

KONINKRIJK BELGIË

ADVIES 39.717/AV

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

De RAAD VAN STATE, algemene vergadering van de afdeling wetgeving, op 10 januari 2006 door de Vice-Eerste Minister en Minister van Binnenlandse Zaken verzocht hem, binnen een termijn van dertig dagen, verlengd tot vijfenveertig dagen ^(*), van advies te dienen over een voorontwerp van wet "tot hervorming van de Raad van State en tot inrichting van een Raad voor Vreemdelingenbetwistingen", heeft, na de zaak te hebben onderzocht op de zittingen van 7 februari en 21 februari 2006, op laatstvermelde datum het volgende advies gegeven:

(*) Deze verlenging vloeit voort uit artikel 84, § 1, eerste lid, 1°, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State waarin wordt bepaald dat de termijn van dertig dagen verlengd wordt tot vijfenveertig dagen in het geval waarin het advies gegeven wordt door de algemene vergadering met toepassing van artikel 85.

Voorafgaande opmerking

Met toepassing van artikel 84, § 3, eerste lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, heeft de afdeling wetgeving zich toegespitst op het onderzoek van de bevoegdheid van de steller van de handeling, van de rechtsgrond, alsmede van de te vervullen vormvereisten.

Het onderhavige advies bevat ook een aantal opmerkingen over andere punten, inzonderheid over bepaalde aspecten van de interne samenhang van het voorontwerp van wet en van de samenhang ervan met het voorontwerp van wet "tot wijziging van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen", dat de afdeling wetgeving van de Raad van State eveneens vandaag heeft onderzocht onder het nummer 39.718/AV, alsook over de afstemming ervan op het thans geldende recht.

Toch mag daaruit niet worden afgeleid dat de afdeling wetgeving, binnen de termijn die haar is toegemeten, het voorontwerp van wet grondig heeft kunnen onderzoeken. Wanneer in dit advies over bepaalde kwesties niets wordt gezegd, betekent zulks niet dat de tekst geen aanleiding geeft tot opmerkingen. Voor een volledig onderzoek zou een langere termijn nodig zijn geweest, gelet op de omvang van de geplande hervorming.

1. Strekking van het voorontwerp van wet

1. Volgens de memorie van toelichting strekt het voorliggende voorontwerp van wet enerzijds toe de achterstand in de rechtsbedeling bij de Raad van State weg te werken en onder controle te houden en, anderzijds, de procedures met betrekking tot de vreemdelingen te optimaliseren om te voorzien in een deugdelijke jurisdictionele bescherming. Daartoe is de steller van het voorontwerp van plan verscheidene maatregelen in te voeren die steunen op vijf hoofdlijnen :

1°) Het nemen van structurele en organisatorische maatregelen bij de Raad van State om de werkwijze van de Raad te verbeteren (hoofdstuk II van het voorontwerp-artikelen 2 tot 61).

.../...

Naast de afschaffing van bepaalde adviesbevoegdheden (artikelen 2 tot 4 en hoofdstuk III (artikelen 62 tot 66) van het voorontwerp), worden verscheidene wijzigingen overwogen van de bij de afdeling administratie toepasselijke procedureregels (artikelen 5, 6 en 8 tot 18 van het voorontwerp), en worden bij de Raad van State, onder verwijzing naar hetgeen bij de rechterlijke macht is gerealiseerd, van "technieken van modern management (ingevoerd) gepaard gaande met statutaire wijzigingen".

Het gaat meer bepaald om het volgende :

- het invoeren van een mandatenstelsel voor bepaalde ambten (artikel 25 van het voorontwerp);
- het invoeren van een evaluatieregeling voor de ambtsdragers (leden van de Raad, het Auditoraat, het Coördinatiebureau en de griffie) (artikel 26 van het voorontwerp);
- het voorzien in een systeem van maatregelen om de werklast van de ambtsdragers te registreren en om die ambtsdragers te controleren in geval van ziekte of invaliditeit (artikelen 33 en 34 van het voorontwerp);
- het organiseren van de pensionering van de ambtsdragers wegens zware en blijvende gebrekkigheid (artikelen 48 tot 54 van het voorontwerp);
- het beter omschrijven van de respectieve taken van de hoofdgriffier en de beheerder van de Raad van State (artikelen 31 tot 47 van het voorontwerp);
- en het dienovereenkomstig aanpassen van verscheidene bepalingen van de gecoördineerde wetten op de Raad van State (zie onder meer de artikelen 27 en 28 [organisatie van het Auditoraat], 35 tot 38 [organisatie van de afdeling wetgeving], 39 tot 42 [organisatie van de afdeling administratie], 43 tot 46 [bepalingen betreffende de algemene vergadering van de afdeling administratie] en 55 tot 57 [wijzigingen van de regels die van toepassing zijn op de detachering en het buiten kader stellen], ...).

Artikel 61 van het voorontwerp van wet voorziet bovendien in het nemen van een tijdelijke maatregel om de Raad van State in de mogelijkheid te stellen "de

.../...

gerechtelijke achterstand weg te werken" die er thans is. Het gaat om een tijdelijke vermeerdering (voor drie tot vijf jaar) van het aantal staatsraden, naar rata van drie staatsraden per "taalrol".

2°) De veralgemeende invoering van een "toelaatbaarheidsprocedure" in het kader van de administratieve cassatiebevoegdheid van de Raad van State ten aanzien van de beslissingen van administratieve rechtscolleges, ongeacht de geschillen waarin de laatstgenoemden moeten optreden (artikel 7 van het voorontwerp);

3°) Een fundamentele hervorming van de bevoegdheid van de Raad van State in het kader van de beslechting van geschillen in vreemdelingenzaken. Deze hervorming huldigt de volgende beginselen :

- de vernietigings- en schorsingsbevoegdheid van de Raad van State op het stuk van beroepen ingesteld tegen individuele beslissingen genomen "met toepassing van de wetten betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen" worden opgeheven (artikelen 7 en 69 van het voorontwerp);
- deze bevoegdheid, alsmede de thans aan de Vaste Beroepscommissie voor vluchtelingen toegewezen bevoegdheid, worden voortaan opgedragen aan een nieuw administratief rechtscollege, de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen, die eveneens wordt opgericht bij het voorliggende voorontwerp (hoofdstuk IV van het voorontwerp);
- de Raad van State moet dus alleen nog optreden in die geschillenbeslechting als administratieve cassatierechter, met toepassing van de toelaatbaarheidsprocedure waarvan hierboven sprake was (artikel 7 van het voorontwerp);

4°) Het instellen van een nieuw administratief rechtscollege gespecialiseerd inzake vreemdelingengeschillen, te weten de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen, waarvan de oprichting, de bevoegdheden, de samenstelling, de werkwijze en de procedureregels vastgesteld worden bij het voorliggende voorontwerp van wet (hoofdstukken IV [artikelen 67 tot 195], V [artikel 196] en, gedeeltelijk, VI [artikelen 197 tot 204]).

De Raad voor Vreemdelingenbetwistingen wordt dus het administratief rechtscollege ⁽¹⁾ dat "als enige bevoegd (is) om kennis te nemen van de beroepen die worden ingesteld tegen individuele beslissingen genomen met toepassing van de wetten betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen" (artikel 69 van het voorontwerp).

Dit rechtscollege :

- neemt, in beginsel met volle rechtsmacht, kennis van de beroepen tegen de beslissingen van de Commissaris-generaal voor de vluchtelingen en de staatlozen ten aanzien van de asielaanvragen in de ruime betekenis, dit wil zeggen zowel in verband met de status van vluchteling als in verband met de nieuwe status van subsidiaire bescherming. In het kader van die bevoegdheid kan de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen, naast zijn annulatiebevoegdheid met terugwijzing, de beslissing van de Commissaris-generaal bevestigen of hervormen;
- neemt kennis van annulatieberoepen tegen andere beslissingen genomen met toepassing van de wetten betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen. Deze bevoegdheid gaat gepaard met de bevoegdheid om de voor die Raad betwiste beslissingen te schorsen, eventueel met toepassing van de rechtspleging bij uiterst dringende noodzakelijkheid, en de bevoegdheid om, in voorkomend geval, voorlopige maatregelen op te leggen (artikelen 70 en 175 en volgende van het voorontwerp), in afwachting van de beslissing over het annulatieberoep dat bij het rechtscollege aanhangig is.

Het instellen van de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen impliceert de afschaffing van de Vaste Beroepscommissie voor vluchtelingen die thans, als administratief rechtscollege, kennis neemt van de beroepen tegen de beslissingen tot weigering om de status van vluchteling toe te kennen, genomen door de

⁽¹⁾ In verband met de mogelijkheid om, uit het oogpunt van artikel 145 van de Grondwet, aan een administratief rechtscollege de bevoegdheid op te dragen om kennis te nemen van geschillen betreffende politieke rechten, zie arrest nr. 14/97 van 18 maart 1997 van het Arbitragehof.

Commissaris-generaal voor de vluchtelingen en de staatlozen, na een onderzoek ten gronde van de asielaanvraag (artikel 185 van het voorontwerp).

5°) Aansluitend bij de oprichting van de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen, een hervorming van de onderzoeksprocedure van de asielaanvragen in haar geheel, welke procedure toepassing zal vinden zowel op de erkenning van de status van vluchteling in de zin van het Internationaal Verdrag betreffende de status van vluchtelingen van 28 juli 1951, als op de toekenning van de nieuwe status van subsidiaire bescherming, geregeld in het nieuw ontworpen artikel 48/4 van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen (hierna te noemen "de wet van 15 december 1980").

Hoofdstuk VII van het voorontwerp van wet bevat verscheidene bepalingen die moeten zorgen voor een harmonieuze toepassing van de verschillende hoofdlijnen van de hervorming.

2. Naast de aspecten van deze hervorming die ressorteren onder de bicamerale procedure en die bijgevolg geregeld worden in het voorliggende voorontwerp van wet, wordt de hervorming van de asielprocedure, inzonderheid wat de administratieve fase betreft, geregeld in een ander voorontwerp van wet dat wordt aangenomen in het kader van artikel 78 van de Grondwet ⁽²⁾.

De geplande hervorming van de asielprocedure in haar geheel, met inbegrip van de aspecten ervan die rechtstreeks de Raad van State aangaan, en die behandeld worden in het voorliggende voorontwerp van wet, kan bijgevolg alleen terdege begrepen

⁽²⁾ Zie voorontwerp van wet "tot wijziging van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen", hierna te noemen "het voorontwerp van wet 39.718/AV". Over dit voorontwerp, waarin eveneens bepalingen zijn opgenomen die strekken tot de omzetting in het interne recht van verscheidene richtlijnen van de Raad van de Europese Unie, is heden door de algemene vergadering van de afdeling wetgeving van de Raad van State advies 39.718/AV gegeven.

worden door beide voorontwerpen van wet samen te onderzoeken ⁽³⁾ en in voorkomend geval, zal in het kader van het onderhavige advies worden verwezen naar advies 39.718/AV.

II. Voorafgaande vormvereisten

1. De Minister van Begroting heeft in haar brief van 23 december 2005 haar instemming niet betuigd met het voorliggende voorontwerp van wet, hoewel deze instemming nochtans vereist is krachtens artikel 5 van het koninklijk besluit van 16 november 1994 betreffende de administratieve en begrotingscontrole.

2. Overeenkomstig artikel 7 van hetzelfde besluit is eveneens de akkoordbevinding van de minister tot wiens bevoegdheid het algemeen bestuur behoort,

⁽³⁾ Bijvoorbeeld :

- sommige bepalingen van de voormelde wet van 15 december 1980 worden zowel gewijzigd bij het voorliggende voorontwerp van wet als bij het voorontwerp van wet 39.718/AV;
- andere bepalingen van de voormelde wet van 15 december 1980, die geen toepassing meer vinden in het kader van de nieuwe asielprocedure, worden niet opgeheven bij de bepalingen van het voorliggende voorontwerp van wet, maar wel bij de bepalingen van het voorontwerp van wet 39.718/AV;
- sommige wijzigingen die het voorliggende voorontwerp aanbrengt in de asielprocedure kunnen alleen grondig worden onderzocht door tezelfdertijd verscheidene bepalingen van het voorontwerp van wet 39.718/AV in aanmerking te nemen. Dit geldt trouwens ook voor sommige andere wijzigingen waarin het voorontwerp van wet 39.717/AV voorziet, bij voorbeeld met betrekking tot de afschaffing van de procedure inzake het verzoek tot herziening, met automatische schorsende werking;
- het is evenmin mogelijk met kennis van zaken de kwestie aan te snijden van de inwerkingtreding van de bepalingen van het voorontwerp van wet 39.717/AV en van de overgangsmaatregelen die ermee gepaard gaan of ermee gepaard zouden moeten gaan, zonder eveneens sommige overgangsbepalingen in aanmerking te nemen van het voorontwerp van wet 39.718/AV (zie onder meer artikel 70 van dat voorontwerp waarin wordt gepreciseerd : "Alle asielaanvragen en verzoeken tot herziening die ingediend worden voor de inwerkingtreding van deze wet, worden verder behandeld overeenkomstig de daags voor de datum van inwerkingtreding van deze bepaling geldende bepalingen").

.../...

vereist inzonderheid in zoverre het voorontwerp van wet het ambt van beheerder van de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen instelt ⁽⁴⁾.

3. Aangezien de artikelen 62 tot 65 van het voorontwerp van wet betrekking hebben op een aangelegenheid die ressorteert onder de bevoegdheid van de minister bevoegd voor de middenstand, behoort deze het voorontwerp van wet eveneens voor te dragen en mede te ondertekenen.

4. Deze opmerking geldt ook voor de minister bevoegd voor pensioenen, gelet op de artikelen 54 en 123 van het voorontwerp van wet.

III. Algemene opmerkingen

A. Vereiste in verband met de inachtneming van de "redelijke termijn"

1. De door de stellers van het voorontwerp van wet vooropgezette betrachting om, enerzijds, de structurele achterstand van de afdeling administratie van de Raad van State weg te werken en onder controle te houden en, anderzijds, de procedures inzake vreemdelingen te optimaliseren, brengt het essentiële begrip ter sprake van de "redelijke termijn" waarbinnen een rechtzoekende, ongeacht overigens tot welk rechtscollege hij zich wendt, kan verwachten dat over zijn beroep uitspraak wordt gedaan ⁽⁵⁾.

⁽⁴⁾ Zie in dezelfde zin advies 24.837/2, gegeven op 14 februari 1996 over een voorontwerp dat geleid heeft tot de wet van 4 augustus 1996 tot wijziging van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, *Parl. St.*, Senaat, 1995-1996, nr. 321/1.

⁽⁵⁾ In de commentaar bij de artikelen 60 tot 62 van de memorie van toelichting staat in dat opzicht het volgende te lezen :
"Het wegwerken van de achterstand in gewone zaken (is) voor de Regering een essentieel element in de ambitie om opnieuw tot een rechtsbedeling binnen een redelijke termijn - waarbij dit begrip niet noodzakelijk dient te worden gehanteerd in zijn juridische zin - bij de Raad van State te komen en om aan de Raad van State zijn ware rol van hoogste administratief rechtscollege terug te geven".

Het in acht nemen van de redelijke termijn is niet alleen een doel dat de wetgever met recht kan nastreven, het is een resultaat dat hij moet bereiken, wil hij voldoen aan zijn internationale verplichtingen. Op de eerste plaats komen in dat verband de artikelen 6 en 13 van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden. Zo heeft het Europees Hof voor de Rechten van de Mens in het arrest Conka tegen België voor recht verklaard :

"quant à l'engorgement du rôle du Conseil d'Etat et aux risques d'abus, la Cour estime que, tout comme l'article 6 de la Convention, l'article 13 astreint les Etats contractants à organiser leurs juridictions de manière à leur permettre de répondre aux exigences de cette disposition" ⁽⁶⁾.

Het recht op daadwerkelijke rechtshulp voor de persoon die de status van vluchteling aanvraagt, vloeit eveneens voort uit zowel artikel 16, lid 1, van het Verdrag van Genève betreffende de status van vluchtelingen, waarin de verplichting wordt vastgelegd om ervoor te zorgen dat "een vluchteling (...) het genot (heeft) van rechtsingang" - wat noodzakelijkerwijs de verplichting impliceert om daadwerkelijke rechtsmiddelen te waarborgen ⁽⁷⁾, als artikel 39 van richtlijn 2005/85/EG van de Raad van de Europese Unie van 1 december 2005 betreffende minimumnormen voor de procedures in de lidstaten voor de toekenning of intrekking van de vluchtelingenstatus ⁽⁸⁾.

Ongeacht dus de bepaling van internationaal recht die wordt aangevoerd ⁽⁹⁾, ligt het voor de hand dat het vereiste van de "redelijke termijn" eveneens van toepassing

⁽⁶⁾ EHRM, 5 februari 2002, Conka t. België, § 84.

⁽⁷⁾ Zie in die zin de adviezen 21.572/2, gegeven op 6 juli 1992 en 21.792/2, gegeven op 14 oktober 1992 over een voorontwerp van wet dat geleid heeft tot de wet van 6 mei 1993 tot wijziging van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen (*Parl. St.*, Kamer, 1992-1993, nr. 903).

⁽⁸⁾ In verband met de nadere regels voor de omzetting van die richtlijn wordt verwezen naar de algemene opmerking 4.

⁽⁹⁾ De relevantie van de verwijzing naar artikel 13 van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden berust op het feit dat de werkingssfeer van deze bepaling ruimer is dan die van artikel 6 van het Verdrag, aangezien het zich niet beperkt tot het vaststellen van burgerlijke rechten en verplichtingen of tot het bepalen van de gegrondheid van strafvervolgung, maar doelt op de schending van alle rechten en vrijheden die worden vastgelegd in het Verdrag en de aanvullende protocollen. Wat betreft het in aanmerking nemen van de buitensporig lange duur van de procedure ten aanzien van de vereisten van de daadwerkelijke rechtshulp in de zin van artikel 13 van het Verdrag, zie onder meer EHRM, 31 juli 2003, Doran t. Ierland, §§ 57 en 58.

is op de bij de Raad van State ingestelde beroepen ⁽¹⁰⁾. In het arrest *Entreprises Robert Delbrassine S.A. tegen België* van 1 juli 2004 heeft het Europees Hof voor de Rechten van de Mens de Belgische Staat onlangs trouwens veroordeeld om de volgende redenen :

"24. Le Gouvernement explique que l'affaire, qui touchait au domaine extrêmement compliqué du droit de l'aménagement du territoire, de l'urbanisme et de l'environnement était complexe. Le nombre des parties intervenantes et la connexité des causes n'ont pas contribué à la faciliter. Il constate aussi que la requérante n'a pas demandé un traitement prioritaire de l'affaire. Enfin, l'État belge a pris, ces dernières décennies, les mesures qui s'imposaient pour assurer le traitement des affaires pendantes devant le Conseil d'État dans les meilleurs délais, par les lois du 17 octobre 1990, du 4 août 1996, du 25 mai 1999 et du 18 avril 2000.

25. La requérante est d'avis que l'affaire n'était pas d'une complexité particulière et que rien dans son attitude n'a contribué au dépassement du délai raisonnable. Il existe une césure de trois années durant laquelle la procédure litigieuse n'a pas connu la moindre évolution du fait de l'inertie de l'auditeur, dont doit répondre l'État.

26. La Cour rappelle que le caractère raisonnable de la durée d'une procédure s'apprécie suivant les circonstances de la cause et eu égard aux critères consacrés par sa jurisprudence, en particulier la complexité de l'affaire, le comportement du requérant et celui des autorités compétentes ainsi que l'enjeu du litige pour les intéressés (voir parmi beaucoup d'autres, *Frydlender c. France* [GC] n° 30979/96, § 43, CEDH 2000-VII).

⁽¹⁰⁾ Naast de reeds aangehaalde internationale rechtsbepalingen, dient erop te worden gewezen dat meer specifieke rechtsnormen eveneens de inachtneming vereisen van een redelijke termijn voor de behandeling van administratieve geschillen. Bij wijze van voorbeeld kan artikel 1 worden aangehaald van richtlijn 89/665/EG van de Raad van 21 december 1989 houdende de coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toepassing van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen en voor de uitvoering van werken dat vereist dat "doeltreffend en vooral zo snel mogelijk beroep kan worden ingesteld", alsmede artikel 9, lid 4, van het Verdrag van Aarhus van 25 juni 1998 betreffende toegang tot informatie, inspraak bij besluitvorming en toegang tot de rechter inzake milieuaangelegenheden, waarin "snelle" beroepen openstaan om elke handeling, beslissing of nalatigheid die behoort tot de werkingssfeer van het Verdrag te betwisten, inzonderheid "het handelen en nalaten van (...) overheidsinstanties (...) die strijdig zijn met bepalingen van haar nationale recht betreffende het milieu" (zie in dat verband : Larssen, Chr. en Jadot, B., "L'accès à la justice en matière d'environnement au regard de la Convention d'Aarhus", in Larssen, Chr. en Pallemmaerts, M., (eds), *L'accès à la justice en matière d'environnement*, Brussel, Bruylant, 2005, blz. 226 en volgende, inz. blz. 241; Lombaert, B., "Questions d'actualité relatives au contentieux des enquêtes publiques", in B. Jadot (ed.), *La participation du public au processus de décision en matière d'environnement et d'urbanisme*, Brussel, Bruylant, 2005, blz. 243-247).

27. La Cour réaffirme qu'il incombe aux États contractants d'organiser leur système judiciaire de telle sorte que leurs juridictions puissent garantir à chacun le droit d'obtenir une décision définitive sur les contestations relatives à ses droits et obligations de caractère civil dans un délai raisonnable (*Vocaturo c. Italie*, arrêt du 24 mai 1991, série A, n° 206-C, p. 32, § 17). Si l'affaire pouvait présenter certaines difficultés particulières compte tenu notamment du nombre d'intervenants, la Cour constate que le Conseil d'État n'a rendu son arrêt que plus de cinq ans après avoir été saisi. Ceci résulte principalement du laps de temps pris par l'auditeur pour déposer son rapport dans l'affaire et le Gouvernement ne fournit pas d'élément de nature à expliquer la majeure partie de ce délai.

28. Ces éléments suffisent à la Cour pour conclure que la cause de la requérante n'a pas été entendue dans un délai raisonnable. Partant, il y a eu violation de l'article 6 § 1 de la Convention" ⁽¹¹⁾.

Volgens de algemene beschouwingen in de memorie van toelichting ⁽¹²⁾, bedraagt de doorlooptijd voor een dossier in de geschillenberechting buiten de vreemdelingengeschillen bij de Raad van State bijna vijf jaar. Het gaat om een gemiddelde, daar sommige procedures minder, andere veel meer tijd in beslag nemen. Om nieuwe veroordelingen te voorkomen heeft de Belgische Staat er de voorkeur aan gegeven in twee recente zaken een dading voor te stellen, waarbij in de eerste zaak aan de verzoeker, wiens beroep door de algemene vergadering van de Raad van State na acht jaar procederen was afgewezen wegens gebrek aan belang, een schadevergoeding is aangeboden van 10.000 euro ⁽¹³⁾ en in de tweede zaak aan de verzoeker die zeven jaar had gewacht op de uitspraak dat zijn verzoekschrift niet-ontvankelijk was wegens gebrek aan belang, 4.000 euro is aangeboden ⁽¹⁴⁾.

Sedertdien heeft de Ministerraad van de Raad van Europa, als gevolg van het voormelde arrest *Entreprises Robert Delbrassine S.A.*, besloten om België te interpellieren over de maatregelen die ons land van plan is te nemen om in de toekomst de "redelijke termijn" in acht te nemen.

⁽¹¹⁾ Zie eveneens het voormelde arrest *Conka*, dat ook betrekking heeft op een geschil bij de Raad van State en waarin het Hof ditmaal verwijst naar zowel artikel 6 als artikel 13 van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden. Zie eveneens : EHRM, 22 december 2004, *Stoeterij Zangersheide t. België*, nr. 47.295/99.

⁽¹²⁾ Memorie van toelichting, blz. 3.

⁽¹³⁾ EHRM, 15 januari 2004, *Taveirne t. België*, nr. 41.290/98.

⁽¹⁴⁾ EHRM, 21 april 2005, *Vanpraet t. België*, nr. 47.153/99.

Uit het bovenstaande blijkt dat, wil men eventuele nieuwe veroordelingen van België door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens voorkomen, er in de allereerste plaats snel maatregelen moeten worden genomen die het de Raad van State mogelijk maken zijn verplichting na te komen om de bij hem ingestelde beroepen te behandelen binnen een redelijke termijn en zulks in alle mogelijke aangelegenheden ⁽¹⁵⁾.

B. De oprichting van de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen en, daarmee samenhangend, de invoering van een procedure betreffende de toelaatbaarheid van het cassatieberoep bij de Raad van State

2.1. Gelet op de zo-even geschetste context, zijn het voorliggende voorontwerp van wet, alsmede het voorontwerp van wet 39.718/AV, voor het gedeelte dat wordt gewijd aan de hervorming van de administratieve fase van de asielprocedure, uiteraard een stap in de goede richting om het hoofddoel te bereiken dat de stellers van het voorontwerp met recht voor ogen hebben.

2.2. Meer in het bijzonder zou het oprichten van een nieuw administratief rechtscollege dat in plaats van de Raad van State kennis moet nemen van alle beroepen die worden ingesteld tegen individuele beslissingen genomen "met toepassing van de wetten op de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen" ⁽¹⁶⁾, onder voorbehoud van de hiernavolgende opmerkingen ⁽¹⁷⁾, de Raad van State kunnen ontlasten van een aanzienlijk deel van de geschillen die thans bij hem aanhangig zijn en hem bijgevolg in staat stellen zich beter te wijden aan het wegwerken

⁽¹⁵⁾ In verband met de door het Hof herhaaldelijk in herinnering gebrachte omstandigheid dat een Staat zich niet mag verschuilen achter de onvolmaaktheden van zijn gerechtelijk apparaat, zowel qua procedure als in andere domeinen, om te ontkomen aan de verantwoordelijkheid inzake de traagheid van de procedure; zie EHRM, 10 juli 1984, Guincho t. Portugal, Serie A, nr. 81; EHRM, 22 september 1994, Hentrich t. Frankrijk, § 61.

⁽¹⁶⁾ In verband met een eerste poging om een zodanig rechtscollege op te richten, zie de voorontwerpen van wet "tot hervorming van de asielprocedure" en "ter aanvulling van de hervorming van de asielprocedure en tot wijziging van de gecoördineerde wetten op de Raad van State", waarover de Raad van State op 16 maart 2001 de adviezen 31.171/4 - 31.172/4 heeft gegeven.

⁽¹⁷⁾ Zie algemene opmerking nr. 3.

van de opgelopen achterstand en aan de behandeling binnen een redelijke termijn van de bij hem ingestelde beroepen.

2.3. Het invoeren van een veralgemeende toelaatbaarheidsprocedure in het kader van de administratieve cassatiebevoegdheid van de Raad van State kan eveneens, op principieel gebied, de rol van de Raad van State als hoogste administratief rechtscollege versterken en hem in staat stellen de instroom van bij hem ingestelde beroepen te beheersen.

De Raad van State beklemtoont nu reeds dat, hoewel een zodanige filterprocedure geen vergelijkbaar precedent heeft in het interne recht, dergelijke procedure desalniettemin gekend is, zowel op het niveau van de internationale rechtscolleges - zoals er in de memorie van toelichting trouwens op wordt gewezen -, als bij de hoogste administratieve rechtscolleges van verscheidene lidstaten van de Europese Unie ⁽¹⁸⁾.

⁽¹⁸⁾ In dat verband dient erop te worden gewezen dat op 20 en 21 juni 2005 onder de bescherming van de Vereniging van de Raden van State en van de Hoge Administratieve Rechtscolleges van de Europese Unie, i.v.z.w. en met de steun van de Europese Unie, in Brussel een seminarie is gehouden met vertegenwoordigers van de Raden van State en van de hoogste administratieve rechtscolleges van het merendeel van de lidstaten van de Europese Unie, alsmede van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen, waarvan het thema luidde : "Les procédures judiciaires en matière de contentieux des étrangers et réfugiés". Een van de belangrijkste tijdens dat seminarie behandelde aspecten was dat van de organisatie van de beroepen bij de hoogste administratieve rechtscolleges, met inbegrip van het al dan niet bestaan bij die hoven van procedures van toelaatbaarheid van beroepen ("application for leave to appeal") of van filterprocedures, het beschrijven van die procedures en het onderzoek van de verschillende bij die hoven gehanteerde filter- of toelaatbaarheidscriteria. Het in aanmerking nemen van de in dezen door andere lidstaten van de Europese Unie opgedane ervaring kan nuttig zijn in het kader van de bespreking van de voorontwerpen van wet, zelfs al ligt het voor de hand dat die verschillende toelaatbaarheids- of filtermechanismen passen in de interne juridische context die eigen is aan elk van de betrokken lidstaten. Een document met de antwoorden van de verschillende deelnemers op de vooraf verspreide vragenlijst kan worden ingekeken op de site van de Vereniging. Het algemeen verslag van dit seminarie, samen met de verschillende technische fiches, zal eerstdaags worden bekendgemaakt. Het zal eveneens toegankelijk zijn via de internetsite van de Vereniging met een rechtstreekse link : (<http://193.191.217.21>) of via de internetsite van de Raad van State van België www.raadvst-consetat.be) door te klikken op "Association of the Councils of State and Supreme Administrative Jurisdictions of The European Union", vervolgens op "Colloquia" en op "Seminar in Brussels from 20th to 21st June 2005".

2.4. De algehele hervorming van de asielprocedure, zoals ze wordt bewerkstelligd door het thans onderzochte voorontwerp van wet en door het voorontwerp van wet 39.718/AV, moet er eveneens voor zorgen dat meer aandacht wordt geschonken aan de inachtneming van de redelijke termijn, niet alleen door de Raad van State, maar ook door de nieuwe Raad voor Vreemdelingenbetwistingen, en meer in het algemeen naar aanleiding van de asielprocedure in haar geheel, daaronder begrepen het stadium van het onderzoek van de aanvraag door de Commissaris-generaal voor de vluchtelingen en de staatlozen, die een onafhankelijke overheidsinstantie is.

C. Noodzakelijke samenhang van de data van inwerkingtreding van de verschillende aspecten van de hervorming (oprichting van de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen en toepassing van de toelaatbaarheidsprocedure bij de Raad van State)

3.1. Naast de positieve aspecten die hierboven zijn aangehaald, moet de Raad van State ook zijn bezorgdheid uiten over de wijze waarop sommige aspecten van de hervorming thans worden voorgesteld of, in de huidige stand van de ontwerpen, niet worden geregeld.

3.2.1. Allereerst moet worden opgemerkt dat de Vice-Eerste Minister en Minister van Begroting zich er weliswaar niet tegen verzette dat de voorontwerpen van wet op de agenda van de Ministerraad werden geplaatst en om advies naar de Raad van State werden doorverwezen, maar dat ze niettemin haar akkoordbevinding als Minister van Begroting niet uitdrukkelijk heeft verleend. Verwijzend naar het genuanceerde advies van de inspecteur van financiën, waarin de klemtoon onder meer wordt gelegd op het ontbreken van een betrouwbare budgettaire raming, heeft de Minister enerzijds opgemerkt dat nog vele vragen open blijven wat betreft het concrete verloop van de overgangperiode, en, anderzijds, dat de budgettaire kostprijs die de voorontwerpen van wet zullen meebrengen nog grondig moet worden onderzocht. In het besluit van de Ministerraad van 23 december 2005 wordt voorts gemeld dat een werkgroep *ad hoc* een nieuwe raming moet maken van de kostprijs inzake personeel en andere posten, onder meer op basis van het schema opgesteld voor het invoeren van de nieuwe procedures en de nieuwe instellingen.

3.2.2. In de algemene overwegingen van de memorie van toelichting wordt het volgende opgemerkt ⁽¹⁹⁾:

"Om de achterstand in zowel het algemene als in het vreemdelingencontentieux weg te werken en te beheersen, volstaat het niet maatregelen te nemen op één niveau - b.v. de Raad van State.

Het is duidelijk dat elke poging om de achterstand geleidelijk in te lopen, inhoudt dat maatregelen moeten worden genomen op de diverse niveaus. Zo zal de gerechtelijke achterstand op de Raad van State niet kunnen worden weggewerkt zonder structurele maatregelen op het vlak van het vreemdelingencontentieux dat, zoals gesteld, vanuit kwantitatief oogpunt gezien het belangrijkste contentieux is waarmee de Raad van State wordt geconfronteerd. Anderzijds zal het louter toekennen van mensen en middelen op zich niet volstaan om deze achterstand te saneren.

Dit alles doet de Regering besluiten dat om de globale achterstand weg te werken en de rechtsbescherming terug te herstellen, een hervorming van de rechtsprekende functie zich gelijktijdig moet focussen op twee acties enerzijds de beheersing en de wegwerking van de gerechtelijke achterstand op het niveau van de Raad van State en anderzijds de noodzaak aan een ingrijpende hervorming van de (administratiefrechtelijke en jurisdictionele) vreemdelingenprocedures".

Met uitzondering van enkele slotbepalingen die hoofdzakelijk overgangsmaatregelen bevatten met betrekking tot de inwerkingtreding van sommige nieuwe procedureregels bij de afdeling administratie van de Raad van State, en van de nieuwe bepalingen betreffende de toekenning van mandaten en de evaluatie, toepasselijk op de ambtsdragers bij de Raad van State, bevat het voorontwerp van wet geen enkele precieze bepaling met betrekking tot de datum waarop de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen zal worden ingesteld, de datum waarop de Vaste Beroepscommissie voor vluchtelingen zal worden opgeheven, of nog de datum waarop de Raad van State, met of zonder overgangsregeling, cassatierechter wordt met een toelaatbaarheidsprocedure, o.m., voor de vreemdelingenbetwistingen. Uit artikel 222, *in fine*, van het voorontwerp van wet, dat de inwerkingtreding van de bepalingen van het voorontwerp vaststelt, volgt alleen dat de bepalingen betreffende de oprichting van de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen, de bevoegdheid en de werkingsregels ervan, in werking treden op een niet nader bepaalde datum, te weten op een datum te bepalen door de Koning, zonder enige nadere precisering ⁽²⁰⁾.

⁽¹⁹⁾ Memorie van toelichting, blz. 12.

⁽²⁰⁾ Vergelijk met artikel 72 van het voorontwerp van wet 39.718/AV dat, wat de inwerkingtreding van de hervorming van de administratieve fase van de asielprocedure betreft, stelt dat die hervorming "in werking (treedt) op de datum te bepalen door de Koning bij een in de Ministerraad overlegd besluit".

Zo ook heft artikel 185 van het voorontwerp van wet de bepalingen van de wet van 15 december 1980 betreffende de Vaste Beroepscommissie voor vluchtelingen op, maar er wordt niets bepaald in verband met de zaken die nog hangende zijn vóór dit rechtscollège, noch in verband met wat er zal gebeuren met sommige leden ervan, die nochtans voor het leven benoemd zijn.

In de algemene overwegingen van de memorie van toelichting wordt dienaangaande opgemerkt :

"De Vaste Beroepscommissie voor de Vluchtelingen zal worden opgeheven en geïntegreerd in de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen. De nadere modaliteiten hiervan zullen het voorwerp uitmaken van een nadere wet tot inplaatsstelling van de nieuwe structuren inzake de vreemdelingenprocedure" ⁽²¹⁾.

In tegenstelling met de indruk die door artikel 222, *in fine*, van het voorontwerp van wet wordt gewekt, zou de oprichting van de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen dus niet door toedoen van de Koning geschieden, wanneer Hij de inwerkingtreding van de desbetreffende bepalingen vaststelt, maar zou voorafgaandelijk de "bijzondere wet" ⁽²²⁾ moeten worden goedgekeurd waarvan sprake is in de memorie van toelichting ⁽²³⁾.

3.2.3. Zoals uit de voorafgaande opmerkingen blijkt en zoals uitdrukkelijk wordt gesteld in de memorie van toelichting, moeten de hervorming van de organisatie van de Raad van State en die van de vreemdelingen geschillen echter gelijktijdig geschieden.

Het zou immers een illusie zijn ervan uit te gaan dat, indien de onderscheiden aspecten van de hervorming op verschillende tijdstippen, in één of meer stappen, in werking treden, de Raad van State - zelfs op termijn - één van de wezenlijke

⁽²¹⁾ Memorie van toelichting, blz. 20.

⁽²²⁾ Beter : "specifieke wet".

⁽²³⁾ In de memorie van toelichting wordt immers meermaals (blz. 14, 15, 20, 22, ...) gealludeerd op het volgende : "De begeleidingsmaatregelen die hiertoe noodzakelijk zullen zijn - zo zal er over gewaakt moeten worden dat het Auditoraat in staat zal zijn op een afdoende wijze te voorzien in het eerste onderzoek derwijze dat een continue toevloed naar de zetel gegarandeerd is - alsook die welke nodig zijn voor de inplaatsstelling en fasering van de nieuwe structuren inzake het vreemdelingencontentieux zullen het voorwerp uitmaken van navolgend onderzoek dat indien nodig zal leiden tot een navolgend wettelijk initiatief."

doelstellingen die de stellers van het voorontwerp nastreven, te weten een uitspraak binnen een redelijke termijn over het geheel van de bij de Raad van State ingestelde beroepen, zou kunnen bereiken, daar hij in dat geval er gelijktijdig voor zou moeten zorgen dat :

- de bestaande achterstand wordt weggewerkt,
- hij, onder voorbehoud van de opmerking hierna omtrent de vereisten met betrekking tot de doeltreffendheid van de toelaatbaarheidsprocedure, zijn nieuwe bevoegdheid van administratieve rechter in cassatie efficiënt uitoefent,
- en dat hij de bevoegdheid uitoefent die hij ook in de toekomst deels behoudt om in die vreemdelingenzaken die in een eerste fase niet worden toevertrouwd aan het nieuwe administratieve rechtscollege, te weten de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen, de nietigverklaring of de schorsing uit te spreken.

3.3. Tevens moet er de stellers van het voorontwerp van wet nu reeds op worden gewezen dat het opdragen aan de Raad van State van een bevoegdheid van administratieve cassatie met een toelaatbaarheidsprocedure, alleen zin heeft, in het bijzonder wat de vreemdelingenzaken betreft, indien die procedure aldus wordt georganiseerd dat ze niet ertoe kan leiden dat de Raad van State op korte termijn omgevormd wordt tot een bijkomende beroepsinstantie, wat zich kan voordoen indien het onmogelijk zou zijn om van meet af aan de ernstige voorzieningen te onderscheiden van de andere. Zulks houdt inzonderheid in dat de toelaatbaarheidsvoorwaarden klaar en duidelijk worden omschreven in de wet. Zoals zal worden opgemerkt bij de bijzondere opmerkingen gemaakt in verband met artikel 7 van het voorontwerp van wet, voldoen de toelaatbaarheidsvoorwaarden voor cassatie zoals ze thans zijn omschreven in het ontworpen artikel 20 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State echter niet voldoende aan dat vereiste. Het is trouwens zeer de vraag of ze beantwoorden aan het streven van de stellers van het voorontwerp van wet om de doelstellingen te bereiken die zij voor ogen hebben te weten, enerzijds, ervoor zorgen dat de Raad van State over het geheel van de hem voorgelegde beroepen uitspraak kan doen binnen een redelijke termijn en, anderzijds, de procedures betreffende de vreemdelingenzaken optimaliseren, onder meer door de oprichting van de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen, met behoud van een doeltreffende rechtsbescherming.

3.4. In de algemene overwegingen van de memorie van toelichting wordt eveneens gewag gemaakt van het feit dat de structurele en organisatorische maatregelen die voor de Raad van State in het vooruitzicht worden gesteld, alsmede de enkele wijzigingen die worden aangebracht in de procedureregels toepasselijk vóór de afdeling administratie van de Raad van State, het mogelijk moeten maken de werking van de Raad van State te verbeteren en een beter beheer van de geschillenberechting te waarborgen. Het valt echter te vrezen dat dat aspect van de hervorming op zich alleen niet ervoor zal kunnen zorgen dat de doelstellingen vastgelegd door de stellers van het voorontwerp van wet bereikt kunnen worden.

Zoals zal worden opgemerkt in het gedeelte van dit advies dat aan de bijzondere opmerkingen is gewijd, lijken sommige van de ontworpen wijzigingen in verband met de procedureregels meer erop gericht om diverse praktijken of een bepaalde rechtspraak van de kamers van de afdeling administratie al dan niet te bestendigen, dan wel om algehele verbetering van de procedure te bevorderen zoals ze thans wordt toegepast. Los van de vraag of zulke wijzigingen niet eerder moeten worden aangebracht in de algemene procedureregeling, evenwel met inachtneming van het legaliteitsbeginsel vervat in artikel 160 van de Grondwet, moet worden opgemerkt dat die "overregulering" een rem kan betekenen op bepaalde jurisprudentiële ontwikkelingen die, zoals de ervaring aantoont, noodzakelijk blijken.

Het lijkt in ieder geval waarschijnlijk of zelfs vanzelfsprekend dat, indien de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen niet binnen een zeer korte tijdspanne wordt opgericht of, zelfs indien hij wordt opgericht, maar de toelaatbaarheidsprocedure voor cassatie vóór de Raad van State niet gesteund zou zijn op strikte en duidelijke toelatingscriteria, de doelstellingen die de stellers van het voorontwerp van wet vooropgesteld hebben niet bereikt kunnen worden, tenzij bij wege van een aanzienlijke toename van de middelen waarover de Raad van State thans beschikt.

3.5. Uit de memorie van toelichting blijkt voorts dat de door de stellers van het voorontwerp van wet voorgenen hervorming, wat de gewone geschillenberechting betreft, slechts op middellange termijn resultaat kan opleveren.

De huidige gerechtelijke achterstand bij de Raad van State vereist echter dat een aantal maatregelen worden getroffen waarvan de resultaten sneller voelbaar zijn. Naast de maatregelen die in de memorie van toelichting worden aangekondigd met betrekking tot het Auditoraat van de Raad van State ⁽²⁴⁾, brengen de tijdelijke uitbreiding van het kader van de Raad, geregeld in artikel 61 van het voorontwerp, en de uitbreiding van de mogelijkheden om als alleenrechtsprekend rechter zitting te houden, zoals wordt geregeld in artikel 42 van het voorontwerp, op zijn minst mee dat ook het aantal griffiers moet worden uitgebreid dan thans voorzien is in het kader. Die onderscheiden maatregelen moeten zo spoedig mogelijk in werking treden ⁽²⁵⁾.

3.6. Het is dus in het licht van de hierboven besproken aandachtspunten dat het vervolg van dit advies moet worden opgevat.

D. Omzetting van de richtlijnen van de Raad van de Europese Unie

4.1. Ofschoon één van de wezenlijke bestanddelen van het voorontwerp van wet bestaat in de hervorming van bepaaldelijk de jurisdictionele fase van de procedure van erkenning van de hoedanigheid van vluchteling, wordt nergens in de bepalingen van het voorontwerp gealludeerd op enige omzetting van richtlijn 2005/85/EG van de Raad van de Europese Gemeenschappen van 1 december 2005 betreffende minimumnormen voor de procedures in de lidstaten voor de toekenning of intrekking van de vluchtelingenstatus (hierna "richtlijn 2005/85/EG" genoemd) ⁽²⁶⁾.

Ofschoon die richtlijn overeenkomstig artikel 43 ervan pas op 1 december 2007 hoeft te worden omgezet door de lidstaten, moeten de stellers van het voorontwerp zich desondanks nu reeds ervan vergewissen dat de goedkeuring van de thans onderzochte bepalingen niet tot gevolg zal hebben dat de verwezenlijking van het door deze richtlijn

⁽²⁴⁾ Memorie van toelichting, blz. 15.

⁽²⁵⁾ Zie in dat verband algemene opmerking nr. 1.

⁽²⁶⁾ Publicatieblad, L326, 13 december 2005.

voorgeschreven resultaat ernstig in gevaar zou komen ⁽²⁷⁾. Dat onderzoek moet des te nauwkeuriger geschieden daar de voorgenomen hervorming van de asielprocedure zich niet aandient als zijnde van voorlopige aard of als een stapsgewijze tenuitvoerlegging van die richtlijn, in de zin van de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen ⁽²⁸⁾. Het is integendeel de bedoeling dat die hervorming blijvend is en in ieder geval uitwerking zal hebben na 1 december 2007, de uiterste datum voor de omzetting van de richtlijn.

Naar aanleiding van het onderzoek van het voorontwerp van wet 39.718/AV ⁽²⁹⁾ heeft de gemachtigde van de minister een document ⁽³⁰⁾ bezorgd waarin op bondige wijze de bestaanbaarheid van zowel de bepalingen van het thans onderzochte voorontwerp van wet, als die van het voorontwerp van wet 39.718/AV met richtlijn 2005/85/EG is onderzocht.

Indien het nodig blijkt op min of meer korte termijn een nieuw voorontwerp van wet uit te werken dat ertoe strekt richtlijn 2005/85/EG volledig om te zetten, rijst de vraag of, eerder dan op korte termijn een zodanig ontwerp in te dienen bij de wetgevende kamers ⁽³¹⁾, het niet verkieslijk is zulke bepalingen rechtstreeks op te nemen in de thans onderzochte voorontwerpen van wet en erin te bepalen dat ze er eveneens toe strekken

⁽²⁷⁾ Volgens een vaste rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (zie onder meer het arrest van het Hof van 18 december 1997, *Inter-Environnement Wallonie vs. Waals Gewest*, zaak nr. C-129/96, *Jurispr.* 1997, I, blz. 7411 e.v.), dienen de lidstaten zich, gedurende de termijn van omzetting bepaald bij een richtlijn met het oog op de tenuitvoerlegging ervan, te onthouden van maatregelen die de verwezenlijking van het door deze richtlijn voorgeschreven resultaat ernstig in gevaar zouden brengen, ook al is de termijn van omzetting van die richtlijn nog niet verstreken en ook al zijn de lidstaten tot wie ze gericht is niet verplicht de gepaste maatregelen te treffen vóór het verstrijken van die termijn van omzetting.

