CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

avis 75.375/4
du 12 février 2024

sur

un projet d'arrêté du Gouvernement de la Communauté française 'modificatif de l'arrêté du Gouvernement de la Communauté française du 15 avril 2014 relatif aux conditions d'engagement et à la situation administrative et pécuniaire des membres du personnel contractuel des Services du Gouvernement de la Communauté française, du Conseil supérieur de l'Audiovisuel et des Organismes d'intérêt public qui relèvent du Comité de Secteur XVII'

#LW-BCCYOBIEC-HFDHFUQ#

Le 16 janvier 2024, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par le Vice-Président et Ministre du Budget, de la Fonction publique, de l'Égalité des chances et de la tutelle sur Wallonie-Bruxelles Enseignement de la Communauté française à communiquer un avis dans un délai de trente jours, sur un projet d'arrêté 'modificatif de l'arrêté du Gouvernement de la Communauté française du 15 avril 2014 relatif aux conditions d'engagement et à la situation administrative et pécuniaire des membres du personnel contractuel des Services du Gouvernement de la Communauté française, du Conseil supérieur de l'Audiovisuel et des Organismes d'intérêt public qui relèvent du Comité de Secteur XVII'.

Le projet a été examiné par la quatrième chambre le 12 février 2024. La chambre était composée de Bernard BLERO, président de chambre, Luc CAMBIER et Dimitri YERNAULT, conseillers d'État, Marianne DONY, assesseur, et Anne-Catherine VAN GEERSDAELE, greffier.

Le rapport a été présenté par Aurore PERCY, auditeur.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 12 février 2024.

*

‡LW-BCCYOBIEC-HFDHFUQ‡

Comme la demande d'avis est introduite sur la base de l'article 84, § 1er, alinéa 1er, 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.

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

1. D'après la note au Gouvernement, le projet à l'examen tend, en substance, à

> « [insérer] quatre articles 14/6/1 à 14/6/4 au sein de l'arrêté du Gouvernement de la Communauté française du 15 avril 2014 relatif aux conditions d'engagement et à la situation administrative et pécuniaire des membres du personnel contractuel des Services du Gouvernement de la Communauté française, du Conseil supérieur de l'Audiovisuel et des Organismes d'intérêt public qui relèvent du Comité de Secteur XVII afin d'instaurer un mécanisme de statutarisation simplifié du personnel sous contrat de travail.
>
> L'article 14/6 actuel n'est pas abrogé. Il prévoit en effet des conditions différentes que celles de l'article 14/6/1 […] et il apparait nécessaire de maintenir les deux dispositifs pour ne porter aucun préjudice au personnel qui remplirait les conditions de statutarisation actuelles mais pas celle prévues par le présent projet ».

En application de l'article 14/6/1 en projet, les membres du personnel contractuel des services du Gouvernement, du Conseil supérieur de l'Audiovisuel et des organismes d'intérêt public qui relèvent du Comité de Secteur XVII peuvent être nommés dans l'emploi qu'ils occupent si les conditions suivantes sont remplies :

> « 1° être engagé sur un emploi permanent ;
>
> 2° avoir, à la date de l'introduction de la demande, soit réussi dans les trois dernières années l'épreuve générique ou un test informatisé de l'épreuve spécifique d'un concours de recrutement organisé par le Selor, soit être lauréat d'une réserve valide de recrutement constituée par le Selor d'un niveau égal ou supérieur au niveau de l'emploi dans lequel il est engagé ;
>
> 3° bénéficier d'une mention d'évaluation favorable attribuée en application de l'article 13.
>
> Par 'emploi permanent', l'on entend tout emploi occupé par un membre du personnel à l'exception :
>
> 1° des emplois pour lesquels la Communauté française bénéficie d'une subvention, partielle ou totale, de quelque nature que ce soit qui doit être affectée à l'engagement d'une personne sous contrat de travail ;
>
> 2° des emplois qui constituent des taches spécifiques, en application de l'article 1er de l'arrêté du Gouvernement de la Communauté française du 16 septembre 1998 fixant la liste des taches auxiliaires et spécifiques pour le Ministère de la Communauté française ».

