CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

avis 53.269/4
du 27 mai 2013

sur

un projet d'arrêté du Gouvernement 'fixant le statut administratif et pécuniaire du personnel du Centre Régional de soins Psychiatriques « les Marronniers »'

Le 25 avril 2013, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par la Ministre de la Santé, de l'Action sociale et de l'Égalité des chances de la Région wallonne à communiquer un avis, dans un délai de trente jours, sur un projet d'arrêté du Gouvernement 'fixant le statut administratif et pécuniaire du personnel du Centre Régional de soins Psychiatriques « les Marronniers »'.

Le projet a été examiné par la quatrième chambre le 27 mai 2013. La chambre était composée de Pierre LIÉNARDY, président de chambre, Luc CAMBIER et Bernard BLERO, conseillers d'État, Sébastien VAN DROOGHENBROECK, assesseur, et Colette GIGOT, greffier.

Le rapport a été présenté par Gabrielle JOTTRAND, première auditrice.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 27 mai 2013.

*

Comme la demande d'avis est introduite sur la base de l'article 84, § 1er, alinéa 1er, 1°, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, tel qu'il est remplacé par la loi du 2 avril 2003, 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.

1. En vertu de l'article 2, alinéa 1er, du décret du 22 janvier 1998 'relatif au statut du personnel de certains organismes d'intérêt public relevant de la Région wallonne', « sous réserve des adaptations nécessaires auxquelles procède le Gouvernement en fonction des particularités éventuelles de chaque organisme, les dispositions qui constituent le statut administratif et pécuniaire des agents des services du Gouvernement sont applicables au personnel des organismes d'intérêt public visé à l'article 1er ».

L'article 1er, 17°, du même décret mentionne « le centre régional de soins psychiatriques 'Les Marronniers' », désigné dans la suite « le centre régional ».

En ce qui concerne le centre régional, celui-ci trouve son fondement légal dans l'article 493 du CWASS, qui le crée sous la forme d'un organisme d'intérêt public doté de la personnalité juridique. Les articles 497 et suivants du même code en règlent les missions [1], l'organisation – le conseil d'administration [2] et la gestion journalière [3] – les charges financières [4], le budget, les comptes et le contrôle [5] et le personnel [6]. Ces dispositions contiennent diverses habilitations au Gouvernement.

Concernant le personnel, l'article 522 du CWASS, dont le paragraphe 4 a été inséré par le décret du 18 avril 2013 'modifiant des dispositions du Code wallon de l'Action sociale et de la Santé relative au Centre régional de soins psychiatriques « Les Marronniers »' [7], est rédigé comme suit :

> « Art. 522. § 1er. Le Gouvernement arrête le statut administratif et pécuniaire et le cadre de personnel du centre.
>
> § 2. Le livre III 'les congés et autres absences des agents' de l'arrêté du Gouvernement wallon du 18 décembre 2003 portant le Code de la fonction publique wallonne est applicable aux agents du centre.

[1] Voir les articles 497 et 498 du CWASS.

[2] Voir les articles 499 à 507 du CWASS.

[3] Voir les articles 507 à 512 du CWASS.

[4] Voir l'article 513 du CWASS.

[5] Voir les articles 514 à 521 du CWASS.

[6] Voir les articles 522 et 523 du CWASS.

[7] Voir l'avis 52.648/4 donné le 16 janvier 2013 sur un avant-projet devenu le décret du 18 avril 2013 'modifiant des dispositions du Code wallon de l'Action sociale et de la Santé relative au Centre régional de soins psychiatriques « Les Marronniers »' (*Doc. parl.*, Parl. wal., 2012-2013, n° 765/1, pp. 5-7).

§ 3. L'article 16 de l'arrêté du Gouvernement wallon du 27 mars 2009 modifiant 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 est applicable au personnel du centre.

§ 4. Il peut être également satisfait aux besoins en personnel par des personnes engagées par contrat de travail » [8].

2. L'arrêté en projet contient des dispositions qui sont appelées à s'appliquer au personnel du centre régional, lequel comprend des agents statutaires et contractuels.

L'arrêté en projet reste toutefois en défaut de préciser de manière claire le champ d'application des dispositions qu'il contient quant au type de personnel auquel ces dispositions sont censées s'appliquer.

