

ROYAUME DE BELGIQUE

AVIS 35.279/4

DE LA SECTION DE LÉGISLATION
DU CONSEIL D'ÉTAT

Le CONSEIL D'ÉTAT, section de législation, quatrième chambre, saisi par le Ministre des Télécommunications, le 8 avril 2003, d'une demande d'avis, dans un délai ne dépassant pas trois jours, sur un projet d'arrêté royal "fixant le statut, la rémunération et les devoirs du président et des membres du Conseil de l'Institut belge des services postaux et des télécommunications", a donné le 11 avril 2003 l'avis suivant :

KONINKRIJK BELGIE

ADVIES 35.279/4

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, vierde kamer, op 8 april 2003 door de Minister van Telecommunicatie, verzocht hem, binnen een termijn van ten hoogste drie dagen, van advies te dienen over een ontwerp van koninklijk besluit "tot vaststelling van het statuut, de bezoldiging en de plichten van de voorzitter en de leden van de Raad van het Belgisch Instituut voor postdiensten en telecommunicatie", heeft op 11 april 2003 het volgende advies gegeven :

Compte tenu du moment où le présent avis est donné, le Conseil d'Etat attire l'attention du Gouvernement sur le fait que l'absence du contrôle qu'il appartient au Parlement d'exercer en vertu de la Constitution, a pour conséquence que le Gouvernement ne dispose pas de la plénitude de ses compétences. Le présent avis est toutefois donné sans qu'il soit examiné si le projet relève bien des compétences ainsi limitées, la section de législation n'ayant pas connaissance de l'ensemble des éléments de fait que le Gouvernement peut prendre en considération lorsqu'il doit apprécier la nécessité d'arrêter ou de modifier des dispositions réglementaires.

*

* *

Suivant l'article 84, alinéa 1^{er}, 2^o, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, inséré par la loi du 4 août 1996, la demande d'avis doit spécialement indiquer les motifs qui en justifient le caractère urgent.

En l'occurrence, cette motivation, telle qu'elle figure dans la lettre de demande d'avis, est la suivante :

"Gelet op het verzoek om spoedbehandeling, gemotiveerd door dringende noodzakelijkheid die voortvloeit uit het feit dat het statuut van de regulator van de Belgische post- en telecomunicatiesectoren moet gewijzigd worden om de nodige rechtszekerheid te herstellen, die verstoord wordt door het gemotiveerd advies van de Europese Commissie waarin België onder meer het gebrek aan functionele onafhankelijkheid van de regelgevende overheid ten opzichte van de operatoren in de postsector, wordt verweten, (...).".

*

* *

.../...

Le Conseil d'Etat, section de législation, se limite, conformément à l'article 84, alinéa 2, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, à examiner le fondement juridique, la compétence de l'auteur de l'acte ainsi que l'accomplissement des formalités prescrites.

Le projet ainsi examiné appelle les observations ci-après.

Formalités préalables

L'article 7, alinéa 2, du projet prévoit "qu'en ce qui concerne le statut de sécurité sociale, le président et les membres du Conseil sont censés exercer une fonction de management".

L'article 9, § 1^{er}, alinéa 3, de l'arrêté royal du 28 novembre 1969 pris en exécution de la loi du 27 juin 1969 révisant l'arrêté-loi du 28 décembre 1944 concernant la sécurité sociale des travailleurs prévoit que "l'application de la loi (du 27 juin 1969 précitée) est (...) limitée au régime d'assurance obligatoire contre la maladie et l'invalidité, secteur soins de santé et au régime de pensions de retraite et de survie des travailleurs salariés lorsque les personnes visées à l'alinéa 1^{er} sont employées sous la forme d'un mandat dans une fonction de management ou désignées dans une fonction d'encadrement".

Cette disposition n'est toutefois d'application qu'"à l'Etat, aux communautés, aux régions, aux provinces et aux établissements subordonnés aux provinces ainsi qu'aux personnes qui sont à leur service dans une situation statutaire".

Les organismes d'intérêt public font l'objet de l'article 11 du même arrêté, mais cet article ne contient pas de disposition similaire à l'article 9, § 1^{er}, alinéa 3.

