



CONSEIL D'ÉTAT

section de législation

avis 61.973/2/V
du 6 septembre 2017

sur

un projet d'arrêté du Gouvernement de la Communauté
française 'relatif au télétravail'

Le 24 juillet 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 prorogé de plein droit * jusqu'au 7 septembre 2017, sur un projet d'arrêté du Gouvernement de la Communauté française 'relatif au télétravail'.

Le projet a été examiné par la deuxième chambre des vacations le 6 septembre 2017. La chambre était composée de Pierre LIÉNARDY, président de chambre, Martine BAGUET et Bernard BLERO, conseillers d'État, et Charles-Henri VAN HOVE, greffier assumé.

Le rapport a été présenté par Stéphane TELLIER, auditeur.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 6 septembre 2017.

*

* Ce délai résulte de l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2°, *in fine*, des lois 'sur le Conseil d'État', coordonnées le 12 janvier 1973 qui précise que ce délai est prolongé de plein droit de quinze jours lorsqu'il prend cours du 15 juillet au 31 juillet ou lorsqu'il expire entre le 15 juillet et le 15 août.

Comme la demande d'avis est introduite sur la base de l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2°, des lois 'sur le Conseil d'État', coordonnées le 12 janvier 1973, 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 GÉNÉRALE

Il ressort de la lecture du projet d'arrêté examiné que trois autorités différentes sont susceptibles d'être compétentes pour adopter une décision en matière de télétravail :

1. En ce qui concerne l'octroi du télétravail : le comité de direction tel que défini à l'article 2, 5°, du projet (article 4, § 2) ;
2. En cas de changement d'affectation : la décision de poursuivre ou non le télétravail revient au chef de service (article 10) ;
3. En cas de renouvellement du télétravail, de modification ou de fin de télétravail : le fonctionnaire général, tel que défini à l'article 2, 7°, du projet, s'il donne une suite favorable à la demande de renouvellement (article 21, alinéa 2 et 3) et le comité de direction, si le fonctionnaire général ne donne pas suite favorable à la demande de renouvellement (article 21, alinéa 5) ¹.

La note au Gouvernement expose que « la nouvelle procédure proposée fait en sorte que tout n'est plus centralisé au niveau du comité de direction (ou l'organe de direction pour les OIP et le CSA). De la sorte, il sera donc désormais possible aux membres du personnel souhaitant télétravailler d'introduire leur première demande tout au long de l'année ».

Les différentes procédures projetées, qui « décentralisent » le pouvoir de décision en matière de télétravail, peuvent à priori apparaître contraires au principe du parallélisme des compétences. Toutefois, la théorie du parallélisme des compétences a pour seule signification que l'autorité compétente pour adopter une décision administrative est aussi, en l'absence de disposition contraire, celle qui est compétente pour mettre fin aux effets

¹ L'article 22 du projet, relatif à la modification ou à la fin du télétravail, renvoie à l'article 21 pour ce qui concerne les modalités de la prise de décision.

de cette décision, et que, pour ce faire, elle doit respecter une procédure analogue à celle qui a été suivie pour l'adopter ².

OBSERVATIONS PARTICULIÈRES

PRÉAMBULE

1. Entre l'alinéa 6 et l'alinéa 7, il convient d'insérer un nouvel alinéa visant l'arrêté du Gouvernement de la Communauté française du 6 octobre 2011 'relatif au télétravail', lequel est appelé à être abrogé par l'article 24 du projet ³.

2. L'alinéa 8 vise l'accord du Ministre du Budget. Le Ministre du Budget de la Communauté française est également le Ministre de la Fonction publique de la Communauté française, ce dernier étant le ministre proposant. Cependant, dès lors que le ministre qui propose le projet examiné le fait en tant que Ministre de la Fonction publique, il s'ensuit que formellement il doit, en tant que Ministre du Budget, donner son accord sur le projet d'arrêté.

L'auteur du projet veillera au bon accomplissement de cette formalité.

3. Interrogée sur l'accomplissement des formalités préalables, la déléguée du Ministre a indiqué qu'elle était en attente des avis du Conseil de direction de l'ETNIC, du Conseil de direction du Conseil supérieur de l'Audiovisuel et du Conseil de direction de l'Institut de la formation en cours de carrière, visés respectivement aux alinéas 11, 12 et 14 du préambule.

