ROYAUME DE BELGIQUE

– – – – – – – – – –

AVIS 37.695/2

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 30 septembre 2004, d'une demande d'avis, dans un délai de trente jours, sur un projet d'arrêté royal "modifiant l'arrêté royal du 22 décembre 2003 portant exécution du Titre XIII, Chapitre 6 "Tutelle des mineurs étrangers non accompagnés" de la loi-programme du 24 décembre 2002", a donné le 20 octobre 2004 l'avis suivant :

Comme la demande d'avis est introduite sur la base de l'article 84, § 1er, alinéa 1er, 1°, 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.

1. L'article 13, § 3, de l'arrêté royal du 22 décembre 2003 portant exécution du Titre XIII, Chapitre 6 "Tutelle des mineurs étrangers non accompagnés" de la loi-programme du 24 décembre 2002 dispose que

> "Le service des Tutelles peut conclure des protocoles d'accord avec les associations qui sont actives sur le terrain et qui prennent en charge l'accompagnement des mineurs étrangers non accompagnés, en vue de l'agrément des membres de leur personnel comme candidats tuteurs."

L'article 5 du projet a pour objet de remplacer ce paragraphe par le suivant :

> "Le service des Tutelles peut conclure avec les organismes publics et les associations qui sont actives sur le terrain, des protocoles d'accord portant sur la prise en charge de mineurs étrangers non accompagnés, en vue de l'agrément de membres de leur personnel comme candidats tuteurs.
>
> Le § 2, alinéa 1er, n'est pas applicable lorsque le candidat tuteur est agréé dans le cadre du présent paragraphe."

Ce paragraphe 2, alinéa 1er, dont l'application serait ainsi écartée, prévoit qu'

> "Avant d'agréer le candidat, le service des Tutelles procède à un entretien préalable avec celui-ci qui porte sur ses motivations et sur sa compétence en ce qui concerne la problématique des mineurs étrangers non accompagnés et leur encadrement."

Outre cette dérogation, les articles 1er et 2 du projet visent pour l'essentiel à rendre inapplicables, "lorsque le tuteur est désigné dans le cadre de l'article 13, § 3" précité, les dispositions des articles 6 et 7 de l'arrêté royal du 22 décembre 2003, précité, qui prévoient le paiement par le service des tutelles au tuteur de sommes forfaitaires à titre

d'honoraires ou d'émoluments, ainsi qu'à titre d'indemnités pour les frais administratifs et de déplacement. Selon le nouvel article 7*bis* en projet à l'article 3, "lorsque le tuteur est désigné dans le cadre de l'article 13, § 3", les indemnités visées aux articles 6 et 7 sont remplacées "par une subvention payée directement à l'association ou à l'organisme public qui occupe le tuteur désigné".

Enfin, l'article 4 du projet limite aux seuls "tuteurs qui ne sont pas agréés dans le cadre de l'article 13, § 3", l'obligation du service des tutelles de souscrire une assurance "afin de couvrir leur responsabilité civile, ainsi que les dommages corporels subis par le tuteur à la suite d'un sinistre causé en Belgique par le véhicule utilisé pour l'exercice de sa mission de tuteur", et l'alinéa en projet à l'article 6 dispose comme suit :

> "En outre, le service des Tutelles retire l'agrément du tuteur, lorsque celui-ci a été agréé dans le cadre de l'article 13, § 3, et ne fait plus partie du personnel de l'association ou de l'organisme public concernés. À cette fin, l'association ou l'organisme public concernés informe sans délai le service des Tutelles du fait que le tuteur ne fait plus partie de son personnel."

2. Quant aux formalités préalables, le préambule du projet fait état du courrier du 9 septembre 2004, par lequel le Ministre du Budget indique que, étant donné que ces crédits sont réservés, il ne peut actuellement donner son accord et qu'il lui semble indiqué de réexaminer cette demande lors des discussions dans le cadre de la confection du budget 2005.

Conformément à l'article 8 de l'arrêté royal du 16 novembre 1994 relatif au contrôle administratif et budgétaire, lorsqu'un projet d'arrêté royal visé à l'article 5 n'a pas reçu l'accord du Ministre qui a le budget dans ses attributions, il peut être soumis au Conseil des ministres par le ministre intéressé.