Si l'article 7, alinéa 2, du projet traduit l'intention de l'auteur du projet, étant que les personnes visées soient soumises aux mêmes régimes de sécurité sociale que les titulaires d'une fonction de management dans les services de l'Etat, il constitue une modification, implicite, de l'arrêté royal du 28 novembre 1969 précité.

.../...

Ce dernier arrêté a pour fondement légal, comme son intitulé l'indique, la loi du 27 juin 1969, plus précisément l'article 2, § 1^{er}, de celle-ci. Cette disposition prévoit que les arrêtés qu'elle habilite le Roi à prendre doivent être soumis à l'avis du Conseil national du travail.

En vertu de l'article 3, § 1^{er}, alinéa 6, de la loi du 19 décembre 1974 organisant les relations entre les autorités publiques et les syndicats des agents relevant de ces autorités, le comité commun à l'ensemble des services publics se substitue toutefois au Conseil national du travail dans tous les cas où les dispositions en vigueur requièrent l'avis ou une proposition de ce Conseil pour les questions intéressant exclusivement le personnel des services publics auxquels le régime institué par cette loi a été rendu applicable ⁽¹⁾

Une disposition telle que celle prévue sous l'article 7, alinéa 2, doit donc être soumise à la négociation au sein du comité commun à l'ensemble des services publics.

Ainsi que l'a confirmé le fonctionnaire délégué, l'arrêté en projet n'a pas été soumis à ce comité. La négociation syndicale a eu lieu exclusivement au sein du Comité de secteur VIII.

En outre, l'article 15 de la loi du 25 avril 1963 sur la gestion des organismes d'intérêt public de sécurité sociale et de prévoyance sociale, prévoit que, sauf en cas d'urgence, une disposition, qui telle que l'article 7, alinéa 2, du projet, règle l'application de la loi du 27 juin 1969, doit être soumise à l'avis du comité de gestion de l'Office national de sécurité sociale. Il ne ressort d'aucune pièce fournie au Conseil d'Etat, section de législation, que cette formalité aurait été accomplie. Sauf si le caractère urgent du projet peut effectivement être invoqué - auquel cas l'urgence devra être mentionnée de manière adéquate dans le préambule -, il faudra encore recueillir l'avis du comité de gestion précité.

⁽¹⁾ Avis 29.403/1/V, donné le 26 août 1999, sur un projet d'arrêté royal "modifiant l'article 10 de l'arrêté royal du 28 novembre 1969 pris en exécution de la loi du 27 juin 1969 révisant l'arrêté-loi du 28 décembre 1944 concernant la sécurité sociale des travailleurs".

Dans l'hypothèse où l'accomplissement de ces formalités conduiraient par ailleurs à une adaptation de la disposition concernée, il faudrait à nouveau soumettre la disposition remaniée à l'avis du Conseil d'Etat, section de législation.

Fondement juridique

Article 3

Il y a lieu de viser également les ressortissants d'un Etat faisant partie de l'Espace économique européen ⁽²⁾.

Articles 14, 20 et 21, § 2

Interrogé sur la question de savoir quelle conséquence serait attachée à l'évaluation "insuffisante", le fonctionnaire délégué a indiqué que le président et les membres du Conseil qui seraient jugés "insuffisants" pourraient être révoqués.

L'article 21, § 2, du projet, qui exécute l'article 17, § 5, de la loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des secteurs des postes et des télécommunications belges en vertu duquel le Roi fixe par arrêté délibéré en Conseil des ministres les circonstances dans lesquelles une révocation peut être proposée, prévoit que le Ministre peut proposer au Roi de révoquer le président ou un membre du Conseil pour incompétence.

Une mention "insuffisante" n'est toutefois pas nécessairement synonyme d'"incompétence".

⁽²⁾ Voy. les avis 32.835/2, donné le 20 février 2002, sur un avant-projet de loi "contenant les aspects essentiels de la position juridique des membres du personnel des services de police et portant diverses autres dispositions relatives aux services de police" ou 34.449/1, donné le 28 novembre 2002, sur un arrêté royal "relatif à la désignation et à l'exercice des fonctions de management au sein des établissements scientifiques de l'Etat et apportant diverses modifications aux statuts du personnel des établissements scientifiques de l'Etat".

