



CONSEIL D'ÉTAT

section de législation

avis 61.048/4
du 22 mars 2017

sur

un projet d'arrêté du Gouvernement de la Communauté française 'portant modification de l'arrêté du Gouvernement de la Communauté française du 15 avril 2014 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 24 février 2017, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par le Ministre du Budget, de la Fonction publique et de la Simplification administrative 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 'portant modification de l'arrêté du Gouvernement de la Communauté française du 15 avril 2014 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 quatrième chambre le 22 mars 2017. La chambre était composée de Pierre LIÉNARDY, président de chambre, Martine BAGUET et Bernard BLERO, conseillers d'État, et Jacques ENGLEBERT, assesseur, et Colette GIGOT, greffier.

Le rapport a été présenté par Stéphane TELLIER, auditeur.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 22 mars 2017.

*

Comme la demande d'avis est introduite sur la base de l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2^o, 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

En application de l'article 4, alinéa 2, 1^o, du décret du 7 janvier 2016 'relatif à l'intégration de la dimension de genre dans l'ensemble des politiques de la Communauté française', chaque ministre doit établir, pour chaque projet d'acte législatif et réglementaire, un rapport d'évaluation de l'impact du projet sur la situation respective des femmes et des hommes, dit « test genre ».

Depuis le 1^{er} janvier 2017¹, il s'agit d'une formalité obligatoire.

Il appartient dès lors à l'auteur du projet de veiller au bon accomplissement de celle-ci et d'en faire mention au préambule.

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

Selon la note au Gouvernement :

« Considérant la haute expertise requise par ces fonctions, il apparaît indispensable que l'administration puisse proposer des barèmes suffisamment attractifs pour attirer des candidats compétents. Se pose toutefois la question de la manière d'atteindre cet objectif, notamment quant à la nature du lien qui entourera la relation de travail entre l'administration et le membre de la Cellule.

Il convient tout d'abord de noter qu'il apparaît peu opportun de recourir au recrutement statutaire pour pourvoir aux emplois de cette Cellule. Comme évoqué ci-dessus, la Cellule sera temporaire, les personnes qui y seront recrutées n'auront pas forcément pour vocation à faire carrière dans l'administration (sauf si l'emploi devait être octroyé à une personne qui est déjà fonctionnaire). L'hypothèse de recrutement statutaire semble donc à exclure.

Toutefois, la réglementation ne permet pas de proposer des conditions salariales suffisamment attractives pour motiver des candidats potentiels pour ce type de fonction.

La réglementation relative aux engagements contractuels se trouve dans l'arrêté du Gouvernement de la Communauté française du 15 avril 2014 relatif aux

¹ En application de l'article 12 du décret du 7 janvier 2016.

conditions d'engagement et à la situation administrative et pécuniaire des membres du personnel contractuel. [...]

Ajoutons que l'arrêté limite également l'évolution pécuniaire des contractuels aux seules augmentations intercalaires de l'échelle qui leur ont été octroyées.

Il apparaît donc que l'arrêté du 15 avril 2014 ne permet pas d'octroyer des rémunérations attractives, permettant de motiver des candidats potentiels à des emplois hautement qualifiés et temporaires. Il est donc opportun d'envisager des modifications réglementaires en vue de remédier à cette carence ».

Les modifications apportées à l'arrêté du 15 avril 2014 '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' sont cependant plus larges que celles permettant d'atteindre l'objectif d'engager des experts contractuels temporaires dans le cadre du Pacte d'excellence.

Ainsi par exemple, l'article 2 du projet remplace l'article 3 de l'arrêté du 15 avril 2014 en introduisant la possibilité de recruter un expert à l'échelle barémique de directeur général adjoint (150/1), non seulement en vue de la mise en œuvre du Pacte d'excellence mais également pour tout engagement d'expert, que ce soit au Ministère de la Communauté française, au Conseil supérieur de l'audiovisuel ou dans un organisme d'intérêt public qui relève du comité de secteur XVII. Cela est confirmé dans la note au Gouvernement qui précise que « l'octroi de cette échelle n'est pas limité aux recrutements opérés dans le cadre du Pacte d'excellence »².

