



CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

avis 77.027/2/V
du 9 septembre 2024

advies 77.027/2/V
van 9 september 2024

sur

over

un projet d'arrêté royal
'modifiant l'arrêté royal du
22 octobre 2001 portant
diverses dispositions relatives
au personnel de l'Agence
fédérale d'Accueil des
Demandeurs d'Asile'

een ontwerp van koninklijk
besluit 'tot wijziging van het
koninklijk besluit van
22 oktober 2001 houdende
diverse bepalingen betreffende
het personeel van het Federaal
Agentschap voor de Opvang
van Asielzoekers'

Le 23 août 2024, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par la Secrétaire d'État à l'Asile et la Migration, adjointe à la Ministre de l'Intérieur, des Réformes institutionnelles et du Renouveau démocratique à communiquer un avis dans un délai de trente jours, sur un projet d'arrêté royal 'modifiant l'arrêté royal du 22 octobre 2001 portant diverses dispositions relatives au personnel de l'Agence fédérale d'Accueil des Demandeurs d'Asile'.

Le projet a été examiné par la deuxième chambre des vacances le 9 septembre 2024. La chambre était composée de Bernard BLERO, président de chambre, Dimitri YERNAULT et Pierre-Olivier DE BROUX, conseillers d'État, Sébastien VAN DROOGHENBROECK, assesseur, et Béatrice DRAPIER, greffier.

Le rapport a été présenté par Xavier MINY, auditeur.

La concordance entre la version française et la version néerlandaise a été vérifiée sous le contrôle de Pierre-Olivier DE BROUX.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 9 septembre 2024.

*

Op 23 augustus 2024 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Staatssecretaris voor Asiel en Migratie, toegevoegd aan de Minister van Binnenlandse Zaken, Institutionele Hervormingen en Democratische Vernieuwing verzocht binnen een termijn van dertig dagen een advies te verstrekken over een ontwerp van koninklijk besluit 'tot wijziging van het koninklijk besluit van 22 oktober 2001 houdende diverse bepalingen betreffende het personeel van het Federaal Agentschap voor de Opvang van Asielzoekers'.

Het ontwerp is door de tweede vakantiekamer onderzocht op 9 september 2024. De kamer was samengesteld uit Bernard BLERO, kamervoorzitter, Dimitri YERNAULT en Pierre-Olivier DE BROUX, staatsraden, Sébastien VAN DROOGHENBROECK, assessor, en Béatrice DRAPIER, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Xavier MINY, auditeur.

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst van het advies is nagezien onder toezicht van Pierre-Olivier DE BROUX.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 9 september 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.

OBSERVATION PRÉALABLE

Compte tenu du moment où le présent avis est donné, la section de législation attire l'attention du demandeur d'avis sur le fait que la dissolution des Chambres législatives emporte que, depuis cette date et jusqu'à ce que, à la suite de l'élection des membres de la Chambre des représentants, le Roi nomme un nouveau Gouvernement, le Gouvernement ne dispose plus 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.

OBSERVATIONS PARTICULIÈRES

PRÉAMBULE

1. À l'alinéa 1^{er}, il convient de faire mention de l'ensemble des modifications encore en vigueur qui ont été apportées à l'article 11, § 1^{er}, de la loi du 16 mars 1954 'relative au contrôle de certains organismes d'intérêt public' ¹.

2. De l'accord du délégué de la Secrétaire d'État, l'alinéa 2 sera omis dès lors que les articles 60, 63, alinéa 2, et 64 de la loi-programme du 19 juillet 2001 ont été abrogés par l'article 70 de la loi du 12 janvier 2007 'sur l'accueil des demandeurs d'asile et de certaines autres catégories d'étrangers'.

3. L'avis du Conseil d'État ayant été demandé dans un délai de trente jours, le dernier alinéa sera rédigé comme suit :

« Vu l'avis 77.027/2/V du Conseil d'État donné le 9 septembre 2024, en application de l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2^o, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973 ; » ².

¹ *Principes de technique législative - Guide de rédaction des textes législatifs et réglementaires*, www.raadvst-consetat.be, onglet « Technique législative », recommandation n° 28.

² *Ibidem*, recommandation n° 36.1 adaptée et formule F 3-5-2 adaptée.

DISPOSITIF

Article 4

1. Dans la version française, les mots « de la fonction publique » seront remplacés par les mots « de la fonction publique fédérale ».

2.1. La disposition prévoit l'application de l'article 9/1, alinéa 1^{er}, de l'arrêté royal du 25 octobre 2013 'relatif à la carrière pécuniaire des membres du personnel de la fonction publique fédérale' aux titulaires d'une fonction.

L'article 9/1, alinéa 1^{er}, de l'arrêté royal du 25 octobre 2013 dispose :

« Le membre du personnel de niveau A recruté ou engagé sous contrat de travail qui dispose d'une expérience professionnelle qui est particulièrement utile pour la fonction, acquise dans des services publics ou dans le secteur privé ou à titre d'indépendant, et à condition que le directeur général Recrutement et Développement du service public fédéral Stratégie et Appui ait fixé dans l'appel à candidatures l'exigence d'une expérience professionnelle identique minimale, obtient l'une des échelles de traitement suivantes :

1° la première échelle de traitement si le nombre reconnu d'années de services prestés est inférieur à trois ;

2° la deuxième échelle de traitement si le nombre reconnu d'années de services prestés est de trois à huit ;

3° la troisième échelle de traitement si le nombre reconnu d'années de services prestés est égal ou supérieur à huit ».

Il en résulte que certains titulaires d'une fonction dirigeante disposant d'une expérience professionnelle particulièrement utile pourront obtenir une échelle de traitement plus favorable moyennant le respect de certaines conditions.

Il convient à ce sujet de formuler les observations suivantes.

2.2. Le rapport au Roi précise au sujet de la disposition en projet qu'elle « concerne le personnel titulaire de fonctions dirigeantes engagé sous contrat de travail après l'entrée en vigueur de l'arrêté soumis à [la signature du Roi] mais également le personnel actuel qui passe une sélection et est engagé dans une nouvelle fonction ».

Dans son avis 75.135/16, la section de législation a observé, au sujet d'une disposition législative modifiant dans un sens analogue le Code judiciaire :

« 12.3. Compte tenu de son application projetée dans le temps, l'article 367^{sexies}, en projet, du Code judiciaire implique une différence de traitement entre, d'une part, les personnes qui exercent une certaine fonction et disposent d'une expérience professionnelle particulièrement utile, et entrent en service après son entrée en vigueur, qui pourront bénéficier d'une échelle de traitement plus élevée lors de leur recrutement, et, d'autre part, les personnes qui exercent la même fonction et disposent de la même expérience professionnelle, mais qui sont entrées en service avant son entrée en vigueur, qui ne pourront pas bénéficier d'une échelle de traitement plus élevée.

12.3.1. Il relève du pouvoir d'appréciation du législateur de poursuivre un objectif différent de celui qu'il poursuivait antérieurement et d'adopter des dispositions de nature à le réaliser. La seule circonstance que le législateur ait pris une mesure différente de celle qu'il avait adoptée antérieurement n'établit en soi aucune discrimination. À peine de rendre impossible toute modification de la loi, il ne peut être soutenu qu'une disposition nouvelle violerait le principe d'égalité et de non-discrimination par cela seul qu'elle modifie les conditions d'application de la législation ancienne³.