Pour mieux circonscrire les circonstances dans lesquelles une révocation peut être proposée, et établir un lien entre l'évaluation et une éventuelle procédure de révocation, mieux vaudrait prévoir à l'article 21, § 2, que le ministre propose au Roi la révocation du président ou du membre du Conseil dont l'évaluation donnerait lieu à la mention "insuffisant".

Article 17

A l'alinéa 2, pour éviter des difficultés d'application de cette disposition, mieux vaudrait, dans la version française, si telle est l'intention de l'auteur du projet, remplacer le mot "arbitrage" par le mot "médiation".

Article 18

1. L'article 17, § 3, alinéa 2, de la loi du 17 janvier 2003 précitée, prévoit que

"Les membres du Conseil ne peuvent avoir un intérêt quel qu'il soit dans les entreprises actives sur les marchés des télécommunications et/ou des services postaux, ni exercer pour celles-ci directement ou indirectement, à titre gratuit ou onéreux, la moindre fonction ou prester le moindre service. Il doit être satisfait à cette condition pendant toute la durée du mandat et pendant les deux ans suivant la fin de ce mandat."

Cette disposition est exprimée en termes absolus : elle ne prévoit pas qu'il doive être apprécié si les intérêts détenus, les fonctions exercées ou les services prestés auprès de entreprises visées, sont ou non incompatibles avec l'indépendance requise par la qualité de président ou de membre du Conseil de l'Institut.

Par conséquent, le projet ne peut prévoir que le président et les membres du Conseil doivent adresser, avant leur entrée en fonction, une déclaration des intérêts détenus, des fonctions exercées et des services prestés, ni, a fortiori, qu'ils doivent informer par écrit le Ministre de toute modification des situations déclarées. Si de telles situations existent en effet, elles doivent empêcher la nomination ou la poursuite du mandat. Tel que le projet est rédigé, seule l'absence de déclaration pourrait entraîner la révocation.

L'alinéa 1^{er} doit être revu et l'alinéa 3 omis. En effet, il ne se conçoit pas qu'en cours de mandat le président et les membres du Conseil se trouvent dans une situation prohibée par l'article 17, § 3, alinéa 2, de la loi du 17 janvier 2003 précitée.

2. L'alinéa 2, en ce qu'il prévoit que

"Cette déclaration reprend également les intérêts détenus, les fonctions exercées ou les services prestés auprès des entreprises visées à l'alinéa 1^{er} par les membres de leur famille jusqu'au premier degré ainsi que par les personnes habitant sous le même toit",

constitue une ingérence dans la vie privée et familiale des personnes concernées. Cette ingérence ne trouve pas de fondement suffisamment précis dans l'article 17, § 3, alinéa 2, de la loi précitée. En effet, en vertu de l'article 22 de la Constitution, il appartient au législateur de déterminer les cas et les conditions dans lesquels cette ingérence est admise.

L'alinéa 2 doit être omis.

3. Il conviendrait également de modifier l'article 20 ou l'article 21 afin de prévoir la révocation non seulement en cas d'absence de déclaration au sens de l'article 18, mais aussi en cas de non-respect de l'article 17, § 3, alinéa 2, de la loi.

Rekening houdend met het tijdstip waarop dit advies gegeven wordt, vestigt de Raad van State de aandacht van de Regering op het feit dat de ontstentenis van de controle die het Parlement krachtens de Grondwet moet kunnen uitoefenen, tot gevolg heeft dat de Regering niet over de volheid van haar bevoegdheid beschikt. Dit advies wordt evenwel gegeven zonder dat wordt nagegaan of dit ontwerp in die beperkte bevoegdheid kan worden ingepast, aangezien de afdeling wetgeving geen kennis heeft van het geheel van de feitelijke gegevens welke de Regering in aanmerking kan nemen als zij te oordelen heeft of het vaststellen of wijzigen van een verordening noodzakelijk is.