Interrogé sur les modifications projetées qui apparaissent trop larges au regard de l'objectif d'engager des experts contractuels en vue de mettre en œuvre le Pacte d'excellence, qui est le seul qui transparaît de la lecture de la note au Gouvernement, le délégué du Ministre a précisé ce qui suit :

« [...] je pense qu'il est utile d'apporter des éléments d'explications complémentaires quant à la genèse du projet (qui ne transparaissent peut-être pas suffisamment clairement des documents transmis). Si le projet tient à permettre le recrutement de membres du personnel contractuel à des conditions spécifiques (pour le personnel affecté au suivi du Pacte pour un enseignement d'excellence), le Gouvernement a également profité de l'occasion pour insérer d'autres dispositions d'utilité « générale » pour le fonctionnement de ses services. Ces dispositions concernent naturellement le personnel expert recruté pour le Pacte mais visent surtout à répondre à des besoins plus larges, qui s'étendent à l'ensemble des recrutements contractuels opérés par la Communauté française.

² Voir également l'article 3 ainsi que l'article 4, 1°, du projet, au sujet duquel le délégué du Ministre a précisé : « L'article 4, 1° du projet est également une disposition à portée plus générale que le Gouvernement a jugé opportun d'insérer à l'occasion de la modification de l'arrêté du 15 avril 2014 (...). Cette demande a été formulée par nos Services de ressources humaines et vise à permettre une plus grande objectivité dans les recrutements et de faciliter le travail en cas d'afflux importants de candidatures pour certains postes ».

Ainsi, la possibilité de recruter du personnel contractuel à l'échelle de Directeur général-adjoint (150/1) a été insérée. L'objectif est bien de ne pas limiter l'octroi de cette échelle aux experts recrutés en vue d'assurer la mise en œuvre du Pacte d'excellence, mais de conférer à cette disposition un caractère général. S'il est évident que certains experts recrutés dans le cadre du Pacte d'excellence pourraient promériter cette échelle, nous sommes d'avis que d'autres fonctions (au sein du Ministère ou des OIP) pourraient également justifier l'octroi de cette échelle. En d'autres termes, si cette disposition sert l'objet du présent projet, nous l'aurions proposée même en l'absence du besoin de recruter des experts pour le Pacte d'excellence.

[...] ».

2. Si la possibilité de recruter du personnel contractuel jusqu'à l'échelle de directeur général adjoint a une portée générale, il n'en va pas de même s'agissant de l'allocation prévue à l'article 3, § 3, en projet, dès lors que celle-ci ne serait octroyée qu'aux seuls experts contractuels engagés dans la cadre du Pacte d'excellence. Eu égard au fait que d'autres services de la Communauté française ou des organismes d'intérêt public relevant du comité de secteur XVII pourraient également avoir besoin d'engager des experts hautement qualifiés³, se pose la question de l'admissibilité de cette mesure au regard du principe d'égalité. Interrogé sur ce point, le délégué du Ministre a exposé ce qui suit :

« Comme vous l'aurez sûrement lu dans la note au Gouvernement, la mise en œuvre du Pacte d'excellence nécessitera pour l'Administration de 'pouvoir s'entourer d'experts de haut niveau, disposant à la fois d'une connaissance fine du monde de l'enseignement mais également d'une expérience en termes de gestion de projet et/ou de management'. Ces fonctions se caractériseront notamment par une grande transversalité et par la nécessité d'assurer une coordination entre les différentes équipes projets, les sponsors et les Départements de l'administration qui seront concernés. Toutes ces compétences devront en outre être exercées dans le cadre d'un projet d'ampleur considérable, sans commune comparaison avec les autres projets menés actuellement au sein de la Communauté française.

On retrouve dans les profils des personnes à recruter cette nécessité d'être à la fois un expert dans un domaine de compétences particulier mais également de disposer d'une large expérience en gestion/coordination de projet (voir management, même s'ils ne disposeront pas d'une autorité hiérarchique directe sur les autres départements de l'Administration), ce qui rend le recrutement de ces personnes particulièrement ardu. Nous ne remettons pas en cause le besoin pour le Ministère ou les OIP de s'entourer d'experts de haut niveau, mais la spécificité des profils qui devront être engagés pour la mise en œuvre du Pacte s'inscrit au-delà de la simple expertise métier. Le besoin est inédit et le dispositif qui doit nous permettre de rencontrer ce besoin est, en conséquence, adapté à cette spécificité. Le Gouvernement a souhaité précisément limiter la portée de cette disposition à ces besoins particuliers et ne pas l'étendre indûment à d'autres fonctions d'expert pour lesquelles la réglementation permet déjà l'octroi d'échelles préférentielles ».

³ Voir à ce sujet l'avis du 6 février 2017 du Comité de direction de la Fédération Wallonie-Bruxelles et celui du 13 février 2017 de l'ARES.

Compte tenu de ce que le projet examiné prévoit des mesures, certes temporaires mais dérogatoires au droit commun en ce qu'elles permettent l'engagement à des conditions plus favorables d'une catégorie bien spécifique d'agents contractuels, ces dérogations ne sont admissibles que pour autant qu'elles puissent être justifiées au regard des principes d'égalité et de non-discrimination consacrés par les articles 10 et 11 de la Constitution.

