

ROYAUME DE BELGIQUE

Avis 36.143/2

DE LA SECTION DE LÉGISLATION DU CONSEIL D'ÉTAT

Le CONSEIL D'ÉTAT, section de législation, deuxième chambre, saisi par la Vice-Première Ministre et Ministre de la Justice, le 25 novembre 2003, d'une demande d'avis, dans un délai de trente jours, sur un projet d'arrêté royal "modifiant l'arrêté royal du 18 décembre 1986 relatif à la commission pour l'aide aux victimes d'actes intentionnels de violence et l'article 29, deuxième alinéa, de la loi du 1^{er} août 1985 portant des mesures fiscales et autres", a donné le 8 décembre 2003 l'avis suivant :

Comme la demande d'avis est introduite sur la base de l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 1^o, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, tel qu'il est remplacé par la loi du 2 avril 2003, la section de législation limite son examen au fondement juridique du projet, à la compétence de l'auteur de l'acte, ainsi qu'à l'accomplissement des formalités préalables, conformément à l'article 84, § 3, des lois coordonnées précitées.

Sur ces trois points, le projet appelle les observations ci-après.

Fondement juridique

Observation générale

Le projet d'arrêté royal est accompagné d'un document intitulé "exposé des motifs". L'attention de l'auteur du projet est attirée sur le fait que les explications éventuelles relatives à un arrêté royal doivent être contenues dans un rapport au Roi et non dans un exposé des motifs qui est réservé aux projets de loi.

Observations particulières

Préambule

Au proposant, il y a lieu d'écrire, in fine, "... et de l'avis de Nos Ministres qui en ont délibéré en Conseil".

.../...

Dispositif

Article 7

(article 5bis en projet de l'arrêté royal du 18 décembre 1986)

Cet article dispose que pour être désigné en tant que membre de la commission "de la troisième catégorie" ¹, il faut "être ressortissant d'un État membre de l'Union européenne".

Cependant, conformément à l'article 10, alinéa 2, de la Constitution, seule une loi pourrait, "pour des cas particuliers", déroger à la condition de nationalité prévue par le même article 10 pour l'accès aux "emplois civils et militaires".

Quant à l'article 39 du Traité de Rome, le Conseil d'État a rappelé récemment ² que :

"(...) 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, (...) 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 ³. La position de principe de la Cour est inscrite dans son arrêt du 17 décembre 1980 ⁴, dans les termes suivants :

(1) La première catégorie est constituée du président et des vice-présidents qui sont des magistrats de l'ordre judiciaire, la seconde catégorie comprend des avocats ou avocats honoraires et des fonctionnaires ou fonctionnaires retraités de niveau 1. La troisième catégorie est celle prévue par l'article 5bis en projet.

(2) Avis 34.901/4, donné le 19 mars 2003 sur un projet d'arrêté royal "fixant le statut des membres du Corps interfédéral de l'inspection des finances et modifiant l'arrêté royal du 28 avril 1998 portant organisation du Corps interfédéral de l'inspection des finances". Voir également l'avis 34.250/4, donné sur un avant-projet de loi devenu la loi du 27 mars 2003 relative au recrutement des militaires et au statut des musiciens militaires et modifiant diverses lois applicables au personnel de la défense (Doc.parl.Ch., sess. 2002-2003, n° 2185/1, pp. 112-136).

(3) Ch. Horevoets, "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.

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

«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'État ou des autres collectivités publiques.».

Il résulte de cette jurisprudence que les États 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'État. 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 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)»⁵.

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".

Compte tenu de ce qui précède, il y a lieu de considérer que les membres de la commission "de la troisième catégorie" jouissent nécessairement, en leur qualité de membres, fût-ce à temps partiel et de manière temporaire, de la juridiction administrative que constitue la commission pour l'aide (financière) aux victimes d'actes intentionnels de violence, d'une parcelle de la puissance publique, de sorte que le principe de la libre circulation des travailleurs, inscrit à l'article 39, § 1^{er}, du Traité de Rome, ne leur est pas applicable.

⁽⁵⁾ E. Honorat, "Les incidences de la libre circulation des personnes sur l'accès aux fonctions publiques nationales", A.P.T., 1997, p. 7.

Dès lors, eu égard à l'article 10, alinéa 2, de la Constitution, seule une loi pourrait, par dérogation à la condition de nationalité prévue par ce même article pour l'accès aux "emplois civils et militaires", autoriser des ressortissants d'un État membre de l'Union européenne à être membre "de la troisième catégorie" de la commission.