*
* *

Overeenkomstig artikel 84, eerste lid, 2°, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, ingevoegd bij de wet van 4 augustus 1996, moeten in de adviesaanvraag in het bijzonder de redenen worden aangegeven tot staving van het spoedeisende karakter ervan.

In het onderhavige geval luidt die motivering in de brief met de adviesaanvraag aldus :

"Gelet op het verzoek om spoedbehandeling, gemotiveerd door dringende noodzakelijkheid die voortvloeit uit het feit dat het statuut van de regulator van de Belgische post- en telecommunicatiesectoren moet gewijzigd worden om de nodige rechtszekerheid te herstellen, die verstoord wordt door het gemotiveerd advies van de Europese Commissie waarin België onder meer het gebrek aan functionele onafhankelijkheid van de regelgevende overheid ten opzichte van de operatoren in de postsector, wordt verweten, (...).".

*
* *

De Raad van State, afdeling Wetgeving, beperkt zich, overeenkomstig artikel 84, tweede lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, tot het onderzoek van de rechtsgrond, van de bevoegdheid van de steller van de handeling alsmede van de vraag of aan de voorgeschreven vormvereisten is voldaan.

.../...

Over het aldus onderzochte ontwerp behoren de volgende opmerkingen te worden geformuleerd.

Voorafgaande vormvereisten

Artikel 7, tweede lid, van het ontwerp luidt als volgt : "Wat betreft hun sociaal zekerheidsstatuut, worden de voorzitter en de leden van de Raad geacht een managementfunctie uit te oefenen".

In artikel 9, § 1, derde lid, van het koninklijk besluit van 28 november 1969 tot uitvoering van de wet van 27 juni 1969 tot herziening van de besluitwet van 28 december 1944 betreffende de maatschappelijke zekerheid der arbeiders, wordt bepaald dat "de toepassing van de wet (van 27 juni 1969) (...) beperkt (wordt) tot de regeling inzake verplichte verzekering tegen ziekte en invaliditeit, sector geneeskundige verzorging en de regeling voor rust- en overlevingspensioenen voor werknemers, wanneer de personen bedoeld in het eerste lid tewerkgesteld zijn bij wijze van mandaat in een managementfunctie of aangesteld zijn in een staffunctie".

Deze bepaling is evenwel alleen van toepassing op "het Rijk, (...) de Gemeenschappen, (...) de Gewesten, (...) de provincies en (...) de instellingen ondergeschikt aan de provincies alsmede (op) de personen die in hun dienst zijn en zich in een statutaire toestand bevinden".

De instellingen van openbaar nut zijn aan de orde in artikel 11 van hetzelfde besluit, maar dat artikel bevat geen bepaling die gelijkenis vertoont met artikel 9, § 1, derde lid.

Indien artikel 7, tweede lid, van het ontwerp de bedoeling weergeeft van de steller van het ontwerp, namelijk dat de personen waarvan sprake aan dezelfde regels inzake sociale zekerheid onderworpen zijn als diegenen die een managementfunctie in overheidsdienst bekleden, houdt het een impliciete wijziging in van het voornoemde koninklijk besluit van 28 november 1969.

De rechtsgrond van dit laatste besluit is, zoals uit het opschrift ervan blijkt, de wet van 27 juni 1969, meer bepaald artikel 2, § 1, van die wet. In deze bepaling wordt gesteld dat de besluiten die krachtens deze bepaling door de Koning genomen kunnen worden, om advies moeten worden voorgelegd aan de Nationale Arbeidsraad.

Krachtens artikel 3, § 1, zesde lid, van de wet van 19 december 1974 tot regeling van de betrekkingen tussen de overheid en de vakbonden van haar personeel, treedt het gemeenschappelijk comité voor alle overheidsdiensten evenwel in de plaats van de Nationale Arbeidsraad in alle gevallen waarin de geldende bepalingen het advies of een voorstel van die raad vereisen voor de zaken die uitsluitend betrekking hebben op personeel van de overheidsdiensten waarop de door deze wet ingestelde regeling toepasselijk verklaard is ⁽¹⁾.

Over een bepaling als die welke opgenomen is onder artikel 7, tweede lid, moet dus onderhandeld worden binnen het gemeenschappelijk comité voor alle overheidsdiensten.