Selon l'article 22 du même arrêté royal du 16 novembre 1994,

> "Tout arrêté royal ou ministériel mentionne dans son préambule, avec l'indication de la date, l'avis de l'Inspecteur des Finances et l'accord du Conseil des Ministres ou du Ministre qui a le budget dans ses attributions et du Ministre qui a l'administration générale dans ses attributions."

Le projet doit dès lors recevoir l'accord du Conseil des ministres statuant, comme organe supérieur compétent pour l'élaboration et l'exécution du budget, sur le recours du Ministre de la Justice [(1)], et son préambule mentionner spécialement cet accord, en lieu et place de celui du Ministre qui a le budget dans ses attributions [(2)].

3. Quant au fondement juridique du projet, il s'agit de l'article 3 de l'article 479, "Tutelle des mineurs étrangers non accompagnés", de la loi-programme (I) du 24 décembre 2002, dont le paragraphe 3, alinéas 1er et 2, dispose dans les termes suivants :

> "Le Roi fixe, par arrêté délibéré en Conseil des Ministres, la nature juridique de la relation de travail entre le tuteur et le service des Tutelles, la procédure d'agrément des tuteurs par le service des Tutelles et les critères minimums d'agrément auxquels doivent répondre les tuteurs. Ces critères définissent les conditions en matière de formation spécifique et de compétence concernant l'encadrement de mineurs. La procédure et les critères d'agrément garantissent l'indépendance des tuteurs dans l'exercice de leur mission.

---

(1) Il ne ressort pas des pièces soumises au Conseil d'État, et plus particulièrement de la délibération du Conseil des ministres du 10 septembre 2004 que les ministres réunis en conseil aient d'abord délibéré de l'accord budgétaire.

(2) Voir, dans le même sens, l'avis 37.271/1, donné le 10 juin 2004 sur un projet d'arrêté royal "modifiant l'arrêté royal du 28 mai 2003 fixant le montant du droit d'inscription à la Banque-Carrefour des Entreprises en tant qu'entreprise commerciale ou artisanale, et la rémunération des guichets d'entreprises agréés" :

"Le quatrième alinéa du préambule du projet fait référence à «l'avis du Ministre du Budget». Il ressort des pièces jointes à la demande d'avis que par lettre du 1er avril 2004, le Ministre du Budget a refusé de donner son accord.

En vertu de l'article 8 de l'arrêté royal du 16 novembre 1994 relatif au contrôle administratif et budgétaire, le ministre intéressé peut, dans ce cas, soumettre la question, pour décision, au Conseil des ministres. Celui-ci doit donc d'abord statuer sur l'accord budgétaire avant de se prononcer sur le projet. Si l'accord est donné, l'article 22 de l'arrêté royal du 16 novembre 1994 prévoit dans ce cas l'obligation de mentionner dans le préambule de l'arrêté l'accord du Conseil des ministres, avec l'indication de la date."

Il fixe, par arrêté délibéré en Conseil des Ministres, la procédure de retrait d'agrément des tuteurs par le service des Tutelles, en cas de non respect des conditions visées à l'alinéa 1er" [3].

Le projet a pour objet de créer une catégorie distincte de tuteurs, qui seraient agréés à l'intervention d'organismes publics ou d'associations qui les emploieraient dans le cadre d'une relation de subordination hiérarchique, qu'elle soit statutaire ou contractuelle. C'est à ces organismes ou associations qu'incomberait le paiement de leur traitement ou rémunération, et leur agrément leur serait retiré d'office s'ils cessaient de faire partie de leur personnel.

Le législateur n'a pas entendu permettre l'interposition d'un employeur public ou privé entre le service des tutelles et les tuteurs que ce dernier agrée. En la prévoyant, le pouvoir exécutif excéderait le pouvoir que la loi lui attribue en l'habilitant à déterminer "la nature juridique de la relation de travail entre le tuteur et le service des Tutelles" et méconnaîtrait l'obligation, que lui impose également la loi, de garantir l'indépendance des tuteurs dans l'exercice de leur mission, dès lors qu'ils devraient l'accomplir dans le lien de subordination inhérent à la relation de travail qu'ils entretiendraient avec cet employeur [4].