⁽²⁸⁾ Zie inzonderheid het in de vorige voetnoot genoemde arrest van 18 december 1997 (inzonderheid de punten 47 en 49).

⁽²⁹⁾ Een voorontwerp van wet dat eveneens het domein bedoeld in de richtlijn betreft, in zoverre het de administratieve fase van de procedure van erkenning van de hoedanigheid van vluchteling beoogt te hervormen.

⁽³⁰⁾ Dat document dient, in aangepaste vorm, eveneens als bijlage te worden gevoegd bij de wetsontwerpen die zullen worden ingediend bij de wetgevende kamers.

⁽³¹⁾ Een ontwerp waarin dan met toepassing van artikel 43 van de richtlijn bepaald wordt dat het de omzetting van die richtlijn in het interne recht beoogt.

richtlijn 2005/85/EG om te zetten in het interne recht ⁽³²⁾. Zulk een werkwijze zou ontegensprekelijk het voordeel bieden dat de wetgevende kamers beter worden ingelicht over de werkelijke draagwijdte van de hen voorgelegde ontwerpen en dat ze tijdens de beraadslagingen rechtstreeks kennis kunnen nemen van de procedurele waarborgen die worden voorgeschreven bij richtlijn 2005/85/EG, zowel wat de administratieve fase van de procedure van erkenning van de status van vluchteling ⁽³³⁾ betreft, als wat de jurisdictionele fase van die procedure betreft ⁽³⁴⁾.

De stellers van het onderzochte voorontwerp van wet moeten hoe dan ook :

- in de memorie van toelichting de precieze werkwijze uiteenzetten die zij voornemens zijn te volgen met het oog op het waarborgen, zo nodig, van de effectieve en volledige omzetting van richtlijn 2005/85/EG in het interne recht;
- eveneens in de memorie van toelichting vastleggen dat de aldus gekozen wijze van legifereren geen schending oplevert van de verplichtingen van België op het stuk van de omzetting van communautaire richtlijnen, met andere woorden dat die werkwijze de verwezenlijking van het door de richtlijn voorgeschreven resultaat niet ernstig in gevaar zal brengen ⁽³⁵⁾.

4.2. Indien als gevolg van de voorafgaande opmerkingen wijzigingen worden aangebracht in de thans aan de afdeling wetgeving van de Raad van State om advies voorgelegde bepalingen, zulks teneinde richtlijn 2005/85/EG om te zetten, spreekt het vanzelf dat zulke wijzigingen eveneens om advies moeten worden voorgelegd aan de afdeling wetgeving, daar ze niet zouden voortvloeien uit aanpassingen aangebracht als gevolg van opmerkingen die door de Raad van State zijn gemaakt in dit advies.

⁽³²⁾ Zie artikel 43 van de richtlijn.

⁽³³⁾ Zie inzonderheid de artikelen 6 tot 36 van de richtlijn, die de procedure in eerste instantie betreffen.

⁽³⁴⁾ Zie inzonderheid artikel 39 van de richtlijn, dat het recht op een daadwerkelijk rechtsmiddel betreft.

⁽³⁵⁾ In dat verband moet worden opgemerkt dat het met toepassing van artikel 43 van de richtlijn aan de lidstaten toekomt om aan de Commissie de tekst mee te delen van de internrechtelijke bepalingen die ze aannemen met betrekking tot de materies geregeld bij de richtlijn.

4.3. Hoe dan ook moet, wat betreft artikel 13 van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden ⁽³⁶⁾, volgens de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens op basis van het geheel van de procedurele garanties die het interne recht van iedere lidstaat biedt op het stuk van de verschillende rechtsmiddelen waarin wordt voorzien, onderzocht worden of de vereisten voortvloeiend uit die bepaling al dan niet vervuld zijn. Volgens een vaste rechtspraak van het Hof kan het geheel van de rechtsmiddelen waarin het interne recht voorziet, in beginsel ervoor zorgen dat is voldaan aan de vereisten van artikel 13, zelfs indien geen enkel rechtsmiddel op zich er volledig aan voldoet ⁽³⁷⁾.

De stellers van het voorontwerp van wet moeten dan ook in de memorie van toelichting bij dit voorontwerp van wet uiteenzetten hoe de voorgenoemde hervorming van de asielprocedure in haar geheel, eveneens in het licht van de wijzigingen die bij het voorontwerp van wet 39.718/AV worden aangebracht in de administratieve fase van die hervorming, voldoet aan de vereisten van artikel 13 van het Verdrag en, in voorkomend geval, indien richtlijn 2005/85/EG nu reeds wordt omgezet, aan de vereisten van artikel 39 van de genoemde richtlijn met betrekking tot de waarborgen inzake het recht op daadwerkelijke rechtshulp.

Het is onder meer op basis van de waarborgen die aldus worden geboden wat betreft de procedure bij de Commissaris-generaal voor de vluchtelingen en de staatlozen, enerzijds, en in het kader van het jurisdictioneel beroep bij de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen, anderzijds, dat aanvaard kan worden dat de toelaatbaarheidsvoorwaarden voor een cassatieberoep bij de Raad van State vrij strikt zouden zijn.

E. Aanvullende opmerkingen

5. Teneinde de wetgevende kamers zo volledig mogelijk in te lichten, dienen vanzelfsprekend vergelijkende tabellen te worden opgemaakt, enerzijds, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State en, anderzijds, van de wet van 15 december 1980, zowel in de huidige lezing ervan als in de gecoördineerde versie, als gevolg van de

⁽³⁶⁾ Zie eveneens, wat de vluchtelingen betreft, artikel 16 van het Verdrag van 28 juli 1951 betreffende de status van vluchtelingen.

⁽³⁷⁾ Zie inzonderheid EHRM, 25 maart 1983, Silver t. Verenigd Koninkrijk, reeks A, nr. 61, blz. 42, par. 113; 15 november 1996, Chahal t. Verenigd Koninkrijk, *Jurispr.* 1996, - V, blz. 1869 - 1870, par. 145; 31 juli 2003, Doran t. Ierland, § 58.

wijzigingen die erin worden aangebracht, zowel bij de bepalingen van dit voorontwerp van wet als bij de bepalingen van het voorontwerp van wet 39.718/AV.

6. De Raad van State is er zich ten volle van bewust dat het uitwerken van een voorontwerp van wet, zoals datgene dat thans wordt onderzocht, een omvangrijke taak is. Hij acht het evenwel nodig de stellers ervan erop te wijzen dat de voorgelegde teksten voor verbetering vatbaar zijn, inzonderheid wat betreft de overeenstemming tussen de Nederlandse en de Franse tekst van de ontworpen bepalingen, de samenhang van sommige passages van de memorie van toelichting met de inhoud van de bepalingen waarop ze betrekking hebben, en de verwijzingen in sommige van de ontworpen bepalingen. Naast de bijzondere opmerkingen die worden gemaakt omtrent bepaalde artikelen van het voorontwerp van wet, verwijst de Raad van State bij wijze van voorbeeld naar de enkele opmerkingen die in punt V van dit advies worden gemaakt, inzonderheid wat de kwaliteit van de redactie van het voorontwerp van wet betreft.

IV. Bijzondere opmerkingen

Wijzigingen aan titel III - Hoofdstuk III - Het administratieve kortgeding

Artikel 5

(artikel 17 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State)

Artikel 5, 3°

1. Luidens het ontworpen artikel 17, § 3, eerste lid, moeten, behoudens in het geval van uiterste dringende noodzakelijkheid, bij één en dezelfde akte zowel de vordering tot schorsing als het beroep tot nietigverklaring worden ingesteld.

Om betwistingen te vermijden, alsmede om te voorkomen dat de griffie genooddaakt wordt voor elk verzoekschrift te onderzoeken of in het verzoekschrift geen vordering tot schorsing verscholen zit, verdient het aanbeveling het vereiste in de wet in te schrijven dat in het opschrift van het verzoekschrift uitdrukkelijk wordt vermeld dat hetzij een beroep tot nietigverklaring wordt ingesteld, hetzij een vordering tot schorsing en een beroep tot nietigverklaring.

2. Luidens de memorie van toelichting "blijft het indienen van een vordering tot schorsing (al dan niet bij uiterst dringende noodzakelijkheid) nadat reeds een

.../...

beroep tot nietigverklaring is ingediend, niet mogelijk" ⁽³⁸⁾. De tekst van het ontworpen artikel 5, 3°, sluit evenwel niet uit dat een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid na het annulatieberoep wordt ingediend.

Artikel 5, 4°

1. Het ontworpen artikel 17, § 4, tweede lid, bepaalt op vrij gedetailleerde wijze hoe het aangewezen lid van het Auditoraat te werk dient te gaan nadat het tussenarrest in de schorsingsprocedure werd gewezen.

2. Er wordt in de mogelijkheid voorzien om na een schorsingsprocedure geen auditorsverslag op te stellen over het vernietigingsberoep. Het nut van die maatregel is beperkt. De auditeur zal de zaak hoe dan ook opnieuw moeten bekijken.

De in het ontworpen artikel 17, § 4, tweede lid, voorgestelde werkwijze lijkt alleen haalbaar wanneer de partijen in het kader van de procedure ten gronde in zekere zin "berusten". Indien nieuwe argumenten worden aangevoerd of zelfs indien de partijen hardnekkig op hun standpunt blijven - wat in de praktijk trouwens meestal het geval is - lijkt de auditeur zich onmogelijk te kunnen beperken tot een verwijzing naar de overwegingen van het schorsingsarrest, temeer omdat die overwegingen enkel gesteund zijn op een *prima facie* onderzoek (uit de memorie van toelichting blijkt trouwens dat de stellers van het voorontwerp van wet hun voorkeur duidelijk laten uitgaan naar een summier onderzoek tijdens de schorsingsprocedure) ⁽³⁹⁾. Zo bekeken lijken de gevallen waarin op een ernstige wijze toepassing kan worden gemaakt van de voorgestelde werkwijze veeleer beperkt.

Bovendien dient te worden vastgesteld dat, indien de auditeur er voor kiest toepassing te maken van het nieuwe artikel 17, § 4, tweede lid, en om derhalve geen verslag te maken, er nooit een onderzoek aan de zaak zal worden gewijd dat verder gaat dan een *prima facie* onderzoek.

⁽³⁸⁾ Memorie van toelichting, blz. 32.

⁽³⁹⁾ Memorie van toelichting, blz. 33-35.

3. De vraag rijst of het ontworpen artikel 17, § 4, tweede lid, inhoudt dat, in de toekomst, in ieder schorsingsverslag zowel het nadeel als de middelen zullen moeten worden onderzocht.

Voorals de zin luidens welke "(...) het lid van het Auditoraat geen verslag over de grond van de zaak (moet) opstellen indien, (nadat) de vordering tot schorsing is verworpen omdat niet is voldaan aan de tweede in artikel 17, § 2, (bedoelde) voorwaarde, het (betrokken) lid van het Auditoraat bij het onderzoek van het beroep tot nietigverklaring tot de bevinding komt dat de overwegingen van het in het raam van de schorsingsprocedure opgestelde verslag volstaan om het geschil op te lossen", in combinatie met de memorie van toelichting bij artikel 5, 4°, van het voorontwerp van wet luidens welke "deze maatregel (...) het dubbel onderzoek noch de rechten van de partijen (raakt) - deze weten immers welk het standpunt van het Auditoraat is en kunnen zich erop verweren" voeden deze vraag ⁽⁴⁰⁾.

Minstens is niet duidelijk hoe de bepaling dat, indien er een verwerping is op grond van het nadeel maar in het schorsingsverslag ook al een bespreking van de middelen was uiteengezet, er geen verslag ten gronde meer zal moeten worden gemaakt, in de praktijk zal worden toegepast.

4. Door het ontworpen artikel 17, § 4, tweede lid, wordt de procedureregeling nog ingewikkelder, terwijl de werktijdbesparing erdoor te verwaarlozen is. Momenteel kan de auditeur reeds zijn verslag over het annulatieberoep beperken tot een verwijzing naar de overwegingen van het verslag of arrest over de vordering tot schorsing. De ontworpen regeling komt er in wezen enkel op neer het procedurestuk een andere naam te geven ("standpunt" i.p.v. "verslag" van het Auditoraat).

5. Het ontworpen artikel 17, § 4, tweede lid, doet bovendien de vraag rijzen of de partij die door de auditeur in het ongelijk wordt gesteld (zie artikel 21, laatste lid, van de gecoördineerde wetten én het ontworpen artikel 30, § 3, vervangen door artikel 13, 5°, van het voorontwerp) nog de voortzetting van de procedure moet vragen wanneer haar geen verslag wordt betekend ?

⁽⁴⁰⁾ Memorie van toelichting, blz. 36.

Zo ja, dan moeten artikel 21, laatste lid, en het ontworpen artikel 30, § 3, van de gecoördineerde wetten worden aangepast. Zo neen, dan is het onduidelijk wat het voordeel hiervan is.

6. Zoals het ontworpen artikel 17, § 4, tweede lid, eerste volzin, is geredigeerd, laat het enkel een verwijzing toe naar de overwegingen van het "tussenarrest" en dus niet naar de bevindingen van het auditorsverslag dat in het raam van de schorsingsprocedure werd neergelegd.

7. De conclusie is dan ook dat de ontworpen regeling verschillende vragen doet rijzen en bovendien overbodig is nu de gecoördineerde wetten reeds toelaten dat het lid van het Auditoraat een summier verslag opstelt waarin hij verwijst naar de overwegingen van het schorsingsarrest.

Zo de stellers van het voorontwerp van wet evenwel van oordeel zouden zijn dat het ontworpen artikel 17, § 4, tweede lid, toch moet behouden blijven, kan de vraag worden gesteld of in dat lid wel dermate wezenlijke elementen van de procedure worden geregeld dat deze op die op een dergelijke gedetailleerde wijze in de wet dienen te worden opgenomen, dan wel of dit niet veeleer in het besluit van de Regent van 23 augustus 1948 tot regeling van de rechtspleging voor de afdeling administratie van de Raad van State dient te gebeuren.

Wijzigingen aan titel V - Rechtspleging - Hoofdstuk I - Rechtspleging voor de
afdeling administratie

Artikel 7

(ontworpen artikel 20 van de gecoördineerde wetten)

1.1. Het ontworpen artikel 20 voorziet in een toelaatbaarheidsprocedure in cassatie voor alle cassatieberoepen die aanhangig worden gemaakt (de zogenaamde filter- of zeefprocedure). Deze toelaatbaarheidsprocedure is een preliminaire procedure voor de toegang tot het cassatieberoep, waarin de Raad van State de rechtzoekende al dan niet toestaat de zaak bij dat rechtscollege aanhangig te maken.

.../...

Die toelaatbaarheidsprocedure wordt georganiseerd in de vorm

"van 'het zeven van de bij de Raad van State ingestelde voorzieningen in cassatie', op grond waarvan de Raad van State, volgens een verkorte en versnelde procedure, elke ingestelde vordering kan afwijzen of niet-toelaatbaar verklaren op grond van een summiere motivering. Dit heeft tot gevolg dat elke verzoeker een zodanige voorziening mag instellen en dat deze voorziening in rechte hangende is bij de Raad van State, op zijn minst totdat de Raad een beslissing neemt op het niveau van de toelaatbaarheidsprocedure".

1.2.1. In verband met het principe zelf van het invoeren van zulk een procedure, wordt in de memorie van toelichting aangegeven dat deze preliminaire procedure voor de toegang tot cassatieberoep ertoe strekt te voorkomen

"dat het hoogste administratieve rechtscollege door de verzoekers louter wordt beschouwd als een tweede appelrechter en dat de Raad van State voorzieningen in cassatie moet onderzoeken en ten gronde berechten waarvan na een kort voorafgaand onderzoek blijkt dat die, gelet op de middelen die erin worden aangevoerd, geen enkele kans maken om te worden ingewilligd".

In de memorie van toelichting wordt voorts, met verwijzing naar beslissingen van de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens en naar arresten zowel van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens als van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen, aangegeven dat zowel in het licht van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden als in dat van het Gemeenschapsrecht, kan worden aanvaard dat in de cassatieprocedure alleen de beroepen worden onderzocht waarin middelen worden aangevoerd die daadwerkelijk van die aard zijn dat ze tot cassatie leiden, die "(reële) kansen op welslagen" hebben, die principiële vragen (belangrijke juridische kwesties) doen rijzen of een ander motief aan de orde stellen dat van die aard is dat het beroep in aanmerking moet worden genomen.

In de memorie van toelichting wordt nog aangegeven dat :

- "de instelling van een dergelijke procedure van toelating ... niet uitzonderlijk (is). Verschillende Lid-Staten van de Europese Unie hebben [immers] een filterprocedure of toelatingsprocedure ingevoerd bij hun hoogste administratieve rechtscollege. (...) Ook de Europese en internationale rechtsinstanties kennen een of andere vorm van toelaatbaarheidsprocedure (...)",

.../...

- en dat de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens inzonderheid geoordeeld heeft dat zulk een procedure bestaanbaar is met artikel 6 van het Verdrag voor zover de rechtsingang daardoor niet derwijze of dermate wordt beperkt dat het wezen zelf van het recht er door wordt aangetast".

Met verwijzing naar arresten van het Arbitragehof wordt in de memorie van toelichting voorts gesteld dat het instellen van een "toelaatbaarheidsgrond" geen afbreuk doet aan de fundamentele waarborgen van de jurisdictionele wettigheidstoetsing die aan de Raad van State is toevertrouwd :

"de bij de gecoördineerde wetten op de Raad van State voorgeschreven procedures blijven toegankelijk voor de betrokken rechtsonderhorigen. Het komt de Raad van State toe hierop toezicht uit te oefenen".

1.2.2. Bij de ontworpen bepaling wordt overigens een onderscheid ingevoerd wat de toelaatbaarheidsvoorwaarden betreft, naar gelang het beroep al dan niet gericht is tegen een beslissing van de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen.

In de memorie van toelichting wordt die verschillende behandeling verantwoord :

- ten eerste, door de specifieke kenmerken van de geschillenberechting in vreemdelingenzaken (de te verwachten toevloed van voorzieningen, de dringende noodzakelijkheid om de geschillen te behandelen, het feit dat misbruik van de procedure moet worden tegengegaan);
- en, ten tweede, door de oprichting van de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen waarvan de bevoegdheid en de samenstelling garant staan "voor een hoge kwalitatieve en onpartijdige benadering van de geschillen" in vreemdelingenzaken.

1.2.3. De toelaatbaarheidsprocedure voor cassatieberoepen, die dezelfde is ongeacht het type van het geschil in kwestie, is opgevat als een snelle procedure zonder terechtzitting, na afloop van welke procedure één enkel lid van de Raad bij een beschikking die een beknopte motivering bevat, beslist of een cassatieberoep al dan niet

toelaatbaar is ⁽⁴¹⁾ ⁽⁴²⁾. Tegen die beschikking is geen enkel beroep mogelijk. De pertinentie van de aldus bepaalde nadere regels wordt weer verantwoord door te verwijzen naar beslissingen van de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens en naar verscheidene arresten zowel van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens als van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen.

1.3.1. Zoals in de memorie van toelichting wordt opgemerkt, is het principe zelf van het invoeren van een filter- of toelaatbaarheidsprocedure voor beroepen bij een instantie die rechtsprekt in hoger beroep of cassatie en die kennis moet nemen van beroepen gericht tegen een beslissing uitgaande van een gerecht van eerste of tweede aanleg, op zich bestaanbaar met bepalingen van internationaal recht of gemeenschapsrecht die bindend zijn voor de lidstaten van de Europese Unie.

Zoals eveneens vermeld wordt in de memorie van toelichting is voor de beroepen gericht tot het Europees Hof voor de Rechten van de Mens reeds een filterprocedure ingesteld naar aanleiding van de inwerkingtreding van Protocol nr. 11 bij het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden. De ondervinding leert echter dat dat mechanisme het niet mogelijk maakt het hoofd te bieden aan de toevloed van verzoekschriften die onlangs bij het Hof zijn ingediend, terwijl volgens het verklarend verslag betreffende Protocol nr. 14 bij het Verdrag ⁽⁴³⁾ bijna 90 % van de individuele verzoekschriften niet-ontvankelijk zijn

⁽⁴¹⁾ In verband met de overige juridische gevolgen die een beschikking houdende toelaatbaarheid van een cassatieberoep bij de Raad van State kan hebben, wordt inzonderheid verwezen naar het nieuwe artikel 9bis, § 1, tweede lid, van de wet van 15 december 1980 (artikel 4 van het voorontwerp van wet 39.718/AV).

⁽⁴²⁾ Vergelijk met de toelaatbaarheidsprocedure voor cassatieberoepen ingesteld bij de Raad van State van Frankrijk, waarbij alleen een uitdrukkelijke beslissing wordt genomen als de voorziening wordt afgewezen. Bij ontstentenis van zulk een beslissing wordt ambtshalve overgegaan tot het onderzoek van de zaak onder de gewone voorwaarden (Artikel L882-1 van de *Code de justice administrative* en Decreet nr. 97-1177 van 24 december 1997 *relatif à la procédure d'admission des pourvois en cassation devant le Conseil d'Etat et modifiant le décret n° 63-766 du 30 juillet 1963 relatif à l'organisation et au fonctionnement du Conseil d'Etat*, waarvan de bepalingen de artikelen R 822-1 tot R 822-6 vormen van de *Code de Justice administrative*).

⁽⁴³⁾ <http://conventions.coe.int/Treaty/FR/Reports/Html>.

verklaard in het jaar 2003. Daarom wordt bij de artikelen 7 ⁽⁴⁴⁾ en 12 ⁽⁴⁵⁾ van Protocol nr. 14 ⁽⁴⁶⁾ bepaald dat de bestaande filterprocedure zal worden gewijzigd om ze sneller en dwingender te maken ⁽⁴⁷⁾.

Naast de verwijzingen die reeds vervat zijn in de memorie van toelichting, behoort erop te worden gewezen, wat het gemeenschapsrecht betreft, dat de oprichting, naar aanleiding van het Verdrag van Nice, van het nieuwe Gerecht voor Ambtenarenzaken, met de mogelijkheid om tegen de beslissingen van dat Gerecht beroep in te stellen bij het Gerecht van eerste aanleg van de Europese Gemeenschappen, eveneens geleid heeft tot het invoegen in het EG-Verdrag, van een strikt mechanisme voor een eventueel heroverwogen door het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen van de beslissingen die het Gerecht van eerste aanleg terzake heeft gewezen. Dat mechanisme zou alleen van toepassing zijn in geval er een ernstig gevaar bestaat dat de eenheid of de samenhang van het gemeenschapsrecht wordt aangetast ⁽⁴⁸⁾. Het gaat om een soort van "voorziening in het belang van de wet" die alleen kan worden voorgesteld door de eerste advocaat-generaal van het Hof ⁽⁴⁹⁾.

Naast deze twee filterprocedures, waarin zowel bij het Europees Hof voor de Rechten van de Mens als bij het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen

⁽⁴⁴⁾ Waarbij in het Verdrag een nieuw artikel 27 wordt ingevoegd.

⁽⁴⁵⁾ Waarbij artikel 35, lid 3, van het Verdrag wordt gewijzigd.

⁽⁴⁶⁾ Zie advies 39.457/2, gegeven op 28 november 2005, over een voorontwerp van wet houdende instemming met het Protocol nr. 14 bij het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, tot wijziging van het controlesysteem van het Verdrag, gedaan te Straatsburg op 13 mei 2004.

⁽⁴⁷⁾ Vanaf de inwerkingtreding van Protocol nr. 14 zal een alleensprekende rechter bij een definitieve beslissing een individueel verzoekschrift, ingediend met toepassing van artikel 34 van het Verdrag, niet-ontvankelijk kunnen verklaren of het van de rol afvoeren wanneer zulk een beslissing zonder aanvullend onderzoek kan worden genomen (nieuw artikel 27 van het Verdrag). De voorwaarden voor niet-ontvankelijkheid worden bepaald bij het nieuwe artikel 35, lid 3, van het Verdrag.

⁽⁴⁸⁾ Artikel 225, leden 2 en 3, van het EG-Verdrag.

⁽⁴⁹⁾ Zie de artikelen 62 en volgende van het Statuut van het Hof.

voorzien is, bestaan in verschillende lidstaten van de Europese Unie eveneens, zoals opnieuw wordt opgemerkt in de memorie van toelichting :

- ofwel procedures waarbij gewoon het verbod wordt opgelegd om hoger beroep in te stellen bij bepaalde types van geschillen, waaronder vreemdelingen-geschillen ⁽⁵⁰⁾ ⁽⁵¹⁾;
- ofwel procedures waarbij wordt toegestaan hoger beroep in te stellen ("application for leave to appeal") ⁽⁵²⁾;
- of nog mechanismen voor het filteren van de beroepen ingesteld bij het appèlgerecht of bij het hooggerechtshof ⁽⁵³⁾.

In het licht van deze verschillende voorbeelden en gelet op de beslissingen van de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens, alsmede op de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens en van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen terzake ⁽⁵⁴⁾, kan dus worden gesteld dat, zowel de bepalingen

⁽⁵⁰⁾ Dit is inzonderheid het geval met Hongarije, waar de eindbeslissing in vreemdelingengeschillen genomen wordt door de Hoofdstedelijke Rechtbank van Boedapest, zonder mogelijkheid van hoger beroep bij het Hof van beroep en zonder mogelijkheid van beroep bij het Hooggerechtshof.

Een hervorming in die zin wordt eveneens overwogen voor Luxemburg : afschaffing van de mogelijkheid om hoger beroep in te stellen bij de Cour administrative tegen bepaalde beslissingen genomen door de Tribunal administratif in het kader van vreemdelingengeschillen (zie in dit verband het advies gegeven door de Raad van State van het Groothertogdom Luxemburg op 3 mei 2005, waarin inzonderheid verwezen wordt naar artikel 39 van de richtlijn 2005/85/EG en naar het niet voorhanden zijn van de mogelijkheid om cassatieberoep in administratieve zaken in te stellen (<http://www.ce.état.lu>)).

⁽⁵¹⁾ Artikel 39 van richtlijn 2005/85/EG legt trouwens aan de lidstaten van de Europese Unie alleen de verplichting op om een enkele aanleg ter zake van rechterlijk beroep te organiseren.

⁽⁵²⁾ Dit is onder meer het geval met de Bondsrepubliek Duitsland, Estland, Finland, Frankrijk, Groot-Brittannië en Zweden.

⁽⁵³⁾ Een dergelijke filterprocedure bestaat meer bepaald in Oostenrijk, Spanje, Griekenland, Polen, Portugal of de Tsjechische Republiek (recente wijziging aangebracht op 13 oktober 2005 in de Code of Administrative Justice).

⁽⁵⁴⁾ Zie inzonderheid de vindplaatsen in de literatuur geciteerd in de memorie van toelichting.

van het communautaire recht als de bepalingen van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden op zich niet beletten een toelaatbaarheidsprocedure voor cassatieberoepen bij de Raad van State in te stellen.

In het voormelde arrest Conka t/ België lijkt het Europees Hof voor de Rechten van de Mens zelfs, door uitdrukkelijk te verwijzen naar het arrest Sussmann t/ Duitsland van 16 september 1996, onrechtstreeks te hebben gerefereerd aan de mogelijkheid om dergelijke filterprocedures in het interne recht te organiseren, en dit om te herinneren aan zijn vaste rechtspraak volgens welke het aan de verdragsluitende Staten staat hun gerechten zo te organiseren dat ze kunnen voldoen aan de vereisten van artikel 13 van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden ⁽⁵⁵⁾.

1.3.2. Uit de in de memorie van toelichting geciteerde rechtspraak blijkt eveneens dat de lidstaten een bepaalde beoordelingsvrijheid genieten, zowel bij de bepaling van de filter- of toelaatbaarheidscriteria als bij de vaststelling van de bij het hooggerechtshof te volgen procedureregels, en dat deze beoordelingsvrijheid des te flexibeler is daar het gerecht van eerste of tweede aanleg al op zijn niveau, zowel wat zijn bevoegdheid betreft, als wat betreft de procedure die bij dit gerecht wordt toegepast, voldoet aan de vereisten van artikel 13 van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden ⁽⁵⁶⁾.

Steeds voor zover aangetoond is dat het geheel van de beroepsmogelijkheden die het interne recht van de betrokken lidstaat biedt, voldoet aan

⁽⁵⁵⁾ Zie paragraaf 45 van het arrest. In dit arrest Sussmann t/ Duitsland van 16 september 1996 (Recueil, 1996-IV, blz. 1174, § 55), had het Hof erop gewezen dat de omstreden beslissing, waarvan was aangevoerd dat ze te laat was, tot stand was gekomen "in het kader van een voorafgaande toelaatbaarheidsprocedure" die het inzonderheid mogelijk maakt onontvankelijke beroepen of beroepen die om andere redenen onvoldoende kansen op slagen hebben af te wijzen, zonder terechtzitting en met een beknopte motivering waarin alleen sprake is van "het juridisch gegeven dat bepalend is voor de weigering van toelating" (§ 22). Bovendien heeft het Hof, terwijl de Commissie uit de toepassing van deze filterprocedure had afgeleid dat de zaak niet complex was, daarentegen gesteld dat de "bevinding van het grondwettelijk Hof van de Bondsrepubliek dat het beroep van de heer Sussmann niet toelaatbaar was, na afloop van een voorafgaande procedure" niet betekende dat de zaak niet "enigszins complex" kon zijn (§ 50).

⁽⁵⁶⁾ Zie algemene opmerking 4.3.

de vereisten van artikel 13 van het Verdrag is, zoals voorts wordt opgemerkt in de memorie van toelichting, effectief aanvaard dat de procedure die door het Hooggerechtshof wordt toegepast, kan verlopen zonder terechtzitting en kan uitmonden in een beslissing tot weigering van toelating of tot verwerping, waarbij slechts een beknopte motivering wordt gegeven ⁽⁵⁷⁾.

1.3.3. Het is dus in het zoëven geschetste juridische kader en met inachtneming van de rechtspraak van het Arbitragehof, inzonderheid in het licht van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet ⁽⁵⁸⁾, dat zowel de bepaling van het voorontwerp van wet die de toelaatbaarheidsprocedure instelt voor cassatieberoepen bij de Raad van State,

⁽⁵⁷⁾ Bij wijze van voorbeeld kan erop worden gewezen dat, in het kader van de procedure van hoger beroep, bij de Raad van State van Nederland, opnieuw door de nieuwe vreemdelingenwet van 23 november 2000, tegen beslissingen genomen in eerste aanleg door de vreemdelingenkamer van de rechtbank te 's Gravenhage, bijzondere procedureregels op het niveau van de Raad van State zijn ingevoerd voor dit soort van geschillen. Deze bijzondere regels bieden aan de Raad van State meer bepaald de mogelijkheid uitspraken te doen met een alleensprekend rechter, zonder terechtzitting en met een beknopte motivering van de beslissing en, in tegenstelling tot het gemene recht van de beroepsprocedure bij de Raad van State van Nederland, is geen verzet mogelijk tegen een dergelijke uitspraak die zonder zitting wordt gedaan (zie inzonderheid de artikelen 88 en 91 van de wet). Volgens de memorie van toelichting van die wet zou het bieden van deze mogelijkheid van verzet in alle gevallen waarin de vreemdeling door de Raad van State zonder zitting wordt afgewezen, tot gevolg hebben dat in bijna alle gevallen verzet zou worden gedaan, zelfs in de gevallen waarin totaal geen kans op slagen bestaat. Dit zou bij wijze van gevolg een onaanvaardbare verhoging van de werklast van de Raad van State meebrengen en een verlenging van de termijn van de rechtspleging bij de Raad. De uitsluiting van verzet betekent daarentegen dat alle eenvoudige zaken door de Raad van State kunnen worden behandeld volgens een louter schriftelijke procedure. In de memorie van toelichting wordt bovendien gesteld dat dit niet strijdig is met de vereisten van artikel 6 van het EVRM : *"Daargelaten in hoeverre artikel 6 EVRM in vreemdelingenzaken van toepassing is, is algemeen aanvaard dat dit artikel niet eist dat ieder afzonderlijk stadium van de procedure aan de eisen van artikel 6 voldoet, mits de procedure als geheel maar aan die eisen voldoet. Aan die laatste voorwaarde is voldaan, nu het recht op een openbare behandeling in eerste aanleg voldoende is gewaarborgd."* (Tweede Kamer der Staten-Generaal, 1998-1999, nr. 26.732, nr. 3, blz. 83).

⁽⁵⁸⁾ Zie inzonderheid, betreffende de toelaatbaarheid van specifieke procedureregels in het kader van de geschillenprocedure bij de Raad van State, de arresten van het Arbitragehof nr. 72/2000 van 14 juni 2000 (overw. B.4.2. en B.5.2. tot B.5.4.), 87/2001 van 21 juni 2001 (overw. B.5.2. en B.6.), en nr. 21/2002 van 23 januari 2002 (overw. B.4. tot B.7.).
Zie ook, wat betreft de specificiteit van vreemdelingengeschillen, de arresten van het Arbitragehof nr. 61/94 van 14 juli 1994 (overw. B.6.2.) en nr. 77/2002 van 8 mei 2002 (overw. B.3.2. tot B.6.).

als de overige bepalingen van het voorontwerp van wet welke de bevoegdheid en de regels voor de procedure bij de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen vaststellen, moeten worden onderzocht ⁽⁵⁹⁾.

2. Deze filterprocedure is één van de middelen die er moeten toe bijdragen om de achterstand in zowel het algemene als in het vreemdelingencontentieux weg te werken en te beheersen.

Zoals in de memorie van toelichting wordt benadrukt, moet "het invoeren van een *efficiente* zeefprocedure in administratieve cassatie (...) er zorg voor dragen dat de Raad van State in cassatie niet langer wordt overstelpt met dilatoire en/of ondermaatse verzoekschriften" ⁽⁶⁰⁾. In het bijzonder wat het cassatieberoep in het vreemdelingencontentieux betreft, verantwoordt dit, aldus diezelfde toelichting, "de goedkeuring van bijzondere en striktere regels die geschikt zijn om misbruik van de procedure tegen te gaan en om de behandeling van de verzoekschriften gericht tegen beslissingen die met toepassing van die (vreemdelingen)wetgeving zijn genomen, te versnellen" ⁽⁶¹⁾ ⁽⁶²⁾.

Om dit doel te bereiken is evenwel vereist dat de toelaatbaarheidsvoorwaarden, die in functie daarvan worden vastgesteld, worden geformuleerd in bewoordingen die voldoen aan de eisen ter zake van nauwkeurigheid en duidelijkheid. De Raad van State moet echter vaststellen, zoals hierna moge blijken, dat met de ontworpen filterprocedure voor de vreemdelingengeschillen, het door de Regering beoogde doel niet wordt bereikt.

⁽⁵⁹⁾ Zie in dit verband de bijzondere opmerkingen bij de artikelen 68 tot 180 van het voorontwerp van wet.

⁽⁶⁰⁾ Memorie van toelichting, blz. 16.

⁽⁶¹⁾ Memorie van toelichting, blz. 43.

⁽⁶²⁾ Zie ook de memorie van toelichting (blz. 65) bij het voorontwerp van wet tot wijziging van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen (voorontwerp van wet 39.718/AV). Volgens die toelichting kan "tegen een beslissing van de RVV (Raad voor Vreemdelingenbetwistingen) een cassatieberoep worden ingesteld bij de Raad van State, dat slechts kans op slagen heeft bij een schending van substantiële of op straffe van nietigheid voorgeschreven vormen".

3. Er dient te worden vastgesteld dat luidens de memorie van toelichting⁽⁶³⁾ § 2 van het ontworpen artikel 20 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State nauwkeurig en op een beperkende wijze de niet-cumulatieve gronden van toelaatbaarheid bepaalt.

Inzake de toelaatbaarheidsvoorwaarden bepaald in § 2 van het ontworpen artikel 20 wordt een onderscheid gemaakt tussen de gewone, (algemene) toelaatbaarheidsvoorwaarden (§ 2, tweede lid) en de (specifieke) toelaatbaarheidsvoorwaarden inzake beslissingen van de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen (§ 2, derde lid).

Bij de vergelijking van deze voorwaarden dient te worden vastgesteld dat de voorwaarden bepaald in de inleidende zin van § 2, tweede lid, respectievelijk derde lid, identiek zijn. Ook de toelaatbaarheidsvoorwaarden in § 2, tweede lid, 1° en 3°, zijn gelijk aan deze van § 2, derde lid, 1° en 3°. Het verschil inzake toelaatbaarheidsvoorwaarden is gelegen in § 2, tweede lid, 2°, en § 2, derde lid, 2°.

Met betrekking tot de gewone, algemene toelaatbaarheidsvoorwaarden wordt in § 2, tweede lid, 2°, bepaald dat toelaatbaar wordt verklaard het cassatieberoep "waarvan de middelen niet kennelijk ongegrond zijn". In § 2, derde lid, 2°, wordt daarentegen, met betrekking tot de cassatieberoepen inzake beslissingen van de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen, bepaald dat deze toelaatbaar zijn wanneer "het aangevoerde middel (i) daadwerkelijk van die aard is dat het tot cassatie leidt van de bestreden beslissing en (ii) een schending van een fundamenteel recht aan de orde stelt, of een kennelijke schending van de wet (iii) voor zover die aangevoerde schending daadwerkelijk van die aard was dat ze de strekking van de beslissing heeft beïnvloed".

Uiteraard rijst de vraag of er voor deze ongelijkheid inzake toelaatbaarheidsvoorwaarden een in rechte aanvaardbare verantwoording bestaat. De verantwoording van deze verschillende behandeling wordt in de memorie van toelichting⁽⁶⁴⁾ in de eerste plaats gegeven door verwijzing naar de specifieke kenmerken, de omvang en het dringende karakter van de geschillen ontstaan uit de toepassing van de

⁽⁶³⁾ Memorie van toelichting, blz. 41.

⁽⁶⁴⁾ Memorie van toelichting, blz. 42 e.v.

vreemdelingenwetgeving. Het onderscheid, wat de filtercriteria betreft, tussen de gewone cassatieberoepen en deze waarbij een beslissing van de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen wordt aangevochten, lijkt op het eerste gezicht moeilijk verenigbaar met het gelijkheidsbeginsel.

4. De eerste en derde filtercriteria lijken aanvaardbaar te zijn. Wat het derde criterium betreft is het wellicht raadzaam telkens de woorden "die daadwerkelijk van die aard was dat ze de strekking van de beslissing heeft beïnvloed" te vervangen door de woorden "die van aard is dat ze de strekking van de beslissing kan hebben beïnvloed". Het is immers niet doenbaar al in de toelaatbaarheidsprocedure uit te maken of de aangevoerde fout een beslissende invloed op de uitspraak heeft gehad. In dat stadium van de procedure is het nog niet zeker of er een fout werd begaan, laat staan of ze een determinerende weerslag had.

Wat de gewone cassatieberoepen betreft, staat 2° ("waarvan de middelen niet kennelijk ongegrond zijn") niet op zijn plaats. Dit is immers geen autonoom filtercriterium, doch een uitzondering op de twee andere criteria en dit moet dan ook als dusdanig uit de tekst blijken.

Wat de cassatieberoepen in vreemdelingengeschillen betreft, is het tweede criterium totaal onduidelijk. Wat betreft de toelaatbaarheidsvoorwaarde van het cassatiemiddel dat "een schending van een fundamenteel recht aan de orde stelt, of een kennelijke schending van de wet" rijst immers de vraag wat precies moet worden begrepen onder schending van een fundamenteel recht. Volstaat terzake bijvoorbeeld het inroepen van een middel dat betrekking heeft op een van de rechten gewaarborgd door het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden ⁽⁶⁵⁾?

Bovendien kan de vraag worden gesteld of dit criterium niet moet worden gepreciseerd of uitgebreid, zodat het ook doelt op middelen die ingaan tegen een vaste rechtspraak en er geen reden is om die vaste rechtspraak in vraag te stellen.

⁽⁶⁵⁾ De praktijk toont aan dat verzoekers dikwijls de schending van een fundamenteel recht aanvoeren, bijvoorbeeld de artikelen 3 (verbod van foltering) of 8 (recht op eerbiediging van privé-, familie- en gezinsleven) van het Verdrag.

Ook rijst de vraag wat bijvoorbeeld een kennelijke schending van de wet is. Wordt met het woord "kennelijk", kennelijk bedoeld in de zin van artikel 30, § 2, eerste lid, van de gecoördineerde wetten (artikelen 93 en 94 van het besluit van de Regent van 23 augustus 1948 tot regeling van de rechtspleging voor de afdeling administratie van de Raad van State) of in de zin van een principiële rechtsvraag die het belang van de verzoeker overstijgt? Moet het woord "wet" hier gelezen worden in zijn formele of in zijn materiële betekenis?

Vaststaat dat het tweede criterium veel te ruim is. De memorie van toelichting maakt gewag van "strikttere" regels in het vreemdelingencontentieux ⁽⁶⁶⁾, doch, in tegenstelling met wat de stellers van het voorontwerp van wet beogen, lijkt dat tweede criterium minder strikt, waardoor de cassatieberoepen in vreemdelingengeschillen gemakkelijker toelaatbaar zullen worden verklaard dan de gewone cassatieberoepen. De vrees bestaat dan ook dat het voorontwerp van wet hier zijn doel voorbijschiet. Tegen een beslissing tot verwijdering van een vreemdeling kan immers steeds en vrij eenvoudig de schending van "fundamentele rechten" worden aangevoerd.

Dat de filterprocedure niet sluitend is omdat de toelaatbaarheidsvoorwaarden veel te ruim zijn moge bijvoorbeeld ook blijken uit het feit dat een schending van de motiveringsplicht zou kunnen worden beschouwd als een "substantiële procedurefout" (bijvoorbeeld onvoldoende antwoorden op een middel), waardoor nog meer cassatieberoepen in vreemdelingengeschillen toelaatbaar zullen moeten worden verklaard.

5. Het lijkt ook dat het cassatiemiddel gesteund op de schending van een fundamenteel recht of een kennelijke schending van de wet enkel moet worden "aan de orde gesteld" ("invoquer"), dat wil zeggen worden aangevoerd. Er wordt in het voorontwerp van wet derhalve niet gesteld dat dergelijk middel niet kennelijk ongegrond en/of ernstig, in de zin van artikel 17, § 2, eerste lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, zou moeten zijn.

⁽⁶⁶⁾ Memorie van toelichting, blz. 43.

Indien deze voorwaarde op een al te soepele wijze dient te worden geïnterpreteerd, bestaat er een reëel risico dat de zogenaamde filter onwerkzaam wordt en in feite veeleer een "raamwerk zonder gaas" ⁽⁶⁷⁾ dreigt te worden.

6. De voorlopige conclusie is dan ook dat dezelfde criteria moeten gelden voor de gewone cassatieberoepen als voor de cassatieberoepen in vreemdelingengeschillen.

Opdat de filterprocedure efficiënt zou zijn, moeten de criteria ook duidelijk en selectief zijn. Dit is een essentiële voorwaarde voor het goed functioneren ervan. De criteria van het voorontwerp van wet zijn te vaag.

De Raad van State stelt daarom drie criteria voor, met dien verstande dat het niet volstaat dat de elementen in verband met die criteria alleen maar worden aangevoerd:

- 1) eenheid van rechtspraak;
- 2) principiële rechtsvragen (rechtskwesties die het belang van de verzoeker overstijgen);
- 3) substantiële procedurefouten.

Een uitzondering moet daarbij worden gemaakt voor de kennelijk onontvankelijk of ongegronde beroepen.

7. Volgens de tekst van het voorontwerp van wet wordt een cassatieberoep onmiddellijk "op inzage van het verzoekschrift" aan een procedure van toelating (lees : toelaatbaarheidsprocedure) onderworpen (ontworpen artikel 20, § 2, eerste lid). De memorie van toelichting stelt dat het onderzoek naar de toelaatbaarheid van het cassatieberoep zal geschieden "op basis van het verzoekschrift, van de betwiste rechterlijke beslissing die daar bijgevoegd moet worden, alsook van de eventuele andere stukken die de verzoeker als bijlage heeft gevoegd bij het verzoekschrift" ⁽⁶⁸⁾.

⁽⁶⁷⁾ Deze term wordt gebruikt in het advies van de inspecteur van financiën van 22 december 2005, blz. 6.

⁽⁶⁸⁾ Memorie van Toelichting, blz. 46.

Opdat de filter efficiënt zou zijn is allereerst nodig dat de magistraat die over de toelaatbaarheid uitspraak doet, in het bezit is van het dossier zoals het werd voorgelegd aan het rechtscollege van wie de beslissing in cassatie wordt aangevochten. Zo niet loopt men het risico dat talrijke beroepen de filter passeren en naderhand bij inzage van het dossier blijkt dat dit volkomen ten onrechte was. Het gevaar bestaat immers dat een verzoeker middelen ontwikkelt die zonder inzage van het dossier van het rechtscollege niet of moeilijk ontoelaatbaar kunnen worden verklaard ⁽⁶⁹⁾. De filter zal m.a.w. gemakkelijk kunnen worden omzeild door substantiële procedurefouten aan te voeren. Om deze te weerleggen heeft men meestal immers het dossier van het rechtscollege nodig.