Il ressort en outre de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle que si le législateur estime qu'un changement de politique s'impose, il peut décider de lui donner un effet immédiat et il n'est pas tenu, en principe, de prévoir un régime transitoire. Les articles 10 et 11 de la Constitution ne sont violés que si le régime transitoire ou l'absence d'un tel régime entraîne une différence de traitement non susceptible de justification raisonnable⁴ ou s'il est porté une atteinte excessive au principe de la confiance légitime⁵. Tel est le cas lorsqu'il est porté atteinte aux attentes légitimes d'une catégorie déterminée de justiciables sans qu'un motif impérieux d'intérêt général puisse justifier l'absence d'un régime transitoire⁶. Le principe de confiance est étroitement lié au principe de la sécurité juridique, qui interdit au législateur de porter atteinte sans justification objective et raisonnable à l'intérêt que possèdent les sujets de droit d'être en mesure de prévoir les conséquences juridiques de leurs actes.

12.3.2. Le critère du moment de l'entrée en service pour valoriser l'expérience professionnelle particulièrement utile en vue d'occuper des postes de niveau A ou de greffiers et de secrétaires de niveau B peut être un critère de distinction objectif et pertinent. Les auteurs de l'avant-projet doivent cependant motiver adéquatement dans l'exposé des motifs le fait qu'il existe aujourd'hui effectivement un problème particulier pour pourvoir ces postes⁷.

12.3.3. Le régime instauré ne porte pas une atteinte excessive au principe de confiance, dès lors que les attentes légitimes d'aucun membre du personnel entré en service préalablement à l'entrée en vigueur de la mesure ne sont pas méconnues. Les membres du personnel concernés sont rémunérés conformément aux dispositions qui existaient au moment où ils sont entrés en service.

Reste néanmoins à savoir s'il existe une justification raisonnable et un rapport raisonnable de proportionnalité entre l'objectif poursuivi et les effets de la différence de traitement à justifier. En effet, la mesure impliquera que des personnes ayant la même expérience professionnelle particulièrement utile et les mêmes missions seront rémunérées de manière différente. Pour apprécier cette mesure, il ne faut pas seulement prendre en

³ *Note de bas de page n° 10 de l'avis cité* : Jurisprudence constante de la Cour constitutionnelle : voir par ex. C.C., 5 mars 2015, n° 25/2015, B.10 ; C.C., 8 mai 2019, n° 61/2019, B.9.2

⁴ *Note de bas de page n° 11 de l'avis cité* : C.C., 26 avril 2007, n° 71/2007, B.7.3.

⁵ *Note de bas de page n° 12 de l'avis cité* : Voir notamment : C.C., 17 avril 2008, n° 67/2008, B.5.2 ; C.C., 18 juin 2009, n° 100/2009, B.6 ; C.C., 16 juillet 2009, n° 115/2009, B.5 ; C.C., 17 septembre 2009, n° 141/2009, B.5 ; C.C., 20 octobre 2009, n° 163/2009, B.8 ; C.C., 20 janvier 2010, n° 2/2010, B.7 ; C.C., 27 janvier 2011, n° 13/2011, B.4 ; C.C., 8 mai 2013, n° 63/2013, B.4.1 ; C.C., 8 mai 2014, n° 80/2014, B.28.3.2.

⁶ *Note de bas de page n° 13 de l'avis cité* : Voir entre autres C.C., 17 avril 2008, n° 67/2008, B.5.2 ; C.C., 18 juin 2009, n° 100/2009, B.6 ; C.C., 20 octobre 2009, n° 163/2009, B.8 ; C.C., 20 janvier 2010, n° 2/2010, B.7 ; C.C., 27 janvier 2011, n° 13/2011, B.4 ; C.C., 8 mai 2013, n° 63/2013, B.4.1 ; C.C., 8 mai 2014, n° 80/2014, B.28.3.2.

⁷ *Note de bas de page n° 14 de l'avis cité* : Le Conseil d'État relève que l'exposé des motifs annonce une modification de l'arrêté royal du 10 novembre 2006 'portant statut, carrière et statut pécuniaire du personnel judiciaire' afin de rendre ce régime applicable au personnel judiciaire des niveaux B (à l'exception des greffiers et des secrétaires), C et D. Dans cette mesure, il faudra en fait pouvoir fournir une justification qui vaut pour l'ensemble du personnel judiciaire.

compte l'objectif poursuivi par la nouvelle réglementation, mais aussi ses effets. À cet égard, la question se pose de savoir à quel point la rémunération de membres du personnel ayant un profil similaire et équivalent et accomplissant les mêmes tâches, peut différer.

Il appartient aux auteurs de l'avant-projet de justifier dans l'exposé des motifs, à la lumière du principe de proportionnalité, que la mesure envisagée est réellement nécessaire pour atteindre le but légitime poursuivi et que ce but ne pourrait pas être atteint par des mesures alternatives qui n'impliqueraient pas, ou pas dans la même mesure, une différence de traitement ⁸.

12.4. L'article 367sexies, en projet, du Code judiciaire implique par ailleurs une différence de traitement entre, d'une part, les personnes disposant d'une certaine expérience professionnelle utile qui sont recrutées à la suite d'un appel à candidatures dans lequel l'exigence d'une expérience professionnelle identique minimale est prévue, et qui peuvent bénéficier d'une échelle de traitement plus élevée, et, d'autre part, les personnes disposant de la même expérience professionnelle utile qui sont recrutées à la suite d'un appel à candidatures dans lequel cette exigence n'est pas prescrite, et qui ne peuvent pas bénéficier d'une échelle de traitement plus élevée.

Une justification raisonnable de cette différence de traitement doit également être fournie dans l'exposé des motifs à la lumière de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle en ce qui concerne les principes constitutionnels d'égalité et de non-discrimination » ⁹.

En l'espèce, l'auteur du projet doit également être en mesure de justifier, au regard du principe d'égalité et de non-discrimination, la différence de traitement générée par l'absence de disposition transitoire en faveur de ceux qui ont été recrutés avant l'entrée en vigueur de la disposition. À cet égard, les justifications qui figurent dans le rapport au Roi sont insuffisantes ¹⁰.

2.2. De même, doit pouvoir être adéquatement justifiée au regard du même principe d'égalité et de non-discrimination la différence de traitement qu'autorise le dispositif auquel il est renvoyé au sein de la catégorie des agents qui possèdent la même expérience particulièrement utile, selon que la procédure de sélection à l'issue de laquelle ils ont été recrutés imposait ou non cette condition d'expérience minimale.

Le rapport au Roi sera complété par ces éléments de justification complémentaires.

⁸ Note de bas de page n° 15 de l'avis cité : Comparez avec l'avis C.E. 67.774/1/V du 5 août 2020 sur un projet devenu l'arrêté du Gouvernement flamand du 4 septembre 2020 'tot wijziging van de regelgeving betreffende de geldelijke en sociale anciënniteit van sommige personeelsleden van het onderwijs'.

⁹ Avis 75.135/16 donné le 22 février 2024 sur un avant-projet devenu la loi du 7 mai 2024 'portant des dispositions diverses relatives au statut du personnel judiciaire' (*Doc. parl.*, Chambre, 2023-2024, n° 55-3896/1, pp. 96-98).

¹⁰ Une telle préoccupation est également exprimée, au sujet d'une disposition analogue, par l'Inspection des Finances accréditée auprès du SPF BOSA qui, dans son avis du 3 janvier 2023 sur le projet d'arrêté royal portant la valorisation de l'expérience dans une échelle de traitement supérieure, les allocations destinées aux médecins et dentistes et l'indexation de l'intervention dans les frais de bureau (IFBOSA2022/834bis), auquel renvoie l'avis de l'Inspection des finances du 29 janvier 2024, a observé :

« Quid des personnes ayant été recrutées et ayant bénéficié des art. 11 et 12 de l'AR du 25/10/2013 avant l'entrée en vigueur du projet d'arrêté et ne bénéficieront de ses dispositions. Ceci risque de susciter des réactions ou des revendications. En effet, à fonctions, compétences et expériences égales, deux personnes se trouveront dans des situations pécuniaires forts différentes ».