3. Pour les raisons énoncées dans les deux observations qui précèdent, il est recommandé d'accompagner la publication de l'arrêté en projet d'un rapport au Gouvernement dans lequel les dispositions projetées seront explicitées et le rapport au Gouvernement précisera par ailleurs les motifs des différences de traitement instauré au sein de chacune d'elles ⁴.

OBSERVATIONS PARTICULIÈRES

PRÉAMBULE

L'alinéa 16 fait état de l'avis du Conseil de direction du Conseil supérieur de l'audiovisuel de la Communauté française. Or, il ne ressort pas des annexes au projet que cet avis a été donné.

Interrogé sur ce point, le délégué du Ministre a indiqué ce qui suit :

« Cet avis est problématique pour l'ensemble des projets que nous gérons. Nous envoyons, à chaque fois que cela est requis, une demande d'avis au Conseil Supérieur de l'Audiovisuel qui, à chaque fois, ne nous répond pas. Comme le projet n'est pas encore abouti et que je ne désespère pas qu'un jour j'obtiendrai un avis, j'attends la dernière lecture pour signaler dans le préambule que le délai étant dépassé, l'avis est réputé favorable. Il m'est avis que je devrais le faire une fois votre avis réceptionné ».

⁴ Voir dans le même sens l'avis 59.433/4 donné le 15 juin 2016 sur un projet devenu l'arrêté du Gouvernement wallon du 30 juin 2016 'modifiant l'arrêté du Gouvernement wallon du 18 décembre 2003 portant le statut des agents de l'Office wallon de la Formation professionnelle et de l'Emploi, l'arrêté du Gouvernement wallon du 18 décembre 2003 relatif aux conditions d'engagement et à la situation administrative et pécuniaire des membres de personnel contractuel et l'arrêté du Gouvernement wallon du 25 avril 2013 modifiant l'arrêté du Gouvernement wallon du 18 décembre 2003 portant le statut des agents de l'Office wallon de la Formation professionnelle et de l'Emploi et l'arrêté du Gouvernement wallon du 18 décembre 2003 relatif aux conditions d'engagement et à la situation administrative et pécuniaire des membres du personnel contractuel et portant des dispositions transitoires en ce qui concerne les conditions d'accès aux emplois d'encadrement dans les métiers du conseil'.

En vertu de l'article 4, alinéa 2, de l'arrêté du Gouvernement de la Communauté française du 22 juillet 1996 'portant statut des agents des Services du Gouvernement de la Communauté française'⁵, il y a lieu de modifier le préambule en faisant état de ce que l'avis du conseil de direction du Conseil supérieur de l'audiovisuel est réputé favorable à défaut d'avoir été donné dans les soixante jours ouvrables⁶.

DISPOSITIF

Article 2

1. L'article 3, paragraphes 2 et 3, en projet traite du régime pécuniaire des membres du personnel contractuel ayant une fonction d'expert.

La loi du 3 juillet 1978 'relative aux contrats de travail', 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 travail⁷.

Chaque contrat de travail doit déterminer cette rémunération en faisant, en l'occurrence, référence à celle des échelles qui, en exécution de l'article 3, § 2, alinéa 1^{er}, en 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-même⁸.

2. L'article 3, § 3, alinéa 2, en projet, prévoit, sur décision motivée, l'octroi d'une allocation d'un montant plus élevé pour les experts contractuels engagés dans le cadre du Pacte d'excellence, qui exercent une fonction de niveau 1 et « dont le profil de fonction emporte une expérience particulièrement pointue ».

⁵ Cette disposition est rendue applicable par l'arrêté du Gouvernement de la Communauté française du 17 mars 2004 'fixant les statuts administratif et pécuniaire de certains agents du Conseil supérieur de l'Audiovisuel'.

⁶ Voir dans le même sens l'avis 59.562/4 donné le 6 juillet 2016 sur un projet devenu l'arrêté du Gouvernement de la Communauté française du 20 juillet 2016 'relatif à la cession du droit d'auteur des membres du personnel 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'.

⁷ Cass., 2 octobre 1968, *Pas.*, 1969, I, p. 129.

⁸ Voir en ce sens, l'avis 55.186/2 donné le 24 février 2014 sur un projet devenu l'arrêté du Gouvernement de la Communauté française du 15 avril 2014 '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'.

