ROYAUME DE BELGIQUE.

KONINKRIJK BELGIE.

AVIS DU CONSEIL D'ETAT.

ADVIES VAN DE RAAD VAN STATE.

Le CONSEIL D'ETAT, section de législation, deuxième chambre, saisi par le Vice-Premier Ministre et Ministre de la Justice, le 19 octobre 1992, d'une demande d'avis sur un projet d'arrêté royal "créant un Service de la politique criminelle", a donné le 3 mars 1993 l'avis suivant :

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, tweede kamer, op 19 oktober 1992 door de Vice-Eerste Minister en van Minister van Justitie verzocht hem van advies te dienen over een ontwerp van koninklijk besluit "tot oprichting van een Dienst voor de Criminaliteitsbestrijding", heeft op 3 maart 1993 het volgend advies gegeven :

I. OBSERVATIONS QUANT AU FOND DU PROJET.

Invité à préciser la nature de l'emploi de conseiller général et de celui de conseiller général adjoint, créés par le projet d'arrêté, le délégué du Ministre a précisé ce qui suit dans sa lettre du 5 février 1993 :

> "En ce qui concerne la situation du Conseiller général et du Conseiller général adjoint par rapport au statut des agents de l'Etat, je précise deux hypothèses :
>
> a) si des personnes qui se trouvent déjà sous statut sont désignées à ces fonctions (par exemple un magistrat du ministère public ou un fonctionnaire), ils garderont leur statut et exerceront un mandat sur délégation du Ministre de la Justice ...;
>
> b) si ces personnes devaient être recrutées directement, il y aurait lieu alors de déterminer au préalable leur statut par un arrêté royal ultérieur selon les procédures légalement prévues".

L'examen des explications du délégué du Ministre, d'une part, et des dispositions du projet, d'autre part, conduit à formuler les observations fondamentales suivantes.

Il découle de la voie suivie par les auteurs du projet que le but est de permettre au Roi de créer deux emplois d'administration générale, emplois auxquels il pourra nommer, pour un terme de cinq ans, le cas échéant renouvelable, deux personnes qui devront répondre aux conditions fixées par les dispositions du projet et qui seront placées dans une situation statutaire (1). Le

---

(1) En l'espèce, le recours à des personnes engagées par le biais d'un contrat de travail s'avèrerait en effet contraire aux dispositions de la loi du 20 février 1990

fondement légal du projet réside par conséquent dans l'article 66, alinéa 2, de la Constitution et non pas dans l'article 67 de la Constitution, qui est visé erronément dans le préambule du projet d'arrêté.

En vertu de l'article 66, alinéa 2, de la Constitution, le droit pour le Roi de nommer les agents de l'administration générale emporte le droit d'établir le statut de ces agents et de créer des emplois. Tel est bien l'objet du projet d'arrêté (1).

Par application de l'article 66, alinéa 2, de la Constitution, le Roi est libre de fixer pour le conseiller général et le conseiller général adjoint un statut qui

---

relative aux agents des administrations et de certains organismes d'intérêt public.

(1) Il s'agit d'emplois permanents créés au sein d'un département et non de charges temporaires. Dès lors, le projet ne peut être regardé comme tendant à permettre :

- soit la nomination de commissaires royaux ou de commissaires du Roi : d'une part, parce que les tâches confiées au conseiller général et au conseiller général adjoint à la politique criminelle sont des tâches qui incombent normalement à l'administration et qui ne dépassent pas les moyens de celle-ci, d'autre part, parce qu'il ne s'agit pas de placer ces derniers dans une fonction intermédiaire entre celle de ministre et celle de haut fonctionnaire;

- soit la nomination de collaborateurs personnels du ministre, au même titre que des membres de son cabinet ministériel, parce que la mission des intéressés devrait alors prendre fin en même temps que les attributions ministérielles du ministre dont ils relèvent.

déroge, en tout ou en partie, au statut des agents de l'Etat, pour autant cependant :

1° que l'intérêt du service à créer le requière (Conseil d'Etat, Colle et csrts, n° 11.907 du 24 juin 1966);

2° qu'Il détermine clairement les dispositions statutaires qui seront dans ce cas applicables;

3° qu'Il le fasse dans le respect des principes généraux applicables à tout agent de l'Etat et des dispositions législatives qui auraient sous certains aspects pour effet de limiter ses pouvoirs en la matière;

4° qu'Il respecte ce faisant les formalités préalables requises à cet effet, comme il sera précisé ci-après.

Force est de constater que le projet d'arrêté ne respecte pas les principes précités.