#LW-BCCYOBIEC-HFDHFUQ#

La méthode de détermination du nombre de membres du personnel qui peuvent, par application des articles 14/6 et 14/6/1 en projet, être « statutarisés » est différente pour les services du Gouvernement et pour les organismes d'intérêt public qui relèvent du Comité de Secteur XVII :

– pour les services du Gouvernement, le Gouvernement fixe ce nombre annuellement, à l'occasion de l'élaboration du budget. Il ne peut être inférieur au nombre de départs d'agent statutaires constatés depuis le précédent exercice budgétaire et peut dépasser ce nombre de maximum 10 % (article 14/6/3 en projet) ;

– pour les organismes d'intérêt public qui relèvent du Comité de Secteur XVII, un nombre minimal est fixé dans un plan annuel de nomination. D'après la note au Gouvernement, le nombre de nominations pouvant être effectué au sein des organismes d'intérêt public dépendra des économies réalisées par l'application du mécanisme de statutarisation au sein des services du Gouvernement (article 14/6/4 en projet).

2. Dans son avis donné le 18 mars 2022 sur le projet, l'Inspecteur des Finances s'est interrogé sur le respect du principe d'égal accès aux emplois publics, en l'absence d'appel public à candidatures pour le poste statutaire.

Dans la note au Gouvernement, il est répondu à cette préoccupation comme suit :

« Il est tout d'abord souligné que, lorsque la Communauté française a recours à la conclusion de contrat de travail, elle reste soumise au principe constitutionnel d'égal accès à l'emploi public. Le choix de la procédure, contractuel ou statutaire, n'emporte pas de nuance dans l'application de ce prescrit.

À cet égard, on notera que l'arrêté du 15 avril 2014 instaure une procédure de recrutement qui respecte en tout point le principe de l'égal accès aux emplois publics.

Le personnel recruté sur base de cet arrêté peut raisonnablement être présumé comme répondant au prescrit constitutionnel.

Le texte en projet consacre en outre spécifiquement le fait que la personne à statutariser doit avoir été engagé sur base d'une procédure objective.

L'argument de l'Inspection des finances qui consiste à dire que l'emploi devrait être remis en concurrence n'apparait pas pouvoir être suivi. Il est en effet inconcevable qu'une personne ayant été recrutée à titre contractuel donnant satisfaction, puisse uniquement être recrutée à titre statutaire via une remise en concurrence de l'emploi qu'elle occupe. Cette logique ne trouve d'ailleurs pas à s'appliquer en l'état lorsqu'une personne est stabilisée sur son emploi via le partage de réserve de recrutement.

En effet, à l'heure actuelle, la personne qui a réussi une procédure auprès du SPF BOSA pour un emploi de même niveau peut, si elle est en ordre utile, solliciter à faire valoir le bénéfice de cette réussite auprès de son employeur, sur le poste qu'elle occupe actuellement. Le poste en question n'est pas remis en concurrence, il est simplement octroyé, à titre statutaire, à la personne qui l'occupe sur base de la réussite d'un concours réussi pour un autre emploi du même niveau auprès d'un autre employeur.

‡LW-BCCYOBIEC-HFDHFUQ‡

Le projet propose un mécanisme analogue à celui qui est accepté de longue date par tous. Le présent projet a simplement pour objet de simplifier le processus de régularisation.

Par ailleurs, l'Inspection des finances avance que les différences importantes entre un statutaire et un contractuel ont pour effet de ne pas attirer les mêmes candidats. L'Inspection des Finances semble avancer, à demi-mots, que les procédures statutaires aboutiraient à la sélection de meilleurs candidats compte tenu du fait que leur situation est plus enviable que celle du personnel contractuel. Cet argument repose toutefois uniquement sur un sentiment non-étayé ».

3. Dans son avis 64.183/4, la section de législation a observé, à propos d'un mécanisme analogue, ce qui suit :

« La section de législation concluait son avis n° 61.592/4 donné le 10 juillet 2017 sur un projet d'arrêté du Gouvernement wallon 'modifiant l'article 119*quater* de l'arrêté du Gouvernement wallon du 18 décembre 2003 portant le Code de la fonction publique wallonne', par l'observation suivante :

'Le principe de l'égalité d'accès à la fonction publique constitue un corollaire des articles 10 et 11 de la Constitution [1]. Il implique que tout poste statutaire vacant doit faire l'objet d'une publicité et être accessible tant aux agents (contractuels ou non) occupés par la fonction publique wallonne qu'à des personnes extérieures à celles-ci [2]'.

Cette observation doit être réitérée à propos de l'article 119*quinquies*, en projet, du Code de la Fonction publique wallonne, dès lors qu'il ne ressort pas de la disposition en projet que la vacance des postes statutaires concernés auxquels peuvent accéder les agents contractuels visés par le projet a fait l'objet d'une publicité permettant à toute personne remplissant les conditions d'accès à ces emplois d'y postuler.

