

ROYAUME DE BELGIQUE

KONINKRIJK BELGIË

Avis 34.250/4

DE LA SECTION DE LÉGISLATION
DU CONSEIL D'ETAT

ADVIES 34.250/4

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

Le CONSEIL D'ETAT, section de législation, quatrième chambre, saisi par le Ministre de la Défense, le 15 octobre 2002, d'une demande d'avis, dans un délai ne dépassant pas un mois, sur un avant-projet de loi "relative au recrutement des militaires et au statut des musiciens militaires et modifiant diverses lois applicables au personnel de la défense", a donné le 13 novembre 2002 l'avis suivant :

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, vierde kamer, op 15 oktober 2002 door de Minister van Buitenlandse Zaken verzocht hem, binnen een termijn van ten hoogste een maand, van advies te dienen over een voorontwerp van wet "betreffende de werving van de militairen en het statuut van de militaire muzikanten en tot wijziging van verschillende wetten van toepassing op het personeel van landsverdediging", heeft op 13 november 2002 het volgende advies gegeven :

OBSERVATION PREALABLE

Vu la délibération du Conseil des ministres du 27 septembre 2002 indiquant qu'"Au cas où l'avis du Conseil d'Etat ne sera pas donné dans le délai prévu par l'article 84, alinéa 1^{er}, 1°, le Ministre de la Défense est d'ores et déjà autorisé à introduire une nouvelle demande d'avis, en application de l'article 84, alinéa 1^{er}, 2°, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat", l'avis s'est limité aux questions essentielles soulevées par l'avant-projet.

Il ne pourra en conséquence être tiré argument du silence du Conseil d'Etat à propos de certaines dispositions de l'avant-projet qu'elles sont à l'abri de toute critique juridique.

OBSERVATIONS GENERALES

1. Il ressort de l'exposé des motifs que "le projet reprend également, cette fois au niveau de la loi, certaines dispositions figurant jusqu'à présent au niveau d'un arrêté royal. Ainsi, une meilleure conformité avec l'article 182 de la Constitution est réalisée."

L'avant-projet de loi comprend néanmoins de très nombreuses délégations au Roi alors que les articles 182, 183 et 186, de la Constitution réservent au législateur le soin de déterminer le mode de recrutement de l'armée, l'avancement, les droits et les obligations des militaires, le contingent de l'armée et la manière dont les militaires sont privés de leurs grades, honneurs et pensions.

.../...

La Cour d'arbitrage a rendu un certain nombre d'arrêts qui restreignent de manière appréciable les habilitations que le législateur peut accorder au Roi en cette matière, en considérant qu'il appartient essentiellement à la loi de régler le statut des militaires ⁽¹⁾.

Aussi, nombre de délégations au Roi que contient l'avant-projet de loi apparaissent-elles, à la lumière de la jurisprudence de la Cour d'arbitrage, soit excessives, soit imprécises ⁽²⁾. La loi elle-même doit en effet énoncer les principes essentiels ou les critères nécessaires à l'exercice par le pouvoir exécutif de l'habilitation qui lui est consentie ⁽³⁾.

⁽¹⁾ Voir, notamment, l'arrêt C.A., n° 23/96 du 27 mars 1996 qui s'exprime dans les termes suivants :
"B.2.1. L'article 182 de la Constitution dispose : «Le mode de recrutement de l'armée est déterminé par la loi. Elle règle également l'avancement, les droits et les obligations des militaires.».

En attribuant au pouvoir législatif les compétences précitées, le Constituant a voulu éviter que le pouvoir exécutif règle seul la force armée. L'article 182 de la Constitution garantit ainsi à tout militaire qu'il ne pourrait être soumis à des obligations sans que celles-ci aient été décidées par une assemblée délibérante démocratiquement élue.

B.2.2. Bien que l'article 182 de la Constitution réserve la compétence normative au législateur fédéral, il n'exclut cependant pas que le législateur attribue un pouvoir limité d'exécution au Roi."

Dans le même sens, voir également : C.A., n° 81/95 du 14 décembre 1995, B.6.7. et C.A., n° 37/98 du 1^{er} avril 1998, B.4.5.

⁽²⁾ Dans son arrêt n°141/2001 du 6 novembre 2001, la Cour d'arbitrage a précisé, dans le cadre de l'article 182 de la Constitution, (B.3 et B.4) qu'"une délégation conférée au Roi n'est pas contraire au principe de légalité pour autant que l'habilitation soit définie de manière suffisamment précise et porte sur l'exécution de mesures dont les éléments essentiels sont fixés préalablement par le législateur. (...) Si le législateur a ainsi déterminé l'objet de l'habilitation qu'il conférerait au Roi, il n'a par contre en rien, ce faisant, précisé les principes dans le respect desquels il entendait que cette habilitation soit utilisée (...)".

⁽³⁾ La section de législation a également rappelé ces principes dans plusieurs avis, notamment l'avis 28.757/4, donné le 15 mars 1999, sur un avant-projet de loi "portant statut des militaires du cadre de réserve des forces armées", publié in Doc. parl., Chambre, session 1998-1999, n° 2216/1.

Il en va ainsi :

- de l'article 4 de l'avant-projet, qui charge le Roi de régler les différents types de recrutement à l'armée alors que l'article 182 de la Constitution confie au législateur cette mission;
- de l'article 9, § 1^{er}, alinéa 2, de l'avant-projet, qui autorise le Roi à "déterminer des cas dans lesquels le postulant est agréé sans comparaison aux autres postulants" ainsi que les critères suivant lesquels ce postulant sera agréé pour le poste vacant correspondant à son choix;
- de l'article 9, § 2, alinéa 2, de l'avant-projet, qui charge le Roi de fixer les épreuves de sélection, "selon la catégorie de personnel, le type de recrutement, et le cas échéant, selon le poste vacant";
- de l'article 10 de l'avant-projet, qui charge notamment le Roi de fixer "les conditions d'étude, les règles concernant l'appréciation des qualités morales, les règles selon lesquelles le postulant est apprécié lors des épreuves de sélection (...)";
- de l'article 11, alinéa 2, de l'avant-projet, qui habilite le Roi à fixer les règles relatives à la classification;
- de l'article 13, alinéa 3, de l'avant-projet, qui charge notamment le Roi de fixer les conditions d'octroi des avantages visés à l'alinéa 1^{er}, soit la prise en charge de la nourriture et le cas échéant du logement du postulant qui participe à une épreuve de sélection;
- de l'article 16, alinéa 2, de l'avant-projet, qui charge le Roi de fixer les règles relatives à l'appel que le postulant peut interjeter en cas d'échec pour son recrutement à l'armée ainsi que celles relatives à la procédure;
- de l'article 17, alinéa 2, de l'avant-projet, qui charge le Roi de fixer "les règles et modalités relatives à la convocation et à l'incorporation" du postulant agréé;

.../...

- de l'article 18, alinéa 3, de l'avant-projet qui charge le Roi de déterminer "les règles, les modalités et la procédure relatives à la déclaration et à l'examen médical de contrôle";
- de l'article 19, § 4, de l'avant-projet qui habilite le Roi à fixer les "règles relatives à l'acquisition de la qualité de candidat militaire, à la procédure d'engagement et à la procédure simplifiée visée au § 2, alinéa 3" ainsi que les "conditions supplémentaires pour contracter un engagement";
- de l'article 26, alinéa 2, de l'avant-projet, qui charge le Roi de fixer "par catégorie de personnel, les conditions à remplir pour réussir le cycle de formation (du candidat musicien); les règles relatives à l'appréciation des qualités morales, professionnelles, caractérielles et physiques pendant ce cycle de formation; les règles relatives au classement";
- de l'article 28 de l'avant-projet, qui autorise le Roi à fixer les conditions et la procédure selon laquelle le candidat musicien peut être dispensé de tout ou partie de sa formation s'il a déjà suivi avec succès certaines parties de cette formation;
- de l'article 30, alinéa 1^{er}, de l'avant-projet, qui charge le Roi de déterminer les conditions, la durée, les raisons et la procédure suivant laquelle un candidat musicien peut obtenir un ajournement pour présenter certaines épreuves et certains examens ou pour suivre ou parfaire certaines parties de la formation;
- de l'article 31, § 2, alinéa 2, de l'avant-projet, qui charge le Roi de fixer "les conditions et les modalités d'octroi, de maintien et de retrait des commissions visées à l'alinéa 1^{er}" du même paragraphe;
- de l'article 34 de l'avant-projet, qui charge le Roi de fixer les conditions et la procédure suivant laquelle la qualité de candidat musicien peut être retirée à la demande d'un candidat;

.../...

- de l'article 35, de l'avant-projet, qui charge le Roi de fixer la procédure suivant laquelle la qualité de candidat musicien peut être retirée d'office par le Roi ou l'autorité qu'il désigne;
- de l'article 36, alinéa 2, de l'avant-projet, qui habilite le Roi à déterminer la procédure suivant laquelle interviendront la résiliation de l'engagement ou du rengagement ainsi que la perte du grade dans lequel le candidat musicien est commissionné;
- des articles 41 et 47 de l'avant-projet, qui chargent le Roi de fixer, pour l'avancement de grade, l'ancienneté minimum dans le grade immédiatement inférieur;
- des articles 48, alinéa 2, et 50, alinéa 2, de l'avant-projet, qui chargent respectivement le Roi d'arrêter le contenu des épreuves de l'examen de promotion au grade de premier-sergent major musicien ainsi que le contenu des épreuves de l'examen de promotion au grade d'adjudant-chef chef de pupitre, les conditions de réussite ainsi que les conditions qui doivent être remplies pour pouvoir y participer et les modalités concernant leur organisation;
- de l'article 49, alinéa 1^{er}, de l'avant-projet, qui charge le Roi de fixer l'ancienneté de grade de premier sergent musicien,;
- de l'article 51, alinéa 1^{er}, de l'avant-projet qui habilite le Roi à fixer les règles suivant lesquelles le Ministre de la Défense sera amené à apprécier les mérites des candidats au grade d'adjudant-chef chef de pupitre;
- de l'article 52, alinéa 3, de l'avant-projet qui charge le Roi de fixer les épreuves du concours au grade d'adjudant-major sous-chef de musique, les coefficients d'importance de ces épreuves ainsi que les conditions qui doivent être remplies pour pouvoir y participer et les modalités concernant son organisation;

- de l'article 53, alinéa 6, de l'avant-projet qui charge le Roi de fixer les mesures transitoires nécessaires à la mise en oeuvre de cette disposition consacrée à la situation des musiciens militaires volontaires de carrière qui sont actuellement en service;
- de l'article 55, alinéa 2, de l'avant-projet qui habilite le Roi à fixer les diplômes qui permettront au musicien militaire sous-officier de carrière qui en sera titulaire, d'être dispensé de l'examen pour le passage au niveau 2+;
- de l'article 101 de l'avant-projet qui remplace l'article 53ter de la loi du 13 juillet 1976 relative aux effectifs en officiers et aux statuts du personnel des forces armées et qui prévoit en son alinéa 3 que le Roi est habilité à fixer "la durée maximale du congé" d'accueil qui peut être sollicité par le militaire qui souhaite adopter un enfant mineur;
- de l'article 102 de l'avant-projet qui insère un article 53quinquies dans la loi du 13 juillet 1976, précitée, dont le paragraphe 3, habilite le Roi à fixer le montant de l'allocation d'interruption octroyée au militaire bénéficiant d'un congé de protection parentale et le paragraphe 4, à régler les procédures de demande et d'octroi du congé de protection parentale;
- de l'article 105 de l'avant-projet qui insère dans la loi du 13 juillet 1976, précitée un article 54bis dont le paragraphe 4 charge le Roi de déterminer le montant de l'allocation d'interruption octroyée au militaire bénéficiant d'un congé pour dispenser des soins à un parent atteint d'une maladie grave et le paragraphe 5, habilite le Roi à régler les procédures de demande, d'octroi, de prolongation et d'interruption du congé;
- de l'article 110 de l'avant-projet qui remplace l'article 15 de la loi du 21 décembre 1990 portant statut des candidats militaires du cadre actif et qui prévoit que le Roi fixe les règles relatives à l'appréciation des qualités morales, caractérielles, physiques et professionnelles des candidats;

- de l'article 111 de l'avant-projet qui remplace l'article 18 de la loi du 21 décembre 1990, précitée, en y insérant plusieurs délégations au Roi dont notamment celle habilitant Celui-ci à déterminer les conditions pour pouvoir contracter un engagement dans le chef d'un officier auxiliaire qui a été radié comme membre du personnel navigant breveté au service aérien;
- de l'article 117 de l'avant-projet qui insère dans la loi du 16 mars 1994 relative au statut et aux rétributions du personnel enseignant civil de l'Ecole royale militaire, un article 2bis, dont le paragraphe 5 en projet habilite le Roi à fixer le montant de l'indemnité qui sera octroyée aux officiers employés à l'Ecole royale militaire.
- de l'article 124 de l'avant-projet qui apporte plusieurs modifications à l'article 3 de la loi du 20 mai 1994 relative aux droits pécuniaires des militaires dont le paragraphe 3ter en projet habilite le Roi à fixer le montant et les conditions d'octroi de l'allocation d'interruption lorsque le militaire bénéficie d'un congé pour l'assistance à des soins palliatifs;
- de l'article 127 de l'avant-projet qui insère dans la loi du 20 mai 1994, précitée, un article 9bis dont le paragraphe 2, alinéas 2 et 3, habilite le Roi ou le Ministre de la Défense dans les cas que le Roi aura fixés, de déterminer les montants et les règles d'octroi des allocations dont peuvent bénéficier les militaires ayant des qualifications particulières ou ayant exécuté des prestations particulières qui "ne peuvent être considérées comme normales et inhérentes à la fonction de militaire";
- de l'article 129 de l'avant-projet qui insère dans la loi du 20 mai 1994, précitée, un article 10bis dont le paragraphe 2 charge le Roi de déterminer "les montants et les règles d'octroi des indemnités dont pourront bénéficier les militaires astreints à supporter des charges réelles qui ne peuvent être considérées comme normales et inhérentes à la fonction militaire" et dont le paragraphe 3 confie au Roi le soin de déterminer "les cas dans lesquels le militaire peut obtenir une avance sur son indemnité";

- de l'article 132 de l'avant-projet qui insère dans la loi du 20 mai 1994, précitée, un article 11bis en vertu duquel le Roi peut créer "le droit à des avantages de toute nature et à des avantages sociaux";
- de l'article 141 de l'avant-projet qui remplace l'article 7 de la loi du 20 mai 1994 portant statut des militaires court terme et qui habilite le Roi à déterminer "les règles relatives à l'appréciation des qualités morales, caractérielles et physiques pendant la formation ainsi qu'au terme de celle-ci" ainsi que "les conditions pour pouvoir souscrire un rengagement" dans le chef du militaire court terme;
- de l'article 168 de l'avant-projet qui habilite le Roi à prendre "les dispositions transitoires nécessaires pour l'application de la présente loi". Il doit revenir au législateur d'assurer la continuité du régime statutaire des militaires en adoptant les règles transitoires appropriées.

