CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

avis 58.845/4
du 14 mars 2016

sur

un projet d'arrêté royal 'relatif à la fonction de concierge dans les bâtiments occupés par le Service public fédéral Finances'

RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

advies 58.845/4
van 14 maart 2016

over

een ontwerp van koninklijk besluit 'houdende de functie van huisbewaarder in de gebouwen betrokken door de Federale Overheidsdienst Financiën'

‡LW-DADQLEFAF-FIIEFUQ‡

Le 22 janvier 2016, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par le Ministre des Finances à communiquer un avis, dans un délai de soixante jours, sur un projet d'arrêté royal 'relatif à la fonction de concierge dans les bâtiments occupés par le Service public fédéral Finances'.

Le projet a été examiné par la quatrième chambre le 14 mars 2016. La chambre était composée de Pierre LIÉNARDY, président de chambre, Martine BAGUET et Bernard BLERO, conseillers d'État, Christian BEHRENDT, assesseur, et Gregory DELANNAY, greffier.

Le rapport a été présenté par Jean-Baptiste LEVAUX, auditeur.

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

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 14 mars 2016.

*

Op 22 januari 2016 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Minister van Financiën verzocht binnen een termijn van zestig dagen een advies te verstrekken over een ontwerp van koninklijk besluit 'houdende de functie van huisbewaarder in de gebouwen betrokken door de Federale Overheidsdienst Financiën'.

Het ontwerp is door de vierde kamer onderzocht op 14 maart 2016. De kamer was samengesteld uit Pierre LIÉNARDY, kamervoorzitter, Martine BAGUET en Bernard BLERO, staatsraden, Christian BEHRENDT, assessor, en Gregory DELANNAY, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Jean-Baptiste LEVAUX, auditeur.

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

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 14 maart 2016.

*

‡LW-DADQLEFAF-FIIEFUQ‡

Comme la demande d'avis est introduite sur la base de l'article 84, § 1er, alinéa 1er, 1°, 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.

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

1.1. L'article 4, 3°, en projet prévoit que le candidat à la fonction de concierge doit

> « être prêt à exercer la fonction de concierge de façon ininterrompue sauf lorsqu'il lui est autorisé de se faire remplacer ».

De l'esprit du texte, il résulte qu'en principe, le concierge est appelé à exercer sa fonction en sus de celle qu'il remplit comme agent du SPF Finances. En d'autres termes, dans le cadre de cette fonction, sauf à la supposer exercée à temps partiel, il accomplira en moyenne par jour 7 heures 36 dans un régime de travail de 38 heures. Une activité complémentaire n'est certes pas exclue – même si l'agent l'accomplit pour le même employeur – pour autant que soient respectées les dispositions de la loi du 14 décembre 2000 'fixant certains aspects de l'aménagement du temps de travail dans le secteur public', laquelle dispose, en son article 5, § 1er, que

> « (les) travailleurs ont droit au cours de chaque période de vingt-quatre heures, entre la cessation et la reprise du travail, à une période minimale de repos de onze heures consécutives ».

Certes ce même article énonce, en son paragraphe 2, les dérogations possibles mais en les encadrant, en ses paragraphes 3 et 4, de limites. L'article 5 dispose en effet :

> « § 2. Il peut être dérogé au paragraphe 1er :
>
> 1° lorsqu'il s'agit de travailleurs exerçant une fonction dirigeante ou disposant d'un pouvoir de décision autonome ;
>
> 2° pour les activités caractérisées par un éloignement entre le lieu de travail et le lieu de résidence du travailleur ou par un éloignement entre différents lieux de travail du travailleur ;
>
> 3° pour les activités de garde, de surveillance et de permanence caractérisées par la nécessité d'assurer la protection des biens et des personnes ;
>
> 4° dans le cadre de l'hébergement et de la prise en charge pédagogique de personnes ;
>
> 5° pour les activités caractérisées par la nécessité d'assurer la continuité du service ou de la production ;
>
> 6° en cas de travaux urgents à effectuer aux machines ou au matériel ;
>
> 7° en cas de travaux commandés par une nécessité imprévue ;
>
> 8° en cas de surcroît prévisible d'activité ;
>
> 9° en vue de faire face à un accident survenu ou imminent ;

‡LW-DADQLEFAF-FIIEFUQ‡

10° lorsque le travail est organisé en continu ou en équipes successives, uniquement en cas de changement d'équipe, sans qu'un travailleur puisse être occupé dans deux équipes successives ;

11° pour les activités caractérisées par des périodes de travail fractionnées ;

12° pour les services qui concourent à la sécurité civile, publique et militaire.

Le Roi peut, dans les conditions qu'il détermine, autoriser qu'il soit dérogé au § 1er dans certaines branches d'activité ou en vue de l'exécution de certains travaux.

§ 3. Sauf dans les cas visés au § 2, alinéa 1er, 3°, 4°, 6°, 9°, 12° et alinéa 2, la durée du travail ne peut excéder onze heures par jour, même en cas d'application simultanée de différentes dispositions.

§ 4. Sauf dans le cas visé au § 2, 1°, les dérogations ne sont autorisées qu'à la condition que des périodes équivalentes de repos compensatoires soient octroyées au cours des quatorze jours qui suivent. Cette période de quatorze jours peut être adaptée par le Roi ».

L'exercice de la fonction de concierge entre dans le cadre de la dérogation prévue à l'article 5, § 2, alinéa 1er, 3°, et peut donc aboutir à ce que le maximum d'onze heures de prestations par jour au titre de ses deux occupations soit dépassé. Les prestations du concierge peuvent également être telles qu'elles pourront par ailleurs relever des exceptions énoncées au paragraphe 2, 6°, 7° et, le cas échéant, 9°, de ce même article 5. Pour autant, il n'en demeurera pas moins que des temps de repos devront être respectés conformément à l'article 5, § 4. La notion de « permanence de la fonction » ne peut donc être conçue que moyennant le respect de ce dispositif.

1.2. Il convient également de rappeler que le recours cumulé au dispositif applicable au travail de nuit, en application du chapitre IV de la même loi du 14 décembre 2000, ne permet pas – certainement si l'agent effectue ses prestations de jour et de nuit pour le même employeur – de déroger aux règles régissant les temps de repos [1].

1.3. En conclusion, le recours aux concepts de « sans interruption » ou de « façon permanente » [2] – non autrement précisés – est source d'insécurité juridique.

Il appartient à l'auteur du projet de lever l'ambiguïté ainsi créée, ce qu'il devra, en tout état de cause, faire lorsqu'il établira le règlement de travail des concierges en application du chapitre III*bis* de loi du 8 avril 1965 'instituant les règlements de travail'.