L'article 2, quatrième et cinquième tirets, du projet distingue le « Personnel du cadre I de l'organisme » et le « Personnel du cadre II de l'organisme », en faisant, semble-t-il, référence à l'arrêté du Gouvernement wallon du 21 octobre 2010 'fixant le cadre organique du personnel du Centre régional de soins psychiatriques « Les Marronniers »'. Cet arrêté précise, pour les différents emplois qui constituent le cadre organique du personnel (à l'exception de l'emploi de directeur général et de celui de directeur général adjoint), s'ils relèvent du cadre I ou du cadre II de l'organisme [9]. Il ressort, par ailleurs, de l'article 26 du projet que les emplois des cadres I et II ont, tous deux, vocation à être occupés par des contractuels et des statutaires.

L'imprécision concernant le champ d'application des dispositions en projet quant au type de personnel visé se marque à plusieurs égards.

Ainsi, diverses dispositions qui se déclarent expressément applicables au personnel du cadre II de l'organisme, semblent, parce qu'elles comportent une référence aux conventions collectives de travail conclues au sein de la commission paritaire compétente, ne viser que les agents contractuels de ce cadre, mais sans toutefois exclure de manière expresse de leur champ d'application les agents statutaires relevant de ce cadre : tel est, notamment, le cas des articles 3, 5, 12, 15 et 27 du projet. Inversement, la question se pose de savoir si les articles 4 et 6 du projet, parce qu'ils comportent une référence générale au Code de la fonction publique wallonne, désigné dans la suite « le code », n'entendent viser que les agents statutaires de l'organisme ou s'ils entendent également être applicables au personnel contractuel de celui-ci.

Par ailleurs, l'arrêté en projet se réfère dans diverses dispositions aux notions de « recrutement » et d'« engagement » (voir ses articles 9, alinéa 3, 15, 16, alinéa 4, 17, 20,

[8] L'article 523, § 1er, habilite le Gouvernement à transférer au centre régional « le personnel transféré de la Communauté française à la Région wallonne en application des articles 3, 6°, et 6, § 1er, du décret II du 22 juillet 1993 attribuant l'exercice de certaines compétences de la Communauté française à la Région wallonne et à la Commission communautaire française » ; le paragraphe 2 du même article règle la succession de plein droit du centre régional aux droits et obligations en ce qui concerne le personnel de l'A.S.B.L. pour l'aide à l'hôpital psychiatrique après la clôture de la liquidation de cette A.S.B.L.

[9] *M.b.*, 16 novembre 2010.

23, alinéas 1 et 2, 24) sans jamais expliciter le sens dans lequel ces notions sont utilisées, de sorte que l'incertitude demeure quant à savoir si, pour chacune des dispositions précitées, la notion de recrutement doit se comprendre comme visant le recrutement « statutaire » et celle d'engagement comme visant l'engagement « contractuel ».

Enfin, d'autres dispositions du projet sont formulées en manière telle qu'elles semblent valoir pour l'ensemble du personnel, contractuel comme statutaire, sans, toutefois, que cette applicabilité générale ne soit consacrée de manière expresse et univoque : se rattachent à cette catégorie les articles 7, 10, 16, 22, 28, 29, 30 à 38 de l'arrêté.

La structure du projet ne contribue pas à clarifier la portée du texte sur ce plan. Le titre I[er], intitulé « Dispositions communes », n'est pas conçu comme une division où seraient regroupées les dispositions qui s'appliqueraient aux deux catégories de personnel – contractuel et statutaire – de l'organisme, puisqu'y figurent, notamment, des dispositions qui ne visent que le personnel du cadre I ou II de l'organisme, dispositions dont la portée quant à leur champ d'application prête à équivoque (voir ci-dessus). Le titre II, relatif au « Statut des agents de l'organisme », a vocation à décrire les règles applicables au personnel de l'organisme, le plus souvent sans préciser le type de personnel auquel ces règles sont destinées (par exception, l'article 25 précise qu'il ne s'applique qu'« aux membres du personnel contractuel de l'organisme »). Le titre III, intitulé « Dispositions finales », énonce des dispositions qui, à l'exception de la disposition relative à l'entrée en vigueur, auraient plutôt leur place sous le titre II (ainsi, les articles 37 à 42) [10].

Il incombe à l'auteur du projet de revoir fondamentalement la structure de l'arrêté en projet [11], ainsi que, le cas échéant, le libellé des dispositions qu'il contient, de manière à faire le départ entre les catégories de règles exclusivement applicables au personnel contractuel de l'organisme, celles exclusivement applicables au personnel statutaire et celles applicables aux deux catégories, en veillant à ce que les différences de régime ainsi instituées puissent chaque fois s'appuyer sur une justification objective et raisonnable.