8. Volgens het ontworpen artikel 20, § 3, eerste lid, wordt binnen acht dagen na de inschrijving op de rol uitspraak gedaan over de toelaatbaarheid van het cassatieberoep ⁽⁷⁰⁾.

Deze termijn van acht dagen lijkt veel te kort te zijn. Hij moet wellicht op minstens vijftien dagen worden gebracht.

⁽⁶⁹⁾ Ter staving hiervan een voorbeeld. Een rechtscollege moet de partijen voor de terechtzitting oproepen om hen de kans te geven voor de zaak in beraad wordt genomen alle nodig geachte uitleg te verstrekken. Zo een partij niet wordt opgeroepen en derhalve niet in de gelegenheid wordt gesteld zich ter terechtzitting te verdedigen, is er een substantiële procedurefout welke in beginsel tot de vernietiging van de uitgesproken beslissing leidt. Een substantiële procedurefout is precies één van de toelaatbaarheidsgronden (zie het ontworpen artikel 20, § 2, tweede lid, 3°, evenals derde lid, 3°). Wanneer als cassatiemiddel wordt aangevoerd dat er geen oproeping van een partij is geweest, zal men dit beroep louter op zicht van het verzoekschrift nagenoeg altijd toelaatbaar moeten verklaren. Het is immers pas na inzage van het dossier van het rechtscollege dat zal blijken dat het middel niet opgaat, bijvoorbeeld omdat betrokkene wel is opgeroepen, maar dat hij heeft nagelaten de oproepingsbrief op de post af te halen of dat hij inmiddels verhuisd is zonder een nieuwe woonplaatskeuze mee te delen, of bijvoorbeeld dat er geen oproeping meer nodig was omdat de terechtzitting tegensprekelijk werd uitgesteld.

⁽⁷⁰⁾ Artikel 208 van het voorontwerp van wet luidt :

"De termijn van 8 dagen bedoeld in artikel 20, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, zoals hersteld bij artikel 7 van deze wet, treedt in werking op een door de Koning te bepalen datum.

Tot aan die datum bedraagt de termijn één maand".

Hierboven werd gewezen op de noodzaak in het bezit te zijn van het dossier van het rechtscollege wanneer wordt beslist over de toelaatbaarheid (supra, punt 6). Wanneer dit bundel bij het rechtscollege moet worden opgevraagd, is de voorgestelde regeling ("acht dagen na de inschrijving op de rol") niet werkzaam. Er dient bepaald te worden dat de termijn slechts begint te lopen bij ontvangst van het dossier van het rechtscollege.

9. De Raad van State vestigt de aandacht van de stellers van het voorontwerp van wet ook op het feit dat, als de rechter die de filterprocedures toepast, een cassatieberoep ontoelaatbaar verklaart op de grond dat de Raad van State niet bevoegd is om kennis te nemen van dat beroep, aangezien het volgens hem tot de bevoegdheid van de rechterlijke macht behoort, tegen die beschikking geen enkel beroep kan worden ingesteld (ontworpen art. 20, § 3, derde lid) en deze niet voor het Hof van Cassatie kan worden gebracht op basis van artikel 33 van de gecoördineerde wetten, daar in dat artikel uitdrukkelijk en uitsluitend sprake is van "arresten". Wanneer de aanvrager die een beschikking van niet-toelaatbaarheid heeft ontvangen, zich vervolgens tot de "gewone" rechter wendt en op het einde van de procedure een cassatieberoep instelt en het Hof van Cassatie beslist dat het toch de Raad van State is die *in casu* bevoegd is, zou het arrest van het Hof van Cassatie, wat dat rechtspunt betreft, niet bindend zijn voor de Raad van State.

Om te voldoen aan artikel 158 van de Grondwet luidens hetwelk "(het) Hof van Cassatie (...) uitspraak (doet) over conflicten van attributie, op de wijze bij de wet geregeld", behoort bijgevolg artikel 33 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State te worden gewijzigd.

10. In het voorontwerp van wet wordt bepaald dat een cassatieberoep dat bij de Raad van State wordt ingesteld, slechts behandeld wordt als het bij beschikking toelaatbaar is verklaard.

De vraag rijst wat de weerslag zal zijn van een beschikking die toestaat dat het cassatieberoep behandeld wordt, op het latere onderzoek ervan (inzonderheid wat de mogelijke toepassing betreft, door de auditeur, van artikel 93 van het besluit van de Regent van 23 augustus 1948 tot regeling van de rechtspleging voor de afdeling administratie van de Raad van State).

Zoals in de memorie van toelichting terecht wordt opgemerkt spreekt het vanzelf dat de vaststelling tot toelaatbaarheid van het cassatieberoep enkel voorlopig is

en niet vooruitloopt op de verdere afhandeling van het beroep: "De voorzieningen in cassatie die na de toepassing van de filterprocedure toelaatbaar zijn verklaard, zullen, ongeacht de geschillenbeslechting in kwestie, volgens de normale procedureregels van het dubbel onderzoek bij de Raad van State worden onderzocht" ⁽⁷¹⁾ ⁽⁷²⁾.

11. Het beroep op de alleenrechtsprekende rechter vereist hoe dan ook dat een duidelijke en uiterst nauwkeurige definitie wordt gegeven van de toelaatbaarheidsvoorwaarden in het licht van de hierboven geformuleerde opmerkingen.

12. Noch in de ontworpen bepaling, noch in de memorie van toelichting, wordt iets gezegd over de mogelijke schorsende kracht van zowel de termijn voor het instellen van cassatieberoep bij de Raad van State, als van de termijn voor het onderzoek van dat beroep ⁽⁷³⁾.

Gelet op de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens in dezen en in het bijzonder op het voornoemde Conka-arrest, dient deze aangelegenheid behandeld te worden in het kader van de geplande hervorming. In dat verband is het zo dat, ook al wordt bij artikel 7 van richtlijn 2005/85/EG voor afgewezen asielzoekers niet uitdrukkelijk voorzien in het recht om op het grondgebied van een lidstaat te verblijven gedurende het onderzoek van hun rechterlijk(e) beroep(en), artikel 39, lid 3, van de richtlijn, dat, pro memorie, slechts voorziet in de organisatie van een enkele aanleg ter zake van rechterlijk beroep, het volgende bepaalt :

"De lidstaten stellen in voorkomend geval voorschriften overeenkomstig hun internationale verplichtingen vast betreffende :

- a) de vraag, of het rechtsmiddel overeenkomstig lid 1 ⁽⁷⁴⁾ tot gevolg moet hebben dat asielzoekers in afwachting van de uitkomst in de betrokken lidstaat mogen blijven;

⁽⁷¹⁾ Memorie van toelichting, blz. 47.

⁽⁷²⁾ Vgl. met het verzoek tot tussenkomst: R.v.St., BRUTELE, nr. 139.995, 1 februari 2005.

⁽⁷³⁾ Wat betreft de schorsende kracht van het beroep ingesteld bij de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen, zie de artikelen 39/70, 39/79, 39/82 en 39/83 van het voorontwerp van wet, alsook de opmerkingen bij die artikelen.

⁽⁷⁴⁾ Namelijk de enige aanleg ter zake van rechterlijk beroep die bij die richtlijn verplicht wordt gesteld.

- b) de mogelijkheid van een rechtsmiddel of beschermende maatregelen wanneer het rechtsmiddel overeenkomstig lid 1 niet het gevolg heeft dat asielzoekers in afwachting van de uitkomst in de betrokken lidstaat mogen blijven (...)".

Bijgevolg behoren de stellers van het voorontwerp van wet, wanneer ze voorzien in een administratieve cassatieprocedure bij de Raad van State, terdege rekening te houden met de internationale verplichtingen van België, in het bijzonder in het licht van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden ⁽⁷⁵⁾, en, in het bijzonder er zich van te vergewissen dat het systeem waarin binnen het interne recht voorzien wordt, conform de rechtspraak is van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens wat betreft aangevoerde schendingen van artikel 4 van Protocol nr. 4 bij het Verdrag (verbod van "collectieve uitzetting van vreemdelingen") en, a fortiori, artikel 3 van het Verdrag ⁽⁷⁶⁾.

⁽⁷⁵⁾ Zie eveneens :

- artikel 1 (Procedurale waarborgen met betrekking tot de uitzetting van vreemdelingen) van Protocol nr. 7 bij het Verdrag (zie advies 39.221/2, gegeven op 26 oktober 2005, over een voorontwerp van wet houdende instemming met Protocol nr. 7 bij het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, gedaan te Straatsburg op 22 november 1984);
- de aanbeveling van 19 september 2001 van de Commissaris voor de rechten van de mens "relative aux droits des étrangers souhaitant entrer sur le territoire des Etats membres du Conseil de l'Europe et à l'exécution des décisions d'expulsion" (CommDH/REC(2001)1, welke aanbeveling geraadpleegd kan worden op de website van de Raad van Europa; R.D.E., 2001, blz. 540, waarin het volgende wordt gesteld :
"Il est indispensable de non seulement garantir, mais d'assurer en pratique le droit d'exercer un recours judiciaire, au sens de l'article 13 de la CEDH, lorsque la personne concernée allègue que les autorités compétentes ont violé, ou risquent de violer, l'un des droits garantis par la CEDH ... Ce recours doit être suspensif de l'exécution d'une décision d'expulsion, au moins lorsqu'il est allégué une violation éventuelle des articles 2 et 3 de la CEDH".

⁽⁷⁶⁾ In dat verband blijkt uit een bondige analyse van het interne recht van verschillende lidstaten van de Europese Unie dat in bijna al die landen de mogelijkheid bestaat om, tenminste gedurende enige tijd, de schorsing van de tenuitvoerlegging van een bij het hooggerechtshof bestreden beslissing te verkrijgen, zelfs binnen het bestek van een cassatieprocedure, wanneer inzonderheid in het beroep of in de voorziening schending wordt aangevoerd van artikel 3 van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden. Op basis van de wetgeving die in die lidstaten van toepassing is, is het immers mogelijk om, zelfs voor een bepaalde tijd, de voorlopige schorsing te eisen van de beslissing die bij het hooggerechtshof aangevochten wordt, hetzij door middel van een daaropvolgend verzoek bij dat hooggerechtshof, hetzij via een autonome vordering tot schorsing ingesteld bij het administratieve rechtscollege van eerste of tweede aanleg, of ook nog door een welbepaald beroep in te stellen bij de gewone rechtbanken. Het gebeurt ook dat die schorsende kracht uitdrukkelijk wordt voorgeschreven in formele richtlijnen aan het bestuur en waarvan dat bestuur niet mag afwijken (vergelijk met de situatie beschreven in het voornoemde arrest Conkat t. België, §§ 81 tot 83).

Zo bijvoorbeeld zou bepaald moeten worden dat de termijn om beroep aan te tekenen bij de Raad van State schorsende kracht heeft, net als de beschikking waarbij een voorziening toelaatbaar wordt verklaard, op zijn minst wanneer in het middel of in één van de middelen van de voorziening schending van artikel 3 van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden of van artikel 4 van Protocol nr. 4 bij het Verdrag wordt aangevoerd ⁽⁷⁷⁾.

13. De conclusie is dan ook dat de ontworpen bepaling herzien moet worden in het licht van de bovenstaande opmerkingen en er meer bepaald over gewaakt moet worden dat :

- de toelaatbaarheidsvoorwaarden zeer nauwkeurig omschreven worden, in het licht van het doel dat de stellers van het voorontwerp voor ogen hebben en met inachtneming van de internationale verplichtingen van België, inzonderheid wat betreft het recht op een daadwerkelijk rechterlijk beroep, beschouwd in zijn geheel;
- het verschil in behandeling, dat eventueel behouden zou blijven op het stuk van de toelaatbaarheidsvoorwaarden al naargelang het cassatieberoep al dan niet een vreemdelingengeschiedenis betreft, naar behoren wordt verantwoord ten aanzien van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet;
- wordt nagegaan of de ingevoerde procedure, inzonderheid wat betreft het al of niet invoeren van schorsende kracht, een eventuele toekomstige veroordeling van België ten aanzien van zijn internationale verplichtingen, en inzonderheid ten aanzien van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, kan voorkomen.

⁽⁷⁷⁾ Dat zou gepaard kunnen gaan met een mogelijkheid voor de minister of zijn gemachtigde om de Raad van State te vragen prioritair te beslissen over de toelaatbaarheid van de voorziening die daarbij is ingesteld, wanneer die voorziening betrekking heeft op een vreemdeling die vastgehouden wordt met het oog op imminente verwijdering van het grondgebied.

Artikel 9

(artikel 24 van de gecoördineerde wetten)

Deze bepaling is overbodig voor zover ze ertoe strekt de kamer de mogelijkheid te bieden om, nadat ze bij wege van arrest uitspraak heeft gedaan over de conclusie van de auditeur in zijn verslag, de auditeur te vragen een aanvullend verslag op te maken. Die mogelijkheid ligt reeds vervat in het huidige artikel 24, tweede lid, van de gecoördineerde wetten.

Doordat artikel 9 bovendien de kamer de mogelijkheid wil bieden in haar arrest waarbij ze de debatten heropent, de auditeur te vragen een bepaalde exceptie of een bepaald middel te onderzoeken, of alle middelen te onderzoeken, loopt het vooruit op de resultaten van het aanvullende onderzoek dat de auditeur zal voeren na de heropening van de debatten. Die bepaling kan het werk van de auditeur onnodig verzwaren en in sommige gevallen het verloop van de procedure vertragen, bijvoorbeeld in het geval dat een nieuwe grond van niet-ontvankelijkheid opduikt.

Artikel 9 van het ontwerp lijkt dan ook een voorbeeld van overreglementering te zijn.

Indien de stellers van het voorontwerp van wet het ontworpen artikel 9 toch willen behouden, ware het wenselijk te bepalen dat, indien de Raad bij wege van onderzoeksmaatregel oordeelt dat alle excepties en middelen dienen onderzocht te worden, hij dit in het arrest motiveert. Dit teneinde te vermijden dat systematisch bij het bevelen van een onderzoeksmaatregel alles dient te worden onderzocht, wat op zijn beurt voor vertraging zal zorgen en wat in strijd zou zijn met het door de Regering beoogde doel.

Artikel 11

Luidens het ontworpen artikel 28, eerste lid, tweede volzin van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan een arrest in voorkomend geval worden beperkt tot een overname van de overwegingen van het verslag van het Auditoraat "die het tot de zijne maakt".

.../...

Ook dit artikel lijkt een voorbeeld van overreglementering te zijn. Op grond van de gecoördineerde wetten kan het arrest dit nu al.

Bovendien is niet duidelijk wat met de woorden "*die het tot de zijne maakt*" precies wordt bedoeld en waarom die woorden aan de ontworpen bepaling worden toegevoegd. De stellers van het ontwerp dienen dan ook op dit punt de nodige opheldering te verschaffen.

Artikel 13

(artikel 30 van de gecoördineerde wetten)

Artikel 13, 2°

Met de ontworpen toevoeging in artikel 30, § 1, tweede lid, wordt in de mogelijkheid voorzien dat de partijen of hun advocaten gezamenlijk kunnen besluiten dat de zaak niet in openbare terechtzitting moet worden behandeld. Het is evenwel niet duidelijk of in dat geval de auditeur een advies moet geven. Het verdient aanbeveling de tekst van het ontwerp op dit punt te preciseren.

Artikel 13, 6°

1. In het ontworpen artikel 30, § 4 (lees : § 5), eerste lid, 1°, wordt verwezen naar een buitengewone schade "ontstaan uit een door de Staat, de provincie of de gemeente genomen of gelaste maatregel". Om deze verwijzing in de ontworpen bepaling in overeenstemming te brengen met het woordgebruik in artikel 11, eerste lid, *in fine*, van de gecoördineerde wetten dient men deze woorden te vervangen door "veroorzaakt door een administratieve overheid".

2. In het ontworpen artikel 30, § 4 (lees : § 5), eerste lid, 2°, wordt verwezen naar een "*beroep (...) tegen de administratieve beslissingen in betwiste zaken*". Om deze verwijzing in de ontworpen bepaling in overeenstemming te brengen met het woordgebruik in artikel 14, § 2, van de gecoördineerde wetten dient men deze woorden te vervangen door "*cassatieberoepen*".

.../...

3. In het ontworpen artikel 30, § 4 (lees: § 5), eerste lid, 3°, wordt verwezen naar de verzoekschriften met betrekking tot het verbreken en het herzien van sommige vóór of tijdens de oorlog gesloten contracten. Aangezien deze bevoegdheid van de afdeling administratie in artikel 16, 2°, van de gecoördineerde wetten wordt opgeheven bij artikel 4 van het voorontwerp van wet, is er geen reden om het eerste lid, 3°, te behouden in de ontwerptekst en mag het ontworpen artikel 30, § 4 (lees : § 5), eerste lid, 3°, worden geschrapt.

4. In het ontworpen artikel 30, § 4 (lees : § 5), tweede lid, *in fine* dient men te schrijven "... of de personen die de voortzetting van de procedure vorderen, onverminderd § 7".

5. Wat het ontworpen artikel 30, § 5 (lees : 6), betreft, wenst de Raad van State er de stellers van het voorontwerp van wet op te wijzen dat het billijk zou zijn dat een belanghebbende die wenst tussen te komen in de schorsingsprocedure slechts eenmaal het zegelrecht zou moeten betalen in plaats van zoals nu, tweemaal, nl. een eerste keer bij de schorsingsprocedure en een tweede keer bij de vernietigingsprocedure.

Het zou bovendien nog eenvoudiger zijn dat betrokkene slechts eenmaal een verzoek tot tussenkomst zou moeten indienen. Het valt niet in te zien waarom iemand die er belang bij heeft dat een overheidshandeling wordt gehandhaafd, bijvoorbeeld zijn of haar benoeming, nogmaals een verzoekschrift tot tussenkomst moet indienen, indien de procedure wordt voortgezet. Die regeling heeft het voordeel dat het werk voor de griffie wordt verlicht. Daarenboven zou het ook gerechtvaardigd zijn dat iemand die niet het initiatief heeft genomen tot een procedure, maar enkel ter verdediging van zijn belangen opkomt, enigszins gespaard wordt, ook al omdat hij volgens een vaste rechtspraak steeds de kosten van de tussenkomst moet dragen, ook in het geval van verwerping van het beroep.

6. In hetzelfde ontworpen artikel 30, § 5 (lees : § 6), eerste lid, dient men te schrijven "... van de geschillen bedoeld in 2° en 3° van § 5, ...".

7. Luidens het ontworpen artikel 30, § 7 (lees : § 8), worden de in de §§ 4 en 5 (lees : §§ 5 en 6) bedoelde bedragen herzien en zo nodig aangepast. Het is evenwel niet duidelijk wat met die ontworpen paragrafen precies wordt beoogd.

Zo die bepaling begrepen moet worden als een louter engagement van de wetgever, kan ze beter weggelaten worden. Dergelijke bepaling waaraan geen enkel rechtsgevolg wordt gehecht, hoort niet thuis in een normatieve tekst.

Zo de genoemde bepaling evenwel begrepen zou moeten worden als een machtiging aan de Koning om zo nodig deze bedragen te herzien, moet daartoe uitdrukkelijk de bevoegdheid aan de Koning worden gegeven. Daarbij zou de wetgever dan ook de grenzen moeten aangeven waarbinnen de Koning die aanpassingen kan doorvoeren.

8. In het ontworpen artikel 30, § 9 (lees : § 10), dient men te schrijven "De Koning bepaalt bij besluit vastgesteld na overleg in de Ministerraad de wijze van inning van de in §§ 5, 6, 7 en 9 bepaalde rechten".

Wijzigingen aan titel VI - Taalgebruik in de Raad van State - Hoofdstuk II - Gebruik
van de talen in de afdeling administratie

Artikel 18

(artikel 66 van de gecoördineerde wetten)

Artikel 18 van het voorontwerp van wet regelt de taal waarin de kandidaat-vluchteling zijn verzoekschrift moet indienen. In dit verband moet worden opgemerkt dat, indien de taal wordt geregeld waarin het verzoekschrift moet worden ingediend, het logisch is dat dezelfde verplichting ook geldt voor de andere akten en memories, m.a.w. voor alle procedurestukken. Het onderscheid dat door de ontworpen tekst aldus wordt gemaakt tussen het verzoekschrift en de overige procedurestukken valt niet objectief en redelijk te verantwoorden.

Wijzigingen aan titel VII - Inrichting van de Raad van State - Hoofdstuk I -
Bepalingen gemeen aan de twee afdelingen

Artikel 21

(artikel 70 van de gecoördineerde wetten)

1. In het ontworpen artikel 70, § 1, tweede lid (artikel 21, 1°, van het voorontwerp van wet), schrijve men "algemene vergadering van de Raad van State" in plaats van "algemene vergadering". Deze opmerking geldt ook voor de volgende artikelen van het voorontwerp van wet.

2. In 2° moet, gelet op de invoeging bij 1° van een nieuw tweede lid in artikel 70, § 1, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, de inleidende volzin duidelijker geredigeerd worden dan het geval is in de voorgestelde tekst, en wel in de volgende lezing :

"2° paragraaf 1, achtste lid, dat het negende lid wordt, wordt aangevuld als volgt :".

Artikel 22, 2°

(artikel 71 van de gecoördineerde wetten)

1. Op het eerste gezicht blijkt uit de tekst van artikel 22, 2°, waarmee in artikel 71, § 3, van de gecoördineerde wetten twee nieuwe leden worden ingevoegd, dat de benoeming tot eerste auditeur of eerste referendaris kan worden geweigerd, zelfs als de betrokkene geen evaluatie "onvoldoende" heeft. Als de bepaling toch anders moet worden begrepen, heeft het eensluidend advies van de auditeur-generaal (of adjunct-auditeur-generaal), respectievelijk eerste voorzitter (of voorzitter) geen zin.

2. Het is niet duidelijk of een auditeur of referendaris die na elf jaar niet tot eerste auditeur of eerste referendaris werd benoemd (bijvoorbeeld wegens een evaluatie "onvoldoende") later toch benoemd kan worden? Zo ja, wanneer? Onder welke voorwaarden? Is er dan een wachttermijn?

.../...

3. Luidens het ontworpen artikel 73/1, eerste lid, bepaalt de eerste voorzitter, in overleg met de voorzitter, of hij de afdeling wetgeving en het Coördinatiebureau, dan wel de afdeling administratie onder zijn leiding neemt. Indien de voorzitter de afdeling wetgeving en het Coördinatiebureau onder zijn leiding neemt, is het dan ook hij die advies zal moeten geven over de benoeming van een referendaris tot eerste referendaris. In het ontworpen artikel 71, § 3, tweede lid, schrijve men dan ook "... of de voorzitter indien deze de afdeling wetgeving en het Coördinatiebureau onder zijn leiding heeft".

Artikel 23

(artikel 72 van de gecoördineerde wetten)

Zoals artikel 72, § 1, tweede lid, 3°, zal zijn geredigeerd na de ontworpen toevoeging, lijkt deze bepaling zo te moeten worden begrepen dat men als griffier bij de Raad van State kan worden benoemd indien men o.m. ten minste vijf jaar griffier is geweest bij de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen. Indien die lezing de werkelijke bedoeling van de stellers van het voorontwerp van wet weergeeft, verdient het aanbeveling die interpretatie in de memorie van toelichting te bevestigen.

Artikel 24

(ontworpen artikel 73/1 van de gecoördineerde wetten)

Het ontworpen artikel 73/1, tweede lid, bepaalt dat de aanwijzing van de ambtsdragers en van de leden van het administratief personeel en de verdeling van de ter beschikking staande middelen geschiedt door de eerste voorzitter volgens zijn beleidsplan, in nauw overleg met de voorzitter en "de korpschefs van het Auditoraat".

Zoals het ontworpen artikel 73/1, tweede lid, evenwel is geformuleerd, lijkt het verder te gaan dan wat de bedoeling is van de stellers van het voorontwerp van wet. Volgens de memorie van toelichting immers betreft het hier enkel een taakverdeling van "de middelen en de mensen" door de eerste voorzitter in nauw overleg met de voorzitter "derwijze dat beiden hun taken naar behoren kunnen vervullen". Uit die toelichting moet worden afgeleid dat het geenszins de bedoeling is dat de eerste voorzitter tussenkomt in de aanwijzing van de ambtsdragers van het Auditoraat of de verdeling van de middelen in de schoot van het Auditoraat.

Indien de memorie van toelichting de werkelijke bedoeling van de stellers van het voorontwerp van wet weergeeft, moet de ontworpen bepaling in die zin worden herschreven.

Wijzigingen aan titel VII - Inrichting van de Raad van State - Hoofdstuk I -
Bepalingen gemeen aan de twee afdelingen - Afdeling II - De aanwijzing en
uitoefening van mandaten

Artikel 25

(ontworpen artikelen 74/1 tot 74/6 van de gecoördineerde wetten)

1. Artikel 25 strekt ertoe verscheidene artikelen, genummerd van 74/1 tot 74/6, in te voegen in de gecoördineerde wetten.

Elke ontworpen bepaling moet evenwel het voorwerp uitmaken van een afzonderlijk artikel, opdat, overeenkomstig artikel 76 van de Grondwet, de Kamer en de Senaat kunnen komen tot een artikelsgewijze bespreking en stemming.

Deze opmerking moet worden herhaald ten aanzien van artikel 26 van het voorontwerp van wet.

2. In artikel 25 van het ontwerp wordt een mandatenstelsel ingevoerd en georganiseerd. De woorden "*mandaat*" en "*adjunct-mandaat*" worden in de verschillende artikelen van het voorontwerp van wet niet steeds op een eenduidige, consequente wijze gehanteerd ⁽⁷⁸⁾. Soms wordt het begrip "*mandaat*" gebruikt in zijn algemene betekenis; het heeft dan zowel betrekking op het mandaat van de korpschefs (eerste voorzitter, voorzitter, auditeur-generaal en adjunct-auditeur-generaal), als op de adjunct-mandaten van de kamervoorzitter, de eerste auditeur-afdelingshoofd, de eerste referendaris-afdelingshoofd en de hoofdgriffier. Soms wordt het begrip "*mandaat*" evenwel gebruikt in de meer specifieke betekenis van mandaat van de korpschefs en staat het in tegenstelling tot het begrip adjunct-mandaat.

⁽⁷⁸⁾ Zie bijv. het ontworpen artikel 74/3, § 3, vierde lid.

ontworpen artikel 74/2

1. Luidens het ontworpen artikel 74/2, § 1, moet een kandidaat, om tot eerste voorzitter of voorzitter te worden aangewezen, ten minste vijf jaar benoemd zijn als staatsraad.

Artikel 74/2, § 2, eerste lid, en artikel 74/2, § 2, tweede lid, die in ontwerpvorm voorliggen, bepalen respectievelijk dat niemand tot auditeur-generaal kan worden aangewezen, tenzij hij adjunct-auditeur-generaal, eerste auditeur-afdelingshoofd of eerste auditeur is, en dat niemand tot adjunct-auditeur-generaal kan worden aangewezen, tenzij hij eerste auditeur-afdelingshoofd of eerste auditeur is.

Om tot eerste auditeur te worden benoemd moet men, overeenkomstig artikel 71, § 3, van de gecoördineerde wetten, elf jaar dienst tellen als auditeur, adjunct-auditeur, referendaris of adjunct-referendaris. Hiermee rekening houdend, rijst de vraag of het vereiste van vijf jaar benoemd te zijn als staatsraad dan ook volstaat om tot eerste voorzitter of voorzitter te worden aangewezen, daar waar voor een aanwijzing tot auditeur-generaal en adjunct-generaal, minstens 11 jaar ervaring in het Auditoraat is vereist.

2. In het ontworpen artikel 74/2, § 1, tweede lid, § 2, derde lid, § 3, tweede lid, § 4, tweede lid, en § 5, tweede lid, wordt telkens gewag gemaakt van "het ogenblik dat het mandaat daadwerkelijk openvalt". Volgens de toelichting bij het nieuwe artikel 74/3 ⁽⁷⁹⁾ blijkt dat het "daadwerkelijk openvallen" van een mandaat (in zijn algemene betekenis en dus niet alleen wat betreft het mandaat van de korpschefs, maar dus ook in de betekenis van een adjunct-mandaat) wordt gesteld tegenover de hernieuwing van het mandaat (en het adjunct-mandaat).

De vraag rijst of de termijn van vijf jaar, respectievelijk drie jaar, ook geldt in het geval van de hernieuwing van een mandaat of adjunct-mandaat. Luidens de memorie van toelichting ⁽⁸⁰⁾ geldt het leeftijdsvereiste bij hernieuwing niet. Het is

⁽⁷⁹⁾ Memorie van toelichting, blz. 63.

⁽⁸⁰⁾ Memorie van toelichting, blz. 63.

aangewezen om dit op een meer expliciete en duidelijke wijze tot uitdrukking te brengen in de ontworpen tekst zelf (en niet alleen in de memorie van toelichting).

3. In het ontworpen artikel 74/2, §§ 3, 4 en 5, wordt bepaald dat de kandidaten voor een adjunct-mandaat van kamervoorzitter, respectievelijk eerste auditeur-afdelingshoofd en eerste referendaris-afdelingshoofd en hoofdgriffier, ten minste drie jaar verwijderd moeten zijn van de leeftijdsgrens bedoeld in artikel 104. Volgens de memorie van toelichting ⁽⁸¹⁾ zou dit slechts ten minste twee jaar moeten zijn. De stellers van het voorontwerp van wet moeten dit gebrek aan overeenstemming tussen de tekst en de memorie wegwerken.

4. Luidens het ontworpen artikel 74/3, § 2, eerste lid, in fine, kan de Koning "de inhoud van het beleidsplan bepalen" die de kandidaten voor het mandaat van korpschef en voor de hernieuwing van dit mandaat bij hun kandidatuur moeten voegen.

Het verdient aanbeveling het woord "inhoud" te vervangen door het woord "voorwerp".

5. Luidens het bestaande artikel 72, § 3, van de gecoördineerde wetten wordt de hoofdgriffier, op voordracht van de Raad van State, door de Koning benoemd onder de leden van het Auditoraat en het Coördinatiebureau die vijf jaar dienst tellen of, bij ontstentenis van zulkdanige kandidaten, onder de geslaagden van het in artikel 71, § 1, eerste lid, bedoeld vergelijkend examen.

Volgens de ontworpen artikelen 74/2, § 5, juncto 74/4, § 1, 4°, zal de hoofdgriffier in de toekomst worden aangewezen door de Koning, op advies van de eerste voorzitter en voorzitter, uit de griffiers die drie jaar benoemd zijn in die hoedanigheid en houder zijn van het diploma van doctor, licentiaat of master in de rechten. Evenwel kunnen luidens artikel 215 van het voorontwerp van wet alle griffiers die op het ogenblik van de inwerkingtreding van dit artikel 215 zijn benoemd, als hoofdgriffier worden aangewezen.

⁽⁸¹⁾ Memorie van toelichting, blz. 66.

Met betrekking tot het ontworpen artikel 74/2 wordt in de memorie van toelichting ⁽⁸²⁾ bepaald dat "de nieuwe artikelen (...) naar analogie met bepalingen uit het Gerechtelijk Wetboek de aanwijzing en uitoefening van mandaten (regelen) (...)". Gelet op het feit dat de Raad van State het hoogste administratieve rechtscollege is, lijken dan ook de benoemingsvoorwaarden voor de functie van hoofdgriffier bij het Hof van Cassatie en het Arbitragehof als vergelijkingspunt te moeten worden genomen.

Uit artikel 268 van het Gerechtelijk Wetboek ⁽⁸³⁾ en uit artikel 41, eerste lid, van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Arbitragehof ⁽⁸⁴⁾ volgt dat men om tot hoofdgriffier te worden benoemd ten minste houder dient te zijn van het diploma van licentiaat, doctor of master in de rechten. De voorgeschreven leeftijdsvoorwaarde kan blijkbaar variëren.

⁽⁸²⁾ Memorie van toelichting, blz. 61.

⁽⁸³⁾ Artikel 268 van het Gerechtelijk Wetboek, vervangen bij de wet van 17 februari 1997, luidt als volgt :
"Om tot hoofdgriffier van het Hof van Cassatie te worden benoemd, moet de kandidaat :
1° volle vijfendertig jaar oud zijn;
2° licentiaat in de rechten zijn en ten minste vijf jaar een ambt, ten minste gelijk aan dat van beambte bij de griffie van een hof hebben uitgeoefend".

⁽⁸⁴⁾ Artikel 41, eerste lid, van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Arbitragehof, vervangen bij de bijzondere wet van 24 juni 2000, bepaalt het volgende :
"Om tot griffier van het Arbitragehof te kunnen worden benoemd moet de kandidaat :
1° volle dertig jaar oud zijn;
2° geslaagd zijn voor een van de volgende examens:
a) het vergelijkend examen van referendaris bij het Arbitragehof;
b) het vergelijkend examen van referendaris bij het Hof van Cassatie;
c) het vergelijkend examen van adjunct-auditeur of adjunct-referendaris bij de Raad van State;
d) het bij artikel 259*bis* van het Gerechtelijk Wetboek voorgeschreven examen inzake beroepsbekwaamheid;
e) het vergelijkend toelatingsexamen voor de gerechtelijke stage bedoeld in artikel 259*quater* van het Gerechtelijk Wetboek;
f) het examen voor de wervingsgraad van niveau 1, kwalificatie "jurist" voor de besturen van de federale overheid, de Gemeenschappen en de Gewesten en voor de instellingen van openbaar nut die ervan afhangen evenals voor de diensten van het Arbitragehof;
g) het examen voor de wervingsgraad van attaché, kwalificatie "jurist" voor de Wetgevende Kamers en de Gemeenschaps- en Gewestraden;
3° een nuttige ervaring van ten minste twee jaar hebben".

In het licht van de overeenstemmende bepalingen in het Gerechtelijk Wetboek en in de bijzondere wet op het Arbitragehof, is het dan ook verwonderlijk dat thans in het voorontwerp van wet - en in ieder geval voor de eerstkomende aanwijzing - geen enkele voorwaarde meer wordt voorgeschreven. Men moet luidens de overgangsbepaling van artikel 215 van het voorontwerp van wet enkel benoemd zijn als griffier, hetgeen betekent dat iemand van 25 jaar, zonder een "diploma rechten" en zonder de noodzakelijke nuttige ervaring terzake, als hoofdgriffier kan worden aangewezen.

Dat de ontworpen regeling op dit punt bevreemdend is, moge in het bijzonder blijken uit de vaststelling dat tijdens de parlementaire voorbereiding van de wet van 17 februari 1997 ⁽⁸⁵⁾, met betrekking tot de benoemingsvoorwaarden voor het ambt van hoofdgriffier van het Hof van Cassatie, verschillende leden van de toenmalige commissie voor de Justitie "van oordeel (waren) dat zowel inzake benoemingsvoorwaarden als inzake wedde naar een eenvormige regeling moet worden gestreefd voor de griffiers van het Hof van Cassatie, de Raad van State en het Arbitragehof" ⁽⁸⁶⁾.

Dat het huidige artikel 72, § 3, van de gecoördineerde wetten hoge eisen stelt om tot hoofdgriffier in de Raad van State te worden benoemd - minstens geslaagd zijn in het vergelijkend examen van adjunct-auditeur of adjunct-referendaris bij de Raad van State - is aanvaardbaar, aangezien de hoofdgriffier de op de Raad van State betrekking hebbende procedurereglementen in de praktijk dient te brengen hetgeen een voldoende juridische kennis veronderstelt. Tegenover die hoge eisen staat trouwens een daarmee overeenstemmende verloning ⁽⁸⁷⁾.

De Raad van State kan zich dan ook niet van de indruk ontdoen dat de in artikel 215 van het voorontwerp van wet ontworpen regeling, in zoverre zij tot gevolg kan hebben dat een niet-jurist tot hoofdgriffier van de Raad van State kan worden benoemd

⁽⁸⁵⁾ Art. 268 Ger. W. is vervangen bij artikel 40 van de wet van 17 februari 1997 tot wijziging van sommige bepalingen van het Gerechtelijk Wetboek met betrekking tot het personeel van de griffies en parketten.

⁽⁸⁶⁾ *Parl. St.*, Senaat, nr. 1-270/3 - 1996/1997, blz. 77 en 78.

⁽⁸⁷⁾ Luidens artikel 1, § 1, van de wet van 5 april 1955 inzake de wedden van de ambtsdragers bij de Raad van State heeft de hoofdgriffier dezelfde wedde als een staatsraad of eerste auditeur.

en bovendien zonder dat daarbij enige leeftijdsvereiste wordt gesteld, kennelijk op een vergissing berust ⁽⁸⁸⁾. De stellers van het voorontwerp van wet zullen derhalve die bepaling, in het licht van het ontworpen artikel 74/2, § 5, aan een nieuw onderzoek moeten onderwerpen.

5. Het valt niet in te zien waarom de aanwijzing van de eerste auditeurs-afdelingshoofden en de eerste referendarissen-afdelingshoofden geschiedt op eensluidend advies, terwijl dit voor de hoofdgriffier slechts op advies is (vgl. de punten 2° en 3° van het ontworpen artikel 74/4, § 1, met het punt 4° van dezelfde bepaling). Derhalve moet ook de aanwijzing van de hoofdgriffier op eensluidend advies geschieden.

Ontworpen artikel 74/3

1. In de memorie van toelichting ⁽⁸⁹⁾ wordt met betrekking tot het ontworpen artikel 74/3, § 1, derde lid, vooropgesteld dat het de bedoeling is om de aanwijzingen tot eerste voorzitter en voorzitter, enerzijds, en tot auditeur-generaal en adjunct-auditeur-generaal, anderzijds, in de tijd aan elkaar te koppelen, zodat ze tegelijkertijd worden vernieuwd.

Het is dan ook wellicht duidelijker om artikel 74/3, § 1, derde lid, te redigeren als volgt : "De eerste voorzitter en voorzitter nemen hun mandaat op dezelfde dag op. De in het tweede lid bedoelde periode van tien jaar gaat voor die mandaten op die dag in. Het voormelde is van overeenkomstige toepassing op de mandaten van auditeur-generaal en adjunct-auditeur-generaal" .

2. Het is niet duidelijk waarom er in het ontworpen artikel 74/3, § 2, eerste lid, gewag wordt gemaakt van "*het verzoek tot hernieuwing*" van het mandaat. Dat er bij de hernieuwing van het mandaat een beleidsplan moet zijn, staat ook reeds in het ontworpen artikel 74/3, § 3, eerste lid, vermeld.

⁽⁸⁸⁾ Ook in de memorie van toelichting wordt dienaangaande geen opheldering verschaft.

⁽⁸⁹⁾ Memorie van toelichting, blz. 65.

3. Uit het ontworpen artikel 74/3, § 2, zou kunnen worden afgeleid dat de Regering aan de Raad van State een korpschef (eerste voorzitter, voorzitter, auditeur-generaal en adjunct-auditeur-generaal) kan "opdringen", m.a.w. iemand die niet als enige is voorgedragen door de Algemene Vergadering. De vraag rijst of die regeling de werking van de Raad en het Auditoraat dan wel ten goede komt en de onafhankelijkheid van beide korpsen niet aantast.

In het ontworpen artikel 74/3, § 2, vijfde lid, wordt bepaald hoe er na een tweede weigeringsbeslissing van de minister van Binnenlandse Zaken dient te worden gehandeld. De procedure lijkt evenwel niet geheel duidelijk te zijn : is het de bedoeling dat de algemene vergadering van de Raad van State twee keer dezelfde persoon kan voordragen, maar dat een derde keer een andere kandidaat dient te worden voorgedragen? Of moet de benoemingsprocedure in dat geval van voren af aan worden herbegonnen?

Is het in dergelijke situatie niet veeleer aangewezen dat in een regeling wordt voorzien waarbij de algemene vergadering van de Raad van State na een eerste weigeringsbeslissing met een gekwalificeerde meerderheid een voordracht doet en de Koning dan gehouden is de voorgedragen korpsoverste in dat mandaat aan te wijzen? Is die oplossing niet meer in overeenstemming met de wil van de wetgever die blijkbaar de bedoeling heeft de verantwoordelijkheid voor de aanwijzing van de korpsoversten grotendeels in handen van de algemene vergadering te geven die, zoals in de memorie van toelichting uitdrukkelijk wordt bepaald, "te dezen fungeert als benoemingscommissie" ⁽⁹⁰⁾ ⁽⁹¹⁾?

4. Overeenkomstig het ontworpen artikel 74/3, § 2, vierde lid, beschikt, in geval van gemotiveerde weigering van de Minister van Binnenlandse Zaken, de algemene vergadering vanaf de ontvangst van deze beslissing over een termijn van vijftien dagen

⁽⁹⁰⁾ Memorie van toelichting, blz. 63-64.

⁽⁹¹⁾ In dat geval komt het de Koning niet toe zijn mening aangaande de bekwaamheid en de geschiktheid van de voorgedragen kandidaat volledig in de plaats te stellen van de benoemingscommissie. Vgl. R.v.St., BEERENS, nr. 102.712, 21 januari 2002.

om een nieuwe voordracht te doen. De vraag rijst of er dan ook geen termijn moet worden bepaald voor de minister.

5. In het ontworpen artikel 74/3, § 3, derde lid, wordt verwezen naar de korpsvergadering van het Auditoraat en wordt de samenstelling hiervan bepaald.

De vraag rijst of in de tekst van § 3, derde lid, tweede zin, niet moet worden verduidelijkt dat het alleen de eerste auditeurs-afdelingshoofden zijn van de "taalrol" waarin het mandaat moet worden hernieuwd.

6. In het ontworpen artikel 74/3, § 5, derde lid en vierde lid, wordt, wat betreft het mandaat van de eerste voorzitter en de auditeur-generaal, gewag gemaakt van het "*van rechtswege opnemen*" van de functies. Bij de mandaten van voorzitter of adjunct-auditeur-generaal, gebruikt men daarentegen het woord "*vervangen*". Indien in beide gevallen hetzelfde wordt bedoeld kan ook beter dezelfde terminologie worden gebruikt. De juridische consequenties van het verschil in terminologie zijn niet duidelijk aangegeven in de tekst van het voorontwerp van wet en evenmin in de memorie van toelichting ⁽⁹²⁾.

ontworpen artikel 74/4

1. In het voorontwerp van wet wordt nergens uitdrukkelijk bepaald wat het lot is van het adjunct-mandaat dat vrijkomt doordat zijn titularis het mandaat van korpschef opneemt.

Wellicht moet worden aangenomen dat het adjunct-mandaat dan open valt en dat daarin een nieuwe aanstelling kan gebeuren ⁽⁹³⁾. Dit zou uitdrukkelijk in de tekst moeten worden vermeld.

⁽⁹²⁾ Uit de in artikel 200 van het voorontwerp van wet voorgestelde vervanging van artikel 3*bis* van de wet van 5 april 1995 inzake de wedden van de ambtsdragers bij de Raad van State zou men kunnen afleiden dat het om een soort hogere functie zou kunnen gaan, bezoldigd overeenkomstig genoemd artikel 3*bis*.

⁽⁹³⁾ Vandaar dat bij vroegtijdige beëindiging van het mandaat opgenomen door de vorige titularis van dat adjunct-mandaat, deze in overtal terug zijn vorig adjunct-mandaat opneemt (zie het ontworpen artikel 74/3, § 3, vierde lid).

2. In de Franse tekst van het ontworpen artikel 74/4, § 1, 3°, schrijve men "section de législation".

ontworpen artikel 74/5

Het ontworpen artikel 74/5 bepaalt dat de uitoefening van een mandaat van korpschef onverenigbaar is met de uitoefening van een adjunct-mandaat.

Deze bepaling lijkt overbodig te zijn. Het is immers uiteraard zo dat men niet tegelijkertijd twee mandaten effectief kan uitoefenen. Anderzijds is in het ontworpen artikel 74/2, § 2, erin voorzien dat men als mandaathouder van een adjunct-mandaat een mandaat van korpschef zou kunnen opnemen.

ontworpen artikel 74/6

In het ontworpen artikel 74/6, § 2, eerste lid, wordt omstandig bepaald welke gegevens de eerste voorzitter in het werkingsverslag moet opnemen (1° : statistieken per contentieux of aard van adviesaanvragen met gegevens over aantal inkomende zaken én eindarresten of adviezen, totale werkvolume per afdeling, evolutie werkvoorraad, neergelegde verslagen of gegeven adviezen van het Auditoraat; 2° : evolutie van hangende zaken en gerechtelijke achterstand, met inbegrip van toelaatbaarheidsprocedure van de cassatieberoepen, personeelsformatie en -bezetting, logistieke middelen, werklast).

De vraag rijst of dit zo gedetailleerd in het voorontwerp van wet moet worden geregeld en het niet veeleer aanbeveling verdient de Koning te machtigen om de nadere regels hiervoor te bepalen ⁽⁹⁴⁾.

⁽⁹⁴⁾ Vgl. met het artikel 352*bis* van het Gerechtelijk Wetboek, ingevoegd bij de wet van 29 november 2001, dat de Koning machtigt, na advies van de Hoge Raad voor de Justitie, de wijze waarop de werklast van de rechter en van het openbaar ministerie wordt geregistreerd, alsook de wijze waarop deze geregistreeerde gegevens worden geëvalueerd, vast te stellen.