[1] À noter que la directive 93/104/CE du Conseil du 23 novembre 1993 'concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail', que la loi du 14 décembre 2000 transpose pour le secteur public, précise en son article 1er paragraphe 3 qu'elle « s'applique à tous les secteurs d'activités, privés ou publics, au sens de l'article 2 de la directive 89/391/CEE, sans préjudice de l'article 17 de la présente directive, à l'exception des transports aériens, ferroviaires, routiers, maritimes, fluviaux et lacustres, de la pêche maritime, d'autres activités en mer, ainsi que des activités des médecins en formation », dont il se déduit que les seules « gardes dormantes » des médecins en formation (stage dans le cadre de leurs études de médecine) sont exclues du champ d'application de la directive. Tout autre type de « garde dormante » y est soumis.

[2] Voir, outre l'article 4, 3°, du projet, les articles 5, § 1er, alinéa 1er, et 6, alinéa 1er, 2°, du projet.

‡LW-DADQLEFAF-FIIEFUQ‡

2. L'article 4, 5°, du projet exige, au titre des conditions à remplir lors du dépôt de la candidature que le candidat à la fonction de concierge a « une composition de ménage permettant l'occupation du logement destiné au concierge ».

Si la section de législation aperçoit les raisons pratiques mais aussi juridiques au regard notamment de la loi du 4 août 1996 'relative au bien-être des travailleurs lors de l'exécution de leur travail' et de ses arrêtés d'exécution, qui sous-tendent cette condition, celle-ci implique cependant que l'autorité est, de la sorte, investie du pouvoir de réclamer au postulant des données personnelles qui ne sont pas, *a priori*, directement inhérentes à l'exercice de la fonction. Le rapport au Roi doit donc expliciter pourquoi ces informations sont nécessaires et proportionnées au regard de l'objectif poursuivi, à savoir engager et occuper un concierge.

EXAMEN DU PROJET

PRÉAMBULE

1. À l'alinéa 1er, le préambule mentionne, comme fondement légal du projet, l'article 107, alinéa 2, de la Constitution.

Par ailleurs, l'alinéa 2 mentionne, comme fondement légal, l'article 4, § 1er, 3°, et § 2, de la loi du 22 juillet 1993 'portant certaines mesures en matière de fonction publique'.

Toutefois, le fondement légal du projet réside, d'une part, dans les articles 37 et 107, alinéa 2, de la Constitution [3] et, d'autre part, dans l'article 4, § 2, 1°, de cette loi, en ce qui concerne le personnel contractuel.

Il y a donc lieu d'ajouter au préambule la mention de l'article 37 de la Constitution, d'en omettre l'article 4, § 1er, 3°, de la loi ainsi que de préciser le fondement légal en visant l'article 4, § 2, 1°.

De même, il convient de supprimer la mention des modifications de la loi qui ne concernent pas ce dernier fondement légal.

2.1. L'alinéa 3 du préambule vise l'article 1er de l'arrêté royal du 1er février 1993 'déterminant les tâches auxiliaires ou spécifiques dans les services publics fédéraux, les services publics de programmation et autres services qui en dépendent ainsi que dans certains organismes d'intérêt public'. L'article 7 se réfère à cette même disposition.

[3] En effet, les articles 37 et 107, alinéa 2, de la Constitution confèrent au Roi le pouvoir de régler l'organisation des services publics fédéraux. Tant la jurisprudence que la doctrine déduisent des dispositions constitutionnelles précitées que la création et l'organisation des services de l'administration générale sont de la compétence exclusive du Roi (Avis 37.904/4 donné le 22 décembre 2004 sur une proposition de loi 'visant à créer un SPF Migrations, à supprimer l'Office des étrangers et à transférer les missions de politique des étrangers et d'asile du SPF Intérieur au SPF Migrations' (*Doc., parl.*, Chambre, 2004-2005, n° 1465/001) ; voir aussi notamment : C.C., 2 juin 2004, arrêt n° 99/2004, B.6.2 ; J. VELAERS, *De Grondwet en de Raad van State, afdeling wetgeving*, Anvers, Maklu, 1999, p. 369; Fr. DELPÉRÉE, *Le droit constitutionnel de la Belgique*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 898 ; D. BATSELÉ, T. MORTIER et M. SCARCEZ, *Initiation au droit constitutionnel*, 2e éd., Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 317).

‡LW-DADQLEFAF-FIIEFUQ‡

À cet égard, dans le courrier de demande d'avis, l'auteur du projet indique qu'une modification de cet arrêté royal est en projet afin de permettre l'engagement de concierges par contrat de travail. L'auteur de projet précise encore que les entrées en service de concierges engagés à titre contractuel ne seront possibles qu'après l'adoption de ce projet.

Interrogé quant au motif pour lequel le projet ne prévoit pas cette modification, le délégué du Ministre a répondu comme suit :

> « De FOD Financiën had oorspronkelijk in artikel 7 een paragraaf 2 voorzien, luidende:
>
> '§ 2. De functie van huisbewaarder is een bijkomende opdracht in de zin van artikel 4, § 1, 3°, van de wet van 22 juli 1993 houdende bepaalde maatregelen inzake ambtenarenzaken'.
>
> Uit het schrijven van de Minister belast met Ambtenarenzaken, d.d. 27 mei 2015, blz. 1, alinea 2, blijkt dat deze verkoos dit zelf te regelen door een wijziging van het koninklijk besluit van 1 februari 1993 tot bepaling van de bijkomende of specifieke opdrachten in de federale overheidsdiensten, de programmatorische overheidsdiensten en de diensten die ervan afhangen, alsook in sommige instellingen van openbaar nut ».

Si, comme il ressort de la réponse du délégué du Ministre, la modification de l'arrêté royal du 1er février 1993 – en vue d'y prévoir, conformément à l'article 4, § 2, 2°, de la loi du 22 juillet 1993, que la tâche de concierge constitue une tâche auxiliaire ou spécifique – est opérée par la voie d'un arrêté distinct, l'auteur du projet devra veiller à ce que l'entrée en vigueur de l'arrêté en projet soit concomitante à celle de cet arrêté modificatif, à peine de méconnaitre l'article 3 de la loi du 22 juillet 1993 en ce que le projet prévoit l'engagement de concierges à titre contractuel. Le visa de l'arrêté royal du 1er février 1993 sera alors omis du préambule.

2.2. L'article 4, § 2, 1°, de la loi du 22 juillet 1993 énonce que « les conditions et modalités de l'engagement ainsi que les conditions de travail des personnes sous contrat de travail dont question au § 1er », dont le 3° concerne les personnes engagées sous le régime du contrat de travail aux fins exclusives d'accomplir des tâches auxiliaires ou spécifiques, sont établies par le Roi « [a]près négociation avec les organisations syndicales représentatives et sur proposition du ministre qui a la Fonction publique dans ses attributions ». Il en résulte que le projet, en ce qu'il règle ces conditions et modalités, doit également être proposé par le Ministre de la Fonction publique. En conséquence, le préambule, l'article exécutoire et la signature doivent être adaptés.

2.3. Une conclusion identique à celle qui précède s'impose si l'auteur du projet choisit d'y insérer la disposition modificative de l'arrêté royal du 1er février 1993. Dans ce cas, le visa de cet arrêté sera maintenu dans le préambule.