---

[3] Voir les avis 35.647/2/V, donné le 22 juillet 2003, sur le projet devenu l'arrêté royal du 22 décembre 2003 portant exécution du Titre XIII, Chapitre 6 "Tutelle des mineurs étrangers non accompagnés" de la loi-programme du 24 décembre 2002 et 36.080/1/2/3/4, donné les 7 et 12 novembre 2003 sur l'avant-projet devenu la loi-programme du 22 décembre 2003, précité.

[4] Contrairement aux dispositions en projet, l'article 13, § 3, actuel de l'arrêté royal du 22 décembre 2003, précité, qui permet au service des Tutelles de conclure des protocoles d'accords avec les associations qui sont actives sur le terrain et qui prennent en charge l'accompagnement des mineurs étrangers non accompagnés ne porte pas atteinte à la relation directe voulue par le législateur entre le service des Tutelles et les tuteurs agréés. En effet, les tuteurs agréés de telles associations sont soumis au même régime juridique que tous les tuteurs agréés, notamment quant au paiement de leurs émoluments et indemnités et quant aux conditions de retrait de leur agrément.

La chambre était composée de

Messieurs	Y. KREINS,	président de chambre,
	J. JAUMOTTE,	conseillers d'État,
Mesdames	M. BAGUET,	
	A.-C. VAN GEERSDAELE,	greffier.

Le rapport a été présenté par M. J.-L. PAQUET, premier auditeur.

LE GREFFIER, LE PRÉSIDENT,

A.-C. VAN GEERSDAELE Y. KREINS

KONINKRIJK BELGIË

ADVIES 37.695/2

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, tweede kamer, op 30 september 2004 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 22 december 2003 tot uitvoering van Titel XIII, Hoofdstuk 6 "Voogdij over niet-begeleide minderjarige vreemdelingen" van de programmawet van 24 december 2002", heeft op 20 oktober 2004 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.

1. Artikel 13, § 3, van het koninklijk besluit van 22 december 2003 tot uitvoering van Titel XIII, Hoofdstuk 6 "Voogdij over niet-begeleide minderjarige vreemdelingen" van de programmawet van 24 december 2002 bepaalt het volgende :

> "De dienst Voogdij kan protocolakkoorden sluiten met verenigingen die actief zijn in het veld en instaan voor de begeleiding van de niet-begeleide minderjarige vreemdelingen, met het oog op de erkenning van personeelsleden als kandidaat-voogd."

Artikel 5 van het ontwerp strekt ertoe die paragraaf door de volgende te vervangen :

> "De dienst Voogdij kan met openbare instellingen en verenigingen die actief zijn op het terrein, protocolakkoorden betreffende de voogdij over niet-begeleide minderjarige vreemdelingen sluiten, met het oog op de erkenning van hun personeelsleden als kandidaat-voogd.
>
> § 2, eerste lid, is niet van toepassing wanneer de kandidaat-voogd in het kader van deze paragraaf wordt erkend."

Die paragraaf 2, eerste lid, waarvan de toepassing aldus uitgesloten zou worden, bepaalt het volgende :

> "Alvorens de kandidaat te erkennen, heeft de dienst Voogdij een voorafgaand gesprek met hem over zijn motivering en zijn competentie inzake de problematiek van de niet-begeleide minderjarige vreemdelingen en van hun begeleiding."

Los van die afwijking, strekken de artikelen 1 en 2 van het ontwerp er voornamelijk toe de bepalingen van de artikelen 6 en 7 van het genoemde koninklijk besluit van 22 december 2003, luidens welke de dienst Voogdij forfaitaire bedragen betaalt aan de voogd als ereloon of emolumenten, en als vergoeding voor administratieve kosten en verplaatsingskosten, niet van toepassing te maken "wanneer de voogd in het kader van (het genoemde) artikel 13, § 3, aangewezen is". Luidens artikel 3, ontworpen nieuw artikel 7*bis*, worden, "wanneer de voogd in het kader van artikel 13, § 3, aangewezen is", de vergoedingen bedoeld in de artikelen 6 en 7 vervangen "door een toelage rechtstreeks uitbetaald aan de vereniging of aan de openbare instelling die de aangewezen voogd in dienst heeft".