2. Outre des délégations au Roi, l'avant-projet contient également des subdélégations au Ministre de la Défense ou à une autorité que le Roi désigne. Dès lors que l'article 182 de la Constitution confie au législateur le pouvoir de fixer le statut des militaires, les délégations au Roi et les subdélégations au Ministre de la Défense ou à une autre autorité doivent être strictement limitées et ne porter que sur des aspects accessoires et secondaires du régime statutaire des militaires.

Or, certaines subdélégations accordées notamment au Ministre de la Défense par des dispositions de l'avant-projet l'autorisent à réglementer des éléments essentiels du statut des militaires.

Il en va ainsi :

- de l'article 26, alinéa 3, de l'avant-projet qui confie au Ministre de la Défense l'élaboration d'un "règlement" fixant notamment la durée concrète, le programme, les cours et les examens qui doivent être présentés pour chaque partie du cycle de formation des candidats musiciens;

.../...

- de l'article 46, § 1^{er}, alinéa 3, de l'avant-projet qui charge le Ministre de la Défense de fixer les règles suivant lesquelles les chefs hiérarchiques donnent leur avis pour l'avancement à un grade de sous-officier musicien à partir de celui de premier sergent-chef musicien, cette habilitation étant trop imprécise;
- de l'article 102 de l'avant-projet qui insère un article 53quinquies dans la loi du 13 juillet 1976, précitée, dont le paragraphe 4, habilite l'autorité que le Roi désigne à régler les procédures de demande et d'octroi du congé de protection parentale;
- de l'article 105 de l'avant-projet qui insère dans la loi du 13 juillet 1976, précitée un article 54bis dont le paragraphe 5, habilite l'autorité que le Roi désigne à régler les procédures de demande, d'octroi, de prolongation et d'interruption du congé;
- de l'article 127 de l'avant-projet qui insère dans la loi du 20 mai 1994 relative aux droits pécuniaires des militaires un article 9bis dont le paragraphe 2, alinéa 3, dispose que le Roi peut charger le Ministre de la Défense dans les cas qu'Il détermine, de fixer les montants et les règles d'octroi des allocations prévues par ce paragraphe;
- de l'article 129 de l'avant-projet qui insère dans la loi du 20 mai 1994, précitée, un article 10bis dont le paragraphe 2 autorise le Roi à charger le Ministre de la Défense de fixer, dans les cas qu'Il détermine, les montants et les règles d'octroi des indemnités visées par cette disposition ainsi que le paragraphe 3 qui dispose que "le Roi ou l'autorité qu'Il désigne, détermine les cas dans lesquels le militaire peut obtenir une avance sur son indemnité";
- de l'article 132 de l'avant-projet qui insère un article 11bis dans la loi du 20 mai 1994 précitée, dont le second alinéa permet au Roi de confier au Ministre de la Défense, dans les cas qu'Il détermine, la mission de créer des avantages de toute nature ainsi que des avantages sociaux.

En conclusion, vu le nombre de délégations et de subdélégations critiquables au regard, principalement, de l'article 182 de la Constitution, l'avant-projet doit être complété de manière substantielle par le législateur lui-même auquel il appartient de déterminer, à tout le moins, les principes essentiels qui doivent régir les diverses matières passées ci-dessus en revue.

.../...

3. L' article 9, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 1°, du projet dispose que pour pouvoir être agréé comme candidat militaire, le postulant doit "être belge, ou être citoyen d'un pays membre de l'Union européenne".

Selon le commentaire de cette disposition, "l'accession de citoyens d'Etats membres de l'Union européenne à des emplois militaires cadre avec une interprétation évolutive élargie du principe de la libre circulation des travailleurs dans l'Union européenne tel qu'énoncé à l'article 39 du Traité de Rome et est totalement en conformité avec le concept de citoyenneté européenne comme défini à l'article 17 du même Traité. Cela constitue, sans aucun doute, un pas en avant dans le processus d'intégration européen".

La question qui se pose est de savoir si cette disposition de l'avant-projet est compatible avec l'article 10, alinéa 2, de la Constitution ainsi qu'avec l'article 39 du Traité de Rome qui consacre le principe de la libre circulation des travailleurs.

L'article 10, alinéa 2, de la Constitution indique que seuls les Belges sont admissibles aux emplois civils et militaires, sauf les exceptions qui peuvent être établies par une loi pour des cas particuliers ⁽⁴⁾. Cette disposition constitutionnelle réserve donc l'accès aux forces armées aux personnes ayant la nationalité belge, la loi pouvant déroger à ce principe mais uniquement pour des cas particuliers ⁽⁵⁾.

Or, l'avant-projet examiné a une vocation plus large et concerne tous les types d'emplois exercés au sein des forces armées.

⁽⁴⁾ Voir les avis 18.564/2, donné le 11 juillet 1988, sur une proposition de loi "prévoyant l'égalité de droits et de traitement entre étrangers et Belges" (Doc. parl., Chambre, session 1988, n° 331/2); 26.661/1/V, donné le 7 août 1997, sur un avant-projet de décret "houdende instelling van de Vlaamse ombudsdienst" (Gedr. St., Vl. Parl. 1996-97, nr. 720-1); 30.362/2/V, donné le 30 août 2000, sur un avant-projet de décret "modifiant la loi du 8 juillet 1976 organique des centres publics d'aide sociale".

⁽⁵⁾ Voir notamment un décret du 11 avril 1831 qui autorise le Gouvernement à employer 40 officiers étrangers ainsi que la loi du 22 septembre 1831 qui autorise le Roi à prendre au service de l'Etat des officiers étrangers.

Si l'intention de l'auteur de l'avant-projet est de permettre, de manière générale, à des non Belges d'accéder à des emplois militaires, il y a lieu de modifier préalablement l'article 10, alinéa 2, seconde phrase, de la Constitution.

Quant à l'article 39 du Traité de Rome, tout en consacrant le principe de la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de l'Union européenne, il prévoit cependant en son paragraphe 4 une dérogation à ce principe lorsqu'il s'agit de l'accès aux emplois de l'administration publique.

Par plusieurs arrêts, la Cour de Justice des Communautés européennes a donné une interprétation restrictive à cette dérogation ⁽⁶⁾. La position de principe de la Cour est inscrite dans son arrêt du 17 décembre 1980 ⁽⁷⁾, dans les termes suivants :

"Cette disposition place en dehors du champ d'application des trois premiers paragraphes de ce même article un ensemble d'emplois qui comportent une participation, directe ou indirecte, à l'exercice de la puissance publique et aux fonctions qui ont pour objet la sauvegarde des intérêts généraux de l'Etat ou des autres collectivités publiques."

Il résulte de cette jurisprudence que les Etats membres sont tenus de ne pas faire obstacle au principe de la libre circulation des travailleurs en ce compris pour les emplois relevant de leur fonction publique, sauf s'il est démontré que certains de ces emplois ont un rapport avec des activités spécifiques de l'administration publique, c'est-à-dire lorsque celle-ci est investie de l'exercice de la puissance publique et de la responsabilité de la sauvegarde des intérêts généraux de l'Etat. Pour tous les autres emplois de la fonction publique, le principe de la libre circulation des travailleurs est applicable.

Dans une communication du 18 mars 1988, la Commission européenne a tenté de

"(...) systématiser la jurisprudence de la Cour et de déterminer les secteurs de l'administration publique qui doivent faire l'objet d'une ouverture. (...) la

⁽⁶⁾ Horevoets Ch., "La condition de nationalité comme condition d'accès aux emplois publics", in "Les agents contractuels dans la fonction publique régionale", Bruylant, Bruxelles, 1997, pp. 228-232.

⁽⁷⁾ C.J.C.E. 17 décembre 1980, Commission c/ Belgique, affaire 149/79, Rec. p. 3881.

Commission propose de distinguer entre les fonctions qui entrent dans l'exception du paragraphe 4 et celles qui apparaissent manifestement comme étant en général suffisamment éloignées des activités spécifiques de l'administration publique, telles que définies par la Cour de justice, pour qu'elles ne puissent que très exceptionnellement relever de l'exception prévue à l'article 48, § 4, du traité (devenu l'article 39, § 4)" ⁽⁸⁾.

Ainsi, selon la Commission, sont visées notamment par la dérogation de l'article 39, § 4, précité, les fonctions exercées au sein des forces armées, de la police et des autres forces de l'ordre, de la magistrature, de l'administration fiscale et de la diplomatie. Pour ces emplois, le principe de la libre circulation des travailleurs inscrit à l'article 39, § 1^{er}, du Traité de Rome, n'est pas applicable.

Les dispositions de l'avant-projet qui tendent à ouvrir de manière générale à des non Belges, spécialement aux citoyens de l'Union européenne, l'accès aux emplois militaires, doivent être abandonnées.

4. Compte tenu des observations générales qui précèdent, c'est à titre subsidiaire que la section de législation formule des observations particulières.

OBSERVATIONS PARTICULIERES

Dispositif

Article 2

Cette disposition de l'avant-projet n'a pas une réelle portée normative. Elle ne fait qu'énoncer le contenu du Titre I^{er} de l'avant-projet de loi. Comme en ont convenu les officiers délégués, elle sera en conséquence omise.

⁽⁸⁾ E. Honorat, "Les incidences de la libre circulation des personnes sur l'accès aux fonctions publiques nationales", A.P.T., 1997, p. 7.

Article 12

Cette disposition de l'avant-projet indique que le postulant qui participe à une épreuve de sélection va pouvoir bénéficier de la gratuité des soins si, au cours de cette sélection et à cause des épreuves, il est victime d'un accident, est atteint d'une maladie ou d'une indisposition.

Toutefois, l'alinéa 3 précise que ces soins médicaux sont limités "au traitement d'urgence, ambulatoire ou non, des affections visées à l'alinéa 2, et ne peuvent dépasser la durée indispensable pour permettre au postulant de rejoindre sa résidence ou d'être transporté vers un hôpital civil de son choix en Belgique".

L'attention de l'auteur de l'avant-projet est cependant attirée sur la circonstance que cette disposition ne peut dispenser l'Etat belge de sa responsabilité civile si celle-ci peut être mise en cause.

Article 13

1. L'alinéa 2 dispose que "certaines épreuves de sélection peuvent en tout ou en partie avoir lieu à l'étranger".

A ce propos, le commentaire de la disposition fait état de certaines circonstances comme la "coopération" ou le fait de ne pas disposer d'une infrastructure spécifique. Le commentaire pourrait être plus précis.

2. Par ailleurs, il est permis de s'interroger sur la mise en oeuvre de l'article 12 de l'avant-projet quand les épreuves de sélection ont lieu à l'étranger. Les postulants se rendant à l'étranger seront-ils accompagnés d'une équipe médicale militaire susceptible de fournir les premiers soins en cas d'accident par exemple ?

.../...

Interrogés, les officiers délégués ont répondu qu'en principe, des équipes médicales ou, à tout le moins, un médecin militaire accompagnent les postulants qui doivent participer à des épreuves de sélection à l'étranger mais que, si tel ne devait pas être le cas, l'armée prendrait en charge les soins médicaux fournis par un hôpital étranger ou un médecin étranger jusqu'au retour du postulant en Belgique.

De telles précisions gagneraient à figurer dans le commentaire de la disposition.

3. Enfin, l'alinéa 1^{er} ne vise que la prise en charge de la nourriture et le cas échéant du logement mais ne prévoit rien pour les frais de transport, notamment lorsque les épreuves se déroulent à l'étranger.

Selon les officiers délégués, le transport des postulants à l'étranger sera assumé par l'armée.

Cette précision devrait mieux ressortir de la disposition de l'avant-projet.

Article 15

L'article 15 de l'avant-projet détermine les circonstances dans lesquelles il peut être mis fin définitivement au processus de recrutement d'un postulant. Parmi ces circonstances, il est question au 4°, du postulant qui a commis une fraude ou une tentative de fraude. Cette disposition n'apporte guère de précision sur les comportements du postulant qui pourraient être qualifiés de frauduleux.

Il ressort des explications des officiers délégués que ces cas de fraude peuvent recouvrir différentes hypothèses comme déclarer une fausse identité, fournir de faux diplômes ou tricher lors des épreuves de sélection. Ces exemples pourraient être indiqués dans le commentaire de la disposition.

.../...

Articles 17, 18 et 19, §§ 1^{er} et 2

1. Les articles 17 et 18 de l'avant-projet utilisent la notion de "postulant agréé" ou de "postulant". Or, selon l'article 9 de l'avant-projet c'est le "candidat militaire" qui est agréé.

En vertu de l'article 9, § 3, de l'avant-projet, le postulant qui a satisfait aux conditions visées à l'article 8 de l'avant-projet ainsi qu'à celles de l'article 9, § 1^{er}, de l'avant-projet, est agréé comme candidat militaire. Dès lors, telle qu'elle est rédigée, cette disposition implique qu'au moment de son incorporation, le postulant est en principe déjà un candidat militaire agréé.

En revanche, l'article 19, § 1^{er}, de l'avant-projet, précise que le postulant n'acquiert "la qualité de candidat militaire" que le jour de son incorporation pour autant qu'il soit, à ce moment-là, reconnu comme médicalement apte.

Le Conseil d'Etat s'interroge dès lors sur la conciliation de ces différentes dispositions.

Des explications des officiers délégués, il ressort que le postulant qui a réussi les épreuves de sélection n'acquiert la qualité de candidat militaire qu'au moment de la signature de son acte d'engagement. Entre ces deux moments, il est un postulant agréé.

Comme en ont convenu les officiers délégués, l'article 9, §§ 1^{er} et 3, de l'avant-projet doit être revu, la notion de "candidat militaire" n'étant pas appropriée à ce stade du recrutement.

2. Selon l'article 19, § 2, alinéa 2, un engagement "entraîne la démission de l'emploi de militaire de carrière ou de complément ou la résiliation de tout engagement ou rengagement antérieur en qualité de militaire".

.../...

Cette disposition n'est cependant pas compatible avec l'article 16 de la loi du 16 mai 2001 portant statut des militaires du cadre de réserve des forces armées qui dispose que l'acte d'engagement d'un candidat militaire de réserve prend cours par la signature de cet acte et suspend tout rengagement en cours.

Comme en ont convenu les officiers délégués, l'article 19, § 2, alinéa 2, de l'avant-projet doit être adapté pour tenir compte de l'engagement en tant que réserviste.