La circonstance que les obligations de publicité et d'égal accès aux emplois ont été respectées lors de la sélection contractuelle n'est pas de nature à lever l'objection. En effet, un emploi contractuel et un emploi statutaire ne peuvent pas être considérés comme des emplois identiques, des différences notoires existant entre un engagement statutaire et un engagement contractuel, ce que la note au Gouvernement souligne d'ailleurs expressément.

Ainsi :

– les critères retenus, selon qu'il s'agit d'une épreuve en vue d'un engagement statutaire ou contractuel, peuvent différer ;

– l'appel à candidature n'a pas le même périmètre ;

– les compositions de jurys ne sont pas identiques ;

[1] *Note de bas de page n° 1 de l'avis cité* : Note de bas de page n° 2 de l'avis cité : Voir ainsi C.C., n° 106/2005 du 15 juin 2005, B.5.

[2] *Note de bas de page n° 2 de l'avis cité* : Note de bas de page n° 3 de l'avis cité : Voir en ce sens C.E., 5 février 2013, *Mathieu*, n° 222.384 ; et C.E. 4 février 2010, *Schmetz*, n° 200.492, dont il ressort ce qui suit : « qu'il ne peut être pourvu à un emploi vacant que dans le respect des principes fondamentaux, fondés sur les articles 10 et 11 de la Constitution, qui régissent la collation des emplois publics ».

‡LW-BCCYOBIEC-HFDHFUQ‡

– Les régimes juridiques de l'emploi statutaire et contractuel diffèrent, de sorte que des candidats peuvent, pour des motifs légitimes, ne pas être intéressés à postuler à une fonction contractuelle mais l'être par contre s'agissant d'un emploi statutaire.

Il s'ensuit que le texte en projet n'est pas admissible au regard des articles 10 et 11 de la Constitution » [3].

Dans un avis 74.366/4, la section de législation a, par ailleurs, observé ce qui suit :

« 1. L'arrêté en projet vise à dispenser certains membres du personnel engagés par contrat de travail de tous les modules d'une sélection comparative, à l'exception du dernier module.

Il s'agit des membres du personnel engagés par contrat de travail occupés de manière ininterrompue depuis au moins trois ans à temps plein (cette période de trois ans étant 'prolongée au prorata' en cas de prestations à temps partiel) dans le service public fédéral où se trouve l'emploi vacant et 'dans une fonction dont les compétences sont identiques de la même classe ou du même grade' (article 7*ter*, alinéas 1er, 2° et 3°, et 2, en projet de l'arrêté royal du 22 décembre 2000 'concernant la sélection et la carrière des agents de l'État').

En outre, la dispense n'est accordée que si le membre du personnel concerné n'a pas reçu de mention 'insuffisant' lors d'une de ses deux dernières évaluations et a été engagé par contrat de travail, soit conformément à l'article 2, alinéa 1er, 4°, de l'arrêté royal du 25 avril 2005 'fixant les conditions d'engagement par contrat de travail dans certains services publics', soit conformément à l'article 2, alinéa 4, du même arrêté royal (article 7*ter*, alinéa 1er, 1° et 4°, en projet de l'arrêté royal du 22 décembre 2000).

[…]

3. L'article 25, c), du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, qui a effet direct, garantit à tout citoyen le droit et la possibilité, sans aucune des discriminations visées à l'article 2 et sans restrictions déraisonnables, d'accéder, dans des conditions générales d'égalité, aux fonctions publiques de son pays [4].

Le principe de l'égalité d'accès à la fonction publique, lequel constitue également un corollaire des articles 10 et 11 de la Constitution [5], implique notamment que tout poste statutaire vacant doit être accessible, à des conditions non discriminatoires, tant aux agents (contractuels ou non) occupés dans la fonction publique qu'à des personnes extérieures à celles-ci [6].

---

[3] Avis 64.183/4 donné le 26 septembre 2018 sur un projet d'arrêté du Gouvernement wallon « insérant un article 119*quinquies* au sein de l'arrêté du Gouvernement wallon du 18 décembre 2003 portant le Code de la fonction publique wallonne ».

[4] *Note de bas de page n° 5 de l'avis cité* : Aux termes de l'article 2, paragraphe 1, du Pacte :
« Les États parties au présent Pacte s'engagent à respecter et à garantir à tous les individus se trouvant sur leur territoire et relevant de leur compétence les droits reconnus dans le présent Pacte, sans distinction aucune, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation ».