Artikel 4 van het ontwerp, ten slotte, beperkt de verplichting voor de dienst Voogdij om een verzekering aan te gaan "om (de) burgerlijke aansprakelijkheid (van de voogden) te dekken, alsook om de lichamelijke schade te dekken opgelopen door de voogd ten gevolge van een schadegeval veroorzaakt in België door het voertuig gebruikt voor de uitoefening van zijn opdracht als voogd" tot de "voogden die niet in het kader van artikel 13, § 3, erkend zijn", en het ontworpen lid in artikel 6 bepaalt het volgende :

> "Bovendien trekt de dienst Voogdij de erkenning van de voogd in wanneer deze in het kader van artikel 13, § 3, erkend is, en geen deel meer uitmaakt van het personeel van de betrokken vereniging of openbare instelling. Te dien einde stelt de betrokken vereniging of openbare instelling de Dienst Voogdij onverwijld op de hoogte van het feit dat de voogd geen deel meer uitmaakt van zijn personeel."

2. Wat de voorafgaande vormvoorschriften betreft, wordt in de aanhef van het ontwerp gewag gemaakt van de brief van 9 september 2004, waarin de Minister van Begroting zegt dat, aangezien de kredieten gereserveerd zijn, hij heden zijn akkoordbevinding niet kan geven, en het hem geraden lijkt de aanvraag opnieuw te onderzoeken tijdens de besprekingen in het kader van de opmaak van de begroting 2005.

Overeenkomstig artikel 8 van het koninklijk besluit van 16 november 1994 betreffende de administratieve en begrotingscontrole, kan een in artikel 5 bedoeld ontwerp van koninklijk besluit, wanneer het niet de akkoordbevinding heeft gekregen van de Minister die bevoegd is voor de begroting, door de betrokken minister aan de Ministerraad worden voorgelegd.

Artikel 22 van hetzelfde koninklijk besluit van 16 november 1994 luidt als volgt :

> "Elk koninklijk of ministerieel besluit vermeldt in de aanhef, met opgave van de datum, het advies van de Inspecteur van Financiën en de akkoordbevinding van de Ministerraad of van de Minister tot wiens bevoegdheid de begroting behoort en van de Minister tot wiens bevoegdheid het algemeen bestuur behoort."

Het ontwerp moet bijgevolg de akkoordbevinding krijgen van de Ministerraad, die als hoger orgaan bevoegd voor de opmaak en de uitvoering van de begroting, uitspraak doet op beroep van de Minister van Justitie [(1)], en in de aanhef ervan moet inzonderheid die akkoordbevinding worden vermeld, in plaats van die van de Minister bevoegd voor de begroting [(2)].

---

(1) Uit de aan de Raad van State voorgelegde stukken, en inzonderheid uit de beraadslaging van de Ministerraad van 10 september 2004 blijkt niet dat de in raad vergaderde ministers zich eerst over het verlenen van het begrotingsakkoord hebben beraden.

(2) Zie, in dezelfde zin, advies 37.271/1, gegeven op 10 juni 2004, over een ontwerp van koninklijk besluit "tot wijziging van het koninklijk besluit van 28 mei 2003 tot vaststelling van het bedrag van het inschrijvingsrecht voor de Kruispuntbank van Ondernemingen als handels- of ambachtsonderneming, en de vergoeding van de erkende ondernemingsloketten" :
"In het vierde lid van de aanhef van het ontwerp wordt verwezen naar "het advies van de Minister van Begroting". Uit de bij de aanvraag gevoegde stukken blijkt dat de Minister van Begroting bij brief van 1 april 2004 het begrotingsakkoord heeft geweigerd.
Krachtens artikel 8 van het koninklijk besluit van 16 november 1994 betreffende de administratieve en begrotingscontrole kan de betrokken Minister in dat geval de aangelegenheid ter beslissing aan de Ministerraad voorleggen. Bijgevolg dient de Ministerraad eerst te beslissen over het verlenen van het begrotingsakkoord, alvorens zich over het ontwerp uit te spreken. Wordt het akkoord verleend, dan dient, krachtens artikel 22 van het koninklijk besluit van 16 november 1994, in de aanhef van het besluit melding te worden gemaakt van de akkoordbevinding van de Ministerraad, met opgave van de datum."