‡LW-DADQLEFAF-FIIEFUQ‡

DISPOSITIF

Article 2

Il résulte des articles 37 et 107, alinéa 2, de la Constitution, qu'il appartient au Roi de fixer les règles relatives à la création et à l'organisation des services publics, ou de déléguer ce pouvoir au Ministre.

La disposition sera revue pour habiliter le Ministre en la matière.

Article 4

Le 5° énonce des conditions de nature distincte qu'il convient de disjoindre sous un 5° relatif aux compétences requises pour exercer la fonction de concierge et un 6° relatif à la composition du ménage.

Article 6

À l'article 6, alinéa 1er, 2°, il est prévu de donner une préférence au candidat « qui démontre le mieux qu'il peut exercer de façon permanente les tâches de concierge, tel que prévu à l'article 4, 2° et 3° ».

Interrogé quant à la raison pour laquelle ce renvoi interne se limite aux 2° et 3° et ne vise pas le 5° de l'article 4, le délégué du Ministre a répondu comme suit :

> « Zoals vermeld in artikel 5, § 1, worden tijdens het gesprek met het selectiecomité onder meer de competenties van de kandidaten beoordeeld. Na dit gesprek worden de kandidaten ingedeeld in groepen, binnen deze groepen worden de kandidaten niet onderling gerangschikt. Vermits de vereiste competenties werden onderzocht bij de indeling in de groepen, lijkt het niet aangewezen om dit criteria een tweede maal aan te wenden om de orde van voorrang te bepalen. Wat betreft de gezinssamenstelling deze laat al dan niet toe om te wonen in de huisbewaarderswoning en is dus eventueel een uitsluitingscriterium maar geen rangschikkingscriterium ».

Le classement par groupes effectué par le comité de sélection est, selon l'article 5, § 1er, du projet, fonction des compétences des candidats ainsi que de leur disponibilité pour exercer la fonction sans interruption. À la lecture du projet, ce classement doit donc tenir compte de l'ensemble des conditions qui peuvent faire l'objet d'une évaluation, à savoir celles reprises sous l'article 4, 2°, 3°, et 5°, en tant qu'il mentionne les « compétences requises pour exercer la fonction de concierge ».

Dès lors que, comme le rappelle le délégué du Ministre, le classement par groupe ne comprend pas de classement individuel à l'intérieur de chaque groupe, il est nécessaire que l'ensemble des critères réglementaires soient à nouveau utilisés lors du choix final.

‡LW-DADQLEFAF-FIIEFUQ‡

Articles 7 et 9

Dans sa lettre de saisine, le demandeur d'avis a formulé la question suivante :

« In het bijzonder, vernam ik graag van de afdeling wetgeving of zij kan instemmen met artikel 9, § 1, vierde lid, van het ontwerp van koninklijk besluit, waarin bepaald wordt dat de contractuele huisbewaarder die een wedde geniet bij een andere overheidsdienst behorend tot het federaal openbaar ambt, enkel gerechtigd is op de voordelen in natura. De diensten van mijn departement zijn van mening dat deze bepaling niet in strijd is met artikel 6, § 1, vierde lid, van de wet van 12 april 1965 betreffende de bescherming van het loon der werknemers. Vermits de betrokkenen in hoofdberoep een bezoldigde functie hebben binnen het Federaal Openbaar Ambt, met de Belgische Staat als werkgever, en aldus de functie van huisbewaarder een bijkomende functie betreft die geen volledige dagtaak omvat ».

Sur ce point, l'article 7, alinéa 1er, du projet prévoit qu'

« (en) l'absence de candidats relevant du SPF ou si aucun candidat du SPF ne peut être classé dans les groupes A ou B tels que visés à l'article 5, § 1er, il peut être procédé à l'engagement sous contrat de travail soit d'une personne relevant d'un autre service de la Fonction publique fédérale, soit d'un concierge à titre principal, afin d'exercer la tâche auxiliaire de concierge, telle que visée à l'article 1er de l'arrêté royal du 1er février 1993 déterminant les tâches auxiliaires ou spécifiques dans les services publics fédéraux, les services publics de programmation et autres services qui en dépendent ainsi que dans certains organismes d'intérêt public ».

Il résulte du dispositif de cet alinéa, confirmé par l'alinéa 3 du même article 7 du projet, que la personne qui n'est pas un agent statutaire ou contractuel du SPF Finances mais relève d'un autre service public fédéral, d'une autre autorité publique ou est externe à toute autorité publique, sera engagée, pour exercer les fonctions de concierge, non en vertu d'un avenant à un contrat de travail préexistant, mais sur la base d'un contrat de travail nouveau, établi dans le respect de la loi du 3 juillet 1978 'relative aux contrats de travail'. Par voie de conséquence, c'est l'ensemble de la réglementation applicable à ce contrat de travail qui devra être respectée par les parties à la relation de travail. Dans ce cas, cette personne aura droit à une rémunération (éventuellement proratisée compte tenu du régime de travail du concierge), dans laquelle interviendra l'évaluation des avantages en nature telle que la prévoit l'article 6, § 1er, alinéas 3 et 4, de la loi du 12 avril 1965 'concernant la protection de la rémunération des travailleurs', compte tenu de l'article 6, § 2, de la même loi.

L'article 9, § 1er, alinéa 4, doit être revu pour y régler de manière spécifique, en ayant égard au principe de non-discrimination garanti par les articles 10 et 11 de la Constitution, l'hypothèse où la personne est, pour exercer la fonction de concierge, engagée dans les liens d'un contrat de travail et non sous la forme d'un avenant à un contrat de travail préexistant, qu'elle soit agent d'un autre service public fédéral que le SPF Finances, d'une autre autorité publique ou externe à toute autorité publique, en veillant, dans ce contexte, à tirer les conséquences inhérentes au recours à l'instrument du contrat de travail dans le règlement de la rémunération due au travailleur.

‡LW-DADQLEFAF-FIIEFUQ‡

Article 10

L'article 10 prévoit que le concierge est responsable d'un dommage causé par la faute d'une personne qui cohabite sous le même toit et pour lequel le lien causal avec la faute est établi. En d'autres termes, cette disposition établit un nouveau cas de responsabilité du fait d'autrui.

Il n'appartient pas au Roi de régler une question de responsabilité civile.

De l'accord du délégué du Ministre, l'article 10 du projet doit être omis.

Article 11

1. Afin d'assurer une meilleure lisibilité du texte et de refléter l'organisation logique des idées développées [4], l'alinéa 2 du paragraphe 3 de l'article 11 constituera un paragraphe 4.

En effet, il contient une idée différente de l'alinéa 1er.

2. L'article 11, § 3, alinéa 2, du projet prévoit que les articles 5 et 6 ne sont pas applicables pour l'engagement d'un concierge remplaçant visé aux paragraphes 1er et 2.

