



CONSEIL D'ÉTAT

section de législation

avis 55.186/2
du 24 février 2014

sur

un projet d'arrêté du Gouvernement de la Communauté française 'relatif aux conditions d'engagement et à la situation administrative et pécuniaire des membres du personnel contractuel des 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'

Le 28 janvier 2014, 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 aux conditions d'engagement et à la situation administrative et pécuniaire des membres du personnel contractuel des 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'.

Le projet a été examiné par la deuxième chambre le 24 février 2014. La chambre était composée de Pierre VANDERNOOT, conseiller d'État, président, Martine BAGUET et Martine BAGUET, conseillers d'État, Yves DE CORDT et Marianne DONY, assesseurs, et Bernadette VIGNERON, greffier.

Le rapport a été présenté par Yves DELVAL, auditeur.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 24 février 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.

FORMALITÉS PRÉALABLES

1. Si le préambule du projet examiné mentionne l'avis du Conseil de direction du ministère de la Communauté française, du conseil de direction de l'Entreprise publique des Technologies nouvelles de l'information et de la Communication de la Communauté française et l'avis du Conseil de direction de l'Institut de la Formation en cours de carrière, les dates de ces avis sont laissées en blanc et ils ne sont pas joints à la demande d'avis.

Il appartient dès lors à l'auteur du projet de s'assurer du parfait accomplissement de ces formalités préalables.

2. En vertu de l'article 4 de 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',

« 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 ».

Les articles 15 et 16 du projet modifient cet arrêté. Or, les pièces transmises au Conseil d'État ne contiennent pas de projet de rapport au Gouvernement. L'auteur du projet veillera donc au parfait accomplissement de cette formalité

OBSERVATION GÉNÉRALE

Le projet d'arrêté a pour objet, à l'instar d'arrêtés du Gouvernement wallon et du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale ¹, de clarifier la situation administrative et pécuniaire des membres du personnel du ministère de la Communauté française ainsi que ceux des organismes d'intérêt public visés par le projet qui sont engagés dans les liens d'un contrat de travail tel que réglé par la loi du 3 juillet 1978 'relative aux contrats de travail'.

¹ 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' et 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'.

D'une part, jusqu'au 1^{er} juillet 2014, les gouvernements des entités fédérées sont autorisés à engager du personnel sous contrat de travail aux fins exclusives énoncées à l'article 2, § 1^{er}, 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'.

D'autre part, ils doivent respecter les dispositions impératives de la loi du 3 juillet 1978 précitée.

C'est à la lumière de ces deux principes que le projet examiné doit être examiné et appliqué.

OBSERVATIONS PARTICULIÈRES

EXAMEN DU PROJET

PRÉAMBULE

1. 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' ne procure pas un fondement juridique au projet. Il ne faut dès lors pas le mentionner au préambule sous la forme d'un visa.

2. À l'alinéa 5, il y a lieu de corriger la date de la modification du décret du 17 juillet 2002 'portant réforme de l'Office de la Naissance et de l'Enfance, en abrégé « O.N.E. »' et écrire « le 26 mars 2009 » au lieu de « le 27 février 2003 ».

3. De l'accord du fonctionnaire délégué, il y a lieu de citer sous la forme d'un visa l'article 24 du décret du 7 novembre 2013 'définissant le paysage de l'enseignement supérieur et l'organisation académique des études', qui habilite le Gouvernement à arrêter notamment le statut du personnel de l'Académie de Recherche et d'Enseignement Supérieur (ARES).

DISPOSITIF

Article 1^{er}

L'article 1^{er}, § 3, prévoit que les articles 7 à 9 du projet ne s'appliquent pas aux contrats d'occupation d'étudiant, les contrats à durée déterminée de maximum 6 mois, les

conventions de premier emploi et les réengagements. Ces articles prévoient l'institution d'une Commission de sélection (article 7) et les procédures de sélection comportant, d'une part, une description de fonction et la publicité des appels aux candidats (article 8) et, d'autre part, l'intervention de la Commission de sélection.

Interrogé sur ce point, le fonctionnaire délégué a exposé ce qui suit :

« L'arrêté en projet vise principalement le personnel engagé dans le cadre d'un contrat de longue durée. Le fait de déroger pour certaines catégories aux dispositions de l'article 8 n'implique pas l'absence de profil de fonction ou d'appel à candidature pour la sélection de ces catégories [de] personnel. Afin d'enlever tout ambiguïté, il sera proposé au Gouvernement de préciser à l'article 1^{er}, § 4, que la sélection de ce personnel est organisée sur la base d'un profil de fonction et, à l'exception du cas visé au § 3, 4^o, d'un appel à candidature ».

Le projet sera revu en ce sens.

Article 3

L'article 3 du projet traite du régime pécuniaire des membres du personnel contractuel. En vertu de l'article 30 de l'A.R.P.G., « 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 et primes équivalents à ceux d'un agent ayant la même fonction ou une fonction équivalente ».

Si les gouvernements des entités fédérées sont tenus de respecter jusqu'au 1^{er} juillet 2014 l'article 30 précité, ceci ne signifie pas qu'ils peuvent se contenter d'adopter des dispositions réglementaires allant en ce sens.