2.3. Enfin, concernant la détermination de la nature de l'expérience « particulièrement utile », l'avis de l'Inspection des Finances note pertinemment que

« l'Agence organise de manière autonome la plupart des épreuves de sélection pour recruter son personnel. Il lui appartient alors de vérifier que l'expérience avancée par un candidat peut être considérée comme particulièrement utile. L'IF émet des réserves sur le contrôle qui sera effectué. Elle renvoie notamment au rapport de la Cour des comptes du 26 octobre 2022 sur la gestion des ressources humaines chez Fedasil : Pour ce qui est de la reconnaissance de l'ancienneté pécuniaire acquise dans le secteur privé, l'arrêté royal du 25 octobre 2013 précise que le 'fonctionnaire dirigeant [...] peut également reconnaître les services accomplis [...] dans le secteur privé ou en tant qu'indépendant s'il estime que ces services constituent une expérience professionnelle particulièrement utile pour la fonction dans laquelle le membre du personnel est recruté'. L'interprétation du critère de l'utilité de la fonction précédente pour la fonction à exercer au sein de Fedasil n'est soumise à aucune ligne directrice.

Chaque jury de sélection est libre de proposer une valorisation de l'ancienneté acquise dans le privé sur la base des dires des candidats et des attestations fournies. Cette interprétation large représente certes un atout à faire valoir auprès des futurs collaborateurs qui pourraient de cette manière bénéficier d'un échelon correspondant à leurs années de carrière. Néanmoins, il existe un risque d'inégalité de traitement entre les lauréats puisque la proposition de reconnaissance de certains services accomplis dans le secteur privé peut varier en fonction des jurys de sélection ».

À ce sujet, le rapport au Roi indique que l'Agence interprètera cet article conformément à la circulaire n° 726 'relative à l'interprétation et à l'application de l'article 9/1 de l'arrêté royal du 25 octobre 2013 relatif à la carrière pécuniaire des membres du personnel de la fonction publique fédérale' publiée le 24 novembre 2023.

Cette circulaire définit la notion d'« expérience particulièrement utile » de la sorte :

« La notion d'expérience particulièrement utile se réfère à des services prestés antérieurement qui confèrent un avantage manifeste en termes de compétences pour l'exercice de la fonction. La reconnaissance de services prestés antérieurement repose sur une analyse des compétences acquises dans un autre emploi ou une autre fonction. Cette analyse est effectuée par rapport aux compétences requises dans la description de fonction sur laquelle repose la procédure de sélection. En d'autres termes, tous les services prestés n'entrent pas nécessairement en compte. La charge de la preuve en la matière incombe au candidat. Outre l'existence de ces preuves de l'exercice de la profession, le service recruteur doit être en mesure de prouver que l'expérience est effectivement une expérience professionnelle qui constitue une expertise nécessaire à l'exercice de la fonction et que la durée de l'exercice de la profession et sa quantification sont possibles à déterminer.

Concrètement, cela signifie qu'une expérience particulièrement utile constitue toujours une expérience spécifique dans un domaine clairement défini. Par conséquent, toutes les expériences ne sont pas considérées comme particulièrement utiles. La réglementation confirme qu'il existe une distinction entre l'expérience utile et l'expérience particulièrement utile. L'article 6bis, § 1^{er}, sixième alinéa, de l'arrêté royal du 2 octobre 1937 portant le statut des agents de l'État prévoit qu'en cas de recrutement dans la classe A3 ou A4, les candidats doivent disposer d'une expérience utile. Dans le cadre de la mobilité fédérale également, l'article 5 de l'arrêté royal du 15 janvier 2007 portant la mobilité et la mise à disposition du personnel de la fonction publique fédérale administrative prévoit la possibilité d'exiger des candidats une expérience utile. Par conséquent, ces procédures ne déclenchent pas automatiquement l'activation de l'article 9/1. Toutefois, une

expérience particulièrement utile est toujours qualifiée d'expérience utile, mais l'inverse n'est pas vrai.

Si une offre d'emploi n'exige pas d'expérience d'un groupe particulier de candidats et exige en même temps une expérience particulièrement utile de la part d'autres candidats, l'article 9/1 ne s'applique pas. En effet, l'expérience demandée en question ne peut être qualifiée de particulièrement utile. Cette expérience constitue une compensation pour le candidat lorsque, par exemple, il est nommé à un niveau inférieur ou ne possède pas un diplôme spécifique. Le même raisonnement s'applique quand l'offre d'emploi prévoit une dérogation de la condition de diplôme ».

Ces éléments ne permettent toutefois pas de déterminer avec suffisamment de précision la notion et ce qui la distingue de celle d'« expérience utile ».

2.4. Ces observations valent *mutatis mutandis* pour l'article 8 du projet.

Article 6

1. Afin de rendre applicables au personnel de l'Agence fédérale d'Accueil des Demandeurs d'Asile des dispositions s'appliquant déjà aux membres du personnel de l'administration fédérale portant sur la dérogation à la condition de diplôme, l'article 13/1 en projet prévoit que

« [l']Agence peut accorder une dérogation à la condition de diplôme visée à l'article 13, 5°, dans le respect des modalités prévues à l'article 16, § 2, [alinéa 1^{er},] 1° et 1°*bis* de l'arrêté royal du 2 octobre 1937 [portant le statut des agents] de l'État ».

2. L'article 16, §§ 1^{er}, 6°, et 2, alinéa 1^{er}, 1° et 1°*bis*, de l'arrêté royal du 2 octobre 1937 'portant le statut des agents de l'État' dispose :

« § 1^{er}. Nul ne peut être nommé agent de l'État s'il ne remplit les conditions générales d'admissibilité qui suivent :

[...]

6° être porteur d'un diplôme ou certificat d'études en rapport avec le niveau de la classe ou du grade à conférer selon le tableau annexé au présent arrêté ;

[...]

§ 2. Une dérogation de la condition de diplôme visée au § 1^{er}, 6°, est accordée :

1° soit par le Directeur général Recrutement et Développement du Service public fédéral Stratégie et Appui, qui fixe, et met à jour régulièrement, une liste par rôle linguistique des métiers en pénurie sur base des listes établies par les institutions régionales en charge de l'emploi et de la gestion des chômeurs et après une analyse réalisée par le comité scientifique de consultation visée à l'article 3 de l'arrêté royal du 22 décembre 2000 concernant la sélection et la carrière des agents de l'État. Et pour chacun de ces métiers, l'administration concernée peut d'office appliquer la dérogation de diplôme prévue. La liste des métiers en pénurie est transmise à titre d'information aux membres de la commission de concertation relative aux procédures de sélection visée à l'article 2 de l'arrêté royal du 22 décembre 2000 concernant la sélection et la carrière des agents de l'État ;

1°*bis*° soit par le service fédéral recruteur après accord du directeur général Recrutement et Développement du Service public fédéral Stratégie et Appui ou de son

délégué pour des fonctions qui ne figurent pas sur la liste des métiers en pénurie visée au 1° et dont les sélections ont montré une faible efficacité sur le long terme au sein de ce service, sur la base du nombre d'années d'expérience professionnelle utile déterminée dans le tableau de référence ci-dessous

Nombre d'années d'expérience utile requise par niveau selon le diplôme ou certificat pris en considération pour l'admission au niveau correspondant tel que visé à l'annexe 1						Aantal jaren nuttige ervaring vereist per niveau volgens het diploma of getuigschrift dat in aanmerking wordt genomen voor toelating tot het overeenkomstige niveau zoals bedoeld in bijlage 1					
		Expérience utile pour l'accès au niveau			Pas d'expérience pour l'accès au niveau D			Nuttige ervaring voor toegang tot niveau			Geen ervaring voor toegang tot niveau D
Diplôme ou certificat pris en considération pour l'admission au niveau	A	/	/	/	/	Diploma of getuigschrift in aanmerking voor de toelating tot de niveau	A	/	/	/	/
	B	2 ans	/	/	/		B	2 Jaar	/	/	/
	C	5 ans	3 ans	/	/		C	5 jaar	3 jaar	/	/
Pas de diplôme ou certificat	D	6 ans	4 ans	2 ans	/	Geen diploma of getuigschrift	D	6 jaar	4 jaar	2 jaar	/

Toutefois, le service fédéral recruteur peut déroger aux conditions d'expérience utile définies dans le tableau de référence, moyennant motivation spéciale en termes d'afflux et d'effectivité de la sélection, moyennant accord du directeur général Recrutement et Développement du Service public fédéral Stratégie et Appui ou de son délégué, et sans que l'expérience requise ne soit inférieure à deux ans ; ».