Interrogé quant à l'applicabilité des articles 5 et 6 dans le cas d'un concierge remplaçant sur la base de l'alinéa 1er du même paragraphe 3, le délégué du Ministre a répondu comme suit :

> « Als de huisbewaarder wordt vervangen door een persoon die met hem samenwoont zijn de artikelen 5 en 6 niet van toepassing. Naar aanleiding van uw opmerking lijkt het dan ook noodzakelijk om dit uitdrukkelijk te vermelden in § 3, 2e lid ».

Le projet sera donc modifié afin de prévoir cette troisième exception à l'application des articles 5 et 6 du projet.

3. La section de législation n'aperçoit pas pourquoi, aux termes de l'article 11, § 3, du projet, lorsque la personne qui assure le remplacement du concierge est une personne qui cohabite avec lui, cette personne ne peut obtenir l'allocation prévue au paragraphe 1er du même article. Dès lors que cette personne preste une activité de concierge en remplacement, rien ne permet de justifier qu'elle n'obtienne pas une rétribution pour sa prestation. Par ailleurs, cette activité relèvera d'une activité salariée qui nécessitera la conclusion d'un contrat de travail.

[4] *Principes de technique législative - Guide de rédaction des textes législatifs et réglementaires*, www.raadvst-consetat.be, onglet « Technique législative », recommandation n° 57.

‡LW-DADQLEFAF-FIIEFUQ‡

4. Par ailleurs, en réponse à une question concernant la personne habilitée à décider de la solution à préférer en vue du remplacement (paragraphe 1, 2 ou 3 de l'article 11), le délégué du Ministre a répondu comme suit :

> « De functionele chef moet zijn goedkeuring geven aan een vervanging overeenkomstig § 2 of § 3. Naar aanleiding van uw opmerking, lijkt het dan ook noodzakelijk om in § 3 uitdrukkelijk te vermelden dat de instemming van de functionele chef vereist is ».

De même, interrogé par rapport à l'article 5, alinéa 1er, du projet d'arrêté ministériel pris en exécution de l'arrêté examiné [5], le délégué du Ministre a répondu comme suit :

> « Indien de huisbewaarder en de functionele chef het niet eens worden over een eventuele vervanger, dan wordt er naar andere oplossingen gezocht dit kunnen zijn:
>
> - een huisbewaarder neemt ook het toezicht op voor het gebouw in kwestie;
>
> - een personeelslid al dan niet tewerkgesteld in dat gebouw neemt de belangrijkste taken op zich van de huisbewaarder, zonder dat deze noodzakelijk inwoont het volstaat dat hij telefonisch bereikbaar blijft in geval van een vereiste dringende tussenkomst;
>
> - […] ».

La section de législation se demande s'il ne serait pas préférable, en plus de l'ajout suggéré par le délégué, de prévoir qu'en cas de désaccord, le chef fonctionnel dispose du pouvoir de prendre une décision de remplacement, indépendamment de la volonté du concierge en titre. Ceci permettra d'éviter une situation de blocage en cas de désaccord.

En tout état de cause, l'ajout proposé sera inscrit dans le nouveau paragraphe 4, dont la création est recommandée dans l'observation n° 1 relative à la disposition à l'examen.

Article 12

L'article 12 prévoit une délégation de pouvoir réglementaire au Ministre des Finances ou à un fonctionnaire délégué afin de déterminer les droits et devoirs des concierges et des membres de leur ménage.

Toutefois, si le Roi peut déléguer l'exercice de son pouvoir réglementaire à un ministre, en revanche, aucun pouvoir réglementaire tel qu'envisagé par le projet ne peut être confié à l'administration.

Le projet sera modifié afin de limiter l'habilitation au seul ministre.

[5] Projet qui fait l'objet de l'avis 58.846/4 rendu le même jour que le présent avis.

‡LW-DADQLEFAF-FIIEFUQ‡

Articles 13, 15 et 16

1. Les articles 13 et 15 prévoient la possibilité de mettre fin à la désignation en qualité de concierge moyennant un « préavis » de six mois.

En ce qui concerne les concierges contractuels, dans certaines circonstances, en fonction de la durée du contrat de travail, un tel préavis pourrait s'avérer inférieur à celui prévu par l'article 37/2, § 1er, de la loi du 3 juillet 1978.

De même, l'article 16 prévoit un préavis de six mois dans le chef du concierge qui souhaite mettre fin à sa fonction.

Un tel préavis est contraire à l'article 37/2, § 2, de la loi du 3 juillet 1978. Cette disposition prévoit en effet une durée de préavis comprise entre une et treize semaines, en fonction de l'ancienneté du travailleur [6].

Au vu de ces éléments, les dispositions en projet seront revues dans le respect de la loi du 3 juillet 1978. Par ailleurs, si les règles sont maintenues pour les concierges qui ne sont pas visés par cette loi, il conviendra que l'auteur du projet soit à même de justifier les motifs d'un tel traitement différencié.

2. À l'article 15, les mots « dont le délai » seront remplacés par le mot « qui ».

3. À l'article 13, § 1er, 6°, dans sa version française, il est préférable d'écrire « […] ne lui permettant plus, de manière définitive, d'exercer […] ».

Article 18

Le mot « également » sera omis.

*

[6] En outre, l'article 6 de la loi du 3 juillet 1978 précise que « Toute stipulation contraire aux dispositions de la présente loi et de ses arrêtés d'exécution est nulle pour autant qu'elle vise à restreindre les droits des travailleurs ou à aggraver leurs obligations ». Cette disposition est interprétée comme conférant un caractère impératif à cette loi (voir en ce sens, par exemple, V. VANNES, *Le contrat de travail : aspects théoriques et pratiques*, 4e éd., Bruxelles, Bruylant, 2012. L'auteur cite les travaux préparatoires de la loi : projet de loi 'relative aux contrats de travail', *Doc. parl.*, Sénat, 1974, n° 381/1, p. 5).

‡LW-DADQLEFAF-FIIEFUQ‡

Aangezien de adviesaanvraag ingediend is op basis van artikel 84, § 1, eerste lid, 1°, 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.

ALGEMENE OPMERKINGEN

1.1. Het ontworpen artikel 4, 3°, bepaalt dat de kandidaat voor de functie van huisbewaarder

> "bereid [moet] zijn om ononderbroken de functie van huisbewaarder uit te oefenen, behoudens wanneer wordt toegelaten om zich te laten vervangen."

Uit de geest van de tekst blijkt dat de huisbewaarder zijn functie in principe dient uit te oefenen bovenop de functie die hij als personeelslid van de FOD Financiën vervult. Dit betekent dat hij in laatstgenoemde functie tenzij hij die deeltijds uitoefent, gemiddeld 7 uur 36 minuten per dag zal presteren in een arbeidsregeling van 38 uur. Het uitoefenen van een nevenactiviteit is weliswaar niet uitgesloten – zelfs indien het personeelslid ze voor dezelfde werkgever uitoefent – voor zover de bepalingen nageleefd worden van de wet van 14 december 2000 'tot vaststelling van sommige aspecten van de organisatie van de arbeidstijd in de openbare sector', waarvan artikel 5, § 1, als volgt luidt:

> "De werknemers hebben in elk tijdvak van vierentwintig uur tussen de beëindiging en de hervatting van de arbeid recht op ten minste elf opeenvolgende uren rust."