De gemachtigde ambtenaar heeft verklaard dat het ontworpen besluit niet is voorgelegd aan dat comité. De onderhandelingen met de vakbonden hebben uitsluitend plaatsgehad binnen het sectorcomité VIII.

Bovendien wordt in artikel 15 van de wet van 25 april 1963 betreffende het beheer van de instellingen van openbaar nut voor sociale zekerheid en sociale voorzorg gesteld dat, behoudens in spoedeisende gevallen, een bepaling die zoals artikel 7, tweede lid, van het ontwerp, de toepassing regelt van de wet van 27 juni 1969, om advies moet worden voorgelegd aan het beheerscomité van de Rijksdienst voor maatschappelijke zekerheid. Uit geen enkel stuk dat is voorgelegd aan de Raad van State, afdeling Wetgeving, blijkt dat aan deze vormvereiste is voldaan. Behalve wanneer het spoedeisende karakter van het ontwerp daadwerkelijk kan worden ingeroepen - in welk geval dat spoedeisende karakter op relevante wijze vermeld behoort te worden in de aanhef - , moet ook nog het advies van het voornoemde beheerscomité worden ingewonnen.

⁽¹⁾ Advies 29.403/1/V, gegeven op 26 augustus 1999, over een ontwerp van koninklijk besluit "tot wijziging van artikel 10 van het koninklijk besluit van 28 november 1969 tot uitvoering van de wet van 27 juni 1969 tot herziening van de besluitwet van 28 december 1944 betreffende de maatschappelijke zekerheid der arbeiders".

Gesteld dat het vervullen van die vormvereisten voorts zou leiden tot een aanpassing van de desbetreffende bepaling, zou de herwerkte bepaling opnieuw moeten worden voorgelegd aan het advies van de Raad van State, afdeling Wetgeving.

Rechtsgrond

Artikel 3

Er dient eveneens te worden gesproken van de onderdanen van een Staat die deel uitmaakt van de Europese Economische Ruimte ⁽²⁾.

Artikelen 14, 20 en 21, § 2

Op de vraag wat het gevolg is van de vermelding "onvoldoende", heeft de gemachtigde ambtenaar erop gewezen dat de voorzitter en de leden van de Raad die "onvoldoende" zouden worden bevonden, kunnen worden afgezet.

Artikel 21, § 2, van het ontwerp, dat artikel 17, § 5, van de wet van 17 januari 2003 met betrekking tot het statuut van de regulator van de Belgische post- en telecommunicatiesector uitvoert, krachtens hetwelk de Koning, bij een besluit vastgesteld na overleg in de Ministerraad, de omstandigheden vaststelt waarin een afzetting kan worden voorgesteld, bepaalt dat de Minister aan de Koning kan voorstellen de voorzitter of een lid van de Raad af te zetten wegens onbekwaamheid.

Een vermelding "onvoldoende" is evenwel niet noodzakelijkerwijs synoniem met "onbekwaamheid".

⁽²⁾ Zie de adviezen 32.835/2, gegeven op 20 februari 2002, over een voorontwerp van wet "tot vaststelling van de essentiële aspecten van de rechtspositie van de personeelsleden van de politiediensten en houdende diverse andere bepalingen met betrekking tot de politiediensten", of 34.449/1, gegeven op 28 november 2002, over een koninklijk besluit "betreffende de aanduiding en de uitoefening van de managementfuncties in de wetenschappelijke instellingen van de Staat en dat diverse wijzigingen aanbrengt in de personeelsstatuten van de wetenschappelijke instellingen van de Staat".

Om beter de omstandigheden aan te geven waarin afzetting kan worden voorgesteld, en de evaluatie en een eventuele afzettingsprocedure aan elkaar te koppelen, is het beter in artikel 21, § 2, te bepalen dat de Minister aan de Koning kan voorstellen de voorzitter of het lid van de Raad af te zetten van wie de evaluatie aanleiding geeft tot de vermelding "onvoldoende".

Artikel 17

Om problemen bij de toepassing van de bepaling van het tweede lid te voorkomen, is het beter in de Franse versie het woord "arbitrage", indien dit strookt met de bedoeling van de steller van het ontwerp, te vervangen door het woord "médiation".