La lecture du projet, notamment des articles 7 et 9, donne à penser que, en vertu d'un tel statut dérogatoire, le conseiller général et le conseiller général adjoint seront nommés en qualité d'agent de l'Etat, sans être au préalable revêtus de cette qualité.

Dans cette hypothèse d'un "recrutement direct", l'ensemble du statut des intéressés doit être réglé par le projet et non pas seulement certains aspects de leur statut. Dans ce cas, la nomination temporaire, pour une durée de cinq ans, du conseiller général et du conseiller général adjoint ne pourrait se concevoir.

Certes, l'hypothèse d'un "détachement" de fonctionnaires ou de magistrats du ministère public a également été évoquée par le délégué du Ministre. Dans ce cas, il y aurait lieu de prendre en considération ce qui suit :

1° le statut des fonctionnaires ainsi détachés et leur mode de désignation devraient être réglés par l'arrêté en projet, au même titre que cela s'est déjà fait dans d'autres matières (voyez notamment : l'arrêté royal du 7 décembre 1990 relatif aux conseillers de la Fonction publique);

2° la délégation de magistrats du ministère public ne peut être réglée par l'arrêté en projet mais doit l'être exclusivement en application de l'article 327 du Code judiciaire.

Il y a lieu de relever, d'une part, que la délégation d'un magistrat d'un parquet près d'une juridiction d'appel ne peut être envisagée par le Ministre de la Justice qu'au service du Roi ou que dans un cabinet ministériel (article 327, alinéa 3, du Code judiciaire), ce qui n'est pas l'hypothèse envisagée par le projet, et, d'autre part que le statut pécuniaire des magistrats concernés est réglé par l'article 327, alinéa 7, du même code.

L'article 13 du projet, dès lors, ne serait plus conforme à l'article 102 de la Constitution ni au Code judiciaire.

II. OBSERVATIONS QUANT AUX FORMALITES PREALABLES.

A la suite des observations fondamentales formulées ci-dessus, le projet d'arrêté doit être considéré comme un projet d'arrêté royal portant création et organisation d'un service d'administration générale. A ce titre, il requiert l'accomplissement des formalités suivantes.

1. Parce qu'il est de nature à entraîner des dépenses nouvelles, le projet doit être soumis à l'avis de l'inspecteur des finances et recevoir l'accord du Ministre du Budget, conformément aux articles 6.2 et 13 de l'arrêté royal du 5 octobre 1961 portant organisation du contrôle administratif et budgétaire.

2. Le projet doit être soumis à l'accord du Ministre de la Fonction publique, en application de l'article 8, 1°, de l'arrêté royal du 5 octobre 1961 précité, puisqu'il porte création de deux emplois publics dans un département ministériel.

3. Le projet s'écarte à bien des égards des règles statutaires énoncées dans l'arrêté royal du 2 octobre 1937 portant le statut des agents de l'Etat. Il doit, dès lors, être délibéré en Conseil des Ministres, en application de l'article 116 dudit arrêté, et être soumis à l'avis préalable du conseil de direction, en application de l'article 6, § 2, du même arrêté.

4. Parce qu'il comporte des dispositions relatives à des réglementations de base, au sens de l'arrêté royal du

29 août 1985 déterminant les réglementations de base au sens de l'article 2, § 1er, 1°, de la loi du 19 décembre 1974 organisant les relations entre les autorités publiques et les syndicats des agents relevant de ces autorités, le projet doit être soumis à la procédure de négociation syndicale.

*

En conclusion, le projet d'arrêté doit être fondamentalement revu. Le nouveau projet doit faire l'objet des formalités préalables précitées avant d'être soumis à l'avis du Conseil d'Etat, section de législation.

I. OPMERKINGEN OVER DE GROND VAN HET ONTWERP.

Nadat de gemachtigde van de Minister gevraagd was de aard van de ambten van adviseur-generaal en adjunct-adviseur-generaal toe te lichten, die bij het ontwerp van besluit worden ingesteld, heeft hij in zijn brief van 5 februari 1993 het volgende gepreciseerd :

> "En ce qui concerne la situation du Conseiller général et du Conseiller général adjoint par rapport au statut des agents de l'Etat, je précise deux hypothèses :
>
> a) si des personnes qui se trouvent déjà sous statut sont désignées à ces fonctions (par exemple un magistrat du ministère public ou un fonctionnaire), ils garderont leur statut et exerceront un mandat sur délégation du Ministre de la Justice ...;
>
> b) si ces personnes devaient être recrutées directement, il y aurait lieu alors de déterminer au préalable leur statut par un arrêté royal ultérieur selon les procédures légalement prévues".