3. Sur le fond, il apparaît que nombre de dispositions du projet sont conçues de manière inadéquate et critiquable.

3.1. Ainsi, il ressort de l'article 2, alinéa 1[er], du décret du 22 janvier 1998 'relatif au statut du personnel de certains organismes d'intérêt public relevant de la Région wallonne', que le Code de la fonction publique wallonne est en principe applicable au personnel de l'organisme, sauf les adaptations consacrées par le Gouvernement en fonction des particularités de l'organisme. Il découle de ce principe décrétal qu'il appartient à l'auteur du projet de préciser, non les dispositions de ce code qui s'appliquent au personnel de l'organisme, mais celles qui ne s'y appliquent pas ou celles qui s'appliquent moyennant une

[10] La structure de l'arrêté est encore défaillante à d'autres égards : ainsi, la section II du sous-titre III (lire : chapitre III) du titre II, en projet, traite, sous l'intitulé « De la composition des commissions de sélection », de questions qui sont étrangères à cet objet : voir les articles 16, alinéas 2 et 3, 17, 19, 21 à 23.

[11] Les intitulés des chapitres, des sections et éventuellement des sous-sections seront correctement revus et rédigés

adaptation justifiée par la nature ou telle caractéristique de l'organisme d'intérêt public concerné. L'article 4 du projet, en ce qu'il vise à confirmer l'applicabilité du code au personnel du cadre I de l'organisme, est inutile. Pour la même raison, il n'y a pas lieu de consacrer dans l'arrêté en projet l'applicabilité des modifications apportées aux dispositions du code qui sont applicables aux agents de l'organisme.

Par des motifs similaires, dès lors qu'il ressort de l'article 1er 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' que celui-ci s'applique de plein droit au centre régional « Les Marronniers », il n'y a pas lieu d'indiquer, dans le présent projet, quelles dispositions de cet arrêté s'appliquent au personnel contractuel de l'organisme, mais bien d'identifier les dispositions de cet arrêté qui ne s'y appliquent pas. L'article 25 en projet procède de la démarche inverse : il doit, dès lors, être revu.

3.2. L'article 9 de la loi du 5 décembre 1968 'sur les conventions collectives de travail et les commissions paritaires' dispose que « Sont nulles les dispositions d'une convention […] contraires aux dispositions impératives des lois et arrêtés […] ». Il suit de cette règle légale qu'il n'y a pas lieu de préciser, dans un arrêté, qu'une convention collective de travail adoptée au sein de la commission paritaire compétente s'applique sans préjudice de règles définies par cet arrêté et sauf disposition contraire (présente ou à venir). L'article 3 doit, dès lors, être revu et l'article 5, au vu de la portée que lui assigne son commentaire, omis.

3.3. Il est inutile, dans un arrêté de portée réglementaire, de préciser que celui-ci s'applique sauf disposition réglementaire en sens contraire. L'article 4 sera revu en conséquence.

3.4. De même, il n'y a pas lieu de prévoir que les dispositions modificatives du Code de la fonction publique wallonne seront applicables aux agents de l'organisme « sauf si elles affectent des dispositions du présent arrêté ». Dans l'hypothèse d'une telle modification, il appartiendra au Gouvernement de décider de la non-applicabilité de la modification au personnel de l'organisme. Il est par ailleurs évident que l'auteur du texte ne pourrait prévoir d'exception à l'application future d'une disposition modificative prise par « la Région », si celle-ci résultait d'un décret, sans s'exposer à violer l'article 20 de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles. Il convient, dès lors, d'omettre l'article 6 en projet.

3.5. L'article 9, alinéa 1er, du projet, énonce qu'« À mérite égal, priorité sera donnée aux membres du personnel de l'organisme pour l'accès à tous les emplois » et, en son alinéa 2, règle la situation où « il ne peut être pourvu, en suite de cette priorité, à un emploi du cadre I de l'organisme ». La disposition, ainsi conçue, s'expose à la critique fondamentale suivante. Au sens de l'alinéa 2, l'impossibilité d'accorder une priorité – telle que définie à l'alinéa 1er – à un membre du personnel de l'organisme, pour pourvoir à un emploi d'encadrement du cadre I de l'organisme, suppose que cet emploi a été ouvert à la mobilité interne – au sens de l'article 75, § 1er, du Code de la fonction publique wallonne – ou à la mobilité externe – au sens de l'article 75, § 2, du même code – ou à un appel public, qu'un ou