À propos de l'article 16, §§ 1^{er}, 6°, et 2, alinéa 1^{er}, 1°, la section de législation a, dans son avis 69.797/2/V, observé ce qui suit :

« Dans son avis donné le 12 mai 2021, l'Inspecteur des Finances s'interrogeait sur le texte en projet quant aux aspects suivants :

- La réglementation actuelle permet l'octroi d'une dérogation aux porteurs d'un diplôme d'un niveau inférieur. La proposition vise à octroyer une dérogation simple à la condition de diplôme, sans que les bénéficiaires soient déterminés. Le champ d'application apparaît donc élargi ;

- Pour la même fonction au sein de l'Administration fédérale, les conditions d'accès pourraient être différentes selon le rôle linguistique si l'emploi est en pénurie dans une région et pas dans l'autre ;

- Quid si un métier est considéré comme en pénurie en Région bruxelloise et pas en Région wallonne ou en région flamande (ou vice-versa) ? Pour les services centraux prendra-t-on en compte la liste de la région Bruxelles-capitale ?

- Quels contrôles seront mis en place ? Quelle publicité sera donnée à cette liste ?

- Tous les métiers en pénurie ne peuvent pas être concernés par cette dispense. C'est par exemple le cas pour les métiers nécessitant des diplômes spécifiques tels infirmier ou architecte.

- Le cas échéant, une dérogation à l'obligation de diplôme pourrait-elle être compensée par une expérience professionnelle pertinente ? Dans quels cas ?

Eu égard à la pertinence de ces différentes questions, il y a lieu d'encadrer cette dérogation afin d'éviter qu'une compétence trop large soit octroyée en la matière qui permette de contourner la condition générale d'admissibilité de devoir être porteur d'un diplôme ou certificat d'études en rapport avec le niveau de la classe ou du grade à conférer, ce qui serait contraire au principe d'égal accès aux emplois publics garanti notamment par les articles 10 et 11 de la Constitution »¹¹.

Interrogé quant à la prise en considération de cet avis et des questions soulevées à l'occasion de l'élaboration du projet d'arrêté à l'examen, le délégué de la Secrétaire d'État a répondu :

« Dans son projet d'arrêté royal soumis à votre avis, l'Agence ne fait que rendre applicable les dérogations à la condition de diplôme pour les professions visées à l'article 16, § 2, 1° et 1° bis de l'arrêté royal du 2 octobre 1937 précité. Ce faisant, le système de dérogations en cascade à la condition de diplôme prévu par cet article s'applique directement au personnel de l'Agence selon les mêmes conditions et modalités d'application.

La dérogation à la condition de diplôme telle que prévue à l'article 16, § 2, 1° de l'arrêté royal du 2 octobre 1937 est toutefois encadrée. La compétence attribuée au directeur général Recrutement et Développement du Service public fédéral Stratégie et Appui est bien définie : sur base des données de sélection, il peut identifier des métiers pour lesquelles les besoins de services ne sont pas remplis. Il doit alors les mettre en lien avec les listes des métiers en pénurie établies par les services régionaux de l'emploi. Il ne peut effectivement qualifier une fonction comme 'métier en pénurie' qu'à la condition que la fonction se retrouve sur une des trois listes régionales. En outre, il doit la soumettre au comité scientifique de consultation (visé à l'article 3 de l'arrêté royal du 22 décembre 2000 concernant la sélection et la carrière des agents de l'État) et en informer la commission de concertation relative aux procédures de sélection (visé à l'article 2 du même arrêté royal).

Quant à la dérogation à la condition de diplôme telle que prévue à l'article 16, § 2, 1° bis de l'arrêté royal du 2 octobre 1937, cette dernière est également encadrée dans l'article en question : le service fédéral recruteur doit obtenir l'accueil du Directeur général susmentionné et un tableau prévu dans ledit arrêté royal fixe le nombre d'années d'expérience professionnelle utile requise.

Le rapport au roi du projet d'arrêté royal soumis à votre avis prévoit également explicitement que cette dérogation à la condition de diplôme ne concerne toutefois pas les métiers nécessitant des diplômes spécifiques tels que les médecins & les infirmiers.

¹¹ Avis 69.797/2/V donné le 10 août 2021 sur un projet devenu l'arrêté royal du 16 décembre 2021 'portant diverses mesures en matière de sélection, de mobilité, de certification linguistique et de carrière pécuniaire dans la fonction publique administrative fédérale'.

Finalement, la liste des métiers en pénurie est fixée par arrêté du directeur général Recrutement et Développement du Service public fédéral Stratégie et Appui, publié au *Moniteur belge*.

De ce fait, nous considérons que les éléments mentionnés dans l'avis cité ont été pris en considération ».

Certes, le rapport au Roi précise explicitement que la dérogation ne peut concerner les métiers nécessitant des diplômes spécifiques tels que les médecins et les infirmiers.

Il convient toutefois de relever que, dans les avis IFBOSA2021/276 du 12 mai 2021 sur le projet devenu l'arrêté royal du 16 décembre 2021 'portant diverses mesures en matière de sélection, de mobilité, de certification linguistique et de carrière pécuniaire dans la fonction publique administrative fédérale' et IFBOSA2023/209 du 31 mars 2023 sur le projet devenu l'arrêté royal du 20 septembre 2023 'portant diverses mesures en matière de sélection et de conditions de diplômes dans la fonction publique administrative fédérale' auxquels l'avis de l'Inspecteur des Finances du 29 janvier 2024 renvoie, l'Inspection des Finances accréditée auprès du SPF BOSA avait soulevé et réitéré un certain nombre de réserves et avait relevé que « ni les suggestions de l'Inspection des finances, ni les recommandations du Conseil d'État n'ont été suivies d'effets ».

En effet, aucune réponse n'a été apportée aux autres questions précitées. De plus, la dérogation à la condition de diplôme telle que prévue à l'article 16, § 2, alinéa 1^{er}, 1^{bis}°, de l'arrêté royal du 2 octobre 1937 donne à l'autorité compétente un large pouvoir d'appréciation en l'absence d'encadrement plus précis.

Il en résulte que l'application au personnel de l'Agence fédérale d'Accueil des Demandeurs d'Asile de l'article 16, § 2, alinéa 1^{er}, 1° et 1^{bis}°, de l'arrêté royal du 2 octobre 1937 soulève les mêmes interrogations que celles formulées dans l'avis 69.797/2/V.

*

Aangezien de adviesaanvraag ingediend is op basis van artikel 84, § 1, eerste lid, 2°, van de wetten ‘op de Raad van State’, gecoördineerd op 12 januari 1973, beperkt de afdeling Wetgeving overeenkomstig artikel 84, § 3, van de voornoemde gecoördineerde wetten haar onderzoek tot de rechtsgrond van het ontwerp, de bevoegdheid van de steller van de handeling en de te vervullen voorafgaande vormvereisten.

Wat die drie punten betreft, geeft het ontwerp aanleiding tot de volgende opmerkingen.