In paragraaf 2 van datzelfde artikel worden weliswaar de mogelijke afwijkingen van de regel opgesomd, maar aan deze afwijkingen worden beperkingen opgelegd in de paragrafen 3 en 4. Artikel 5 luidt immers voor het overige als volgt:

> "§ 2. Van paragraaf 1 kan worden afgeweken:
>
> 1° wanneer het gaat om werknemers die een leidende functie uitoefenen of die over een autonome beslissingsbevoegdheid beschikken;
>
> 2° voor de werkzaamheden waarbij de werkplaats en de standplaats van de werknemer ver van elkaar verwijderd zijn of waarbij de verschillende werkplaatsen van de werknemer ver van elkaar verwijderd zijn;
>
> 3° voor bewakings-, toezicht- en wachtdiensten die verband houden met de noodzakelijke bescherming van goederen en personen;
>
> 4° in opvoedings- en opvangtehuizen;
>
> 5° voor de werkzaamheden die gekenmerkt worden door de noodzaak om de continuïteit van de dienst of de productie te verzekeren;

‡LW-DADQLEFAF-FIIEFUQ‡

6° in geval van dringende werken aan machines of materieel;

7° in geval van arbeid die door een onvoorziene noodzakelijkheid wordt vereist;

8° in geval van voorzienbare activiteitstoename;

9° om het hoofd te beiden aan een voorgekomen [of] dreigend ongeval;

10° wanneer het werk georganiseerd is in continudienst [of] met opeenvolgende ploegen, alleen in het geval van verandering van ploeg, zonder dat een werknemer aan het werk mag worden gehouden in twee opeenvolgende ploegen;

11° voor de werkzaamheden die gekenmerkt worden door onderbroken arbeidsperiodes;

12° voor de diensten die bijdragen tot de burgerlijke, openbare en militaire veiligheid.

De Koning kan onder de door Hem te stellen voorwaarden toestaan dat er van § 1 wordt afgeweken in sommige bedrijfstakken of voor het uitvoeren van sommige werken.

§ 3. Behalve in de gevallen vermeld in § 2, eerste lid, 3°, 4°, 6°, 9°, 12° en tweede lid, mag de arbeidsduur niet meer bedragen dan elf uur per dag, zelfs niet bij de gelijktijdige toepassing van verschillende bepalingen.

§ 4. Behalve in het geval vermeld in § 2, 1°, worden de afwijkingen slechts toegestaan op voorwaarde dat gelijkwaardige periodes van inhaalrust toegekend worden in de loop van de veertien volgende dagen.

Deze periode van veertien dagen kan door de Koning worden aangepast."

Het uitoefenen van de functie van huisbewaarder valt onder de afwijking waarin artikel 5, § 2, eerste lid, 3°, voorziet, wat er dus kan toe leiden dat hij door zijn twee beroepsbezigheden meer presteert dan het maximum van elf uur per dag. Wat de huisbewaarder presteert, kan eveneens vallen onder de uitzonderingen die vermeld zijn in paragraaf 2, 6°, 7° en, in voorkomend geval, 9°, van datzelfde artikel 5. Toch neemt dit niet weg dat overeenkomstig artikel 5, § 4, rusttijden in acht zullen moeten worden genomen. Het begrip "permanentie in de functie" mag dan ook niet anders opgevat worden dan met naleving van die regeling.

1.2. Er moet eveneens op gewezen worden dat de gecombineerde gebruikmaking van de regeling die met toepassing van hoofdstuk IV van dezelfde wet van 14 december 2000 geldt voor nachtarbeid, – zeker indien het personeelslid zowel overdag als 's nachts voor dezelfde werkgever aan het werk is – niet de mogelijkheid biedt om af te wijken van de regels betreffende de rusttijden.[1]

[1] Er moet worden opgemerkt dat in artikel 1, lid 3, van richtlijn 93/104/EG van de Raad van 23 november 1993 'betreffende een aantal aspecten van de organisatie van de arbeidstijd', welke richtlijn bij de wet van 14 december 2000 omgezet is voor de openbare sector, bepaald wordt dat ze "van toepassing [is]op alle particuliere of openbare sectoren in de zin van artikel 2 van Richtlijn 89/391/EEG, met uitzondering van het weg-, lucht-, zee- en spoorwegvervoer, de binnenvaart, de zeevisserij, andere activiteiten op zee, alsmede de activiteiten van artsen in opleiding". Daaruit valt af te leiden dat alleen de "slapende wachtdiensten" van artsen in opleiding (stage in het

‡LW-DADQLEFAF-FIIEFUQ‡

1.3. Het besluit is dan ook dat het gebruik van de – niet nader gepreciseerde – begrippen "ononderbroken" of "op permanente wijze"[2] een bron van rechtsonzekerheid is.

De steller van het ontwerp dient de onduidelijkheid op te heffen die aldus geschapen is, wat hij hoe dan ook zal moeten doen wanneer hij het arbeidsreglement voor de huisbewaarders zal vaststellen met toepassing van hoofdstuk III*bis* van de wet van 8 april 1965 'tot instelling van de arbeidsreglementen'.

2. Krachtens artikel 4, 5°, van het ontwerp bestaat één van de voorwaarden waaraan de kandidaat voor de functie van huisbewaarder bij het indienen van zijn kandidatuur moet voldoen erin "een gezinssamenstelling [te] hebben die de bewoning van de huisbewaarderswoning toelaat".

Hoewel de afdeling Wetgeving zich rekenschap geeft van de praktische, maar ook van de juridische redenen van die voorwaarde, inzonderheid in het licht van de wet van 4 augustus 1996 'betreffende het welzijn van de werknemers bij de uitvoering van hun werk' en de uitvoeringsbesluiten ervan die aan die voorwaarde ten grondslag liggen, impliceert die voorwaarde evenwel dat aan de overheid zodoende de bevoegdheid wordt opgedragen om de postulant te verzoeken om persoonsgegevens die *a priori* niet rechtstreeks in verband staan met de uitoefening van zijn functie. Het verslag aan de Koning moet derhalve verduidelijken waarom die gegevens noodzakelijk zijn en in verhouding staan tot de ermee nagestreefde doelstelling, namelijk het aanwerven en tewerkstellen van een huisbewaarder.

ONDERZOEK VAN HET ONTWERP

AANHEF

1. In het eerste lid van de aanhef wordt artikel 107, tweede lid, van de Grondwet vermeld als rechtsgrond van het ontwerp.

In het tweede lid wordt bovendien artikel 4, § 1, 3°, en § 2, van de wet van 22 juli 1993 'houdende bepaalde maatregelen inzake ambtenarenzaken' als rechtgrond opgegeven.

De rechtsgrond van het ontwerp is echter te vinden, enerzijds in de artikelen 37 en 107, tweede lid, van de Grondwet[3] en, anderzijds in artikel 4, § 2, 1°, van die wet, dat de contractuele personeelsleden betreft.

