



CONSEIL D'ÉTAT

section de législation

avis 65.877/4
du 15 mai 2019

sur

un projet d'arrêté du Gouvernement wallon 'portant
dispositions diverses en matière de fonction publique
régionale'

Le 4 avril 2019, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par la Vice-Présidente et Ministre de l'Action sociale, de la Santé, de l'Égalité des chances, de la Fonction publique et de la Simplification administrative de la Région wallonne à communiquer un avis, dans un délai de trente jours prorogé jusqu'au 22 mai 2019 ^{*}, sur un projet d'arrêté du Gouvernement wallon 'portant dispositions diverses en matière de fonction publique régionale'.

Le projet a été examiné par la quatrième chambre le 15 mai 2019. La chambre était composée de Martine BAGUET, président de chambre, Bernard BLERO et Wanda VOGEL, conseillers d'État, et Charles-Henri VAN HOVE, greffier assumé.

Le rapport a été présenté par Stéphane TELLIER, auditeur, et par Emmanuel SLAUTSKY, appelé en qualité d'expert sur la base de l'article 82 des lois 'sur le Conseil d'État', coordonnées le 12 janvier 1973.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 15 mai 2019.

*

^{*} Par courriel du 9 avril 2019.

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.

PORTÉE DU PROJET

1. Partant du constat du recours de plus en plus important à l'engagement d'agents par contrat de travail (personnel « contractuel ») au sein des services du Gouvernement wallon et des organismes publics qui en dépendent, le projet d'arrêté examiné a pour objectif principal de concrétiser la volonté du Gouvernement wallon, exprimée dans sa déclaration de politique régionale du 25 juillet 2017, de « valoriser le travail de qualité des membres du personnel contractuel par l'octroi de perspectives de carrières nouvelles ».

2. Dans cette optique, le projet d'arrêté à l'examen vise à réformer le statut de la fonction publique wallonne en autorisant de manière générale, d'une part, le recours à l'engagement d'agents contractuels, sauf pour les fonctions impliquant une participation à l'exercice de la puissance publique au sein des services du Gouvernement wallon, qui ne pourraient être confiées, sauf disposition contraire, qu'à des agents se trouvant dans une relation statutaire vis-à-vis de la Région (personnel « statutaire »). D'autre part, le projet d'arrêté ouvre la possibilité pour le personnel contractuel de bénéficier de la promotion par avancement de grade au même titre que les agents du personnel statutaire. Au sein des services du Gouvernement wallon, cette possibilité d'avancement par grade pour les membres du personnel contractuel ne permettrait cependant pas aux agents concernés d'accéder à des fonctions impliquant une participation à l'exercice de la puissance publique.

Le projet d'arrêté prévoit également d'ajouter à titre subsidiaire aux modes de pourvoir actuellement prévus par l'arrêté du Gouvernement wallon du 18 décembre 2003 'portant le Code de la fonction publique wallonne' (ci-après : le Code) à la vacance d'un emploi de directeur, celui de l'engagement externe, exception faite des postes impliquant une participation à l'exercice de la puissance publique.

Le projet d'arrêté prévoit enfin de revoir le régime des emplois d'inspecteur-général en supprimant le grade d'inspecteur-général expert.

Ces règles s'appliqueraient tant aux agents de la Région wallonne qu'aux agents des organismes d'intérêt public visés par le décret wallon du 22 janvier 1998 'relatif au statut du personnel de certains organismes relevant de la Région wallonne', avec la nuance que les organismes d'intérêt public pourraient recourir au recrutement de personnel exclusivement contractuel, même pour les fonctions impliquant une participation à l'exercice de la puissance publique ¹.

Pour atteindre ses objectifs, le projet d'arrêté prévoit de modifier plusieurs dispositions de 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 du Code.

3. Le projet d'arrêté prévoit, par ailleurs, d'abroger l'arrêté royal du 22 décembre 2000 'fixant les principes généraux du statut administratif et pécuniaire des agents de l'État applicables au personnel des services des Gouvernements de Communauté et de Région et des Collèges de la Commission communautaire commune et de la Commission communautaire française ainsi qu'aux personnes morales de droit public qui en dépendent' (ci-après : l'ARPG), pour les services du Gouvernement wallon ainsi que pour les organismes d'intérêt public qui dépendent de la Région wallonne.

FORMALITÉ PRÉALABLE

Il ressort pas du dossier transmis à la section de législation et des pièces complémentaires communiquées par la déléguée de la Ministre que la procédure de négociation ait été menée à son terme au sein du Comité de secteur XVI.

Il appartient à l'auteur du projet de veiller au complet accomplissement de cette formalité préalable obligatoire.

Par ailleurs, si le projet devait être modifié à la suite de l'accomplissement de cette formalité préalable, il devrait être soumis à nouveau à l'avis de la section de législation du Conseil d'État.

FONDEMENT JURIDIQUE

Le projet se donne, pour fondement juridique, l'article 87, § 3, de la loi spéciale du 8 août 1980 'de réformes institutionnelles'. Un tel fondement ne suffit cependant pas.

¹ Aucun obstacle juridique n'apparaissant se dresser sur la voie d'une occupation contractuelle de principe au niveau des établissements publics. Voir I. DE WILDE, R. JANVIER et A. DE BECKER, « Naar een principiële contractuele tewerkstelling in de Belgische publieke sector ? Genese van het contractuele dienstverband, stand van zaken en een blik op de toekomst », *C.D.P.K.*, 2017, pp. 366 à 390.

Le projet a en effet vocation à s'appliquer non seulement aux services du Gouvernement wallon, mais également à des organismes d'intérêt public qui dépendent de la Région. L'article 87, § 3, de la loi spéciale du 8 août 1980 ne peut servir de fondement au projet en ce qui concerne ces organismes d'intérêt public. Un fondement législatif additionnel est nécessaire. Il y a dès lors lieu, pour les organismes visés par le présent projet, d'identifier la base légale qui permet au Gouvernement de régler le statut des agents de ces organismes et d'en faire mention au préambule.

En l'espèce, sans préjudice des dispositions particulières relatives à certains de ces organismes d'intérêt public², il pourrait s'agir de l'article 2 du décret wallon du 22 janvier 1998. Cette disposition rend applicable au personnel des organismes d'intérêt public visés par l'article premier du décret les dispositions relatives au statut administratif et pécuniaire des agents des services du Gouvernement et autorise le Gouvernement wallon à procéder aux adaptations nécessaires de ce statut, en fonction des particularités éventuelles de chaque organisme.

La question se pose toutefois de savoir si l'article 2 du décret wallon du 22 janvier 1998 'relatif au statut du personnel de certains organismes relevant de la Région wallonne' offre une base légale suffisante à l'ensemble des dispositions du projet d'arrêté, en ce qui concerne les organismes d'intérêt public relevant de son champ d'application.

L'article 9 de la loi spéciale du 8 août 1980 dispose que :

« Dans les matières qui relèvent de leurs compétences, les Communautés et les Régions peuvent créer des services décentralisés, des établissements et des entreprises, ou prendre des participations en capital.

Le décret peut accorder aux organismes précités la personnalité juridique et leur permettre de prendre des participations en capital. Le décret en règle la création, la composition, la compétence, le fonctionnement et le contrôle ».

Conformément à cette disposition, c'est le législateur décréteur qui est compétent, en principe, pour définir le statut applicable au personnel des organismes d'intérêt public dépendant de la Région wallonne.

² Voir par exemple l'article 25, alinéa 1^{er}, du décret du 6 mai 1999 'relatif à l'Office wallon de la formation professionnelle et de l'emploi', selon lequel « [s]ur la proposition du comité de gestion, le Gouvernement fixe le cadre du personnel de l'Office et les règles générales applicables au personnel sous contrat de travail ». En l'espèce, le comité de gestion de l'office wallon de la formation professionnelle et de l'emploi ne paraît pas avoir fait de proposition au Gouvernement préalablement à l'adoption du projet d'arrêté.