Wijzigingen aan titel VII - Inrichting van de Raad van State - Hoofdstuk I -
Bepalingen gemeen aan de twee afdelingen - Afdeling III - De evaluatie van de leden
van de Raad, het Auditoraat en het Coördinatiebureau

Artikel 26

(ontworpen artikelen 74/7 tot 74/12 van de gecoördineerde wetten)

1. Er wordt verwezen naar opmerking 1 bij artikel 25.

2. Artikel 26 van het voorontwerp van wet strekt ertoe in de gecoördineerde wetten een nieuwe afdeling in te voegen betreffende de evaluatie van de leden van de Raad, het Auditoraat, het Coördinatiebureau en de leden van de griffie ⁽⁹⁵⁾.

Luidens de memorie van toelichting, is "samen met de invoering van mandaten voor bepaalde ambten (...) de invoering van een evaluatiestelsel een van de kernwijzigingen van de voorgestelde hervormingen" ⁽⁹⁶⁾.

Wat het ontworpen evaluatiesysteem betreft, wenst de Raad van State evenwel twee belangrijke punten onder de aandacht van de Regering te brengen.

3. De stellers van het voorontwerp van wet hebben zich voor de uitwerking van het evaluatiesysteem in hoofdzaak geïnspireerd op het evaluatiesysteem zoals dat is vervat in de artikelen 259*nonies* e.v. van het Gerechtelijk Wetboek.

⁽⁹⁵⁾ Deze afdeling is echter niet van toepassing op de hernieuwing van het mandaat van korpschef (zie artikel 74/7, § 1, eerste lid).

⁽⁹⁶⁾ Memorie van toelichting, blz. 70.

Dat evaluatiesysteem is recent nog kritisch onderzocht door de Hoge Raad voor de Justitie. Die Hoge Raad heeft immers in een omstandig verslag een aantal fundamentele bedenkingen geformuleerd betreffende het huidige evaluatiesysteem⁽⁹⁷⁾ ⁽⁹⁸⁾.

4. De Raad van State is van oordeel dat een evaluatie op een positieve wijze moet worden benaderd. Zoals de genoemde Hoge Raad benadrukt, moet de evaluatie van magistraten een managementinstrument zijn dat het mogelijk maakt de personele middelen op te waarderen.

Een evaluatiesysteem mag derhalve niet overwegend steunen op een cijfermatige weging, maar daarentegen wel, en in de eerste plaats, op een kwalitatieve evaluatie op basis van gesprekken die bedoeld zijn om de arbeidskwaliteit van de magistraten te verbeteren. De functioneringsgesprekken moeten m.a.w. worden opgevat als een echte dialoog tussen de betrokken magistraat en de beoordelaar, en wel met een dubbele doelstelling: enerzijds het beter presteren van de magistraat en, anderzijds, de betere interne werking van de Raad van State.

De Raad van State wenst in het bijzonder te benadrukken dat ook de kwaliteit van het geleverde werk dient te worden geëvalueerd, doch zonder afbreuk te doen aan de onafhankelijkheid en de onpartijdigheid van de magistraat⁽⁹⁹⁾.

⁽⁹⁷⁾ Hoge Raad voor de Justitie, jaarverslag 2004, blz. 132-133; syntheseverslag over de evaluatie van de magistraten goedgekeurd door de algemene vergadering van de Hoge Raad voor de Justitie op 26 februari 2003; voorstel tot hervorming van het evaluatiesysteem van de magistraten, goedgekeurd door de algemene vergadering van de Hoge Raad voor de Justitie op 28 april 2004.

⁽⁹⁸⁾ Zie eveneens het voorontwerp van wet "tot wijziging van diverse bepalingen van het Gerechtelijk Wetboek betreffende de evaluatie van de magistraten en de mandaten van korpschef en tot wijziging van de wet van 15 juni 1935 op het gebruik der talen in gerechtszaken", waarover de afdeling wetgeving op 15 februari 2006 advies 39.728/2 heeft gegeven, en het advies van de Verenigde Advies- en Onderzoekscommissie van de Hoge Raad voor de Justitie betreffende het voorontwerp van wet tot wijziging van artikel 259^{nonies} van het Gerechtelijk Wetboek, goedgekeurd tijdens de vergadering van 15 december 2005; Van den Broek, E. en Haaide, J., "De evaluatie van de magistraten", in Depri, R., Plassers, J. en Honddeghem, A., *Management-hervorming in Justitie*, Brugge, die Keure, 2005, 291-303.

⁽⁹⁹⁾ Het aantal dossiers dat de betrokken magistraat heeft behandeld is ongetwijfeld een belangrijk criterium, maar evenzeer dient de kwaliteit van het gepresteerde werk en de moeilijkheidsgraad van de behandelde dossiers in aanmerking te worden genomen.

5. De Raad van State betreurt dan ook dat een systeem waarvan de praktijk heeft aangetoond dat het ernstige gebreken vertoont, met die gebreken zou worden getransponeerd naar een andere instelling.

ontworpen artikel 74/7

1. Naar luid van het ontworpen artikel 74/7, § 1, eerste lid, worden, met uitzondering van de korpschefs, de leden van de Raad, het Auditoraat en het Coördinatiebureau onderworpen aan een gemotiveerde schriftelijke en beschrijvende evaluatie, hetzij een periodieke evaluatie wanneer het een benoeming betreft, "hetzij een evaluatie van het adjunct-mandaat wanneer het een mandaat betreft".

Aangezien deze bepaling, luidens de eerste woorden van het eerste lid, niet van toepassing is op de korpschefs, die een mandaat uitoefenen, is de ontworpen zinsnede enkel van toepassing op adjunct-mandaten. Men schrijve dan ook "(...), hetzij een evaluatie van het adjunct-mandaat".

2. In het ontworpen artikel 74/7, § 2, eerste lid, *in fine*, moeten in de Franse tekst de woorden "titulaire de mandat" vervangen worden door de woorden "titulaire de fonction", overeenkomstig de Nederlandse tekst.

3. Artikel 74/7, § 2, tweede lid, verleent aan de Koning de bevoegdheid om, op gemotiveerd voorstel van de eerste voorzitter en de auditeur-generaal, elk wat hun bevoegdheden betreft, de algemene vergadering gehoord, de evaluatiecriteria te bepalen rekening houdend met de eigenheid van de ambten en mandaten, alsmede om de andere regels voor de toepassing van deze bepalingen op te stellen.

Hoewel in het eerste lid van het ontworpen artikel 74/7, § 2, enigszins wordt aangegeven waarop de criteria moeten slaan en, in beginsel, de ontworpen delegatie in overeenstemming zou kunnen worden geacht met de beginselen die de verhouding tussen de wetgevende en de uitvoerende macht regelen, op grond waarvan de essentiële beleidskeuzen door de wetgevende macht dienen te worden vastgesteld⁽¹⁰⁰⁾, moet de Raad van State terzake toch een voorbehoud maken.

⁽¹⁰⁰⁾ Zie Arbitragehof, nr. 31/2004 van 3 maart 2004, overw. B.5.4.

Zoals in het genoemde eerste lid door de stellers van het voorontwerp van wet zelf uitdrukkelijk wordt aangegeven, zal de evaluatie geschieden op grond van criteria "zonder dat hierdoor afbreuk mag worden gedaan aan de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de ambtsdrager". De huidige versie van de memorie van toelichting schept op dit punt enige verwarring. Volgens de Nederlandse tekst is een evaluatie met een eindvermelding "onvoldoende" slechts mogelijk "wegens manifest ondermaats functioneren van de geëvalueerde", terwijl volgens de Franse tekst de evaluatie "onvoldoende" reeds toegekend kan worden wanneer de prestaties "sont au-dessous du niveau exigé".

4. Het ontworpen artikel 74/7, § 3, bepaalt de procedure die dient gevolgd te worden bij de evaluatie (functioneringsgesprek(ken), ontwerp van beoordeling, evaluatiegesprek, voorlopige beoordeling, schriftelijke opmerkingen, definitieve schriftelijke beoordeling, ...).

De Raad van State moet vaststellen dat in de genoemde paragraaf 3 niet wordt gezegd wat een functioneringsgesprek is, waartoe het strekt en welke gevolgen eraan kunnen worden gehecht.

Bovendien rijst de vraag hoe het functioneringsgesprek zich verhoudt tot de evaluatie. Het ontworpen artikel 74/7, § 3, laat uitschijnen dat de functioneringsgesprekken een onderdeel vormen van de evaluatie.

De stellers van het voorontwerp van wet zullen de memorie van toelichting op dit punt moeten vervolledigen en in voorkomend geval de ontworpen paragraaf 3 aanpassen⁽¹⁰¹⁾.

5. Naar luid van het ontworpen artikel 74/7, § 3, tweede lid, wordt het ontwerp van beoordeling o.m. meegedeeld aan de geëvalueerde.

Het spreekt van zelf dat het ontwerp van beoordeling ook reeds een eindbeoordeling ("onvoldoende") moet bevatten. Zo nee, lijkt afbreuk te worden gedaan aan "de rechten van verdediging" van de geëvalueerde.

⁽¹⁰¹⁾ Vgl. met het in voetnoot (98) geciteerde voorontwerp van wet "tot wijziging van diverse bepalingen van het Gerechtelijk Wetboek betreffende de evaluatie van de magistraten en de mandaten van korpschef en tot wijziging van de wet van 15 juni 1935 op het gebruik der talen in gerechtszaken".

Verder moet worden opgemerkt dat het voorontwerp van wet niet bepaalt op welke wijze het ontwerp van beoordeling aan de geëvalueerde zal worden meegedeeld.

6. Luidens het ontworpen artikel 74/7, § 4, eerste lid, 1°, maken de eerste voorzitter én de voorzitter deel uit van de beoordelingscommissie-Raad, terwijl luidens hetzelfde eerste lid, 2°, in de beoordelingscommissie-Auditoraat de auditeur-generaal óf de adjunct-auditeur-generaal zitting heeft. Het is niet duidelijk waarop dat onderscheid berust.

7. In artikel 74/7, § 4, eerste lid, 1° en 2°, is de strekking van de woorden "of dan die welke de evaluatie in eerste instantie heeft uitgebracht" niet duidelijk, doordat ze betrekking lijken te hebben op het geval waarin de beoordelaar in eerste instantie niet zou behoren tot dezelfde "taalrol" als de geëvalueerde.

Uit de ontworpen onderafdelingen II en III van afdeling 3 van titel VII, hoofdstuk I, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State blijkt dat de evaluatie wordt uitgevoerd door een magistraat die behoort tot dezelfde "taalrol" als de geëvalueerde magistraat of dat, wanneer ze wordt uitgevoerd door een magistraat die zijn diploma niet heeft behaald in de taal van de geëvalueerde, deze magistraat wordt "bijgestaan" door een magistraat van dezelfde "taalrol" als de geëvalueerde, welk laatste geval alleen betrekking heeft op de kamervoorzitters van de Raad en de eerste referendarissen-afdelingshoofden van het Coördinatiebureau⁽¹⁰²⁾ ⁽¹⁰³⁾. Zelfs indien de tekst in die zin zou moeten worden verduidelijkt wat dit laatste geval betreft, lijkt eruit voort te vloeien dat de beoordelaar altijd behoort tot dezelfde "taalrol" als de geëvalueerde of dat, in het geval waarin de evaluatie wordt uitgevoerd door een korpschef die wordt bijgestaan, er van uit moet worden gegaan dat de evaluatie geschiedt in de taal van de geëvalueerde.

Het lijkt dus dat de woorden "of dan die welke de evaluatie in eerste instantie heeft uitgebracht" overbodig zijn en mogen vervallen. In deze zin zijn trouwens de gelijklopende bepalingen opgevat die betrekking hebben op de commissies voor de evaluatie van de hoofdgriffier en van de griffiers van de Raad van State, die opgenomen

⁽¹⁰²⁾ De evaluatie van de eerste auditeurs-afdelingshoofden wordt immers uitgevoerd door de auditeur-generaal of de adjunct-auditeur-generaal volgens de "taalrol" van de geëvalueerde.

⁽¹⁰³⁾ Zie de artikelen 74/8, §§ 2, tweede lid, en 4, tweede lid, en 74/9, §§ 2, tweede zin, en 4, tweede zin.

zijn in het ontworpen artikel 74/12, § 2, eerste lid, *in fine*, en van de kamervoorzitters van de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen, in het ontworpen artikel 39/29, § 4, eerste lid, 2°, van de wet van 15 december 1980 ⁽¹⁰⁴⁾.

Indien het de bedoeling van de stellers van het ontwerp is de geëvalueerde in staat te stellen, in de gevallen waarin hij wordt geëvalueerd door een korpschef die behoort tot een andere "taalrol" dan de zijne, om beroep in te stellen bij een evaluatiecommissie die voor de meerderheid is samengesteld uit leden die eveneens behoren tot een andere "taalrol" dan de zijne, lijkt de bepaling niet erg verenigbaar met de algemene organisatie van de Raad van State en van de korpsen waaruit hij bestaat. In de commentaar bij de bepaling zou hierover uitleg moeten worden verschaft.

De woorden "of dan die welke de evaluatie in eerste instantie heeft uitgebracht" in artikel 74/7, § 4, eerste lid, 2°, lijken hoe dan ook geen zin te hebben wat het Auditoraat betreft, aangezien de eerste auditeurs-afdelingshoofden altijd zullen worden geëvalueerd door een beoordelaar die tot hun "taalrol" behoort.

8. In het ontworpen artikel 74/7, § 4, tweede lid, wordt bepaald dat het beroep van de betrokken ambtsdrager tegen zijn definitieve beoordeling wordt toegezonden aan de eerste voorzitter. Op grond van de tekst van het voorontwerp van wet is dit ook het geval voor de auditeurs; ook zij dienen hun beroep in te dienen bij de eerste voorzitter, terwijl de eerste voorzitter nochtans geen deel uitmaakt van de beoordelingscommissie-Auditoraat.

Gelet op de samenstelling van de beoordelingscommissie voor beroepen ingesteld door leden van het Auditoraat (zie het nieuwe artikel 74/7, § 4, eerste lid, 2°) moet de ontworpen bepaling worden herschreven zodanig dat voor de leden van het Auditoraat het beroep moet worden ingediend bij de auditeur-generaal.

9. In het ontworpen artikel 74/7, § 4, derde lid, wordt verwezen naar "de in het tweede lid bedoelde beoordelingscommissie". Deze verwijzing lijkt niet correct te zijn. Het tweede lid van paragraaf 4 heeft immers geen betrekking op een beoordelingscommissie, doch wel op de voorschriften die dienen in acht genomen te worden bij het indienen van een beroepschrift tegen de zogenaamde definitieve beoordeling.

⁽¹⁰⁴⁾ Zie de opmerking die hierna over de redactie van deze bepaling wordt gemaakt.

De verwijzing naar het tweede lid lijkt dan ook te moeten worden vervangen door een verwijzing naar het eerste lid van paragraaf 4.

ontworpen artikel 74/8

1. In het ontworpen artikel 74/8, § 2, eerste lid, wordt bepaald wie de leden van de Raad evalueert; in het tweede lid van dezelfde § 2, wordt bepaald wie de "overeenkomstig artikel 74/4, § 1, 1°, vast aangewezen kamervoorzitters" evalueert.

De verwijzing naar artikel 74/4, § 1, 1°, lijkt niet correct te zijn. Dit artikel heeft immers als dusdanig geen betrekking op de vaste aanwijzing als kamervoorzitter. De vaste aanwijzing als kamervoorzitter is daarentegen wel geregeld in artikel 74/4, § 2, eerste lid.

Een analoge opmerking dient te worden gemaakt met betrekking tot de evaluatie van de "overeenkomstig artikel 74/4, § 1, 2°, vast aangewezen eerste auditeurs-afdelingshoofden" (ontworpen artikel 74/8, § 3, tweede lid). De verwijzing naar artikel 74/4, § 1, 2°, lijkt evenmin correct te zijn. Dat artikel heeft immers als dusdanig geen betrekking op de vaste aanwijzing als eerste auditeur-afdelingshoofd. De vaste aanwijzing als eerste auditeur-afdelingshoofd is daarentegen wel geregeld in artikel 74/4, § 2, eerste lid.

Ook met betrekking tot de evaluatie van de "overeenkomstig artikel 74/4, § 1, 3°, vast aangewezen eerste referendaris-afdelingshoofden" (ontworpen artikel 74/8, § 4, tweede lid) dient een analoge opmerking te worden gemaakt. De verwijzing naar artikel 74/4, § 1, 3°, lijkt evenmin correct te zijn. Dat artikel heeft immers als dusdanig geen betrekking op de vaste aanwijzing als eerste referendaris-afdelingshoofd. De vaste aanwijzing als eerste referendaris-afdelingshoofd is daarentegen wel geregeld in artikel 74/4, § 2, eerste lid.

2. In het ontworpen artikel 74/8, §§ 2 en 3, die betrekking hebben op de aanduiding van de verschillende beoordelaars, wordt niet bepaald welke kamervoorzitter of eerste auditeur-afdelingshoofd een periodieke evaluatie dient uit te brengen met betrekking tot een ambtsdrager die in de te evalueren periode voorafgaand aan het tijdstip van beoordeling werkzaam is geweest in twee verschillende kamers van de Raad of in twee verschillende afdelingen van het Auditoraat. Evenmin is bepaald wie de beoordeling opstelt in het geval in de beoordelingsperiode een kamervoorzitter of eerste

auditeur-afdelingshoofd is opgevolgd door een collega kamervoorzitter of eerste auditeur-afdelingshoofd.

3. Het ontworpen artikel 74/8, § 5, derde lid, bepaalt dat ingeval van een beoordeling "*onvoldoende*" de betrokkene opnieuw wordt geëvalueerd na verloop van zes maanden. Leidt dit opnieuw tot een beoordeling "*onvoldoende*" dan is het eerste en het tweede lid (dit is o.a. de "financiële sanctie" door de inhouding van de laatste driejaarlijkse weddeverhoging) opnieuw van toepassing.

Het gebruik van het woord "*opnieuw*" in de laatste zin van het ontworpen artikel 74/8, § 5, derde lid, doet vragen rijzen in verband met de precieze draagwijdte van de ontworpen bepaling: betekent dit dat de reeds voordien opgelopen financiële sanctie behouden blijft (gedurende een nieuwe periode van zes maanden?) of heeft een tweede beoordeling "*onvoldoende*" voor gevolg dat niet alleen de laatste maar ook de voorlaatste driejaarlijkse weddeverhoging wordt ingehouden ⁽¹⁰⁵⁾?

4. Wat betreft de ontworpen artikelen 74/8, §§ 2, tweede lid, en 4, tweede lid, en 74/9, §§ 2, tweede zin, en 4, tweede zin, wordt verwezen naar de opmerking bij het ontworpen artikel 74/7, onder nr. 7.

5. In dezelfde bepalingen staat dat, wanneer de korpschef-beoordelaar niet behoort tot dezelfde "taalrol" als de geëvalueerde, hij wordt bijgestaan door een tweetalige kamervoorzitter of door een tweetalige houder van een adjunct-mandaat die behoort tot dezelfde "taalrol" als de beoordelaar, welke magistraat door de korpschef wordt aangewezen.

Zodoende hangt de aanstelling van de personen die deelnemen aan de evaluatie niet af, zoals in de andere gevallen van evaluatie, van een situatie die automatisch het gevolg is van de plaats die de geëvalueerde inneemt in het organigram van de Raad van State, maar van de keuze van de beoordelaar. Het lijkt verkieslijk eveneens in de wet een automatisme vast te stellen, door bijvoorbeeld te bepalen dat de tweetalige magistraat die de beoordelaar bijstaat de oudste in functie is van degenen die behoren tot de "taalrol" van de geëvalueerde en die tweetalig zijn.

⁽¹⁰⁵⁾ Deze vragen kunnen ook bij het ontworpen artikel 74/11, § 3, derde lid, worden gesteld.

Een dergelijk automatisme voor een vergelijkbare situatie is bepaald in de ontworpen artikelen 39/31, § 2, en 39/32, § 2, eerste lid, van de wet van 15 december 1980 ⁽¹⁰⁶⁾, ingevoegd bij artikel 111 van het voorontwerp van wet.

Ontworpen artikel 74/9

De vraag rijst of de verwijzing in het ontworpen artikel 74/9, § 5, naar het ontworpen artikel 74/4, § 3 correct is : artikel 74/4, § 3, bevat als dusdanig geen echte procedurebepaling, waardoor getwijfeld kan worden aan de juistheid van de verwijzing.

Ontworpen artikel 74/10

1. In het ontworpen artikel 74/10, § 2, eerste lid, wordt bepaald dat de eerste voorzitter en de voorzitter beiden belast zijn met de evaluatie van de hoofdgriffier, maar in het tweede lid wordt gepreciseerd dat, wanneer een van beiden niet tweetalig is, hij zich moet laten bijstaan door "een tweetalige titularis van een adjunct-mandaat die zijn diploma heeft behaald in de taal van de geëvalueerde".

De vraag rijst wat het nut is van deze laatste bepaling, daar de eerste voorzitter en de voorzitter noodzakelijkerwijs behoren tot twee verschillende "taalrollen" ⁽¹⁰⁷⁾.

2. Anders dan in het ontworpen artikel 74/7, § 2, tweede lid, wordt in het ontworpen artikel 74/10, § 3, niet uitdrukkelijk bepaald dat de Koning de evaluatiecriteria vaststelt. Het voorontwerp van wet moet dan ook op dit punt worden aangevuld.

Ontworpen artikel 74/12

1. Er wordt verwezen naar opmerking 4 bij het ontworpen artikel 74/7.

⁽¹⁰⁶⁾ Zie evenwel de opmerking bij het ontworpen artikel 39/32, § 2, tweede lid, van de voornoemde wet van 15 december 1980 (opmerking 2 bij de artikelen 114 en 115 van het voorontwerp van wet).

⁽¹⁰⁷⁾ Zie artikel 73, § 1, eerste lid, van de gecoördineerde wetten.

2. Het ontworpen artikel 74/12, § 1, vierde lid, laatste zin, bepaalt dat "binnen tien dagen na de ontvangst van de definitieve beoordeling, de eerste voorzitter een afschrift ervan (zendt) aan de betrokkene".

Het is niet duidelijk waarom deze bepaling niet geheel overeenstemt met het ontworpen artikel 74/7, § 3, vierde lid, laatste zin, waarin bepaald wordt dat het afschrift wordt toegezonden "bij gedagtekend ontvangstbewijs of bij een ter post aangetekende brief met ontvangstbewijs".

Wijzigingen aan titel VII - Inrichting van de Raad van State - Hoofdstuk I -
Bepalingen gemeen aan de twee afdelingen - Afdeling 5 - Bijzondere bepalingen
betreffende het Auditoraat

Artikel 28

(artikel 76 van de gecoördineerde wetten)

1. Dient in artikel 76 van de gecoördineerde wetten niet bepaald te worden dat de leden van het Auditoraat niet deelnemen aan het onderzoek naar de toelaatbaarheid van de in artikel 20 van de gecoördineerde wetten bedoelde cassatieberoepen?

2. In het ontworpen artikel 28 wordt bepaald welke zaken door de leden van het Auditoraat bij voorrang dienen te worden behandeld. Dit lijkt een voorbeeld van overregulering te zijn. Men dient immers vertrouwen te stellen in de korpsoversten wat het bepalen van de prioriteiten betreft.

Deze bepaling lijkt bovendien niet erg werkbaar te zijn indien ze slaat op beroepen waarvoor enkel korte debatten nodig zijn. Die conclusie kan immers pas worden getrokken na onderzoek van het dossier, zodat het dossier dat niet aan dat criterium zou beantwoorden twee keer onderzocht moet worden, wat in strijd is met het beoogde doel om het onderzoek sneller te laten verlopen. Daarenboven kan deze bepaling niet slaan op beroepen met betrekking tot welke ook een vordering tot schorsing is ingesteld, aangezien daarop bijzondere procedures van toepassing zijn, die meer bepaald vermeld worden in artikel 17, § 4, en artikel 30, § 2, eerste lid, van de gecoördineerde wetten.

De memorie van toelichting ⁽¹⁰⁸⁾ stelt ten onrechte dat de toelaatbaar verklaarde cassatieberoepen "*een grote kiem van onwettigheid in zich dragen*". Het toelaatbaar verklaren van een cassatieberoep houdt enkel in dat de betreffende beslissing nog niet definitief is aangezien de wettelijkheid ervan nog in geding is.

Bovendien is niet duidelijk hoe die orde van voorrang te rijmen valt met de bepalingen die voorzien in specifieke termijnen in het kader van bijzondere procedures.

Wijzigingen aan titel VII - Inrichting van de Raad van State - Hoofdstuk I -
Bepalingen gemeen aan de twee afdelingen - Afdeling 6 - Bijzondere bepalingen
betreffende het Coördinatiebureau

Artikel 30

(artikel 77 van de gecoördineerde wetten)

Artikel 30 wijzigt artikel 77, 6°, van de gecoördineerde wetten. Dit is kennelijk een vergissing. Het te wijzigen artikel 77, 6°, is immers reeds opgeheven bij artikel 4, 1°, van de wet van 2 april 2003. Wellicht wordt een wijziging beoogd van artikel 77, tweede lid, van de gecoördineerde wetten, laatst gewijzigd bij artikel 4, 2°, van de wet van 2 april 2003, dat luidt : "Het coördinatiebureau staat onder de leiding van de eerste voorzitter."

De volgende tekst wordt ter overweging gegeven :

"In artikel 77, tweede lid, van dezelfde wetten, vervangen bij de wet van 4 augustus 1996 en gewijzigd bij de wetten van 25 mei 1999 en 2 april 2003, worden na de woorden «eerste voorzitter» de woorden «of de voorzitter indien die de afdeling wetgeving onder zijn leiding heeft» ingevoegd".

⁽¹⁰⁸⁾ Memorie van toelichting, blz. 75.

Wijzigingen aan titel VII - Inrichting van de Raad van State - Hoofdstuk I -
Bepalingen gemeen aan de twee afdelingen - Afdeling 8 - Bijzondere bepalingen

Artikel 34

(ontworpen artikel 78/2 van de gecoördineerde wetten)

1. Volgens de memorie van toelichting ⁽¹⁰⁹⁾ is het de bedoeling een medische controle mogelijk te maken "in het geval een ambtsdrager al te lang afwezig is wegens ziekte". De tekst van het voorontwerp van wet daarentegen laat toe bij iedere - ook kortstondige - afwezigheid wegens ziekte op te treden.

De memorie van toelichting wijst op de analoge regeling voor de hoven en de rechtbanken, maar artikel 332bis van het Gerechtelijk Wetboek geldt bij nader toezien enkel vanaf een afwezigheid van meer dan drie dagen (zie de artikelen 331 en 332 van het Gerechtelijk Wetboek).

De stellers van het voorontwerp van wet zullen derhalve het gebrek aan overeenstemming tussen de tekst en de memorie van toelichting moeten wegwerken.

2. Het is niet duidelijk wat in het ontworpen artikel 78/2 wordt bedoeld met de woorden "(...) de regelmatigheid van deze afwezigheid afhankelijk stellen van een medische controle door de Administratieve gezondheidsdienst (...)". Uit de tekst van het ontwerp blijkt evenmin wat de precieze rechtsgevolgen kunnen zijn ten aanzien van de "regelmatigheid van de afwezigheid" in het geval uit de controle door de Administratieve gezondheidsdienst zou blijken dat de afwezigheid medisch niet verantwoord zou zijn.

Het ontworpen artikel 78/2 dient op dit punt te worden gepreciseerd.

⁽¹⁰⁹⁾ Memorie van toelichting, blz. 77-78.

Wijzigingen aan titel VII - Inrichting van de Raad van State - Hoofdstuk II - Inrichting
van de afdeling wetgeving

Artikel 35

(artikel 79 van de gecoördineerde wetten)

Artikel 35 van het voorontwerp van wet heeft betrekking op de samenstelling van de afdeling wetgeving. Er dient te worden vastgesteld dat de memorie van toelichting geen toelichting bevat met betrekking tot dat artikel 35. Derhalve is het niet duidelijk wat de precieze bedoeling is van de ontworpen bepaling. Het verdient aanbeveling de memorie van toelichting op dit punt aan te vullen.

In de Franse tekst van artikel 35, 2°, moeten de woorden "en concertation avec le premier président" vervangen worden door de woorden "en concertation avec le président".

Artikel 37

(artikel 83 van de gecoördineerde wetten)

Deze bepaling voorziet in een roulatie- of rotatiesysteem met betrekking tot de verdeling van de adviesaanvragen tussen de vier kamers van de afdeling wetgeving. De eerste voorzitter regelt de verdeling van de adviesaanvragen tussen de kamers wetgeving "volgens een systeem omschreven in zijn beleidsplan".

Aangezien de toepassing van een roulatie- of rotatiesysteem ook een invloed zal hebben op de werking van het Auditoraat, lijkt het aangewezen dat bij het opstellen van dergelijk verdelingssysteem, desgevallend voorafgaand aan het opstellen van het beleidsplan, hierover het advies van de auditeur-generaal en de adjunct-auditeur-generaal zou worden gevraagd. Het verdient aanbeveling dit in de wet in te schrijven.

Artikel 38

(artikel 85bis van de gecoördineerde wetten)

Artikel 38 van het voorontwerp van wet heeft betrekking op de verwijzing van adviesaanvragen naar de verenigde kamers van de afdeling wetgeving. De Raad van State stelt vast dat de artikelsgewijze bespreking in de memorie van toelichting geen

toelichting bevat met betrekking tot dit artikel 38⁽¹¹⁰⁾. De stellers van het voorontwerp van wet moeten deze leemte opvullen.

Wijzigingen aan titel VII - Inrichting van de Raad van State - Hoofdstuk III -
Inrichting van de afdeling administratie

Artikel 40, 1°

(artikel 87 van de gecoördineerde wetten)

1. In de Franse tekst van het ontworpen artikel 87, tweede lid, schrijve men "section d'administration" in plaats van "section de législation".

2. In het ontworpen artikel 87, derde lid, wordt bepaald dat indien de in artikel 20, § 3, bepaalde termijn met het dubbele van de termijn wordt overschreden, de eerste voorzitter of de voorzitter, indien die de afdeling administratie onder zijn leiding heeft, de nodige maatregelen neemt om hieraan te remediëren totdat de in artikel 20, § 3, eerste lid, bepaalde termijn opnieuw wordt bereikt.

Het is niet duidelijk of een eenmalige overschrijding volstaat, dan wel of een gemiddelde overschrijding met "het dubbele van de termijn" - wat redelijker voorkomt - wordt bedoeld.

Het verdient aanbeveling de ontworpen bepaling op dit punt te preciseren.

3. In het ontworpen artikel 87, zesde lid, wordt bepaald welke zaken door de afdeling administratie bij voorrang dienen te worden behandeld. Dit lijkt eveneens een voorbeeld van overregulering te zijn. Wat betreft het bepalen van de prioriteitenlijst, moet men vertrouwen stellen in de korpsoversten.

⁽¹¹⁰⁾ De artikelsgewijze bespreking in de memorie van toelichting (blz. 79) bij artikel 38 heeft geen betrekking op het ontworpen artikel 38, doch wel op artikel 40 van het ontwerp (dat betrekking heeft op de inrichting van de afdeling administratie).

Artikel 42

(ontworpen artikel 90 van de gecoördineerde wetten)

1. Artikel 42 e.v. van het voorontwerp van wet voorzien, wat de afdeling administratie betreft, in de mogelijkheid om een zaak te verwijzen naar de verenigde kamers van de afdeling administratie.

Luidens de memorie van toelichting is de mogelijke "verwijzing naar de verenigde kamers van de afdeling administratie (...) geënt op die welke nu reeds in artikel 85bis van de gecoördineerde wetten op de Raad van State is bepaald voor de afdeling wetgeving van de Raad van State" ⁽¹¹¹⁾.

In tegenstelling echter met wat in artikel 85bis van de gecoördineerde wetten is bepaald, naar luid waarvan een adviesaanvraag die een probleem doet rijzen in verband met de onderscheiden bevoegdheid van de Staat, de gemeenschappen of de gewesten, door de eerste voorzitter naar de verenigde kamers van de afdeling (wetgeving) wordt verwezen, wordt noch in het ontwerp, noch in de memorie van toelichting uitdrukkelijk aangegeven wanneer een verwijzing naar de verenigde kamers van de afdeling administratie dan wel naar de algemene vergadering van de afdeling administratie moet gebeuren. Wel kan o.m. uit het ontworpen artikel 90 (artikel 42 van het voorontwerp van wet) en het ontworpen artikel 92, § 2 (artikel 43 van het voorontwerp van wet), worden afgeleid dat dit kan om de eenheid van de rechtspraak te verzekeren. De Raad van State is van oordeel dat in dat geval de zaak onmiddellijk naar de algemene vergadering van de afdeling administratie dient te worden verwezen en dat het in het leven roepen van een nieuwe procedure naar het voorbeeld van het voornoemde artikel 85bis overbodig en nutteloos is.

2.1. Volgens de memorie van toelichting voorziet de ontworpen bepaling in een uitbreiding van de gevallen waarin een zaak door een alleensprekend rechter kan worden behandeld, maar blijft het principe van de collegiale rechtspraak evenwel behouden ⁽¹¹²⁾.

⁽¹¹¹⁾ Memorie van toelichting, blz. 80.

⁽¹¹²⁾ Memorie van toelichting, blz. 80.

Gelet op die verklaring, zou in de memorie van toelichting moeten worden verduidelijkt dat een kamervoorzitter, met toepassing van dat principe en ondanks de strikte bewoordingen van artikel 90, § 1, tweede lid, 2°, kan beslissen dat drie rechters zitting moeten houden om een zaak te onderzoeken waarin de auditeur ervoor gekozen heeft om een verslag "korte debatten" in te dienen, wanneer de kamervoorzitter van oordeel is dat hij zich bij het standpunt van de auditeur-verslaggever niet kan aansluiten (wat in een verslag als "korte debatten" wordt beschouwd, hoeft immers niet noodzakelijk slechts te leiden tot "korte debatten" op de terechtzitting).

2.2. Met toepassing van het ontworpen artikel 90, § 1, derde lid, kan een kamervoorzitter, zelfs als de auditeur-verslaggever geen verslag "korte debatten" heeft neergelegd, ambtshalve bevelen dat een zaak wordt verwezen naar een kamer met één lid "wanneer de juridische moeilijkheid of het belang van de zaak zich hiertegen niet verzetten".

De vraag rijst of een combinatie van deze twee mogelijkheden (verslag "korte debatten" en beschikking van de kamervoorzitter) er niet kan toe leiden dat het beginsel van de collegialiteit, die als regel wordt bevestigd in het ontworpen artikel 90, § 1, de uitzondering wordt in de praktijk. Dit vooral omdat de vooropgestelde criteria (de juridische moeilijkheid of het belang van de zaak verzetten zich er niet tegen) te ruim zijn.

Het beginsel van de collegiale rechtspraak, die de stellers van het voorontwerp van wet uitdrukkelijk willen behouden⁽¹¹³⁾, blijft een fundamentele waarborg voor een goede rechtsbedeling voor het onderzoek van de zaken ten gronde - zeker wat het algemene contentieux voor de Raad van State betreft -, en dit in het bijzonder voor de hoogste rechtscolleges, tegen wiens beslissingen geen hoger beroep kan worden ingesteld, en die ermee belast zijn te waken over de eenheid van rechtspraak. Wat dat betreft dient een duidelijk onderscheid te worden gemaakt tussen voorlopige maatregelen, enerzijds, waar normaliter een "alleenzetelende rechter" zich uitspreekt, en de zaken ten gronde, anderzijds, waar althans in het algemeen het beginsel van de collegialiteit de regel is.

⁽¹¹³⁾ Memorie van toelichting, blz. 80.

Het is des te meer zo dat de toename van de uitspraken gewezen door "alleenzetelende rechters" aanleiding kan geven tot een verhoging van uiteenlopende rechtspraak, wat de rechtszekerheid alleen maar kan schaden.

Van het voormelde beginsel kan slechts worden afgeweken op voorwaarde dat de gehanteerde criteria voldoende precies zijn. De ontworpen criteria dienen derhalve te worden verfijnd.

Wijzigingen aan titel VII - Inrichting van de Raad van State - Hoofdstuk IV - De algemene vergadering van de afdeling administratie

Artikel 43

(artikel 92 van de gecoördineerde wetten)

1. Wat de ontworpen bepalingen van artikel 43 van het voorontwerp van wet betreft, rijst de vraag of men niet steeds "de eerste voorzitter of de voorzitter indien die de afdeling administratie onder zijn leiding heeft" moet schrijven in plaats van "de eerste voorzitter of de voorzitter" en "de eerste voorzitter en de voorzitter".

2. Het ontworpen artikel 92, § 1, tweede lid, en § 2, tweede lid, bepaalt dat wanneer de eerste voorzitter of de voorzitter het niet nodig achten de algemene vergadering bijeen te roepen, de kamer, na beraadslaging, om de bijeenroeping van de algemene vergadering of de verenigde kamers kan verzoeken, waardoor de eerste voorzitter of de voorzitter gehouden zijn daarop in te gaan.

De ontworpen bepaling komt neer op een verzwaring van de procedure en zal niet bijdragen tot het door de stellers van het voorontwerp van wet beoogde doel, nl. het wegwerken van de achterstand bij de Raad van State.

Daarenboven getuigt ze van een ingebouwd wantrouwen naar de korpsoverste toe die de leiding over de afdeling administratie heeft, en lijkt ze moeilijk verzoenbaar te zijn met de rol die in de gecoördineerde wetten aan die korpsoverste wordt toebedeeld, nl. waken over de eenheid van de rechtspraak. Het valt trouwens niet in te zien dat, wanneer een kamer om de verwijzing van een zaak naar de algemene

.../...

vergadering of de verenigde kamers verzoekt, de eerste voorzitter of de voorzitter dergelijk verzoek lichtvaardig zou afwijzen.

Wijzigingen aan titel VII - Inrichting van de Raad van State - Hoofdstuk VI -
Administratief personeel

Artikel 47

(artikel 102bis van de gecoördineerde wetten)

1. Luidens artikel 102bis, vierde lid, van de gecoördineerde wetten wordt de wedde van de beheerder van de Raad van State vastgesteld in schaal 15/1. Artikel 47, 3°, van het voorontwerp van wet wijzigt het genoemde artikel 102bis, vierde lid, en bepaalt dat de Koning het pecuniair statuut van de beheerder bepaalt.

Het verdient aanbeveling in het voorontwerp van wet een overgangsbepaling op te nemen, waarin bepaald wordt dat de beheerder de weddeschaal 15/1 behoudt tot wanneer de Koning zijn pecuniair statuut heeft vastgesteld. Zo niet riskeert er een vacuüm te ontstaan tussen het van kracht worden van de wet en de vaststelling van de nieuwe weddeschaal bij koninklijk besluit ⁽¹¹⁴⁾.

2. In het nieuwe vijfde lid moet duidelijk worden vermeld of de beheerder jaarlijks één of meer verslagen moet opstellen. De woorden "Die verslagen bevatten", in de tweede volzin, scheppen immers onduidelijkheid.

⁽¹¹⁴⁾ In artikel 222, zesde lid, van het voorontwerp van wet wordt voorgeschreven dat de Koning voor elke van de "overige artikelen" van deze wet de dag bepaalt waarop zij in werking treden en uiterlijk op ...". In dat artikel 222 wordt met betrekking tot artikel 47, 3°, geen datum van inwerkingtreding bepaald. Hieruit volgt dat dit artikel 47, 3°, slechts in werking zal treden op de datum die door de Koning zal worden bepaald. Indien men er zorg voor draagt dat de datum van inwerkingtreding van het ontworpen artikel 47, 3°, samenvalt met de datum van inwerkingtreding van het nog vast te stellen pecuniair statuut van de beheerder, lijkt er geen probleem te ontstaan waarvoor eventueel een overgangsbepaling zou noodzakelijk zijn.

Wijzigingen aan titel VII - Inrichting van de Raad van State - Hoofdstuk VII -
Bezoldigingen en pensioenen

Artikel 48

(ontworpen artikel 104/1 van de gecoördineerde wetten)

Met artikel 48 van het voorontwerp van wet wordt een nieuw artikel 104/1 in de gecoördineerde wetten ingevoegd voor de ambtsdragers die door "een zware en blijvende gebrekkigheid" niet meer in staat zijn hun ambt naar behoren te vervullen en niet om hun inruststelling hebben verzocht. Deze ambtsdragers kunnen door de eerste voorzitter, worden gewaarschuwd ⁽¹¹⁵⁾.

In het voorontwerp van wet wordt niet bepaald wie kan/moet oordelen of een ambtsdrager lijdt aan "een zware of blijvende gebrekkigheid". Daar noch de eerste voorzitter, noch de auditeur-generaal bevoegd zijn om hierover te oordelen, dient in het ontworpen artikel 104/1 bepaald te worden wie terzake over de nodige medische deskundigheid beschikt ⁽¹¹⁶⁾.

Artikelen 49 en 50

(ontworpen artikelen 104/2 en 104/3 van de gecoördineerde wetten)

Uit het ontworpen artikel 104/2 blijkt niet of de betrokken magistraat kan worden gehoord door de algemene vergadering dan wel of hij slechts schriftelijke opmerkingen kan indienen.

Bovendien rijst de vraag of de magistraat die geen schriftelijke opmerkingen heeft ingediend, maar die wel door de algemene vergadering is gehoord, toch verzet zou kunnen aantekenen met toepassing van het ontworpen artikel 104/3, eerste lid.

⁽¹¹⁵⁾ Betreft het de eerste voorzitter, dan waarschuwt de auditeur-generaal (ontworpen artikel 104/1, tweede volzin).

⁽¹¹⁶⁾ Vgl. met artikel 34 van het voorontwerp van wet (ontworpen artikel 78/2) waarin uitdrukkelijk wordt bepaald dat, ingeval van afwezigheid te wijten aan ziekte, de medische controle wordt uitgeoefend door de Administratieve gezondheidsdienst die deel uitmaakt van het Bestuur van de Medische Expertise.

De ontworpen artikelen moeten op dit punt worden gepreciseerd.

Artikelen 50 en 51

(ontworpen artikelen 104/3 en 104/4 van de gecoördineerde wetten)

De gebruikte terminologie ("kracht van gewijsde", "verstek", "verzet", "laatste aanleg") doet de indruk ontstaan dat deze beslissing van rechtsprekende aard is. Dit lijkt nochtans niet het geval te zijn. Verduidelijking, minstens in de memorie van toelichting, lijkt wenselijk.

Invoeging van titel IX - Maatregelen tot het wegwerken van de gerechtelijke
achterstand

Artikel 61

(ontworpen artikel 122 van de gecoördineerde wetten)

1. In het ontworpen artikel 122, § 1, eerste lid, wordt bepaald dat, ten einde de achterstand in de afdeling administratie weg te werken, het in artikel 69, 1°, van de gecoördineerde wetten bepaalde cijfer van respectievelijk 44 tot 50 en van 30 tot 36 wordt verhoogd, zijnde met drie staatsraden per "taalrol".

Er dient te worden vastgesteld dat artikel 69, 1°, van de gecoördineerde wetten op dit ogenblik met betrekking tot de samenstelling van de Raad voorziet in vierenveertig leden, zijnde een eerste voorzitter, een voorzitter, twaalf kamervoorzitters en dertig staatsraden.

Na de wijziging van artikel 69, 1°, van de gecoördineerde wetten door artikel 20, 1°, van het voorontwerp van wet zal de samenstelling van de Raad van State er als volgt uit zien : vierenveertig leden, zijnde een eerste voorzitter, een voorzitter, veertien kamervoorzitters en achtentwintig staatsraden. Dit is eenzelfde totaal als thans, doch wel een verhoging van het aantal kamervoorzitters met twee en een gelijke vermindering van het aantal staatsraden.

.../...

Er blijkt derhalve een tegenspraak te zijn tussen artikel 20, 1°, van het voorontwerp van wet en artikel 61 van het voorontwerp. Uit artikel 20, 1°, blijkt immers dat het aantal staatsraden wordt verminderd van dertig naar achtentwintig staatsraden (ter compensatie van de twee extra kamervoorzitters), terwijl luidens artikel 61 het aantal staatsraden (tijdelijk) wordt vermeerderd met drie per "taalrol" om van dertig op zesendertig uit te komen. Een combinatie van de artikelen 20 en 61 van het voorontwerp van wet laat vermoeden dat het maar om vierendertig staatsraden gaat (achtentwintig plus zes) ⁽¹¹⁷⁾.

Hoe dan ook dient deze tegenspraak tussen de artikelen 20, 1°, en 61 te worden opgeheven door de noodzakelijke correcties in de aantallen staatsraden.

2. In het ontworpen artikel 122, § 1, tweede, derde en vierde lid, wordt gewag gemaakt van een "plan tot inhaling van de achterstand".

Nu de wetgever zelf allerlei maatregelen neemt om de gerechtelijke achterstand te beheersen en weg te werken, met onder meer het "plan tot inhaling van de achterstand", rijst de vraag wat na de geplande hervorming de zin is van het thans bestaande en ongewijzigde artikel 120 van de gecoördineerde wetten, waarin wordt bepaald dat de algemene vergadering van de Raad van State in een vierjarenplan maatregelen formuleert "die (...) kunnen bijdragen tot het wegwerken van de achterstand in de rechtsbedeling bij de Raad van State".

3. Voor het overige wordt verwezen naar de algemene opmerking 3.5, waar de behoefte aan maatregelen tot het wegwerken van het algemene contentieux wordt benadrukt, die bovendien onmiddellijk in werking zouden moeten treden.

⁽¹¹⁷⁾ Zie ook de nota van de inspectie van financiën van 22 december 2005 (blz. 5 en 7, punt 9), gevoegd bij de adviesaanvraag.