---

kader van hun studie geneeskunde) uitgesloten zijn van het toepassingsgebied van de richtlijn. Alle andere soorten "slapende wachtdiensten" vallen daaronder.

[2] Zie, naast het ontworpen artikel 4, 3°, de artikelen 5, § 1, eerste lid, en 6, eerste lid, 2° van het ontwerp.

[3] De artikelen 37 en 107, tweede lid, van de Grondwet verlenen immers aan de Koning de bevoegdheid om de organisatie van de federale overheidsdiensten te regelen. Zowel in de rechtspraak als in de rechtsleer wordt uit de voormelde grondwetsbepalingen afgeleid dat het oprichten en organiseren van de diensten van algemeen bestuur zaak van de Koning is (advies 37.904/4 gegeven op 22 december 2004 over een voorstel van wet 'tot oprichting van een FOD Migratie, tot afschaffing van de Dienst Vreemdelingenzaken en tot overheveling van de taken inzake het vreemdelingen- en het asielbeleid van de FOD Binnenlandse Zaken naar de FOD Migratie' (*Parl.St.* Kamer 2004-05, nr. 1465/001); zie inzonderheid ook Grondwettelijk Hof, 2 juni 2004, nr. 99/2004, B.6.2; J. VELAERS, *De*

‡LW-DADQLEFAF-FIIEFUQ‡

In de aanhef moet bijgevolg ook artikel 37 van de Grondwet vermeld worden terwijl de vermelding van artikel 4, § 1, 3°, van de wet achterwege dient te blijven en de rechtsgrond verduidelijkt behoort te worden door te verwijzen naar artikel 4, § 2, 1°.

Ook dient de vermelding van de wijzigingen van de wet die geen betrekking hebben op deze laatste rechtsgrond, geschrapt te worden.

2.1. Het derde lid van de aanhef verwijst naar artikel 1 van het koninklijk besluit van 1 februari 1993 'tot bepaling van de bijkomende of specifieke opdrachten in de federale overheidsdiensten, de programmatorische overheidsdiensten en de diensten die ervan afhangen, alsook in sommige instellingen van openbaar nut'. In artikel 7 wordt naar diezelfde bepaling verwezen.

In dat verband schrijft de steller van het ontwerp in de brief met de adviesaanvraag dat een wijziging van dat koninklijk besluit voorbereid wordt teneinde huisbewaarders met een arbeidsovereenkomst in dienst te kunnen nemen. De steller van het ontwerp preciseert voorts dat de contractuele indiensttreding van huisbewaarders pas mogelijk zal zijn nadat dat ontwerp goedgekeurd zal zijn.

Op de vraag waarom het ontwerp niet voorziet in die wijziging, heeft de gemachtigde van de minister het volgende geantwoord:

> "De FOD Financiën had oorspronkelijk in artikel 7 een paragraaf 2 voorzien, luidende:
>
> '§ 2. De functie van huisbewaarder is een bijkomende opdracht in de zin van artikel 4, § 1, 3°, van de wet van 22 juli 1993 houdende bepaalde maatregelen inzake ambtenarenzaken'.
>
> Uit het schrijven van de Minister belast met Ambtenarenzaken, d.d. 27 mei 2015, blz. 1, alinea 2, blijkt dat deze verkoos dit zelf te regelen door een wijziging van het koninklijk besluit van 1 februari 1993 tot bepaling van de bijkomende of specifieke opdrachten in de federale overheidsdiensten, de programmatorische overheidsdiensten en de diensten die ervan afhangen, alsook in sommige instellingen van openbaar nut."

Indien, zoals blijkt uit van het antwoord van de gemachtigde van de minister, het koninklijk besluit van 1 februari 1993 bij een afzonderlijk besluit gewijzigd wordt teneinde daarin overeenkomstig artikel 4, § 2, 2°, van de wet van 22 juli 1993 te bepalen dat de opdracht van huisbewaarder een bijkomende of specifieke opdracht is, moet de steller van het ontwerp erop toezien dat het ontworpen besluit gelijktijdig met dat wijzigingsbesluit in werking treedt, zo niet wordt artikel 3 van de wet van 22 juli 1993 geschonden doordat het ontwerp voorziet in de contractuele indienstneming van huisbewaarders. De verwijzing naar het koninklijk besluit van 1 februari 1993 moet in dat geval uit de aanhef weggelaten worden.

Grondwet en de Raad van State, afdeling wetgeving, Maklu, Antwerpen, 1999, 369; Fr. DELPÉRÉE, *Le droit constitutionnel de la Belgique*, Brussel, Bruylant, 2000, 898; D. BATSELÉ, T. MORTIER en M. SCARCEZ, *Initiation au droit constitutionnel*, 2e ed., Brussel, Bruylant, 2014, 317).

‡LW-DADQLEFAF-FIIEFUQ‡

2.2. Artikel 4, § 2, 1°, van de wet van 22 juli 1993 schrijft voor dat "de voorwaarden en de wijze van indienstneming alsook de arbeidsvoorwaarden van de met een arbeidsovereenkomst in dienst genomen personen zoals bedoeld in § 1" – waarvan de bepaling onder 3° betrekking heeft op de personen die onder het stelsel van een arbeidsovereenkomst in dienst worden genomen uitsluitend om bijkomende of specifieke opdrachten te vervullen – door de Koning bepaald worden "na onderhandeling met de representatieve vakorganisaties en op de voordracht van de Minister tot wiens bevoegdheid de Ambtenarenzaken behoren". Daaruit volgt dat het ontwerp, doordat het die voorwaarden en die wijze regelt, ook voorgedragen moet worden door de minister bevoegd voor Ambtenarenzaken. De aanhef, de uitvoeringsbepaling en de ondertekening dienen derhalve aangepast te worden.

2.3. Indien de steller van het ontwerp ervoor kiest de bepaling tot wijziging van het koninklijk besluit van 1 februari 1993 in het ontwerp op te nemen, moet men tot een soortgelijke conclusie komen als die welke hiervoor getrokken is. In dat geval moet de verwijzing naar dat besluit in de aanhef behouden blijven.

DISPOSITIEF

Artikel 2

Uit de artikelen 37 en 107, tweede lid, van de Grondwet vloeit voort dat het aan de Koning staat de regels betreffende de oprichting en de organisatie van de overheidsdiensten vast te stellen of die bevoegdheid aan de minister op te dragen.

De bepaling moet aldus worden herzien dat de minister ter zake wordt gemachtigd.

Artikel 4

In de bepaling onder 5° worden voorwaarden van uiteenlopende aard opgesomd die apart moeten worden vermeld: de vereiste competenties om de functie van huisbewaarder uit de oefenen in een bepaling onder 5°, en de voorwaarden aangaande de gezinssamenstelling in een bepaling onder 6°.

Artikel 6

Artikel 6, eerste lid, 2°, stelt dat de voorkeur wordt gegeven aan de kandidaat "[die] het beste aantoont dat [hij] op permanente wijze de taken van huisbewaarder op zich kan nemen, zoals bepaald bij artikel 4, 2° en 3°".