Certes, s'il est admissible que des attributions de compétences soient accordées par le législateur au Gouvernement pour fixer le statut du personnel des organismes d'intérêt public dépendant des communautés et des régions³, il paraît en l'espèce qu'une mesure consistant à généraliser de manière inconditionnelle la possibilité de recourir à l'engagement contractuel au sein des organismes d'intérêt public relevant du champ d'application du projet d'arrêté est de celles qui doit être adoptée par le législateur décréteil, et ce conformément à l'article 9 de la loi spéciale du 8 août 1980⁴.

À cet égard, il ressort de la jurisprudence de la section du contentieux administratif du Conseil d'État qu'une fonction impliquant l'exercice d'une parcelle de la puissance publique ne peut être confiée à un agent contractuel que s'il existe une autorisation législative en ce sens⁵. Une intervention législative paraît d'autant plus nécessaire dès lors que le projet d'arrêté tend à permettre aux organismes d'intérêt public tombant sous son champ d'application d'engager des agents contractuels pour l'ensemble des fonctions en leur sein, et donc en ce compris celles relevant de l'exercice de la puissance publique.

Une conclusion analogue s'impose s'agissant d'abroger l'ARPG en ce qui concerne les organismes d'intérêt public dépendant de la Région wallonne⁶.

³ Voir l'avis n° 28.192/2 donné le 30 septembre 1998 sur un avant-projet d'ordonnance 'visant à habiliter le Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale à organiser un régime de mobilité des agents du Ministère et des organismes d'intérêt public qui dépendent de la Région de Bruxelles-Capitale', p. 3, <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/28192.pdf>; l'avis n° 29.699/3 donné le 11 janvier 2000 sur un projet devenu l'arrêté du Gouvernement flamand du 18 février 2000 'betreffende de toekenning van een verlof voorafgaand aan pensionering bij Kind en Gezin', <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/29699.pdf>; l'avis n° 30.199/4 donné le 3 juillet 2000 sur un avant-projet devenu l'ordonnance du 29 mars 2001 'relative à certains organismes d'intérêt public de la Région de Bruxelles-Capitale', p. 3, *Doc. parl.*, Parl. Rég. Brux.-Cap., 1999-2000, n° A-134/1, <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/30199.pdf> et l'avis n° 30.527/4 donné le 25 octobre 2000 sur un avant-projet devenu le décret du 12 avril 2001 'relatif à l'organisation du marché régional de l'électricité', p. 3, *Doc. parl.*, Parl. wall., 2000-2001, n° 177/1, <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/30527.pdf>.

⁴ En ce sens, voir R. JANVIER, I. DE WILDE et S. AERTS, « Leçon 2. Uniformité, équité et gestion des ressources humaines », in R. JANVIER (dir.), *Le droit social de la fonction publique*, Bruges, La Chartre, 2015, pp. 76 et 77, note de bas de page n° 220; I. DE WILDE, R. JANVIER et A. DE BECKER, « Naar een principiële contractuele tewerkstelling in de Belgische publieke sector ? », *C.D.P.K.*, 2017, p. 388.

⁵ C.E., 2 février 2004, n° 127.677, Khemissi.

⁶ J. VANPRAET écrit en ce sens que : « Howewel de bijzondere wet met betrekking tot de zesde staatshervorming dit nergens expliciet verduidelijkt, komt het ons voor dat het APKB bij besluit van de regering (en niet via decreet) opgeheven of gewijzigd moet worden, behoudens ten aanzien van de gedecentraliseerde diensten, instellingen en ondernemingen die de gemeenschappen en gewesten oprichten krachtens artikel 9 BWHI en volgens dewelke "het decreet hun oprichting, samenstelling, bevoegdheid, werking en toezicht regelt » (J. VANPRAET, « Bevoegdheidswijzigingen in het openbaar ambt : administratief en geldelijk statuut, uitzendarbeid en loopbaanonderbreking », in J. VELAERS, J. VANPRAET, Y. PEETERS et W. VANDENBRUWAENE (dir.), *De zesde staatshervorming : instellingen, bevoegdheden en middelen*, Anvers, Intersentia, 2014, p. 759, note de bas de page n° 13).

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

I. De l'utilité d'un rapport au Gouvernement

Eu égard à son importance pour l'organisation et le bon fonctionnement de la fonction publique wallonne et eu égard à l'ampleur de la réforme entreprise, il convient que le projet soit accompagné d'un rapport au Gouvernement qui en synthétise la portée et en expose la raison d'être.

II. Du champ d'application du projet d'arrêté

À l'exception des dispositions qui concernent l'ARPG, le projet d'arrêté s'applique aux agents de la Région wallonne ainsi qu'aux agents des organismes d'intérêt public visés par le décret wallon du 22 janvier 1998. Il ne concerne donc pas l'ensemble des personnes morales de droit public dépendant de la Région wallonne. L'article 1^{er} du décret wallon du 22 janvier 1998 établit en effet le champ d'application de ce décret par référence à une liste limitative d'organismes d'intérêt public dépendant de la Région.

L'attention de l'auteur du projet est attirée sur le champ d'application de la réforme à l'égard d'autres personnes morales de droit public dépendant de la Région wallonne. Par exemple, l'article 7 du décret du 10 mars 1994 'relatif à la création de la Société wallonne de Financement complémentaire des Infrastructures' limite les possibilités d'engagement contractuel aux fins exclusives : 1° de répondre à des besoins exceptionnels et temporaires en personnel, qu'il s'agisse soit de la mise en œuvre d'actions limitées dans le temps, soit d'un surcroît extraordinaire de travail ; 2° d'exécuter des tâches nécessitant une connaissance et une expérience de haute qualification ; 3° d'accomplir des tâches auxiliaires ou spécifiques ; 4° de pourvoir à l'exécution de tâches exigeant des connaissances particulières ou une expérience large de haut niveau, pertinentes pour les tâches à exécuter.

Si la réforme, envisagée globalement, devait aboutir à ce que les possibilités d'engager du personnel contractuel varient selon les personnes morales de droit public dépendant de la Région wallonne, la différence de traitement qui en résulterait devrait être justifiée.

III. De la conformité aux normes supérieures de l'élargissement du recours à l'engagement contractuel

L'avant-projet de loi 'modifiant la loi du 22 juillet 1993 portant certaines mesures en matière de fonction publique' sur lequel la section de législation a donné, le 5 octobre 2018, l'avis n° 64.133/AG prévoyait notamment l'engagement sous contrat de travail des « membres du personnel des services et institutions relevant du champ d'application de la loi », à l'exception des « membres du personnel qui occupent une fonction d'autorité ». Dans cet avis, la section de législation a considéré que :

« 12. Ainsi qu'il a été exposé ci-dessus, l'innovation majeure de l'avant-projet consiste à intervertir la priorité jusqu'alors établie entre les régimes juridiques applicables à la relation d'emploi au sein de la fonction publique fédérale⁷. Le modèle contractuel cesse d'être l'exception pour devenir la règle, tandis que le modèle statutaire cesse d'être la règle pour devenir l'exception, exclusivement applicable aux 'fonctions d'autorités', telles que visées à l'article 3, § 2, en projet de la loi du 22 juillet 1993.

13. La section de législation estime que – sans considération à ce stade des difficultés d'ordre conceptuel et pratique auxquelles exposera le recours à ces nouvelles catégories (*infra*, nos 14 à 33) – l'intervention ainsi décrite et qui prend le contrepied de la position de principe adoptée par le statut Camu – à savoir que la qualité d'agent de l'État est en règle 'reconnue à toute personne qui, à titre définitif, preste ses services aux administrations de l'État » (article 1er du statut) – ne se heurte pas en elle-même à une norme supérieure constitutionnelle, européenne ou internationale et – s'agissant spécifiquement de sa réalisation par le Roi (cfr. *supra*, III) à l'égard des personnels visés à l'article 107, alinéa 2, de la Constitution –, ne méconnaîtrait pas en elle-même la disposition constitutionnelle précitée ».