plusieurs candidats de l'organisme ont postulé de même qu'un ou plusieurs candidats externes à celui-ci et que la comparaison des mérites des candidats a abouti à la conclusion qu'un candidat externe disposait de mérites plus importants que le ou les candidats internes, de sorte que la priorité accordée aux candidats de l'organisme, n'a pas pu jouer en leur faveur. La section de législation ne comprend dès lors pas comment, après le constat que la priorité visée à l'alinéa 1er ne permet pas de nommer un candidat de l'organisme parce qu'aucun d'entre eux n'est susceptible de se prévaloir de mérites égaux à ceux de candidats, par définition, externes à l'organisme, pourrait trouver à s'appliquer la règle définie à l'alinéa 2, selon laquelle il doit alors être fait appel « d'abord à la mobilité interne, ensuite à la mobilité externe, et, enfin, qu'un appel public aux candidats soit lancé ». Plus fondamentalement encore, si l'article 9 du projet, lu conjointement avec l'article 26, vise à dispenser l'autorité de toute obligation de procéder à un appel à candidature externe lorsqu'elle entend attribuer un emploi vacant à un candidat déjà membre du personnel, la disposition viole le principe d'égal accès aux emplois publics.

3.6. Pour les agents statutaires, l'article 4, alinéa 1er, du code pose le principe que « [le] grade est le titre qui situe l'agent dans la hiérarchie et l'habilite à occuper un des emplois du cadre du personnel qui correspondent à ce grade ». Pour les agents contractuels, il est fait référence dans l'arrêté du 18 décembre 2003 aux niveaux dans lesquels ils seront engagés notamment à la suite d'une audition par le responsable hiérarchique du service fonctionnel où la personne sera appelée à travailler. La section de législation se demande, dès lors, comment ce mode d'organisation sera compatible avec l'article 12 du projet qui prévoit que « [lorsque] des grades, rangs, niveaux ou barèmes sont prévus par les conventions collectives de travail de la Commission paritaire, ceux-ci sont d'application pour le personnel du cadre II de l'organisme, à l'exclusion du Code ».

3.7. L'article 13 du projet entend préciser comment doit se lire l'article 10 du code en vue de son application au centre régional. Toutefois, cet article 10 ne correspond qu'imparfaitement à la situation du centre régional qui n'est pas placé sous l'autorité du ministre-président ou celle du Gouvernement et qui ne connaît pas la fonction de secrétaire général ; peut-être l'intention est-elle de renvoyer au seul paragraphe 2 de l'article 10, qui énonce que « Chaque Direction générale est dirigée par un directeur général, dans le cadre du mandat qui lui est conféré par le Gouvernement en application des dispositions prévues au Livre II », mais le texte en projet ne le précise pas ; l'article 42 ne pallie pas ces difficultés.

3.8. À l'article 14 du projet, la référence à l'arrêté du Gouvernement wallon du 13 septembre 2007 'modifiant diverses dispositions relatives à la Fonction publique, dans le but d'intégrer au niveau 3 l'actuel niveau 4' pose problème puisqu'il s'agit d'un texte dont les modifications sont destinées à s'insérer dans le code (articles 1er à 24) ou dans l'arrêté du 18 décembre 2003 (articles 25), hormis ses dispositions transitoires et finales (articles 26 et 27). L'article 14 ne permet pas de déterminer quelles sont précisément les règles de l'arrêté du 13 septembre 2007 qui vont trouver à s'appliquer à l'organisme. Il y a lieu de lever ces incertitudes en formulant de manière explicite dans l'arrêté en projet les règles que l'auteur de cet arrêté souhaite consacrer.

3.9. L'article 15 du projet énonce qu'« Outre les conditions générales d'admissibilité prévues par le Code, les conditions particulières établies par les conventions collectives de travail de la Commission paritaire sont applicables au recrutement et à l'engagement du personnel du cadre II de l'organisme ». Le commentaire de l'article justifie cette règle par la considération suivante : « Dès lors que la classification de fonctions décidée au sein de la Commission paritaire n° 330 est rendue applicable aux membres du personnel du cadre II de l'organisme, il est logique qu'il en aille de même lorsqu'à cette classification correspondent des exigences en vue de l'accès à l'emploi ». Étant donné qu'il s'agit de définir les exigences d'accès aux emplois, la portée de cette disposition doit impérativement être précisée dans le dispositif.