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

4. Lorsqu'elle n'est pas précisée, il y a lieu de mentionner pour chaque formalité la date à laquelle elle a été accomplie ⁴.

5. Les formalités accomplies seront citées dans l'ordre chronologique en commençant par la plus ancienne ⁵.

² Voir l'avis du Conseil d'État n° 59.638/4 donné le 19 septembre 2016 sur un avant-projet devenu le décret du 18 mai 2017 'relatif à la reconnaissance et aux obligations des établissements chargés de la gestion du temporel des cultes reconnus' (*Doc. parl.*, Parl. wall., 2016-2017, n° 770/1, p. 25).

³ Voir dans le même sens l'avis n° 49.558/4 donné le 18 mai 2011 sur un projet devenu l'arrêté du Gouvernement de la Communauté française du 6 octobre 2011 'relatif au télétravail', observation sous l'alinéa 2 nouveau.

⁴ *Principes de technique législative - Guide de rédaction des textes législatifs et réglementaires*, www.raadvst-consetat.be, onglet « Technique législative », recommandation n° 34, d.

⁵ *Ibid.*, recommandation n° 34, b.

6. L'alinéa relatif à l'avis du Conseil d'État sera placé en fin de préambule avant le considérant.

DISPOSITIF

Article 3

L'article 3, alinéa 1^{er}, 3^o, du projet prévoit qu'une des conditions à remplir pour être autorisé à recourir au télétravail est que « le télétravailleur exerce ses fonctions dans le cadre d'un régime de travail à temps plein ou à temps partiel de minimum 80 % ».

Dans un arrêt n° 230.699 du 31 mars 2015, *De Norre*, le Conseil d'État a écarté, sur la base de l'article 159 de la Constitution, une disposition identique d'un arrêté de la Région de Bruxelles-Capitale organisant le télétravail

« en raison du caractère discriminatoire de l'exclusion du régime de télétravail des agents prestant un temps partiel à concurrence de moins de 80 % de l'horaire complet »⁶.

En raison de son caractère discriminatoire, la condition prévue à l'article 3, alinéa 1^{er}, 3^o, du projet doit être omise.

À la lumière de cet arrêt, il apparaît que les dispositions de l'article 9, alinéas 1^{er} et 2, du projet peuvent être considérées comme ayant également un caractère discriminatoire et doivent être omises.

L'article 8, § 1^{er}, sera également revu en conséquence.

Article 4

1. Au paragraphe 2, il y a lieu de fusionner les alinéas 2 et 3 de manière telle qu'il soit clair que c'est par le comité de direction que le candidat est entendu à sa demande en cas d'avis défavorable du chef de service.

2. Au paragraphe 2, alinéa 4, le mot « contraire » sera remplacé par le mot « défavorable » et les mots « au paragraphe précédent » seront remplacés par les mots « au paragraphe 1^{er}, alinéa 2 ».

Article 5

L'article 5 est peu clair. La section de législation se demande s'il y est question d'une ou de deux décisions : la première étant la décision favorable, la seconde étant l'autorisation de télétravail.

⁶ Ce constat ayant entraîné à l'annulation de l'acte attaqué en l'espèce.

Dans chacune de ces hypothèses se pose la question de savoir quelle est la portée des mots « au plus tard dans les 3 mois de la demande ».

Enfin, la disposition reste en défaut de prévoir quel effet est attaché à l'absence de décision ou d'autorisation dans délai prescrit et, à fortiori, à la prise de décision au delà du délai prescrit.

Le projet sera clarifié sur ce point.

Article 8

1. À l'article 8, § 1^{er}, alinéa 3, du projet, les mots « au même alinéa » seront remplacés par les mots « à l'alinéa 1^{er} ».
2. À l'article 8, § 1^{er}, alinéa 4, les mots « l'alinéa précédent » seront remplacés par les mots « l'alinéa 3 ».
3. À l'article 8, § 3, alinéa 1^{er}, il apparaît incorrect de prévoir que « les jours de télétravail sont arrêtés de commun accord entre le chef de service et le télétravailleur » dès lors que le ou les jours de télétravail sont fixés dans la décision autorisant le télétravail visée à l'article 7, prise le cas échéant sur avis défavorable du chef de service.

En conséquence, l'article 8, § 3, alinéa 1^{er}, sera mieux rédigé comme suit : « Les jours de télétravail sont prestés conformément à l'autorisation de télétravail visée à l'article 7 ».