Op de vraag waarom die interne verwijzing alleen betrekking heeft op de bepalingen onder 2° en 3° en niet op de bepaling onder 5° van artikel 4, heeft de gemachtigde van de minister het volgende geantwoord:

> "Zoals vermeld in artikel 5, § 1, worden tijdens het gesprek met het selectiecomité onder meer de competenties van de kandidaten beoordeeld. Na dit gesprek worden de

‡LW-DADQLEFAF-FIIEFUQ‡

kandidaten ingedeeld in groepen, binnen deze groepen worden de kandidaten niet onderling gerangschikt. Vermits de vereiste competenties werden onderzocht bij de indeling in de groepen, lijkt het niet aangewezen om dit criteria een tweede maal aan te wenden om de orde van voorrang te bepalen. Wat betreft de gezinssamenstelling deze laat al dan niet toe om te wonen in de huisbewaarderswoning en is dus eventueel een uitsluitingscriterium maar geen rangschikkingscriterium."

Luidens artikel 5, § 1, van het ontwerp maakt het selectiecomité een indeling in groepen op basis van de competenties van de kandidaten en van hun beschikbaarheid om de functie ononderbroken uit te oefenen. Uit het ontwerp blijkt dat bij het opmaken van die rangschikking dus rekening moet worden gehouden met alle voorwaarden die kunnen worden beoordeeld, namelijk die welke in artikel 4, 2°, 3°, en 5°, worden opgesomd, in zoverre daarin de "vereiste competenties (…) om de functie van huisbewaarder uit te oefenen" worden vermeld.

Aangezien, zoals de gemachtigde van de minister stelt, bij de indeling in groepen geen individuele rangschikking binnen elke groep wordt opgemaakt, moeten bij de uiteindelijke keuze alle reglementaire criteria opnieuw worden toegepast.

Artikelen 7 en 9

In de brief waarmee hij om advies verzoekt, heeft de adviesaanvrager de volgende vraag gesteld:

"In het bijzonder, vernam ik graag van de afdeling wetgeving of zij kan instemmen met artikel 9, § 1, vierde lid, van het ontwerp van koninklijk besluit, waarin bepaald wordt dat de contractuele huisbewaarder die een wedde geniet bij een andere overheidsdienst behorend tot het federaal openbaar ambt, enkel gerechtigd is op de voordelen in natura. De diensten van mijn departement zijn van mening dat deze bepaling niet in strijd is met artikel 6, § 1, vierde lid, van de wet van 12 april 1965 betreffende de bescherming van het loon der werknemers. Vermits de betrokkenen in hoofdberoep een bezoldigde functie hebben binnen het Federaal Openbaar Ambt, met de Belgische Staat als werkgever, en aldus de functie van huisbewaarder een bijkomende functie betreft die geen volledige dagtaak omvat."

Artikel 7, eerste lid, van het ontwerp bepaalt in dat verband dat

"[b]ij gebrek aan kandidaten behorende tot de FOD of zo geen van de kandidaten van de FOD kon worden ingedeeld in de groepen A of B als bedoeld in artikel 5, § 1, kan worden overgegaan tot contractuele indienstneming van een persoon behorend tot een andere dienst van het Federaal Openbaar Ambt, hetzij van een huisbewaarder in hoofdberoep om de bijkomende opdracht van huisbewaarder te vervullen, zoals bedoeld in artikel 1 van het koninklijk besluit van 1 februari 1993 tot bepaling van de bijkomende of specifieke opdrachten in de federale overheidsdiensten en de diensten die ervan afhangen, alsook in sommige instellingen van openbaar nut".

Uit de tekst van dat lid, die wordt bevestigd door het derde lid van hetzelfde artikel 7 van het ontwerp, blijkt dat de persoon die geen vastbenoemd of contractueel personeelslid van de FOD Financiën is maar die tot een andere federale overheidsdienst, tot een andere overheidsinstantie of tot geen enkele overheidsinstantie behoort, in dienst zal worden genomen om de functies van huisbewaarder uit te oefenen, doch niet krachtens een aanvulling

‡LW-DADQLEFAF-FIIEFUQ‡

van een bestaande arbeidsovereenkomst maar wel op basis van een nieuwe arbeidsovereenkomst, opgemaakt met naleving van de wet van 3 juli 1978 'betreffende de arbeidsovereenkomsten'. Bijgevolg moet de hele regelgeving die op die arbeidsverhouding van toepassing is, nageleefd worden door de partijen die door de arbeidsverhouding gebonden zijn. In dat geval heeft de persoon in kwestie recht op een bezoldiging (eventueel berekend naar rato van de arbeidsregeling van de huisbewaarder), waarbij rekening moet worden gehouden met de schatting van de voordelen *in natura* bepaald bij artikel 6, § 1, derde en vierde lid, van de wet van 12 april 1965 'betreffende de bescherming van het loon der werknemers', gelet op artikel 6, § 2, van dezelfde wet.

Artikel 9, § 1, vierde lid, moet aldus worden herzien dat daarin specifiek, met naleving van het non-discriminatiebeginsel gewaarborgd door de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, het geval wordt geregeld waarin, de persoon die de functie van huisbewaarder moet uitoefenen, in dienst wordt genomen krachtens een arbeidsovereenkomst en niet krachtens een aanvulling van een bestaande arbeidsovereenkomst, ongeacht of hij een personeelslid is van een andere federale overheidsdienst dan de FOD Financiën, van een andere overheidsinstantie of van geen enkele overheidsinstantie. Bovendien moet er in die context voor gezorgd worden dat bij de betaling van de bezoldiging die aan de werknemer verschuldigd is de passende gevolgtrekkingen worden gemaakt uit het feit dat de betrokkene bij arbeidsovereenkomst in dienst is genomen.

Artikel 10

In artikel 10 wordt bepaald dat de huisbewaarder aansprakelijk is voor de schade die werd veroorzaakt door een fout van een persoon die met hem onder hetzelfde dak samenwoont, waarbij het causaal verband tussen de schade en fout vaststaat. Die bepaling stelt met andere woorden een nieuw geval van aansprakelijkheid voor daden van derden vast.

Het staat niet aan de Koning een aangelegenheid van burgerrechterlijke aansprakelijkheid te regelen.

Zoals de gemachtigde van de minister heeft beaamd, moet artikel 10 van het ontwerp worden weggelaten.

Artikel 11

1. Voor een betere leesbaarheid van de tekst en om de logische ordening van de uitgewerkte ideeën weer te geven,[4] moet van artikel 11, § 3, tweede lid een paragraaf 4 worden gemaakt.

Die bepaling bevat immers een andere gedachte dan het eerste lid.

[4] *Beginselen van de wetgevingstechniek - Handleiding voor het opstellen van wetgevende en reglementaire teksten*, www.raadvst-consetat.be, tab "Wetgevingstechniek", aanbeveling 57.