Hoofdstuk IV. Wijzigingen van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen (artikelen 67 t.e.m. 195 van het voorontwerp van wet)

Titel Ibis. - De Raad voor Vreemdelingenbetwistingen

(artikelen 67 t.e.m. 180 van het voorontwerp van wet)
(ontworpen artikelen 39/1 t.e.m. 39/85 van de wet van 15 december 1980)

Voorafgaande opmerkingen

1. De artikelen 67 tot 180 van het voorontwerp van wet voegen in de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen een nieuwe titel Ibis in, waarbij een nieuw administratief rechtscollege wordt ingesteld, met name de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen,

"dat als enige bevoegd is om kennis te nemen van de beroepen die worden ingesteld tegen individuele beslissingen genomen met toepassing van de wetten betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen".

De nieuwe artikelen 39/1 tot 39/85 van de wet van 15 december 1980 (artikelen 67 tot 180 van het voorontwerp van wet) bepalen de bevoegdheid van dit rechtscollege, alsook de samenstelling, de organisatie en de werkwijze daarvan, alsmede de procedureregels die van toepassing zijn op de geschillen die daarbij aanhangig worden gemaakt. In de memorie van toelichting wordt in dat verband bepaald dat de rechtspositieregeling van de leden van dat nieuwe rechtscollege gebaseerd is op de rechtspositieregeling van de ambtsdragers van de Raad van State, dat de procedure die van toepassing is bij de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen bijna gelijk is aan die van de Raad van State en dat dit rechtscollege, wat betreft de bevoegdheden ervan :

- enerzijds beschikt over volle rechtsmacht, met devolutieve en automatisch schorsende werking voor wat betreft het Verdrag van Genève betreffende de status van vluchtelingen en de subsidiaire bescherming, maar met uitzondering van

.../...

asielaanvragen die ingediend worden door onderdanen van een lidstaat van de Europese Unie;

- en anderzijds beschikt over een soortgelijke vernietigings- en schorsingsbevoegdheid als die welke de Raad van State thans heeft, wat betreft :

1°) asielaanvragen ingediend door onderdanen van een lidstaat van de Europese Unie;

2°) beslissingen van de minister of diens gemachtigde met betrekking tot de zogenaamde Dublin-beslissingen (vaststellen van de Staat die het onderzoek van een asielaanvraag moet doen);

3°) beslissingen genomen door de minister of zijn gemachtigde in de andere geschillen (toegang/verblijf/vestiging/immigratie *sensu lato*);

4°) alsook beslissingen van de minister of zijn gemachtigde om een latere asielaanvraag niet in aanmerking te nemen ⁽¹¹⁸⁾.

Bovendien kan tegen iedere definitieve beslissing van de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen een administratief cassatieberoep worden ingesteld bij de Raad van State, waarbij eerst een toelaatbaarheidsprocedure moet worden doorlopen.

Zoals blijkt uit de algemene beschouwingen van de memorie van toelichting ⁽¹¹⁹⁾, willen de stellers van het voorontwerp van wet op die wijze, door de optimalisering en de rationalisering van de (asiel)procedures, en door de invoering van een veralgemeend jurisdictioneel niveau, de kwaliteit van de beslissingen genomen in vreemdelingenprocedures verbeteren, meer bepaald met betere juridische waarborgen, en

⁽¹¹⁸⁾ Ofschoon in de algemene beschouwingen van de memorie van toelichting (blz. 20) die beslissingen niet worden genoemd, wordt in artikel 51/8, tweede lid, van de wet van 15 december 1980, zoals gewijzigd bij artikel 183 van het thans voorliggende voorontwerp van wet, uitdrukkelijk voorzien in de vernietigingsbevoegdheid, en bijgevolg in de schorsingsbevoegdheid terzake, van de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen.

⁽¹¹⁹⁾ Memorie van toelichting, blz. 18

de behandelingsduur van de asielaanvragen en van de overige beslissingen drastisch terugdringen, zonder te raken aan de daadwerkelijke rechtsbescherming.

2.1. De oprichting van een Raad voor Vreemdelingenbetwistingen, zoals die opgevat is door de stellers van het voorontwerp van wet, valt onder het juridische kader uitgetekend in de artikelen 144, 145, 146 en 161 van de Grondwet. De Raad voor Vreemdelingenbetwistingen wordt immers opgericht bij wet en de bevoegdheden hiervan worden hieraan ook bij wet toegekend. Indien deze Raad bovendien uitspraak moet doen over geschillen betreffende subjectieve rechten, kunnen die, zoals thans reeds het geval is, beschouwd worden als "politieke" rechten in de zin van de artikelen 144 en 145 van de Grondwet ⁽¹²⁰⁾ ⁽¹²¹⁾. Geschillen die over zulke rechten gaan kunnen bijgevolg aan deze Raad worden toevertrouwd. Uit de ontworpen bepalingen blijkt overigens dat het nieuwe rechtscollege op het eerste gezicht voldoet aan de verschillende criteria die doorgaans gehanteerd worden om te spreken van de uitoefening van de rechtsprekende functie ⁽¹²²⁾. Gezien zowel de nadere regels voor de werkwijze van de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen, als de procedureregels die bij die Raad van toepassing zijn, zowel in het kader van zijn volle rechtsmacht, als in het kader van zijn vernietigingsbevoegdheid - die, zoals uiteengezet in de memorie van toelichting, dezelfde inhoud heeft als de vernietigingsbevoegdheid verleend aan de Raad van State ⁽¹²³⁾ -, kan er ten slotte van worden uitgegaan dat het rechterlijk beroep dat kan worden ingesteld bij

⁽¹²⁰⁾ Zie in dat verband het arrest van het Arbitragehof nr. 14/97 van 18 maart 1997 (overw. B.5. : "(...) een betwisting omtrent de hoedanigheid van vluchteling, (is) een betwisting omtrent een politiek recht (...)"). Zie ook de arresten van het Arbitragehof nrs. 133/2001 van 30 oktober 2001, 26/2002 van 30 januari 2002, 94/2002 van 5 juni 2002 en 98/2002 van 12 juni 2002.

⁽¹²¹⁾ Volgens het Hof van Cassatie (Cass. 16 maart 2000, Arr. Cass., 2000, 183) is een betwisting omtrent de hoedanigheid van vluchteling geen betwisting over burgerlijke rechten en verplichtingen bedoeld in artikel 6, § 1, van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden. Uit de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens volgt eveneens dat de procedures die betrekking hebben op de verwijdering van vreemdelingen of het verbod tot toegang tot het grondgebied geen betrekking hebben op burgerlijke rechten en verplichtingen in de zin van artikel 6, § 1, van het Verdrag (EHRM, Maouia t. Frankrijk, 5 oktober 2000).

⁽¹²²⁾ Zie, wat die criteria betreft, de arresten van het Arbitragehof nrs. 65/96 van 13 november 1996 en 14/97 van 18 maart 1997.

⁽¹²³⁾ Zie wat betreft de verenigbaarheid van de geschilprocedure die van toepassing is bij de Raad van State met artikel 6, lid 1, van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, de arresten van het Arbitragehof nrs. 127/2000 van 6 december 2000 (overw. B.14.3) en 4/2001 van 25 januari 2001 (overw. B.8.4.7.1.) en inzonderheid de arresten van de Raad van State nrs. 24.937 van 20 december 1984, 30.007 van 5 mei 1988, 41.716 van 25 januari 1993 en 47.318 van 6 mei 1994.

de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen *prima facie* beantwoordt aan de vereisten van "daadwerkelijke rechtshulp" in de zin van artikel 13 van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, van artikel 16 van het Verdrag van Genève betreffende de status van vluchtelingen en van artikel 39 van richtlijn 2005/85/EG ⁽¹²⁴⁾.

Ten aanzien van het zonet weergegeven juridische kader, brengt het onderzoek van de relevante bepalingen van het voorontwerp van wet de Raad van State er echter toe de volgende twee voorafgaande opmerkingen te maken.

2.2. In de eerste plaats rijst de vraag hoe ver de bevoegdheid reikt die aan de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen wordt toegekend in het kader van zijn volle rechtsmacht.

Zo wordt bij het nieuwe artikel 39/2, § 1, tweede lid, 1°, van de wet van 15 december 1980 (artikel 166 van het voorontwerp van wet) aan de leden van de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen de bevoegdheid verleend om de beslissing van de Commissaris-generaal voor de vluchtelingen en de staatlozen te "bevestigen" of te "hervormen". In de memorie van toelichting wordt in dat verband vermeld dat de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen terzake over volle rechtsmacht beschikt, met het gevolg dat het geschil in zijn geheel wordt voorgelegd en hij de beslissingen van de Commissaris-generaal voor de vluchtelingen en de staatlozen kan herzien, ongeacht op grond van welk motief deze tot de bestreden beslissing is gekomen ⁽¹²⁵⁾. De Raad van State vraagt zich af of het niet beter zou zijn om die bedoeling van de stellers van het voorontwerp van wet beter te doen uitkomen, door te preciseren dat de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen de hoedanigheid van vluchteling of van persoon die de status subsidiaire bescherming geniet kan "toekennen" of "weigeren" aan de vreemdeling ten

⁽¹²⁴⁾ Zoals is opgemerkt in de bijzondere opmerking 1.3.2 gemaakt bij artikel 7 van het voorontwerp van wet, kan de toetsing aan die vereisten gesteld bij artikel 13 van het Verdrag uitgevoerd worden in het licht van het geheel van de rechtsmiddelen die geboden worden door het interne recht van de lidstaat in een gegeven contentieux, en kan een procedure van toelaatbaarheid van het beroep bij het hogere rechtscollege, namelijk de Raad van State, des te strikter zijn naarmate de procedure georganiseerd vóór het rechtscollege van eerste aanleg, in casu de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen, zelf reeds beantwoordt aan de vereisten van een daadwerkelijk rechtsmiddel.

⁽¹²⁵⁾ Memorie van toelichting, blz. 94 en 95.

aanzien van wie een beslissing tot weigering van erkenning is genomen door de Commissaris-generaal voor de vluchtelingen en de staatlozen.

Bij de bepalingen van het voorontwerp van wet worden bovendien verscheidene correcties aangebracht om het ontbreken van enige onderzoeksbevoegdheid voor de leden van Raad voor Vreemdelingenbetwistingen te ondervangen ⁽¹²⁶⁾. Ten eerste mag de vreemdeling onder bepaalde voorwaarden "nieuwe gegevens" ⁽¹²⁷⁾ aanvoeren in het verzoekschrift ingediend bij de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen (ontworpen artikelen 39/69 en 39/76, § 1, tweede lid, van de wet van 15 december 1980). Zo ook kan de Raad op eigen initiatief beslissen om onder bepaalde voorwaarden rekening te houden met elk "nieuw gegeven" dat hem ter kennis wordt gebracht door de partijen, ook tijdens hun verklaringen op de terechtzitting, en zulks zelfs wanneer daarvan geen melding is gemaakt in het inleidend verzoekschrift. In dit laatste geval moet het evenwel gaan om gegevens die met stelligheid "het gegrond of ongegrond karakter van het beroep" kunnen aantonen. Krachtens het nieuwe artikel 39/76, § 2, van de wet van 15 december 1980 ten

⁽¹²⁶⁾ Overeenkomstig het nieuwe artikel 39/62 van de wet van 15 december 1980 (artikel 150 van het voorontwerp van wet) wordt het lid van de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen immers louter gemachtigd zich tot de partijen te wenden. Hij heeft dus meer bepaald niet de bevoegdheid om alle bescheiden en inlichtingen die nuttig zijn voor de uitoefening van zijn opdracht door iedere Belgische overheid te laten overleggen (vergelijk met artikel 57/7 van de wet van 15 december 1980 met betrekking tot de Commissaris-generaal voor de vluchtelingen en de staatlozen, en met artikel 57/15 betreffende de Vaste Beroepscommissie voor vluchtelingen, in de opheffing waarvan is voorzien bij artikel 185 van het voorontwerp van wet, als gevolg van de afschaffing van de Commissie) of getuigen te horen op de terechtzitting (vergelijk met artikel 57/21 betreffende de Vaste Beroepscommissie voor vluchtelingen, in de opheffing waarvan eveneens is voorzien bij artikel 185 van het voorontwerp van wet). Zie overigens het nieuwe artikel 39/60 van de wet van 15 december 1980 (artikel 148 van het voorontwerp) luidens hetwelk de partijen en hun advocaat op de terechtzitting geen andere middelen mogen aanvoeren dan die welke uiteengezet zijn in het verzoekschrift of in de nota. Zie ook artikel 51/3 van de wet van 15 december 1980, zoals gewijzigd bij artikel 181 van het voorontwerp van wet en bij artikel 35 van het voorontwerp van wet 39.718/AV, dat niet voorziet in de mogelijkheid voor een lid van de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen om vingerafdrukken te laten nemen van een asielzoeker.

⁽¹²⁷⁾ Krachtens het ontworpen artikel 39/76, § 1, vierde lid, van de wet van 15 december 1980 zijn "nieuwe gegevens" die welke "betrekking hebben op feiten of situaties die zich hebben voorgedaan na de laatste fase in de administratieve procedure waarin de vreemdeling ze had kunnen aanbrengen en alle eventuele nieuwe elementen en/of nieuwe bewijzen of elementen ter ondersteuning van de tijdens de administratieve behandeling weergegeven feiten of redenen".

slotte (artikel 166 van het voorontwerp van wet), waarin uitdrukkelijk verwezen wordt naar het nieuwe artikel 39/2, § 1, tweede lid, 2°, van diezelfde wet (artikel 70 van het voorontwerp van wet), kan de kamervoorzitter of de rechter in vreemdelingenzaken bij een gemotiveerde beschikking de bestreden beslissing vernietigen en voor een nieuw onderzoek terugsturen naar de Commissaris-generaal voor de vluchtelingen en de staatlozen indien hij van oordeel is dat hij de zaak niet ten gronde kan onderzoeken, omdat hij niet beschikt over bepaalde essentiële gegevens en waarvoor het nodig is aanvullende onderzoeksmaatregelen te bevelen. Gelet op het feit dat de stellers van het voorontwerp van wet die twee bepalingen aldus onderling met elkaar in verband brengen, rijst de vraag wat er zal geschieden met de "gegevens" die door de vreemdeling in zijn verzoekschrift of op de terechtzitting zijn aangevoerd en die door het lid van de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen als relevant zouden kunnen worden beschouwd, maar die niet bestempeld kunnen worden als "nieuwe gegevens" in de zin van de wet. Kan de rechter, die zulke gegevens dus niet in aanmerking mag nemen om rechtstreeks te beslissen de bestreden beslissing te "bevestigen" of te "hervormen", niettemin op basis daarvan de beslissing vernietigen en terugsturen naar de Commissaris-generaal voor de vluchtelingen en de staatlozen, omdat hij van oordeel is dat het nodig is "aanvullende onderzoeksmaatregelen" te nemen in de zin van het nieuwe artikel 39/2, § 1, tweede lid, 2°, van de wet van 15 december 1980 (artikel 70 van het voorontwerp van wet ⁽¹²⁸⁾)? Zo niet, hoe kan de minister of diens gemachtigde zulke gegevens kwalificeren bij het indienen van een latere asielaanvraag, en over welke beoordelingsruimte beschikt het lid van de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen, die dan geadieerd is omtrent een beroep tot nietigverklaring gericht tegen de beslissing van de minister of diens gemachtigde om de nieuwe asielaanvraag niet in aanmerking te nemen, met betrekking tot de vraag of die gegevens al dan niet "nieuwe gegevens" zijn, ditmaal niet in de zin van het nieuwe artikel 39/76, § 2, van de wet van 15 december 1980 (artikel 166 van het voorontwerp van wet), maar wel in het licht van artikel 51/8 van dezelfde wet (zoals gewijzigd bij artikel 183 van het thans voorliggende voorontwerp van wet en bij artikel 40 van het voorontwerp van wet 39.718/AV)?

De stellers van het voorontwerp van wet worden bijgevolg verzocht, minstens in de memorie van toelichting, de reikwijdte van de bevoegdheid van de Raad

⁽¹²⁸⁾ Bijvoorbeeld wanneer de vreemdeling vraagt dat getuigen zouden worden gehoord om aan te tonen dat wat hij zegt, correct is, terwijl de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen niet gerechtigd is gevolg te geven aan dat verzoek, vermits hij geen eigen onderzoeksbevoegdheid heeft.

voor Vreemdelingenbetwistingen in het kader van zijn bevoegdheid van rechter met volle rechtsmacht nader toe te lichten, en zich ervan te vergewissen of de weigering om gegevens in aanmerking te nemen die door de vreemdeling worden aangevoerd in het raam van het beroep dat hij heeft ingesteld bij de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen, omdat die gegevens niet als "nieuw" zouden kunnen worden beschouwd in de zin van artikel 39/76 van de wet, niet belet dat die gegevens dienstig kunnen worden aangevoerd ter adstructie van een latere asielaanvraag.

2.3.1. Bij de beoordeling van de ontworpen rechtspleging voor de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen dient ook rekening gehouden te worden met het reeds geciteerde Conka-arrest van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden.

In dat arrest, waarin de Belgische Staat veroordeeld werd, onder meer wegens schending van artikel 13 van het Verdrag ⁽¹²⁹⁾, onderzocht het Hof of er ten aanzien van een verwijderingsmaatregel, die het Hof beschouwde als een verboden collectieve uitzetting, een daadwerkelijk rechtsmiddel bestond.

In concreto onderzocht het Hof of het vernietigings- en schorsingsberoep bij de Raad van State tegen de verwijderingsmaatregel in overeenstemming was met artikel 13 van het Verdrag.

Het Hof oordeelde dat noch de vordering tot nietigverklaring, noch de gewone vordering tot schorsing voor de Raad van State aan de betrokkene een behandeling van zijn klacht met betrekking tot een schending van het Verdrag binnen de noodzakelijk korte termijn kunnen verzekeren. Aangezien bij verwijderingsmaatregelen de stopzetting van de verwijdering essentieel is om de schending van het Verdrag te voorkomen en de procedures voor de Raad van State geen schorsende werking hebben, kan de verwijdering immers reeds plaatsvinden vooraleer er een rechterlijke uitspraak over de overeenstemming met het Verdrag voorligt.

⁽¹²⁹⁾ Het recht op een daadwerkelijk rechtsmiddel is een autonoom recht: er is geen *schending* van een ander recht vereist. Het recht op een daadwerkelijk rechtsmiddel is inroepbaar door eenieder die *beweert* dat zijn rechten en vrijheden onder het Verdrag geschonden zijn (EHRM, 6 september 1978, Klass t. Duitsland.) Wel is het recht op een daadwerkelijk rechtsmiddel een afhankelijk recht: het kan enkel ingeroepen worden met betrekking tot een in het Verdrag gewaarborgd recht. Daarbij is een *verdedigbare* klacht vereist (EHRM, 25 maart 1983, Silver t. Verenigd Koninkrijk).

Ook de schorsingsprocedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid voor de Raad van State biedt onvoldoende waarborgen dat de overheid zich zal onthouden van de uitvoering van de betwiste maatregel tot er een uitspraak volgt. Er is immers geen verplichting voor de administratie om de uitvoering op te schorten, zelfs niet gedurende een korte termijn. De verzoekende partij heeft geen waarborg dat de Dienst Vreemdelingenzaken en de Raad van State elkaar contacteren in geval van een schorsingsberoep bij uiterst dringende noodzakelijkheid, noch dat de Raad zal uitspraak doen of zitting zal houden vóór de uitzetting. Evenmin is er een waarborg dat de administratie een "redelijke termijn" in acht zal nemen die het instellen van een beroep voor de Raad van State mogelijk maakt ⁽¹³⁰⁾.

Het Hof legt dus de nadruk op het effectieve karakter van het rechtsmiddel : "L'effectivité des recours exigés par l'article 13 suppose qu'ils puissent empêcher l'exécution des mesures contraires à la Convention et dont les conséquences sont potentiellement irréversibles". De uitvoering van een verwijderingsmaatregel die mogelijk een schending van een recht uit het Verdrag inhoudt, mag dan ook niet plaatsvinden zolang die mogelijke schending niet is onderzocht. Daarbij moet deze overeenstemming met artikel 13 van het Verdrag gewaarborgd zijn, en niet louter berusten op goede wil of op praktische afspraken.

2.3.2. Het voorontwerp van wet wil tegemoet komen aan de bezwaren uit het Conka-arrest, zoals ook blijkt uit de memorie van toelichting.

Aldus bepaalt het ontworpen artikel 39/70, voor de beroepen tegen de beslissingen van de Commissaris-generaal voor de vluchtelingen en de staatlozen, dat tijdens de termijn voor het indienen van een beroep voor de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen en tijdens het onderzoek van dit beroep, geen maatregel van verwijdering van het grondgebied of terughouding gedwongen kan worden uitgevoerd ⁽¹³¹⁾.

⁽¹³⁰⁾ EHRM, Conka t. België, 5 februari 2002, § 83.

⁽¹³¹⁾ De eigenlijke maatregelen tot verwijdering van het grondgebied vallen onder de bevoegdheid van de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen als annulatie- en schorsingsrechter.

Voor bepaalde beslissingen, opgesomd in het ontworpen artikel 39/79, geldt dat de gedwongen uitvoering van de verwijdering van het grondgebied niet kan gebeuren tijdens de termijn dat voor de Raad een annulatieberoep kan worden ingesteld en tijdens het onderzoek van dit beroep.

Daarnaast bepaalt het ontworpen artikel 39/83 dat de gedwongen uitvoering van een verwijderings- of terugnrijvingsmaatregel slechts kan plaatsvinden ten vroegste vierentwintig uren na de betekening van de maatregel. Die vierentwintig uren laten toe om, indien nog geen vordering tot schorsing werd ingeleid en indien de tenuitvoerlegging van de verwijderings- of terugnrijvingsmaatregel "imminent" is, bij uiterst dringende noodzakelijkheid de schorsing te vorderen (ontworpen artikel 39/82, § 4).

Heeft de vreemdeling wel reeds een vordering tot schorsing ingediend, dan kan hij, indien de tenuitvoerlegging imminent wordt, bij wege van voorlopige maatregelen verzoeken dat de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen zijn schorsingsverzoek zo snel mogelijk behandelt. In dit geval kan geen dwanguitvoering plaatsvinden vanaf de ontvangst van de vordering tot voorlopige maatregelen tot aan de uitspraak van de Raad (ontworpen artikel 39/85, derde lid).

De ontworpen regeling lijkt grotendeels overeen te stemmen met de vereisten die het Europees Hof voor de Rechten van de Mens afleidt uit artikel 13 het Verdrag, voor de gevallen waarin de verwijderingsmaatregel een verdedigbare schending van een door het Verdrag beschermd grondrecht inhoudt.

Toch dient de Raad van State de twee volgende voorbehouden te maken.

Eerst rijst de vraag of de termijn van vierentwintig uren van niet-uitvoering, voor de uitgewezen vreemdeling, die mogelijk vastgehouden is op een welbepaalde plaats, niet "onredelijk" kort is, gelet op het gegeven dat de uitgewezen vreemdeling binnen deze termijn en desgevallend met de hulp van zijn raadsman een verzoekschrift dient voor te bereiden en neer te leggen. Uit het Conka arrest volgt immers dat deze termijn "redelijk" moet zijn en het valt te betwijfelen dat een termijn van vierentwintig uren als een "redelijke" termijn zou worden beschouwd door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens.

Ten tweede wordt daarnaast aan deze regeling toegevoegd dat wanneer de Raad niet binnen tweeënzeventig uren na ontvangst van het verzoekschrift uitspraak doet, de dwanguitvoering van de maatregel opnieuw mogelijk wordt (ontworpen artikel 39/82, § 4, tweede lid, *in fine*, en artikel 39/85, derde lid, *in fine*, van de wet van 15 december 1980 - artikelen 176 en 180 van het voorontwerp van wet). Die regeling is niet in overeenstemming met de beginselen die het Europees Hof in het arrest Conka naar voren heeft gebracht. Ze garandeert immers niet dat een effectief onderzoek van de maatregel heeft plaatsgevonden, met het oog op een effectieve bescherming van de per hypothese in het geding zijnde grondrechten⁽¹³²⁾. Het is de verantwoordelijkheid van de lidstaat om de rechterlijke organen zo te organiseren dat ze in staat zijn om aan de verdragsverplichtingen te voldoen⁽¹³³⁾.

De conclusie is dan ook dat het voorontwerp van wet dient gewijzigd en aangevuld te worden wat deze punten betreft.

Artikel 69

(ontworpen artikel 39/1 van de wet van 15 december 1980)

1. Het ontworpen artikel 39/1 bepaalt de rechtsmacht van de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen. Luidens het tweede lid van dat artikel is de Raad als enige bevoegd om kennis te nemen van de beroepen die worden ingesteld tegen individuele beslissingen genomen met toepassing van "de wetten betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen".

Het verdient aanbeveling in de memorie van toelichting alle bestaande wetten te vermelden die thans de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen regelen en die door de ontworpen bepaling worden beoogd.

⁽¹³²⁾ EHRM, 5 februari 2002, Conka t. België, § 83 : "les exigences de l'article 13 de la Convention sont de l'ordre de la garantie, et non du simple bon vouloir ou de l'arrangement pratique".

⁽¹³³⁾ EHRM, 5 februari 2002, Conka t. België, § 84 : "...tout comme l'article 6 de la Convention, l'article 13 astreint les Etats contractants à organiser leurs juridictions de manière à leur permettre de répondre aux exigences de cette disposition".

2. In de memorie van toelichting wordt er melding van gemaakt dat "de raadkamer bevoegd (blijft) in de gevallen voorzien in de artikelen 71-74 van de vreemdelingenwet" en dat de Raad "ter zake geen enkele rechtsmacht" heeft. Dit wordt trouwens uitdrukkelijk bevestigd door het ontworpen artikel 63, eerste lid, van de wet van 15 december 1980 (artikel 191, 1°, van het voorontwerp van wet).

Ter wille van de rechtszekerheid verdient het aanbeveling in het ontworpen artikel 39/1 uitdrukkelijk en precies de gevallen te vermelden waarvoor de Raad niet bevoegd is.

Artikel 70

(ontworpen artikel 39/2 van de wet van 15 december 1980)

Inzake de beslissingen van de Commissaris-generaal voor de vluchtelingen en de staatlozen beschikt de Raad over volheid van rechtsmacht (ontworpen artikel 39/2, § 1) ⁽¹³⁴⁾.

Het ontworpen artikel 39/2, § 1, derde lid, maakt hierop een uitzondering voor één bepaalde beslissing, nl. voor de beslissing van de Commissaris-generaal bedoeld in het ontworpen artikel 57/6, eerste lid, 2°, van de wet van 15 december 1980 ⁽¹³⁵⁾. Tegen die beslissing kan enkel het in het ontworpen artikel 39/2, § 2, bedoelde annulatieberoep bij de Raad worden ingesteld.

Dat tegen die beslissing enkel een annulatieberoep kan worden ingesteld heeft gevolgen in verband met de uitvoering van de mogelijke verwijderingsmaatregelen. Het in het ontworpen artikel 39/2, § 1, bedoelde beroep heeft immers een schorsende werking ten aanzien van de mogelijke verwijderingsmaatregelen (zie het ontworpen

⁽¹³⁴⁾ Memorie van toelichting, blz. 94.

⁽¹³⁵⁾ Het betreft hier met name het niet in overweging nemen door de Commissaris-generaal van een aanvraag als vluchteling of als subsidiair beschermde door een onderdaan van een EU-lidstaat (zie artikel 55 van het voorontwerp van wet 39.718/AV).

artikel 39/70 - artikel 159 van het voorontwerp van wet)⁽¹³⁶⁾, het annulatieberoep bedoeld in paragraaf 2 van dat artikel heeft dit effect echter niet.

De Raad van State moet vaststellen dat in de memorie van toelichting geen uitleg wordt verstrekt waarom tegen de beslissingen van de Commissaris-generaal bedoeld in het ontworpen artikel 57/6, eerste lid, 2°, van de wet van 15 december 1980 enkel een annulatieberoep kan worden ingesteld. Gelet o.m. op de gevolgen van die afwijkende regeling, zullen de stellers van het voorontwerp van wet hiervoor in de memorie van toelichting een deugdelijke verantwoording moeten geven.

2. Luidens het ontworpen artikel 39/2, § 2, doet de Raad uitspraak als annulatierechter over de overige beroepen die tot zijn bevoegdheid behoren.

Overeenkomstig het bepaalde in artikel 14 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State moeten ook in het genoemde artikel 39/2, § 2, de annulatiegronden worden vermeld.

Artikel 74

(ontworpen artikel 39/5 van de wet van 15 december 1980)

1. Luidens het ontworpen artikel 39/5 oefenen de eerste voorzitter (§ 1), de voorzitter (§ 1) en de kamervoorzitter (§ 3) een mandaat uit. Het ontworpen artikel 39/23 daarentegen bepaalt dat slechts de voorzitter een mandaat uitoefent, en de voorzitter en de kamervoorzitters een adjunct-mandaat. Het ontworpen artikel 39/25, § 1, eerste lid, maakt dan weer gewag van het "mandaat van voorzitter". In het ontworpen artikel 39/26, § 1, worden ten slotte enkel de kamervoorzitters en de hoofdgriffier als "titularis van een adjunct-mandaat" beschouwd.

Ook te dezen moet de Raad van State vaststellen dat het begrip "mandaat" in de verschillende artikelen van Hoofdstuk IV van het voorontwerp van wet niet steeds

⁽¹³⁶⁾ Dit lijkt te moeten worden afgeleid uit de plaats waar het ontworpen artikel 39/70 wordt ingevoegd, nl. onder afdeling 2 met als opschrift "Specifieke bepalingen die gelden voor de beroepen tegen beslissingen van de commissaris-generaal voor de vluchtelingen en de staatlozen"(zie artikel 157 van het ontwerp).

op een eenduidige, consequente wijze wordt gehanteerd ⁽¹³⁷⁾. Zeker wat het (adjunct-)mandaat van voorzitter betreft, moeten de stellers van het voorontwerp van wet de ontworpen tekst preciseren.

2. Er is een gebrek aan overeenstemming tussen de Nederlandse en de Franse tekst van het ontworpen artikel 39/5, § 1, eerste lid. In de Nederlandse tekst wordt gewag gemaakt van "het opmaken van een beleidsplan", in de Franse tekst van "l'élaboration du plan stratégique".

De Raad van State gaat ervan uit dat de Nederlandse tekst de werkelijke bedoeling van de stellers van het voorontwerp van wet weergeeft. In de Franse tekst schrijve men dan ook "l'élaboration du plan de gestion".

3. Luidens het ontworpen artikel 39/5, § 1, derde lid, gebeurt "de aanwijzing van de in artikel 39/4 bepaalde personen" door de eerste voorzitter volgens zijn beleidsplan, doch in nauw overleg met de voorzitter. Het is niet duidelijk wat met de woorden "de aanwijzing van de in artikel 39/4 bepaalde personen" precies wordt bedoeld.

Derhalve moet de tekst, of minstens de memorie van toelichting, op dit punt worden gepreciseerd.

4. Het ontworpen artikel 39/5, § 1, vijfde lid, bevat een verwijzing naar een artikel dat niet is genummerd. Die leemte moet worden opgevuld. Dezelfde opmerking moet worden herhaald ten aanzien van de volgende artikelen van het voorontwerp van wet.

5. Volgens het ontworpen artikel 39/5, § 2, tweede lid, worden de kamers voorgezeten door een kamervoorzitter of door de voorzitter wat zijn kamer betreft, doch bij zijn ontstentenis wordt het voorzitterschap waargenomen door het "oudstbenoemde" aanwezige lid van de Raad.

⁽¹³⁷⁾ Vgl. met de analoge opmerking die bij de artikelen 25 en 212 van het voorontwerp van wet is geformuleerd.

De vraag rijst naar de werkzaamheid van deze bepaling indien, bij de eerste installatie, alle leden van de Raad op hetzelfde tijdstip zouden worden benoemd.

Ook kan de vraag worden gesteld of men werkelijk het tijdstip van de benoeming bedoelt, en niet veeleer de dag van de eedaflegging.

Artikel 76

(ontworpen artikel 39/7 van de wet van 15 december 1980)

Er kan *mutatis mutandis* worden verwezen naar opmerking 2 bij artikel 47 van het voorontwerp van wet (artikel 102bis van de gecoördineerde wetten op de Raad van State).

Artikel 78

(ontworpen artikel 39/8 van de wet van 15 december 1980)

Luidens het ontworpen artikel 39/8, § 2, eerste lid, tweede volzin, bepaalt het reglement van orde o.m. welke kamer kennis neemt van zaken in het Duits, alsook hun samenstelling.

Het lijkt raadzaam om in het ontworpen artikel 39/8, § 1, uitdrukkelijk te vermelden dat in de kamer die kennis neemt van zaken in het Duits, een rechter zitting houdt die overeenkomstig het ontworpen artikel 39/21, § 3, het bewijs levert van een voldoende kennis van het Duits ⁽¹³⁸⁾.

Artikel 79

(Ontworpen artikel 39/9 van de wet van 15 december 1980)

In het ontworpen artikel 39/9, tweede lid, 3°, moet worden verwezen naar het derde lid van het ontworpen artikel 39/5, § 3, in plaats van naar het tweede lid van dat artikel.

⁽¹³⁸⁾ Vgl. met artikel 88 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State.

Artikel 82

(ontworpen artikel 39/11 van de wet van 15 december 1980)

Wat het ontworpen artikel 39/11, tweede lid, betreft, kan *mutatis mutandis* worden verwezen naar de opmerking 2 bij artikel 43 van het ontwerp (artikel 92 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State).

Artikel 88

(ontworpen artikel 39/15 van de wet van 15 december 1980)

Luidens het ontworpen artikel 39/15, eerste lid, worden naar de tweetalige kamer bedoeld bij artikel 39/8, § 1, verwezen, de zaken die beantwoorden aan "de criteria vervat in artikel 61 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State".

Aangezien het genoemde artikel 61 op zijn beurt verwijzingen bevat naar andere artikelen van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, die bovendien betrekking hebben op specifieke bevoegdheden van de Raad van State, moeten in het ontworpen artikel 39/15 zelf de criteria worden opgenomen voor een verwijzing naar de tweetalige kamer.

Artikel 92

(ontworpen artikel 39/18 van de wet van 15 december 1980)

Wat het ontworpen artikel 39/18, derde lid, betreft, kan *mutatis mutandis* worden verwezen naar de opmerking bij artikel 18 van het voorontwerp van wet (artikel 66 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State).

Artikel 94

(ontworpen artikel 39/19 van de wet van 15 december 1980)

1. Luidens het ontworpen artikel 39/19, § 1, eerste lid, worden de rechters in vreemdelingenzaken door de Koning benoemd uit een uitdrukkelijke gemotiveerde lijst met drie namen, voorgedragen door de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen. Het

.../...

voorontwerp van wet bevat echter geen overgangsbepaling die de Koning toelaat om tot de "eerste benoemingen" van de rechters in vreemdelingenzaken over te gaan.

Die leemte in het voorontwerp van wet moet worden opgevuld ⁽¹³⁹⁾.

Deze opmerking kan *mutatis mutandis* ook worden herhaald wat betreft het ontworpen artikel 39/24, § 1 (de eerste voorzitter en de voorzitter), en § 2 (de kamervoorzitters), en, in bijkomende orde ⁽¹⁴⁰⁾, wat betreft het ontworpen artikel 39/20 (griffier) en het ontworpen artikel 39/24, § 3 (de hoofdgriffier).

2. Het ontworpen artikel 39/19, § 1, derde lid, tweede volzin, is zinloos in zoverre het de selectieproef voorbehoudt voor de "geslaagde" kandidaten. Wellicht is het de bedoeling enkel de geslaagde kandidaten te laten deelnemen aan de hoorzitting. De ontworpen bepaling moet dan ook in die zin worden herschreven.

3. Wat het ontworpen artikel 39/19, § 3, betreft, wordt verwezen naar de opmerkingen bij het ontworpen artikel 39/30 (artikel 110 van het voorontwerp van wet).

4. Zoals bevestigd wordt in het ontworpen artikel 39/25, § 3, vierde lid (artikel 102 van het voorontwerp van wet), kan een lid van de Raad van State benoemd worden als lid van de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen en bijgevolg zijn hoedanigheid van lid van de Raad van State verliezen (zie het ontworpen artikel 39/19,

⁽¹³⁹⁾ Gelet op het belang dat de stellers van het voorontwerp van wet lijken te hechten aan een gemotiveerde voordracht, geeft de afdeling wetgeving ter overweging om de voordracht voor de "eerste benoemingen" te laten doen door de algemene vergadering van de Raad van State. De Raad van State is immers het hogere rechtscollege bij wie cassatieberoep tegen de "beslissing"(arrest of vonnis?) van de Raad voor de Vreemdelingenbetwistingen zal moeten worden ingesteld. Ook bepaalt het ontworpen artikel 39/22 dat de eerste voorzitter van de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen de eed aflegt in handen van de Eerste voorzitter van de Raad van State.

⁽¹⁴⁰⁾ De mogelijkheid bestaat immers dat een griffier van de Raad van State tot hoofdgriffier of griffier bij de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen wordt benoemd en dat een lid van het administratief personeel van de Raad van State tot griffier bij de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen wordt benoemd.

§ 2). De vraag rijst of in dat geval de rechter de wedde die hij genoot in zijn vorig ambt bij de Raad van State, behoudt.

In het voornoemde artikel 39/25, § 3, vierde lid, lijkt dit enkel geregeld te zijn voor de rechter voor wie het mandaat van korpschef of van voorzitter van de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen niet wordt verlengd, en die ervoor kiest niet naar de Raad van State terug te keren, maar definitief rechter te blijven bij de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen.

Voor de andere rechters - die definitief in de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen willen blijven - kan de vraag worden gesteld of zij zich kunnen beroepen op artikel 3, § 6, van de wet van 5 april 1955 inzake de wedden van de ambtsdragers bij de Raad van State, zoals dit wordt gewijzigd door het voorliggende voorontwerp van wet (artikel 199, 10°), om toepassing te vragen van artikel 3, § 5, 2°, van dezelfde wet. Zo ja, zou dit uitdrukkelijk in de memorie van toelichting moeten worden vermeld. Zo nee, moet de tekst van het ontwerp op dit punt worden aangevuld.

Artikel 95

(ontworpen artikel 39/20 van de wet van 15 december 1980)

1. Er kan *mutatis mutandis* worden verwezen naar de opmerking bij het ontworpen artikel 39/19, § 1, eerste lid (artikel 94 van het voorontwerp van wet).

2. Het ontworpen artikel 39/20, vierde lid, moet als een tweede lid aan het ontworpen artikel 39/21, § 3 (artikel 96 van het voorontwerp van wet) worden toegevoegd.

Bovendien kunnen er vragen worden gesteld bij de werkbaarheid van het ontworpen artikel 39/20, vierde lid. De griffier van de Raad van State die het bewijs levert van een voldoende kennis van de Duitse taal, oefent nu reeds als griffier in de Raad van State een ambt uit dat een volledige werktijd beslaat. Het moeten zetelen in de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen zal bijkomend bij zijn of haar voltijds ambt moeten gebeuren.

.../...

Artikel 96

(ontworpen artikel 39/21 van de wet van 15 december 1980)

1. Op het einde van het ontworpen artikel 39/21, § 2, derde lid, vierde volzin, voege men de woorden "bedoelde examen" toe.

2. De vraag rijst of naar analogie met artikel 73, § 2, eerste lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, het ontworpen artikel 39/21, § 1, niet moet worden aangevuld met een bepaling naar luid waarvan de eerste voorzitter of de voorzitter van de Raad het bewijs moet leveren van de kennis van de andere taal, Nederlands of Frans, dan die waarin zijn diploma is gesteld.

Artikelen 98 tot 106

(ontworpen artikelen 39/22 tot 39/28 van de wet van 15 december 1980))

Zoals in de memorie van toelichting wordt opgemerkt komt het ontworpen mandaatstelsel voor de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen in grote mate overeen met het ontworpen mandaatstelsel voor de Raad van State ⁽¹⁴¹⁾.

De opmerkingen die de afdeling wetgeving bij de bespreking van het mandaatstelsel voor de Raad van State heeft geformuleerd, moeten dan ook *mutatis mutandis* als herhaald worden beschouwd voor de ontworpen artikelen 39/22 tot 39/28.

Artikel 106

(ontworpen artikel 39/28 van de wet van 15 december 1980)

In de Franse tekst van het ontworpen artikel 39/28, § 2, eerste lid, inleidende zin, schrijve men "rapport d'activité" in plaats van "rapport de fonctionnement".

⁽¹⁴¹⁾ Memorie van toelichting, blz. 111.

Artikelen 107 tot 116

(ontworpen artikelen 39/29 tot 39/34 van de wet van 15 december 1980)

Luidens de memorie van toelichting zijn "de evaluatieprocedure en criteria (...) identiek aan die welke gelden voor de ambtsdragers van de Raad van State" ⁽¹⁴²⁾.

De opmerkingen die de afdeling wetgeving bij de bespreking van het evaluatiesysteem voor de Raad van State heeft geformuleerd, moeten dan ook *mutatis mutandis* als herhaald worden beschouwd voor de ontworpen artikelen 39/29 tot 39/34.

Alleen voor de van het evaluatiesysteem van de Raad van State afwijkende bepalingen zullen, in voorkomend geval, bijkomende bijzondere opmerkingen worden gemaakt.

Artikel 108

(ontworpen artikel 39/29 van de wet van 15 december 1980)

In het ontworpen artikel 39/29, § 4, eerste lid, 2°, moeten *in fine* de woorden ", wat de kamervoorzitters betreft" worden toegevoegd.

Artikel 110

(ontworpen artikel 39/30 van de vreemdelingenwet)

1.1. Luidens het ontworpen artikel 39/30, § 4, eerste en derde lid, wordt na twee opeenvolgende vermeldingen "onvoldoende" door de korpschef van de Raad een voorstel tot ontslag gedaan aan de benoemende overheid en wordt door die benoemende overheid tot het ontslag besloten wegens beroepsongeschiktheid.

Volgens de memorie van toelichting is "deze statutaire maatregel, wat de rechters in vreemdelingenzaken betreft, verenigbaar met de onafzetbaarheid van de rechter" aangezien "het voor de magistraten van de rechterlijke orde in artikel 152, eerste lid, van de Grondwet vervatte principe (...) niet absoluut (is)".

⁽¹⁴²⁾ Memorie van toelichting, blz. 112.

De Raad van State moet bij die ontworpen bepaling een ernstig voorbehoud maken.

1.2. De in artikel 39/30, § 4, eerste en derde lid, ontworpen regeling is niet te verenigen met het beginsel van de onafhankelijkheid van de rechter. De onafhankelijkheid van de rechter zoals o.m. voorgeschreven bij artikel 6 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden vereist dat de leden van een rechtscollège tijdens de uitoefening van hun ambt onafzetbaar zijn ⁽¹⁴³⁾.

Ook in de Grondwet wordt de onafhankelijkheid van de rechter o.m. gewaarborgd door de artikelen 152, 154, en 155, volgens welke de rechters voor het leven worden benoemd, onafzetbaar en, zonder hun toestemming, onoverplaatsbaar zijn, een door de wetgevende macht vastgestelde wedde genieten en hun ambt niet mogen combineren met een door de regering bezoldigd ambt.

Wat het Arbitragehof en de Raad van State betreft, wordt de onafhankelijkheid van zijn rechters, respectievelijk staatsraden, gewaarborgd door wetbepalingen die in sterke mate geïnspireerd zijn door de grondwettelijke bepalingen die het statuut van de leden van de gewone rechterlijke macht bepalen.

Ook de rechters van het Arbitragehof en de staatsraden zijn allen voor het leven benoemd en kunnen enkel bij een rechterlijke uitspraak uit hun ambt ontzet of daarin geschorst worden.

Met de in het ontworpen artikel 39/30, § 4, eerste en derde lid, bepaalde regeling, wordt thans afgeweken van een tot op heden in het Belgische staatsrecht gehuldigd principe, en wat de rechters bij de hoven en rechtbanken betreft van een in de Grondwet ingeschreven principe, dat de onafzetbaarheid van de rechter een waarborg vormt voor de onafhankelijkheid van de "rechterlijke macht" ten opzichte van de uitvoerende macht.

1.3. De onafzetbaarheid van de rechter sluit evenwel niet uit dat deze door het Hof van cassatie in het kader van een tuchtvervolging uit zijn ambt kan worden

⁽¹⁴³⁾ EHRM, 28 juni 1984, Campbell en Fell, *Publ. Cour eur. D.H.*, Serie A, nr. 80.

ontzet ⁽¹⁴⁴⁾. Ook een rechter van het Arbitragehof of een staatsraad die te kort geschoten is in de waardigheid van zijn ambt of aan de plichten van zijn staat, kan respectievelijk door het Arbitragehof en door het Hof van Cassatie uit zijn ambt ontzet of daarin worden geschorst ⁽¹⁴⁵⁾.

Het is evenwel onverenigbaar met het beginsel van de onafhankelijkheid van de rechter, dat een rechter die voor het leven is benoemd - zoals ook het ontworpen artikel 39/19, § 2, in beginsel bepaalt -, wegens beroepsongeschiktheid, en ongeacht of dit gebeurt op voorstel van de hoogste magistraat van het rechtscollege, door een lid van de uitvoerende macht uit zijn ambt zou kunnen worden ontzet.

1.4. Met de ontworpen regeling voeren de stellers van het voorontwerp van wet daarenboven een fundamentele afwijkende regeling in, in vergelijking met de toepasselijke regels inzake de evaluatie van de magistraten van de rechterlijke orde, het Arbitragehof en de Raad van State. Ook alleen al om die reden moet het ontworpen artikel 39/30, § 4, eerste en derde lid, uit het voorontwerp worden gelicht.