Ces considérations sont transposables aux dispositions du projet d'arrêté à l'examen, en ce qu'elles prévoient d'autoriser de manière générale le recours à l'engagement d'agents par contrat de travail, sauf pour les fonctions impliquant une participation à l'exercice de la puissance publique au sein des services du Gouvernement wallon. La suppression de la priorité établie jusqu'ici entre les régimes juridiques applicables à la relation d'emploi au sein de la fonction publique wallonne ne se heurte donc pas en elle-même à une norme supérieure constitutionnelle, européenne ou internationale et, compte tenu de l'observation qui suit, à l'article 87 de la loi spéciale du 8 août 1980.

⁷ Note de bas de page n° 12 de l'avis cité : Sur l'évolution de ces régimes juridiques au fil du temps depuis l'adoption de la Constitution, voir notamment les références doctrinales suivantes : A. DE BECKER et B. LOMBAERT, « La nature juridique de la relation de travail entre l'administration et ses agents », in *La réforme de la fonction publique*, R. ANDERSEN et K. LEUS (dir.), Bruxelles, La Charte, 2002, pp. 75 et s. ; P.-O. DE BROUX, « De Camu à Copernic : l'évolution de la fonction publique en Belgique », *A.P.*, 2005, pp. 158 et s. ; A. DE BECKER, *De overheid en haar personeel: juridische grondslagen van de rechtspositie van de ambtenaar*, Bruges, die Keure, 2007, pp. 116 à 365 et 489 à 590 ; I. DE WILDE, R. JANVIER et A. DE BECKER, « Naar een principiële contractuele tewerkstelling in de Belgische publieke sector? Genese van het contractuele dienstverband, stand van zaken en een blik op de toekomst », *C.D.P.K.*, 2017, pp. 366 à 390.

IV. Du principe de l'égal accès aux emplois publics et la jouissance des droits issus des principes de bonne administration

1. Rappel des principes

Dans l'avis n° 64.133/AG, la section de législation a observé ce qui suit :

« 36. Il va de soi que, dans la mise en œuvre des principes des textes en devenir, les autorités compétentes devront préserver, au bénéfice de l'ensemble des membres du personnel concernés, quel que soit leur statut, le principe de l'égal accès aux emplois publics et la jouissance des droits issus des principes de bonne administration.

37. En ce qui concerne l'égal accès aux emplois publics, la Cour constitutionnelle a observé : 'Le principe de l'égalité d'accès à la fonction publique et celui selon lequel les nominations s'effectuent conformément à des règles de droit fixées au préalable, de manière générale et objective, constituent un corollaire des articles 10 et 11 de la Constitution. Une dérogation, fût-elle législative, à ces règles générales doit reposer sur des raisons d'intérêt général suffisantes pour justifier une atteinte à la cohérence du statut du personnel édicté par le Roi'⁸. Le respect du principe de l'égal accès aux emplois publics suppose que le recrutement et la sélection s'effectuent sur la base d'un système de recrutement objectif qui, quant à sa forme et son contenu, offre les garanties nécessaires en matière d'égalité de traitement, d'interdiction de l'arbitraire, d'indépendance et d'impartialité⁹. L'exposé des motifs précise à cet égard : 'Il convient toutefois de rappeler que l'impact de l'article 10 de la Constitution (plus spécifiquement le principe d'égalité) requiert toujours que l'égalité entre candidats pour un poste vacant soit garantie (tant sur le plan interne qu'externe). La section de législation du Conseil d'État a fait cette observation à l'égard de l'avant-projet de décret portant modification du décret communal. En guise de confirmation, il est dès lors explicitement mentionné que pour chaque offre d'emploi, l'égalité d'accès aux fonctions sera contrôlée'.

Le principe d'égal accès aux emplois publics implique toutefois également que des règles de droit fixées au préalable, de manière générale et objective, régissent les conditions de l'engagement par contrat de travail à respecter par l'employeur/autorité publique, dès lors qu'il serait établi que les dispositions impératives du droit du travail, et par exemple celles de la loi du 3 juillet 1978 'relative au contrat de travail', ne permettent pas d'assurer pleinement le respect de ce principe. Il en irait ainsi

⁸ Note de bas de page n° 19 de l'avis cité : C.C., 1^{er} juin 2005, n° 96/2005, B.16 ; C.C., 15 juin 2005, n° 106/2005, B.5. Voir également : C.E., 7 septembre 2001, n° 98.735, Jadot ; avis C.E. n° 50.047/2 du 11 avril 2012 sur un projet devenu l'arrêté du Gouvernement wallon du 20 septembre 2012 'réformant le régime de mandats des fonctionnaires généraux des Services du Gouvernement et de certains organismes d'intérêt public dépendant de la Région wallonne' (<http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/50047.pdf>) ; avis C.E. n° 54.917/2 du 5 mars 2014 sur un projet devenu l'arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale du 27 mars 2014 'portant le statut administratif et pécuniaire des agents du ministère de la Région Bruxelles-Capitale' (<http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/54917.pdf>). Dans son arrêt n° 78/97 du 17 décembre 1997, la Cour constitutionnelle a par ailleurs considéré qu'il va de soi « qu'en Belgique, aucun statut relatif à la fonction publique ne peut méconnaître les articles 10 et 11 de la Constitution » (B.5.).

⁹ Note de bas de page n° 20 de l'avis cité : Avis C.E. 63.386/4 du 11 juin 2018 sur un projet d'arrêté royal 'portant diverses dispositions concernant la désignation et l'exercice des fonctions à mandat'. Voir également C.E., 7 septembre 2001, n° 98.735, Jadot ; C.E., 5 juin 2015, n° 231.454, Bessem et Vildaer ; C.E., 5 juin 2015, n° 231.455, Bossuroy.

notamment, quant à la rémunération et quant à certaines conditions et modalités dans lesquelles il peut être mis fin au contrat par l'autorité. Si, en effet, un contrat de travail repose sur la volonté des parties qui peuvent librement convenir des termes du contrat et y mettre fin, dans le respect, notamment, de cette même loi du 3 juillet 1978, cette volonté, dans le chef de l'autorité publique, ne peut, en vertu du principe d'égal accès aux emplois publics, être l'expression d'un pouvoir purement discrétionnaire de cette autorité.

38. Quant à la jouissance des droits issus des principes de bonne administration, il y a lieu de rappeler que la Cour constitutionnelle, dans son arrêt n° 22/2018 du 22 février 2018, a estimé, sous l'angle des articles 10 et 11 de la Constitution, que 'la circonstance que les travailleurs employés par une autorité publique et les agents statutaires se trouveraient dans les situations juridiques différentes que constituent le contrat d'emploi et le statut ne suffit pas [...] à permettre de considérer que ces catégories de personnes ne pourraient être comparées [...]'. Sur le fondement de cette prémisse, le même arrêt énonce ce qui suit :

'B.7. Le principe général de bonne administration *audi alteram partem* impose à l'autorité publique d'entendre préalablement la personne à l'égard de laquelle est envisagée une mesure grave pour des motifs liés à sa personne ou à son comportement.

Ce principe s'impose à l'autorité publique en raison de sa nature particulière, à savoir qu'elle agit nécessairement en tant que gardienne de l'intérêt général et qu'elle doit statuer en pleine et entière connaissance de cause lorsqu'elle prend une mesure grave liée au comportement ou à la personne de son destinataire.

Le principe *audi alteram partem* implique que l'agent qui risque d'encourir une mesure grave en raison d'une appréciation négative de son comportement en soit préalablement informé et puisse faire valoir utilement ses observations . La différence objective entre la relation de travail statutaire et la relation de travail contractuelle ne peut justifier, pour les agents d'une autorité publique, une différence de traitement dans l'exercice du droit garanti par le principe de bonne administration *audi alteram partem*'.