3. Interrogés sur le sens exact du paragraphe 2, alinéa 3 du même article, les officiers délégués ont expliqué que cette disposition traduit la volonté de substituer à l'acte d'engagement, signé par les parties, un document à caractère unilatéral par lequel il est simplement mentionné que le postulant acquiert la qualité de candidat militaire.

Toutefois, comme en ont convenu les officiers délégués, l'acte d'engagement est également pris en considération par d'autres réglementations pour l'ouverture de certains droits aux militaires, que ce soit sur le plan social ou du point de vue des pensions.

Dès lors, en supprimant l'acte d'engagement pour certaines catégories de candidats militaires déterminées par le Roi, le risque est que cette procédure simplifiée ne permette pas l'ouverture aux droits précités et engendre des discriminations qui ne seraient pas objectivement justifiées.

Comme en ont convenu les officiers délégués, des adaptations d'autres textes doivent intervenir si l'on veut préserver la sécurité juridique.

Article 19, § 3

Cette disposition de l'avant-projet a trait à l'acquisition de la qualité de candidat militaire consacrée par la signature d'un acte d'engagement. Selon le paragraphe 3,

"Le mineur qui n'est pas émancipé doit justifier du consentement de celui ou de ceux qui exercent à son égard l'autorité parentale. Ce consentement est donné sous la forme d'un certificat dont le modèle est fixé par le Roi. Le postulant domicilié à l'étranger présente un document tenant lieu du certificat précité."

Il est permis de s'interroger sur la compatibilité de cette disposition avec le Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant, concernant l'implication d'enfants dans des conflits armés, adopté à New York le 25 mai 2000 et approuvé par la loi du 29 avril 2002.

En effet, en vertu de l'article 3, § 3 du Protocole précité,

"Les Etats parties qui autorisent l'engagement volontaire dans leurs forces armées nationales avant l'âge de 18 ans mettent en place des garanties assurant, au minimum, que :

- a) Cet engagement soit effectivement volontaire;
- b) Cet engagement ait lieu avec le consentement, en connaissance de cause, des parents ou gardiens légaux de l'intéressé;
- c) Les personnes engagées soient pleinement informées des devoirs qui s'attachent au service militaire national;
- d) Ces personnes fournissent une preuve fiable de leur âge avant d'être admises audit service."

Il résulte de cette disposition qu'un mineur même émancipé doit jusqu'à l'âge de 18 ans fournir la preuve du consentement de ses parents ou de ses représentants légaux s'il veut s'engager volontairement dans les forces armées. Il y a lieu à cet égard de se reporter aux dispositions du Code civil qui régissent le régime de l'émancipation et plus particulièrement aux articles 476 à 486.

.../...

Pour se conformer à l'article 3, § 3, du Protocole précité, il y a lieu de compléter cette disposition de l'avant-projet par un nouvel alinéa afin que le mineur émancipé n'ayant pas atteint l'âge de 18 ans soit tenu, avant la signature de l'acte d'engagement, de fournir une autorisation préalable soit de ses représentants légaux, soit du juge de paix.

Article 21

De l'accord des officiers délégués, la première phrase de l'alinéa 1^{er}, n'a pas une portée normative et sera en conséquence omise.

Article 27

Le commentaire de cette disposition indique avec plus de précision les circonstances dans lesquelles un candidat musicien militaire peut être astreint à suivre une formation musicale en dehors d'un établissement militaire belge.

De l'accord des officiers délégués, la disposition de l'avant-projet doit être complétée sur ce point.

Article 30

Cette disposition autorise le candidat musicien à solliciter un "ajournement" pour "présenter certaines épreuves et examens ou pour suivre ou parfaire certaines parties de la formation".

Cette disposition ne définit cependant pas ce qu'est l'ajournement ni les conséquences de celui-ci sur le statut du militaire.

Quant au sens de l'alinéa 4, les officiers ont indiqué que la volonté est de pouvoir ajourner un candidat musicien lorsque celui-ci fait par exemple de la détention préventive mais cet ajournement ne peut être supérieur à une période d'un an.

Une telle disposition n'est actuellement pas prévue pour les autres catégories de candidat militaire. Comme en ont convenu les officiers délégués, il conviendrait de compléter l'avant-projet en ce sens.

Article 33

Interrogés sur la distinction qu'il convient de faire entre les circonstances du 1° et celles du 2°, les officiers délégués ont expliqué que le 2° concerne le cas d'un candidat musicien qui soit ne poursuit plus sa formation, soit ne participe pas aux épreuves.

Cette distinction devrait mieux ressortir de la disposition de l'avant-projet.

Quant au 7°, il est renvoyé à l'observation générale 3.

Article 35

Interrogés sur la nature de la procédure qui est mise en oeuvre lorsqu'il s'agit de constater que le candidat musicien "s'est rendu coupable de faits graves incompatibles avec son état de militaire ou lorsque sa conduite ou sa manière de servir est mauvaise", les officiers délégués ont indiqué qu'il s'agit d'une procédure disciplinaire.

Cette explication devrait apparaître dans le commentaire de la disposition de l'avant-projet.

Articles 54 et 58

Interrogés sur le sens de la rétroactivité prévue par ces dispositions de l'avant-projet, les officiers délégués ont expliqué que les grades dont il est question dans ces dispositions ont été créés pour toutes les forces mais n'ont pas été mis en oeuvre pour les musiciens militaires. La volonté est de corriger cette inégalité et de le faire rétroactivement afin que les musiciens militaires concernés puissent bénéficier des échelles de traitement correspondantes.

Il conviendrait à tout le moins que le législateur fixe lui-même le moment à partir duquel une telle rétroactivité produira ses effets.

Article 59

Il y a lieu d'écrire "l'orchestre de la musique des Guides" comme partout ailleurs dans l'avant-projet.

Article 67

Cette disposition de l'avant-projet modifie l'intitulé de la loi du 23 décembre 1955 sur les officiers auxiliaires de la force aérienne, pilotes et navigateurs pour y supprimer toute référence à la force aérienne.

Or, l'article 1^{er} de cette loi ne subit aucune modification et précise que

"Le recrutement des candidats officiers auxiliaires et des officiers auxiliaires ne peut avoir lieu que pour la catégorie du personnel navigant de la force aérienne.".

.../...

Interrogés sur la portée de cette modification, les officiers délégués ont répondu que celle-ci complète une initiative parlementaire qui a été adoptée à la Chambre des représentants et soumise à la sanction royale ⁽⁹⁾. En vertu de l'article 21 de ce projet de loi, le Roi est habilité à coordonner les dispositions de la loi du 23 décembre 1955, précitée, avec celles de l'avant-projet. A cette fin, il peut notamment "modifier la rédaction des dispositions à coordonner en vue d'assurer leur concordance et d'en unifier la terminologie sans qu'il puisse être porté atteinte aux principes inscrits dans ces dispositions".

Dès lors, le Conseil d'Etat n'aperçoit pas la raison d'être de la disposition examinée étant entendu que le Roi est chargé d'assurer la coordination de ces textes.

Articles 70, 83, 89, 97 et 159

Interrogés sur la portée exacte de ces dispositions de l'avant-projet et plus particulièrement sur le terme "inconditionnellement", les officiers délégués ont admis que ce terme est inapproprié, l'idée étant que la condamnation soit coulée en force de chose jugée. Ces dispositions seront en conséquence revues sur ce point.

Article 72

Cette disposition modifie l'article 1^{er} de la loi du 1^{er} mars 1958 relative au statut des officiers de carrière des forces armées qui détermine les conditions pour pouvoir être nommé au grade de sous-lieutenant. Parmi celles-ci, il faut notamment être Belge. Cette condition est supprimée par la modification en projet. Sur ce point, il est renvoyé à l'observation générale 3.

⁽⁹⁾ Projet de loi "relatif aux officiers auxiliaires des forces armées" (Doc. parl., Chambre, session 2001-2002, n° 1867/03).

Articles 76, 84 et 92

L'article 76 de l'avant-projet modifie l'article 11 de la loi du 1^{er} mars 1958, précitée, qui détermine les hypothèses dans lesquelles un retrait du grade d'officier de carrière intervient de plein droit. Parmi ces hypothèses, il est actuellement question de la "perte de nationalité belge". Cette hypothèse est remplacée par "la perte de la nationalité ayant pour conséquence que le militaire n'est plus citoyen d'un Etat membre de l'Union européenne (...)".

Quant à l'article 84 de l'avant-projet, il modifie l'article 14, § 1^{er}, 1^o, de la loi du 27 décembre 1961 relative au statut des sous-officiers du cadre actif des forces armées qui concerne cette fois le retrait de plein droit du grade de sous-officier de carrière.

L'article 92 de l'avant-projet opère la même modification mais pour les volontaires de carrière.

Sur ce point, il est également fait référence à l'observation générale 3.

Articles 82, 88 et 96

Ces dispositions de l'avant-projet font référence à un avant-projet de loi "régulant le transfert de droits à pensions entre des régimes belges de pensions et ceux d'institutions de droit international public" qui a été soumis à la section de législation du Conseil d'Etat et qui a donné lieu à l'avis 33.345/2/V du 19 août 2002.

Cet avis a relevé ce qui suit :

"L'alinéa 1^{er} en projet prévoit que le fonctionnaire ou l'agent temporaire qui a obtenu le transfert des droits à une pension à charge du secteur public belge «est démis de plein droit des fonctions qu'il a cessé d'exercer, à compter de la date du transfert».

Selon le commentaire de cette disposition, il est présumé qu'en faisant le choix d'un tel transfert, l'agent a «renoncé définitivement à la poursuite de la carrière qu'il exerçait dans le secteur public. Dès lors, il ne s'indique pas de le maintenir dans une position administrative qui a précisément pour objet de sauvegarder ses droits à la pension dans ce secteur et de lui permettre de reprendre éventuellement les fonctions qu'il avait interrompues».

.../...

La disposition examinée se concilie mal avec les différents statuts applicables dans la fonction publique belge qui offrent la possibilité aux agents de prendre des congés de longue durée, comme le congé pour mission, le congé pour raisons personnelles, leur permettant notamment d'exercer des activités professionnelles autres que celles qu'ils exercent au sein du service public belge et qui les placent, dans une position juridique d'activité ou de non-activité, selon le cas.

Si l'intention des auteurs du projet est de déroger à l'ensemble de ces dispositions statutaires par le seul fait qu'un agent, même temporaire, exercerait la possibilité que lui offre le droit communautaire de demander le transfert de ses droits à pension, se pose alors la question de la compatibilité d'une telle mesure au regard du droit communautaire, en ce qu'elle rendrait l'exercice de cette faculté plus difficile.

(...).

Quant à l'alinéa 2, l'exposé des motifs n'explique pas pourquoi ce régime particulier, plus favorable, est réservé au personnel militaire des forces armées."

Ce dernier avant-projet excluait explicitement le personnel militaire de ce régime de démission d'office. Or, le présent avant-projet opte pour la démission volontaire.

Selon les officiers délégués, ces dispositions devraient être omises de l'avant-projet de loi examiné étant donné que l'avant-projet de loi "régulant le transfert de droits à pensions entre des régimes belges de pensions et ceux d'institutions de droit international public", précité, serait lui même abandonné par le Gouvernement.

Articles 90, 98 et 99

Les articles 41 à 46 de la loi du 27 décembre 1961, précitée, que l'article 90 de l'avant-projet abroge, sont inclus dans un chapitre VII intitulé "Les musiciens militaires sous-officiers de carrière". Mieux vaudrait également d'un point de vue légistique, supprimer ce chapitre VII dans sa globalité plutôt que de laisser un intitulé dépourvu de toute pertinence.

La même observation vaut pour les articles 98 et 99 de l'avant-projet qui abrogent les articles 21, 21bis et 22 de la loi du 12 juillet 1973 relative au statut des volontaires du cadre actif des forces armées, ces dispositions étant groupées dans un chapitre VII intitulé "Les musiciens militaires volontaires de carrière".

.../...

Article 102

1. Cette disposition de l'avant-projet met en oeuvre la directive 96/34/CE du Conseil du 3 juin 1996 concernant l'accord-cadre sur le congé parental conclu par l'UNICE, le CEEP et la CES.

En vertu de l'article 2, § 3, de cette directive, lorsque les Etats membres adoptent des dispositions mettant en oeuvre les mesures préconisées, ils sont tenus de faire expressément référence à la directive.

Pour satisfaire à cette exigence, l'auteur de l'avant-projet doit faire référence à la directive précitée dans la disposition en projet.

2. En vertu de la clause 2.1 de l'accord-cadre précité, le congé parental est accordé aux travailleurs, hommes et femmes,

"en raison de la naissance ou de l'adoption d'un enfant, pour pouvoir s'occuper de cet enfant pendant au moins trois mois et jusqu'à un âge déterminé pouvant aller jusqu'à huit ans, à définir par les Etats membres et/ou les partenaires sociaux."

L'article 53quinquies en projet prévoit que le congé de protection parentale est d'une "durée minimale d'un mois et maximale de trois mois", ce qui n'est pas en adéquation avec la clause précitée, le congé parental ne pouvant pas être inférieur à trois mois.

La disposition doit en conséquence être adaptée sur ce point.

3. Le Conseil d'Etat s'interroge également sur l'utilité de maintenir l'article 53bis de la loi du 13 juillet 1976, précitée.

En effet, cette disposition organise également un congé parental pour le personnel militaire d'une durée maximale de trois mois qui peut intervenir dans les 10 ans qui suivent la naissance ou l'adoption d'un enfant. Etant donné que ce congé parental n'est pas rémunéré alors que celui qui est visé à l'article 53quinquies en projet peut donner lieu à l'octroi d'une allocation d'interruption, il est fort probable que le personnel militaire ne sollicite plus la mise en oeuvre de l'article 53bis précité.

Article 105

Dès lors que certaines dispositions de l'avant-projet ⁽¹⁰⁾ prennent en considération la situation d'un militaire qui cohabite en vertu des articles 1475 à 1479 du Code civil, le Conseil d'Etat n'aperçoit pas pour quelle raison cette situation familiale n'est pas visée à l'article 54bis, § 1^{er}, alinéa 2, 1°, b), en projet de la loi du 13 juillet 1976, précitée.

Selon les officiers délégués, la disposition doit être complétée en ce sens.

Article 109

Cette disposition modifie l'article 2 de la loi du 21 décembre 1990 portant statut des candidats militaires du cadre actif afin, notamment, de supprimer la condition d'être "Belge" pour pouvoir être un candidat militaire du cadre actif.

Sur ce point, il est fait référence à l'observation générale 3.

⁽¹⁰⁾ Voir en ce sens l'article 91 de l'avant-projet.

Article 113

Pour la modification visée au 2°, il est également renvoyé à l'observation générale 3.

Article 116

a) Cette disposition remplace l'article 2 de la loi du 16 mars 1994 relative au statut et aux rétributions du personnel enseignant civil de l'Ecole royale militaire.