En effet, la loi précitée du 3 juillet 1978, notamment en ses articles 2 et 3, définit le contrat de travail comme le contrat par lequel un travailleur s'engage contre rémunération à fournir un travail sous l'autorité d'un employeur. Pour qu'un contrat de travail existe, il doit donc nécessairement définir la rémunération du travailleur, considérée comme un élément essentiel de cette relation contractuelle. En l'absence d'un accord des parties sur cette rémunération, il ne peut y avoir un contrat de travail ².

² Cass., 2 octobre 1968, *Pas.*, 1969, I, p. 129.

Chaque contrat de travail doit déterminer cette rémunération en faisant, en l'occurrence, référence à celle des échelles – et partant aux augmentations intercalaires y afférentes – qui, en exécution des articles 8 à 11 du projet, sont applicables au travailleur concerné en tant qu'il a droit à une rémunération identique au traitement lié au grade et à la première échelle octroyés aux membres du personnel statutaire pour la même fonction ou une fonction analogue.

Les dispositions réglementaires du projet ne permettent donc pas de faire l'économie des éléments essentiels qui doivent figurer dans le contrat de travail lui-même.

Article 7

Le deuxième paragraphe prévoit que le membre de la Commission issu du service du personnel ou délégué par celui-ci préside la Commission de sélection. Le troisième paragraphe prévoit que, pour certains emplois, cette commission ne comporte que des membres issus du service fonctionnel, sauf s'ils demandent au service du personnel d'être représentés. Ce paragraphe n'abordant pas la présidence de la Commission, elle sera confiée d'office, même dans cette hypothèse, au représentant du service du personnel. Si telle n'est pas son intention, l'auteur du projet le complètera.

Article 8

La question se pose de savoir s'il ne serait pas plus adéquat de prévoir un appel public à candidatures si l'appel interne et la consultation de la banque de donnée ne procurent qu'un nombre limité, voire un seul candidat, pour l'emploi concerné ³.

Article 9

Afin d'éviter toute ambiguïté, la première phrase du paragraphe 1^{er}, alinéa 2, serait mieux rédigée comme suit :

« Les candidats jugés recevables par la Commission de sélection sont retenus pour un entretien ».

Article 13

Dans un souci de sécurité juridique, il faut prévoir, dans le texte en projet, les adaptations nécessaires aux délais prévus à l'article 90bis du « statut » et pas qu'il y a lieu des les appliquer « *mutatis mutandis* ».

³ Comp. avec l'article 5bis de l'arrêté précité du Gouvernement wallon du 18 décembre 2003

Articles 17 et suivants

Il faut mentionner les modifications encore en vigueur des dispositions modifiées ou abrogées ⁴.

Article 18

L'article 18 a pour effet de permettre à des contractuels « en ordre utile » dans une réserve d'être nommés, dans un grade de recrutement, à l'emploi qu'ils occupent. Il s'agit d'un régime dérogatoire en ce que cet emploi ne sera pas attribué au moyen d'une épreuve comparative organisée pour cet emploi mais d'une épreuve comparative pour un autre emploi au terme de laquelle la personne concernée a été jugé la plus apte parmi les candidats pour occuper cet emploi, alors que cette comparaison n'a pas eu lieu pour l'emploi concerné.

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 ⁵. Pour apprécier cette justification, il convient de tenir compte de ce que le principe selon lequel les recrutements statutaires s'opèrent au moyen d'épreuves comparatives a toujours été considéré comme une garantie essentielle de l'objectivité des recrutements ⁶ et constitue en tant que tel une concrétisation du principe de l'égalité d'accès à la fonction publique ⁷.

Article 22

En vertu de l'article 22 du projet, l'arrêté entre en vigueur le premier jour du mois qui suit sa publication au *Moniteur belge*. Pareille règle d'entrée en vigueur présente l'inconvénient que, si l'arrêté en projet est publié à la fin du mois, ses destinataires ne disposeront pas du délai normal de dix jours pour en être informé.

⁴ *Principes de technique législative - Guide de rédaction des textes législatifs et réglementaires*, www.conseildetat.be, onglet « Technique législative », recommandation n° 113.

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

⁶ C.C., 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.

⁷ C.C., n° 106/2005, 15 juin 2005, B.5 ; avis 30.123/1 de la section de législation du Conseil d'État donné le 25 mai 2000 sur un projet 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.

Le texte doit être rédigé de manière à prévoir un délai suffisant entre la publication de l'arrêté et son entrée en vigueur, qui ne devrait pas être inférieur à dix jours. Si la rédaction actuelle est maintenue, les dispositions devraient être prises pour que l'arrêté soit publié au *Moniteur belge* au minimum dix jours avant la fin d'un mois⁸.

LE GREFFIER

LE PRÉSIDENT

Bernadette VIGNERON

Pierre VANDERNOOT

⁸ *Principes de technique législative - Guide de rédaction des textes législatifs et réglementaires*, www.conseildetat.be, onglet « Technique législative », recommandation n° 152.1.