L'attention est, en conséquence, attirée sur ce que la portée de cet arrêt de la Cour constitutionnelle a vocation à s'appliquer également au regard d'autres principes de bonne administration en ce que ceux-ci trouveraient à s'appliquer entre l'employeur/autorité publique et ses agents, qu'ils soient statutaires ou contractuels ».

Ces principes trouvent à s'appliquer à la réforme envisagée par le projet.

2. Procédure et conditions d'engagement d'agents contractuels au regard des principes applicables

En lien avec les principes rappelés ci-avant, la Région wallonne est tenue de respecter l'article 87 de la loi spéciale du 8 août 1980. Cette disposition prévoit, en son paragraphe 2, que :

« Chaque Gouvernement fixe le cadre du personnel de son administration et procède aux nominations. Ce personnel est recruté par l'intermédiaire du Secrétariat permanent de recrutement du personnel de l'État [lire : SELOR].

Il prête serment, conformément aux dispositions légales, entre les mains de l'autorité que le Gouvernement désigne à cet effet ».

L'obligation pesant sur les communautés et les régions de recourir aux services de SELOR pour recruter leur personnel vise à garantir un recrutement de même qualité dans l'ensemble de la fonction publique belge ¹⁰. La section de législation a en outre déjà souligné les liens entre le rôle joué par l'administrateur délégué de SELOR – Bureau de sélection de l'administration fédérale dans les procédures de recrutement d'agents publics et la garantie de l'objectivité de ces procédures et, partant, la contribution de ce rôle au respect du principe constitutionnel de l'égalité d'accès aux emplois publics ¹¹. Depuis l'adoption de l'article 5 de l'arrêté royal du 22 février 2017 'portant création du Service public fédéral Stratégie et Appui', « [l]e directeur général de la direction générale Recrutement et Développement exerce la fonction de l'administrateur délégué de SELOR – Bureau de sélection de l'administration fédérale ».

L'intervention obligatoire de SELOR dans les procédures de recrutement ne vaut cependant que pour les agents statutaires des services des gouvernements des communautés et des régions, à l'exception des agents engagés sous contrat de travail et des agents des organismes d'intérêt public dépendant des communautés et des régions ¹².

Dès lors qu'il prévoit de manière générale la possibilité d'engager du personnel contractuel dans les services relevant de son champ d'application, à l'exception toutefois des fonctions impliquant une participation à l'exercice de la puissance publique au sein des services du Gouvernement, le projet d'arrêté réduit de façon substantielle l'intervention obligatoire de SELOR dans les procédures de recrutement des agents des services du Gouvernement de la Région wallonne : potentiellement, seuls les agents participant à l'exercice de la puissance publique au sein de ces services devront encore être recrutés par l'intermédiaire de SELOR, conformément aux articles 113 et suivants du Code.

¹⁰ J. SAROT, *Précis de fonction publique*, Bruxelles, Bruylant, 1994, p. 118. Cette obligation est donc établie par l'article 87, § 2, de la loi spéciale du 8 août 1980 'de réformes institutionnelles'. La Cour constitutionnelle juge que cette « disposition exige que le SELOR organise les épreuves de sélection des candidats les plus aptes à remplir les fonctions publiques dans les services des gouvernements des entités fédérées » (C.C., 1^{er} juin 2005, n° 96/2005, B.10). De même, la section du contentieux administratif du Conseil d'État considère que « le principe contenu dans l'article 87, § 2, de la loi spéciale, selon lequel le personnel des gouvernements régionaux 'est recruté par l'intermédiaire du secrétariat permanent de recrutement du personnel de l'État', impos[e] que le SELOR conserve, dans toute procédure de recrutement, un rôle déterminant » (C.E. (8^e ch.), 5 juin 2015, n° 231.454, Bessem et Vildaer).

¹¹ Voir l'avis n° 31.372/1 donné le 22 mars 2001 sur un projet devenu l'arrêté royal du 2 mai 2001 'relatif à la désignation et à l'exercice des fonctions de management et d'encadrement dans les services publics fédéraux' (acte retiré), p. 51.

¹² S'agissant des organismes d'intérêt public, voir C.C., 28 janvier 1997, n° 4/97, B.3 ; 21 juin 2000, n° 78/2000, B.2.2. S'agissant du personnel contractuel, voir C.E., 16 décembre 2008, n° 188.837, Godard ; C.E., 19 avril 2010, n° 203.044, Zeeuws ; C.E., 15 mars 2011, n° 212.043, Aerts. Voir aussi C.C., 1^{er} juin 2005, n° 96/2005, B.10.

La question se pose, dans ce contexte, de savoir si la procédure et les conditions d'engagement définies par le chapitre III de l'arrêté du Gouvernement wallon du 18 décembre 2003, tel que modifié par le projet d'arrêté, offrent des garanties d'impartialité et d'objectivité suffisantes du point de vue du respect du principe d'égal accès aux emplois publics, spécialement en comparaison avec celles qui s'appliquent au recrutement des agents statutaires des services du Gouvernement.

Ainsi que déjà rappelé, les articles 10 et 11 de la Constitution consacrent les principes d'égalité et de non-discrimination. Le principe de l'égal accès des citoyens aux emplois publics constitue une application de ces deux principes. Le respect du principe de l'égal accès aux emplois publics suppose que le recrutement et la sélection des agents publics s'effectuent sur la base d'un système de recrutement objectif qui, quant à sa forme et son contenu, offre les garanties nécessaires en matière d'égalité de traitement, d'interdiction de l'arbitraire, d'indépendance et d'impartialité. En l'absence d'intervention de SELOR, la sélection des agents doit toujours « avoir lieu par une institution ou un organe qui présente les garanties nécessaires en matière d'objectivité, d'indépendance et d'impartialité »¹³.

En l'espèce, la procédure d'engagement des agents contractuels à durée indéterminée telle qu'elle est prévue par le chapitre III de l'arrêté du Gouvernement wallon du 18 décembre 2003 prévoit qu'une commission de sélection organise les épreuves de sélection. Cette commission est composée de deux ou trois membres du personnel, selon le niveau de l'emploi postulé, et d'un membre de la Direction de la Sélection du Service public de Wallonie, pour les engagements du niveau A ou B. Un membre extérieur au Service public de Wallonie et présentant une compétence incontestable dans le domaine considéré doit en outre siéger au sein de la commission lors de l'engagement d'agents contractuels « experts », cette commission devant être approuvée par le Gouvernement.

Selon l'article 5^{ter} de l'arrêté du Gouvernement wallon du 18 décembre 2003, tel que modifié par l'article 7 du projet, tout engagement à durée indéterminée nécessite la publication d'un appel à candidatures par tout vecteur de communication permettant à toute personne intéressée de se manifester, une description de fonction et un profil de compétences et une décision visant l'admissibilité des candidats et leur sélection. La description de fonction, le profil de compétences et la composition de la commission de sélection visée à l'article 5, § 4, tel que modifié par le projet sont approuvés par le Gouvernement avant l'appel à candidatures. En cas de décisions relatives à des politiques nouvelles ou particulièrement importantes et sur proposition du Ministre de la Fonction publique, le Gouvernement wallon se réserve en outre la décision finale d'engagement.

La commission de sélection établit un classement des candidats qui conviennent sur la base d'une grille d'évaluation reprenant les critères de sélection fixés pour l'emploi et fait rapport aux ministres concernés. Lorsque la décision finale revient au Gouvernement, la commission lui remet un avis motivé sur l'admissibilité des candidats par

¹³ K. LEUS, « Sens et non-sens de l'arrêté royal contenant les principes généraux de la fonction publique », in R. ANDERSEN et K. LEUS, *La réforme de la fonction publique*, La Charte, 2002, p. 62.

rapport à la description de fonction, au profil des compétences, à l'expérience, aux aptitudes et à la motivation de ceux-ci. Dans les autres cas, le secrétaire général procède aux engagements dans l'ordre du classement des candidats.