Het onderzoek van de uitleg van de gemachtigde van de Minister enerzijds en de bepalingen van het ontwerp anderzijds leiden tot de volgende fundamentele opmerkingen.

Uit de weg die de stellers van het ontwerp hebben gevolgd, vloeit voort dat het de bedoeling is de Koning in staat te stellen twee ambten van algemeen bestuur in te stellen, ambten waarin hij voor een termijn van vijf jaar, eventueel hernieuwbaar, twee personen kan benoemen die zullen moeten voldoen aan de voorwaarden gesteld bij de bepalingen van het ontwerp en die onder een rechtspositie-

regeling zullen vallen (1). De rechtsgrond van het ontwerp stoelt bijgevolg op artikel 66, tweede lid, van de Grondwet en niet op artikel 67 van de Grondwet, dat abusievelijk in de aanhef van het ontworpen besluit is vermeld.

Krachtens artikel 66, tweede lid, van de Grondwet, brengt het recht van de Koning om de ambtenaren bij het algemeen bestuur te benoemen, het recht mee om de rechtstoestand van die ambtenaren te bepalen en ambten in te stellen. Dat is werkelijk het onderwerp van het ontwerp van besluit (2).

---

(1) In het onderhavige geval zou het strijdig zijn met de bepalingen van de wet van 20 februari 1990 betreffende het personeel van de overheidsbesturen en van sommige instellingen van openbaar nut om een beroep te doen op bij arbeidsovereenkomst in dienst genomen personen.

(2) Het gaat om vaste betrekkingen die binnen een departement worden ingesteld en niet om tijdelijke opdrachten. Het ontwerp kan dus niet geacht worden ten doel te hebben :

- hetzij de benoeming van koninklijk commissarissen of commissarissen van de Koning mogelijk te maken : enerzijds, omdat de taken die worden toevertrouwd aan de adviseur-generaal en de adjunct-adviseur-generaal voor de criminaliteitsbestrijding, taken zijn die normaal toekomen aan het overheidsbestuur en de middelen van dat bestuur niet overschrijden, anderzijds, omdat het niet de bedoeling is laatstgenoemden te plaatsen in een functie die het midden houdt tussen die van minister en die van hoge ambtenaar;

- hetzij de benoeming van persoonlijke medewerkers van de minister, op dezelfde wijze als de benoeming van de leden van zijn ministerieel kabinet, mogelijk te maken, omdat de opdracht van de belanghebbenden in dat geval tegelijk met de ministeriële bevoegdheden van de minister onder wie zij ressorteren, een einde zou moeten nemen.

Met toepassing van artikel 66, tweede lid, van de Grondwet, kan de Koning voor de adviseur-generaal en de adjunct-adviseur-generaal een rechtspositieregeling vaststellen die geheel of gedeeltelijk afwijkt van het statuut van de rijksambtenaren, voor zover echter :

1° het belang van de op te richten dienst het vereist (Raad van State, Colle c.s., nr. 11.907 van 24 juni 1966);

2° Hij duidelijk bepaalt welke bepalingen van de rechtspositieregeling in dat geval toepasselijk zullen zijn;

3° Hij dat doet met inachtneming van de algemene beginselen die van toepassing zijn op alle rijksambtenaren en van de wetsbepalingen die uit een aantal gezichtspunten zijn bevoegdheden ter zake zouden beperken;

4° Hij dusdoende de daarvoor vereiste voorafgaande formaliteiten in acht neemt, zoals hierna gepreciseerd zal worden.

Vastgesteld moet worden dat het ontworpen besluit de voormelde beginselen niet in acht neemt.

De lezing van het ontwerp, inzonderheid van de artikelen 7 en 9, wekt de indruk dat de adviseur-generaal en de adjunct-adviseur-generaal krachtens een dergelijk afwijkende rechtspositieregeling benoemd zullen worden in de hoedanigheid van rijksambtenaar, zonder vooraf met die hoedanigheid te zijn bekleed.

In het geval van een "rechtstreekse werving", behoort de gehele rechtspositie van de belanghebbenden door

het ontwerp te worden geregeld en niet alleen enkele aspecten van hun rechtspositie. In dat geval is de tijdelijke benoeming tot adviseur-generaal en tot adjunct-adviseur-generaal, voor een periode van vijf jaar, ondenkbaar.

De gemachtigde van de Minister heeft weliswaar ook de mogelijkheid van een "detachering" van ambtenaren of magistraten van het openbaar ministerie geopperd. In dat geval zou op het volgende gelet moeten worden :

1° de rechtspositie van de aldus gedetacheerde ambtenaren en hun wijze van aanstelling zou door het ontworpen besluit geregeld moeten worden, zoals dat reeds geschied is in andere aangelegenheden (zie onder meer : het koninklijk besluit van 7 december 1990 betreffende de adviseurs van het Openbaar Ambt).

