



CONSEIL D'ÉTAT

section de législation

avis 66.142/4
du 5 juin 2019

sur

un projet d'arrêté du Gouvernement de la Communauté française 'créant les fonctions d'appui à la Gouvernance et d'appui informatique au sein des Services du Gouvernement de la Communauté française, de Wallonie-Bruxelles Enseignement, du Conseil supérieur de l'Audiovisuel et des Organismes d'intérêt public relevant du Comité de Secteur XVII à l'exception de l'Entreprise des Technologies Numériques de l'Information et de la Communication'

Le 7 mai 2019, 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 'créant les fonctions d'appui à la Gouvernance et d'appui informatique au sein des Services du Gouvernement de la Communauté française, de Wallonie-Bruxelles Enseignement, du Conseil supérieur de l'Audiovisuel et des Organismes d'intérêt public relevant du Comité de Secteur XVII à l'exception de l'Entreprise des Technologies Numériques de l'Information et de la Communication'.

Le projet a été examiné par la quatrième chambre le 5 juin 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.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 5 juin 2019.

*

Compte tenu du moment où le présent avis est donné, le Conseil d'État attire l'attention du Gouvernement sur le fait qu'à la suite des élections du 26 mai 2019, celui-ci ne dispose plus, depuis cette date, de la plénitude de ses compétences. Le présent avis est toutefois donné sans qu'il soit examiné si le projet relève bien des compétences ainsi limitées, la section de législation n'ayant pas connaissance de l'ensemble des éléments de fait que le Gouvernement peut prendre en considération lorsqu'il doit apprécier la nécessité d'arrêter ou de modifier des dispositions réglementaires.

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

1. L'article 4 du projet prévoit :

« Les membres du personnel engagés en application du présent arrêté bénéficient d'une des échelles de traitement visées par l'arrêté du Gouvernement 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 relevant du Comité de Secteur XVII ou par l'arrêté du Gouvernement du 03 octobre 2002 fixant le statut administratif et pécuniaire du personnel de l'Entreprise publique des Technologies Nouvelles de l'Information et de la Communication de la Communauté française.

Chaque profil de fonction mentionne l'échelle de traitement attachée à l'emploi à pourvoir, laquelle est fixée en tenant compte des qualifications et expériences requises ainsi que des exigences de la fonction eu égard au contexte dans lequel elle doit être assumée en termes d'enjeux, d'objectifs et de contraintes ».

Il ressort de cette disposition que le choix de l'application de l'un ou l'autre arrêté auxquels il est fait référence dans son alinéa 1^{er}, se fera au cas par cas, à la discrétion du service ou de l'organisme ¹ qui engage, et ce au moment de l'établissement par le service du profil de fonction de l'emploi à pourvoir qui mentionnera l'échelle de traitement y attachée.

¹ À savoir le ministère de la Communauté française, le Conseil supérieur de l'Audiovisuel et les organismes d'intérêt public qui relèvent du Comité de secteur XII.

Interrogée sur ce système et la manière dont il se concilie avec les principes d'égalité et de non-discrimination, la déléguée du Ministre a indiqué ce qui suit :

« À l'origine, le projet était un projet Ministère qui incluait de manière limitative 4 profils de fonction: 1° un profil d'analyste métier (notamment expertise de solutions informatiques transversales, de soutien aux RCO, relations avec l'ETNIC, appui dans le fonctionnement de l'Instance...) 2° un profil de Responsable du Changement Organisationnel – RCO – (cartographie des processus, cohérence des systèmes d'information, gestion de portefeuilles de projets informatiques...) 3° un profil d'expert Data Quality Management (Connaissance approfondie en matière de Master Data Management) 4° un profil de correspondant informatique – niveau 2+ (interface entre utilisateurs, RCO et ETNIC avec rôle helpdesk...).

Le niveau de traitement envisagé était le suivant 1° 120/4i 2° 120/4 3° 120/4 4° 250/3i. Pour les 1° et 4°, il s'agit d'échelles informatiques ETNIC. Pour le 2° et le 3°, il s'agit d'échelles statut commun du 22 juillet 1996. Pour le 2°, l'échelle initialement retenue était une échelle statut commun inférieure, l'échelle 110/1 qui n'a attiré aucun candidat utile vu la faiblesse de la rémunération au regard du profil de fonction.

Cette perspective d'une fixation très précise des profils dans la réglementation avec mention du niveau de rémunération attaché à chaque profil a été rejetée par l'ONE et par l'ETNIC en raison de l'évolution constante des besoins liée en particulier à l'évolution des techniques et outils et son manque de souplesse.

Actuellement, au sein du Ministère, les analystes métier et les RCO sont du personnel de l'ETNIC délocalisé au sein du Ministère, rémunéré aux barèmes susdits, mais restant sous l'autorité de l'ETNIC avec tous les problèmes que cela peut poser en termes de clarification et d'exercice de l'autorité hiérarchique. L'helpdesk est également organisé de l'extérieur par l'ETNIC.

En conclusion :

1° ce sont des fonctions à la frontière entre l'opérationnel fonctionnel et l'informatique avec des compétences informatiques qui s'exercent à des degrés variables, parfois à la marge mais qui peuvent devoir être pointues, et surtout qui doivent s'exercer en bonne intelligence, bonne compréhension réciproque et bonne coordination avec l'ETNIC. Le taux de rémunération se situera lui-même, selon le profil, à la marge entre ce qu'offre le statut commun du 22 juillet 1996 et l'arrêté du 3 octobre 2002.