VOORAFGAANDE OPMERKING

Rekening houdend met het ogenblik waarop dit advies wordt gegeven, vestigt de afdeling Wetgeving de aandacht van de adviesaanvrager erop dat de ontbinding van de wetgevende kamers tot gevolg heeft dat de regering sedert die datum en totdat, na de verkiezing van de Kamer van volksvertegenwoordigers, een nieuwe regering is benoemd door de Koning, niet meer over de volheid van haar bevoegdheid beschikt. Dit advies wordt evenwel gegeven zonder dat wordt nagegaan of dit ontwerp in die beperkte bevoegdheid kan worden ingepast, aangezien de afdeling Wetgeving geen kennis heeft van het geheel van de feitelijke gegevens die de regering in aanmerking kan nemen als ze te oordelen heeft of het vaststellen of het wijzigen van verordeningen noodzakelijk is.

BIJZONDERE OPMERKINGEN

AANHEF

1. In het eerste lid dienen alle nog van kracht zijnde wijzigingen vermeld te worden die aangebracht zijn in artikel 11, § 1, van de wet van 16 maart 1954 ‘betreffende de controle op sommige instellingen van openbaar nut’.¹

2. De gemachtigde van de staatssecretaris is het ermee eens dat het tweede lid weggelaten moet worden aangezien de artikelen 60, 63, tweede lid, en 64 van de programmawet van 19 juli 2001 opgeheven zijn bij artikel 70 van de wet van 12 januari 2007 ‘betreffende de opvang van asielzoekers en van bepaalde andere categorieën van vreemdelingen’.

3. Aangezien om het advies van de Raad van State verzocht is binnen een termijn van dertig dagen, moet het laatste lid gesteld worden als volgt:

“Gelet op advies 77.027/2/V van de Raad van State, gegeven op 9 september 2024, met toepassing van artikel 84, § 1, eerste lid, 2°, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973;”.²

¹ *Beginselen van de wetgevingstechniek - Handleiding voor het opstellen van wetgevende en reglementaire teksten*, www.raadvst-consetat.be, tab “Wetgevingstechniek”, aanbeveling 28.

² *Ibidem*, aangepaste aanbeveling 36.1 en aangepaste formule F 3-5-2.

DISPOSITIEF

Artikel 4

1. In de Franse tekst moeten de woorden “de la fonction publique” vervangen worden door de woorden “de la fonction publique fédérale”.

2.1. Bij de bepaling wordt artikel 9/1, eerste lid, van het koninklijk besluit van 25 oktober 2013 ‘betreffende de geldelijke loopbaan van de personeelsleden van het federaal openbaar ambt’ toepasselijk gemaakt op de ambtsdragers.

Artikel 9/1, eerste lid, van het koninklijk besluit van 25 oktober 2013 bepaalt:

“Het personeelslid van niveau A aangeworven of in dienst genomen bij arbeidsovereenkomst dat beschikt over een beroepservaring die bijzonder nuttig is voor de functie, verworven binnen overheidsdiensten of diensten in de privésector of als zelfstandige, en op voorwaarde dat de directeur-generaal Rekrutering en Ontwikkeling van de Federale Overheidsdienst Beleid en Ondersteuning in de oproep tot kandidaten heeft voorgeschreven dat men moet beschikken over een minimaal identieke beroepservaring, bekomt één van de volgende weddeschalen:

1° de eerste weddeschaal indien [het] aantal jaren erkende gepresteerde diensten minder dan drie bedraagt;

2° de tweede weddeschaal indien het aantal jaren erkende gepresteerde diensten drie tot acht bedraagt;

3° de derde weddeschaal indien het aantal jaren erkende gepresteerde diensten acht of meer bedraagt.”

Daaruit volgt dat bepaalde ambtsdragers met een leidinggevende functie die over een bijzonder nuttige beroepservaring beschikken, een gunstigere loonschaal zullen kunnen krijgen indien ze aan bepaalde voorwaarden beantwoorden.

Dienaangaande kunnen de volgende opmerkingen gemaakt worden.

2.2. In het verslag aan de Koning staat in verband met de ontworpen bepaling dat ze “betrekking [heeft] op personeelsleden die worden aangeworven met een arbeidsovereenkomst na de inwerkingtreding van het besluit dat [aan de Koning] ter ondertekening wordt voorgelegd, maar ook op huidige personeelsleden die slagen voor een selectieprocedure en worden aangeworven voor een nieuwe functie”.

In advies 75.135/16 heeft de afdeling Wetgeving in verband met een wetgevende bepaling tot wijziging in dezelfde zin van het Gerechtelijk Wetboek het volgende opgemerkt:

“12.3. Rekening houdend met de beoogde toepassing ervan in de tijd, houdt het ontworpen artikel 367sexies van het Gerechtelijk Wetboek een verschil in behandeling in tussen, enerzijds, personen die een bepaalde functie vervullen en beschikken over bijzonder nuttige beroepservaring, en in dienst treden na de inwerkingtreding ervan, die bij de aanwerving zullen kunnen genieten van een hogere weddeschaal, en, anderzijds, personen die dezelfde functie vervullen en beschikken over dezelfde beroepservaring, maar in dienst traden voorafgaand aan de inwerkingtreding ervan, die niet kunnen genieten van een hogere weddeschaal.

12.3.1. Het behoort tot de beoordelingsbevoegdheid van de wetgever een doelstelling na te streven die verschilt van die welke hij vroeger nastreefde en bepalingen aan te nemen die ze kan verwezenlijken. De enkele omstandigheid dat de wetgever een maatregel heeft genomen die verschilt van die welke hij vroeger heeft genomen, houdt op zich geen discriminatie in. Elke wetwijziging zou onmogelijk worden indien zou worden aangenomen dat een nieuwe regeling het beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie zou schenden om de enkele reden dat zij de toepassingsvoorwaarden van de vroegere regeling wijzigt.³

Uit de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof blijkt bovendien dat indien de wetgever een beleidswijziging noodzakelijk acht, hij vermag te oordelen dat die beleidswijziging met onmiddellijke ingang moet worden doorgevoerd en hij in beginsel niet ertoe gehouden is in een overgangsregeling te voorzien. De artikelen 10 en 11 van de Grondwet zijn slechts geschonden indien de overgangsregeling of de ontstentenis daarvan tot een verschil in behandeling leidt waarvoor geen redelijke verantwoording⁴ bestaat of indien aan het vertrouwensbeginsel op buitensporige wijze afbreuk wordt gedaan.⁵ Dat laatste is het geval wanneer de rechtmatige verwachtingen van een bepaalde categorie van rechtsonderhorigen worden miskend zonder dat een dwingende reden van algemeen belang voorhanden is die het ontbreken van een overgangsregeling kan verantwoorden.⁶ Het vertrouwensbeginsel is nauw verbonden met het rechtszekerheidsbeginsel, dat de wetgever verbiedt om zonder objectieve en redelijke verantwoording afbreuk te doen aan het belang van de rechtsonderhorigen om in staat te zijn de rechtsgevolgen van hun handelingen te voorzien.

12.3.2. Het criterium van het tijdstip van de indiensttreding om de bijzonder nuttige beroepservaring te valoriseren teneinde de posities van het niveau A of de griffiers en secretarissen van het niveau B in te vullen, kan een objectief en pertinent criterium van onderscheid zijn. De stellers van het voorontwerp moeten echter in de memorie van toelichting afdoende onderbouwen dat er vandaag effectief een bijzonder probleem bestaat voor de invulling van deze posities.⁷

12.3.3. De ingevoerde regeling doet niet op buitensporige wijze afbreuk aan het vertrouwensbeginsel aangezien de rechtmatige verwachtingen van geen enkel personeelslid dat voorafgaand aan de inwerkingtreding van de maatregel in dienst is getreden worden miskend. De betrokken personeelsleden worden verloned overeenkomstig de bepalingen die bestonden op het ogenblik dat zij in dienst traden.