L'article 2, alinéa 3, en projet précise que

"Le Roi peut nommer des étrangers comme chargé de cours, chargé de cours militaire, professeur, professeur militaire ou professeur ordinaire, lorsque l'intérêt de l'enseignement le réclame."

Cette disposition soulève d'une part la question de savoir s'il s'agit bien d'une nomination à titre définitif et d'autre part si les charges sont ouvertes aux professeurs qui ne seraient pas ressortissants de l'Union européenne, eu égard à l'article 10, alinéa 2, de la Constitution qui réserve l'accès aux emplois civils et militaires aux personnes de nationalité belge sauf les exceptions qui peuvent être établies par la loi pour des cas particuliers.

Interrogés sur ce point, les officiers délégués ont répondu que la volonté est bien de recruter des professeurs étrangers qui ne sont pas nécessairement ressortissants de l'Union européenne.

Si l'article 10, alinéa 2 de la Constitution autorise un tel recrutement encore faut-il que cela se fasse au cas par cas. Comme l'ont indiqué les officiers délégués, telle est bien l'intention de l'auteur de l'avant-projet.

b) A l'alinéa 5 en projet, il est précisé que

"Les chargés de cours, les professeurs et les professeurs ordinaires qui exercent une charge à temps plein ne peuvent exercer d'autre activité rétribuée qu'avec l'autorisation du Ministre de la Défense. Cette autorisation est révocable."

Cette disposition doit être plus explicite sur les causes qui pourraient donner lieu à la révocation de l'autorisation et sur la procédure qui sera mise en oeuvre à cette occasion. Le professeur sera-t-il entendu préalablement par le Ministre, pourra-t-il se faire assister d'une personne de son choix et aura-t-il accès à un dossier administratif contenant les griefs qui lui sont reprochés ?

Selon les officiers délégués, cette révocation pourrait intervenir si un professeur ne devait pas assumer correctement sa charge d'enseignement à l'Ecole royale militaire en ne respectant pas systématiquement, par exemple, les horaires qui lui ont été attribués. Par contre, selon eux, une révocation ne pourrait intervenir si la réputation de ce professeur devait être mise en cause par le fait d'une condamnation pénale. Ce professeur pourrait éventuellement alors faire l'objet d'une procédure disciplinaire.

La disposition sera complétée sur ces différents points.

Article 118

Le paragraphe 3, alinéa 5, en projet, autorise le Roi à fixer le statut administratif des maîtres de langue et des maîtres de langue principaux. Le paragraphe 4 en projet contient une habilitation similaire mais cette fois pour les répétiteurs. Quant au paragraphe 5 en projet, il charge le Roi de fixer le règlement de discipline du personnel enseignant civil de l'Ecole royale militaire.

Dès lors qu'il s'agit du personnel enseignant civil, il appartient au législateur de mieux circonscrire les habilitations consenties au Roi et de consacrer les règles essentielles du statut de ce personnel.

Ces dispositions seront revues en conséquence.

.../...

Article 119

L'article 3bis en projet permet à l'Ecole royale militaire de "faire appel à des collaborateurs temporaires chargés d'une mission d'enseignement, d'étude ou d'information."

La disposition est cependant silencieuse sur les circonstances dans lesquelles il sera fait appel à ces collaborateurs et sur la nature du lien juridique qui s'établira entre l'Ecole royale militaire et ces personnes.

Comme en ont convenu les officiers délégués, la disposition sera complétée sur ces points.

Article 122

Cette disposition remplace le paragraphe 1^{er} de l'article 97 de la loi du 20 mai 1994 relative aux statuts du personnel militaire. Selon cette disposition,

"En période de paix, le militaire est indemnisé, aux conditions et selon les modalités fixées par le Roi, du dommage qu'il subit, dans le cadre de l'exercice de ses fonctions, par le fait d'événements extraordinaires et imprévisibles."

En tant que la délégation au Roi l'autorise à déterminer les conditions de l'indemnisation du militaire, il est renvoyé à l'observation générale 1.

L'attention de l'auteur de l'avant-projet est attirée sur la circonstance qu'une telle disposition ne peut être interprétée comme dispensant l'Etat fédéral de toute responsabilité civile dans le cadre de laquelle un dommage moral pourrait être invoqué.

Article 123

Cette disposition apporte des modifications à l'article 2 de la loi du 20 mai 1994 relative aux droits pécuniaires des militaires.

Le paragraphe 1^{er}, alinéa 2, en projet, habilite le Roi à fixer "les échelles de traitement dans les limites déterminées par les montants minimum et maximum des échelles de traitement applicables aux fonctionnaires fédéraux de niveaux équivalents."

Actuellement, c'est le législateur lui-même qui a fixé les montants minimum et maximum de chaque échelle de traitement du personnel militaire, le Roi étant habilité à adapter ces montants d'une part pour tenir compte des programmations intersectorielles applicables à l'ensemble de la fonction publique et d'autre part pour tenir compte des programmations sociales applicables aux militaires.

La délégation au Roi telle qu'elle est aujourd'hui en vigueur, est donc nettement circonscrite.

Or, dans le texte en projet, l'habilitation au Roi est plus générale, la loi ne précisant pas elle-même les niveaux d'équivalence entre les grades des fonctionnaires fédéraux et ceux du personnel militaire.

Eu égard à l'article 182 de la Constitution et à la jurisprudence de la Cour d'arbitrage précitée, il doit revenir au législateur le soin de fixer ces équivalences car elles détermineront les échelles de traitement à prendre en considération pour le personnel militaire ⁽¹¹⁾.

Sur ce point, il est en conséquence renvoyé à l'observation générale 1.

⁽¹¹⁾ Dans des avis antérieurs la section de législation a régulièrement fait l'observation suivante :
"(...) pour que l'article 182 de la Constitution soit respecté, il faut que le législateur, auquel la matière est réservée par ledit article, intervienne lui-même dans la fixation des règles déterminant les droits des militaires en ce qui concerne leurs traitements, du moins en ce qui concerne les règles fondamentales.
L'on doit considérer comme règles fondamentales, à insérer dans la loi relative aux droits des militaires en matière pécuniaire, notamment : les règles qui délimitent le champ d'application de la loi; celles qui déterminent, selon la position statutaire ou la situation du militaire, s'il a droit à son traitement et, le cas échéant, dans quelle mesure; les règles générales qui fixent les éléments du traitement et celles qui déterminent les conditions d'octroi et (l'importance) des bonifications d'ancienneté; les règles qui imposent un minimum de traitement garanti, etc ..." (voir en ce sens l'avis 12.721/2, donné le 8 décembre 1976, sur un projet de loi "relative aux droits pécuniaires des militaires" - Doc. parl., Chambre, session 1977-1978, n° 180/1 ainsi que l'avis 22.857/9, donné le 10 novembre 1993 sur un avant-projet de loi "relative aux droits pécuniaires des militaires").

Article 124

Outre l'observation générale 1, le Conseil d'Etat attire l'attention de l'auteur de l'avant-projet sur l'existence d'un projet de loi "relatif au renforcement du contrôle des détenus condamnés qui quittent la prison, à l'amélioration du statut de la victime quand l'auteur quitte la prison et à l'optimisation de la capacité carcérale" ⁽¹²⁾. Un tel projet de loi règle désormais les différents régimes de sortie de la prison en ce compris la surveillance électronique. Il convient dès lors de rédiger la modification apportée à l'article 3, § 4, de la loi du 20 mai 1994, précitée, en tenant compte de ces différents régimes consacrés par cette loi en projet et discutée actuellement au Parlement.

Article 130

Cette disposition insère dans la loi du 20 mai 1994 relative aux droits pécuniaires des militaires un article 10ter qui permet au Roi d'autoriser le Ministre de la Défense

"à rembourser des frais exceptionnels encourus par le militaire lors d'un déplacement de service, lors d'une période de service à l'étranger et lors d'une mutation.

Il peut en outre autoriser le Ministre de la Défense à déléguer de façon révocable et sous le contrôle et sous la responsabilité de celui-ci, la compétence visée à l'alinéa 1^{er}, à des autorités militaires et civiles, à concurrence d'un montant qu'il détermine."

Quant au paragraphe 2 de cette disposition, il spécifie que "par frais exceptionnels, il faut entendre des frais inévitables pour lesquels il n'existe pas de réglementation spécifique."

Telle qu'elle est rédigée, cette disposition reste cependant muette sur la manière dont les remboursements interviendront. Il s'agit en réalité d'une disposition "creuse" laissant au Ministre de la Défense ou à d'autres autorités le soin de fixer le régime du remboursement des frais exceptionnels. Une subdélégation aussi floue n'est pas

⁽¹²⁾ Doc. parl., Chambre, session 2001-2002, n° 1521/1.

compatible avec l'article 182 de la Constitution comme cela a déjà été souligné dans l'observation générale 2 et dans les observations particulières qui précèdent.

Article 144

En tant que cette disposition a trait à la perte de la nationalité belge, il est renvoyé à l'observation générale 3.

Article 150

En tant que cette disposition supprime la notion de "Belge", il est renvoyé à l'observation générale 3.

Article 151

Cette disposition fait référence aux articles 8 et 9 de l'avant-projet. Il est en conséquence renvoyé aux observations relatives à ces deux dispositions.

Article 156

En tant que cette disposition fait référence à la perte de la nationalité belge, il est renvoyé à l'observation générale 3.

Articles 166 et 167

Ces dispositions ont déjà été soumises à l'avis de la section de législation dans le cadre de la dernière loi-programme ⁽¹³⁾. En conséquence, elles ne seront plus examinées.

⁽¹³⁾ Avis 34.328/4, donné le 30 octobre 2002.

Article 169

Selon cette disposition, il appartient au Roi de fixer la date d'entrée en vigueur de chacune des dispositions de la loi en projet.

Une telle façon de faire génère parfois de réelles insécurités juridiques particulièrement lorsque le Roi met en vigueur partiellement certaines dispositions et omet de le faire pour d'autres dispositions. Il devient ainsi de plus en plus difficile de déterminer avec exactitude la date d'entrée en vigueur de certaines dispositions; une telle façon de faire nuit gravement à l'ordonnancement juridique et plus particulièrement à sa cohérence.

L'avant-projet de loi se présentant sous la forme d'une "loi-programme", il peut certes être difficile de prévoir un régime uniforme pour l'entrée en vigueur de toutes les dispositions. Néanmoins, la loi en projet comprend plusieurs titres distincts qu'il serait possible de faire entrer en vigueur à des moments précis pour chacun d'entre eux.

La disposition de l'avant-projet sera revue en conséquence.

VOORAFGAANDE OPMERKING

Aangezien in het besluit van de Ministerraad van 27 september 2002 staat te lezen dat ingeval het advies van de Raad van State niet wordt verstrekt binnen de termijn gesteld in artikel 84, eerste lid, 1°, de Minister van Landsverdediging nu reeds gemachtigd wordt een nieuwe adviesaanvraag in te dienen met toepassing van artikel 84, eerste lid, 2°, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, beperkt dit advies zich tot de wezenlijke vragen die het voorontwerp doet rijzen.

Er kan dus niet worden aangevoerd dat sommige bepalingen van het voorontwerp geen enkel juridisch bezwaar opleveren doordat de Raad van State ze niet heeft besproken.

ALGEMENE OPMERKINGEN

1. In de memorie van toelichting staat te lezen : "Het ontwerp herneemt, dit maal op het niveau van de wet, een aantal bepalingen die tot op heden alleen voorkwamen op het niveau van een koninklijk besluit. Een betere overeenstemming met artikel 182 van de Grondwet wordt zodoende gerealiseerd".

Het voorontwerp van wet bevat evenwel tal van delegaties aan de Koning, terwijl volgens de artikelen 182, 183 en 186 van de Grondwet alleen de wetgever bevoegd is om de wijze van aanwerven van het leger te bepalen, de bevordering, de rechten en verplichtingen van de militairen, het legercontingent en de wijze waarop de militairen van hun graden, ererechten en pensioenen worden ontzet.

.../...

Het Arbitragehof heeft een aantal arresten gewezen die de machtigingen welke de wetgever aan de Koning ter zake kan verlenen, aanzienlijk beperken en heeft daarbij gesteld dat het hoofdzakelijk aan de wetgever toekomt om het statuut van de militairen te regelen ⁽¹⁾.

Daarom blijken tal van delegaties aan de Koning waarin het voorontwerp van wet voorziet, bovenmatig of onduidelijk in het licht van de jurisprudentie van het Arbitragehof ⁽²⁾. De wet zelf moet immers de hoofdbeginselen of de criteria vermelden die nodig zijn opdat de uitvoerende macht de haar toegekende machtiging kan uitoefenen ⁽³⁾.

-
- ⁽¹⁾ Zie onder meer arrest nr. 23/96 van 27 maart 1996 van het Arbitragehof, waarin het volgende wordt gesteld :
"B.2.1. Artikel 182 van de Grondwet luidt : «De wet bepaalt op welke wijze het leger wordt aangeworven. Zij regelt eveneens de bevordering, de rechten en de verplichtingen van de militairen.»
Door de voormelde bevoegdheden aan de wetgevende macht toe te kennen, heeft de Grondwetgever willen vermijden dat de uitvoerende macht alleen de gewapende macht regelt. Artikel 182 van de Grondwet waarborgt aldus aan iedere militair dat hij niet zou kunnen worden onderworpen aan verplichtingen zonder dat die zouden zijn vastgesteld door een democratisch verkozen beraadslagende vergadering.
B.2.2. Ofschoon artikel 182 van de Grondwet de normatieve bevoegdheid voorbehoudt aan de federale wetgever, sluit het evenwel niet uit dat de wetgever een beperkte uitvoeringsmacht toekent aan de Koning".
Zie, in dezelfde zin, de arresten van het Arbitragehof nr. 81/95 van 14 december 1995, B.6.7, en nr. 37/98 van 1 april 1998, B.4.5.
- ⁽²⁾ Het Arbitragehof heeft in zijn arrest nr. 141/2001 van 6 november 2001 in het kader van artikel 182 van de Grondwet gepreciseerd (B.3 en B.4) : "Een delegatie aan de Koning is niet in strijd met het legaliteitsbeginsel voorzover de machtiging voldoende nauwkeurig is omschreven en betrekking heeft op de tenuitvoerlegging van maatregelen waarvan de essentiële elementen voorafgaandelijk door de wetgever zijn vastgelegd. (...) Hoewel de wetgever aldus het onderwerp van de aan de Koning verleende machtiging heeft bepaald, heeft hij zodoende echter in geen enkel opzicht de beginselen gepreciseerd met inachtneming waarvan hij wilde dat van die machtiging gebruik zou worden gemaakt (...)."
- ⁽³⁾ De afdeling wetgeving heeft in verscheidene adviezen eveneens herinnerd aan die beginselen, inzonderheid in advies 28.757/4 van 15 maart 1999 over een voorontwerp van wet "houdende statuut van militairen van het reservekader van de krijgsmacht", bekendgemaakt in Gedr. Stuk Kamer, zitting 1998-1999, nr. 2216/1.