1.5. Ten slotte moet de Raad van State eveneens vaststellen dat met het ontworpen artikel 39/30, § 4, eerste en derde lid, de stellers van het voorontwerp van wet ten onrechte een rechtstreeks verband leggen tussen de evaluatie en het tuchtrecht. Daarbij verliezen de stellers van het voorontwerp van wet uit het oog dat het tuchtrecht, enerzijds, en de evaluatie, anderzijds, twee los naast elkaar staande zaken zijn.

De evaluatie van magistraten moet ertoe strekken een interne, periodieke kwaliteitscontrole door te voeren om de interne werking van het rechtscollege te verbeteren. Het tuchtrecht van magistraten daarentegen strekt ertoe diegenen die hun ambtsplichten verzuimen of door hun gedrag afbreuk doen aan de waardigheid van hun ambt, te straffen.

De Raad van State wenst er de stellers van het voorontwerp van wet opmerkzaam op te maken dat artikel 39/53 van het voorontwerp van wet trouwens een middel ter hand stelt om tegen een magistraat die tekort komt aan de plichten van zijn

⁽¹⁴⁴⁾ Artikel 409 Ger.W.

⁽¹⁴⁵⁾ Artikel 49 van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Arbitragehof en artikel 115 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State.

ambt, tuchtrechterlijk op te treden. Op dit punt voorziet het voorontwerp van wet wel in eenzelfde regeling als voor de magistraten van de rechterlijke orde, het Arbitragehof en de Raad van State.

1.6. De conclusie is dan ook dat het ontworpen artikel 39/30, § 4, uit het ontwerp dient te worden weggelaten.

2. De hiervóór geformuleerde opmerkingen kunnen *mutatis mutandis* worden herhaald voor de kamervoorzitters (ontworpen artikel 39/30, § 5) .

Artikelen 114 en 115

(ontworpen artikelen 39/32 en 39/33 van de wet van 15 december 1980)

1. Wat de in het ontworpen artikel 39/32, § 5, en het ontworpen artikel 39/33, § 4, bepaalde ontslagregeling voor de hoofdgriffier, respectievelijk de griffiers betreft, moet ook hier worden opgemerkt dat met de ontworpen regeling een fundamentele afwijkende regeling wordt ingevoerd, in vergelijking met de toepasselijke regels voor de griffiers van de rechterlijke orde, de griffiers van het Arbitragehof en de griffiers van de Raad van State. Het is niet duidelijk of ook hiervoor een deugdelijke verantwoording kan worden gegeven.

2. In het ontworpen artikel 39/32, § 2, eerste lid, wordt bepaald dat de eerste voorzitter belast is met de evaluatie van de hoofdgriffier, maar dat hij, wanneer hij niet van dezelfde "taalrol" is als de geëvalueerde, bijgestaan wordt door de voorzitter.

Daarenboven bepaalt het tweede lid evenwel dat de eerste voorzitter of de voorzitter die niet tweetalig is, zich moet laten bijstaan door de houder van een adjunct-mandaat die tot de andere "taalrol" behoort.

Er kunnen vraagtekens geplaatst worden bij het nut van die bepaling, aangezien tweetaligheid van het college van evaluatoren gewaarborgd wordt door de regel die in het eerste lid staat, vermits de eerste voorzitter en de voorzitter tot verschillende "taalrollen" moeten behoren.

Indien de bepaling behouden blijft, zou het beter zijn dat deze herzien wordt op een andere punt, namelijk dat van de automatische aanwijzing van de magistraat die helpt bij de evaluatie; wat dat betreft wordt *mutatis mutandis* verwezen naar de opmerking gemaakt bij artikel 26 van het voorontwerp van wet.

Artikelen 118, 119, 124 tot 129

(ontworpen artikelen 39/34, 39/35, 39/39 tot 39/44 van de wet van 15 december 1980)

Wat de ontworpen artikel 39/34, 39/35, 39/39 tot 39/44 betreft, kan *mutatis mutandis* worden verwezen naar respectievelijk de opmerkingen bij de artikelen 33, 34 en 48 tot 53 van het voorontwerp van wet.

Artikel 125

(ontworpen artikel 39/40 van de wet van 15 december 1980)

Wat het ontworpen artikel 39/40, eerste lid, betreft, geeft de afdeling wetgeving ter overweging om, wat de leden van de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen betreft, overeenkomstig het bepaalde in artikel 385, eerste lid, van het Gerechtelijk Wetboek, over de verplichte inruststelling uitspraak te laten doen door het hogere rechtscollege, te dezen de Raad van State.

Artikel 141

(ontworpen artikel 39/54 van de wet van 15 december 1980)

Het eerste en het tweede lid van het ontworpen artikel 39/54 zijn tegenstrijdig: het eerste lid bepaalt dat de Minister "aan de Raad het personeel (...) ter beschikking (stelt)", terwijl volgens het tweede lid "de vaste en de tijdelijke personeelsformatie van de Raad, ingedeeld bij het centraal bestuur van de Federale Overheidsdienst van Binnenlandse Zaken, (...) door de Koning (wordt) vastgesteld bij een in Ministerraad overlegd besluit".

De stellers van het voorontwerp van wet moeten hun bedoelingen preciseren en onder meer bepalen onder wiens gezag het administratief personeel zal werken ⁽¹⁴⁶⁾.

Artikel 145

(ontworpen artikel 39/57 van de wet van 15 december 1980)

Teneinde elke verwarring terzake te voorkomen, wordt voorgesteld om in het eerste lid van de ontworpen bepaling te preciseren dat de termijn van vijftien dagen betrekking heeft op de beslissingen genomen met toepassing van artikel 39/2, § 1, eerste lid, van de wet van 15 december 1980, met uitzondering van de beslissingen bedoeld in het derde lid van diezelfde paragraaf. In verband met de ongelijke behandeling die aldus, wat betreft de beroepstermijn bij de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen, onder asielzoekers ontstaat naargelang zij al dan niet een onderdaan zijn van een lidstaat van de Europese Unie, wordt verwezen naar de bijzondere opmerking die gemaakt is bij artikel 70 van het voorontwerp van wet.

Artikel 147

(ontworpen artikel 39/59 van de wet van 15 december 1980)

1. In het ontworpen artikel 39/59, § 2, wordt bepaald dat wanneer de verzoekende partij noch verschijnt, noch vertegenwoordigd is op de terechtzitting, het beroep wordt verworpen. In het huidige artikel 57/17 van de wet van 15 december 1980 levert datzelfde vereiste louter een mogelijkheid van verwerping op. Aangezien tegen de beslissing van de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen geen verzet mogelijk is (ontworpen artikel 39/67), zou de Raad op zijn minst de mogelijkheid moeten hebben om na te gaan of de afwezigheid niet gerechtvaardigd is.

⁽¹⁴⁶⁾ Er wordt aan herinnerd dat de Raad van State met toepassing van artikel 14, § 1, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State niet bevoegd is om kennis te nemen van beroepen gericht tegen bestuurshandelingen gesteld door organen van administratieve rechtscolleges ten aanzien van hun personeelsleden. De Raad is daarentegen wel bevoegd voor beroepen tegen soortgelijke handelingen gesteld door organen van de rechterlijke macht. De redenen van deze ongelijke behandeling moeten worden opgegeven.

2. In het ontworpen artikel 39/59, § 2, derde lid, zou moeten worden voorzien in een uiterste termijn waarbinnen aan een vraag om inlichtingen gevolg moet worden gegeven.

3. De Raad van State ziet het nut niet in van de verwijzing, in het ontworpen artikel 39/59, § 1, eerste lid, naar "artikel 39/72, § 2".

Artikel 151

(ontworpen artikel 39/63 van de wet van 15 december 1980)

De formulering van de eed is een overname van de huidige artikelen 37 en 57/20 van de wet van 15 december 1980. Wat de Nederlandse tekst betreft, verdient het aanbeveling een minder archaïsch taalgebruik te hanteren.

Artikel 155

(ontworpen artikel 39/67 van de wet van 15 december 1980)

Paragraaf 2 van het ontworpen artikel 39/67 hoort niet thuis in de wet van 15 december 1980, maar moet worden opgenomen in de gecoördineerde wetten op de Raad van State.

Artikel 156

(ontworpen artikel 39/68 van de wet van 15 december 1980)

1. Gelet op de procedureregels die reeds vervat zijn in de ontworpen bepalingen en wegens het ontbreken van een Auditoraat binnen de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen, rijst de vraag wat de concrete draagwijdte is van de aan de Koning opgedragen bevoegdheid om bijzondere procedureregels te bepalen voor de behandeling van verzoekschriften die enkel korte debatten met zich brengen. De memorie van toelichting zou op dit punt de nodige opheldering moeten verschaffen.

2. In het ontworpen artikel 39/68, tweede lid, wordt o.m. aan de Koning de opdracht gegeven het tarief der kosten en uitgaven te bepalen.

De Raad van State wenst er de stellers van het voorontwerp van wet op te wijzen dat bij arrest nr. 146.889 van 26 juni 2005 de algemene vergadering van de afdeling administratie van de Raad van State de volgende prejudiciële vraag aan het Arbitragehof heeft gesteld :

"Houdt artikel 30, § 1, tweede lid, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, een schending in van de artikelen 10, 11 en 170 van de Grondwet, afzonderlijk genomen en in onderlinge samenhang gelezen, doordat bij die bepaling aan de Koning de bevoegdheid wordt opgedragen om de essentiële gegevens te bepalen van het recht verschuldigd voor een beroep bij de Raad van State, inzonderheid het bedrag van dat recht, de grondslag ervan, de vorm waarin het moet worden betaald alsook het ogenblik waarop het verschuldigd is, terwijl aan niemand een belasting mag worden opgelegd en niemand van die belasting mag worden vrijgesteld dan bij een beslissing van een democratisch verkozen beraadslagende vergadering?".

Voor zover als nodig wenst de Raad van State op te merken dat, wat betreft het zegelrecht dat verschuldigd is voor een beroep bij de Raad van State, het voorliggende voorontwerp van wet dit thans uitdrukkelijk inschrijft in de gecoördineerde wetten (ontworpen artikel 30, §§ 4 tot 9 - artikel 13, 6° van het voorontwerp van wet).

Artikel 157

Artikel 157 voegt in het ontworpen Hoofdstuk V - Rechtspleging, een afdeling 2 in met als opschrift "Specifieke bepalingen die gelden voor de beroepen tegen beslissingen van de commissaris-generaal voor de vluchtelingen en de staatlozen". Om misverstanden te vermijden, verdient het evenwel aanbeveling in het opschrift aan te geven dat het hier de beroepen met volle rechtsmacht betreft, met uitsluiting van de beroepen tegen een beslissing van de Commissaris-generaal bedoeld in het ontworpen artikel 57/6, eerste lid, 2°, van de wet van 15 december 1980.

Artikel 158

(ontworpen artikel 39/69, van de wet van 15 december 1980)

1. Aangezien de asielaanvraag zowel betrekking kan hebben op de hoedanigheid van vluchteling in de zin van het Verdrag van Genève als op de status subsidiaire bescherming, lijkt het vanzelfsprekend dat de "nieuwe gegevens", die kunnen worden aangevoerd in het verzoekschrift dat bij de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen wordt ingediend, eveneens betrekking kunnen hebben op zwaarwegende gronden om aan te nemen dat de vreemdeling een reëel risico zou lopen op ernstige schade zoals bepaald in artikel 48/4 van de wet van 15 december 1980. Het ontworpen artikel 39/69, § 1, tweede lid, 4°, zou dan ook in die zin moeten worden aangepast.

2. De formulering van de nummers 6° en 7° van dezelfde bepaling dient in overeenstemming te worden gebracht met de inleidende zin van het ontworpen lid.

3. Volgens de memorie van toelichting ⁽¹⁴⁷⁾ blijft de beroepstermijn verder lopen in de gevallen bepaald in het ontworpen artikel 39/69, § 1, tweede lid, waarin een verzoekschrift niet op de rol wordt geplaatst. De Raad van State veronderstelt dat de verzoeker op de een of andere wijze ⁽¹⁴⁸⁾ ervan op de hoogte zal worden gebracht dat het verzoekschrift niet in aanmerking is genomen.

4. Aangezien in de wet reeds gronden zijn opgenomen om een verzoekschrift niet op de rol te plaatsen, zou de machtiging die bij artikel 39/69, § 1, derde lid, aan de Koning wordt verleend, nader omschreven moeten worden ⁽¹⁴⁹⁾.

⁽¹⁴⁷⁾ Memorie van toelichting, blz. 132.

⁽¹⁴⁸⁾ Bijvoorbeeld door het terugzenden van het verzoekschrift aan degene die het heeft verstuurd.

⁽¹⁴⁹⁾ In de memorie van toelichting (blz. 133) wordt slechts één voorbeeld gegeven, nl. het geval waarin het rolrecht niet gekwet is (vergelijk met het ontworpen artikel 39/78, tweede lid, - artikel 170 van het voorontwerp van wet).

5. In het ontworpen artikel 39/69, § 3, dient verwezen te worden naar "§ 2" en niet naar "§ 2, tweede lid".

6. Er is in het ontworpen artikel 39/69, § 1, vierde lid, een gebrek aan overeenstemming tussen de Nederlandse en de Franse tekst. In de Nederlandse tekst wordt verwezen naar de in het tweede lid (lees : derde lid) bepaalde gronden; in de Franse tekst wordt hiervan geen gewag gemaakt.

Artikel 159

(ontworpen artikel 39/70 van de wet van 15 december 1980)

In deze bepaling wordt, overeenkomstig de rechtspraak van het voormelde arrest Conka, de schorsende kracht verankerd die verbonden is, zowel aan de beroepstermijn als aan het onderzoek van het beroep tegen een beslissing van de Commissaris-generaal voor de vluchtelingen en de staatlozen (met uitzondering van de beslissing tot weigering van inoverwegingneming van een asielaanvraag ingediend door een onderdaan van een lidstaat van de Europese Unie). Volgens de memorie van toelichting ⁽¹⁵⁰⁾ kan de vreemdeling afzien van deze schorsende kracht. Om te voorkomen dat achteraf enige discussie terzake plaatsvindt, dient die precisering in de wet zelf te worden opgenomen.

Artikel 163

(ontworpen artikel 39/73 van de wet van 15 december 1980)

In het ontworpen artikel 39/73, § 2, tweede lid, moet worden verwezen naar "§ 1, tweede lid".

⁽¹⁵⁰⁾ Zie blz. 134.

Artikel 166

(ontworpen artikel 39/76 van de wet van 15 december 1980)

1. Er wordt verwezen naar de voorafgaande opmerking 2.2. bij titel *Ibis* van de wet van 15 december 1980 in verband met de bevoegdheid met volle rechtsmacht die wordt toegekend aan de rechter van de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen in het kader van het onderzoek van een asielaanvraag en in verband met het begrip "nieuwe gegevens", die ten overstaan van die rechter kunnen worden aangevoerd en door hem kunnen worden onderzocht.

2. In artikel 39/76, § 3, tweede lid, moet worden nagegaan of de verwijzingen waarin de ontworpen bepaling voorziet, juist zijn : er lijkt geen artikel 52/1 te bestaan in de wet van 15 december 1980 en het ontworpen artikel 52/2, § 2, van de wet van 15 december 1980 lijkt geen onderdeel 5° te bevatten.

Artikel 168

(ontworpen artikel 39/77 van de wet van 15 december 1980)

In de Franse tekst van het ontworpen artikel 39/77, § 3, moet naar het voorbeeld van het bepaalde in de Nederlandse tekst gepreciseerd worden dat het het geval betreft van een vreemdeling die "in de loop van de procedure" opgenomen wordt in een welbepaalde plaats of ter beschikking van de regering wordt gesteld.

Artikel 170

(ontworpen artikel 39/78 van de wet van 15 december 1980)

De vraag rijst of niet dient te worden verwezen respectievelijk naar het tweede en het derde lid van het ontworpen artikel 39/69, § 1, veeleer dan naar het eerste en het tweede lid.

Artikel 171

(ontworpen artikel 39/79 van de wet van 15 december 1980)

In zoverre die bepaling onder meer het recht van verblijf van onderdanen van de lidstaten van de Europese Unie betreft, wordt verwezen naar de algemene opmerking 3.1 van advies 39.718/AV.

Artikel 174

(ontworpen artikel 39/81 van de wet van 15 december 1980)

Dient niet eveneens te worden verwezen naar het ontworpen artikel 39/77 (artikel 168 van het voorontwerp van wet)?

Artikel 176

(ontworpen artikel 39/82 van de wet van 15 december 1980)

1. In zoverre de schorsingsprocedure georganiseerd bij het ontworpen artikel 39/82 van de wet van 15 december 1980 grotendeels ingegeven is door artikel 17 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, zoals het wordt gewijzigd bij artikel 5 van dit voorontwerp van wet, wordt verwezen naar de bijzondere opmerkingen gemaakt bij het genoemde artikel 5.

2. Er wordt eveneens verwezen naar de voorafgaande opmerking 2.3, gemaakt bij de nieuwe titel *Ibis* van de wet van 15 december 1980.

3. Het ontworpen tweede lid van paragraaf 4 bepaalt dat tegen de maatregel waarvan de tenuitvoerlegging imminent is, binnen vierentwintig uren na de betekening van de maatregel een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid moet worden ingesteld. Wat gebeurt er echter indien de maatregel pas na het verstrijken van die vierentwintig uren na betekening, imminent uitvoerbaar wordt ? Is een schorsingsberoep dan niet meer mogelijk, ook al is de termijn van dertig dagen bedoeld in het ontworpen artikel 39/57 nog niet verstreken ?

.../...

Artikel 180

(ontworpen artikel 39/85 van de wet van 15 december 1980)

1. Er wordt verwezen naar voorafgaande opmerking 2.3, gemaakt bij de nieuwe titel *Ibis* van de wet van 15 december 1980.

2. Het ontworpen artikel 39/85 voorziet in de mogelijkheid om een vordering tot het bevelen van voorlopige maatregelen in te dienen ingeval reeds een vordering tot schorsing is ingediend. De vraag rijst wat er met de vreemdeling gebeurt die een annulatieberoep heeft ingesteld, maar die niet de schorsing van de tenuitvoerlegging heeft gevorderd en die, terwijl nog geen uitspraak is gedaan over het annulatieberoep, het risico loopt op de imminente tenuitvoerlegging van de verwijderings- of terugdrijvingsmaatregel. Kan hij in dat geval nog een vordering tot schorsing onder aanvoering van de uiterst dringende noodzakelijkheid indienen? Indien zulks niet het geval is, worden de stellers van het voorontwerp van wet verzocht te voorzien in een procedure die het mogelijk maakt om zich ook in die situatie te conformeren aan de rechtspraak van het voormelde Conka-arrest.

Artikel 184

(artikel 55 van de wet van 15 december 1980)

1. De stellers van het voorontwerp van wet worden erop gewezen dat de wijziging die punt 2° van de ontworpen bepaling aanbrengt in artikel 55, § 2, van de wet van 15 december 1980, tot gevolg heeft dat de wijziging die artikel 49, 2°, van voorontwerp van wet 39.718/AV aanbrengt in diezelfde paragraaf, onnodig is.

2. Volgens de memorie van toelichting is voorzien in het vereiste overgangsrecht wat de hangende zaken betreft. Het thans onderzochte voorontwerp van wet bevat echter geen enkele zodanige overgangsmaatregel.

Er wordt verwezen naar de algemene opmerking 3.2.2.

.../...

Artikel 185
(opheffingsbepaling)

1. Artikel 57/11 van de wet van 15 december 1980 maakt geen deel uit van afdeling 3 ("De Vaste Beroepscommissie voor vluchtelingen"). De opheffing ervan moet dus bij een uitdrukkelijke bepaling worden geregeld.

2. Volgens de memorie van toelichting is voorzien in het noodzakelijke overgangsrecht. Het thans onderzochte voorontwerp van wet bevat echter geen enkele overgangsmaatregel met betrekking tot de nadere regels inzake de opheffing van de Vaste Beroepscommissie voor vluchtelingen.

Er wordt verwezen naar de algemene opmerking 3.2.2.

Artikel 186
(artikel 57/23bis van de wet van 15 december 1980)

Artikel 57/23bis van de wet van 15 december 1980 bepaalt in zijn huidige lezing dat de vertegenwoordiger in België van de Hoge Commissaris van de Verenigde Naties voor de Vluchtelingen of diens gemachtigde onder meer alle stukken kan inzien die zich bevinden in een dossier hangende bij de Vaste Beroepscommissie voor vluchtelingen en dat hij een mondeling of schriftelijk advies kan verstrekken aan de Commissie, waarvan deze alleen kan afwijken indien ze in haar beslissing uitdrukkelijk de redenen daarvan vermeldt.

Als gevolg van de ontworpen wijzigingen verliest deze overheidsinstantie voortaan de hierboven uiteengezette prerogatieven ten aanzien van de procedures hangende bij de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen.

Volgens de memorie van toelichting volgt deze wijziging, enerzijds, uit de logica dat dezelfde regels van toepassing moeten zijn bij de twee rechtscolleges, te weten de Raad van State en de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen en, anderzijds, uit de omstandigheid dat het niet wenselijk is dat een derde de stukken van het dossier kan inkijken in een zaak die bij een rechtscollege hangende is, terwijl hij geen partij is in dat geding.

Geen van beide aangevoerde redenen is pertinent, daar in de huidige procedure de Vaste Beroepscommissie voor vluchtelingen reeds een administratief rechtscollege is, net als de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen.

Hoe dan ook lijken de ontworpen wijzigingen in strijd met artikel 21, lid 1, b, van richtlijn 2005/85/EG, dat bepaalt dat de Hoge Commissaris van de Verenigde Naties voor de Vluchtelingen "toegang (moet kunnen hebben) tot gegevens betreffende individuele asielverzoeken, het verloop van de procedure en de genomen beslissingen, mits de asielzoeker daarmee instemt".

Voorts houdt het bepaalde in artikel 21, lid 1, c, van richtlijn 2005/85/EG, naar luid waarvan de Hoge Commissaris van de Verenigde Naties voor de Vluchtelingen "in elke fase van de procedure aan de bevoegde autoriteiten zijn zienswijze kan geven in verband met individuele asielverzoeken", het behoud in van adviesbevoegdheid ten aanzien van de minister of van diens gemachtigde, in zoverre dat advies de bevoegdheid betreft om te bepalen welke Staat verantwoordelijk is voor de behandeling van een asielverzoek (Dublin-verordening) of om een latere asielaanvraag te verwerpen.

De stellers van het voorontwerp zullen derhalve ten minste moeten aantonen dat de voorgenomen wijziging niet van die aard is dat ze de verwezenlijking van het door deze richtlijn voorgeschreven resultaat ernstig in gevaar zou kunnen brengen ⁽¹⁵¹⁾.

Artikel 193 (opheffingsbepaling)

Volgens de memorie van toelichting is voorzien in het noodzakelijke overgangsrecht. Het thans onderzochte voorontwerp van wet bevat echter geen enkele overgangsmaatregel met betrekking tot de nadere regels inzake de afschaffing van het annulatieberoep dat met toepassing van de huidige wetgeving rechtstreeks openstaat bij de Raad van State.

Er wordt verwezen naar de algemene opmerking 3.2.2.

⁽¹⁵¹⁾ Zie algemene opmerking 4.

Artikel 194

(artikel 71 van de wet van 15 december 1980)

In punt a moet eveneens de verwijzing naar artikel 67 van de wet van 15 december 1980 worden geschrapt, welk artikel effectief opgeheven wordt bij artikel 61 van het voorontwerp van wet 39.718/AV. Voorts rijst de vraag of niet dient te worden verwezen naar artikel 51/5, § 3, vierde lid, van de wet van 15 december 1980, veeleer dan naar artikel 51/5, § 3, vijfde lid, ervan.

Hoofdstuk V - Wijziging van het Wetboek van Strafvordering

Geen opmerkingen

Hoofdstuk VI - Wijziging van de wet van 5 april 1955 inzake de wedden van de ambtsdragers bij de Raad van StateArtikel 198, 4°

(artikel 1 van de wet van 5 april 1955)

In artikel 198, 4°, a), van het voorontwerp van wet, dat artikel 1, § 3, van de wet van 5 april 1955 inzake de wedden van de ambtsdragers bij de Raad van State wijzigt, dienen de woorden "op 163 072 frank" vervangen te worden door de woorden "op 1 363 072 frank" ⁽¹⁵²⁾.

Artikel 199, 5°

(artikel 3 van de wet van 5 april 1955)

1. De in artikel 199, 5°, (lees: artikel 199, 6°), van het voorontwerp van wet voorgestelde weddeverhoging is beperkt tot de "in artikel 69, 1°, van de gecoördineerde

⁽¹⁵²⁾ Zie ook de nota van de inspectie van financiën van 22 december 2005 (blz. 8, punt 15), gevoegd bij de adviesaanvraag.

wetten op de Raad van State bedoelde leden" die geen mandaat uitoefenen ⁽¹⁵³⁾ en die ten minste elf jaar graadanciënniteit hebben, i.e. reeds elf jaar benoemd zijn als staatsraad, mits een formeel gemotiveerd gunstig advies van de korpschef, en voor zover zij bij hun periodieke beoordeling, niet de vermelding onvoldoende hebben gekregen.

Er is geen soortgelijke bepaling voor de leden van het Auditoraat die zich in een dergelijke situatie bevinden. Volgens de memorie van toelichting is die maatregel, die is ingegeven door de nood om te voorzien in een positieve stimulatie van de leden van de Raad die zich niet geroepen voelen om in het lijnmanagement te stappen, doch daarentegen zich verder wensen in te zetten in hun opgebouwde specialisatie, niet van toepassing gemaakt op het Auditoraat om de aantrekkelijkheid van het ambt van staatsraad te behouden. Voor een eerste auditeur die zich niet geroepen voelt om als afdelingshoofd deel te nemen aan het management van het Auditoraat, zou het immers interessant blijven over te stappen naar de zetel.

Gelet op het doel van de geplande maatregel valt evenwel te betwijfelen of het onderscheid dat aldus wordt gemaakt tussen een staatsraad die reeds elf jaar benoemd is en een eerste auditeur die reeds elf jaar in functie is, en die beiden dezelfde evaluatie hebben en geen mandaat uitoefenen, in het licht van de rechtspraak van het Arbitragehof pertinent is en evenredig is met het beoogde doel.

Dit klemmt des te meer daar die maatregel ook van toepassing wordt verklaard op de leden van de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen, die kunnen worden benoemd vanaf de leeftijd van dertig jaar (ontworpen artikel 39/19, § 2, van de wet van 15 december 1980) en ook tot staatsraad kunnen worden benoemd (artikel 70 van de gecoördineerde wetten, gewijzigd bij artikel 11 van het voorontwerp van wet).

Voorts rijst de vraag waarom die bepaling evenmin geldt voor de griffiers van de Raad van State en de leden van de griffie van de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen, aangezien die ook aan een soortgelijke evaluatieprocedure onderworpen zijn als de ambtsdragers van de Raad van State en de leden van de Raad

⁽¹⁵³⁾ Dus : enkel de staatsraden, met uitsluiting van de eerste voorzitter en de voorzitter (die een mandaat van Korpschef uitoefenen) en de kamervoorzitters (die een adjunct-mandaat uitoefenen).

voor Vreemdelingenbetwistingen en ze ook dezelfde geldelijke sanctie krijgen in geval van een beoordeling "onvoldoende".

2. In de Franse tekst van het ontworpen artikel 3, § 3bis, tweede lid, schrijve men "Si une évaluation périodique ultérieure donne lieu à une évaluation "insuffisant" ...".

3. In het ontworpen artikel 3, § 3bis, derde lid, schrijve men "ambtsdragers van de Raad van State" in plaats van "ambtsdragers".

Artikel 201

(ontworpen artikel 3ter van de wet van 5 april 1955)

1. Luidens de memorie van toelichting is de wijziging aan artikel 3ter van de wet van 5 april 1955 "technisch van aard (omzetting in euro)" ⁽¹⁵⁴⁾. In het ontworpen artikel 3ter wordt de weddebijslag vastgesteld die wordt toegekend aan de ambtsdragers en de griffiers die wachtdienst hebben.

Er dient te worden opgemerkt dat het nieuwe bedrag van de wachtvergoeding voor de griffiers evenwel geen gewone omzetting in euro is, maar daarentegen een belangrijke vermindering inhoudt. Thans is de weddebijslag voor de griffiers die wachtdienst hebben in artikel 3ter, tweede lid, van de wet van 5 april 1955 bepaald op 90.000 frank, dit is 2.231, 04 euro. In het ontworpen artikel 3ter wordt dit bedrag nochtans verminderd tot 1.487 euro, hetzij een vermindering met (afgerond) één derde. In de memorie van toelichting wordt voor deze vermindering geen enkele verantwoording gegeven. Men mag dan ook aannemen dat het hier een louter materiële vergissing betreft. Men schrijve dan ook "2.231 euro" in plaats van "1.487 euro".

2. In de Franse tekst van het ontworpen artikel 3ter, eerste lid, schrijve men na de woorden "Conseil d'État", de woorden "les greffiers exceptés".

⁽¹⁵⁴⁾ Memorie van toelichting, blz. 156.

Hoofdstuk VII - Slotbepalingen

Artikel 207

In artikel 207, tweede lid, wordt voorzien in een overgangsbepaling voor "de bepalingen van artikel 17, § 4, eerste en tweede lid, van deze wetten, zoals ingevoegd bij artikel 5 van deze wet, (...)".

Artikel 17, § 4, eerste lid, van de gecoördineerde wetten wordt evenwel niet gewijzigd door het ontwerp, en is bovendien reeds geruime tijd in werking getreden. De verwijzing naar dit eerste lid dient dan ook in de overgangsbepaling te worden geschrapt.

Artikel 208

In de memorie van toelichting ⁽¹⁵⁵⁾ wordt met betrekking tot artikel 208 van het voorontwerp van wet gesteld dat dit artikel "de overgangsbepaling regelt inzake de termijn waarover de Raad van State beschikt om te oordelen over de procedure van toelating van de cassatieberoepen".

Het genoemde artikel 208, eerste lid, bevat evenwel geen overgangsbepaling, doch bepaalt op welk ogenblik de termijn van acht dagen bedoeld in artikel 20, § 3, eerste lid, van de gecoördineerde wetten, zoals ingevoegd bij artikel 7 van het voorontwerp van wet, in werking treedt, namelijk op een door de Koning te bepalen datum. Tot op die datum bedraagt die termijn - geen acht dagen - maar één maand (artikel 208, tweede lid).

Artikel 211

Artikel 211 van het voorontwerp van wet bevat een overgangsbepaling voor de auditeurs of referendarissen die "daadwerkelijk elf jaar dienst tellen na de inwerkingtreding van het voornoemd artikel 71, § 3, en dit onverminderd het bepaalde in artikel 74/8".

⁽¹⁵⁵⁾ Memorie van toelichting, blz. 158-159.

De bedoeling en de draagwijdte van deze overgangsbepaling zijn niet duidelijk. Ook de memorie van toelichting geeft niet de nodige verduidelijking ⁽¹⁵⁶⁾. Betekent die bepaling dat de auditeurs die op de datum van inwerkingtreding van artikel 22, 2°, van het voorontwerp van wet (ontworpen artikel 71, § 3, tweede en derde lid) reeds elf jaar dienstanciënniteit tellen als auditeur, maar nog niet tot eerste auditeur zijn benoemd, toch nog volgens de oude regeling kunnen worden benoemd? Wat als de auditeur die elf jaar dienst heeft nog niet kon worden geëvalueerd? Kan de betrokken auditeur dan benoemd worden zonder evaluatie?

Op al deze vragen zullen de stellers van het voorontwerp van wet een antwoord moeten geven.

Artikel 212

1. Artikel 212 van het voorontwerp van wet bevat overgangsbepalingen met betrekking tot de invulling van opengevallen vacatures voor benoemingen die zullen moet worden begeven bij mandaat en die zijn aangevat voor de inwerkingtreding van dit artikel, doch die noch niet beëindigd zijn op dat ogenblik. De precieze draagwijdte van dit artikel is niet geheel duidelijk ⁽¹⁵⁷⁾.

Zo is het bijvoorbeeld niet duidelijk of het woord "*mandaat*", in het eerste, tweede en derde lid, van het genoemde artikel 212, in zijn algemene betekenis dient te worden begrepen. Het heeft dan zowel betrekking op het mandaat van de korpschefs (eerste voorzitter, voorzitter, auditeur-generaal en adjunct-auditeur-generaal), als op het adjunct-mandaat van de kamervoorzitters, de eerste auditeur-afdelingshoofden, de eerste referendaris-afdelingshoofden en de hoofdgriffier. De tekst van het ontwerp sluit echter niet uit dat het begrip "*mandaat*" enkel in de meer specifieke betekenis van mandaat van de korpschefs, met uitsluiting van de adjunct-mandaten, dient te worden begrepen. Uit het ontworpen artikel 212, tweede lid, tweede volzin, en uit de memorie van toelichting zou

⁽¹⁵⁶⁾ Memorie van toelichting, blz. 159.

⁽¹⁵⁷⁾ Wat de korpschefs betreft, die bij de inwerkingtreding van de wet reeds benoemd worden, zie artikel 213 van het voorontwerp van wet.

kunnen worden afgeleid dat het enkel de invulling van de mandaten van korpschefs betreft ⁽¹⁵⁸⁾.

Bijgevolg moet de tekst, of minstens de memorie van toelichting, op dit punt worden gepreciseerd.

2. In artikel 212, derde lid, van het voorontwerp van wet wordt gebruik gemaakt van het begrip "bij gebrek aan geschikte kandidaten". Het is niet duidelijk wat dit precies betekent en wie oordeelt over de geschiktheid van de kandidaten. Evenmin is duidelijk wat precies wordt bedoeld met de woorden "(...) die op dat ogenblik van kracht zijn"; wellicht is dit een verwijzing naar het tijdstip waarop de plaatsen "opnieuw moeten worden bekendgemaakt". Dit alles dient op een voldoende zekere manier te kunnen worden vastgesteld, ten einde te kunnen bepalen overeenkomstig welke voorschriften van de gecoördineerde wetten de procedures dienen te verlopen.

Artikel 213

1. Artikel 213 van het voorontwerp van wet bevat overgangsbepalingen in verband met de korpschefs die op het ogenblik van de inwerkingtreding van die bepaling zijn benoemd.

Luidens artikel 25 van het voorontwerp van wet (ontworpen artikel 74/3, § 1, derde lid) moeten de mandaten van korpschef binnen de Raad, respectievelijk het Auditoraat, gelijktijdig ingaan. Dit betekent dat de eerste voorzitter en de voorzitter, respectievelijk de auditeur-generaal en de adjunct-auditeur-generaal, gelijktijdig hun mandaat moeten kunnen starten opdat de tien jaar van hun mandaat gelijktijdig zou kunnen aflopen.

In de hypothese dat één van beiden zijn mandaat niet zou opnemen en na één maand zijn functie van korpschef ter beschikking stelt, zoals deze mogelijkheid is voorzien in artikel 213, tweede lid, 1°, moet er, overeenkomstig artikel 213, derde lid, binnen de (nog resterende) drie maand een nieuwe mandataris worden aangewezen.

⁽¹⁵⁸⁾ Memorie van toelichting, blz. 159.

Wellicht zou het veiliger zijn te bepalen dat de begindatum van de eerste tienjarige periode wordt bepaald door de Koning of door de Minister om met die hypothese rekening te kunnen houden.

2. Artikel 213, vierde lid, tweede volzin, van het voorontwerp van wet bepaalt dat de korpschef die zijn mandaat ter beschikking stelt wordt geacht vastbenoemd te zijn in het "*ambt*" van kamervoorzitter of eerste auditeur-afdelingshoofd. Dit ambt is een adjunct-mandaat en wordt ook na vaste benoeming van de titularis nog steeds een adjunct-mandaat genoemd. Het lijkt dan ook logischer en meer coherent in het vierde lid de term "*adjunct-mandaat*" te gebruiken in plaats van "*ambt*".

Artikel 214

1. Artikel 214 regelt, als overgangsbepaling, de situatie van de ambtsdragers in ambten die bij de inwerkingtreding van de wet adjunct-mandaten worden. Luidens die bepaling worden die ambtsdragers geacht te zijn aangewezen in hun adjunct-mandaat en begint de termijn van negen jaar, die vereist is om vast te worden aangewezen in dat mandaat (ontworpen artikel 74/4, § 2, eerste lid, van de gecoördineerde wetten) te lopen vanaf de initiële aanstelling in het ambt. Er moet dus van worden uitgegaan dat de ambtsdragers die deze termijn van negen jaar reeds achter zich hebben, van rechtswege vast worden aangewezen bij de inwerkingtreding van de nieuwe bepalingen.

De overige ambtsdragers zullen, afhankelijk van de verstreken termijn, geacht worden zich te bevinden in hetzij de beginperiode van drie jaar, hetzij de eerste hernieuwingsperiode (tussen drie en zes jaar), hetzij de tweede hernieuwingsperiode (tussen zes en negen jaar). De ambtsdragers uit de laatstgenoemde categorie zouden dus, van rechtswege, vast moeten worden aangewezen bij het verstrijken van de termijn van negen jaar. De situatie van de ambtsdragers uit de eerste twee categorieën zou moeten worden verduidelijkt, op zijn minst in de memorie van toelichting. Zullen ze één of twee verlengingen van het mandaat moeten aanvragen met toepassing van de nieuwe bepalingen of zal de periode van negen jaar automatisch aflopen?

2. In de memorie van toelichting moet worden gepreciseerd dat met de woorden "initiële benoeming in het ambt" zowel de kamervoorzitters ⁽¹⁵⁹⁾ als de hoofdgriffier ⁽¹⁶⁰⁾ worden bedoeld die op het tijdstip van de inwerkingtreding van de wet reeds zijn benoemd.

Artikel 215

Gevolg gevend aan de opmerking bij het ontworpen artikel 74/2, § 5, dient dit artikel te worden geschrapt ⁽¹⁶¹⁾.

Artikel 216

Artikel 216, eerste lid, van het voorontwerp van wet bevat een overgangsbepaling voor het tijdstip dat de eerste periodieke evaluatie of beoordelingsstaat wordt opgemaakt.

Artikel 216, tweede lid, bevat een overgangsbepaling voor de bepalingen inzake het statuut van de ambtsdragers van de Raad van State waar vereisten inzake de periodieke beoordeling of beoordelingsstaat worden gesteld.

De twee leden van het genoemde artikel 216 verwijzen naar een aantal maand(en) "na de inwerkingtreding van de regels betreffende deze evaluatie". Het is niet duidelijk wat precies met "*regels*" wordt bedoeld: gaat het om de wetsbepalingen opgenomen in het voorliggende voorontwerp van wet, of betreft het daarentegen "*regels*" die zijn opgenomen in uitvoeringsbesluiten? Bij wijze van voorbeeld kan hier worden verwezen naar het ontworpen artikel 74/7, § 2, tweede lid, waaruit blijkt dat de Koning

⁽¹⁵⁹⁾ Artikel 70, §§ 3 en 4, van de gecoördineerde wetten.

⁽¹⁶⁰⁾ Artikel 72, § 3, van de gecoördineerde wetten.

⁽¹⁶¹⁾ De vraag rijst bovendien waarom deze bepaling achteraan in het laatste hoofdstuk met de slotbepalingen wordt opgenomen. In dat hoofdstuk worden trouwens verschillende overgangsbepalingen opgenomen. Artikel 215 is evenwel niet echt een overgangsbepaling, doch enkel een afwijking van het ontworpen artikel 74/2, § 5, eerste lid.

de evaluatiecriteria bepaalt en "*nadere regels voor de toepassing van deze bepalingen*" opstelt, en naar het ontworpen artikel 74/7, § 6, waarin bepaald wordt dat de Koning de "*nadere procedureregels voor de toepassing van deze bepaling (kan) vaststellen*".

Artikel 217

De Nederlandse en de Franse tekst van de ontworpen bepaling moeten op elkaar worden afgestemd.

Voorts moet worden verwezen naar zowel artikel 111 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State (en artikel 55 van het voorontwerp van wet waarbij het wordt gewijzigd) als naar artikel 112 van diezelfde gecoördineerde wetten (en artikel 56 van voorontwerp van wet, waarbij het wordt gewijzigd).

Ook moet worden opgemerkt dat de Franse tekst van de memorie van toelichting onbegrijpelijk is. Ze moet worden aangepast aan de Nederlandse versie.

Artikel 218

1. Artikel 218 strekt ertoe in de gecoördineerde wetten de benaming van de afdeling administratie te vervangen door "*afdeling bestuursrechtspraak*".

De Raad van State wijst erop dat indien die naamswijziging wordt doorgevoerd, in alle bepalingen van het voorontwerp van wet waarin gewag wordt gemaakt van die afdeling, nu reeds die naamswijziging moet worden doorgevoerd, wat nu niet het geval is.

Bovendien zou die naamswijziging ook moeten worden doorgevoerd in alle bestaande wetten waarin verwezen wordt naar die afdeling.

2. Aangezien de artikelen van het voorliggende voorontwerp van wet op verschillende tijdstippen in werking zullen treden, wenst de Raad van State er de stellers van het voorontwerp van wet op te wijzen dat de twee benamingen gedurende enige tijd zullen voorkomen in de gecoördineerde wetten op de Raad van State.

Artikel 222

1. Artikel 222 van het voorontwerp van wet regelt de inwerkingtreding van het ontwerp op een gedifferentieerde wijze :

- een eerste reeks bepalingen treden in werking de eerste dag van de vierde maand na die waarin de wet is bekendgemaakt in het Belgisch Staatsblad (eerste lid);
- de Koning bepaalt de datum van inwerkingtreding van artikel 13, 1° en 6° (tweede lid);
- de Koning bepaalt de inwerkingtreding van artikel 26 (i.v.m. de evaluatie van de leden van de Raad, het Auditoraat en het Coördinatiebureau) en uiterlijk drie jaar na de bekendmaking van deze wet in het Belgisch Staatsblad (derde lid);
- de artikelen 197 tot 204 (met betrekking tot de wijzigingen van de wet van 5 april 1955 inzake de wedden van de ambtsdragers bij de Raad van State) en artikel 221 (overgangsbepaling met betrekking tot de wedde van de adjunct-auditeur-generaal) treden in werking de eerste van de maand na die waarin de wet werd bekendgemaakt in het Belgisch Staatsblad (vierde lid);
- artikel 222 zelf treedt in werking op de dag van de bekendmaking in het Belgisch Staatsblad (vijfde lid);
- de Koning bepaalt voor elk van de overige artikelen van de wet de dag waarop zij in werking treden en uiterlijk op een in het voorontwerp van wet nog niet nader ingevulde datum (zesde lid).

Aangezien er heel wat bepalingen zijn die de vaststelling van de datum van inwerkingtreding aan de Koning opdragen, hetzij zonder enige beperking in de tijd (ontworpen tweede lid), hetzij met als einddatum drie jaar na de bekendmaking waarop de bepaling uiterlijk moet in werking treden (ontworpen derde lid), hetzij met een einddatum waarop de bepalingen uiterlijk moeten in werking treden zonder dat die datum in het ontwerp is ingevuld (ontworpen zesde lid), is het moeilijk om een duidelijk overzicht te hebben met betrekking tot de verschillende data van inwerkingtreding.

.../...

Binnen de hem toegemeten tijd, heeft Raad van State dan ook niet kunnen onderzoeken of er een logische en coherente samenhang is tussen de verschillende data van inwerkingtreding.

2. Het wordt aan de Koning overgelaten om de datum van inwerkingtreding te bepalen van o.m. het artikel omtrent de toelaatbaarheidsprocedure voor alle cassatieberoepen en de artikelen waarbij de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen wordt ingesteld en diens bevoegdheid wordt geregeld (artikel 222, zesde lid, van het voorontwerp van wet).

De vraag rijst hoe dit te verenigen valt met de vermelding in de memorie van toelichting dat "de concrete fasering en overdracht van bevoegdheden" naar dit nieuw opgericht administratief rechtscollege het voorwerp zal uitmaken van een navolgend wetsinitiatief dat aan de wetgevende assemblées zal worden voorgelegd ⁽¹⁶²⁾. Wat dat betreft, wordt verwezen naar de algemene opmerkingen (opmerking 3.2.1).

V. Slotopmerkingen

Zoals reeds opgemerkt bij de algemene opmerking 6 en ook bij de artikelsgewijze bespreking, verdient het bepalend gedeelte van het voorontwerp van wet een taalkundig nazicht.

Wat de eenheid van terminologie betreft, moet worden vastgesteld dat in de Nederlandse tekst en in de Franse tekst verschillende termen door elkaar worden gebruikt wat verwarring kan scheppen. Bij wijze van voorbeeld :

- "administrateur"/ "gestionnaire";
- "plan stratégique"/ "plan de gestion";
- "rapport d'activité"/ "rapport de fonctionnement";
- "appréciation"/ "évaluation";
- "droit de timbre"/ "taxe "/ "droit";
- "toelatingsprocedure"/ "toelaatbaarheidsprocedure";
- "evaluatie"/ "beoordeling";
- "titularis van het mandaat"/ "houder van het mandaat".

⁽¹⁶²⁾ Memorie van toelichting, blz. 14.