La procédure d'engagement ainsi décrite et qui pourrait se généraliser si le projet d'arrêté est adopté, ne prévoit pas l'intervention d'une instance tierce indépendante dans la procédure, comme l'est SELOR, qui superviserait ou participerait à la commission de sélection chargée de comparer les titres et mérites des candidats.

En conséquence, la section de législation n'est pas en mesure de constater que la sélection sera opérée par une institution ou un organe qui présente les garanties nécessaires en matière d'objectivité, d'indépendance et d'impartialité, permettant de garantir l'égal accès de tous aux emplois publics ¹⁴.

V. Du maintien du statut pour les « fonctions impliquant une participation à l'exercice de la puissance publique »

1. S'agissant des services du Gouvernement wallon, le projet d'arrêté exige que les fonctions impliquant une participation à l'exercice de la puissance publique soient occupées, sauf disposition contraire, par des agents statutaires. Le projet d'arrêté ne définit toutefois pas expressément quelles sont les fonctions qui impliquent une telle participation à l'exercice de la puissance publique, ni quels sont les critères qui devraient être adoptés pour les identifier.

La note au Gouvernement dresse toutefois les contours des fonctions qui impliqueraient l'exercice de la puissance publique, qui seules seraient réservées à des agents statutaires. Il y a lieu de relever :

– Un des éléments de distinction entre une fonction impliquant l'exercice de la puissance publique et celle qui ne l'implique pas est l'exercice d'un « imperium », selon une jurisprudence dégagée par la Cour de cassation en vertu de laquelle il y a lieu de distinguer les agents « organes » qui disposent d'une parcelle de puissance publique, des agents « préposés » qui n'en disposent pas ¹⁵.

¹⁴ Ce n'est que s'il est satisfait à cette condition que la participation ultérieure des agents contractuels ainsi engagés aux procédures de promotion par avancement de grade, au même titre que les agents statutaires, serait compatible avec les articles 10 et 11 de la Constitution. Voir l'avis n° 54.934/3 donné le 10 février 2014 sur un projet devenu l'arrêté du Gouvernement flamand du 21 février 2014 'tot wijziging van het Vlaams personeelsstatuut van 13 januari 2006, wat betreft het modern hr-beleid op korte termijn en andere bepalingen', p. 14, <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/54934.pdf>.

¹⁵ Cass., 27 mai 1963, *J.T.*, 1963, p. 223.

– L'auteur du projet se réfère également à la jurisprudence de la Cour de cassation selon laquelle la faculté d'adopter des décisions obligatoires à l'égard des tiers constitue une prérogative de puissance publique ¹⁶.

La note évoque également la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne sur la notion d'« emplois dans l'administration publique » ¹⁷.

– Les actes de puissance publique, posés par des agents statutaires, sont ceux auxquels s'attachent le privilège du préalable et l'exécution d'office, selon la jurisprudence du Conseil d'État.

– Sur la base de la jurisprudence de la CJUE et de la Cour de cassation ¹⁸, il est considéré par l'auteur du projet que les fonctions d'exécution, de préparation, d'assistance ou de surveillance n'impliquent pas l'exercice de la puissance publique.

– Un développement de la note tend à démontrer, jurisprudence à l'appui, que le fait que la décision prise est obligatoire à l'égard des tiers constitue une prérogative de puissance publique et donne des exemples de décisions rentrant ou non dans cette catégorie d'actes.

– La note s'arrête également sur la jurisprudence selon laquelle le pouvoir de nomination et de sanction des agents est également un acte de puissance publique, au contraire de la décision de licenciement d'un agent contractuel.

– Enfin, la note au Gouvernement considère que la fonction de management *stricto sensu*, qui ne contient pas le pouvoir d'adopter des décisions obligatoires à l'égard des tiers, n'implique pas l'exercice de la puissance publique.

2. Ces éléments développés par la note au Gouvernement afin de distinguer les fonctions réservées à des agents statutaires de celles qui ne le sont pas, appellent les considérations suivantes :

¹⁶ Cass., 12 février 2015, R.G. D.14.0011.F.

¹⁷ C.J., arrêt *Commission c. Belgique*, 26 mai 1982, C-149/79, ECLI:EU:C:1982:195 ; C.J., arrêt *Haralambidis c. Calogero Casilli*, 10 septembre 2014, C-270/13, ECLI:EU:C:2014:2185.

¹⁸ Cass., 2 mars 2016, R.G. P.15.0929.F ; C.J., arrêt *Commission c. Portugal*, 22 octobre 2009, C-438/08, ECLI:EU:C:2009:651, cons. 36.

2.1. Pertinence du critère au regard du principe d'égalité et de non-discrimination

Dans l'avis 64.133/AG, la section de législation a observé ce qui suit sur la volonté du législateur fédéral de recourir au même critère de prise de décisions unilatérales contraignantes à l'égard de tiers, pour distinguer la fonction impliquant l'exercice d'une parcelle de puissance publique d'une autre ne l'impliquant pas :

« 21. Le choix de ce critère signifie que des fonctions publiques importantes n'impliquant pas la prise de 'décisions unilatérales contraignantes' ne sont pas qualifiées de fonctions d'autorité, ce qui implique que les membres du personnel qui exercent ces fonctions ne sont pas susceptibles d'obtenir la qualité d'agent statutaire. Au regard des principes d'égalité (article 10 de la Constitution) et de non-discrimination (article 11 de la Constitution) se pose la question de la justification de la différence de traitement entre, d'une part, les membres du personnel qui prennent des 'décisions unilatérales contraignantes' et, d'autre part, les membres du personnel qui ne le font pas, tout en exerçant d'autres fonctions qui peuvent également revêtir une importance particulière pour des tiers, telles que l'attribution d'un marché public, l'exercice d'une mission de contrôle et l'établissement d'un rapport d'inspection, ou la formulation d'un avis dont dépend l'octroi d'un droit ou d'un avantage. Il revient aux auteurs du projet de démontrer la pertinence du critère de 'décisions unilatérales contraignantes' pour justifier la différence de traitement concernant le statut – contractuel ou statutaire – du personnel ».

Cette observation vaut également pour le projet examiné.

2.2. Problématique des délégations

Dans l'avis 64.133/AG, la section de législation a, quant à l'applicabilité du critère en cas de délégation, observé ce qui suit :

« 23. À titre liminaire, il convient de rappeler qu'au sein des administrations, toute attribution à un titulaire de fonction d'un pouvoir de prendre une 'décision unilatérale contraignante à l'égard de tiers' repose en principe toujours sur une délégation, voire une subdélégation¹⁹ au départ de celle que le Roi [soit le Gouvernement wallon en ce qui concerne la Région wallonne] octroie à Ses ministres et ensuite, directement ou indirectement, aux fonctionnaires désignés (sur la base de l'exercice des fonctions ainsi identifiées). Cette délégation ou cette subdélégation peut également résulter de mécanismes induits au départ du chef de l'institution (individuel ou collégial) dans le cas des organismes décentralisés. Il convient, à cet égard, de noter

¹⁹ Note de bas de page n° 16 de l'avis cité : Il n'est pas nécessaire ici de prendre attitude quant au fondement des délégations ou des subdélégations, notamment sur la question de savoir si une autorisation à procéder à une délégation ou à une subdélégation est toujours exigée pour en garantir la validité. Il convient en tout état de cause de tenir compte, dans bon nombre d'hypothèses, de l'existence d'autorisations pouvant être considérées comme implicites (sur ces questions, voir notamment P. GOFFAUX, *Dictionnaire de droit administratif*, 2^e éd., 2016, Bruxelles, Bruylant, v° « Délégation de compétence (ou de pouvoir) », pp. 202 à 210).

que les décisions prises en vertu d'une délégation sont susceptibles de constituer des actes administratifs directement attaquables devant le Conseil d'État ou devant les cours et tribunaux de l'Ordre judiciaire. Mais il convient également de noter qu'il existe des hypothèses où la loi confère des pouvoirs directement à un ministre ou à un fonctionnaire titulaire de fonctions ».