Les mots "être ressortissants d'un État membre de l'Union européenne" doivent, en conséquence, être omis.

Par contre, il ne serait pas inutile que la disposition en projet rappelle qu'il faut effectivement être belge.

Article 14

(article 16*bis* en projet de l'arrêté royal du 18 décembre 1986)

Il y a lieu de viser l'article 5, § 1^{er}, deuxième alinéa, et non l'article 5, § 2, deuxième alinéa.

Article 20

(article 46 en projet de l'arrêté royal du 18 décembre 1986)

À l'alinéa 3, il y a lieu d'écrire : "... des avis, réponses et pièces prévues...".

Article 21

L'article 53*bis*, § 1^{er}, en projet, dispose qu'une association "peut" être agréée pour autant qu'elle le soit par l'autorité communautaire ou régionale dans le cadre de l'aide et l'assistance aux victimes d'infractions.

Telle qu'elle est formulée, cette disposition appelle une double observation :

- d'une part, l'utilisation du terme "peut" implique que l'autorité fédérale a la faculté mais non l'obligation d'agréer une association déjà agréée par les Communautés ou .../...

les Régions. Si telle est l'intention de l'auteur du projet, il conviendrait que le texte en projet fixe des limites au pouvoir discrétionnaire du Ministre en énonçant les critères essentiels auxquels doivent satisfaire les associations pour pouvoir être agréées. Si l'intention de l'auteur du projet est au contraire de prévoir que l'association agréée par une Communauté ou une Région doit être agréée par le Ministre dès lors qu'elle en fait la demande, les termes "peut être agréée" doivent être remplacés par les termes "est agréée";

- d'autre part, la rédaction de la disposition en projet exclut l'agrément d'une association dont l'objet serait de procurer l'aide juridique aux victimes d'actes intentionnels de violence - qui est de la compétence fédérale ⁶ - sans pour autant assurer une aide sociale (par exemple l'assistance psychologique aux victimes) qui est une matière communautaire.
-

⁽⁶⁾ Dans un avis 33.343/2, donné le 10 juin 2002, sur une proposition de loi "relative à l'agrément de certaines associations sans but lucratif d'accompagnement des victimes d'actes intentionnels de violence" (Doc. parl., Sénat, s.o. 2001-2002, n° 2 - 385/2), la section de législation du Conseil d'État a estimé que l'autorité fédérale est compétente pour agréer des associations d'accompagnement des victimes d'actes intentionnels de violence dont la mission serait :

- 1° de diffuser, auprès des victimes d'actes intentionnels de violence, toutes informations utiles concernant les procédures et les moyens de défense prévus par la loi en cas de préjudice résultant d'un acte pénalement répréhensible;
- 2° d'aider les victimes dans l'accomplissement des actes matériels et des démarches qu'elles doivent entreprendre pour faire valoir leurs droits, à l'exclusion toutefois de toute intervention devant les instances judiciaires d'instruction et de jugement;
- 3° de collaborer, soit d'initiative, soit à leur demande avec les organismes publics d'aide ou d'accueil aux victimes;
- 4° d'entreprendre de manière générale auprès du grand public toutes actions destinées à faciliter ou favoriser la compréhension des structures et du fonctionnement des institutions judiciaires et de police.

La chambre était composée de

Messieurs	Y. KREINS,	président de chambre,
	J. JAUMOTTE,	conseillers d'État,
Madame	M. BAGUET,	
Messieurs	J. van COMPERNOLLE,	assesseurs de la section de législation,
	B. GLANSDORFF,	
Madame	B. VIGNERON,	greffier.

Le rapport a été présenté par M. A. LEFEBVRE, auditeur.

LE GREFFIER,

LE PRÉSIDENT,

B. VIGNERON

Y. KREINS

KONINKRIJK BELGIË

ADVIES 36.143/2

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, tweede kamer, op 25 november 2003 door de Vice-Eerste Minister en Minister van Justitie verzocht haar, binnen een termijn van dertig dagen, van advies te dienen over een ontwerp van koninklijk besluit "tot wijziging van het koninklijk besluit van 18 december 1986 betreffende de commissie voor hulp aan slachtoffers van opzettelijke gewelddaden en van het artikel 29, tweede lid van de wet van 1 augustus 1985 houdende fiscale en andere bepalingen", heeft op 8 december 2003 het volgende advies gegeven :

Aangezien de adviesaanvraag ingediend is op basis van artikel 84, § 1, eerste lid, 1°, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, zoals het is vervangen bij de wet van 2 april 2003, beperkt de afdeling wetgeving overeenkomstig artikel 84, § 3, van de voornoemde gecoördineerde wetten haar onderzoek tot de rechtsgrond van het ontwerp, de bevoegdheid van de steller van de handeling en de te vervullen voorafgaande vormvereisten.

