuleerd in advies 40.256/4, dat op 8 mei 2006 uitgebracht is over een ontwerp dat ontstaan heeft gegeven aan het besluit van de Brusselse Hoofdstedelijke Regering van 20 juli 2006 ‘tot regeling van de administratieve en geldelijke toestand van de contractuele personeelsleden van de instellingen van openbaar nut van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest’.
3. In verscheidene bepalingen van het ontwerp wordt naar het “statuut” verwezen. Er moet, bij voorkeur in de eerste bepaling van het ontwerp, worden gepreciseerd dat het gaat om het besluit van de Brusselse Hoofdstedelijke Regering van XXX ‘houdende het administratief statuut en de bezoldigingsregeling van de ambtenaren van het ministerie van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest’ over het ontwerp waarvan het voornoemde advies 54.917/2 is gegeven.

BIJZONDERE OPMERKINGEN

Aanhef

1. Er behoort geen melding te worden gemaakt van “het besluit van de Brusselse Hoofdstedelijke Regering van XXX”. De Raad van State gaat ervan uit dat de steller van het ontwerp het besluit van de Brusselse Hoofdstedelijke Regering ‘houdende het administratief statuut en de bezoldigingsregeling van de ambtenaren van het ministerie van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest’ bedoelt, waarvan hierboven sprake is. Dat besluit vormt immers niet de rechtsgrond van het voorliggende besluit en wordt er evenmin door gewijzigd.

Dat besluit kan daarentegen wel als overweging worden vermeld om aan te geven dat het deel uitmaakt van het juridisch kader van het ontwerp.

2. Er moet melding gemaakt worden van het besluit van de Brusselse Hoofdstedelijke Regering van 13 februari 2003 ‘tot bepaling van de rechtspositie en de bezoldigingsregeling van de contractuele personeelsleden van het Ministerie van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest’, dat door het ontwerp wordt opgeheven.

DISPOSITIEF

Artikel 2

1. Volgens de bepaling onder 4° kunnen personen bij arbeidsovereenkomst in dienst worden genomen, uitsluitend om

“in het kader van de toekenning van mandaatbetrekkingen overeenkomstig boek IV van het statuut, (...) te voorzien in de uitvoering van taken die een bijzondere kennis of ruime ervaring op hoog niveau vereisen, beide relevant voor de uit te voeren taken”.

De vraag welke bepalingen precies voor de contractuele mandaathouders gelden, is niet makkelijk te beantwoorden.

Vooreerst zijn de bepalingen van boek IV van het ontwerp van besluit van de Brusselse Hoofdstedelijke Regering ‘houdende het administratief statuut en de bezoldigingsregeling van de ambtenaren van het ministerie van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest’ bij ontstentenis van een andersluidende precisering op alle mandaathouders toepasselijk, ongeacht of zij statutair dan wel contractueel zijn.

Voorts luidt artikel 462 van dat ontwerp van besluit als volgt:

“De bepalingen van Boek I, II en III zijn van toepassing op de mandaathouders voor zover dit boek niet afwijkt van deze bepalingen.”

Dat de voornoemde boeken op de mandaathouders toepasselijk zijn, zonder nadere preciseringen of toelichtingen, doet moeilijkheden rijzen, zoals is aangegeven in het voornoemde advies 54.917/2. Dat geldt des te meer wanneer het contractuele mandaathouders betreft: wat moet men zich bijvoorbeeld voorstelde bij de tuchtstraf van de terugzetting in graad voor een contractuele mandaathouder?

Tot slot stemmen sommige bepalingen van het voorliggende ontwerp niet overeen met de bepalingen van boek IV van het voornoemde ontwerp van besluit. Zo verdragen de bepalingen van hoofdstuk VI van het voorliggende ontwerp zich niet met de artikelen 507 en 508 van het voornoemde ontwerp van besluit ‘houdende het administratief statuut en de bezoldigingsregeling van de ambtenaren van het ministerie van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest’.