Même si le texte en projet ne la règle pas expressément et que la note au Gouvernement ne l'aborde pas, la question se pose de savoir s'il est possible d'attribuer une telle délégation à un membre du personnel qui n'exerce pas déjà une fonction impliquant l'exercice d'une parcelle de puissance publique et si, dans l'affirmative, cette délégation peut avoir pour effet que le membre du personnel concerné se voie attribuer la qualité d'agent statutaire.

Interrogée à ce propos, la déléguée de la Ministre a apporté la réponse suivante :

« En cas de délégation de l'exercice de puissance publique, le membre du personnel qui reçoit ces pouvoirs délégués devrait, en principe, être un agent statutaire. Cependant, les cas de figure resteront rares : les délégations ne portent, en règle, que sur des mesures d'exécution ou de détail, conformément à la jurisprudence de Votre Conseil. Il ne devrait pas, en principe, y avoir délégation d'une parcelle de la puissance publique ».

L'élément de réponse selon lequel « le membre du personnel qui reçoit ces pouvoirs délégués devrait, en principe, être un agent statutaire » n'exclut pas la possibilité d'exceptions au principe. Partant, si l'agent non statutaire s'étant vu déléguer le pouvoir de prendre des actes impliquant l'exercice d'une parcelle de puissance publique ne peut pas pour autant prétendre à la qualité de statutaire, alors la question se pose de savoir de quelle manière la différence de traitement de membres du personnel exerçant des fonctions comparables peut se justifier au regard des articles 10 et 11 de la Constitution ²⁰.

Il y a toutefois lieu de relever que la note au Gouvernement indique que « dans le cadre de l'examen des fonctions, une attention sera portée à l'arrêté du Gouvernement wallon du 8 octobre 2009 relatif aux délégations de pouvoirs aux agents statutaires du Service public de Wallonie, de manière à vérifier s'il réserve certaines compétences constitutives d'exercice de puissance publique à des fonctions supérieures ».

2.3. Mise en œuvre du critère

2.3.1. Ainsi que constaté, le projet d'arrêté ne définit pas expressément quelles sont les fonctions qui impliquent une participation à l'exercice de la puissance publique, ni quels sont les critères qui devraient être appliqués pour les identifier.

²⁰ Voir toutefois C.E., 4 mai 2012, n° 219.186, Malengreaux, qui établit la jurisprudence selon laquelle « La nature contractuelle persiste même lorsque, dans l'exécution de son contrat de travail, l'agent requérant occupe des fonctions qui ne peuvent légalement être confiées qu'à des agents statutaires » (arrêt cité ci-après sous l'observation générale V.2.3.1).

Il ressort toutefois de la note au Gouvernement :

« Afin de pouvoir déterminer quelles sont les fonctions qui impliquent ou pas une participation effective à l'exercice de puissance publique, et ce en vue de permettre aux membres du personnel contractuel engagé à durée indéterminée la promotion par avancement de grade, les missions seront analysées au travers de la fiche de fonction.

Il conviendra d'identifier, pour chaque fonction, ce qui relève ou pas de l'exercice de puissance publique.

Il convient de préciser que, pour chaque fonction d'encadrement, il y a des compétences 'management' et des compétences 'métier' en fonction de missions réalisées. Deux aspects seront à vérifier en ce qui concerne l'exercice de la puissance publique :

– Aspect encadrement : vérifier, dans la fiche de description générique Encadrement, les compétences relatives au management qui sont constitutives d'exercice de puissance publique.

– Aspect 'métier' : vérifier dans la fiche de fonction relative à la fonction Métier, les tâches, autres que le management, qui relèvent de l'exercice de la puissance publique.

La modification réglementaire sera accompagnée par une modification des fiches de fonction d'encadrement. Les fiches de fonction indiqueront celles réservées à l'emploi statutaire. Les fiches de fonction seront validées par le Gouvernement lors de la deuxième lecture du projet d'arrêté proposé par la présente note ».

Ces éléments témoignant de l'intention de l'auteur du projet de déterminer quels profils de fonction impliquent l'exercice d'un « imperium » et sont réservés à des agents statutaires, figureront dans le rapport au Gouvernement.

Interrogée sur l'existence de ces descriptions de fonction, la déléguée de la Ministre a indiqué ce qui suit :

« L'analyse des descriptions de fonction est en cours. L'analyse consiste en la vérification, au sein des descriptions de fonction, de l'exercice de certains actes étant reconnus dans la note comme étant constitutif d'imperium, à savoir, notamment le fait de délivrer des permis, d'adopter des sanctions administratives, etc. L'exercice sera réalisé pour chaque description de fonction ».

Questionnée par ailleurs sur le fait de savoir si ces descriptions de fonction seront les seuls éléments sur la base desquels il sera décidé si un « imperium » est exercé ou non ou bien si la Région wallonne décidera en outre au cas par cas, dans l'hypothèse où une fonction ne serait pas reprise dans les descriptions de fonctions impliquant l'exercice de la puissance publique alors que la fonction considérée implique l'exercice de cette puissance publique, la déléguée de la Ministre a ajouté :

« Il n'y aura pas d'autre analyse au cas par cas de la situation. J'attire votre attention sur les descriptions de fonctions de managers renvoyant dans certains cas à l'arrêté de délégation de pouvoirs. Une analyse de cet arrêté est également réalisée afin de déterminer si certaines de ces délégations rentrent dans les catégories d'exercice de puissance publique, telles que définies dans la note au Gouvernement ».

Que le choix de l'auteur du projet soit d'établir des descriptions de fonction exhaustives ou de déterminer les fonctions impliquant une participation à l'exercice de la puissance publique au cas par cas, les préoccupations suivantes, exprimées par la section de législation dans l'avis n° 64.133/AG valent pour le projet d'arrêté examiné :

« 34. Si l'on tient compte d'une description de fonction préexistante, la question se pose de savoir si une telle description sera établie pour chaque membre du personnel. En outre, qu'en sera-t-il si des membres du personnel qui, selon cette description de fonction, ne 'portent [pas] la responsabilité des décisions unilatérales contraignantes à l'égard de tiers' prennent quand même pareilles décisions : celles-ci pourront-elles être tenues pour valables en droit ?

35. [...] on se demande si les membres d'un organe collégial qui prend 'des décisions unilatérales contraignantes à l'égard de tiers', dans le cadre par exemple de procédures disciplinaires ou d'octroi d'un signalement, doivent être considérés à titre individuel comme exerçant des fonctions d'autorité, alors que ce n'est que le collège en question qui est le titulaire de ce pouvoir. Enfin, la question se pose de savoir si la nature de la fonction – et, partant, son caractère statutaire ou non – peut changer, par exemple consécutivement à une délégation du pouvoir consistant à prendre des décisions contraignantes ou à représenter la Belgique. Les agents statutaires perdent-ils, ainsi, leur qualité de statutaire lorsqu'ils cessent d'exercer une fonction d'autorité, que ce soit en raison de la loi du changement (réorganisation des services) ou d'une mesure disciplinaire (déplacement disciplinaire) ? Les agents contractuels obtiennent-ils la qualité d'agent statutaire par le simple fait d'exercer une fonction d'autorité ? Dans ce dernier cas, il y a lieu d'observer que ce serait contraire à la jurisprudence, selon laquelle 'La nature contractuelle persiste même lorsque, dans l'exécution de son contrat de travail, l'agent requérant occupe des fonctions qui ne peuvent légalement être confiées qu'à des agents statutaires »²¹.

2.3.2. S'agissant de l'application concrète du critère retenu, notamment en cas de mutation (disciplinaire ou non) d'une fonction impliquant l'exercice de prérogatives de puissance publique à une fonction sans exercice de la puissance publique, la déléguée de la Ministre a apporté les éléments d'explication suivants :

« La mutation d'un agent statutaire d'un poste où il exerce un *imperium* à un poste où il n'exerce plus d'*imperium* n'implique pas qu'il perde sa qualité. Le caractère statutaire dépend de l'acte unilatéral initial d'engagement, de sorte qu'une mutation n'a pas d'impact ».