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

Rechtsgrond

Algemene opmerking

Het ontwerp van koninklijk besluit gaat vergezeld van een document met als opschrift "exposé des motifs". De steller van het ontwerp wordt er opmerkzaam op gemaakt dat de eventuele toelichtingen bij een koninklijk besluit moeten worden opgenomen in een verslag aan de Koning en niet in een memorie van toelichting, die alleen voor wetsontwerpen mag worden gebruikt.

Bijzondere opmerkingen

Aanhef

In de Franse tekst van het voordrachtformulier dient in fine te worden geschreven : "... et de l'avis de Nos Ministres qui en ont délibéré en Conseil".

Dispositief

Artikel 7

(ontworpen artikel 5bis van het koninklijk besluit van 18 december 1986)

Krachtens dit artikel moet men "onderdaan zijn van een Lidstaat van de Europese Unie" om als commissielid "van de derde categorie" ¹ te kunnen worden aangewezen.

Overeenkomstig artikel 10, tweede lid, van de Grondwet kan evenwel alleen een wet "voor bijzondere gevallen" afwijken van de nationaliteitsvoorwaarde waarin datzelfde artikel 10 voorziet voor de toegang tot de "burgerlijke en militaire bedieningen".

In verband met artikel 39 van het Verdrag van Rome heeft de Raad van State onlangs ² op het volgende gewezen :

"(...) artikel 39 van het Verdrag van Rome ... 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.

In verschillende arresten heeft het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen een restrictieve interpretatie aan die afwijking gegeven ³. Het Hof

(1) De eerste categorie bestaat uit de voorzitter en de ondervoorzitters, die magistraten zijn van de rechterlijke orde, terwijl de tweede categorie bestaat uit advocaten of ereadvocaten en uit ambtenaren of gepensioneerde ambtenaren van niveau 1. De derde categorie is die waarin het ontworpen artikel 5bis voorziet.

(2) Advies 34.901/4, dat op 19 maart 2003 is gegeven over een ontwerp van koninklijk besluit "tot vaststelling van het statuut van de leden van het interfederaal Korps van de Inspectie van financiën en tot wijziging van het koninklijk besluit van 28 april 1998 tot organisatie van het Interfederaal Korps van de Inspectie van financiën". Zie eveneens advies 34.250/4, dat uitgebracht is over een voorontwerp van wet dat geleid heeft tot de wet van 27 maart 2003 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 (Gedr. St. Kamer, zitting 2002-2003, nr. 2185/1, blz. 112-136).

(3) 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.

heeft zijn principiële standpunt vastgelegd in zijn arrest van 17 december 1980 ⁴, 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)» ⁵.

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.

⁽⁴⁾ HvJ EG, 17 december 1980, Commissie/België, zaak 149/79, Jurisprudentie van het Hof van Justitie, blz. 3881.

⁽⁵⁾ E. HONORAT, "Les incidences de la libre circulation des personnes sur l'accès aux fonctions publiques nationales", APT, 1997, blz. 7.

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."

Gelet op hetgeen voorafgaat, dient er van uit te worden gegaan dat de commissieleden "van de derde categorie" in hun hoedanigheid van - weliswaar deeltijds en tijdelijk - lid van het administratief rechtscollege dat de commissie voor (financiële) hulp aan slachtoffers van opzettelijke gewelddaden is, noodzakelijkerwijze een onderdeel van de openbare macht uitoefenen, zodat het beginsel van het vrije verkeer van personen, vervat in artikel 39, lid 1, van het Verdrag van Rome, niet op hen van toepassing is.

Gelet op artikel 10, tweede lid, van de Grondwet, zou bijgevolg alleen een wet, in afwijking van de nationaliteitsvoorwaarde waarin datzelfde artikel voor de toegang tot de "burgerlijke en militaire bedieningen" voorziet, het voor onderdanen van een lidstaat van de Europese Unie mogelijk kunnen maken om commissielid "van de derde categorie" te worden.