³ Voetnoot 10 van het geciteerde advies: Vaste rechtspraak van het Grondwettelijk Hof: zie bv. GwH 5 maart 2015, nr. 25/2015, B.10; GwH 8 mei 2019, nr. 61/2019, B.9.2.

⁴ Voetnoot 11 van het geciteerde advies: GwH 26 april 2007, nr. 71/2007, B.7.3.

⁵ Voetnoot 12 van het geciteerde advies: Zie o.m.: GwH 17 april 2008, nr. 67/2008, B.5.2; GwH 18 juni 2009, nr. 100/2009, B.6; GwH 16 juli 2009, nr. 115/2009, B.5; GwH 17 september 2009, nr. 141/2009, B.5; GwH 20 oktober 2009, nr. 163/2009, B.8; GwH 20 januari 2010, nr. 2/2010, B.7; GwH 27 januari 2011, nr. 13/2011, B.4; GwH 8 mei 2013, nr. 63/2013, B.4.1; GwH 8 mei 2014, nr. 80/2014, B.28.3.2.

⁶ Voetnoot 13 van het geciteerde advies: Zie o.m.: GwH 17 april 2008, nr. 67/2008, B.5.2; GwH 18 juni 2009, nr. 100/2009, B.6; GwH 20 oktober 2009, nr. 163/2009, B.8; GwH 20 januari 2010, nr. 2/2010, B.7; GwH 27 januari 2011, nr. 13/2011, B.4; GwH 8 mei 2013, nr. 63/2013, B.4.1; GwH 8 mei 2014, nr. 80/2014, B.28.3.2.

⁷ Voetnoot 14 van het geciteerde advies: De Raad van State merkt op dat in de memorie van toelichting een wijziging van het koninklijk besluit van 10 november 2006 'betreffende het statuut, de loopbaan en de bezoldigingsregeling van het gerechtspersoneel' wordt aangekondigd teneinde dezelfde regeling te doen gelden voor het gerechtspersoneel van niveau B (met uitzondering van griffiers en secretarissen), C en D. In die mate zal dus in feite een verantwoording moeten kunnen worden geboden die geldt voor al het gerechtspersoneel.

De vraag blijft niettemin of er wel een redelijke verantwoording voorhanden is en een redelijk verband van evenredigheid bestaat tussen het nagestreefde doel en de gevolgen die het te verantwoorden verschil in behandeling heeft. De maatregel zal immers tot gevolg hebben dat personen met dezelfde bijzonder nuttige beroepservaring en dezelfde opdracht op een verschillende manier worden verloned. Bij deze beoordeling dient niet alleen de doelstelling van de nieuwe regelgeving, doch ook de gevolgen die ze heeft te worden betrokken. In dat verband rijst de vraag hoe sterk de verloning van personeelsleden met een gelijk(w)aardig profiel, die eenzelfde opdracht vervullen, kan uiteenlopen.

Het komt de stellers van het voorontwerp toe om, in het licht van het evenredigheidsbeginsel, in de memorie van toelichting te verantwoorden dat de voorgenomen maatregel werkelijk nodig is ter verwezenlijking van het nagestreefde legitieme doel en dat dit doel niet kan worden verwezenlijkt door alternatieve maatregelen die niet of niet in dezelfde mate een ongelijke behandeling inhouden.⁸

12.4. Het ontworpen artikel 367sexies van het Gerechtelijk Wetboek houdt daarnaast een verschil in behandeling in tussen, enerzijds, personen met een bepaalde nuttige beroepservaring die worden aangeworven naar aanleiding van een oproep tot kandidaten waarin de vereiste van een minimaal identieke beroepservaring wordt vastgesteld, die kunnen genieten van een hogere weddeschaal, en, anderzijds, personen met dezelfde nuttige beroepservaring die worden aangeworven naar aanleiding van een oproep tot kandidaten waarin deze vereiste niet wordt gesteld, en niet kunnen genieten van een hogere weddeschaal.

Ook voor dat verschil in behandeling moet in de memorie van toelichting een redelijke verantwoording worden geboden in het licht van de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof met betrekking tot de grondwettelijke beginselen van gelijkheid en niet-discriminatie.”⁹

In casu moet de steller van het ontwerp, ten aanzien van het beginsel van gelijkheid en non-discriminatie, eveneens het verschil in behandeling kunnen verantwoorden dat ontstaat door het ontbreken van een overgangsbepaling ten gunste van wie aangeworven is vóór de inwerkingtreding van de bepaling. Wat dat betreft, schiet de verantwoording in het verslag aan de Koning tekort.¹⁰

2.2. Zo moet ook het verschil in behandeling, dat ingesteld wordt bij het dispositief waarnaar verwezen wordt, binnen de categorie van ambtenaren die over dezelfde bijzonder nuttige beroepservaring beschikken, adequaat verantwoord kunnen worden ten aanzien van het beginsel

⁸ Voetnoot 15 van het geciteerde advies: Vgl. adv.RvS 67.774/1/V van 5 augustus 2020 over een ontwerp dat heeft geleid tot het besluit van de Vlaamse Regering van 4 september 2020 ‘tot wijziging van de regelgeving betreffende de geldelijke en sociale anciënniteit van sommige personeelsleden van het onderwijs’.

⁹ Advies 75.135/16 van 22 februari 2024 over een voorontwerp dat geleid heeft tot de wet van 7 mei 2024 ‘houdende diverse bepalingen met betrekking tot het statuut van het gerechtspersoneel’ (*Parl.St.* Kamer, 2023-24 nr. 55-3896/1, 96-98).

¹⁰ In verband met een vergelijkbare bepaling heeft de bij de FOD BOSA geaccrediteerde Inspectie van Financiën een dergelijke bezorgdheid geuit door, in haar advies van 3 januari 2023 over een ontwerp van koninklijk besluit houdende de valorisatie van ervaring in een hogere weddeschaal, de toelagen voor artsen en tandartsen en de indexering van de tussenkomst in kantoorkosten (IFBOSA2022/834bis), waarnaar verwezen wordt in het advies van de Inspectie van Financiën van 29 januari 2024, het volgende op te merken:

“Quid des personnes ayant été recrutées et ayant bénéficié des art. 11 et 12 de l’AR du 25/10/2013 avant l’entrée en vigueur du projet d’arrêté et ne bénéficieront de ses dispositions. Ceci risque de susciter des réactions ou des revendications. En effet, à fonctions, compétences et expériences égales, deux personnes se trouveront dans des situations pécuniaires forts différentes.”

van gelijkheid en non-discriminatie naargelang bij de selectieprocedure na afloop waarvan ze aangeworven zijn, die voorwaarde inzake minimale ervaring al dan niet opgelegd was.

Het verslag aan de Koning moet aangevuld worden met die supplementaire verantwoording.

2.3. Tot slot wordt met betrekking tot de vaststelling van de aard van de “bijzonder nuttige” ervaring in het advies van de Inspectie van Financiën met stelligheid het volgende geponeerd:

“L’Agence organise de manière autonome la plupart des épreuves de sélection pour recruter son personnel. Il lui appartient alors de vérifier que l’expérience avancée par un candidat peut être considérée comme particulièrement utile. L’IF émet des réserves sur le contrôle qui sera effectué. Elle renvoie notamment au rapport de la Cour des comptes du 26 octobre 2022 sur la gestion des ressources humaines chez Fedasil : Pour ce qui est de la reconnaissance de l’ancienneté pécuniaire acquise dans le secteur privé, l’arrêté royal du 25 octobre 2013 précise que le ‘fonctionnaire dirigeant [...] peut également reconnaître les services accomplis [...] dans le secteur privé ou en tant qu’indépendant s’il estime que ces services constituent une expérience professionnelle particulièrement utile pour la fonction dans laquelle le membre du personnel est recruté’. L’interprétation du critère de l’utilité de la fonction précédente pour la fonction à exercer au sein de Fedasil n’est soumise à aucune ligne directrice.