2° het geven van opdrachten aan magistraten van het openbaar ministerie kan niet bij het ontworpen besluit geregeld worden, maar uitsluitend met toepassing van artikel 327 van het Gerechtelijk Wetboek.

Opgemerkt dient te worden, enerzijds dat de Minister van Justitie een magistraat van het parket bij een gerecht van hoger beroep alleen in dienst van de Koning of in een ministerieel kabinet een opdracht kan geven (artikel 327, derde lid, van het Gerechtelijk Wetboek), wat niet het geval is dat in het ontwerp wordt beoogd en anderzijds dat de bezoldigingsregeling van de belanghebbende magistraten vastgelegd is in artikel 327, zevende lid, van hetzelfde wetboek.

Bijgevolg zou artikel 13 van het ontwerp niet meer in overeenstemming zijn met artikel 102 van de Grondwet en evenmin met het Gerechtelijk Wetboek.

II. OPMERKINGEN OVER DE VOORAFGAANDE FORMALITEITEN.

Ten gevolge van de hierboven gemaakte opmerkingen over de grond van het ontwerp, moet het ontworpen besluit beschouwd worden als een ontwerp van koninklijk besluit tot oprichting en organisatie van een dienst van algemeen bestuur. Als zodanig vereist het dat voldaan wordt aan de volgende formaliteiten.

1. Daar het ontwerp kan leiden tot nieuwe uitgaven, behoort het om advies voorgelegd te worden aan de inspecteur van financiën en de goedkeuring te krijgen van de Minister van Begroting, overeenkomstig de artikelen 6.2 en 13 van het koninklijk besluit van 5 oktober 1961 tot regeling van de Administratieve en Begrotingscontrole.

2. Het ontwerp behoort ter goedkeuring voorgelegd te worden aan de Minister van Ambtenarenzaken, met toepassing van artikel 8, 1°, van het voormelde koninklijk besluit van 5 oktober 1961, aangezien door dat ontwerp twee openbare betrekkingen in een ministerieel departement worden ingesteld.

3. Het ontwerp wijkt op verscheidene punten af van de rechtspositionele voorschriften van het koninklijk besluit van 2 oktober 1937 houdende het statuut van het

rijkspersoneel. Er moet dus in de ministerraad overleg over worden gepleegd, met toepassing van artikel 116 van dat besluit en het dient ter fine van een voorafgaand advies aan de directieraad te worden voorgelegd, met toepassing van artikel 6, § 2, van hetzelfde besluit.

4. Daar het ontwerp bepalingen bevat betreffende grondregelingen, in de zin van het koninklijk besluit van 29 augustus 1985 tot aanwijzing van de grondregelingen in de zin van artikel 2, § 1, 1°, van de wet van 19 december 1974 tot regeling van de betrekkingen tussen de overheid en de vakbonden van haar personeel, behoort er met de vakbonden over te worden onderhandeld.

*

De conclusie is dan ook dat het ontworpen besluit grondig behoort te worden herzien. Met betrekking tot het nieuwe ontwerp dienen de voormelde voorafgaande formaliteiten te worden vervuld, voordat het om advies voorgelegd wordt aan de Raad van State, afdeling wetgeving.

La chambre était composée de

Messieurs : J.-J. STRYCKMANS, président de chambre,
de Heren : kamervoorzitter,

Y. BOUCQUEY, conseillers d'Etat,
Y. KREINS, staatsraden,

F. DELPEREE, assesseurs de la section de législation,

J. van COMPERNOLLE, assessoren van de afdeling wetgeving,

Madame : R. DEROY, greffier,
Mevrouw : griffier.

La concordance entre la version française et la version néerlandaise a été vérifiée sous le contrôle de M. J.-J. STRYCKMANS.

Le rapport a été présenté par M. J. JAUMOTTE, auditeur adjoint. La note du Bureau de coordination a été rédigée et exposée par M. P. ERNOTTE, référendaire adjoint.

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst werd nagezien onder toezicht van de H. J.-J. STRYCKMANS.

Het verslag werd uitgebracht door de H. J. JAUMOTTE, adjunct-auditeur. De nota van het Coördinatiebureau werd opgesteld en toegelicht door de H. P. ERNOTTE, adjunct-referendaris.

LE GREFFIER - DE GRIFFIER, LE PRESIDENT - DE VOORZITTER,

R. DEROY. J.-J. STRYCKMANS.