2° La procédure projetée de validation préalable du profil par l'Instance ainsi que de mutualisation et de publicité des profils via le Conseil stratégique, chaque profil devant inclure le niveau de rémunération qui s'y attache, est justement destinée à garantir non seulement la conformité du profil proposé avec ce qu'autorise la réglementation en projet mais aussi la juste proportionnalité entre les exigences requises et le taux de rémunération retenu ainsi que la cohérence et l'égalité de traitement dans la définition des profils adoptés pour l'ensemble des services ».

Ces explications ne permettent pas de justifier le régime envisagé au regard des articles 10 et 11 de la Constitution et des principes d'égalité de traitement et de non-discrimination qu'ils consacrent.

Dans l'avis n° 64.133/AG donné le 5 octobre 2018 sur un avant-projet de loi 'modifiant la loi du 22 juillet 1993 portant certaines mesures en matière de fonction publique'², la section de législation, statuant en assemblée générale, a rappelé ce qui suit :

« 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'³. 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'impartialité'⁴ ».

Pour satisfaire aux exigences des articles 10 et 11 de la Constitution, il est dès lors requis que les mêmes échelles de traitement soient, en vertu de l'arrêté en projet, accordées aux agents contractuels qui, au sein d'un service ou d'un organisme, ont été engagés sur la base de titres et d'une description de fonction comparables, les différences de traitement résultant de la réglementation en projet entre agents relevant de services ou organismes distincts, en ce compris le personnel de l'ETNIC, n'étant elles-mêmes admissibles qu'à la condition de pouvoir être appuyées sur une justification objective et raisonnable.

Le dispositif doit dès lors être fondamentalement revu pour respecter ces exigences et les justifications étayant les différences de traitement consacrées par le texte en projet, à supposer qu'elles puissent être apportées, seront exposées dans le rapport au Gouvernement.

Dans ce contexte, il appartiendra à l'auteur du projet d'opérer un choix clair et de le traduire dans le dispositif en projet.

² <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/64133.pdf>.

³ *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.).

⁴ *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.

À cet égard, de deux choses l'une :

– soit l'auteur du projet décide que, s'agissant de profils de fonction d'emplois actuellement pourvus par des experts engagés par l'ETNIC, ce sont les dispositions régissant le statut pécuniaire du personnel de l'ETNIC qui s'appliquent par référence, ce qui apparait la solution la plus logique compte tenu du contexte dans lequel se place le projet⁵ ;

– soit il opte pour un dispositif qui se place dans une logique similaire à celle qui a présidé à l'adoption de l'article 3, § 2, de l'arrêté du 15 avril 2014 aux termes duquel le Gouvernement est habilité à octroyer, pour les fonctions d'expert, des échelles de traitement spéciales que la disposition énonce ; dans ce même ordre d'idées, le Gouvernement peut, pour les fonctions d'expert qu'il identifiera et dont la détermination pourra être adaptée par la voie réglementaire au fur et à mesure des évolutions technologiques, prévoir les échelles de traitement spéciales y attachées, ce qui n'ôtera pas pour autant son sens à l'établissement par le service ou l'organisme qui souhaite engager un expert, d'un profil de fonction pour le poste à pourvoir. Ce faisant, les principes d'égalité de traitement et de non-discrimination seront respectés, des fonctions d'experts engagés sur la base de titres et d'une description de fonction comparables étant, pour tous les services et organismes auxquels le projet s'appliquera, rémunérées dans la même échelle de traitement.

2. C'est sous réserve de cette importante observation générale que sont formulées les observations particulières qui suivent.

OBSERVATIONS PARTICULIÈRES

PRÉAMBULE

1. Dès lors que l'auteur du projet entend ne pas rendre applicable le dispositif envisagé à l'ETNIC, il n'y a pas lieu de viser au préambule, le décret du 25 octobre 2018 'relatif à l'Entreprise publique des Technologies Numériques de l'Information et de la Communication de la Communauté française (ETNIC)'.

L'alinéa 6 sera omis.

2. À l'alinéa 7, il y a lieu d'écrire « Vu le décret spécial du 7 février 2019 » et il convient de viser, au titre de fondement juridique, l'article 72 de ce décret spécial.

3. Les alinéas 8 et 9, qui visent respectivement l'arrêté du Gouvernement de la Communauté française du 22 juillet 1996 'portant statut pécuniaire des agents des Services du Gouvernement de la Communauté française' et l'arrêté du Gouvernement de la Communauté française du 3 octobre 2002, seront omis dès lors que les arrêtés visés ne sont pas modifiés par l'arrêté examiné et ne constituent pas des fondements juridiques de celui-ci.

⁵ Voir l'article 3 du décret du 25 octobre 2018 'relatif à l'entreprise publique des technologies Numériques et de l'Information et de la Communication de la Communauté française (ETNIC)'.

4. Les formalités préalables seront mentionnées selon leur ordre chronologique d'accomplissement, en commençant par la plus ancienne.
5. L'alinéa relatif à l'avis du Conseil d'État sera déplacé en fin de préambule.

DISPOSITIF

Article 6

L'article 6 du projet prévoit l'abrogation des « articles 1^{er} et 3 de l'arrêté du Gouvernement du XXX 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 relevant du Comité de Secteur XVII », en cours d'adoption.

Cet article doit être omis, la déléguée du Ministre ayant confirmé que ce projet d'arrêté parallèle ne sera finalement pas adopté par le Gouvernement.

LE GREFFIER

LE PRÉSIDENT

Charles-Henri VAN HOVE

Martine BAGUET