3.10. L'article 17 du projet permet au conseil d'administration de décider de soumettre à un assessment les candidats à un emploi « de rang A4 du cadre I et ceux dont l'échelle de traitement est l'échelle 1.95 du cadre II ». Dès lors que l'arrêté en projet entend régler également les modalités de sélection du directeur général et du directeur général adjoint (voir son article 20), il découle *a contrario* de l'article 17 que le conseil d'administration ne dispose pas de la possibilité de soumettre à un assessment les candidats à la fonction de directeur général (rang A2) et de directeur général adjoint (rang A3), alors que selon le commentaire de l'article, une telle épreuve est prévue – et donc supposée appropriée – « [pour] les emplois supérieurs ». La section de législation ne comprend pas pour quelle raison l'organisation d'un assessment, susceptible d'être imposée par le conseil d'administration pour la sélection à une fonction de directeur, se trouverait être exclue dans le cadre de la sélection d'un directeur général ou d'un directeur général adjoint. L'arrêté en projet doit être revu afin de lever cette incohérence.

3.11. Selon l'article 19 du projet, « [le] conseil d'administration est seul compétent pour pourvoir à l'emploi de la personne chargée de la responsabilité d'un département ». Cette disposition paraphrase l'article 502, § 1er, 4° du CWASS qui attribue au conseil d'administration du centre régional « la désignation du médecin en chef et des médecins chefs de service » ainsi que le 5° du même article qui concerne « le recrutement ou l'engagement, la promotion et le licenciement des membres du personnel ». Si l'article 19 n'a d'autre portée que de reproduire l'article 502, § 1er, 4° et 5°, du CWASS, la disposition est inutile et doit être omise. Si la portée de la disposition est différente, il convient que celle-ci soit formulée en des termes explicites, étant rappelé qu'il n'appartient pas au Gouvernement de modifier les dispositions décrétales qui règlent le mode de fonctionnement d'un organisme d'intérêt public.

3.12. L'article 24 du projet paraphrase l'article 522, § 4, du CWASS et est par ailleurs dénué de portée normative en ce qu'il renvoie à l'article 26. La disposition doit, dès lors, être omise.

3.13. L'article 26 du projet se borne à fixer des objectifs en matière d'admission au stage en vue des recrutements statutaires au sein de l'organisme « en fonction des possibilités budgétaires ». De telles déclarations d'intention sont dépourvues de portée normative et n'ont, dès lors, pas leur place dans un texte réglementaire. Il appartient dès lors à l'auteur du projet,

soit d'omettre cette disposition, soit de la formuler en manière telle qu'elle soit la source d'obligations juridiques contraignantes pour ses destinataires.

3.14. Alors que certaines dispositions utilisent l'expression « doit se lire » – comme à l'article 30 du projet – plusieurs dispositions indiquent de remplacer des dispositions en vigueur : tel est le cas, dans le texte en projet, des articles 31, alinéa 2, 32 à 34 et 37. Il convient de revoir l'ensemble des dispositions visées, afin de prévenir tout risque de confusion quant à la portée réelle de la disposition en projet, laquelle doit seulement adapter le code à la situation particulière du centre régional.

3.15. L'article 43 du projet fait rétroagir l'entrée en vigueur de l'arrêté à la date du 1er juillet 2010, « à l'exception des dispositions relatives aux allocations et indemnités qui entrent en vigueur le premier jour du mois qui suit sa publication au Moniteur [belge] et de son article 14 qui entre en vigueur le 1er janvier 2007 ». Il est ainsi dérogé aux règles ordinaires d'entrée en vigueur des normes réglementaires. Il est rappelé qu'il ne peut être conféré de rétroactivité aux arrêtés que sous certaines conditions, à savoir lorsque la rétroactivité a une base légale, lorsqu'elle concerne une règle qui accorde des avantages dans le respect du principe d'égalité, ou dans la mesure où elle s'impose pour assurer la continuité ou le bon fonctionnement de l'administration, et ne porte pas atteinte, en principe, à des situations acquises. La rétroactivité consacrée par l'article 43 ne peut, dès lors, se justifier que si elle s'inscrit dans une des hypothèses énumérées ci-dessus. Il appartient à l'auteur du texte de s'en assurer et de s'en justifier dans le commentaire de l'article [12].

4. Compte tenu du caractère fondamental des observations qui précèdent et des options qu'il appartient au Gouvernement de définir quant au statut administratif et pécuniaire du personnel du centre régional, la section de législation n'a pas poursuivi l'examen du projet qui doit être fondamentalement revu.

LE GREFFIER LE PRÉSIDENT

Colette GIGOT Pierre LIÉNARDY

[12] *Principes de technique législative – Guide de rédaction des textes législatifs et réglementaires*, www.conseildetat.be, onglet « Technique législative », recommandation n° 211.