.../...

Dat geldt met name voor :

- artikel 4 van het voorontwerp, dat de Koning ermee belast de verschillende soorten wervingen bij het leger te regelen, terwijl artikel 182 van de Grondwet die taak aan de wetgever toevertrouwt;
- artikel 9, § 1, tweede lid, van het voorontwerp, dat de Koning machtigt "gevallen te bepalen waarbij de sollicitant aanvaard wordt zonder vergelijking met andere sollicitanten", alsmede de criteria volgens welke de sollicitant aanvaard wordt voor de vacante post die met zijn keuze overeenstemt;
- artikel 9, § 2, tweede lid, van het voorontwerp, dat de Koning onder meer ermee belast de selectieproeven te bepalen "naargelang de personeelscategorie, de soort werving, en desgevallend, naargelang de vacature";
- artikel 10 van het voorontwerp, dat de Koning onder meer ermee belast "de studievoorwaarden, de regels betreffende de beoordeling van de morele hoedanigheden (en) de regels volgens dewelke de sollicitant beoordeeld wordt tijdens de selectieproeven (...)" te bepalen;
- artikel 11, tweede lid, van het voorontwerp, dat de Koning machtigt de regels betreffende de classificatie vast te stellen;
- artikel 13, derde lid, van het voorontwerp, dat de Koning onder meer ermee belast de voorwaarden voor de toekenning van de in het eerste lid bedoelde voordelen te bepalen, te weten het ten laste nemen van de kost en eventueel de huisvesting van de sollicitant die aan een selectieproef deelneemt;
- artikel 16, tweede lid, van het voorontwerp, dat de Koning ermee belast de regels vast te stellen betreffende het beroep dat de sollicitant kan instellen ingeval hij niet geslaagd is om bij het leger te worden aangeworven, alsook de regels betreffende de procedure;

.../...

- artikel 17, tweede lid, van het voorontwerp, dat de Koning ermee belast "de regels en de modaliteiten betreffende de oproeping en de inlijving" van de aanvaarde sollicitant vast te stellen;
- artikel 18, derde lid, van het voorontwerp, dat de Koning ermee belast "de regels, de modaliteiten en de procedure betreffende de verklaring en het medisch controleonderzoek" vast te stellen;
- artikel 19, § 4, van het voorontwerp, dat de Koning machtigt "de regels betreffende het verwerven van de hoedanigheid van kandidaat-militair, de dienstnemingsprocedure en de vereenvoudigde procedure bedoeld in § 2, derde lid" te bepalen, alsmede de "bijkomende voorwaarden voor het aangaan van een dienstneming";
- artikel 26, tweede lid, van het voorontwerp, dat de Koning ermee belast "per personeelscategorie, de voorwaarden die moeten worden vervuld om te slagen in de vormingscyclus (van de kandidaat-muzikant), de regels betreffende de beoordeling van de morele, professionele, karakteriële en fysieke hoedanigheden tijdens deze vormingscyclus (en) de regels betreffende de rangschikking" vast te stellen;
- artikel 28 van het voorontwerp, dat de Koning machtigt de voorwaarden te bepalen waaronder en de procedure volgens welke de kandidaat-muzikant geheel of gedeeltelijk kan worden vrijgesteld van deelneming aan de vormingscyclus, indien hij bepaalde onderdelen van die vorming reeds met succes heeft gevolgd;
- artikel 30, eerste lid, van het voorontwerp, dat de Koning ermee belast de voorwaarden te bepalen waaronder, de duur waarvoor, de redenen waarom en de procedure volgens welke een kandidaat-muzikant uitstel kan verkrijgen om bepaalde examengedeelten en examens af te leggen of om bepaalde onderdelen van de vorming te volbrengen;
- artikel 31, § 2, tweede lid, van het voorontwerp, dat de Koning ermee belast "de voorwaarden en de nadere regels om de aanstellingen bedoeld in het eerste lid (van dezelfde paragraaf) te verlenen, te behouden of in te trekken" te bepalen;

- artikel 34 van het voorontwerp, dat de Koning ermee belast de voorwaarden te bepalen waaronder en de procedure volgens welke de hoedanigheid van kandidaat-muzikant op verzoek van een kandidaat kan worden ingetrokken;
- artikel 35 van het voorontwerp, dat de Koning ermee belast de procedure vast te leggen volgens welke de hoedanigheid van kandidaat-muzikant van ambtswege kan worden ingetrokken door de Koning of door de door Hem aangewezen overheid;
- artikel 36, tweede lid, van het voorontwerp, dat de Koning machtigt de procedure te bepalen volgens welke de dienstneming of de wederdienstneming verbroken wordt of de kandidaat-muzikant de graad ontnomen wordt waarin hij is aangesteld;
- de artikelen 41 en 47 van het voorontwerp, die de Koning ermee belasten voor de bevordering in graad de minimumanciënniteit in de onmiddellijk lagere graad te bepalen;
- de artikelen 48, tweede lid, en 50, tweede lid, van het voorontwerp, die de Koning ermee belasten respectievelijk de inhoud vast te stellen van de onderdelen van het examen voor bevordering tot eerste sergeant-majoor-muzikant, alsmede de inhoud van de onderdelen van het examen voor bevordering tot adjudant-chef-lessenaaraanvoerder, de voorwaarden om geslaagd te zijn en de voorwaarden om eraan te kunnen deelnemen, alsook de nadere regels betreffende de organisatie van die examens;
- artikel 49, eerste lid, van het voorontwerp, dat de Koning ermee belast de graadanciënniteit van de eerste sergeant-muzikant vast te stellen;
- artikel 51, eerste lid, van het voorontwerp, dat de Koning machtigt de regels vast te stellen volgens welke de Minister van Landsverdediging de verdiensten van de kandidaten voor de graad van adjudant-chef-lessenaaraanvoerder moet beoordelen;
- artikel 52, derde lid, van het voorontwerp, dat de Koning ermee belast de onderdelen vast te stellen van het vergelijkend examen voor bevordering tot de graad van adjudant-majoor-onderkapelmeester, de coëfficiënten van belangrijkheid van die examengedeelten en de voorwaarden om eraan te kunnen deelnemen, alsook de nadere regels betreffende de organisatie ervan;

- artikel 53, zesde lid, van het voorontwerp, dat de Koning ermee belast de overgangsmaatregelen vast te stellen die nodig zijn voor de tenuitvoerlegging van die bepaling, die de situatie betreft van de muzikanten-beroepsvrijwilligers bij het leger die thans in dienst zijn;
- artikel 55, tweede lid, van het voorontwerp, dat de Koning ermee belast vast te stellen op basis van welke diploma's de muzikanten-beroepsonderofficieren bij het leger vrijgesteld kunnen worden van deelneming aan dat examen voor de overgang naar niveau 2+;
- artikel 101 van het voorontwerp, dat artikel 53ter van de wet van 13 juli 1976 betreffende de getalsterkte aan officieren en de statuten van het personeel van de krijgsmacht vervangt en waarvan het derde lid bepaalt dat de Koning gemachtigd is "de maximale duur van het opvangsverlof" te bepalen dat de militair die een minderjarig kind wenst te adopteren, kan aanvragen;
- artikel 102 van het voorontwerp, dat in de voornoemde wet van 13 juli 1976 een artikel 53quinquies invoert waarvan paragraaf 3 de Koning machtigt het bedrag vast te stellen van de onderbrekingstoelage die wordt toegekend aan de militair die een verlof voor ouderschapsbescherming geniet, en waarvan paragraaf 4 Hem machtigt de procedures voor het aanvragen en voor de toekenning van het verlof voor ouderschapsbescherming te regelen;
- artikel 105 van het voorontwerp, dat in de voornoemde wet van 13 juli 1976 een artikel 54bis invoert waarvan paragraaf 4 de Koning ermee belast het bedrag te bepalen van de onderbrekingstoelage die wordt toegekend aan de militair die verlof heeft gekregen om een zwaar zieke verwant te verzorgen, en waarvan paragraaf 5 Hem machtigt de procedures voor het aanvragen, voor de toekenning, de verlenging en de onderbreking van dat verlof te regelen;
- artikel 110 van het voorontwerp, dat artikel 15 van de wet van 21 december 1990 houdende statuut van de kandidaat-militairen van het actief kader vervangt en dat voorschrijft dat de Koning de regels betreffende de beoordeling van de morele, karakteriële, fysieke en professionele kwaliteiten van de kandidaten vaststelt;

.../...

- artikel 111 van het voorontwerp, dat artikel 18 van de voornoemde wet van 21 december 1990 aldus vervangt dat het verscheidene delegaties aan de Koning erin invoert, waaronder de delegatie waarbij Hij gemachtigd wordt de voorwaarden te bepalen om een dienstneming te kunnen aangaan als hulpofficier die voor de luchtdienst geschrapt is als lid van het gebrevetteerd varend personeel;
- artikel 117 van het voorontwerp, dat in de wet van 16 maart 1994 betreffende het statuut en de bezoldiging van het onderwijzend burgerpersoneel van de Koninklijke Militaire School een artikel 2bis invoegt waarvan de ontworpen paragraaf 5 de Koning machtigt het bedrag te bepalen van de vergoeding toegekend aan de officieren werkzaam bij de Koninklijke Militaire School;
- artikel 124 van het voorontwerp, dat verscheidene wijzigingen aanbrengt in artikel 3 van de wet van 20 mei 1994 betreffende de geldelijke rechten van de militairen, waarvan de ontworpen paragraaf 3ter de Koning machtigt het bedrag van en de voorwaarden voor toekenning van de onderbrekingstoelage vast te stellen wanneer de militair palliatief verlof geniet;
- artikel 127 van het voorontwerp, dat in de voornoemde wet van 20 mei 1994 een artikel 9bis invoegt waarvan paragraaf 2, tweede en derde lid, de Koning of de Minister van Landsverdediging machtigt in de gevallen bepaald door de Koning de bedragen van en de regels inzake de toekenning van de toelagen te bepalen waarop de militairen aanspraak kunnen maken die bijzondere kwalificaties bezitten of die bijzondere prestaties vervullen "die niet als normaal en inherent aan het ambt van militair kunnen worden beschouwd";
- artikel 129 van het voorontwerp, dat in de voornoemde wet van 20 mei 1994 een artikel 10bis invoegt waarvan paragraaf 2 de Koning ermee belast "de bedragen van en de regels inzake de toekenning van de vergoedingen (te bepalen) die de militairen die verplicht worden werkelijke lasten te dragen die niet als normaal en inherent aan het ambt van militair kunnen worden beschouwd, kunnen genieten", en waarvan paragraaf 3 Hem ermee belast de gevallen te bepalen "waarin de militair een voorschot op zijn vergoeding kan krijgen";

- artikel 132 van het voorontwerp, dat in de voornoemde wet van 20 mei 1994 een artikel 11bis invoegt krachtens hetwelk de Koning "het recht (kan) openen op voordelen van alle aard en sociale voordelen";
- artikel 141 van het voorontwerp, dat artikel 7 van de wet van 20 mei 1994 houdende statuut van de militairen korte termijn vervangt en dat de Koning machtigt ten aanzien van de militairen korte termijn "de regels betreffende de beoordeling van de morele, karakteriële en fysieke hoedanigheden tijdens de vorming alsmede na afloop ervan" te bepalen, alsook "de voorwaarden om een wederdienstneming te kunnen aangaan";
- artikel 168 van het voorontwerp, dat de Koning machtigt "de overgangsmaatregelen die nodig zijn voor de toepassing van deze wet" vast te stellen. Het staat aan de wetgever om de continuïteit te garanderen van het statuut van de militairen, en wel door het aannemen van de gepaste overgangsbepalingen.

2. Naast delegaties verleend aan de Koning bevat het voorontwerp ook subdelegaties verleend aan de Minister van Landsverdediging of aan een overheid aangewezen door de Koning. Aangezien het volgens artikel 182 van de Grondwet aan de wetgever toekomt het statuut van de militairen te regelen, moeten de delegaties aan de Koning en de subdelegaties aan de Minister van Landsverdediging of aan een andere overheid strikt beperkt worden en mogen ze alleen aanvullende en bijkomstige aspecten van het statuut van de militairen betreffen.

Een aantal subdelegaties die sommige bepalingen van het voorontwerp inzonderheid verlenen aan de Minister van Landsverdediging, brengen evenwel mee dat hij gemachtigd wordt essentiële onderdelen van het statuut van de militairen te regelen.

Dat geldt met name voor :

- artikel 26, derde lid, van het voorontwerp, dat de Minister van Landsverdediging belast met het uitwerken van een "reglement" dat onder meer de concrete duur bepaalt, het programma, de cursussen en de examens die moeten worden afgelegd voor elk onderdeel van de vormingscyclus van de kandidaat-muzikanten;

.../...

- artikel 46, § 1, derde lid, van het voorontwerp, dat de Minister van Landsverdediging ermee belast de regels vast te stellen volgens welke de hiërarchische chefs hun advies verstrekken voor bevordering in een graad van onderofficier-muzikant vanaf de graad van eerste sergeant-chef-muzikant, in zoverre die machtiging onvoldoende precies is;
- artikel 102 van het voorontwerp, dat in de voornoemde wet van 13 juli 1976 een artikel 53quinquies invoegt waarvan paragraaf 4 de overheid aangewezen door de Koning ertoe machtigt de procedures voor de aanvraag en de toekenning van een verlof voor ouderschapsbescherming te regelen;
- artikel 105 van het voorontwerp, dat in de voornoemde wet van 13 juli 1976 een artikel 54bis invoegt waarvan paragraaf 5 de overheid aangewezen door de Koning ertoe machtigt de procedures voor de aanvraag, de toekenning, de verlenging en de onderbreking van het verlof te regelen;
- artikel 127 van het voorontwerp, dat in de wet van 20 mei 1994 betreffende de geldelijke rechten van de militairen een artikel 9bis invoegt waarvan paragraaf 2, derde lid, bepaalt dat de Koning de Minister van Landsverdediging in de gevallen die Hij bepaalt ermee kan belasten de bedragen en de regels voor de toekenning van de toelagen genoemd in die paragraaf vast te stellen;
- artikel 129 van het voorontwerp, dat in de voornoemde wet van 20 mei 1994 een artikel 10bis invoegt waarvan paragraaf 2 de Koning machtigt de Minister van Landsverdediging ermee te belasten in de gevallen die Hij bepaalt de bedragen en de regels voor de toekenning van de toelagen genoemd in die bepaling vast te stellen, en waarvan paragraaf 3 bepaalt : "De Koning of de autoriteit die Hij aanduidt, regelt de gevallen waarin, alsook de nadere regels volgens dewelke de militair een voorschot op zijn vergoeding kan krijgen";

- artikel 132 van het voorontwerp, dat in de voornoemde wet van 20 mei 1994 een artikel 11bis invoegt waarvan volgens het tweede lid de Koning de Minister van Landsverdediging in de gevallen die Hij bepaalt ermee kan belasten voordelen van alle aard en sociale voordelen in te voeren.