4. Selon l'article 8, § 3, alinéa 3, du projet, en cas de désaccord du travailleur sur la modification par le chef de service du jour de télétravail fondée sur les nécessités du service, le travailleur dispose d'un recours contre la décision du chef de service devant le fonctionnaire général. L'article 8, § 3, alinéa 4, précise : « Le recours est suspensif si, à l'issue du précédent recours, le télétravailleur a obtenu une décision favorable du fonctionnaire général ».

À ce propos, la section de législation observe que le fait que le précédent recours a été accueilli ne permet nullement de présumer de l'absence de bien-fondé d'une décision subséquente prise à l'égard du même travailleur. Le fait de limiter le caractère suspensif du recours à cette situation s'expose dès lors à critique au regard du principe d'égalité, le critère sur lequel la distinction repose – entre les situations individuelles où le recours est suspensif et celles où il ne l'est pas – paraissant manquer de pertinence.

Le dispositif sera réexaminé à la lumière de cette observation.

Article 10

1. Il ressort de la disposition en projet que le nouveau chef de service est compétent pour décider de la poursuite du télétravail en cas de changement d'affectation de l'agent, sans intervention du fonctionnaire général, ni du comité de direction, alors qu'en matière de renouvellement, de modification ou de fin du télétravail, la décision incombe au fonctionnaire général en cas d'accord du travailleur et au comité de direction en cas de désaccord de celui-ci.

Compte tenu de la procéduralisation du recours au télétravail que le projet d'arrêté entend consacrer, il appartient à son auteur de pouvoir justifier cette différence de traitement, à défaut de quoi le texte devra être revu.

2. Plutôt que de prévoir, à l'article 10, alinéa 2, du projet, que la mention « pour accord » est apposée par le nouveau chef de service « en marge de la signature de son prédécesseur », alors que ce dernier n'a pas nécessairement signé l'autorisation de télétravail ⁷, il convient de prévoir que cette mention est apposée « en marge de l'autorisation de télétravail ».

Article 21

À l'alinéa 3, les mots « au paragraphe précédent » seront remplacés par les mots « à l'alinéa 2 ».

Article 22

1. Au paragraphe 1^{er}, alinéa 2, les mots « et 6 » seront omis, l'article 21, alinéa 6 ne concernant pas les modalités de prise de décision.

2. Au paragraphe 2, alinéa 3, il est inexact de prévoir qu'en cas de désaccord entre le télétravailleur et le fonctionnaire général, la décision est prise par le fonctionnaire général selon les modalités prévues à l'article 21, alinéa 5 et 6. En effet, l'article 21, alinéa 5, du projet dispose que c'est le comité de direction qui statue.

En conséquence, l'article 22, § 2, alinéa 3, du projet, sera mieux rédigé comme suit :

« En cas de désaccord du télétravailleur, la décision est prise par le comité de direction selon les modalités visées à l'article 21, alinéas 5 et 6 ».

⁷ La proposition écrite visée à l'article 4, § 2, alinéa 4, du projet, annexée à l'autorisation de télétravail, est signée par le membre du comité de direction dont le télétravailleur relève le plus directement et, dans cette hypothèse, pas par le chef de service.

Article 23

Il y a lieu d'omettre l'article 23. La section de législation rappelle que toute modification au contrat doit faire l'objet d'un consentement sous la forme, le cas échéant⁸, d'un avenant, l'échange des consentements étant un élément essentiel de la formation du contrat de travail.

Article 24

L'abrogation de l'arrêté du Gouvernement de la Communauté française du 6 octobre 2011 doit faire l'objet d'une disposition distincte de l'article 24, qui organise un régime transitoire en ses alinéas 1^{er}, 2 et 3.

En tout état de cause, à l'alinéa 4, les mots « sans préjudice de l'alinéa 1^{er} » seront omis car inutiles.

OBSERVATION FINALE DE LÉGISTIQUE

1. Les chapitres doivent être numérotés en chiffres arabes.
2. Le texte abuse de majuscules⁹.

LE GREFFIER

LE PRÉSIDENT

Charles-Henri VAN HOVE

Pierre LIÉNARDY

⁸ Voir l'article 11bis de la loi du 3 juillet 1978 'relative aux contrats de travail'.

⁹ *Principes de technique législative - Guide de rédaction des textes législatifs et réglementaires*, www.raadvst-consetat.be, onglet « Technique législative », recommandation n° 6.5.