Wat het gebrek aan overeenstemming tussen de Nederlandse en de Franse tekst van het voorontwerp van wet betreft, kan o.m. worden verwezen naar de volgende artikelen :

- artikel 7 van het voorontwerp van wet (ontworpen artikel 20, § 2, eerste lid, van de gecoördineerde wetten : "en op inzage van het verzoekschrift"/ "et dès qu'il est donné un droit d'accès au vu de la requête";
- artikel 13, 6° van het voorontwerp van wet (ontworpen artikel 30, § 7, van de gecoördineerde wetten) : "- "/ "à dater du 1er avril 1983";
- artikel 123 van het voorontwerp van wet (ontworpen artikel 39/38, § 3, eerste lid, van de wet van 15 december 1980) : "in het eerste lid"/ "au § 1er";
- artikel 198, 2°, van het voorontwerp van wet (ontworpen artikel 1, § 1bis, tweede lid, van de wet van 5 april 1955) : "de ambtsdragers van de Raad van State"/ "les fonctionnaires du Conseil d'Etat".

Wat het correct taalgebruik betreft, kan bij wijze van voorbeeld, gewezen worden op het volgende :

- in het opschrift van het voorontwerp van wet wordt verkeerdelijk de term "inrichting" gebruikt in plaats van "instelling" of "oprichting";
- in artikel 5, 1°, b), van het voorontwerp van wet (ontworpen artikel 17, § 1, vijfde lid, van de gecoördineerde wetten) wordt verkeerdelijk de wending "toepassing maken van" gebruikt in plaats van "toepassen";
- in artikel 5, 4°, van het voorontwerp van wet (ontworpen artikel 17, § 4, tweede lid, van de gecoördineerde wetten) : schrijve men "op te stellen" in plaats van "opstellen";
- in artikel 5, 4°, van het voorontwerp van wet (ontworpen artikel 17, § 4, tweede lid, van de gecoördineerde wetten) schrijve men in de Franse tekst "considérations" in plaats van "considérants";

.../...

- in artikel 13, 2°, van het voorontwerp van wet (ontworpen artikel 30, § 1, tweede lid, van de gecoördineerde wetten) schrijve men "il arrête les modalités pour fixer les frais et dépens" in plaats van "il fixe les modalités pour faire les frais et dépens";
- in artikel 13, 3°, van het voorontwerp van wet (ontworpen artikel 30, § 1, derde lid, van de gecoördineerde wetten) schrijve men "par un arrêté royal" in plaats van "par un arrêté";
- in artikel 13, 6°, van het voorontwerp van wet (ontworpen artikel 30, § 4, vierde lid, van de gecoördineerde wetten) schrijve men "sans qu'il y ait lieu d'introduire" in plaats van "sans lieu possibilité d'introduire";
- in artikel 13, 6°, van het voorontwerp van wet (ontworpen artikel 30, § 9, van de gecoördineerde wetten) schrijve men "arrêté royal" in plaats van "arrêté ministériel";

...

Het verdient aanbeveling om ook in artikel 118 van de gecoördineerde wetten de verwijzing naar het "Ministerie van Binnenlandse Zaken" te vervangen door een verwijzing naar de "Federale Overheidsdienst Binnenlandse Zaken" ⁽¹⁶³⁾.

Ten slotte wenst de Raad van State er de stellers van het voorontwerp van wet op te wijzen dat ook de memorie van toelichting, en in het bijzonder de Franse tekst, eveneens een taalkundig nazicht behoeft.

⁽¹⁶³⁾ Vgl. met het ontworpen artikel 74/9, § 5, eerste lid, van de gecoördineerde wetten (artikel 25 van het voorontwerp van wet).

De algemene vergadering van de afdeling wetgeving was samengesteld uit

de Heren	R. ANDERSEN,	eerste voorzitter van de Raad van State,
	M. VAN DAMME,	
	Y. KREINS,	kamervoorzitters,
	P. LIÉNARDY,	
	J. BAERT,	
	J. SMETS,	
	P. VANDERNOOT,	
Mevrouw de Heren	J. JAUMOTTE,	
	M. BAGUET,	
	B. SEUTIN,	
	W. VAN VAERENBERGH,	staatsraden,
	H. COUSY,	
	A. SPRUYT,	
	M. RIGAUX,	
	J. VELAERS,	
	H. BOSLY,	
	G. VANDERSANDEN,	assessoren van de
	G. KEUTGEN,	afdeling wetgeving,
Mevrouw DE Heer	D. LANGBEEN,	hoofdgriffier,
	M. FAUCONIER,	toegevoegd griffier.

De verslagen werden uitgebracht door de HH. R. AERTGEERTS, eerste auditeur-afdelingshoofd, X. DELGRANGE, J. VAN NIEUWENHOVE, W. PAS en R. WIMMER, auditeurs.

DE GRIFFIER,

DE EERSTE VOORZITTER,

D. LANGBEEN

R. ANDERSEN

ROYAUME DE BELGIQUE

AVIS 39.717/AG

DE LA SECTION DE LÉGISLATION DU CONSEIL D'ÉTAT

Le CONSEIL D'ÉTAT, assemblée générale de la section de législation, saisi par le Vice-Premier Ministre et Ministre de l'Intérieur, le 10 janvier 2006, d'une demande d'avis, dans un délai de trente jours prorogé à quarante-cinq jours ^(*), sur un avant-projet de loi "réformant le Conseil d'État et instituant un Conseil du Contentieux des Étrangers", après avoir examiné l'affaire en ses séances des 7 et 21 février 2006, a donné à cette dernière date l'avis suivant :

(*) Cette prorogation résulte de l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 1^o, des lois coordonnées sur le Conseil d'État qui dispose que le délai de trente jours est prorogé à quarante-cinq jours dans le cas où l'avis est donné par l'assemblée générale en application de l'article 85.

Observation préalable

En application de l'article 84, § 3, alinéa 1^{er}, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, la section de législation a fait porter son examen essentiellement sur la compétence de l'auteur de l'acte, le fondement juridique et l'accomplissement des formalités prescrites.

Le présent avis comporte également un certain nombre d'observations sur d'autres points, notamment sur certains aspects de la cohérence interne de l'avant-projet de loi, de sa cohérence avec l'avant-projet de loi "modifiant la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers", également examiné ce jour par la section de législation du Conseil d'État sous le n° 39.718/AG, ainsi que sur son articulation avec le droit en vigueur.

Il ne peut toutefois s'en déduire que, dans le bref délai qui lui a été imparti, la section de législation a pu procéder à un examen exhaustif de l'avant-projet de loi. Le silence du présent avis sur certaines questions ne peut signifier que le texte n'appellerait pas d'observation. Un examen complet aurait nécessité un délai plus long eu égard à l'ampleur de la réforme projetée.

I. Portée de l'avant-projet de loi

1. Selon l'exposé des motifs, l'avant-projet de loi présentement examiné tend, d'une part, à résorber et à contrôler l'arriéré juridictionnel de la section d'administration du Conseil d'État et, d'autre part, à optimiser les procédures relatives aux étrangers en vue d'organiser une protection juridictionnelle adéquate. À cette fin, les auteurs de l'avant-projet de loi envisagent d'adopter diverses mesures selon cinq axes principaux :

1°) l'adoption de mesures structurelles et organisationnelles au niveau du Conseil d'État, de manière à améliorer le fonctionnement du Conseil (chapitre II de l'avant-projet de loi - articles 2 à 61).

Outre la suppression de certaines compétences d'avis (articles 2 à 4 et chapitre III (articles 62 à 66) de l'avant-projet de loi), diverses modifications des règles de procédure applicables devant la section d'administration du Conseil d'État sont envisagées (articles 5, 6 et 8 à 18 de l'avant-projet de loi), de même que l'introduction, au sein du Conseil d'État et par référence à ce qui a été réalisé au niveau du pouvoir judiciaire, de "techniques de management moderne (...) accompagnées de modifications statutaires".

Il s'agit plus précisément :

- d'instaurer un système de mandat pour certaines fonctions (article 25 de l'avant-projet de loi);
- d'introduire un système d'évaluation des titulaires de fonction (membres du Conseil, de l'Auditorat, du Bureau de coordination et du Greffe) (article 26 de l'avant-projet de loi);
- de prévoir la mise en place d'un système de mesures et d'enregistrement de la charge de travail des titulaires de fonction et de contrôle de ces titulaires en cas de maladie ou d'invalidité (articles 33 et 34 de l'avant-projet de loi);
- d'organiser la mise à la retraite des titulaires de fonction en raison d'une infirmité grave et permanente (articles 48 à 54 de l'avant-projet de loi);
- de mieux définir les tâches respectives du greffier en chef et de l'administrateur du Conseil d'État (articles 31 et 47 de l'avant-projet de loi);
- et d'adapter, en conséquence, diverses dispositions des lois coordonnées sur le Conseil d'État (voir notamment les articles 27 et 28 [organisation de l'Auditorat], 35 à 38 [organisation de la section de législation], 39 à 42 [organisation de la section d'administration], 43 à 46 [dispositions relatives à l'assemblée générale de la section d'administration] et 55 à 57 [modifications des règles applicables au détachement et à la mise hors cadre], etc.)

L'adoption d'une mesure temporaire est, par ailleurs, prévue par l'article 61 de l'avant-projet de loi en vue de permettre au Conseil d'État de "résorber le retard judiciaire" dont il souffre actuellement. Il s'agit de procéder à une augmentation temporaire (pour trois à cinq ans) du nombre de conseillers d'État, à raison de trois conseillers par rôle linguistique.

2°) L'introduction généralisée d'une procédure d'admission dans le cadre de la compétence de cassation administrative du Conseil d'État à l'encontre des décisions prises par des juridictions administratives, quel que soit le contentieux dans lequel ces dernières sont appelées à intervenir (article 7 de l'avant-projet de loi);

3°) Une réforme fondamentale de la compétence du Conseil d'État dans le cadre du contentieux des étrangers. Cette réforme consacre les principes suivants :

- la compétence d'annulation et de suspension du Conseil d'État en matière de recours introduits à l'encontre de décisions individuelles prises "en application des lois concernant l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers" est supprimée (articles 7 et 69 de l'avant-projet de loi);
- cette compétence, de même que la compétence actuellement dévolue à la Commission permanente de recours des réfugiés, sont dorénavant conférées à une nouvelle juridiction administrative, le Conseil du Contentieux des Étrangers, également créée par l'avant-projet de loi présentement examiné (chapitre IV de l'avant-projet de loi);
- le Conseil d'État n'est donc plus appelé à intervenir dans ce contentieux que comme juge de cassation administrative, avec application de la procédure d'admission dont il a été question ci-avant (article 7 de l'avant-projet de loi).

4°) La mise en place d'une nouvelle juridiction administrative spécialisée en matière de contentieux des étrangers, à savoir le Conseil du Contentieux des Étrangers, dont la création, les compétences, la composition, les modalités de fonctionnement et les règles de procédure applicables sont fixées par le présent avant-projet de loi (chapitres IV [articles 67 à 195], V [article 196], et, pour partie, VI [articles 197 à 204]).

Le Conseil du Contentieux des Étrangers devient donc la juridiction administrative ⁽¹⁾ "seule compétente pour connaître des recours introduits à l'encontre de décisions individuelles prises en application des lois concernant l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers" (article 69 de l'avant-projet de loi).

Cette juridiction :

- connaît, en principe en plein contentieux, des recours dirigés contre les décisions prises par le Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides à l'égard des demandes d'asile au sens large, c'est-à-dire tant en ce qui concerne le statut de réfugié qu'en ce qui concerne le nouveau statut de protection subsidiaire. Dans le cadre de cette compétence, le Conseil du Contentieux des Étrangers peut, outre son pouvoir d'annulation avec renvoi, confirmer ou réformer la décision du Commissaire général;
- connaît en annulation des autres décisions prises en application des lois concernant l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers. Cette compétence s'accompagne du pouvoir de suspendre, éventuellement selon une procédure d'extrême urgence, les décisions contestées devant lui, et d'ordonner, le cas échéant, des mesures provisoires (articles 70 et 175 et suivants de l'avant-projet de loi), dans l'attente de la décision sur le recours en annulation pendant devant la juridiction.

La mise en place du Conseil du Contentieux des Étrangers implique la suppression de la Commission permanente de recours des réfugiés qui connaît actuellement, en tant que juridiction administrative, des recours dirigés contre les décisions de refus de reconnaissance de la qualité de réfugié, prises par le Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides après examen au fond de la demande d'asile (article 185 de l'avant-projet de loi).

⁽¹⁾ Sur la possibilité, au regard de l'article 145 de la Constitution, d'attribuer à une juridiction administrative la connaissance de litiges portant sur des droits politiques, voir l'arrêt de la Cour d'arbitrage n° 14/97 du 18 mars 1997.

5°) Concomitamment à la création du Conseil du Contentieux des Étrangers, une réforme d'ensemble de la procédure d'examen des demandes d'asile, procédure qui trouvera à s'appliquer tant à la reconnaissance du statut de réfugié au sens de la Convention relative au statut des réfugiés du 28 juillet 1951 qu'à l'octroi du nouveau statut de protection subsidiaire organisé par le nouvel article 48/4, en projet, de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers (ci-après "la loi du 15 décembre 1980") .

Le chapitre VII de l'avant-projet de loi comporte diverses dispositions en vue d'assurer une mise en application harmonieuse des différents axes de la réforme.

2. Outre les aspects de cette réforme qui relèvent de la procédure bicamérale et qui sont, en conséquence, réglés dans l'avant-projet de loi présentement examiné, la réforme de la procédure d'asile, notamment de sa phase administrative, fait l'objet d'un autre avant-projet de loi adopté dans le cadre de l'article 78 de la Constitution ⁽²⁾.

⁽²⁾ Voir l'avant-projet de loi "modifiant la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers", ci-après "l'avant-projet de loi 39.718/AG". Cet avant-projet de loi, qui comporte également des dispositions destinées à assurer la transposition en droit interne de diverses directives du Conseil de l'Union européenne, a fait l'objet de l'avis 39.718/AG, donné ce même jour par l'Assemblée générale de la section de législation du Conseil d'État.

Une parfaite compréhension d'ensemble de la réforme envisagée quant à la procédure d'asile, y compris dans les aspects de celle-ci qui concernent directement le Conseil d'État et qui font l'objet du présent avant-projet de loi, n'est, en conséquence, possible qu'en procédant à un examen simultané des deux avant-projets de loi ⁽³⁾ et il sera, le cas échéant, renvoyé à l'avis 39.718/AG dans le cadre du présent avis.

II. Formalités préalables

1. Par son courrier du 23 décembre 2005, le Ministre du Budget n'a pas marqué son accord sur l'avant-projet de loi examiné, alors cependant que celui-ci est requis par l'article 5 de l'arrêté royal du 16 novembre 1994 relatif au contrôle administratif et budgétaire.

(3) À titre d'exemple :

- certaines dispositions de la loi du 15 décembre 1980, précitée, sont modifiées tant par le présent avant-projet de loi que par l'avant-projet de loi 39.718/AG;
- d'autres dispositions de la loi du 15 décembre 1980, précitée, qui ne trouvent plus à s'appliquer dans le cadre de la nouvelle procédure d'asile, ne sont pas abrogées par les dispositions de l'avant-projet de loi présentement examiné, mais bien par des dispositions de l'avant-projet de loi 39.718/AG;
- certaines modifications apportées à la procédure d'asile par le présent avant-projet de loi ne peuvent être pleinement examinées qu'en prenant simultanément en considération diverses dispositions de l'avant-projet de loi 39.718/AG. Il en va d'ailleurs de même pour certaines autres modifications prévues par l'avant-projet de loi 39.717/AG, par exemple, en ce qui concerne la suppression de la procédure de demande en révision, avec effet suspensif automatique;
- de même, il n'est pas possible d'aborder en connaissance de cause la question de l'entrée en vigueur des dispositions de l'avant-projet de loi 39.717/AG et des mesures transitoires qui accompagnent ou devraient accompagner celles-ci, sans prendre également en considération certaines dispositions transitoires prévues par l'avant-projet de loi 39.718/AG (voir, notamment, l'article 70 de cet avant-projet de loi qui précise que "Toutes les demandes d'asile et demandes de révision introduites avant l'entrée en vigueur de la présente loi, continuent à être traitées conformément aux dispositions en vigueur le jour de l'entrée en vigueur de la présente disposition").

.../...

2. L'accord du Ministre qui a l'administration générale dans ses attributions est également requis par l'article 7 du même arrêté, notamment en ce que l'avant-projet de loi crée la fonction d'administrateur du Conseil du Contentieux des Étrangers ⁽⁴⁾.

3. Étant donné que les articles 62 à 65 de l'avant-projet de loi portent sur une matière qui relève de la compétence du Ministre qui a les classes moyennes dans ses attributions, celui-ci doit également présenter et contresigner l'avant-projet de loi.

4. La même observation vaut pour le ministre qui a les Pensions dans ses attributions, compte tenu des articles 54 et 123 de l'avant-projet de loi.

III. Observations générales

A. Impératif lié au respect du "délai raisonnable"

1. Le souci exprimé par les auteurs de l'avant-projet de loi, d'une part, de résorber et de maîtriser l'arriéré structurel de la section d'administration et, d'autre part, d'optimiser les procédures dans les affaires relatives aux étrangers, évoque la notion essentielle du "délai raisonnable" dans lequel un justiciable, quelle que soit par ailleurs la juridiction à laquelle il s'adresse, peut s'attendre à ce qu'il soit statué sur son recours ⁽⁵⁾.

Garantir le respect du délai raisonnable n'est pas seulement un objectif que le législateur peut légitimement poursuivre, c'est un résultat qu'il doit atteindre, afin de se conformer à ses obligations internationales. Au premier rang de celles-ci figurent les articles 6 et 13 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés

⁽⁴⁾ Voir, dans le même sens, l'avis 24.837/2, donné le 14 février 1996 sur un avant-projet devenu la loi du 4 août 1996 modifiant les lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973 (*Doc. parl.*, Sénat, session 1995-1996, n° 321/1).

⁽⁵⁾ Le commentaire des articles 60 à 62 de l'exposé des motifs fait à cet égard expressément état de ce que :
"La résorption de l'arriéré au Conseil d'État dans les affaires ordinaires constitue pour le Gouvernement un élément essentiel dans l'ambition de revenir à un traitement par le Conseil d'État dans un délai raisonnable - ce concept ne devant pas nécessairement être pris au sens juridique - et pour redonner au Conseil d'État son véritable rôle de plus haute juridiction administrative".

fondamentales. Ainsi, dans l'arrêt *Conka contre Belgique*, la Cour européenne des Droits de l'Homme a dit pour droit :

"quant à l'engorgement du rôle du Conseil d'État et aux risques d'abus, la Cour estime que, tout comme l'article 6 de la Convention, l'article 13 astreint les États contractants à organiser leurs juridictions de manière à leur permettre de répondre aux exigences de cette disposition" ⁽⁶⁾.

Le droit à un recours juridictionnel effectif pour la personne qui sollicite la qualité de réfugié découle également, tant de l'article 16, § 1^{er}, de la Convention de Genève relative au statut des réfugiés qui consacre l'obligation d'assurer à tout réfugié "le libre et facile accès devant les tribunaux" - ce qui implique nécessairement l'obligation de garantir des voies de recours effectives ⁽⁷⁾, que de l'article 39 de la directive 2005/85/CE du Conseil de l'Union européenne du 1^{er} décembre 2005 relative à des normes minimales concernant la procédure d'octroi et de retrait du statut de réfugié dans les États membres ⁽⁸⁾.

Quelle que soit donc la disposition de droit international invoquée ⁽⁹⁾, il est évident que l'exigence du "délai raisonnable" trouve également à s'appliquer aux recours introduits devant le Conseil d'État ⁽¹⁰⁾. Dans l'arrêt *Entreprises Robert Delbrassine S.A. c.*

⁽⁶⁾ Cour. eur. dr. h., *Conka c. Belgique*, 5 février 2002, § 84.

⁽⁷⁾ Voir en ce sens les avis 21.572/2, donné le 6 juillet 1992 et 21.792/2, donné le 14 octobre 1992 sur un avant-projet de loi devenu la loi du 6 mai 1993 modifiant la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers (*Doc. parl.*, Chambre, session 1992-1993, n° 903).

⁽⁸⁾ Concernant les modalités de transposition de cette directive, il est renvoyé à l'observation générale 4.

⁽⁹⁾ La pertinence du renvoi à l'article 13 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales réside en ce que le champ d'application de cette disposition est plus large que celui de l'article 6 de la Convention, puisqu'il ne se limite pas aux contestations sur des droits et obligations de caractère civil ou aux accusations en matière pénale, mais vise la violation de tous les droits et libertés consacrés par la Convention et ses protocoles additionnels. Sur la prise en compte de la durée excessive d'une procédure au regard des exigences du recours effectif au sens de l'article 13 de la Convention, voir, notamment, Cour. eur. dr. h., *Doran c. Irlande*, 31 juillet 2003, §§ 57 et 68.

⁽¹⁰⁾ Outre les dispositions de droit international déjà citées, il convient de relever que des normes internationales plus spécifiques requièrent également le respect d'un délai raisonnable dans le traitement du contentieux administratif. L'on peut citer, comme exemple, l'article 1^{er} de la directive 89/665/CEE du Conseil du 21 décembre

Belgique du 1^{er} juillet 2004, la Cour européenne des droits de l'homme a d'ailleurs récemment condamné l'État belge pour les motifs suivants :

"24. Le Gouvernement explique que l'affaire, qui touchait au domaine extrêmement compliqué du droit de l'aménagement du territoire, de l'urbanisme et de l'environnement était complexe. Le nombre des parties intervenantes et la connexité des causes n'ont pas contribué à la faciliter. Il constate aussi que la requérante n'a pas demandé un traitement prioritaire de l'affaire. Enfin, l'État belge a pris, ces dernières décennies, les mesures qui s'imposaient pour assurer le traitement des affaires pendantes devant le Conseil d'État dans les meilleurs délais, par les lois du 17 octobre 1990, du 4 août 1996, du 25 mai 1999 et du 18 avril 2000.

25. La requérante est d'avis que l'affaire n'était pas d'une complexité particulière et que rien dans son attitude n'a contribué au dépassement du délai raisonnable. Il existe une césure de trois années durant laquelle la procédure litigieuse n'a pas connu la moindre évolution du fait de l'inertie de l'auditeur, dont doit répondre l'État.

26. La Cour rappelle que le caractère raisonnable de la durée d'une procédure s'apprécie suivant les circonstances de la cause et eu égard aux critères consacrés par sa jurisprudence, en particulier la complexité de l'affaire, le comportement du requérant et celui des autorités compétentes ainsi que l'enjeu du litige pour les intéressés (voir parmi beaucoup d'autres, *Frydlender c. France* [GC] n° 30979/96, § 43, CEDH 2000-VII).

1989 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fourniture et de travaux , qui requiert des "recours efficaces et, en particulier, aussi rapides que possible", et l'article 9, § 4, de la Convention d'Aarhus du 25 juin 1998 sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement, qui requiert que des recours "rapides" soient ouverts pour contester tout acte, décision ou omission entrant dans le champ d'application de la Convention, notamment "les actes ou omissions (...) d'autorités publiques allant à l'encontre des dispositions du droit national de l'environnement" (voir à cet égard : Chr. Larssen et B. Jadot, "L'accès à la justice en matière d'environnement au regard de la Convention d'Aarhus", in Chr. Larssen et M. Pallemarts, *L'accès à la justice en matière d'environnement*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 226 et suivantes, spéc. p. 241; B. Lombaert, "Questions d'actualité relatives au contentieux des enquêtes publiques", in B. Jadot, *La participation du public au processus de décision en matière d'environnement et d'urbanisme*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 243 - 247).

.../...

27. La Cour réaffirme qu'il incombe aux États contractants d'organiser leur système judiciaire de telle sorte que leurs juridictions puissent garantir à chacun le droit d'obtenir une décision définitive sur les contestations relatives à ses droits et obligations de caractère civil dans un délai raisonnable (*Vocaturò c. Italie*, arrêt du 24 mai 1991, série A, n° 206-C, p. 32, § 17). Si l'affaire pouvait présenter certaines difficultés particulières compte tenu notamment du nombre d'intervenants, la Cour constate que le Conseil d'État n'a rendu son arrêt que plus de cinq ans après avoir été saisi. Ceci résulte principalement du laps de temps pris par l'auditeur pour déposer son rapport dans l'affaire et le Gouvernement ne fournit pas d'élément de nature à expliquer la majeure partie de ce délai.

28. Ces éléments suffisent à la Cour pour conclure que la cause de la requérante n'a pas été entendue dans un délai raisonnable. Partant, il y a eu violation de l'article 6 § 1 de la Convention" ⁽¹¹⁾.

Selon les considérations générales de l'exposé des motifs ⁽¹²⁾, dans le contentieux hors étrangers pendant devant le Conseil d'État, la durée de traitement d'un dossier est de presque cinq ans. Il s'agit d'une moyenne, certaines procédures étant plus brèves mais d'autres bien plus longues. Afin d'éviter de nouvelles condamnations, l'État belge a préféré transiger dans deux affaires récentes, offrant, la première fois, au requérant débouté par l'Assemblée générale de la section d'administration du Conseil d'État pour défaut d'intérêt après huit ans de procédure, un dédommagement de 10.000 euros ⁽¹³⁾ et, la seconde fois, 4.000 euros au requérant qui avait attendu sept ans pour s'entendre dire que sa requête était irrecevable pour défaut d'intérêt ⁽¹⁴⁾.

Depuis lors, à la suite de l'arrêt *Entreprises Robert Delbrassine S.A*, précité, le Conseil des ministres du Conseil de l'Europe a décidé d'interpeller la Belgique quant aux mesures que celle-ci compte prendre afin de respecter à l'avenir le "délai raisonnable".

⁽¹¹⁾ Voir également l'arrêt *Conka*, précité, qui concerne aussi un litige devant le Conseil d'État et dans lequel la Cour se réfère cette fois tant à l'article 6 qu'à l'article 13 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Voir également : *Stoeterij Zangersheide c./ Belgique*, 22 décembre 2004, n° 47.295/99.

⁽¹²⁾ Exposé des motifs, p. 3.

⁽¹³⁾ Cour eur. dr. h., *Taveirne c/ Belgique*, 15 janvier 2004, n° 41.290/98.

⁽¹⁴⁾ Cour eur. dr. h., *Vanpraet c/ Belgique*, 21 avril 2005, n° 47.153/99.

Il résulte de ce qui vient d'être rappelé qu'il est urgent, si l'on veut notamment éviter d'éventuelles nouvelles condamnations de la Belgique par la Cour européenne des droits de l'homme, de prendre rapidement des mesures qui permettent au Conseil d'État de respecter son obligation de traiter dans un délai raisonnable les recours introduits devant lui, et ce en quelque matière que ce soit ⁽¹⁵⁾.

B. Mise en place du Conseil du Contentieux des Étrangers en corollaire à l'instauration d'une procédure d'admission au pourvoi en cassation devant le Conseil d'État

2.1. Compte tenu du contexte qui vient d'être retracé, le présent avant-projet de loi, de même que l'avant-projet de loi 39.718/AG, pour ce qui concerne la partie consacrée à la réforme de la phase administrative de la procédure d'asile, constituent de toute évidence une avancée positive en vue de la réalisation de l'objectif essentiel que l'auteur de l'avant-projet s'est légitimement fixé.

2.2. Plus particulièrement, la mise en place d'une nouvelle juridiction administrative appelée à connaître, en lieu et place du Conseil d'État, de l'ensemble des recours introduit à l'encontre des décisions individuelles prises "en application des lois concernant l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers" ⁽¹⁶⁾ devrait, en effet, sous la réserve des observations qui suivent ⁽¹⁷⁾, être de nature à décharger le Conseil d'État d'une partie importante de son contentieux actuel et à lui permettre en conséquence de mieux se consacrer à la résorption de son arriéré et au traitement dans un délai raisonnable des recours introduits devant lui.

⁽¹⁵⁾ Sur la circonstance, rappelée à de multiples reprises par la Cour, qu'un État ne peut s'abriter derrière les imperfections de son appareil judiciaire, que ce soit en matière de procédure ou dans d'autres domaines, pour échapper à la responsabilité en matière des lenteurs de procédure, voir : Cour. eur. dr. h., Guincho c./Portugal, 10 juillet 1984, série A, n° 81; Cour. eur. dr. h., Hentrich c./ France, 22 septembre 1994 (§ 61))

⁽¹⁶⁾ Concernant une première tentative de mise en place d'une telle juridiction, voir les avant-projets de loi "réformant la procédure d'asile" et "complétant la réforme de la procédure d'asile et modifiant les lois coordonnées sur le Conseil d'État" et l'avis 31.171/4 - 31.172/4, donné par la section de législation du Conseil d'État le 16 mars 2001.

⁽¹⁷⁾ Voir l'observation générale n° 3.

2.3. La création d'une procédure généralisée d'admission au pourvoi dans le cadre de la compétence de cassation administrative du Conseil d'État est également, sur le plan du principe, de nature à renforcer le rôle de juridiction administrative suprême du Conseil d'État et à mieux lui permettre de maîtriser l'afflux des recours introduits devant lui.

Le Conseil d'État souligne dès à présent que, si elle n'a pas de précédent comparable en droit interne, une telle procédure de "filtrage" des recours n'en est pas moins connue, que ce soit au niveau des juridictions internationales - comme le relève d'ailleurs l'exposé des motifs -, ou que ce soit au sein des juridictions administratives suprêmes de divers États membres de l'Union européenne ⁽¹⁸⁾.

⁽¹⁸⁾ Il convient à cet égard d'observer que s'est déroulé à Bruxelles, les 20 et 21 juin 2005, sous l'égide de l'Association des Conseils d'État et des juridictions administratives suprêmes de l'Union européenne a.i.s.b.l. et avec le soutien de l'Union européenne, un séminaire regroupant des représentants des Conseils d'État et des juridictions administratives suprêmes de la plupart des États membres de l'Union européenne, ainsi que de la Cour de justice des Communautés européennes, et dont le thème a porté sur "Les procédures judiciaires en matière de contentieux des étrangers et réfugiés". L'un des aspects principaux abordés lors de ce séminaire a été celui de l'organisation des recours devant les cours administratives suprêmes, en ce compris l'existence ou non devant ces cours de procédures d'admission au recours ("application for leave to appeal") ou de filtrage des recours, la description du mode de fonctionnement de ces procédures et l'analyse des divers critères de filtrage ou d'admission appliqués par ces cours. La prise en considération de l'expérience acquise en la matière par d'autres États membres de l'Union européenne peut s'avérer utile lors de la discussion des avant-projets de loi, même s'il est évident que ces divers mécanismes d'admission ou de filtrage des recours s'inscrivent dans le contexte juridique interne propre à chacun des États concernés. Un document reprenant les réponses des différents participants au questionnaire préalablement distribué peut être consulté sur le site de l'Association. Le rapport général de ce séminaire, accompagné de diverses fiches techniques, sera prochainement publié. Il sera également accessible par simple consultation du site internet de l'Association (lien direct : (<http://193.191.217.21> ou via le site Internet du Conseil d'État de Belgique www.raadvst-consetat.be) en cliquant sur l'icône "Association of the Councils of State and Supreme Administrative Jurisdictions of European Union" : cliquer la rubrique "Colloques" et, dans cette rubrique, "Séminaire des 20 et 21 juin 2005 à Bruxelles").

2.4. La réforme d'ensemble de la procédure d'asile, telle qu'elle est réalisée par l'avant-projet de loi présentement examiné et par l'avant-projet de loi 39.718/AG, devrait également permettre de mieux prendre en compte le respect du délai raisonnable, non seulement au niveau du Conseil d'État, mais aussi à celui du nouveau Conseil du Contentieux des Étrangers, et, de manière plus générale, dans l'ensemble de la procédure d'asile, en ce compris la phase d'examen de la demande par l'autorité administrative indépendante que constitue le Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides.

C. Nécessaire concomitance des dates d'entrée en vigueur des différents aspects de la réforme (mise en place du Conseil du Contentieux des Étrangers et application de la procédure d'admission devant le Conseil d'État)

3.1. A côté des aspects positifs qui viennent d'être mis en évidence, le Conseil d'État ne peut s'empêcher de faire part de ses inquiétudes quant à la manière dont certains aspects de la réforme sont actuellement envisagés, ou même ne sont, dans l'état actuel des projets, pas réglés.

3.2.1. Il convient tout d'abord d'observer que la Vice-première Ministre et Ministre du Budget, tout en précisant qu'elle ne s'opposait pas à l'inscription des avant-projets de loi à l'ordre du jour du Conseil des ministres et à leur envoi pour avis au Conseil d'État, s'est néanmoins abstenue de donner formellement son accord en sa qualité de Ministre du Budget. En se référant à l'avis nuancé de l'inspecteur des finances dans lequel l'accent est mis, notamment, sur l'absence d'estimation budgétaire fiable, la Ministre a relevé, d'une part, qu'il subsiste de nombreuses questions concernant le déroulement concret de la période transitoire, et, d'autre part, que les coûts budgétaires engendrés par les avant-projets de loi doivent encore faire l'objet d'une analyse approfondie. Dans la délibération du Conseil des ministres du 23 décembre 2005, il est par ailleurs fait état de ce qu'un groupe de travail ad hoc doit procéder à une nouvelle estimation des coûts en personnel et autres, en fonction notamment du schéma prévu pour la mise en place des nouvelles procédures et des nouvelles institutions.

3.2.2. Selon les considérations générales de l'exposé des motifs ⁽¹⁹⁾,

"Pour résorber et contrôler l'arriéré tant au niveau du contentieux ordinaire que du contentieux des étrangers, il ne suffit pas de prendre des mesures à un niveau - par exemple le Conseil d'État.

Il est évident que chaque tentative de résorption progressive de l'arriéré sous-entend la prise de mesures à divers niveaux. Il est ainsi impossible de résorber l'arriéré au Conseil d'État sans prendre des mesures structurelles au niveau du contentieux des étrangers qui, d'un point de vue quantitatif, est le principal contentieux auquel le Conseil d'État est confronté. D'autre part, il ne suffira pas de fournir du personnel et des moyens supplémentaires pour résorber l'arriéré.

Tout ceci, pousse le Gouvernement à conclure que pour résorber l'arriéré global et rétablir la protection juridique, la réforme de la fonction judiciaire doit viser simultanément deux actions : d'une part le contrôle et la résorption de l'arriéré judiciaire au niveau du Conseil d'État et d'autre part, la nécessité d'une réforme radicale des procédures relatives aux étrangers (de droit administratif et juridictionnels)."

Or, à l'exception de certaines dispositions finales qui arrêtent principalement des mesures transitoires concernant l'entrée en vigueur de quelques nouvelles règles de procédure devant la section d'administration du Conseil d'État ainsi que des nouvelles dispositions applicables aux titulaires de fonction au Conseil d'État en matière d'attribution des mandats et d'évaluation, l'avant-projet de loi ne comporte, notamment, aucune disposition précise relative à la date de mise en place du Conseil du Contentieux des Étrangers, à la date de suppression de la Commission permanente de recours des réfugiés, ou, encore, à la date à laquelle le Conseil d'État deviendra, avec ou sans mesure transitoire, juge de cassation administrative, avec procédure d'admission des recours, notamment dans le contentieux des étrangers. Il résulte seulement de l'article 222, *in fine*, de l'avant-projet de loi, qui fixe l'entrée en vigueur des dispositions de l'avant-projet de loi, que les dispositions relatives à la création du Conseil du Contentieux des Étrangers, à sa compétence et à ses règles de fonctionnement entreranno en vigueur à une date indéterminée, à savoir une date à fixer par le Roi, sans autre forme de précision ⁽²⁰⁾.

⁽¹⁹⁾ Exposé des motifs, p. 12.

⁽²⁰⁾ Comparez avec l'article 72 de l'avant-projet de loi 39.718/AG qui, concernant l'entrée en vigueur de la réforme de la phase administrative de la procédure d'asile, précise que cette réforme "entre en vigueur à la date à fixer par le Roi par un arrêté délibéré en Conseil des Ministres".

De même, l'article 185 de l'avant-projet de loi abroge les dispositions de la loi du 15 décembre 1980 relatives à la Commission permanente de recours des réfugiés, mais rien n'est prévu pour les affaires encore pendantes devant cette juridiction ou pour l'avenir de certains de ses membres dont la nomination est pourtant à vie.

Selon les considérations générales de l'exposé des motifs :

"La commission permanente de recours des réfugiés sera supprimée et intégrée au Conseil du Contentieux des Étrangers. Les modalités feront l'objet d'une loi spéciale relative à la mise en place des nouvelles structures relatives à la procédure des étrangers"⁽²¹⁾.

Ainsi, contrairement à ce que pourrait laisser penser la formulation de l'article 222, *in fine*, de l'avant-projet de loi, la mise en place du Conseil du Contentieux des Étrangers ne dépendrait pas d'une intervention du Roi fixant l'entrée en vigueur des dispositions y relatives, mais supposerait au préalable l'adoption de la "loi spéciale"⁽²²⁾ évoquée dans l'exposé des motifs ⁽²³⁾.

3.2.3. Or, comme il résulte des observations qui précèdent et comme le précise de manière expresse l'exposé des motifs, les réformes relatives à l'organisation du Conseil d'État et la réforme du contentieux des étrangers doivent être simultanées.

⁽²¹⁾ Exposé des motifs, p. 20.

⁽²²⁾ Lire "particulière" ou "complémentaire".

⁽²³⁾ Il est en effet fait allusion, à diverses reprises dans l'exposé des motifs (pp. 14, 15, 20, 22, ...), à ce que "Les mesures d'accompagnement nécessaires à cet effet - il faudra ainsi veiller à ce que l'Auditorat soit en mesure d'assurer le premier examen de manière efficace, de façon à garantir un afflux continu vers le siège - et les mesures qui seront nécessaires à la mise en place et à l'échelonnement des nouvelles structures en matière de contentieux des Étrangers feront l'objet d'un prochain examen, qui donnera lieu, le cas échéant, à une nouvelle initiative de loi".

Il est, en effet, illusoire de croire que le Conseil d'État, en cas d'entrée en vigueur différée, en une ou plusieurs fois, de la réforme, pourrait être à même d'atteindre, même à terme, l'un des objectifs essentiels poursuivis par les auteurs de l'avant-projet de loi, à savoir statuer dans un délai raisonnable sur l'ensemble des recours qui lui sont soumis, puisqu'en ce cas, il devrait simultanément :

- résorber son arriéré existant;
- exercer de manière efficiente, sous réserve de l'observation qui suit quant aux exigences liées à l'efficacité de la procédure d'admission, sa nouvelle compétence de cassation administrative;
- et conserver encore à l'avenir, pour partie, sa compétence d'annulation et de suspension à l'égard de la partie du contentieux des étrangers qui ne serait, dans un premier temps, pas confiée à la nouvelle juridiction administrative que constitue le Conseil du Contentieux des Étrangers.

3.3. Il convient également d'attirer, dès à présent, l'attention de l'auteur de l'avant-projet de loi sur le fait que l'attribution au Conseil d'État d'une compétence de cassation administrative, avec procédure d'admission des recours, n'a de sens, spécialement en ce qui concerne le contentieux des étrangers, que si cette procédure est organisée de manière telle qu'elle ne puisse aboutir à transformer le Conseil d'État à brève échéance en une instance supplémentaire de recours, à défaut de pouvoir sélectionner d'emblée les pourvois sérieux des autres. Cela implique, notamment, que les causes d'admission des pourvois soient définies de manière stricte et précise dans la loi. Or, ainsi qu'il sera observé dans les observations particulières consacrées à l'article 7 de l'avant-projet de loi, les causes d'admission des pourvois en cassation actuellement prévues à l'article 20, en projet, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, ne répondent pas adéquatement à cette exigence. Il est d'ailleurs douteux que ces causes répondent au souci des auteurs de l'avant-projet de loi d'atteindre les objectifs qu'ils se sont fixés, à savoir, d'une part, permettre au Conseil d'État de statuer dans un délai raisonnable sur l'ensemble des recours qui lui sont soumis et, d'autre part, d'assurer une optimisation des procédures relatives aux étrangers, notamment par la mise en place du Conseil du Contentieux des Étrangers, tout en maintenant une protection juridictionnelle effective.

3.4. Les considérations générales de l'exposé des motifs énoncent également que les mesures structurelles et organisationnelles envisagées pour le Conseil d'État, de même que les quelques modifications apportées aux règles de procédure applicables devant la section d'administration du Conseil d'État, devraient permettre d'améliorer le fonctionnement du Conseil d'État et d'assurer une meilleure gestion du contentieux. Il est cependant à craindre que cet aspect de la réforme ne permettra pas, à lui seul, d'atteindre les objectifs que se sont fixés les auteurs de l'avant-projet de loi.

Comme il sera observé dans la partie du présent avis consacrée aux observations particulières, certaines modifications relatives aux règles de procédure s'apparentent plus à des modifications ponctuelles destinées à confirmer ou infirmer diverses pratiques ou une certaine jurisprudence des chambres de la section d'administration, qu'à une amélioration d'ensemble de la procédure, telle qu'elle est actuellement appliquée. Indépendamment de la question de savoir si de telles modifications ne devraient pas plutôt être réglées dans le règlement général de procédure, dans le respect toutefois du principe de légalité inscrit à l'article 160 de la Constitution, il y a lieu de relever que cette "surréglementation" est susceptible de freiner certaines évolutions jurisprudentielles qui s'avèreraient nécessaires à l'expérience.

Il semble en tout cas probable sinon évident que, si le Conseil du Contentieux des Étrangers ne devait pas être mis en place à très bref délai et si, nonobstant cette mise en place, la procédure d'admission des pourvois en cassation devant le Conseil d'État ne devait pas reposer sur des critères d'admission sévères et précis, les objectifs que se sont fixés les auteurs de l'avant-projet de loi ne pourraient être atteints que moyennant une importante augmentation des moyens actuellement mis à la disposition du Conseil d'État.

3.5. Il ressort, par ailleurs, de l'exposé des motifs que la réforme envisagée par les auteurs de l'avant-projet de loi ne produira ses effets qu'à moyen terme en ce qui concerne le contentieux ordinaire.

L'arriéré juridictionnel que connaît actuellement le Conseil d'État nécessite toutefois l'adoption d'un certain nombre de mesures aux effets plus immédiats. Ainsi, outre les mesures annoncées dans l'exposé des motifs à l'égard de l'Auditorat du Conseil d'État ⁽²⁴⁾, l'extension temporaire du cadre du Conseil, prévue par l'article 61 de l'avant-projet de loi, de même que l'élargissement des possibilités de siéger à juge unique, prévu par l'article 42 de l'avant-projet de loi, impliquent à tout le moins une augmentation du nombre de greffiers actuellement prévus au cadre. Ces diverses mesures devraient entrer en vigueur le plus rapidement possible ⁽²⁵⁾.

3.6. C'est donc en ayant à l'esprit les préoccupations dont il vient d'être fait état qu'il convient d'appréhender la suite du présent avis.

D. Transposition des directives du Conseil de l'Union européenne

4.1. Bien que l'un des aspects essentiels de l'avant-projet de loi soit de réformer, notamment, la phase juridictionnelle de la procédure de reconnaissance de la qualité de réfugié, aucune allusion n'est faite, dans les dispositions de l'avant-projet de loi, à une quelconque transposition de la directive 2005/85/CE du Conseil de l'Union européenne du 1^{er} décembre 2005 relative à des normes minimales concernant la procédure d'octroi et de retrait du statut de réfugié dans les États membres (ci-après, la "directive 2005/85/CE") ⁽²⁶⁾.

⁽²⁴⁾ Exposé des motifs, p. 15.

⁽²⁵⁾ Voir, à cet égard, l'observation générale n° 1.

⁽²⁶⁾ J.O.C.E., L326, 13 décembre 2005.

Même si cette directive ne doit, en application de son article 43, être transposée par les États membres que pour le 1^{er} décembre 2007, il n'en reste pas moins que l'auteur de l'avant-projet de loi doit s'assurer, dès à présent, que l'adoption des dispositions présentement examinées n'aura pas pour effet de compromettre sérieusement la réalisation du résultat prescrit par cette directive ⁽²⁷⁾. Cet examen doit être d'autant plus attentif que la réforme envisagée de la procédure d'asile ne se présente pas comme une réforme provisoire ou, encore, comme une mise en oeuvre par étapes de cette directive, au sens de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes ⁽²⁸⁾. Cette réforme a au contraire vocation à perdurer et, en tout état de cause, à produire ses effets au-delà du 1^{er} décembre 2007, date ultime de transposition de la directive.

A l'occasion de l'examen de l'avant-projet de loi 39.718/AG ⁽²⁹⁾, la déléguée du ministre a communiqué un document dans lequel il a été procédé à un examen sommaire de la conformité à la directive 2005/85/CE, tant des dispositions de l'avant-projet de loi présentement examiné que de celles de l'avant-projet de loi 39.718/AG ⁽³⁰⁾.

⁽²⁷⁾ Selon une jurisprudence constante de la Cour de justice des Communautés européennes (voir, notamment, l'arrêt de la Cour du 18 décembre 1997, *Inter-Environnement Wallonie c/ Région wallonne*, aff. n° C - 129/96, Rec. 1997, I, p. 7411 et suivantes), même si le délai de transposition d'une directive n'est pas encore venu à expiration et même si les États membres destinataires ne sont pas tenus d'adopter les mesures adéquates avant l'expiration de ce délai de transposition, il n'en reste pas moins qu'il incombe à ces États membres de s'abstenir de prendre, pendant le délai de transposition fixé par une directive pour la mettre en oeuvre, des dispositions de nature à compromettre sérieusement la réalisation du résultat prescrit par cette directive.