Chaque jury de sélection est libre de proposer une valorisation de l’ancienneté acquise dans le privé sur la base des dires des candidats et des attestations fournies. Cette interprétation large représente certes un atout à faire valoir auprès des futurs collaborateurs qui pourraient de cette manière bénéficier d’un échelon correspondant à leurs années de carrière. Néanmoins, il existe un risque d’inégalité de traitement entre les lauréats puisque la proposition de reconnaissance de certains services accomplis dans le secteur privé peut varier en fonction des jurys de sélection.”

In dat verband staat in het verslag aan de Koning dat het Agentschap dat artikel zal interpreteren in overeenstemming met omzendbrief nr. 726 ‘houdende de interpretatie en toepassing van artikel 9/1 van het koninklijk besluit van 25 oktober 2013 betreffende de geldelijke loopbaan van de personeelsleden van het federaal openbaar ambt’, bekendgemaakt op 24 november 2023.

In die omzendbrief wordt het begrip “bijzonder nuttige ervaring” als volgt omschreven:

“Het begrip bijzonder nuttige ervaring verwijst naar eerder gepresteerde diensten die de persoon een klaarblijkelijk voordeel geven in termen van competenties om de functie uit te oefenen. De erkenning van eerder gepresteerde diensten is gebaseerd op een analyse van de in een andere functie verworven competenties. Deze analyse wordt uitgevoerd in verhouding tot de competenties vereist in de functiebeschrijving die aan de selectieprocedure ten grondslag ligt. Met andere woorden: niet elk type gepresteerde diensten kan worden beoordeeld. De bewijslast ligt hiervoor bij de kandidaat. Naast het bestaan van deze bewijzen omtrent de uitoefening van het beroep, dient de aanwervende dienst te kunnen aantonen dat het effectief om een beroepservaring gaat die een noodzakelijke expertise vormt voor de uitoefening van de functie en dat het bepalen van de duur van de uitoefening van het beroep en de kwantificering ervan mogelijk zijn.

Concreet betekent dit dat een bijzonder nuttige ervaring steeds een specifieke ervaring vormt binnen een duidelijk afgebakend domein. Bijgevolg kan niet elke ervaring als bijzonder nuttig gekwalificeerd worden. De regelgeving bevestigt dat er een onderscheid bestaat tussen nuttige en bijzonder nuttige ervaring. Artikel 6bis, § 1, zesde lid, van het koninklijk besluit van 2 oktober 1937 houdende het statuut van het rijkspersoneel stelt dat bij aanwerving in de klasse A3 of A4 de kandidaten dienen te beschikken over een nuttige ervaring. Ook in het kader van federale mobiliteit voorziet artikel 5 van het koninklijk besluit van 15 januari 2007 houdende de mobiliteit en terbeschikkingstelling van personeel van het federaal administratief openbaar ambt, in de mogelijkheid om een nuttige ervaring te vragen van de kandidaten. Bijgevolg leiden deze procedures niet automatisch tot de activering van artikel 9/1. Toch wordt bijzonder nuttige ervaring steeds gekwalificeerd als een nuttige ervaring, maar niet omgekeerd.

Wanneer een vacature van een bepaalde groep kandidaten geen bijzonder nuttige ervaring vraagt en tegelijkertijd wel van andere kandidaten, is artikel 9/1 niet van toepassing. De gevraagde ervaring in kwestie kan namelijk onmogelijk kwalificeren als bijzonder nuttig. Deze ervaring vormt een compensatie in hoofde van de kandidaat wanneer hij bijvoorbeeld benoemd is in een lager niveau of niet in het bezit is van een bepaald diploma. Dezelfde redenering geldt wanneer de vacature in een afwijking van de diplomavorwaarde voorziet.”

Op basis van die elementen kan evenwel niet met voldoende nauwkeurigheid bepaald worden waar het begrip voor staat en waarin het verschilt van het begrip “nutttige ervaring”.

2.4. Die opmerkingen gelden *mutatis mutandis* voor artikel 8 van het ontwerp.

Artikel 6

1. Teneinde bepalingen inzake de afwijking van de diplomavorwaarde die reeds van toepassing zijn op de personeelsleden van de federale administratie, toepasselijk te maken op het personeel van het Federaal Agentschap voor de Opvang van Asielzoekers, bepaalt het ontworpen artikel 13/1 het volgende:

“Het Agentschap kan een afwijking van de diplomavorwaarde bedoeld in artikel 13, 5°, [toestaan] volgens de modaliteiten bepaald in artikel 16, § 2, [eerste lid,] 1° en 1°bis van het koninklijk besluit van 2 oktober 1937 houdende het statuut van het Rijkspersoneel”.

2. Artikel 16, § 1, 6°, en § 2, eerste lid, 1° en 1bis°, van het koninklijk besluit van 2 oktober 1937 ‘houdende het statuut van het Rijkspersoneel’ bepaalt:

“§ 1. Niemand kan tot Rijksambtenaar worden benoemd indien hij niet voldoet aan de hierna volgende algemene toelaatbaarheidsvereisten:

(...)

6° houder zijn van een diploma of studiegetuigschrift dat overeenkomt met het niveau van de te verlenen klasse of graad, volgens de bij dit besluit gevoegde tabel;

(...)

§ 2. Er wordt een afwijking van de diplomavorwaarde bedoeld in § 1, 6°, toegestaan:

1° ofwel door de directeur-generaal Rekrutering en Ontwikkeling van de Federale Overheidsdienst Beleid en Ondersteuning, die per taalrol een lijst met knelpuntberoepen vaststelt, en deze regelmatig bijwerkt op basis van de lijsten opgesteld door de gewestelijke instellingen voor tewerkstelling en beheer van werklozen en na een analyse uitgevoerd door het wetenschappelijk adviescomité bedoeld in artikel 3 van het koninklijk besluit van 22 december 2000 betreffende de selectie en de loopbaan van het rijkspersoneel. Voor elk van deze beroepen kan de betrokken administratie ambtshalve de voorziene diplomaafwijking toepassen. De lijst met knelpuntberoepen wordt ter informatie bezorgd aan de leden van de overlegcommissie voor de selectieprocedures bedoeld in artikel 2 van het koninklijk besluit van 22 december 2000 betreffende de selectie en de loopbaan van het rijkspersoneel;

1bis° ofwel door de aanwervende federale dienst na akkoord van de directeur-generaal Rekrutering en Ontwikkeling van de Federale Overheidsdienst Beleid en Ondersteuning of zijn afgevaardigde voor functies die niet in de lijst met knelpuntberoepen bedoeld in de bepaling onder 1° zijn opgenomen en waarvan binnen deze dienst de selecties een lage effectiviteit hebben vertoond over een langdurige termijn, op basis van het aantal jaren nuttige beroepservaring bepaald in de onderstaande referentietabel;

Nombre d'années d'expérience utile requise par niveau selon le diplôme ou certificat pris en considération pour l'admission au niveau correspondant tel que visé à l'annexe 1						Aantal jaren nuttige ervaring vereist per niveau volgens het diploma of getuigschrift dat in aanmerking wordt genomen voor toelating tot het overeenkomstige niveau zoals bedoeld in bijlage 1					
		Expérience utile pour l'accès au niveau			Pas d'expérience pour l'accès au niveau D			Nuttige ervaring voor toegang tot niveau			Geen ervaring voor toegang tot niveau D
Diplôme ou certificat pris en considération pour l'admission au niveau	A	/	/	/	/	Diploma of getuigschrift in aanmerking voor de toelating tot de niveau	A	/	/	/	/
	B	2 ans	/	/	/		B	2 Jaar	/	/	/
	C	5 ans	3 ans	/	/		C	5 jaar	3 jaar	/	/
Pas de diplôme ou certificat	D	6 ans	4 ans	2 ans	/	Geen diploma of getuigschrift	D	6 jaar	4 jaar	2 jaar	/

De aanwervende federale dienst kan evenwel afwijken van de ervaringsvoorwaarden bepaald in de referentietabel mits bijzondere motivering in termen van instroom en doeltreffendheid van de selectie, mits akkoord van de directeur-generaal Rekrutering en Ontwikkeling van de Federale Overheidsdienst Beleid en Ondersteuning of zijn afgevaardigde, en zonder dat de vereiste ervaring minder dan twee jaar bedraagt;”.