2.3.3. Sur la question de la fonction de management, la note au Gouvernement précise que dans l'hypothèse du manager qui ne pourrait ni nommer, ni évaluer, ni sanctionner des agents exerçant des prérogatives de puissance publique, ni adopter la moindre décision obligatoire à l'égard des tiers, celui-ci ne serait pas considéré comme exerçant une parcelle de la puissance publique, de sorte que, *stricto sensu*, il pourrait être engagé de manière contractuelle.

²¹ Note de bas de page n° 18 de l'avis cité : C.E., 4 mai 2012, n° 219.186, Malengreaux.

Interrogée sur l'existence concrète de l'hypothèse d'un manager tel qu'envisagée dans la note au Gouvernement, la déléguée de la Ministre a fourni la réponse suivante :

« Quant à la prise de décision obligatoire et à la possibilité pour un manager de nommer, évaluer, sanctionner les agents relevant de son équipe, il est effectivement envisagé de donner de précisions complémentaires par rapport à la décision obligatoire en précisant 'décision obligatoire à l'égard des administrés', ce qui implique qu'une prise de décision obligatoire à l'égard du membre de son personnel rentrerait dans les prérogatives d'un manager contractuel. Par ailleurs, en consultant la jurisprudence de Votre Conseil, il nous est apparu que les missions d'évaluation et de sanction pouvaient rentrer dans les prérogatives d'un membre du personnel contractuel occupant des fonctions dirigeantes, à partir du moment où il avait été désigné comme tel ».

Ces explications apparaissent se placer en contradiction avec les explications fournies dans la note au Gouvernement, selon lesquelles le pouvoir de nomination et de sanction des agents est également un acte de puissance publique. En tout état de cause, l'hypothèse considérée apparaît peu probable, la fonction managériale étant, dans la toute grande majorité des cas, hybride en ce qu'elle nécessite l'exercice de fonctions purement managériales mais également de prérogatives de puissance publique, ne fut-ce que dans le cadre de l'évaluation des agents d'une « équipe » par « son » manager.

VI. Du caractère incomplet de la réforme envisagée

Outre les observations formulées ci-avant, il y a lieu de constater que l'objectif majeur du projet d'arrêté à l'examen qui est celui de réformer le statut de la fonction publique wallonne, ne peut, sur la base du texte envisagé, être mené à bien. En effet, la réforme envisagée apparaît inaboutie dès lors que – ainsi que le reconnaît pour partie l'auteur du projet – d'autres modifications de textes sont nécessaires pour aboutir à la réforme telle qu'envisagée. Il y a ainsi lieu de relever les éléments suivants :

– La note au Gouvernement précise que « le Code de la Fonction publique, en ce qu'il réserve certaines compétences constitutives d'exercice de puissance publique à des fonctions supérieures, sera analysé et modifié, de manière à supprimer les obstacles ».

– La même note indique que « dans le cadre de l'examen des fonctions, une attention sera portée à l'arrêté du Gouvernement wallon du 8 octobre 2009 relatif aux délégations de pouvoirs aux agents statutaires du Service public de Wallonie, de manière à vérifier s'il réserve certaines compétences constitutives d'exercice de puissance publique à des fonctions supérieures ».

– Ainsi que déjà relevé, la réforme ne peut être mise en œuvre que si les descriptions de fonction, qui permettent de désigner celles impliquant une participation à l'exercice de la puissance publique, sont établies et adoptées.

– Les mesures transitoires prévues par le projet apparaissent insuffisantes.

Interrogée sur la volonté de l'auteur du projet de prévoir des mesures transitoires à propos de candidats à un examen statutaire en cours (concernant une fonction n'impliquant pas l'exercice de prérogatives de puissance publique), d'agents statutaires qui n'exercent pas d'« imperium » ou d'agents contractuels qui exercent un « imperium », la déléguée de la Ministre a indiqué :

« En ce qui concerne votre demande relative à des mesures qui pourraient être prises [...] il n'y a pas de volonté de mettre à mal l'acquis et les situations existant à ce jour. L'objectif poursuivi n'est pas de pénaliser les membres du personnel qui auraient réussi un concours mais également de donner des perspectives de carrière aux membres du personnel contractuel. Un régime transitoire pourrait être envisagé le cas échéant afin de garantir la sécurité juridique ».

La sécurité juridique requiert en effet l'adoption de mesures transitoires supplémentaires.

L'auteur du projet procédera à un examen approfondi de l'arrêté du Gouvernement wallon du 18 décembre 2003 de façon à vérifier que ce texte ne nécessite pas d'autres modifications eu égard aux modifications fondamentales apportées par le projet d'arrêté. Ainsi, à titre d'exemple :

– il convient de modifier son article 6*bis*, alinéa 1^{er}, dès lors qu'il se réfère encore aux « tâches spécifiques ou exigeant des connaissances particulières ou une expérience large de haut niveau telles que visées à l'article 2, 3^o et 4^o » ;

– l'article 8, alinéa 2, de l'arrêté doit être modifié dès lors qu'il concerne une exclusion visant le personnel contractuel engagé en remplacement « d'agents absents ou dans l'attente de l'arrivée d'un agent statutaire dans leur emploi », alors que ces mots ont été supprimés par l'article 12 du projet. Cette modification doit également être apportée à l'article 12 de l'arrêté du 18 décembre 2003.

– Il convient de modifier l'article 412, alinéa 1^{er}, du Code, de manière à ne plus prévoir de référence à l'ARPG.

Par ailleurs, la modification apportée par le projet en ce qui concerne les modes d'attribution de l'emploi de Directeur apparaît incomplète dès lors que la note au Gouvernement indique que « les dispositions du Code en matière d'ancienneté de niveau requise en vue de pouvoir postuler à un emploi de directeur seront examinées de manière à éviter toute forme de discrimination qui pourrait découler de cette modification ».

*

* *

En conclusion, le projet sera fondamentalement revu compte tenu de ces observations générales. C'est sous cette importante réserve que sont formulées les observations particulières qui suivent.

OBSERVATIONS PARTICULIÈRES

Article 2

1. Compte tenu de l'article 2, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, en projet, la section de législation n'aperçoit pas l'utilité de la règle formulée à l'alinéa 2. Si elle est maintenue, sa raison d'être en sera explicitée dans le rapport au Gouvernement.

2. Au paragraphe 2, alinéa 1^{er}, en projet, la section de législation n'aperçoit pas la portée des mots « sauf disposition contraire ». S'il s'agit de faire référence à des dispositions décrétales ou réglementaires qui permettent valablement de recourir à des agents publics contractuels pour exercer des fonctions impliquant une participation à l'exercice de la puissance publique, ces mots vont de soi et seront omis.

3. Le paragraphe 2, alinéa 2, en projet prévoit qu'au

« sein des organismes d'intérêt public visés par le décret du 22 janvier 1998 relatif au statut du personnel de certains organismes relevant de la Région wallonne, l'engagement par contrat de travail est toujours autorisé ».

Sans préjudice de l'observation générale relative à la portée de l'article 9 de la loi spéciale du 8 août 1980, une telle disposition n'est en toute hypothèse pas compatible avec l'ensemble des normes législatives déterminant le statut des différents organismes d'intérêt public qu'elle entend viser.