De conclusie is dan ook dat, gelet op het aantal delegaties en subdelegaties die voornamelijk in het licht van artikel 182 van de Grondwet onderhevig zijn aan kritiek, het voorontwerp door de wetgever zelf wezenlijk moet worden aangevuld, met dien verstande dat het de wetgever toekomt om op zijn minst de basisbeginselen vast te stellen waarop de verschillende hierboven besproken aangelegenheden moeten steunen.

3. Artikel 9, § 1, eerste lid, 1°, van het ontwerp bepaalt dat een sollicitant slechts als kandidaat-militair kan worden aanvaard als hij Belg of burger van een lidstaat van de Europese Unie is.

In de commentaar bij die bepaling staat : "De aanvaarding van burgers van de lidstaten van de Europese Unie in militaire betrekkingen kadert in een verruimde evoluerende interpretatie van het principe van het vrij verkeer van werknemers in de Europese Unie zoals bedoeld in artikel 39 van het Verdrag van Rome en is volledig in overeenstemming met het Europese burgerschap zoals bepaald in artikel 17 van hetzelfde Verdrag. Dit betekent zonder enige twijfel een stap voorwaarts in het Europese integratieproces".

De vraag rijst of die bepaling van het voorontwerp verenigbaar is met artikel 10, tweede lid, van de Grondwet, alsook met artikel 39 van het Verdrag van Rome dat het beginsel van het vrije verkeer van werknemers vastlegt.

Artikel 10, tweede lid, van de Grondwet bepaalt dat alleen Belgen tot de burgerlijke en militaire bedieningen benoembaar zijn, behoudens de uitzonderingen die voor bijzondere gevallen door een wet kunnen worden gesteld ⁽⁴⁾. Die grondwetsbepaling beperkt de toegang tot de krijgsmacht dus tot personen met de Belgische nationaliteit, hoewel bij de wet van dat principe kan worden afgeweken, maar alleen voor bijzondere gevallen ⁽⁵⁾.

Het onderzochte voorontwerp heeft evenwel een ruimere strekking en heeft betrekking op alle soorten betrekkingen die bij de krijgsmacht worden uitgeoefend.

Als het de bedoeling is van de steller van het voorontwerp om, in het algemeen, niet-Belgen toegang te verlenen tot militaire betrekkingen, moet eerst artikel 10, tweede lid, tweede zin, van de Grondwet worden gewijzigd.

Wat artikel 39 van het Verdrag van Rome betreft : dat artikel bekrachtigt weliswaar het beginsel van het vrije verkeer van werknemers binnen de Europese Unie, maar lid 4 van dat artikel voorziet in een afwijking van dat beginsel wanneer het gaat om de toegang tot betrekkingen in overheidsdienst.

⁽⁴⁾ Zie volgende adviezen : advies 18.564/2 van 11 juli 1988 over een wetsvoorstel "op de gelijkstelling en de gelijke behandeling van vreemdelingen en Belgen" (Gedr. St., Kamer, zitting 1988, nr. 331/2); advies 26.661/1/V van 7 augustus 1997 over een voorontwerp van decreet "houdende instelling van de Vlaamse ombudsdienst" (Gedr. St., Vl. Parl. 1996-97, nr. 720-1); advies 30.362/2/V van 30 augustus 2000 over een voorontwerp van decreet "modifiant la loi du 8 juillet 1976 organique des centres publiques d'aide sociale".

⁽⁵⁾ Zie inzonderheid een decreet van 11 april 1831 waarbij de Regering gemachtigd wordt om 40 buitenlandse officieren in dienst te nemen, alsook de wet van 22 september 1831 waarbij de Koning gemachtigd wordt om buitenlandse officieren in staatsdienst te laten treden.

In verschillende arresten heeft het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen een restrictieve interpretatie aan die afwijking gegeven⁽⁶⁾. Het Hof heeft zijn principiële standpunt vastgelegd in zijn arrest van 17 december 1980⁽⁷⁾, in de volgende bewoordingen :

"Door deze bepaling worden een aantal betrekkingen die, al dan niet rechtstreeks, deelneming aan de uitoefening van openbaar gezag inhouden en die werkzaamheden omvatten strekkende tot bescherming van de algemene belangen van de staat of van andere openbare lichamen, aan de werkingssfeer van de eerste drie leden van artikel 48 onttrokken".

Uit die rechtspraak blijkt dat de lidstaten het beginsel van het vrije verkeer van werknemers niet mogen belemmeren, ook niet voor betrekkingen in overheidsdienst, behalve wanneer wordt aangetoond dat bepaalde van die betrekkingen verband houden met specifieke werkzaamheden van een overheidsdienst, namelijk wanneer die bevoegd is om openbaar gezag uit te oefenen of verantwoordelijk is voor de bescherming van de algemene belangen van de staat. Voor alle andere betrekkingen in overheidsdienst geldt het beginsel van het vrije verkeer van werknemers.

In een mededeling van 18 maart 1988 heeft de Europese Commissie het volgende trachten te doen :

"(...) systématiser la jurisprudence de la Cour et (...) déterminer les secteurs de l'administration publique qui doivent faire l'objet d'une ouverture. (...) la Commission propose de distinguer entre les fonctions qui entrent dans l'exception du paragraphe 4 et celles qui apparaissent manifestement comme étant en général suffisamment éloignées des activités spécifiques de l'administration publique, telles que définies par la Cour de justice, pour qu'elles ne puissent que très exceptionnellement relever de l'exception prévue à l'article 48, § 4, du traité (devenu l'article 39, § 4)"⁽⁸⁾.

⁽⁶⁾ Ch. Horevoets, "La condition de nationalité comme condition d'accès aux emplois publics", in "Les agents contractuels dans la fonction publique régionale", Bruylant, Brussel, 1997, blz. 228-232.

⁽⁷⁾ H.v.J. E.G., 17 december 1980, Commissie/België, zaak 149/79, Jurisprudentie van het Hof van Justitie, blz. 3881.

⁽⁸⁾ E. Honorat, "Les incidences de la libre circulation des personnes sur l'accès aux fonctions publiques nationales", APT, 1997, blz. 7.

Volgens de Commissie slaat de afwijking van het voornoemde artikel 39, lid 4, aldus inzonderheid op betrekkingen bij de krijgsmacht, bij de politie of andere ordetroepen, bij de magistratuur, bij de belastingadministratie en in de diplomatie. Die betrekkingen vallen niet onder het beginsel van het vrije verkeer van werknemers dat gehuldigd wordt in artikel 39, lid 1, van het Verdrag van Rome.

De bepalingen van het voorontwerp waarbij militaire betrekkingen algemeen worden opengesteld voor niet-Belgen, in het bijzonder voor burgers van de Europese Unie, moeten vervallen.

4. Gelet op de vorenstaande algemene opmerkingen maakt de afdeling wetgeving slechts in bijkomende orde bijzondere opmerkingen.

BIJZONDERE OPMERKINGEN

Dispositief

Artikel 2

Deze bepaling van het voorontwerp is niet echt regelgevend. Ze vermeldt enkel de inhoud van Titel I van het voorontwerp van wet. Zoals de gemachtigde officieren hebben beaamd, moet ze bijgevolg vervallen.

Artikel 12

In deze bepaling van het voorontwerp staat dat sollicitanten die deelnemen aan een selectietest gratis verzorging zullen kunnen krijgen als ze, tijdens en wegens die test, een ongeval krijgen, ziek worden of ongesteld worden.

In het derde lid staat evenwel dat die medische verzorging beperkt is tot "een spoedonderzoek, ambulant of niet, van de aandoeningen bedoeld in het tweede lid, en (...) niet langer (mag) duren dan volstrekt noodzakelijk ten einde de sollicitant toe te laten terug te keren naar zijn verblijfplaats of hem over te brengen naar een door hem gekozen burgerhospitaal in België".

.../...

De steller van het voorontwerp wordt erop gewezen dat die bepaling de Belgische Staat niet kan vrijstellen van zijn burgerlijke aansprakelijkheid wanneer die in het geding zou zijn.

Artikel 13

1. Het tweede lid bepaalt dat sommige selectietests geheel of gedeeltelijk in het buitenland kunnen plaatsvinden.

In dat verband wordt in de commentaar bij die bepaling gewag gemaakt van omstandigheden zoals "samenwerking" of het feit dat een specifieke inrichting niet voorhanden is. De commentaar zou nauwkeuriger kunnen zijn.

2. Voorts rijst de vraag of artikel 12 van het voorontwerp van toepassing is wanneer selectietests in het buitenland plaatshebben. Zullen sollicitanten die naar het buitenland gaan bijvoorbeeld begeleid worden door een militair medisch team dat eerste hulp bij ongevallen kan toedienen ?

Op die vraag hebben de gemachtigde officieren geantwoord dat sollicitanten die in het buitenland selectietests moeten afleggen, in principe begeleid worden door een medische staf of op zijn minst door een legerarts, maar dat, als dat niet het geval zou zijn, het leger de kosten draagt van de geneeskundige verzorging die door een buitenlands ziekenhuis of een buitenlandse arts wordt verstrekt totdat de sollicitant terug naar België komt.

Zulke preciseringen zouden in de commentaar bij de bepaling moeten komen.

3. Tot slot heeft het eerste lid alleen betrekking op de bekostiging van het eten en eventueel van de huisvesting, maar zegt het niets over de vervoerskosten, in het bijzonder wanneer de tests in het buitenland plaatshebben.

.../...

Volgens de gemachtigde officieren zal het leger het vervoer van de sollicitanten naar het buitenland bekostigen.

Dat zou duidelijker moeten blijken uit de bepaling van het voorontwerp.

Artikel 15

Artikel 15 van het voorontwerp bepaalt in welke omstandigheden de procedure voor de werving van een sollicitant definitief kan worden beëindigd. Eén van die omstandigheden doet zich volgens onderdeel 4° voor wanneer de sollicitant bedrog pleegt of een poging daartoe onderneemt. In die bepaling wordt niet gepreciseerd welke gedragingen van de sollicitant als bedrog kunnen worden beschouwd.

Uit de uitleg van de gemachtigde officieren blijkt dat die gevallen van bedrog op verschillende zaken kunnen slaan, zoals een valse naam opgeven, valse diploma's afgeven of frauderen tijdens de selectietests. Die voorbeelden zouden kunnen worden vermeld in de commentaar bij de bepaling.

Artikelen 17, 18 en 19, §§ 1 en 2

1. In de artikelen 17 en 18 van het voorontwerp wordt gewerkt met de begrippen "aanvaarde sollicitant" en "sollicitant", terwijl volgens artikel 9 van het voorontwerp de "kandidaat-militair" wordt aanvaard.

Krachtens artikel 9, § 3, van het voorontwerp wordt de sollicitant aanvaard als kandidaat-militair indien hij heeft voldaan aan de voorwaarden van artikel 8 van het voorontwerp, alsook aan die van artikel 9, § 1, van het voorontwerp. De huidige redactie van die bepaling houdt dus in dat de sollicitant op het ogenblik van zijn inlijving in principe al een aanvaard kandidaat-militair is.

Artikel 19, § 1, van het voorontwerp preciseert daarentegen dat de sollicitant "de hoedanigheid van kandidaat-militair" pas verkrijgt op de dag van zijn inlijving, voorzover hij op dat ogenblik medisch geschikt wordt bevonden.

De Raad van State vraagt zich bijgevolg af of die verschillende bepalingen wel met elkaar verenigbaar zijn.

Uit de uitleg van de gemachtigde officieren blijkt dat een sollicitant die geslaagd is voor de selectietests pas bij de ondertekening van zijn dienstnemingsakte de hoedanigheid van kandidaat-militair verkrijgt. Tussen die twee tijdstippen is hij aanvaard sollicitant.

Zoals de gemachtigde officieren hebben beaamd, moet artikel 9, §§ 1 en 3, van het voorontwerp worden herzien, aangezien "kandidaat-militair" in dat stadium van de sollicitatieprocedure niet het geschikte begrip is.

2. Volgens artikel 19, § 2, tweede lid, heeft dienstneming ontslag uit het ambt van beroeps- of aanvullingsmilitair of verbreking van elke vroegere dienstneming of wederdienstneming in de hoedanigheid van militair tot gevolg.

Die bepaling is evenwel niet verenigbaar met artikel 16 van de wet van 16 mei 2001 houdende statuut van de militairen van het reservekader van de krijgsmacht dat bepaalt dat de dienstnemingsakte van een kandidaat-militair van het reservekader ingaat door de ondertekening van die akte en elke lopende wederdienstneming schorst.

Zoals de gemachtigde officieren hebben beaamd, moet artikel 19, § 2, tweede lid, van het voorontwerp zodanig worden aangepast dat rekening wordt gehouden met de dienstneming als reservist.

3. Op de vraag wat paragraaf 2, derde lid, van datzelfde artikel precies inhoudt, hebben de gemachtigde officieren uitgelegd dat die bepaling de wil vertolkt om de door de partijen ondertekende dienstnemingsakte te vervangen door een eenzijdig opgemaakt document waarin gewoon wordt vermeld dat de sollicitant de hoedanigheid van kandidaat-militair krijgt.

Zoals de gemachtigde officieren hebben beaamd, speelt de dienstnemingsakte echter ook een rol in andere regelingen waarbij bepaalde rechten aan militairen worden verleend, ongeacht of het nu op sociaal gebied is of uit het oogpunt van de pensioenen.

Door de afschaffing van de dienstnemingsakte voor sommige, door de Koning bepaalde categorieën van kandidaat-militairen, bestaat bijgevolg het gevaar dat de voornoemde rechten als gevolg van de vereenvoudigde procedure niet kunnen worden verkregen en dat vormen van discriminatie ontstaan die niet objectief gerechtvaardigd zijn.

Zoals de gemachtigde officieren hebben beaamd, moeten andere regelingen worden aangepast als men de rechtszekerheid wil behouden.

Artikel 19, § 3

Deze bepaling van het voorontwerp heeft betrekking op de verwerving van de hoedanigheid van kandidaat-militair die door de ondertekening van een dienstnemingsakte wordt bekrachtigd. Volgens paragraaf 3

"(moet) de niet-ontvoogde minderjarige het bewijs leveren van de toestemming van degenen die te zijner opzichte de ouderlijke macht uitoefenen. Deze toestemming wordt verleend in de vorm van een getuigschrift waarvan het model bepaald wordt door de Koning. De sollicitant die zijn woonplaats in het buitenland heeft, legt een document voor dat in de plaats treedt van voormeld getuigschrift".