3. De rechtsgrond van het ontwerp is artikel 3 van artikel 479 "Voogdij over niet-begeleide minderjarige vreemdelingen", van de programmawet (I) van 24 december 2002 waarvan paragraaf 3, eerste en tweede lid, het volgende bepaalt :

> "De Koning bepaalt bij een in Ministerraad overlegd besluit, de juridische aard van de arbeidsverbintenis tussen de voogd en de dienst Voogdij, de procedure houdende erkenning van de voogden door de dienst Voogdij, alsmede de minimumvoorwaarden inzake erkenning die de voogden moeten vervullen. Die criteria bepalen de voorwaarden inzake specifieke opleiding en bevoegdheid voor de begeleiding van minderjarigen. De erkenningsprocedure en -criteria garanderen de onafhankelijkheid van de voogden in het kader van hun opdracht.
>
> Hij bepaalt bij een in Ministerraad overlegd besluit de procedure met betrekking tot de intrekking van de erkenning van de voogden door de dienst Voogdij ingeval de voorwaarden bedoeld in het eerste lid niet worden nageleefd" [(3)].

Het doel van het ontwerp bestaat erin een onderscheiden categorie voogden in het leven te roepen, die erkend zouden worden door toedoen van openbare instellingen of verenigingen die hen zouden tewerkstellen in een verhouding van hiërarchische ondergeschiktheid, hetzij in vast verband hetzij met een arbeidscontract. De betaling van hun wedde of bezoldiging zou toekomen aan die instellingen of verenigingen, en de erkenning van deze voogden zou ambtshalve worden ingetrokken indien ze zouden ophouden deel uit te maken van het personeel van die instellingen of verenigingen.

De wetgever heeft niet de bedoeling gehad ervoor te zorgen dat overheidswerkgevers of private werkgevers tussenpersoon konden zijn tussen de dienst Voogdij en de voogden die de laatstgenoemde dienst erkent. Door zulks mogelijk te maken zou de uitvoerende macht de bevoegdheid te buiten gaan die haar bij de wet is toegekend door de machtiging om de "de juridische aard van de arbeidsverbintenis tussen de voogd en de dienst Voogdij" te bepalen, en verzaken aan de verplichting, die haar ook

---

(3) Zie advies 35.647/2/V, gegeven op 22 juli 2003, over een ontwerp dat het koninklijk besluit van 22 december 2003 is geworden tot uitvoering van Titel XIII, Hoofdstuk 6 "Voogdij over niet-begeleide minderjarige vreemdelingen" van de programmawet van 24 december 2002, en advies 36.080/1/2/3/4, uitgebracht op 7 en 12 november 2003 over het voorontwerp dat de genoemde programmawet van 22 december 2003 is geworden.

bij de wet is opgelegd, om de onafhankelijkheid van de voogden bij de uitoefening van hun opdracht, te waarborgen, aangezien ze die opdracht zouden moeten vervullen in de ondergeschikte verhouding eigen aan de arbeidsverhouding die ze zouden hebben met die werkgever [(4)].

[(4)] In tegenstelling tot de ontworpen bepalingen, doet het huidige artikel 13, § 3, van het genoemde koninklijk besluit van 22 december 2003, dat de dienst Voogdij in staat stelt protocolakkoorden te sluiten met de verenigingen die actief zijn in het veld en die de begeleiding verzorgen van niet-begeleide minderjarige vreemdelingen, geen afbreuk aan de rechtstreekse relatie die de wetgever heeft willen instellen tussen de dienst Voogdij en de erkende voogden. De erkende voogden van zulke verenigingen vallen immers onder hetzelfde rechtsstelsel als alle erkende voogden, inzonderheid wat betreft de betaling van hun emolumenten en vergoedingen, en de voorwaarden voor de intrekking van hun erkenning.

De kamer was samengesteld uit

de Heren	Y.	KREINS,	kamervoorzitter,
	J.	JAUMOTTE,	staatsraden,
Mevrouwen	M.	BAGUET,	
	A.-C.	VAN GEERSDAELE,	griffier.

Het verslag werd uitgebracht door de H. J.-L. PAQUET, eerste auditeur.

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

DE GRIFFIER, DE VOORZITTER,

A.-C. VAN GEERSDAELE Y. KREINS