Artikel 18

1. Artikel 17, § 3, tweede lid, van de voormelde wet van 17 januari 2003 bepaalt het volgende :

"De leden van de Raad mogen geen enkel belang hebben in de ondernemingen die actief zijn op de markt van de telecommunicatie en/of de postdiensten, noch direct of indirect, gratis of bezoldigd, voor deze ondernemingen enige functie uitoefenen of enige dienst verrichten. Die voorwaarde dient vervuld te blijven tijdens de hele duur van het mandaat en gedurende twee jaar na het einde van dat mandaat."

Deze bepaling is in dwingende termen geredigeerd : er wordt niet in gesteld dat moet worden nagegaan of de belangen die de leden hebben, de functies die ze uitoefenen of de diensten die zij verrichten bij de bedoelde ondernemingen, al dan niet onverenigbaar zijn met de onafhankelijkheid die wordt vereist als voorzitter of lid van de Raad van het Instituut.

In het ontwerp mag bijgevolg niet worden bepaald dat de voorzitter en de leden van de Raad, vóór hun indiensttreding aan de Minister een verklaring richten inzake de belangen die ze hebben, de functies die ze uitoefenen of de diensten die ze verrichten, noch, a fortiori, dat ze de Minister schriftelijk op de hoogte brengen van iedere wijziging in de aangegeven toestand. Dergelijke situaties, indien ze bestaan, maken immers de benoeming of de voortzetting van het mandaat onmogelijk. Zoals het ontwerp is geredigeerd, kan alleen de ontstentenis van een verklaring aanleiding geven tot afzetting.

Het eerste lid dient te worden herzien en het derde lid dient te vervallen. Het is immers niet denkbaar dat de voorzitter en de leden van de Raad in de loop van hun mandaat in een situatie verkeren waarbij ze de verbodsbepaling van artikel 17, § 3, tweede lid, van de voormelde wet van 17 januari 2003 overtreden.

2. Het bepaalde in het tweede lid, namelijk

"Deze verklaring omvat eveneens de belangen die de familieleden tot in de eerste graad en de personen die onder hetzelfde dak wonen, hebben, alsook de functies die zij uitoefenen of de diensten die zij verrichten bij de in het eerste lid bedoelde ondernemingen",

vormt een inmenging in het privé- en gezinsleven van de betrokken personen. Deze inmenging vindt onvoldoende precieze rechtsgrond in artikel 17, § 3, tweede lid, van de voormelde wet. Krachtens artikel 22 van de Grondwet worden de gevallen waarin en voorwaarden waaronder deze inmenging is toegestaan immers bepaald door de wetgever.

Het tweede lid dient te vervallen.

3. De artikelen 20 of 21 zouden eveneens moeten worden gewijzigd om te bepalen dat afzetting niet alleen mogelijk is bij ontstentenis van een verklaring in de zin van artikel 18, maar ook in geval van niet-naleving van artikel 17, § 3, tweede lid, van de wet.

La chambre était composée de

De kamer was samengesteld uit

Madame M.-L. WILLOT-THOMAS,
Mevrouw

président de chambre,
kamervoorzitter,

Messieurs P. LIÉNARDY,
de Heren P. VANDERNOOT,

conseillers d'Etat,
staatsraden,

Madame C. GIGOT,
Mevrouw

greffier,
griffier.

Le rapport a été présenté par M. L. DETROUX, auditeur. La note du Bureau de coordination a été rédigée par Mme A. VAGMAN, référendaire adjoint.

Het verslag werd uitgebracht door de H. L. DETROUX, auditeur. De nota van het Coördinatiebureau werd opgesteld door Mevr. A. VAGMAN, adjunct-referendaris.

La concordance entre la version française et la version néerlandaise a été vérifiée sous le contrôle de M. J. JAUMOTTE, conseiller d'Etat.

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst werd nagezien onder toezicht van de H. J. JAUMOTTE, staatsraad.

LE GREFFIER - DE GRIFFIER,

LE PRÉSIDENT - DE VOORZITTER,

C. GIGOT

M.-L. WILLOT-THOMAS