In verband met artikel 16, § 1, 6°, en § 2, eerste lid, 1°, heeft de afdeling Wetgeving in advies 69.797/2/V het volgende opgemerkt:

“In zijn advies d.d. 12 mei 2021 heeft de inspecteur van Financiën zich bij de ontworpen tekst vragen gesteld aangaande de volgende aspecten ervan:

- La réglementation actuelle permet l’octroi d’une dérogation aux porteurs d’un diplôme d’un niveau inférieur. La proposition vise à octroyer une dérogation simple à la condition de diplôme, sans que les bénéficiaires soient déterminés. Le champ d’application apparaît donc élargi;

- Pour la même fonction au sein de l’Administration fédérale, les conditions d’accès pourraient être différentes selon le rôle linguistique si l’emploi est en pénurie dans une région et pas dans l’autre;

- Quid si un métier est considéré comme en pénurie en Région bruxelloise et pas en Région wallonne ou en région flamande (ou vice-versa)? Pour les services centraux prendra-t-on en compte la liste de la région Bruxelles-capitale?

- Quels contrôles seront mis en place? Quelle publicité sera donnée à cette liste?

- Tous les métiers en pénurie ne peuvent pas être concernés par cette dispense. C’est par exemple le cas pour les métiers nécessitant des diplômes spécifiques tels infirmier ou architecte.

- Le cas échant, une dérogation à l’obligation de diplôme pourrait-elle être compensée par une expérience professionnelle pertinente? Dans quels cas?”

Aangezien al deze vragen pertinent zijn, dient die afwijking afgebakend te worden om te vermijden dat ter zake een te ruime bevoegdheid toegekend zou worden die de mogelijkheid zou bieden tot het omzeilen van het algemeen toelaatbaarheidsvereiste houder te zijn van een diploma of studiegetuigschrift dat overeenkomt met het niveau van de te verlenen klasse of graad, wat in strijd zou zijn met het beginsel van de gelijke toelaatbaarheid tot de openbare ambten dat onder meer verankerd is in de artikelen 10 en 11 van de Grondwet.”¹¹

Op de vraag of dat advies alsook de vragen die gerezen zijn, in aanmerking genomen zijn bij de uitwerking van het voorliggende ontwerpbesluit, heeft de gemachtigde van de staatssecretaris het volgende geantwoord:

“Dans son projet d’arrêté royal soumis à votre avis, l’Agence ne fait que rendre applicable les dérogations à la condition de diplôme pour les professions visées à l’article 16, § 2, 1° et 1° bis de l’arrêté royal du 2 octobre 1937 précité. Ce faisant, le système de dérogations en cascade à la condition de diplôme prévu par cet article s’applique directement au personnel de l’Agence selon les mêmes conditions et modalités d’application.

La dérogation à la condition de diplôme telle que prévue à l’article 16, § 2, 1° de l’arrêté royal du 2 octobre 1937 est toutefois encadrée. La compétence attribuée au directeur général Recrutement et Développement du Service public fédéral Stratégie et Appui est bien définie : sur base des données de sélection, il peut identifier des métiers pour lesquelles les besoins de services ne sont pas remplis. Il doit alors les mettre en lien avec les listes des métiers en pénurie établies par les services régionaux de l’emploi. Il ne peut effectivement

¹¹ Advies 69.797/2/V van 10 augustus 2021 over een ontwerp dat heeft geleid tot het koninklijk besluit van 16 december 2021 ‘houdende diverse maatregelen inzake selectie, mobiliteit, taalcertificering en geldelijke loopbaan in het federaal openbaar administratief ambt’.

qualifier une fonction comme ‘métier en pénurie’ qu’à la condition que la fonction se retrouve sur une des trois listes régionales. En outre, il doit la soumettre au comité scientifique de consultation (visé à l’article 3 de l’arrêté royal du 22 décembre 2000 concernant la sélection et la carrière des agents de l’État) et en informer la commission de concertation relative aux procédures de sélection (visé à l’article 2 du même arrêté royal).

Quant à la dérogation à la condition de diplôme telle que prévue à l’article 16, § 2, 1^o*bis* de l’arrêté royal du 2 octobre 1937, cette dernière est également encadrée dans l’article en question : le service fédéral recruteur doit obtenir l’accueil du Directeur général susmentionné et un tableau prévu dans ledit arrêté royal fixe le nombre d’années d’expérience professionnelle utile requise.

Le rapport au Roi du projet d’arrêté royal soumis à votre avis prévoit également explicitement que cette dérogation à la condition de diplôme ne concerne toutefois pas les métiers nécessitant des diplômes spécifiques tels que les médecins & les infirmiers.

Finalement, la liste des métiers en pénurie est fixée par arrêté du directeur général Recrutement et Développement du Service public fédéral Stratégie et Appui, publié au *Moniteur belge*.

De ce fait, nous considérons que les éléments mentionnés dans l’avis cité ont été pris en considération.”

Het klopt dat in het verslag aan de Koning uitdrukkelijk staat dat de vrijstelling niet mag gelden voor beroepen waarvoor specifieke diploma's vereist zijn, zoals artsen en verpleegkundigen.

Er dient evenwel op gewezen te worden dat in de adviezen IFBOSA2021/276 van 12 mei 2021 over een ontwerp dat geleid heeft tot het koninklijk besluit van 16 december 2021 ‘houdende diverse maatregelen inzake selectie, mobiliteit, taalcertificering en geldelijke loopbaan in het federaal openbaar administratief ambt’ en IFBOSA2023/209 van 31 maart 2023 over een ontwerp dat geleid heeft tot het koninklijk besluit van 20 september 2023 ‘houdende diverse maatregelen inzake selectie en diplomavorwaarden in het federaal administratief openbaar ambt’, naar welke adviezen verwezen wordt in het advies de inspecteur van Financiën van 29 januari 2024, had de bij de FOD BOSA geaccrediteerde Inspectie van Financiën een aantal voorbehouden opgeworpen en herhaald en had ze opgemerkt dat “ni les suggestions de l’Inspection des finances, ni les recommandations du Conseil d’État n’ont été suivies d’effets”.

Er is inderdaad geen antwoord geboden op de voornoemde vragen. Bovendien biedt de afwijking van de diplomavorwaarde zoals bepaald in artikel 16, § 2, eerste lid, 1^{bis}°, van het koninklijk besluit van 2 oktober 1937 bij gebrek aan een duidelijk kader de bevoegde overheid een ruime beoordelingsbevoegdheid.

Daaruit volgt dat de toepassing van artikel 16, § 2, eerste lid, 1° en *1bis*°, van het koninklijk besluit van 2 oktober 1937 op het personeel van het Federaal Agentschap voor de Opvang van Asielzoekers dezelfde vragen doet rijzen als die welke geformuleerd werden in advies 69.797/2/V.

LE GREFFIER – DE GRIFFIER

LE PRÉSIDENT – DE VOORZITTER

Béatrice DRAPIER

Bernard BLERO