De woorden "onderdaan zijn van een Lidstaat van de Europese Unie" dienen bijgevolg te vervallen.

Daarentegen zou het niet overbodig zijn om in de ontworpen bepaling uitdrukkelijk te bepalen dat de leden effectief Belg moeten zijn.

Artikel 14

(ontworpen artikel 16bis van het koninklijk besluit van 18 december 1986)

In de Franse tekst behoort, net als in de Nederlandse tekst, te worden verwezen naar artikel 5, § 1, tweede lid, en niet naar artikel 5, § 2, tweede lid.

Artikel 20

(ontworpen artikel 46 van het koninklijk besluit van 18 december 1986)

In het derde lid behoort te worden geschreven "de adviezen, reacties en stukken als bedoeld ...".

Artikel 21

In het ontworpen artikel 53bis, § 1, wordt bepaald dat een vereniging "kan" worden erkend indien ze door de overheid van de gemeenschap of het gewest erkend is in het kader van de hulp- en dienstverlening aan slachtoffers van misdrijven.

Zoals deze bepaling gesteld is, geeft zij aanleiding tot twee opmerkingen :

- ten eerste impliceert het feit dat het woord "kan" wordt gebezigd, dat de federale overheid aan een vereniging die reeds door een gemeenschap of een gewest erkend is een erkenning kan verlenen maar daartoe niet verplicht is. Als zulks de bedoeling van de steller van het ontwerp is, zouden in de ontworpen tekst de grenzen van de discretionaire bevoegdheid van de Minister moeten worden bepaald door te vermelden aan welke essentiële criteria de verenigingen moeten voldoen om erkend te kunnen worden. Als het daarentegen de bedoeling van de steller van het ontwerp is te bepalen dat een vereniging die door een gemeenschap of een gewest erkend is door de Minister moet worden erkend zodra zij daarom verzoekt, dienen de woorden "kan worden erkend" te worden vervangen door de woorden "wordt erkend";
- ten tweede wordt met de redactie van de ontworpen bepaling uitgesloten dat een vereniging wordt erkend waarvan het doel erin zou bestaan aan de slachtoffers van opzettelijke gewelddaden juridische bijstand te verlenen - wat een aangelegenheid

.../...

is waarvoor de federale overheid bevoegd is ⁶ - zonder evenwel te zorgen voor sociale bijstand (bijvoorbeeld psychologische bijstand aan de slachtoffers), wat een aangelegenheid is waarvoor de gemeenschappen bevoegd zijn.

⁽⁶⁾ In advies 33.343/2, dat de afdeling wetgeving op 10 juni 2002 heeft gegeven over een voorstel van wet "betreffende de erkenning van verenigingen zonder winstoogmerk die slachtoffers van opzettelijke gewelddaden begeleiden" (Gedr. St. Senaat, gewone zitting 2001/2002, nr. 2-385/2), heeft de afdeling wetgeving gesteld dat de federale overheid bevoegd is voor het erkennen van verenigingen die slachtoffers van opzettelijke gewelddaden begeleiden, waarvan de taken de volgende zouden zijn :

- "1° de slachtoffers van opzettelijke gewelddaden alle nuttige informatie te bezorgen over de wettelijke procedures en verdedigingsmiddelen die ter beschikking staan van personen die schade hebben geleden door een onder het strafrecht vallende daad;
- 2° de slachtoffers te helpen bij alle materiële handelingen en stappen die zij moeten verrichten om hun rechten te doen gelden, met uitzondering van het optreden voor de onderzoeks- of vonnisgerechten;
- 3° hetzij op eigen initiatief, hetzij op hun verzoek samen te werken met de overheidsinstellingen voor slachtofferhulp of -opvang;
- 4° in het algemeen alles in het werk te stellen om bij het grote publiek de kennis van de structuren en de werking van het gerecht en de politiediensten te bevorderen.

De kamer was samengesteld uit

de Heren	Y. KREINS,	kamervoorzitter,
Mevrouw	J. JAUMOTTE, M. BAGUET,	staatsraden,
de Heren	J. van COMPERNOLLE, B. GLANSDORFF,	assessoren van de afdeling wetgeving,
Mevrouw	B. VIGNERON,	griffier.

Het verslag werd uitgebracht door de H. A. LEFEBVRE, auditeur.

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

DE GRIFFIER,

DE VOORZITTER,

B.VIGNERON

Y. KREINS