De steller van het ontwerp moet die moeilijkheden oplossen.

2. De bepaling onder 5° behoort niet tot de gevallen waarin het APKB in een indienstneming bij arbeidsovereenkomst voorziet.

In dat verband wordt naar de voorafgaande opmerking verwezen.

3. Indien de steller het ontwerp vanaf 1 juli 2014 vaststelt, geeft het ontwerp aanleiding tot de volgende opmerking.

Volgens de bepaling onder 5° kunnen personen bij arbeidsovereenkomst in dienst worden genomen, uitsluitend om

“een betrekking in te vullen [die] vacant [is] verklaard met toepassing van artikel 83 van het statuut en die niet kon worden ingevuld door benoeming na het organiseren van de selectieprocedure zoals bedoeld in voormeld artikel, § 2”.

Uit de nota aan de Regering met het oog op een tweede lezing blijkt echter dat de Regering volgens de nieuwe bepalingen inzake het personeelsplan niet meer verplicht is een welbepaalde betrekking vacant te verklaren. Er moet dus worden aangegeven dat een betrekking vacant is “geworden”. Voorts wordt in paragraaf 2 van artikel 83 de mogelijkheid vermeld om een beroep te doen op aanwerving maar wordt geen selectieprocedure vermeld. Selectieprocedures zijn echter niet eigen aan de aanwerving: ze komen ook voor bij bevorderingen.

Het besluit is dan ook dat de bepaling onder 5° moet worden herzien.

Een soortgelijke opmerking betreffende het begrip vacantverklaring geldt voor artikel 45, tweede lid, waarin sprake is van een functie die “voor statutaire aanwerving (...) vacant verklaard [wordt]”.

Bovendien lijkt de verwijzing naar de “statutaire aanwerving” onjuist aangezien het kan gaan om bevorderingsbetrekkingen, zoals wordt bevestigd door de verwijzing in artikel 83 van het ontwerp van besluit ‘houdende het administratief statuut en de bezoldigingsregeling van de ambtenaren van het ministerie van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest’.

HOOFDSTUK II

Teneinde de gelijke toelaatbaarheid tot de openbare ambten te waarborgen en de objectiviteit van de indienstnemingsprocedure te verhogen, moeten in afdeling 3 de regels inzake de bekendmaking worden bepaald, die in het kader van een indienstneming bij arbeidsovereenkomst worden toegepast voor de oproep tot de gegadigden, alsook de criteria die in aanmerking worden genomen voor de preselecties van de kandidaten.

Artikel 9

In artikel 9 worden de bijkomende en specifieke opdrachten opgesomd die krachtens artikel 2, 4°, een indienstneming bij arbeidsovereenkomst mogelijk maken.

Die opsomming mag de begrippen “bijkomende of specifieke opdrachten” in de zin van artikel 2 van het APKB niet uithollen. De specifieke opdrachten worden in het algemeen gekenmerkt door het feit dat ze bepaaldelijk een bijzondere deskundigheid vereisen die niet aanwezig is binnen de betrokken publiekrechtelijke rechtspersoon.

De opsomming in artikel 9 van het ontwerp doet de vraag rijzen of sommige taken die daarin worden vermeld, werkelijk specifieke of bijkomende opdrachten zijn.

De steller van het ontwerp moet voor elke vermelde betrekking kunnen verantwoorden in welk opzicht ze een “bijkomende of specifieke opdracht” vormt en een indienstneming bij arbeidsovereenkomst vereist.

Artikel 11

Paragraaf 2, *in fine*, bepaalt dat wanneer het gaat om een aanwerving in een functie van rang 2 of 3 de selectie gedaan wordt door een commissie samengesteld conform de bevorderingscommissie van artikel 93 van het statuut.

Er wordt verwezen naar algemene opmerking 2.3, geformuleerd in het voornoemde advies 54.917/2.