Interrogé sur la question de savoir comment un expert sera considéré comme ayant ou pas une « expérience particulièrement pointue », le délégué du Ministre a précisé :

« Les termes ‘expérience particulièrement pointue’ recouvrent toute expérience qui, de par sa nature ou en raison de l’état du marché du travail, peut justifier l’octroi d’une allocation particulière. À l’origine, il était prévu que la plus haute allocation soit réservée aux responsables de l’équipe. Le Gouvernement a toutefois souhaité garder une certaine souplesse pour apprécier, le cas échéant, si certains profils ne nécessitaient pas une valorisation supplémentaire. Certains profils, liés aux nouvelles technologies par exemple, pourraient justifier cette différence en raison de la rareté de leur expertise ».

Il convient à l’instar de ce qui est prévu à l’article 3, § 2, alinéa 1^{er}, en projet, de prévoir au paragraphe 3, alinéa 2, en projet de la même disposition que l’octroi du bénéfice de l’allocation fasse l’objet d’une décision fondée sur des circonstances particulièrement motivées.

En revanche, au paragraphe 3, alinéa 1^{er}, les mots « sur décision motivée » seront omis puisqu’ils ne font que répéter une obligation découlant de la loi du 29 juillet 1991 ‘sur la motivation formelle des actes administratifs’.

Par ailleurs, la distinction entre « expert » et « expert ayant une expérience particulièrement pointue » n’est admissible que pour autant qu’elle puisse être justifiée au regard des principes d’égalité et de non-discrimination consacrés par les articles 10 et 11 de la Constitution ; le rapport au Gouvernement expliquera les motifs qui justifient la différence de traitement ⁹.

3. L’article 3, § 3, alinéa 4, en projet fait double emploi avec l’article 5 de l’arrêté royal du 26 mars 1965 ‘portant réglementation générale des indemnités, allocations et primes quelconques accordées au personnel des services publics fédéraux’, lequel reste applicable au personnel de la Communauté française.

L’article 3, § 3, alinéa 4, en projet sera omis.

⁹ La concertation qui a eu lieu en comité de secteur, a débouché sur un désaccord de toutes les organisations syndicales. Il est dans les usages que le dossier joint à la demande d’avis comporte des éléments de réponse aux objections formulées dans le cadre de la concertation. Ce faisant en effet, l’auteur démontre la raison d’être et donc l’utilité de mener une telle concertation. Il aurait été indiqué que cela fut le cas aussi dans ce dossier.

Article 3

1. La modification apportée par l'article 3, 1^o, à l'article 8 de l'arrêté du 15 avril 2014 entraîne l'obligation de procéder concomitamment à un appel à candidatures interne et à un appel public à candidatures, en cas d'engagement d'un expert, ce caractère concomitant étant facultatif en cas d'appel public à candidatures (hypothèse visée à l'article 8, § 3, alinéa 1^{er}, 1^o, du même arrêté).

Cette disposition en projet est en contradiction avec l'article 8, § 3, alinéa 2, dernière phrase, qui dispose que l'appel public à candidatures « peut être lancé de façon concomitante à l'appel interne [...] ». Cette disposition laisse en effet la faculté de procéder à un appel à candidatures interne et public concomitant dans toutes les hypothèses.

Afin d'éviter toute contradiction entre l'article 8, § 3, alinéa 2 et l'alinéa nouveau tel qu'inséré dans cet article 8, § 3, par l'article 3, 1^o, du projet, il conviendrait d'abroger la dernière phrase de l'article 8, § 3, alinéa 2 de l'arrêté du 15 avril 2014.

2. L'article 8, § 3, alinéa 5, en projet, dispose que « le membre du personnel statutaire retenu est mis en congé pour mission d'intérêt général dans son emploi d'origine ». Il va de soi que cette disposition est appelée à s'inscrire dans le cadre du chapitre VII, section 1^{re}, de l'arrêté du Gouvernement de la Communauté française du 2 juin 2004 'relatif aux congés et aux absences des agents des Services du Gouvernement de la Communauté française, du Conseil supérieur de l'Audiovisuel et des organismes d'intérêt public relevant du Comité de Secteur XVII'.

Article 5

L'article 5 du projet prévoit que celui-ci « entre en vigueur le jour de sa publication au *Moniteur belge* ».

À moins d'une raison spécifique justifiant une dérogation au délai usuel d'entrée en vigueur, fixé par l'article 84, alinéa 1^{er}, 2^o, de la loi spéciale du 8 août 1980 'de réformes institutionnelles', il faut renoncer, en principe, à l'entrée en vigueur immédiate afin d'accorder à chacun un délai raisonnable pour prendre connaissance des nouvelles règles.

LE GREFFIER

LE PRÉSIDENT

Colette GIGOT

Pierre LIÉNARDY