De vraag rijst of die bepaling bestaanbaar is met het Facultatief Protocol bij het Verdrag inzake de rechten van het kind, inzake kinderen in gewapend conflict, aangenomen te New York op 25 mei 2000 en waarmee is ingestemd bij de wet van 29 april 2002.

Krachtens artikel 3, lid 3, van het voornoemde Protocol geldt immers het volgende :

"De Staten die partij zijn, en vrijwillige dienstneming in hun nationale strijdkrachten onder de leeftijd van 18 jaar toestaan, moeten voorzien in waarborgen die ertoe strekken ten minste te verzekeren dat :

- a) Die dienstneming daadwerkelijk vrijwillig is;
- b) Die dienstneming geschiedt met de instemming, met kennis van zaken, van de ouders of van de wettelijke vertegenwoordigers van de betrokken persoon;
- c) De personen die dienst hebben genomen ten volle zijn voorgelicht over de taken die een dergelijke militaire dienst inhoudt;
- d) Die personen een betrouwbaar bewijs leveren van hun leeftijd alvorens door de nationale strijdkrachten te worden aanvaard".

Uit die bepaling blijkt dat een minderjarige, zelfs als hij ontvoogd is, tot de leeftijd van 18 jaar het bewijs moet leveren dat zijn ouders of zijn wettelijke vertegenwoordigers ermee instemmen dat hij vrijwillig dienst wil nemen bij de krijgsmacht. In dat verband behoort te worden verwezen naar de bepalingen van het Burgerlijk Wetboek betreffende de regeling van de ontvoogding en meer bepaald naar de artikelen 476 tot 486.

Overeenkomstig artikel 3, lid 3, van het voornoemde Protocol moet die bepaling van het voorontwerp worden aangevuld met een nieuw lid waarbij ontvoogde minderjarigen onder de 18 jaar ertoe verplicht worden om, voordat ze de dienstnemingsakte ondertekenen, de voorafgaande toestemming te krijgen van hetzij hun wettelijke vertegenwoordigers, hetzij de vrederechter.

Artikel 21

De gemachtigde officieren zijn het ermee eens dat de eerste zin van het eerste lid niet regelgevend is en bijgevolg moet vervallen.

Artikel 27

Uit de commentaar bij die bepaling blijkt duidelijker in welke omstandigheden een kandidaat muzikant bij het leger verplicht kan worden om een muzikale vorming te volgen buiten een Belgische militaire instelling.

De gemachtigde officieren zijn het ermee eens dat de bepaling van het voorontwerp op dat punt moet worden aangevuld.

Artikel 30

Deze bepaling biedt de kandidaat-muzikant de mogelijkheid om "uitstel te verkrijgen voor het afleggen van bepaalde proeven en examens of voor het volgen of volbrengen van bepaalde vormingsgedeelten".

In die bepaling wordt evenwel niet omschreven wat uitstel inhoudt, noch welke gevolgen dat uitstel heeft voor het statuut van de militair.

Wat de betekenis van het vierde lid betreft, hebben de officieren erop gewezen dat het de bedoeling is dat een kandidaat-muzikant uitstel kan verkrijgen, bijvoorbeeld wanneer hij in voorlopige hechtenis zit, met dien verstande dat dat uitstel niet meer dan één jaar kan bedragen.

Een dergelijke bepaling bestaat op het ogenblik niet voor de andere categorieën van kandidaat-militair. Zoals de gemachtigde officieren hebben beaamd, moet het voorontwerp op dat punt worden aangevuld.

Artikel 33

Op de vraag welk onderscheid er moet worden gemaakt tussen de omstandigheden genoemd in onderdeel 1° en die in onderdeel 2°, hebben de gemachtigde officieren uitgelegd dat onderdeel 2° betrekking heeft op het geval dat een kandidaat-muzikant hetzij zijn vorming niet meer voortzet, hetzij niet aan de examens deelneemt.

Dat onderscheid zou duidelijker moeten blijken uit de bepaling van het voorontwerp.

Voor onderdeel 7° wordt verwezen naar algemene opmerking 3.

Artikel 35

Op de vraag welke procedure wordt ingesteld wanneer moet worden vastgesteld dat de kandidaat-muzikant "zich aan ernstige, met zijn staat van militair niet overeen te brengen feiten schuldig heeft gemaakt of wanneer zijn gedrag of zijn wijze van dienen slecht is", hebben de gemachtigde officieren geantwoord dat het om een tuchtprocedure gaat.

Die uitleg zou tot uiting moeten komen in de commentaar bij de bepaling van het voorontwerp.

Artikelen 54 en 58

Op de vraag wat de bedoeling is van de terugwerkende kracht waarin die bepalingen van het voorontwerp voorzien, hebben de gemachtigde officieren uitgelegd dat de graden waarvan in die bepalingen sprake is, voor alle krijgsmachtdelen bedoeld zijn, maar niet op de muzikanten van het leger zijn toegepast. De bedoeling is die ongelijkheid met terugwerkende kracht weg te werken zodat de betrokken muzikanten van het leger de bijbehorende salarisschalen kunnen krijgen.

Op zijn minst moet de wetgever zelf bepalen op welke datum in het verleden die regeling ingaat.

Artikel 59

In de Franse versie schrijve men "l'orchestre de la musique des Guides", zoals overal elders in het voorontwerp.

Artikel 67

Deze bepaling van het voorontwerp wijzigt het opschrift van de wet van 23 december 1955 betreffende de hulpofficieren van de luchtmacht, piloten en navigatoren : in dat opschrift wordt elke verwijzing naar de luchtmacht weggelaten.

Artikel 1 van die wet wordt evenwel niet gewijzigd, hoewel dat artikel het volgende bepaalt :

"De aanwerving van de kandidaat-hulpofficieren en van de hulpofficieren mag slechts geschieden voor de categorie van het varend personeel van de luchtmacht".

Op de vraag wat de bedoeling van die wijziging is, hebben de gemachtigde officieren geantwoord dat die een aanvulling vormt op een wetgevend initiatief dat is aangenomen in de Kamer van volksvertegenwoordigers en ter bekrachtiging is voorgelegd aan de Koning ⁽⁹⁾. Krachtens artikel 21 van dat wetsontwerp is de Koning gemachtigd om de bepalingen van de voormelde wet van 23 december 1955 in overeenstemming te brengen met die van het voorontwerp. Daartoe kan hij onder meer "de te coördineren bepalingen met het oog op de onderlinge overeenstemming en eenheid van terminologie herschrijven, zonder te raken aan de erin vervatte bepalingen".

Bijgevolg is het de Raad van State niet duidelijk wat het nut is van de onderzochte bepaling, aangezien de Koning met de coördinatie van die teksten belast is.

Artikelen 70, 83, 89, 97 en 159

Op de vraag wat juist de strekking is van die bepalingen van het voorontwerp en meer in het bijzonder van de term "onvoorwaardelijk", hebben de gemachtigde officieren toegegeven dat die term niet geschikt is, aangezien eigenlijk bedoeld wordt dat de veroordeling in kracht van gewijsde is gegaan. Die bepalingen moeten bijgevolg wat dat betreft worden herzien.

⁽⁹⁾ Wetsontwerp "betreffende de hulpofficieren van de krijgsmacht", Gedr. St., Kamer, zitting 2001-2002, nr. 1867/03.

Artikel 72

Deze bepaling wijzigt artikel 1 van de wet van 1 maart 1958 betreffende het statuut van de beroepsofficieren van de krijgsmacht, waarin de voorwaarden worden bepaald om benoemd te worden tot onderluitenant. Eén van die voorwaarden is dat de betrokkene Belg moet zijn. Die voorwaarde wordt opgeheven bij de ontworpen wijziging. Wat dat betreft wordt verwezen naar algemene opmerking 3.

Artikelen 76, 84 en 92

Artikel 76 van het voorontwerp wijzigt artikel 11 van de genoemde wet van 1 maart 1958, waarin de gevallen worden bepaald waarin de graad van beroepsofficier van rechtswege wordt ontnomen. Eén van die gevallen is thans het "verlies van de Belgische nationaliteit". Dat geval wordt vervangen door "het verlies van de nationaliteit dat voor gevolg heeft dat de militair geen burger meer is van een lidstaat van de Europese Unie (...)".

Artikel 84 van het voorontwerp wijzigt artikel 14, § 1, 1°, van de wet van 27 december 1961 betreffende het statuut van de onderofficieren van het actief kader van de krijgsmacht, dat deze keer betrekking heeft op het van rechtswege ontnemen van de graad van beroepsonderofficier.

In artikel 92 van het voorontwerp geschiedt hetzelfde, maar voor de beroepsvrijwilligers.

Wat dat betreft wordt tevens verwezen naar algemene opmerking 3.

Artikelen 82, 88 en 96

In deze bepalingen van het voorontwerp wordt verwezen naar een voorontwerp van wet "tot regeling van de overdracht van pensioenrechten tussen Belgische pensioenregelingen en die van instellingen van internationaal publiek recht", dat voorgelegd is aan de afdeling wetgeving van de Raad van State en aanleiding heeft gegeven tot advies 33.345/2/V van 19 augustus 2002.

In dat advies wordt op het volgende gewezen :

"In het ontworpen eerste lid wordt bepaald dat de ambtenaar die of het tijdelijk personeelslid dat de overdracht van rechten op een pensioen ten laste van de Belgische overheidssector heeft verkregen, «vanaf de datum van de overdracht, van rechtswege ontslagen (wordt) uit de ambten die hij niet meer uitoefent.»

Volgens de commentaar op deze bepaling wordt aangenomen dat de ambtenaar door te kiezen voor deze overdracht "definitief afstand heeft gedaan van de voortzetting van de loopbaan die hij in de openbare sector uitoefende. Het is bijgevolg niet aangewezen hem in een administratieve toestand te houden die juist tot doel heeft zijn pensioenrechten in die sector veilig te stellen en hem toe te laten, om eventueel zijn ambt dat hij onderbroken had, opnieuw op te nemen."

De onderzochte bepaling verdraagt zich moeilijk met de verschillende statuten die bij de Belgische overheidsdiensten van toepassing zijn, waarbij aan ambtenaren de mogelijkheid wordt geboden verloven van lange duur te nemen, zoals verlof wegens opdracht en verlof om redenen van persoonlijke aard, wat hen onder meer de mogelijkheid biedt andere beroepsactiviteiten uit te oefenen dan die welke ze bij de Belgische overheid uitoefenen, en waarbij ze, naargelang het geval, in de juridische stand dienstactiviteit of non-activiteit worden geplaatst.

Indien het de wil van de stellers van het ontwerp is af te wijken van al deze rechtspositionele bepalingen, alleen doordat een personeelslid, en zelfs een tijdelijk personeelslid, de hem door het gemeenschapsrecht geboden mogelijkheid zou benutten om de overdracht van zijn pensioenrechten aan te vragen, rijst de vraag of zo'n maatregel verenigbaar is met het gemeenschapsrecht, in zoverre het door deze maatregel moeilijker zou worden van deze mogelijkheid gebruik te maken.

(...).

Wat het tweede lid betreft, wordt in de memorie van toelichting niet uitgelegd waarom deze bijzondere regeling, die gunstiger is, alleen geldt voor het militair personeel van de krijgsmacht."

In laatstgenoemd voorontwerp werd het militair personeel uitdrukkelijk uitgesloten van deze regeling van ontslag van rechtswege. In het voorliggende voorontwerp wordt echter gekozen voor het vrijwillig ontslag.

Volgens de gemachtigde officieren behoren die bepalingen in het voorliggende voorontwerp van wet te vervallen aangezien de regering zelf zou hebben afgezien van het genoemde voorontwerp van wet "tot regeling van de overdracht van pensioenrechten tussen Belgische pensioenregelingen en die van instellingen van internationaal publiek recht".

Artikelen 90, 98 en 99

De artikelen 41 tot 46 van de genoemde wet van 27 december 1961, die bij artikel 90 van het voorontwerp worden opgeheven, zijn opgenomen in een hoofdstuk VII met als opschrift "De militaire muzikanten-beroepsonderofficieren". Uit wetgevingstechnisch oogpunt zou het beter zijn ook dat hoofdstuk VII volledig op te heffen in plaats van een opschrift te laten bestaan dat geen zin meer heeft.

Dezelfde opmerking geldt voor de artikelen 98 en 99 van het voorontwerp, waarbij de artikelen 21, 21bis en 22 van de wet van 12 juli 1973 betreffende het statuut van de vrijwilligers van het actief kader van de krijgsmacht opgeheven worden, welke bepalingen bijeengebracht zijn in een hoofdstuk VII met als opschrift "De militaire muzikanten-beroepsvrijwilligers".

Artikel 102

1. Deze bepaling van het voorontwerp legt richtlijn 96/34/EG van de Raad van 3 juni 1996 betreffende de door de UNICE, het CEEP en het EVV gesloten raamovereenkomst inzake ouderschapsverlof ten uitvoer.

Krachtens artikel 2, lid 3, van deze richtlijn moeten de Lid-Staten, wanneer ze bepalingen goedkeuren tot uitvoering van de aanbevolen maatregelen, uitdrukkelijk naar de richtlijn verwijzen.

Om aan dat vereiste te voldoen, moet de steller van het ontwerp in de ontworpen bepaling naar de voormelde richtlijn verwijzen.

2. Krachtens clausule 2.1 van de genoemde raamovereenkomst wordt het ouderschapsverlof toegekend aan de werknemers, zowel mannen als vrouwen,

"bij geboorte of adoptie van een kind (...) om hen in staat te stellen gedurende ten minste drie maanden tot een door de Lid-Staten en/of de sociale partners vast te stellen leeftijd van maximaal acht jaar voor hun kind te zorgen."

.../...

Het ontworpen artikel 53quinquies bepaalt dat het verlof voor ouderschapsbescherming "minimum één maand en maximum drie maanden" duurt, wat niet in overeenstemming is met de genoemde clausule aangezien het ouderschapsverlof niet minder dan drie maanden mag bedragen.

De bepaling moet bijgevolg, wat dat betreft, worden aangepast.

3. De Raad van State vraagt zich ook af wat het voor zin heeft artikel 53bis van de genoemde wet van 13 juli 1976 te handhaven.

Deze bepaling voorziet immers ook in een ouderschapsverlofregeling voor het militair personeel van maximum drie maanden, dat opgenomen kan worden binnen 10 jaar na de geboorte of adoptie van een kind. Aangezien dat ouderschapsverlof niet bezoldigd is, terwijl voor het ouderschapsverlof waarvan sprake in het ontworpen artikel 53quinquies een onderbrekingsuitkering kan worden toegekend, is het erg onwaarschijnlijk dat het militair personeel nog de toepassing van het genoemde artikel 53bis vraagt.