Artikel 16

Artikel 16 van het ontwerp verklaart de bepalingen van het statuut inzake interne mobiliteit toepasselijk op de contractuele personeelsleden, behalve op de contractuele personeelsleden bedoeld in artikel 2, 3° en 4°, dat wil zeggen op het personeel dat in dienst is genomen om bijkomende of specifieke opdrachten te vervullen of taken te vervullen die bijzondere kennis of ruime ervaring op hoog niveau vereisen, beide relevant voor de uit te voeren taken.

De vraag rijst of die rechtspositionele bepalingen bestaanbaar zijn met het contractuele verband, daar mutatie een verandering van betrekking zou inhouden. Indien zulks het geval is, houdt het aanbrengen van wijzigingen in het “overeengekomen werk”, en dus in de arbeidsvoorwaarden zoals ze in de arbeidsovereenkomst bepaald zijn, noodzakelijkerwijs en op zijn minst in dat een bijvoegsel bij de arbeidsovereenkomst wordt opgemaakt.

De ambtshalve mobiliteit is harerzijds niet bestaanbaar met een contractueel verband, dat in wezen de akkoordbevinding van de beide partijen vereist. De toepassing naar analogie van die bepaling op de contractuele personeelsleden is dus principieel uitgesloten.

Het is tevens de vraag of de mutatieregeling mogelijk is wanneer de arbeidsovereenkomst die tot stand gekomen is een vervangingsovereenkomst is. In het licht van artikel 11*ter* van de voornoemde wet van 3 juli 1978 moeten in een vervangingsovereenkomst inzonderheid de reden, de identiteit van de vervangen werknemer(s) en de voorwaarden van die indienstneming worden vermeld. Mutatie in zo een context kan tot gevolg hebben dat de

oorspronkelijk ondertekende vervangingsovereenkomst uitgehold wordt. Een bijvoegsel bij de overeenkomst, of zelfs een nieuwe overeenkomst, is dus in dat geval noodzakelijk.

Artikel 17

In dit artikel worden bepaalde verloven waarin het statuut voorziet, op de contractuele personeelsleden toepasselijk verklaard “voor zover deze regeling gunstiger is”.

De afdeling Wetgeving van de Raad van State vraagt zich af of, gelet op de verschillende logica die aan de basis ligt van elk van die twee regelingen, de vergelijking of de ene regeling gunstiger is dan de andere wel mogelijk is. Ze wijst de steller van het ontwerp op de vragen die een dergelijke verwijzing kan oproepen.

Zo heeft de afdeling Wetgeving de volgende opmerking gemaakt in advies 34.109/2, dat op 6 november 2002 uitgebracht is over een ontwerp dat ontstaan heeft gegeven aan het besluit van de Brusselse Hoofdstedelijke Regering van 13 februari 2003 ‘tot bepaling van de rechtspositie en de bezoldigingsregeling van de contractuele personeelsleden van het Ministerie van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest’:

“Bepaalde auteurs onderstrepen dat arbeidscontractanten en ambtenaren weliswaar om dezelfde redenen afwezig zijn, maar dat moet worden gelet op de verschillende rechtsstelsels inzake deze verloven. ‘En régime statutaire, l'absence est essentiellement une question de position administrative: l'agent est-il censé en activité de service, en non-activité, en disponibilité? Cette question maintient-elle ses droits à la promotion et à l'avancement de traitement? Et enfin, y a-t-il maintien du traitement pendant l'absence? La logique du droit du travail diffère fortement: le congé est-il rémunéré? Si non, le travailleur bénéficie-t-il de prestations de sécurité sociale? Est-il protégé contre un licenciement? Le congé suspend-il l'écoulement d'un délai de préavis? On perçoit tout de suite que ces deux modes de raisonnement qui ne coïncident pas vont laisser des zones d'ombre (...)’³.

