



CONSEIL D'ÉTAT

section de législation

avis 76.668/2/V
du 19 juillet 2024

sur

un projet d'arrêté du Gouvernement wallon 'relatif à l'examen
d'aptitude interne pour la fonction d'assistant au trafic fluvial'

Le 5 juin 2024, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par la Ministre de la Fonction publique, de l'Informatique, de la Simplification administrative, en charge des allocations familiales, du Tourisme, du Patrimoine et de la Sécurité routière de la Région wallonne à communiquer un avis dans un délai de trente jours prorogé de trente jours *, sur un projet d'arrêté du Gouvernement wallon 'relatif à l'examen d'aptitude interne pour la fonction d'assistant au trafic fluvial'.

Le projet a été examiné par la deuxième chambre des vacations le 17 juillet 2024. La chambre était composée de Patrick RONVAUX, président de chambre, Dimitri YERNAULT et Laurence VANCRAVEBECK, conseillers d'État, et Esther CONTI, greffier assumé.

Le rapport a été présenté par Aurore PERCY, auditeur.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 19 juillet 2024.

* Par courriel du 12 juin 2024.

Comme la demande d'avis est introduite sur la base de l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2^o, 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. La note au Gouvernement décrit l'objet de l'arrêté en projet comme suit :

« [...] [L]’arrêté en projet prévoit l'accès à la fonction d'assistant au trafic fluvial moyennant la réussite d'un examen d'aptitude interne pour le personnel répondant aux conditions d'accès suivantes :

- être statutaire ou contractuel de niveau D ;
- disposer d'une expérience effective dans la fonction d'éclusier – mécanicien d'ascenseur hydraulique d'au moins deux ans durant les cinq dernières années ;
- justifier de l'évaluation favorable et ne pas être sous le coup d'une sanction définitive non radiée.

[...]

Les lauréats seront versés dans une réserve qui restera valable durant 10 ans. La réserve sera consommée au fur et à mesure de l'évolution du projet de téléconduite.

Le recours au recrutement ou à l'engagement de personnel de niveau C de fonction assistant au trafic fluvial ne pourra avoir lieu que si la réserve ne comporte pas assez de lauréats par rapport aux postes disponibles ».

L'arrêté en projet tend à instaurer, pour les agents statutaires et contractuels, un mécanisme d'accession à une fonction de niveau C par le biais d'un examen d'aptitude interne ¹. Ce mécanisme soulève plusieurs objections.

2. D'une part, le mécanisme mis en place, en ce qu'il s'adresse aux agents statutaires, déroge aux règles d'accession au niveau C prévues par le Code de la fonction publique wallonne (ci-après : le « Code ») ², notamment dans la mesure où celles-ci requièrent une ancienneté de quatre ans dans le niveau D. L'arrêté en projet semble, en outre, s'écarter des épreuves de base pour l'accession au niveau C, prévues à l'annexe II, section IV, sous-section III – Accession au niveau C – du Code.

¹ Outre les conditions liées à l'expérience, à une évaluation favorable et à l'absence de sanction disciplinaire non radiée.

² Voir les articles 57, 58, 120 à 126, et l'annexe II du Code.

L'auteur du projet doit être en mesure de justifier pour cette catégorie d'agents la dérogation, pour la fonction d'assistant fluvial, aux règles d'accession au niveau supérieur prévues par le Code, sous peine de méconnaître le principe d'égalité ³.

3. D'autre part, en application de ce nouveau mécanisme et en tant qu'il s'adresse aux agents contractuels, les agents lauréats de l'examen interne pourront être nommés sans qu'un appel externe à candidature soit publié, ce qui pose question au regard du principe d'égal accès aux emplois publics.

Dans son avis 64.183/4, la section de législation a observé, à propos d'un mécanisme d'attribution d'emplois statutaires sans publication d'un appel à candidature, 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 ⁴. 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 celle-ci ⁵'.

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 ;

³ Voir en ce sens l'avis 59.556/4 donné le 6 juillet 2016 sur un projet devenu l'arrêté du Gouvernement wallon du 21 juillet 2016 'relatif à l'organisation d'une épreuve de validation des compétences des chefs de section de la Direction générale opérationnelle Mobilité et Voies hydrauliques du Service public de Wallonie'.

⁴ 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.

⁵ 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 ».

- les compositions de jurys ne sont pas identiques ;
- 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 »⁶.

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.

[...]

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 pays⁷.

Le principe de l'égalité d'accès à la fonction publique, lequel constitue également un corollaire des articles 10 et 11 de la Constitution⁸, 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-ci⁹.

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.

⁶ Avis 64.183/4 donné le 26 septembre 2018 sur un projet d'arrêté du Gouvernement wallon 'insérant un article 119quinquies au sein de l'arrêté du Gouvernement wallon du 18 décembre 2003 portant le Code de la fonction publique wallonne'.

⁷ 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 ».

⁸ Note de bas de page n° 6 de l'avis cité : Voir C.C., 15 juin 2005, n° 106/2005, B.5.

⁹ Note de bas de page n° 7 de l'avis cité : Voir en ce sens C.E. (8^e ch.), 5 février 2013, n° 222.384, *Mathieu* ; et C.E. (8^e 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 ».

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 »¹⁰.

Une observation analogue doit être réitérée en l'espèce, dès lors que l'arrêté en projet permet la nomination dans une fonction de niveau C d'agents contractuels lauréats d'un examen interne sans publicité de la vacance des emplois¹¹. Or, cette publicité doit permettre à toute personne remplissant les conditions d'accès à cet emploi d'y postuler, afin de respecter le principe d'égal accès aux emplois publics, lequel implique notamment l'accès à ces emplois à des conditions non discriminatoires, tant aux agents contractuels ou non occupés dans la fonction publique qu'à des personnes extérieures à celles-ci.

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

LE GREFFIER

LE PRÉSIDENT

Esther CONTI

Patrick RONVAUX

¹⁰ 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'.

¹¹ Voir dans le même sens l'avis 75.375/4 donné le 12 février 2024 sur un projet devenu l'arrêté du Gouvernement de la Communauté française du 7 mars 2024 'modifiant 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'.