Artikel 105

Aangezien in sommige bepalingen van het voorontwerp⁽¹⁰⁾ ook de toestand van een militair die samenwoont overeenkomstig de artikelen 1475 tot 1479 van het Burgerlijk Wetboek, in aanmerking wordt genomen, is het de Raad van State niet duidelijk waarom die gezinstoestand niet vermeld wordt in het ontworpen artikel 54bis, § 1, tweede lid, 1°, b), van de genoemde wet van 13 juli 1967.

Volgens de gemachtigde officieren moet de bepaling in die zin wordt aangevuld.

⁽¹⁰⁾ Zie in die zin artikel 91 van het voorontwerp

Artikel 109

Deze bepaling wijzigt artikel 2 van de wet van 21 december 1990 houdende statuut van de kandidaat-militairen van het actief kader, onder meer om de voorwaarde dat men "Belg" moet zijn om kandidaat-militair van het actief kader te kunnen zijn, te schrappen.

Wat dat betreft wordt verwezen naar algemene opmerking 3.

Artikel 113

Voor de wijziging genoemd in 2°, wordt tevens verwezen naar algemene opmerking 3.

Artikel 116

a) Deze bepaling vervangt artikel 2 van de wet van 16 maart 1994 betreffende het statuut en de bezoldiging van het onderwijzend burgerpersoneel van de Koninklijke Militaire School.

In het ontworpen artikel 2, derde lid, staat het volgende :

"De Koning kan buitenlanders benoemen als docent, militaire docent, hoogleraar, militaire hoogleraar of gewoon hoogleraar, wanneer het belang van het onderwijs dit vereist."

Deze bepaling doet enerzijds de vraag rijzen of het wel degelijk om een vaste benoeming gaat, en anderzijds of de leeropdrachten openstaan voor hoogleraren die geen onderdaan zijn van de Europese Unie, gelet op artikel 10, tweede lid, van de Grondwet, dat bepaalt dat alleen personen met de Belgische nationaliteit toegang hebben tot de burgerlijke en militaire bedieningen behoudens de uitzonderingen die voor bijzondere gevallen door een wet kunnen worden vastgesteld.

Op die vraag hebben de gemachtigde officieren geantwoord dat het inderdaad de bedoeling is buitenlandse hoogleraren aan te werven die niet noodzakelijk onderdaan zijn van de Europese Unie.

Ook al staat artikel 10, tweede lid, van de Grondwet zulke aanwervingen toe, ze moeten wel één voor één geschieden. De gemachtigde officieren hebben aangegeven dat dat ook de bedoeling is van de steller van het voorontwerp.

b) In het ontworpen vijfde lid staat het volgende :

"De docenten, hoogleraren en gewone hoogleraren die een voltijdse opdracht uitoefenen mogen geen andere bezoldigde activiteit uitoefenen tenzij met toelating van de Minister van Landsverdediging. Deze toelating kan worden ingetrokken."

Die bepaling behoort duidelijker te zijn op het stuk van de oorzaken die aanleiding kunnen geven tot het intrekken van de "toelating" (lees : toestemming) en op het stuk van de procedure die daarbij gevolgd wordt. Zal de hoogleraar voorafgaandelijk door de Minister worden gehoord, zal hij zich kunnen laten bijstaan door een persoon van zijn keuze en krijgt hij toegang tot een administratief dossier waarin de grieven staan die hem ten laste worden gelegd ?

Volgens de gemachtigde officieren zou die toestemming kunnen worden ingetrokken wanneer een hoogleraar zijn onderwijsopdracht aan de Koninklijke Militaire School niet naar behoren uitoefent, door bijvoorbeeld niet systematisch de lesroosters in acht te nemen die hem zijn toegewezen. De toestemming kan volgens hen daarentegen niet worden ingetrokken indien de reputatie van die hoogleraar ter discussie zou worden gesteld door een strafrechtelijke veroordeling. Tegen die hoogleraar zou dan eventueel een tuchtprocedure kunnen worden opgestart.

De bepaling moet op die verschillende punten worden aangevuld.

Artikel 118

De ontworpen paragraaf 3, vijfde lid, machtigt de Koning om het administratief statuut van de taalleraren en de eerstaanwezend taalleraren vast te stellen. De ontworpen paragraaf 4 bevat een soortgelijke machtiging, maar deze keer voor de

.../...

repetitoren. De ontworpen paragraaf 5 machtigt de Koning dan weer om het tuchtreglement vast te stellen voor het onderwijzend burgerpersoneel van de Koninklijke Militaire School.

Aangezien het gaat om onderwijzend burgerpersoneel moet de wetgever de aan de Koning verleende machtigingen beter omschrijven en de voornaamste regels betreffende het statuut van dat personeel vastleggen.

Die bepalingen moeten dienovereenkomstig worden herzien.

Artikel 119

Het ontworpen artikel 3bis biedt de Koninklijke Militaire School de mogelijkheid "een beroep te doen op tijdelijke medewerkers die belast worden met een leer-, studie- of informatieopdracht."

In de bepaling staat evenwel niets over de omstandigheden waarin op die medewerkers een beroep zal worden gedaan en over de rechtsverhouding die tot stand komt tussen de Koninklijke Militaire School en die personen.

De gemachtigde officieren zijn het ermee eens dat de bepaling wat dat betreft behoort te worden aangevuld.

Artikel 122

Deze bepaling vervangt paragraaf 1 van artikel 97 van de wet van 20 mei 1994 inzake de rechtstoestanden van het militair personeel. In die bepaling staat het volgende :

"De militair wordt in periode van vrede vergoed, volgens de voorwaarden en de nadere regels die de Koning bepaalt, voor de schade die hij lijdt in het kader van de uitoefening van zijn functies, door het feit van uitzonderlijke en onvoorzienbare gebeurtenissen."

.../...

Voorzover de Koning krachtens die bevoegdheidsoverdracht de voorwaarden voor de vergoeding van de militairen mag vaststellen, wordt verwezen naar algemene opmerking 1.

De aandacht van de steller van het voorontwerp wordt hierop gevestigd dat zulk een bepaling niet zo kan worden uitgelegd dat ze de federale Staat vrijstelt van iedere burgerlijke aansprakelijkheid in het kader waarvan een moreel nadeel kan worden aangevoerd.

Artikel 123

Deze bepaling brengt wijzigingen aan in artikel 2 van de wet van 20 mei 1994 houdende de geldelijke rechten van de militairen.

De ontworpen paragraaf 1, tweede lid, machtigt de Koning "de weddeschalen vast (te stellen) binnen de grenzen bepaald door de minima- en maximabedragen (lees : minimum- en maximumbedragen) van de weddeschalen van toepassing op de federale ambtenaren van de gelijkwaardige niveaus."

Thans zijn de minimum- en maximumbedragen van iedere weddeschaal van het militair personeel door de wetgever zelf vastgesteld, en is de Koning gemachtigd die bedragen aan te passen, enerzijds om rekening te houden met de intersectorale programmaties die van toepassing zijn op het hele openbare ambt, en anderzijds om rekening te houden met de sociale programmaties die van toepassing zijn op de militairen.

De bevoegdheidsoverdracht aan de Koning zoals die thans geldt, is dus duidelijk omschreven.

In de ontworpen regeling is de machtiging aan de Koning evenwel algemener, aangezien de wet niet zelf aangeeft met welke graden van de federale ambtenaren de graden van het militaire personeel overeenstemmen.

Gelet op artikel 182 van de Grondwet en gezien de genoemde rechtspraak van het Arbitragehof, moet de taak om die gelijkstellingen te bepalen te beurt vallen aan de wetgever, aangezien ze bepalend zijn voor de vraag welke weddeschalen in aanmerking moeten worden genomen voor het militair personeel ⁽¹¹⁾.

Bijgevolg wordt wat dat betreft verwezen naar algemene opmerking 1.

Artikel 124

Los van algemene opmerking 1 vestigt de Raad van State de aandacht van de steller van het voorontwerp op het bestaan van een ontwerp van wet "inzake de verscherping van de controle van veroordeelde gedetineerden die de gevangenis verlaten, inzake de verbetering van de positie van het slachtoffer wanneer de dader de gevangenis verlaat en inzake de optimalisering van de penitentiaire capaciteit" ⁽¹²⁾. Zulk een wetsontwerp stelt voortaan de verschillende regelingen vast betreffende het verlaten van de gevangenis, met inbegrip van het elektronisch toezicht. Bij de redactie van de wijziging die in artikel 3, § 4, van de genoemde wet van 20 mei 1994 wordt aangebracht, dient bijgevolg rekening te worden gehouden met die verschillende regelingen die zijn vastgelegd in die ontworpen wet, die thans in het Parlement besproken wordt.

⁽¹¹⁾ In vroegere adviezen van de afdeling wetgeving is regelmatig de volgende opmerking gemaakt :
"(...) ter voldoening echter aan artikel 182 van de Grondwet behoort de wetgever zelf, voor wie dat artikel die aangelegenheid heeft gereserveerd, de hand te hebben in het bepalen van de rechten der militairen terzake van hun wedde, althans wat de grondregels betreft.
Als grondregelen die in de wet betreffende de geldelijke rechten van de militairen moeten voorkomen, dienen onder meer te worden beschouwd : de regelen die de werkingssfeer van de wet afbakenen; die welke, naar gelang van de statutaire stand of de toestand van de militair, bepalen of en zo ja in welke mate hij recht heeft op zijn wedde; de algemene regelen die bepalen hoe de wedde is samengesteld en die welke bepalen onder welke voorwaarden (en in welke mate) de anciënniteitsbijslag wordt toegekend; de regelen die een gewaarborgde minimumwedde voorschrijven, enz. ...". (zie in die zin advies 12.721/2, uitgebracht op 8 december 1976 over een ontwerp van wet "betreffende de geldelijke rechten van de militairen" - Gedr. St. Kamer, zitting 1977 -1978, nr. 180/1, en advies 22.857/9, uitgebracht op 10 november 1993 over een voorontwerp van wet "betreffende de geldelijke rechten van de militairen").

⁽¹²⁾ Gedr. St. Kamer, zitting 2001-2002, nr. 1521/1.

Artikel 130

Bij deze bepaling wordt in de wet van 20 mei 1994 houdende de geldelijke rechten van de militairen een artikel 10ter ingevoegd, krachtens hetwelk de Koning de Minister van Landsverdediging kan machtigen

"buitengewone kosten die de militair oploopt (lees : maakt) naar aanleiding van een dienstreis, een dienstperiode in het buitenland en een mutatie terug te betalen (...).

Hij kan de Minister van Landsverdediging eveneens toelaten om de in het eerste lid bedoelde bevoegdheid op herroepelijke wijze en onder diens toezicht en verantwoordelijkheid, ten belope van een door Hem te bepalen bedrag, over te dragen aan militaire en burgerlijke overheden."

In paragraaf 2 van die bepaling wordt gepreciseerd dat "onder buitengewone kosten (...) onafwendbare kosten (worden) verstaan waarvoor géén specifieke regeling bestaat."

In deze bepaling wordt, gelijk ze is gesteld, evenwel niets gezegd over de wijze waarop de terugbetalingen geschieden. Het gaat eigenlijk om een "holle" bepaling, waarbij de taak om een regeling vast te stellen voor de terugbetaling van uitzonderlijke kosten aan de Minister van Landsverdediging of aan andere overheden wordt overgelaten. Een zodanig vage subdelegatie is niet verenigbaar met artikel 182 van de Grondwet, zoals reeds is gezegd in algemene opmerking 2 en in de bovenstaande bijzondere opmerkingen.

Artikel 144

Voorzover deze bepaling betrekking heeft op het verlies van de Belgische nationaliteit, wordt verwezen naar algemene opmerking 3.

Artikel 150

Voorzover deze bepaling het begrip "Belg" schrapt wordt verwezen naar algemene opmerking 3.

Artikel 151

In deze bepaling wordt verwezen naar de artikelen 8 en 9 van het voorontwerp. Er wordt dan ook verwezen naar de opmerkingen die gemaakt zijn aangaande die bepalingen.

Artikel 156

Voorzover deze bepaling betrekking heeft op het verlies van de Belgische nationaliteit wordt verwezen naar algemene opmerking 3.

Artikelen 166 en 167

Deze bepalingen zijn reeds voor advies voorgelegd aan de afdeling wetgeving in het kader van de laatste programmawet ⁽¹³⁾. Ze worden dan ook niet meer onderzocht.

Artikel 169

Luidens deze bepaling staat het aan de Koning om de datum van inwerkingtreding te bepalen van elk van de bepalingen van de ontworpen wet.

⁽¹³⁾ Advies 34.328/4, uitgebracht op 30 oktober 2002.

Zulk een werkwijze leidt soms tot echte rechtsonzekerheid, inzonderheid wanneer de Koning sommige bepalingen gedeeltelijk in werking laat treden, en verzuimt andere bepalingen in werking te laten treden. Zo wordt het almaar moeilijker om uit te maken wanneer sommige bepalingen juist in werking treden; zulk een werkwijze doet ernstig afbreuk aan de rechtsordening en meer bepaald aan de interne samenhang ervan.

Aangezien het voorontwerp van wet zich aandient als een "programmawet" kan het weliswaar moeilijk zijn te voorzien in een eenvormige regeling voor de inwerkingtreding van alle bepalingen. De ontworpen wet bestaat echter uit verscheidene onderscheiden titels. De steller van het ontwerp kan elk van die titels op een welbepaald tijdstip in werking laten treden.

De bepaling van het voorontwerp moet dienovereenkomstig worden herzien.

La chambre était composée de

De kamer was samengesteld uit

Madame
Mevrouw

M.-L. WILLOT-THOMAS,

président de chambre,
kamervoorzitter,

Messieurs
de Heren

P. LIÉNARDY,
P. VANDERNOOT,

conseillers d'Etat,
staatsraden,

F. DELPÉRIÉE,

assesseur de la section de législation,
assessor van de afdeling wetgeving,

Madame
Mevrouw

C. GIGOT,

greffier,
griffier.

Le rapport a été présenté par Mme P. VANDERNACHT, auditeur. La note du Bureau de coordination a été rédigée et exposée par M. M. JOASSART, référendaire adjoint.

Het verslag werd uitgebracht door Mevr. P. VANDERNACHT, auditeur. De nota van het Coördinatiebureau werd opgesteld en toegelicht door de H. M. JOASSART, adjunct-referendaris.

La concordance entre la version française et la version néerlandaise a été vérifiée sous le contrôle de M. P. LIÉNARDY.

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst werd nagezien onder toezicht van de H. P. LIÉNARDY.

LE GREFFIER - DE GRIFFIER,

LE PRÉSIDENT - DE VOORZITTER,

C. GIGOT

M.-L. WILLOT-THOMAS