[5] *Note de bas de page n° 6 de l'avis cité* : Voir C.C., 15 juin 2005, n° 106/2005, B.5.

[6] *Note de bas de page n° 7 de l'avis cité* : Voir en ce sens C.E. (8e ch.), 5 février 2013, n° 222.384, Mathieu ; et C.E. (8e ch.), 4 février 2010, n° 200.492, Schmetz, dont il ressort « qu'il ne peut être pourvu à un emploi vacant que dans le respect des principes fondamentaux, fondés sur les articles 10 et 11 de la Constitution, qui régissent la collation des emplois publics ».

‡LW-BCCYOBIEC-HFDHFUQ‡

Le projet crée une différence de traitement entre les membres du personnel contractuels occupés dans la fonction publique et les personnes extérieures à celles-ci. Il crée également une différence de traitement entre les membres du personnel contractuels occupés dans le service public fédéral concerné et ceux occupés dans d'autres services.

Par ailleurs, il a également pour effet de traiter de manière identique les membres du personnel contractuels qui ont réussi une sélection comparative, ceux qui ont réussi un test de sélection et ceux qui n'ont réussi que le premier module d'une sélection comparative.

Les règles constitutionnelles de l'égalité et de la non-discrimination n'excluent pas qu'une différence de traitement soit établie entre des catégories de personnes, pour autant qu'elle repose sur un critère objectif et qu'elle soit raisonnablement justifiée. L'existence d'une telle justification doit s'apprécier en tenant compte du but et des effets de la mesure ainsi que de la nature des principes en cause ; le principe d'égalité est violé lorsqu'il est établi qu'il n'existe pas de rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé.

En l'espèce, l'auteur du projet doit dès lors être en mesure de justifier, au regard du principe d'égalité et de non-discrimination, toutes les dispositions du projet qui établissent une différence de traitement ou qui traitent de manière égale des situations différentes. À cet égard, les justifications qui figurent dans le rapport au Roi sont insuffisantes.

Le projet sera fondamentalement réexaminé à la lumière de cette observation » [7].

Une observation analogue doit être réitérée en l'espèce, dès lors que l'article 14/6/1 en projet ne prévoit pas la publicité de la vacance des emplois dans lesquels les agents contractuels peuvent être nommés en application de cette disposition, cette publicité devant permettre à toute personne remplissant les conditions d'accès à cet emploi d'y postuler. Compte tenu de la nature de l'emploi statutaire, il ne suffit pas, contrairement à ce qu'énonce la note au Gouvernement, qu'une mise en concurrence ait été effectuée lors de la sélection contractuelle.

L'article 14/6/1 en projet méconnait, en conséquence, l'article 25, c), du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et le principe de l'égalité d'accès à la fonction publique, qui constitue un corollaire des articles 10 et 11 de la Constitution.

4. Pour le surplus, le projet crée une différence de traitement entre les agents contractuels des services du Gouvernement et les agents contractuels des organismes d'intérêt public dès lors qu'en vertu de l'article 14/6/4 en projet, les seconds ne pourront bénéficier du « mécanisme de statutarisation simplifié » que pour autant que les nominations des premiers aient généré des économies.

[7] Avis 74.366/4 donné le 27 septembre 2023 sur un projet d'arrêté royal « modifiant l'arrêté royal du 22 décembre 2000 concernant la sélection et la carrière des agents de l'État ».

‡LW-BCCYOBIEC-HFDHFUQ‡

Or, pour satisfaire aux exigences des articles 10 et 11 de la Constitution, les différences de traitement entre membres du personnel relevant de services ou organismes distincts, qui relèvent de la compétence de la Communauté française, ne sont admissibles qu'à la condition de pouvoir s'appuyer sur une justification objective et raisonnable [8]. S'il ressort du dossier soumis à la section de législation que cette différence de traitement se justifie par un objectif budgétaire, il revient à l'auteur du projet d'établir qu'elle est pertinente et n'emporte pas des effets disproportionnés.

5. Au vu du caractère fondamental des observations qui précèdent, le projet n'a pas été examiné plus avant.

LE GREFFIER LE PRÉSIDENT

Anne-Catherine VAN GEERSDAELE Bernard BLERO

[8] Voir notamment l'avis 66.142/4 donné le 5 juin 2019 sur un projet devenu l'arrêté du Gouvernement de la Communauté française du 3 juillet 2019 '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', et C.C., 13 octobre 2022, n° 121/2022, B.3.1. et B.5.2.

‡LW-BCCYOBIEC-HFDHFUQ‡