Zo [kan worden verwezen naar de] voorzieningen in verband met moederschapsbescherming, waaronder het zwangerschapsverlof. Zo wordt het vrouwelijk personeelslid dat een dergelijk verlof neemt geacht in dienstactiviteit te zijn en kan het zijn wedde ontvangen.

Dezelfde redenering kan vanzelfsprekend niet worden gevolgd wanneer de persoon arbeidscontractant is, enerzijds omdat volgens artikel 28, 2°, van de voormelde wet van 3 juli 1978 de uitvoering van de overeenkomst wordt geschorst tijdens de periodes van verlof en arbeidsonderbreking bedoeld in de artikelen 39 en 42 tot 43bis, van de arbeidswet van 16 maart 1971, en anderzijds omdat dat personeelslid zal vallen onder de zogenaamde "moederschapsverzekering", waarbij vergoedingen worden betaald die een bepaald percentage van haar bezoldiging vertegenwoordigen.

Het volstaat derhalve niet bepaalde verloven die aan ambtenaren worden toegekend van toepassing te verklaren op arbeidscontractanten; er moet ook worden nagegaan of deze rechtspositionele bepalingen verenigbaar zijn met de bepalingen die de contractuele arbeidsverhouding regelen.

³ Voetnoot 15 van het geciteerde advies: J. Jacqmain, “Le contrat de travail dans les administrations de l'Etat”, Chr. D.S., 1991-92, blz. 336.

De steller van het ontwerp wordt verzocht na te gaan of de verlopen die hij van toepassing wil verklaren op arbeidscontractanten wel verenigbaar zijn met de bepalingen van de voormelde wet van 3 juli 1978, inzonderheid met de artikelen 28, 29, 30 en 30bis, alsook met de bijzondere wetten die bepaalde verlopen van werknemers regelen”.

Artikel 32

De tweede zin van artikel 32, § 3, luidt als volgt:

“De wijziging van de plaats van uitvoering van de arbeidsovereenkomst van de economische en handelsattaché wordt geregeld door specifieke clausules in de modelovereenkomst, bedoeld in § 2.”

Daarnaast luidt de derde zin als volgt:

“De wijziging van de plaats van uitvoering van de arbeidsovereenkomst geeft geen aanleiding tot de opmaak van een bijlage bij de overeenkomst.”

Die derde zin is derhalve ofwel overbodig, namelijk in het geval waarin een dergelijk beding daadwerkelijk is opgenomen in de arbeidsovereenkomst die in paragraaf 2 wordt bedoeld, ofwel in strijd met artikel 17 van de voornoemde wet van 3 juli 1978, waarvan de regering hoe dan ook niet mag afwijken in een verordeningsbesluit dat uit de aard der zaak eenzijdig is.

De derde zin moet dus worden weggelaten.

Artikel 35

De voorliggende bepaling zou beter afgestemd zijn op artikel 14, § 2, indien de woorden “en een tweede onvoldoende evaluatie” in het eerste lid vervangen zouden worden door de woorden “en een verklaring van beroepsongeschiktheid zoals bedoeld in artikel 14, § 2”.

Artikel 38

Teneinde de bepaling duidelijker te redigeren, moeten de woorden “nemen (...) een definitieve beslissing” worden vervangen door de woorden “beslissen (...) of het personeelslid moet worden ontslagen”.

Artikel 45

In het vierde lid, *in fine*, schrijve men “een hiertoe aangeworven of bevorderde ambtenaar”.

Artikel 47

1. De opheffingsbepalingen moeten vóór de overgangsbepalingen komen.
2. De nog geldende wijzigingen die in het besluit van 13 februari 2003 zijn aangebracht, moeten worden vermeld.
3. In de Franse tekst moet, zoals in de Nederlandse tekst, de volledige datum van het besluit worden vermeld, te weten 13 februari 2003.

LE GREFFIER – DE GRIFFIER

LE PRÉSIDENT – DE VOORZITTER

Bernadette VIGNERON

Pierre VANDERNOOT