Par exemple, l'article D.233 du décret du 27 mars 2014 'relatif au Code wallon de l'Agriculture' prévoit que l'Agence wallonne pour la Promotion d'une Agriculture de qualité

« est autorisée à engager du personnel contractuel aux fins exclusives :

1° de répondre à des besoins exceptionnels et temporaires en personnel, qu'il s'agisse soit de la mise en œuvre d'actions limitées dans le temps, soit d'un surcroît extraordinaire de travail ;

2° de remplacer des agents en cas d'absence totale ou partielle, qu'ils soient ou non en activité de service, quand la durée de cette absence implique un remplacement et dont les modalités sont fixées dans le statut ;

3° d'accomplir des tâches auxiliaires ou spécifiques dont la liste est publiée au préalable par le Gouvernement ;

4° de pourvoir à l'exécution de tâches exigeant des connaissances particulières ou une expérience large de haut niveau, toutes les deux pertinentes pour les tâches à exécuter [...] ».

Le projet d'arrêté ne peut élargir les possibilités d'engager du personnel contractuel au-delà de ce que prévoit cette disposition.

Une difficulté analogue se présente en ce qui concerne le personnel d'autres organismes d'intérêt public relevant du champ d'application du projet d'arrêté ²².

Article 5

Il y a lieu de clarifier la question de savoir si les commissions de sélection doivent comprendre un Président et en outre, selon les cas, deux ou trois membres du personnel, ou bien si le Président est lui-même un de ces deux ou trois membres du personnel.

Article 9

1. À l'article 5*quinquies*, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, en projet, il y a lieu d'écrire « aux articles 47 à 54 et 361 à 367 ».

2. Le paragraphe 1^{er}, alinéa 3, en projet dispose

« Le membre du personnel contractuel conclu[t] un nouveau contrat de travail ».

Et le paragraphe 3, en projet,

« Par dérogation à l'article 47, § 2, alinéa 3, de l'arrêté du Gouvernement wallon du 18 décembre 2003 portant le Code de la fonction publique wallonne, la promotion par avancement de grade produit ses effets le premier jour du mois qui suit la conclusion du nouveau contrat de travail ».

Il n'y a pas lieu de prévoir la conclusion d'un nouveau contrat de travail en cas de promotion de l'agent contractuel. Procéder de la sorte risque d'aboutir – sauf requalification par le juge, ce qui suppose un recours – à ce que le travailleur perde le bénéfice des années d'ancienneté qu'il a prestées au service de l'employeur qui l'occupe, ce qui pourrait avoir des conséquences non négligeables en cas de licenciement et pourrait partant poser des problèmes notamment en matière d'accessibilité aux allocations de chômage.

²² Voir notamment l'article 19 du décret du 1^{er} avril 1999 'relatif à la création du Port autonome du Centre et de l'Ouest' et l'article 25 du décret wallon du 6 mai 1999 'relatif à l'Office wallon de la Formation professionnelle et de l'Emploi'.

Certes un avenant au contrat de travail devra être conclu entre les parties à la relation de travail et c'est cet avenant qui déterminera la date à laquelle la fonction de promotion prendra cours. Cet avenant mentionnera en outre la nouvelle fonction exercée. Ce sont là des éléments essentiels aux termes de la loi du 3 juillet 1978 'relative au contrat de travail' que l'auteur n'est pas compétent pour modifier, la matière relevant, aux termes de l'article 6, § 1^{er}, VI, alinéa 5, 12°, de la loi spéciale du 8 août 1980, de la compétence de l'État fédéral.

Il n'est en principe pas requis de le préciser. Si l'auteur du projet souhaite rappeler l'exigence de la conclusion d'un avenant au contrat de travail, il ne peut le faire qu'en indiquant qu'il se conforme ce faisant à la législation fédérale en la matière.

3. Au paragraphe 2 en projet, il conviendrait de préciser que c'est la promotion par avancement de grade « du membre du personnel contractuel » qui « ne constitue pas une nomination ».

Une observation analogue vaut pour le paragraphe 3, en projet.

Article 10

Suivant la numérotation des chapitres au sein de l'arrêté du 18 décembre 2003, le chapitre inséré par l'article 10 du projet doit être un chapitre III^{ter}.

L'article 10 et la phrase liminaire de l'article 11 du projet seront adaptés en conséquence.

Article 13

À l'article 13, il y a lieu d'écrire « sont à chaque fois supprimés ».

Article 17

Il convient de revoir de manière fondamentale la rédaction de l'article 17 du projet, dès lors que c'est le mot « seuls » qui doit être abrogé, qu'il contient deux subdivisions « 2° » et que les deux dernières modifications seront regroupées en une seule.

Article 19

1. La formulation retenue de l'article 14, § 1^{er}, 3°, et 1/2, 3°, en projet, paraît impliquer que des agents statutaires ne pourraient être recrutés pour occuper un emploi de directeur, à la différence d'agents contractuels. Cette solution ne semble pas en cohérence avec l'article 9 du Code, tel que modifié par l'article 17 du projet, qui autorise le recrutement d'agents statutaires pour un emploi de directeur. Si l'intention de l'auteur du projet était

cependant bien d'exclure la possibilité pour un agent statutaire d'être recruté à un emploi de directeur, il lui appartient de justifier cette différence de traitement au regard des articles 10 et 11 de la Constitution, justification qui apparaîtra judicieusement dans le rapport au Gouvernement.

Cette observation vaut également pour le 2° de l'article 19 du projet, étant en outre entendu qu'à la différence de ce qui est le cas pour les emplois de directeur, l'article 9 du Code n'est pas, en l'état actuel du projet, modifié pour permettre le recrutement d'agents statutaires au grade de conseiller.

2. Le rapport au Gouvernement gagnerait à expliciter l'articulation entre les articles 14 et 15 du Code, tels que modifiés par les articles 19 et 20 du projet.

3. Interrogée par ailleurs sur la question de savoir en quoi la possibilité d'engagement externe à l'emploi de Directeur participe à l'objectif général du projet qui est de donner des perspectives de carrière aux membres contractuels du Service public de Wallonie, la déléguée de la Ministre a précisé :

« Cette mesure participe à un objectif plus général d'amélioration de l'efficacité du service public, en permettant l'engagement de directeur pouvant faire état d'une expérience du secteur autre que public ou d'autres institutions publiques ».

Cette précision mériterait de figurer dans le rapport au Gouvernement.

Article 20

À la différence de ce que prévoit l'article 14, § 1^{er}, 3°, et 1/2, 3°, en projet, l'article 20 du projet ne précise pas que la possibilité de pourvoir à la vacance d'un emploi de recrutement par un engagement contractuel ne s'applique pas « lorsque l'emploi implique l'exercice effectif d'une parcelle de la puissance publique ». La section de législation n'aperçoit pas les motifs pour lesquels cette précision n'est pas apportée dans l'article 20 du projet (article 15 en projet). Si de tels motifs existent, ils seront exposés dans le rapport au Gouvernement ; à défaut, la disposition sera complétée.

Une observation analogue vaut pour l'article 23 du projet.

Article 21

La modification envisagée implique que les emplois de rang A3 ne seront plus attribués par mandat²³. Il conviendrait d'exposer, dans le rapport au Gouvernement, les raisons qui sous-tendent cette modification.

²³ Voir l'article 7, alinéa 2, du Code, qui énonce « Sont fonctionnaires généraux dirigeants les mandataires des rangs A1 et A2 ».

Il échet, en outre, de vérifier que d'autres dispositions du Code ne devraient pas être modifiées en conséquence de l'article 21 du projet. Notamment, l'article 346/6 du Code paraît perdre sa pertinence à la suite de la modification envisagée par l'article 21 du projet : le grade d'inspecteur général est en effet un grade de rang A3.

Article 25

Il y a lieu de viser l'article 366 et non l'article 336.

Article 29

Il y a lieu de remplacer les mots « actuellement exercé » par les mots « exercé au moment de l'entrée en vigueur du présent arrêté ».

OBSERVATION FINALE

Lors de la réécriture du projet, son auteur consultera judicieusement le Code de légistique ²⁴.

LE GREFFIER

LE PRÉSIDENT

Charles-Henri VAN HOVE

Martine BAGUET

²⁴ *Principes de technique législative - Guide de rédaction des textes législatifs et réglementaires*, www.conseildetat.be, onglet « Technique législative ».