‡LW-DADQLEFAF-FIIEFUQ‡

2. In artikel 11, § 3, tweede lid, van het ontwerp wordt bepaald dat de artikelen 5 en 6 niet van toepassing zijn op de indienstneming van een plaatsvervangend huisbewaarder zoals bedoeld in de paragrafen 1 en 2.

Op een vraag over de toepasselijkheid van de artikelen 5 en 6 in het geval van een plaatsvervangend huisbewaarder zoals bedoeld in het eerste lid van dezelfde paragraaf 3, heeft de gemachtigde van de minister het volgende geantwoord:

> "Als de huisbewaarder wordt vervangen door een persoon die met hem samenwoont zijn de artikelen 5 en 6 niet van toepassing. Naar aanleiding van uw opmerking lijkt het dan ook noodzakelijk om dit uitdrukkelijk te vermelden in § 3, 2e lid."

Het ontwerp moet dan ook aldus worden gewijzigd dat voorzien wordt in die derde uitzondering op de toepasselijkheid van de artikelen 5 en 6 van het ontwerp.

3. De afdeling Wetgeving begrijpt niet waarom, luidens artikel 11, § 3, van het ontwerp, de met de huisbewaarder samenwonende persoon die hem vervangt, geen recht heeft op de toelage bedoeld in paragraaf 1 van hetzelfde artikel. Aangezien die persoon een activiteit van plaatsvervangend huisbewaarder uitoefent, valt niet te rechtvaardigen dat hij voor zijn activiteit geen vergoeding zou ontvangen. Die activiteit vormt bovendien een bezoldigde activiteit waarvoor een arbeidsovereenkomst moet worden gesloten.

4. Op een vraag in verband met de persoon die gemachtigd is te bepalen welke oplossing de voorkeur verdient met het oog op de vervanging (paragraaf 1, 2 of 3 van artikel 11), heeft de gemachtigde van de minister voorts het volgende geantwoord:

> "De functionele chef moet zijn goedkeuring geven aan een vervanging overeenkomstig § 2 of § 3. Naar aanleiding van uw opmerking, lijkt het dan ook noodzakelijk om in § 3 uitdrukkelijk te vermelden dat de instemming van de functionele chef vereist is."

Op een vraag over artikel 5, eerste lid, van het ontwerp van ministerieel besluit vastgesteld ter uitvoering van het voorliggende besluit,[5] heeft de gemachtigde van de minister tevens het volgende geantwoord:

> "Indien de huisbewaarder en de functionele chef het niet eens worden over een eventuele vervanger, dan wordt er naar andere oplossingen gezocht dit kunnen zijn:
>
> - een huisbewaarder neemt ook het toezicht op voor het gebouw in kwestie;
>
> - een personeelslid al dan niet tewerkgesteld in dat gebouw neemt de belangrijkste staken op zich van de huisbewaarder, zonder dat deze noodzakelijk inwoont het volstaat dat hij telefonisch bereikbaar blijft in geval van een vereiste dringende tussenkomst;
>
> - (…)".

De afdeling Wetgeving vraagt zich af of het niet beter zou zijn om, naast de toevoeging die de gemachtigde heeft voorgesteld, te bepalen dat wanneer er geen

[5] Ontwerp waarover, op dezelfde dag als het voorliggende advies, advies 58.846/4 is gegeven.

‡LW-DADQLEFAF-FIIEFUQ‡

overeenstemming is, de functionele chef bevoegd is om een beslissing te nemen over de vervanging, ongeacht de wens van de vaste huisbewaarder. Daardoor kan worden voorkomen dat de situatie geblokkeerd raakt wanneer er geen overeenstemming wordt bereikt.

Hoe dan ook moet de voorgestelde toevoeging deel uitmaken van de nieuwe paragraaf 4, die opgenomen zou moeten worden volgens de aanbeveling vervat in opmerking 1 over de voorliggende bepaling.

Artikel 12

Artikel 12 voorziet in een overdracht van verordeningsbevoegdheid aan de minister van Financiën of aan een gemachtigd ambtenaar om de rechten en de plichten van de huisbewaarders en van hun gezinsleden vast te stellen.

Hoewel de Koning de uitoefening van zijn verordeningsbevoegdheid aan een minister kan opdragen, kan evenwel geen enkele verordeningsbevoegdheid zoals bedoeld in het ontwerp aan het bestuur worden overgedragen.

Het ontwerp moet aldus worden gewijzigd dat de machtiging alleen voor de minister geldt.

Artikelen 13, 15 en 16

1. De artikelen 13 en 15 voorzien in de mogelijkheid de aanstelling tot huisbewaarder met een "opzegging" van zes maanden te beëindigen.

Voor de contractuele huisbewaarders zou een dergelijke opzegging in sommige omstandigheden, afhankelijk van de duur van de arbeidsovereenkomst, nadeliger kunnen uitvallen dan de opzegging die bij artikel 37/2, § 1, van de wet van 3 juli 1978 is bepaald.

Zo ook voorziet artikel 16 in een opzegging van zes maanden voor de huisbewaarder die zijn functie wenst neer te leggen.

Een dergelijke opzegging is in strijd met artikel 37/2, § 2, van de wet van 3 juli 1978. Die bepaling voorziet namelijk in een opzegging van een tot dertien weken, afhankelijk van de anciënniteit van de werknemer.[6]

Gelet op die gegevens moeten de ontworpen bepalingen worden herzien met naleving van de wet van 3 juli 1978. Indien die regels worden gehandhaafd voor de

[6] Bovendien bepaalt artikel 6 van de wet van 3 juli 1978 het volgende: "Alle met de bepalingen van deze wet en van haar uitvoeringsbesluiten strijdige bedingen zijn nietig voor zover zij ertoe strekken de rechten van de werknemer in te korten of zijn verplichtingen te verzwaren". Die bepaling wordt aldus geïnterpreteerd dat ze aan die wet een bindend karakter verleent (zie in die zin bijvoorbeeld V. VANNES, *Le contrat de travail: aspects théoriques et pratiques*, 4e uitg., Brussel, Bruylant, 2012. De auteur citeert de parlementaire voorbereiding van de wet: Ontwerp van wet 'betreffende de arbeidsovereenkomsten', *Parl.St.* Senaat 1974, nr. 381/1, 5).

‡LW-DADQLEFAF-FIIEFUQ‡

huisbewaarders die niet onder die wet vallen, moet de steller van het ontwerp een dergelijke verschillende behandeling kunnen rechtvaardigen.

2. In artikel 15 moeten de woorden "waarvan de termijn" worden vervangen door het woord "die".

3. In de Franse tekst van artikel 13, § 1, 6°, is het beter "(…) ne lui permettant plus, de manière définitive, d'exercer (…)" te schrijven.

Artikel 18

Het woord "eveneens" moet worden weggelaten.

LE GREFFIER – DE GRIFFIER LE PRÉSIDENT – DE VOORZITTER

Gregory DELANNAY Pierre LIÉNARDY

‡LW-DADQLEFAF-FIIEFUQ‡