⁽²⁸⁾ Voir, notamment, l'arrêt du 18 décembre 1997, précité dans la note de bas de page (27) (spécialement les points 47 et 49).

⁽²⁹⁾ Avant-projet de loi qui concerne également le domaine visé par la directive, dans la mesure où il tend à réformer la phase administrative de la procédure de reconnaissance de la qualité de réfugié.

⁽³⁰⁾ Ce document mis au net devrait être annexé aux projets de loi déposés devant les Chambres législatives.

S'il devait s'avérer nécessaire d'élaborer, à plus ou moins bref délai, un nouvel avant-projet de loi destiné à assurer la transposition complète de la directive 2005/85/CE, la question serait de savoir s'il ne conviendrait pas, plutôt que de déposer à bref délai un tel projet devant les Chambres législatives ⁽³¹⁾, d'intégrer directement de telles dispositions dans les avant-projets de loi présentement examinés et d'y prévoir qu'ils ont également pour effet de transposer en droit interne la directive 2005/85/CE ⁽³²⁾. Une telle manière de procéder présenterait incontestablement l'avantage de mieux informer les Chambres législatives sur la portée réelle des projets qui leur sont soumis et de prendre directement en compte lors des discussions, les garanties procédurales exigées par la directive 2005/85/CE, tant en ce qui concerne la phase administrative de la procédure de reconnaissance du statut de réfugié ⁽³³⁾ que la phase juridictionnelle de cette procédure ⁽³⁴⁾.

⁽³¹⁾ Projet dans lequel il serait donc indiqué, en application de l'article 43 de la directive, qu'il tend à assurer la transposition de cette directive en droit interne.

⁽³²⁾ Voir l'article 43 de la directive.

⁽³³⁾ Voir, notamment, les articles 6 à 36 de la directive, relatifs à la procédure en premier ressort.

⁽³⁴⁾ Voir, spécialement, l'article 39 de la directive, consacrant le droit à un recours (juridictionnel) effectif.

Il appartient en tout état de cause aux auteurs de l'avant-projet de loi à l'examen :

- de préciser dans l'exposé des motifs la méthode exacte qu'ils comptent suivre pour assurer, si besoin, la transposition effective et complète en droit interne de la directive 2005/85/CE;
- d'établir, également dans l'exposé des motifs, que la méthode ainsi retenue pour légiférer ne constitue pas une violation des obligations incombant à la Belgique en matière de transposition de directives communautaires, autrement dit qu'elle n'est pas de nature à compromettre sérieusement la réalisation du résultat prescrit par la directive ⁽³⁵⁾.

4.2. Si, à la suite des observations qui précèdent, des modifications devaient être apportées aux dispositions présentement soumises à l'avis de la section de législation du Conseil d'État et ce, en vue de procéder à la transposition de la directive 2005/85/CE, il va de soi que de telles modifications devraient également être soumises à l'avis de la section de législation, dès lors qu'elles ne procéderaient pas d'adaptations effectuées à la suite d'observations formulées par le Conseil d'État dans le présent avis.

4.3. Ceci étant, s'agissant de l'article 13 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ⁽³⁶⁾, selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, c'est en fonction de l'ensemble des garanties procédurales accordées par le droit interne de chaque État membre au niveau des différents recours qu'il organise, qu'il convient d'examiner si les exigences résultant de cette disposition sont ou non remplies. Selon une jurisprudence constante de la Cour,

⁽³⁵⁾ Il convient à cet égard d'observer qu'il incombe aux États membres, en application de l'article 43 de la directive, de communiquer à la Commission le texte des dispositions de droit interne qu'ils adoptent dans le domaine régi par la directive.

⁽³⁶⁾ Voir également, pour les réfugiés, l'article 16 de la Convention relative au statut des réfugiés du 28 juillet 1951.

l'ensemble des recours offerts par le droit interne peut, en principe, remplir les exigences de l'article 13, même si aucun d'eux n'y répond en entier à lui seul ⁽³⁷⁾.

Il convient donc que les auteurs de l'avant-projet de loi expliquent, dans l'exposé des motifs du présent avant-projet de loi, comment la réforme envisagée de l'ensemble de la procédure d'asile répond, y compris à la lumière des modifications apportées à la phase administrative de cette réforme par l'avant-projet de loi 39.718/AG, aux exigences de l'article 13 de la Convention et, le cas échéant, si la directive 2005/85/CE est transposée dès à présent, à celles de l'article 39 de la directive, relatives aux garanties en matière de droit à un recours effectif.

C'est notamment en fonction des garanties ainsi prévues au niveau de la procédure devant le Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides, d'une part, et dans le cadre du recours juridictionnel devant le Conseil du Contentieux des Étrangers, d'autre part, qu'il peut être admis que les causes d'admission des pourvois en cassation devant le Conseil d'État soient plus ou moins strictes.

E. Observations complémentaires

5. Afin d'assurer une information la plus complète possible des Chambres législatives, il va de soi que seront établis des tableaux comparatifs, d'une part, des lois coordonnées sur le Conseil d'État et, d'autre part, de la loi du 15 décembre 1980, tant dans leur version actuelle, que dans leur version coordonnée, à la suite des modifications y apportées tant par les dispositions du présent avant-projet de loi que par les dispositions de l'avant-projet de loi 39.718/AG.

⁽³⁷⁾ Voir notamment Cour. eur. dr. h., Silver et autres c./Royaume-Uni, 25 mars 1983, Série A, n° 61, p. 42, § 113; Cour. eur. dr. h., Chahal c/ Royaume-Uni, 15 novembre 1996, Recueil 1996 - V, pp. 1869 - 1870, § 145; Cour. eur. dr. h., Doran c/ Irlande, 31 juillet 2003, § 58.

6. Le Conseil d'État est parfaitement conscient de l'ampleur de la tâche que représente l'élaboration d'un avant-projet de loi tel que celui présentement examiné. Il estime cependant nécessaire d'attirer l'attention de ses auteurs sur le fait que les textes qui lui sont soumis sont susceptibles d'amélioration, notamment pour ce qui concerne la correspondance entre les versions néerlandaise et française des dispositions en projet, la cohérence de certains passages de l'exposé des motifs avec le contenu des dispositions auxquelles ils se rapportent, de même qu'en ce qui concerne les renvois auxquels il est procédé dans certaines dispositions en projet. Outre les observations particulières formulées au regard de certains articles de l'avant-projet de loi, le Conseil d'État renvoie, à titre d'exemple, aux quelques observations formulées au point V du présent avis, notamment, quant à la qualité rédactionnelle de l'avant-projet de loi.

IV. Observations particulières

Modifications du titre III - Chapitre III - Le référé administratif

Article 5

(article 17 des lois coordonnées sur le Conseil d'État)

Article 5, 3°

1. Selon l'article 17, § 3, alinéa 1^{er}, en projet, sauf dans le cas d'extrême urgence, la demande de suspension et le recours en annulation doivent être introduits par un seul et même acte.

Pour éviter des litiges et ne pas obliger le greffe à vérifier dans chaque cas si la requête ne recèle pas une demande en suspension, mieux vaudrait inscrire dans la loi que le dispositif de la requête indique expressément qu'elle introduit, soit un recours en annulation, soit une demande en suspension et un recours en annulation.

.../...

2. Selon l'exposé des motifs "l'introduction d'une demande de suspension (en extrême urgence ou non) après celle d'un recours en annulation, n'est pas possible ⁽³⁸⁾. Le texte de l'article 5, 3°, en projet, n'exclut cependant pas que le recours en annulation soit suivi d'une demande de suspension en extrême urgence.

Article 5, 4°

1. L'article 17, § 4, alinéa 2, en projet, détermine d'une manière relativement détaillée ce que doit faire le membre désigné de l'auditorat après le prononcé de l'arrêt interlocutoire dans la procédure de suspension.

2. La possibilité est prévue pour l'auditeur de ne pas rédiger de rapport sur le recours en annulation après une procédure de suspension. L'utilité de cette mesure est limitée. L'auditeur devra de toute façon à nouveau examiner l'affaire.

La manière de procéder proposée à l'article 17, § 4, alinéa 2, ne semble praticable que lorsque, dans le cadre de la procédure au fond, les parties "se résignent" en quelque sorte. Si de nouveaux arguments sont invoqués ou même si les parties campent fermement sur leur position - ce qui est le plus souvent le cas dans la pratique - l'auditeur semble d'autant moins pouvoir se limiter à un renvoi aux considérations de l'arrêt de suspension que celles-ci sont seulement fondées sur un examen *prima facie* (l'exposé des motifs indique d'ailleurs que les auteurs de l'avant-projet de loi se prononcent clairement en faveur d'un examen sommaire au cours de la procédure de suspension) ⁽³⁹⁾. Vu sous cet angle, les cas dans lesquels la méthode envisagée peut s'appliquer effectivement semblent plutôt limités.

Il faut en outre constater que si l'auditeur choisit d'appliquer le nouvel article 17, § 4, alinéa 2, et ne rédige dès lors pas de rapport, l'instruction de l'affaire n'aura jamais dépassé le cadre d'un examen *prima facie*.

⁽³⁸⁾ Exposé des motifs, p. 32.

⁽³⁹⁾ Exposé des motifs, pp. 33-35.

3. On peut se demander si l'article 17, § 4, alinéa 2, en projet, implique que, dans le futur, chaque rapport de suspension devra examiner tant le préjudice que les moyens.

C'est principalement la phrase "lorsque la demande en suspension a été rejetée au motif qu'il n'a pas été satisfait à la deuxième condition visée à l'article 17, § 2, le membre de l'Auditorat n'est pas tenu de rédiger un rapport sur le fond de l'affaire lorsqu'il conclut, à l'occasion de l'examen du recours en annulation, que les considérants (lire : considérations) figurant dans le rapport établi dans le cadre de la procédure de suspension suffisent pour résoudre le litige", lue en combinaison avec le commentaire de l'article 5, 4°, de l'avant-projet de loi figurant dans l'exposé des motifs, selon lequel

"Cette mesure ne porte pas atteinte au double examen ni aux droits des parties - qui connaissent en effet le point de vue de l'auditorat et (...) peuvent s'en défendre",

qui conduit à soulever cette question ⁽⁴⁰⁾.

À tout le moins n'aperçoit-on pas comment se traduira dans la pratique la disposition permettant de ne plus rédiger de rapport sur le fond en cas de rejet fondé sur le préjudice, alors que le rapport sur la suspension avait déjà consacré une analyse aux moyens.

4. L'article 17, § 4, alinéa 2, en projet complique encore la procédure alors que l'économie qu'il est permis d'espérer en temps de travail est pratiquement réduite à néant. En effet, l'auditeur peut déjà actuellement limiter son rapport sur le recours en annulation à une référence aux considérations du rapport ou de l'arrêt portant sur la demande de suspension. La disposition en projet revient, en substance, uniquement à doter la pièce de procédure d'un autre nom ("point de vue" au lieu de "rapport" de l'auditorat).

5. L'article 17, § 4, alinéa 2, en projet, soulève en outre la question de savoir si la partie à qui l'auditeur donne tort (voir l'article 21, dernier alinéa, des lois coordonnées et l'article 30, § 3, en projet, remplacé par l'article 13, 5°, de l'avant-projet de loi) doit encore demander la poursuite de la procédure lorsqu'il ne lui est pas notifié de rapport?

⁽⁴⁰⁾ Exposé des motifs, p. 36.

Dans l'affirmative, l'article 21, dernier alinéa, et l'article 30, § 3, en projet, des lois coordonnées, doivent être adaptés. Dans la négative, on n'aperçoit pas où se situe l'avantage de la modification proposée.

6. Tel que l'article 17, § 4, alinéa 2, première phrase, en projet, est rédigé, il ne permet qu'un renvoi aux considérations de "l'arrêt interlocutoire" et dès lors pas aux conclusions du rapport de l'auditorat déposé dans le cadre de la procédure de suspension.

7. En conclusion, la disposition en projet soulève plusieurs questions et s'avère, en outre, inutile dès lors que les lois coordonnées permettent déjà au membre de l'auditorat de rédiger un rapport sommaire renvoyant aux considérations de l'arrêt de suspension.

Si les auteurs de l'avant-projet de loi estiment cependant qu'il convient de maintenir l'article 17, § 4, alinéa 2, en projet, on peut se demander si cet alinéa règle bien des éléments à ce point fondamentaux de la procédure qu'il s'impose de les faire figurer d'une manière aussi détaillée dans la loi et s'il ne conviendrait pas plutôt de les inscrire dans l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section d'administration du Conseil d'État.

Modifications du titre V - De la procédure - Chapitre I^{er} - Procédure devant la section
d'administration

Article 7

(article 20, en projet, des lois coordonnées)

1.1. L'article 20 en projet, prévoit une procédure d'admission en cassation pour tous les recours en cassation introduits (la procédure dite de filtrage). Cette procédure d'admission préliminaire à l'accès au recours en cassation permet au Conseil d'État d'autoriser ou non le justiciable à saisir cette juridiction de l'affaire.

.../...

Cette procédure d'admission est organisée sous la forme

"(...) d'un «filtre des pourvois en cassation» introduits auprès du Conseil d'État, sur la base duquel ce dernier peut, suivant une procédure raccourcie et accélérée, rejeter ou déclarer non admissible sur base d'une motivation succincte chaque pourvoi introduit. Cela implique que chaque requérant peut introduire un tel pourvoi et que le Conseil d'État est saisi de ce pourvoi, à tout le moins jusqu'au moment où le Conseil adopte une décision en ce qui concerne la procédure d'admission".

1.2.1. Quant au principe même de l'instauration d'une telle procédure, l'exposé des motifs précise que cette procédure préliminaire d'accès à la cassation tend à éviter

"que la plus haute juridiction administrative soit simplement considérée par les requérants comme une seconde instance d'appel et que le Conseil d'État soit astreint à examiner et à statuer au fond dans des pourvois en cassation dont un examen préalable sommaire fait apparaître qu'ils n'ont aucune chance d'être accueillis vu les moyens invoqués".

L'exposé des motifs poursuit en précisant, par référence à des décisions de la Commission européenne des droits de l'homme et à des arrêts tant de la Cour européenne des droits de l'homme que de la Cour de justice des Communautés européennes, qu'il est admissible, au regard tant de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales que du droit communautaire, que soient seulement examinés en cassation les recours dans lesquels sont allégués des moyens qui sont réellement de nature à aboutir à une cassation, qui ont des "chances (réelles) de succès", qui posent des questions de principe (questions juridiques importantes) ou qui avancent un autre motif justifiant que le recours soit pris en considération.

Il est également précisé dans l'exposé des motifs :

- que "La mise en oeuvre d'une telle procédure d'admission n'est pas exceptionnelle. Plusieurs États membres de l'Union européenne ont (en effet) introduit une procédure de filtre ou d'admission auprès de leur plus haute juridiction administrative. (...) Les juridictions européennes et internationales connaissent également l'une ou l'autre forme de procédure d'admission (...)" ;

.../...

- et que la Commission européenne des droits de l'homme, notamment, a considéré qu'une telle procédure est compatible avec l'article 6 de la Convention pour autant que l'accès à la justice ne puisse être limité d'une façon ou d'une mesure telle que cela porterait atteinte au droit même par ses effets.

L'exposé des motifs fait encore valoir, en se référant à des arrêts de la Cour d'arbitrage, que l'instauration d'un "fondement d'admissibilité" ne porte pas atteinte aux garanties fondamentales du contrôle juridictionnel de la légalité qui est conféré au Conseil d'État :

"les procédures prévues par les lois coordonnées sur le Conseil d'État demeurent accessibles aux parties concernées. Il appartient au Conseil d'État d'exercer un contrôle à ce sujet".

1.2.2. La disposition en projet établit par ailleurs une distinction, en ce qui concerne les critères de non-admissibilité, selon que le pourvoi en cassation est dirigé ou non contre une décision du Conseil du Contentieux des Étrangers.

L'exposé des motifs justifie cette différence de traitement :

- d'une part, par les caractéristiques particulières du contentieux des étrangers (afflux prévisible des pourvois, urgence à traiter les litiges, nécessité de lutter contre les abus de procédure);
- et, d'autre part, par la circonstance que la mise en place du Conseil du Contentieux des Étrangers dont la compétence et la composition garantissent, en matière de contentieux des étrangers, "une approche de haute qualité et impartiale des litiges".

1.2.3. La procédure d'examen de l'admissibilité des pourvois en cassation, qui est la même quel que soit le type de contentieux concerné, est conçue sous la forme d'une procédure rapide et sans audience, à l'issue de laquelle un membre du Conseil décide seul, par le biais d'une ordonnance comportant une motivation succincte, de

l'admissibilité ou de la non-admissibilité d'un pourvoi ⁽⁴¹⁾ ⁽⁴²⁾. Cette ordonnance n'est susceptible d'aucun recours. La pertinence des modalités ainsi définies est à nouveau justifiée par le renvoi à des décisions de la Commission européenne des droits de l'homme et à divers arrêts tant de la Cour européenne des droits de l'homme que de la Cour de justice des Communautés européennes.

1.3.1. Comme le relève l'exposé des motifs, le principe même de l'instauration d'une procédure de filtrage ou d'admission des recours devant une instance juridictionnelle d'appel ou de cassation appelée à connaître des recours dirigés contre une décision émanant d'une juridiction de premier ou de second degré est, en soi, compatible au regard des dispositions de droit international ou du droit communautaire qui lient les États membres de l'Union européenne.

Comme le mentionne également l'exposé des motifs, un mécanisme de filtrage des requêtes adressées à la Cour européenne des droits de l'homme a déjà été mis en place à la suite de l'entrée en vigueur du Protocole n° 11 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. À l'expérience, il est cependant apparu que ce mécanisme ne permet pas de faire face à l'afflux des requêtes récemment introduites devant la Cour, alors que, selon le rapport explicatif relatif au Protocole n° 14 à la Convention ⁽⁴³⁾, près de 90 % des requêtes individuelles ont été déclarées irrecevables

⁽⁴¹⁾ Sur les autres conséquences juridiques éventuelles d'une ordonnance d'admissibilité d'un pourvoi en cassation devant le Conseil d'État, voir, notamment, l'article 9*bis*, § 1^{er}, alinéa 2, nouveau, de la loi du 15 décembre 1980 (article 4 de l'avant-projet de loi 39.718/AG).

⁽⁴²⁾ Comparez avec la procédure d'admission au pourvoi en cassation devant le Conseil d'État de France, dans laquelle une décision expresse n'est prise que pour refuser le pourvoi. À défaut d'une telle décision, il est procédé d'office à l'instruction de l'affaire dans les conditions ordinaires (Article L882-1 du Code de Justice administrative et Décret n° 97-1177 du 24 décembre 1997 relatif à la procédure d'admission des pourvois en cassation devant le Conseil d'État et modifiant le décret n° 63-766 du 30 juillet 1963 relatif à l'organisation et au fonctionnement du Conseil d'État, dont les dispositions forment les articles R 822-1 à R 822-6 du Code de Justice administrative).

⁽⁴³⁾ <http://conventions.coe.int/Treaty/FR/reports/Html>.

pour l'année 2003. C'est pourquoi les articles 7 ⁽⁴⁴⁾ et 12 ⁽⁴⁵⁾ du Protocole n° 14 ⁽⁴⁶⁾ prévoient de modifier le mécanisme de filtrage existant en vue de le rendre plus rapide et plus contraignant ⁽⁴⁷⁾.

Outre les références déjà mentionnées dans l'exposé des motifs, il convient de signaler, en ce qui concerne le droit communautaire, que la mise en place, à la suite du Traité de Nice, du nouveau Tribunal de la Fonction publique, avec possibilité de recours contre les décisions de ce Tribunal devant le Tribunal de première instance des Communautés européennes, a également conduit à l'insertion dans le Traité CE d'un mécanisme strict de réexamen éventuel par la Cour de justice des Communautés européennes des décisions rendues en la matière par le Tribunal de première instance. Ce mécanisme n'est appelé à s'appliquer qu'en cas de risque sérieux d'atteinte à l'unité ou à la cohérence du droit communautaire ⁽⁴⁸⁾. Il s'agit d'une sorte de "pourvoi dans l'intérêt de la loi" qui ne peut être proposé que par le premier avocat général de la Cour ⁽⁴⁹⁾.

⁽⁴⁴⁾ Qui insère un nouvel article 27 dans la Convention.

⁽⁴⁵⁾ Qui modifie le paragraphe 3 de l'article 35 de la Convention.

⁽⁴⁶⁾ Voir l'avis 39.457/2, donné le 28 novembre 2005 sur un avant-projet de loi portant assentiment au Protocole n° 14 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, amendant le système de contrôle de la Convention, fait à Strasbourg le 13 mai 2004.

⁽⁴⁷⁾ Lors de l'entrée en vigueur du Protocole n° 14, un juge unique pourra, par une décision définitive, déclarer une requête individuelle, introduite en application de l'article 34 de la Convention, irrecevable ou la rayer du rôle lorsqu'une telle décision peut être prise sans examen complémentaire (article 27, nouveau, de la Convention). Les motifs d'irrecevabilité sont fixés à l'article 35, § 3, nouveau, de la Convention.

⁽⁴⁸⁾ Article 225, paragraphes 2 et 3, du traité CE.

⁽⁴⁹⁾ Voir les articles 62 et suivants du Statut de la Cour.

Outre ces deux procédures de filtrage organisées tant devant la Cour européenne des droits de l'homme que devant la Cour de justice des Communautés européennes, divers États membres de l'Union européenne connaissent également, comme le relève toujours l'exposé des motifs :

- soit des procédures d'interdiction pure et simple de l'appel dans certains types de contentieux, dont le contentieux des étrangers ⁽⁵⁰⁾ ⁽⁵¹⁾;
- soit des procédures d'autorisation à l'appel ("application for leave to appeal") ⁽⁵²⁾;
- soit, encore, des mécanismes de filtrage des recours introduits devant la juridiction d'appel ou devant la juridiction suprême ⁽⁵³⁾.

À la lumière de ces différents exemples et compte tenu des décisions de la Commission européenne des droits de l'homme ainsi que de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour de justice des Communautés européennes en la matière ⁽⁵⁴⁾, il est donc permis de considérer que, tant les règles de droit communautaire que les dispositions de la Convention de sauvegarde des droits de

⁽⁵⁰⁾ C'est le cas notamment de la Hongrie, où la décision finale en matière de contentieux des réfugiés est prise par la Cour municipale de Budapest, sans possibilité d'appel devant la Cour d'appel et sans possibilité de recours devant la Cour suprême.

Une réforme en ce sens est également envisagée pour ce qui concerne le Luxembourg : suppression de l'appel devant la Cour administrative de certaines décisions prises par le Tribunal administratif dans le cadre du contentieux des étrangers (Voir, à ce sujet, l'avis donné par le Conseil d'État du Grand-Duché de Luxembourg, le 3 mai 2005, dans lequel il est notamment renvoyé à l'article 39 de la directive 2005/85/CE et à l'inexistence d'un recours en cassation en matière administrative ([http://www ce.état.lu](http://www.ce.état.lu))).

⁽⁵¹⁾ L'article 39 de la directive 2005/85/CE n'impose d'ailleurs aux États membres de l'Union européenne que la mise en place que d'un seul degré de recours juridictionnel.

⁽⁵²⁾ C'est notamment le cas pour la République fédérale allemande, de l'Estonie, de la Finlande, de la France, de la Grande-Bretagne et de la Suède.

⁽⁵³⁾ Une telle procédure de filtrage est notamment organisée en Autriche, en Espagne, en Grèce, en Pologne au Portugal ou en République tchèque (modification récente apportée le 13 octobre 2005 au Code of Administrative Justice).

⁽⁵⁴⁾ Voir, notamment, les références citées dans l'exposé des motifs.

l'homme et des libertés fondamentales ne s'opposent pas, en soi, à la mise en place d'une procédure d'admission au pourvoi en cassation devant le Conseil d'État.

Dans l'arrêt *Conka c/ Belgique*, précité, la Cour européenne des droits de l'homme semble même, par une référence expresse à l'arrêt *Sussmann c/ Allemagne* du 16 septembre 1996, s'être indirectement référée à la possibilité d'organiser de telles procédures de filtrage en droit interne et ce, pour rappeler sa jurisprudence constante selon laquelle il incombe aux États contractants d'organiser leurs juridictions de manière à leur permettre de répondre aux exigences de l'article 13 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ⁽⁵⁵⁾.

1.3.2. Il ressort également de la jurisprudence citée dans l'exposé des motifs que les États membres jouissent d'une certaine marge d'appréciation, tant dans la détermination des critères de filtrage ou d'admission que dans la fixation des règles de procédure à suivre devant la juridiction suprême, et que cette marge d'appréciation est d'autant plus souple que la juridiction de premier ou de second degré répond déjà, à son niveau, tant en ce qui concerne sa compétence que la procédure appliquée devant elle, aux exigences de l'article 13 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ⁽⁵⁶⁾.

⁽⁵⁵⁾ Voir le paragraphe 45 de l'arrêt. Dans cet arrêt *Sussmann c/ Allemagne* du 16 septembre 1996 (Recueil, 1996-IV, p. 1174), la Cour avait relevé que la décision litigieuse, arguée de tardiveté, était intervenue "dans le cadre d'une procédure préliminaire d'admissibilité" qui permet notamment d'écarter des recours irrecevables ou présentant pour d'autres motifs des chances insuffisantes de succès, sans audience et moyennant une motivation succincte mentionnant seulement "l'élément juridique déterminant pour le refus d'admission" (§ 22). De plus, alors que la Commission avait inféré de l'utilisation de cette procédure de filtrage que l'affaire n'était pas complexe, la Cour a considéré au contraire que le "constat de non-admissibilité du recours de M. Sussmann par la Cour constitutionnelle fédérale à l'issue d'une procédure préliminaire" ne signifiait pas que l'affaire ne pouvait revêtir "quelque complexité" (§ 50).

⁽⁵⁶⁾ Voir l'observation générale n° 4.3.

Toujours pour autant qu'il soit établi que l'ensemble des recours offerts par le droit interne de l'État membre concerné réponde aux exigences de l'article 13 de la Convention, il a, comme le relève encore l'exposé des motifs, été effectivement admis que la procédure appliquée par la juridiction suprême pouvait se dérouler sans audience et déboucher sur une décision de refus d'admission ou de rejet ne comportant qu'une motivation sommaire ⁽⁵⁷⁾.

1.3.3. C'est donc dans le cadre juridique qui vient d'être retracé et en tenant compte de la jurisprudence de la Cour d'arbitrage, notamment au regard des articles 10 et 11 de la Constitution ⁽⁵⁸⁾, qu'il convient d'examiner tant la disposition de l'avant-projet

⁽⁵⁷⁾ À titre d'exemple, dans le cadre de la procédure d'"appel", réintroduite devant le Conseil d'État des Pays-Bas, par la nouvelle loi sur les étrangers du 23 novembre 2000, contre les décisions prises en premier degré par la chambre des étrangers du tribunal de s'Gravenhaege, des modalités de procédure spécifiques à ce type de contentieux ont été prévues au niveau du Conseil d'État. Ces modalités permettent notamment au Conseil d'État de prononcer des décisions à "juge unique", sans audience et moyennant une motivation sommaire de la décision et, contrairement au droit commun de la procédure d'appel devant le Conseil d'État des Pays-Bas, aucune opposition n'est possible contre une telle décision prononcée hors audience (voir, notamment, les articles 88 et 91 de la loi). Selon l'exposé des motifs de cette loi, ouvrir cette possibilité d'opposition dans tous les cas dans lesquels l'étranger est débouté par le Conseil d'État hors audience, aurait pour effet qu'une opposition serait introduite dans pratiquement tous les cas, même ceux qui sont totalement dénués de toute chance de succès. Cela entraînerait, par voie de conséquence, une augmentation inacceptable de la charge de travail du Conseil d'État et un allongement de la durée de procédure devant lui. Par contre, l'exclusion de l'opposition signifie que toutes les affaires simples pourront être traitées devant le Conseil d'État selon une procédure purement écrite. L'exposé des motifs précise encore que ceci n'est pas en contradiction avec les exigences de l'article 6 de la Convention : "Indépendamment de la question de savoir dans quelle mesure l'article 6 est ou non applicable dans le contentieux des étrangers, il est généralement admis que cet article n'impose pas qu'il doive être satisfait aux exigences de cet article à chaque stade de la procédure pris isolément, pour autant que la procédure, examinée dans son ensemble, réponde à ces exigences; il en va bien ainsi en l'espèce, étant donné que le droit à une audience publique orale est suffisamment garanti par la procédure juridictionnelle en premier degré" (Tweede Kamer der Staten-Generaal, 1998 - 1999, 26.732, n° 3, p. 83).

⁽⁵⁸⁾ Voir notamment, concernant l'admissibilité de règles de procédure spécifiques dans le cadre de la procédure contentieuse devant le Conseil d'État, les arrêts de la Cour d'arbitrage n° 72/2000 du 14 juin 2000 (considérants B.4.2. et B.5.2. à B.5.4) n° 87/2001 du 21 juin 2001 (considérants B.5.2. et B.6.) et n° 21/2002 du 23 janvier 2002 (considérant B.4. à B.7.).
Voir aussi, en ce qui concerne la spécificité du contentieux des étrangers, les arrêts de la Cour d'arbitrage n° 61/94 du 14 juillet 1994 (considérant B.6.2.) et n° 77/2002 du 8 mai 2002 (considérants B.3.2. à B.6.).

de loi qui instaure la procédure d'admission des pourvois en cassation devant le Conseil d'État, que les autres dispositions de l'avant-projet de loi qui déterminent la compétence et les règles de procédure devant le Conseil du Contentieux des Etrangers ⁽⁵⁹⁾.

2. Cette procédure de filtrage est un des moyens devant contribuer à éliminer et à maîtriser l'arriéré, tant du contentieux général, que de celui des étrangers.

Comme le souligne l'exposé des motifs, "l'introduction d'une procédure *efficace* de filtrage en cassation administrative (...) vise à permettre que dans le cadre de la cassation, le Conseil d'État ne soit plus submergé de requêtes dilatoires et/ou déficientes" ⁽⁶⁰⁾. En ce qui concerne plus particulièrement le recours en cassation dans le contentieux des étrangers, cela justifie selon ce même commentaire, "l'adoption de règles exceptionnelles et plus strictes permettant de lutter contre l'abus de la procédure et d'accélérer le traitement des requêtes qui sont formées contre les décisions prises en application de cette législation (sur les étrangers)" ⁽⁶¹⁾ ⁽⁶²⁾.

Atteindre ce but nécessite cependant que les conditions d'admission, fixées en fonction de celui-ci, soient formulées en des termes répondant aux critères de précision et de clarté. Le Conseil d'État doit toutefois constater, comme le montre ce qui suit, que la procédure de filtrage en projet pour le contentieux des étrangers ne permet pas d'atteindre l'objectif visé par le Gouvernement.

3. Il convient de constater que, selon l'exposé des motifs ⁽⁶³⁾, le paragraphe 2 de l'article 20, en projet, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, définit précisément et de manière limitative les motifs non cumulatifs de l'admissibilité.

⁽⁵⁹⁾ Voir, à ce sujet, les observations particulières formulées sous les articles 68 à 180 de l'avant-projet de loi.

⁽⁶⁰⁾ Exposé des motifs, p. 16.

⁽⁶¹⁾ Exposé des motifs, p. 43.

⁽⁶²⁾ Voir aussi l'exposé des motifs (p. 65) de l'avant-projet de loi modifiant la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers (avant-projet de loi 39.718/AG). Selon cet exposé "un pourvoi en cassation auprès du Conseil d'État peut être introduit contre une décision du CCE (Conseil du contentieux des étrangers), qui n'a de chance d'aboutir qu'en cas de violation des formes substantielles ou prescrites à peine de nullité".

⁽⁶³⁾ Exposé des motifs, p. 41.

En ce qui concerne les conditions d'admissibilité, fixées au paragraphe 2 de l'article 20 en projet, une distinction est faite entre les conditions d'admissibilité ordinaires (générales) (§ 2, alinéa 2) et les conditions d'admissibilité (spécifiques) en matière de décisions du Conseil du contentieux des étrangers (§ 2, alinéa 3).

En comparant ces conditions, force est de constater que celles qui figurent respectivement dans la phrase introductive du paragraphe 2, alinéa 2, et dans celle de l'alinéa 3, sont identiques. Les conditions d'admissibilité du paragraphe 2, alinéa 2, 1° et 3°, sont également pareilles à celles du paragraphe 2, alinéa 3, 1° et 3°. C'est dans le paragraphe 2, alinéas 2, 2°, et 3, 2°, que se trouve la différence en matière de conditions d'admissibilité.

En ce qui concerne les conditions d'admissibilité générales ordinaires, le paragraphe 2, alinéa 2, 2°, dispose qu'est déclaré admissible le recours en cassation "dont les moyens ne sont pas manifestement non fondés". En revanche, le paragraphe 2, alinéa 3, 2°, dispose que les recours en cassation en matière de décisions du Conseil du contentieux des étrangers sont admissibles lorsque "le moyen introduit est (i) effectivement de nature à aboutir à la cassation de la décision querellée et (ii) invoque la violation d'un droit fondamental ou une violation manifeste de la loi, (iii) pour autant que la violation invoquée était effectivement de nature à influencer la portée de la décision".

Il est évidemment permis de s'interroger sur le point de savoir s'il existe une motivation acceptable en droit à cette inégalité en matière de conditions d'admissibilité. Dans l'exposé des motifs ⁽⁶⁴⁾, ce traitement distinct est d'abord justifié par les caractéristiques particulières, le contexte et le caractère d'urgence des litiges qui résultent de l'application de la législation relative aux étrangers. En ce qui concerne les critères de filtrage, la distinction entre les recours en cassation ordinaires et ceux qui concernent une décision du Conseil du contentieux des étrangers semble à première vue difficile à concilier avec le principe d'égalité.

4. Les premier et troisième critères de filtrage paraissent acceptables. Pour ce qui concerne le troisième critère, il est sans doute préférable de remplacer systématiquement les mots "était de nature à effectivement influencer la portée de la

⁽⁶⁴⁾ Exposé des motifs, pp. 42 et s.

décision" par les mots "est de nature à avoir pu influencer la portée de la décision". Il n'est en effet pas possible de déjà apprécier dans la procédure d'admission si la faute invoquée a eu une influence déterminante sur la décision. À ce stade de la procédure, il n'est pas encore certain qu'une faute a été commise, ni *a fortiori* si elle a eu une influence déterminante.

En ce qui concerne les recours en cassation ordinaires, le 2° ("dont les moyens ne sont pas manifestement non fondés") est mal placé. Il ne s'agit pas, en effet, d'un critère de filtrage autonome, mais d'une exception aux deux autres critères, ce qui doit dès lors résulter clairement du texte.

En ce qui concerne les recours en cassation en matière de contentieux des étrangers, le deuxième critère manque totalement de précision. La condition d'admissibilité du moyen de cassation qui "invoque la violation d'un droit fondamental ou une violation manifeste de la loi" soulève d'ailleurs la question de savoir ce qu'on entend précisément par violation d'un droit fondamental. Suffit-il, par exemple, d'invoquer un moyen ayant trait à l'un des droits garantis par la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ⁽⁶⁵⁾ ?

On peut en outre se demander si ce critère ne doit pas être précisé ou élargi, de manière à viser également les moyens qui contredisent une jurisprudence constante et qu'il n'y a pas lieu de la mettre en cause.

La question se pose également de savoir en quoi consiste, par exemple, une violation manifeste de la loi. Le mot "manifeste" s'entend-il au sens de l'article 30, § 2, alinéa 1^{er}, des lois coordonnées (articles 93 et 94 de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section d'administration du Conseil d'État) ou au sens d'une question de droit de principe qui transcende l'intérêt du requérant? S'agit-il ici de la "loi" au sens formel ou au sens matériel?

⁽⁶⁵⁾ La pratique montre que les requérants invoquent souvent la violation d'un droit fondamental, par exemple, les articles 3 (interdiction de la torture) ou 8 (droit au respect de la vie privée et familiale) de la Convention.

Il est manifeste que le deuxième critère est beaucoup trop large. L'exposé des motifs fait mention de règles "plus strictes" dans le contentieux des étrangers ⁽⁶⁶⁾, mais contrairement à l'objectif des auteurs de l'avant-projet de loi, ce deuxième critère paraît moins strict et a pour conséquence que les recours en cassation au contentieux des étrangers seront plus facilement déclarés admissibles que les recours en cassation ordinaires. Il est dès lors permis de craindre que l'avant-projet de loi manque ici son but. Contre une décision d'éloignement d'un étranger, il est en effet toujours relativement facile d'invoquer la violation de "droits fondamentaux".

Le fait, par exemple, qu'une violation de l'obligation de motivation (par exemple, des réponses insuffisantes à un moyen) pourrait être considérée comme "une faute de procédure substantielle" démontre également que la procédure de filtrage n'est pas concluante en raison de la détermination beaucoup trop large des conditions d'admissibilité, avec pour conséquence qu'encore plus de recours en cassation au contentieux des étrangers devrait être déclarés admissibles.

5. Il semble aussi qu'il suffise d'"invoquer" ("aan de orde gesteld") le moyen de cassation fondé sur la violation d'un droit fondamental ou d'une violation manifeste de la loi. L'avant-projet de loi ne prévoit dès lors pas qu'un tel moyen devrait être manifestement non fondé et/ou être "sérieux", au sens de l'article 17, § 2, alinéa 1^{er}, des lois coordonnées sur le Conseil d'État.

Si cette condition devait être interprétée d'une manière trop souple, le risque est réel de voir le "filtre" devenir un procédé inopérant, voire même en fait plutôt une coquille vide ("een raamwerk zonder gaas" ⁽⁶⁷⁾).

6. La conclusion provisoire est dès lors que les mêmes critères doivent s'appliquer aux recours en cassation ordinaire et aux recours en cassation au contentieux des étrangers.

⁽⁶⁶⁾ Exposé des motifs, p. 43.

⁽⁶⁷⁾ Terme utilisé dans l'avis de l'inspecteur des finances du 23 décembre 2005, p. 6.

Une procédure de filtrage efficace requiert des critères précis et sélectifs. Il s'agit d'une condition essentielle à son bon fonctionnement. Les critères de l'avant-projet de loi sont trop vagues.

C'est pourquoi le Conseil d'État propose trois critères, étant entendu qu'il ne suffit pas simplement d'invoquer des éléments se rapportant à ces critères :

- 1) unité de la jurisprudence;
- 2) questions de droit de principe (questions de droit qui transcendent l'intérêt du requérant);
- 3) fautes de procédure substantielles.

Une exception doit également être prévue pour les recours manifestement irrecevables ou manifestement non fondés.

7. Selon le texte de l'avant-projet de loi, un recours en cassation est, "au vu de la requête", immédiatement soumis à une procédure d'admission (article 20, § 2, alinéa 1^{er}, en projet). L'exposé des motifs précise que l'examen de l'admissibilité du pourvoi en cassation interviendra "sur base de la requête, de la décision contestée qui doit y être jointe ainsi que d'éventuelles autres pièces que le requérant aurait jointes à sa requête" ⁽⁶⁸⁾.

Un filtre efficace requiert en premier lieu que le magistrat qui se prononce sur l'admissibilité soit en possession du dossier tel qu'il a été présenté à la juridiction dont la décision fait l'objet d'un recours en cassation. À défaut, on court le risque de voir de nombreux recours franchir le cap du filtre et, par la suite, au vu du dossier, de devoir constater que c'était totalement injustifié. On ne peut en effet exclure qu'un requérant développe des moyens qui ne peuvent pas ou qui ne peuvent que difficilement être

⁽⁶⁸⁾ Exposé des motifs, voir p. 46.

déclarés non admissibles sans consultation du dossier de la juridiction⁽⁶⁹⁾. Autrement dit, le filtre pourra facilement être contourné en invoquant des fautes de procédure substantielles. Pour les réfuter, il est en effet, le plus souvent nécessaire de disposer du dossier de la juridiction.

8. Selon l'article 20, § 3, alinéa 1^{er}, en projet, le prononcé quant à l'admissibilité du recours en cassation a lieu dans les huit jours de l'inscription au rôle⁽⁷⁰⁾.

Ce délai de huit jours paraît beaucoup trop bref. Il doit sans doute être porté à au moins quinze jours.

On a souligné ci-dessus la nécessité de disposer du dossier de la juridiction au moment où il est décidé de l'admissibilité (supra, point 6). Lorsque ce dossier doit être demandé à la juridiction, la règle envisagée ("dans les huit jours de l'inscription au rôle") n'est pas praticable. Il faut prévoir que le délai ne commence à courir qu'au moment de la réception du dossier de la juridiction.

⁽⁶⁹⁾ Un exemple pour illustrer ce point. Une juridiction doit convoquer les parties à l'audience pour leur permettre d'exposer toutes les explications jugées nécessaires avant que l'affaire soit mise en délibéré. Si une partie n'est pas convoquée et n'a dès lors pas la possibilité de se défendre à l'audience, il y a faute de procédure substantielle qui, en principe, doit conduire à l'annulation de la décision prononcée. Une faute de procédure substantielle est précisément une des causes d'admissibilité (voir l'article 20, § 2, alinéa 2, 3°, ainsi que l'alinéa 3, 3°, en projet). Lorsqu'un moyen de cassation est pris du défaut de convocation d'une partie, la simple lecture de la requête imposera pratiquement toujours une déclaration d'admission. Ce n'est en effet qu'après consultation du dossier de la juridiction qu'il apparaîtra que le moyen est inconsistent, par exemple parce que l'intéressé a bien été convoqué, mais a négligé de retirer la convocation à la poste ou qu'il a, entre-temps, déménagé sans communiquer une nouvelle élection de domicile ou encore parce qu'une convocation n'était plus nécessaire dès lors que l'audience a été remise contradictoirement.

⁽⁷⁰⁾ L'article 208 de l'avant-projet de loi est rédigé comme suit :

"Le délai de 8 jours dont question à l'article 20 des lois coordonnées sur le Conseil d'État, tel que restauré par l'article 7 de cette loi, entre en vigueur à une date déterminée par le Roi.
Jusqu'à cette date, le délai est fixé à un mois".

9. Le Conseil d'État attire l'attention des auteurs de l'avant-projet de loi sur ce que, si le juge chargé d'appliquer la procédure de filtrage déclare non admissible un recours en cassation au motif que le Conseil d'État n'est pas compétent pour connaître de ce recours, celui-ci relevant selon lui du pouvoir judiciaire, cette ordonnance n'est susceptible d'aucun recours (article 20, § 3, alinéa 3, en projet) et ne peut être déférée à la Cour de cassation sur la base de l'article 33 des lois coordonnées, puisque ce dernier article vise expressément et exclusivement les "arrêts". Si le demandeur qui a fait l'objet d'une ordonnance d'inadmissibilité, se tourne ensuite vers la juridiction judiciaire, qu'il introduit en fin de procédure un pourvoi en cassation et que la Cour de cassation décide que c'est le Conseil d'État qui est compétent *in casu*, l'arrêt de la Cour de cassation ne lierait pas le Conseil d'État sur ce point de droit.

Afin de satisfaire à l'article 158 de la Constitution, aux termes duquel "(la) Cour de cassation se prononce sur les conflits d'attribution d'après le mode réglé par la loi", il convient en conséquence de modifier l'article 33 des lois coordonnées sur le Conseil d'État.

10. L'avant-projet de loi prévoit qu'un recours en cassation introduit devant le Conseil d'État n'est traité que lorsqu'il est déclaré admissible par voie d'ordonnance.

La question se pose de savoir quelle influence aura une ordonnance admettant que le pourvoi soit traité en cassation sur la procédure ultérieure d'examen de celui-ci (notamment en ce qui concerne l'application éventuelle, par l'auditeur, de l'article 93 de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section d'administration du Conseil d'État).

Comme le souligne à juste titre l'exposé des motifs, il va sans dire que la constatation de l'admissibilité du recours en cassation n'est que provisoire et ne préjuge pas de l'instruction subséquente de la cause : "Les recours en cassation qui sont déclarés admissibles en application de la procédure de filtre seront examinés suivant les règles de procédure normale du double examen devant le Conseil d'État, indépendamment du contentieux en question" ⁽⁷¹⁾ ⁽⁷²⁾.

11. Le recours au juge unique nécessite en tout cas une définition précise et rigoureuse des conditions d'admission des recours à la lumière des observations qui viennent d'être formulées.

12. La disposition en projet ainsi que l'exposé des motifs restent muets quant à un éventuel effet suspensif attaché tant au délai de recours en cassation devant le Conseil d'État qu'au délai d'examen de ce recours ⁽⁷³⁾.

Compte tenu de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en la matière et, spécialement de l'arrêt Conka, précité, cette question doit être abordée dans le cadre de la réforme envisagée. A cet égard, même si l'article 7 de la directive 2005/85/CE n'ouvre pas de manière expresse à un demandeur d'asile débouté le droit de rester sur le territoire d'un État membre durant l'examen de son ou de ses recours juridictionnels, l'article 39, § 3, de la directive, qui, pour mémoire, n'implique que l'organisation d'un seul degré de recours juridictionnel, dispose :

"Les États membres prévoient le cas échéant les règles découlant de leurs obligations internationales relatives:

⁽⁷¹⁾ Exposé des motifs, p. 47.

⁽⁷²⁾ Comp. avec la requête en intervention : C.E., BRUTELE, n° 139.995, 1^{er} février 2005.

⁽⁷³⁾ Concernant l'effet suspensif du recours introduit devant le Conseil du Contentieux des Etrangers, voir les articles 39/70, 39/79, 39/82 et 39/83 de l'avant-projet de loi, ainsi que les observations formulées sous ces articles.

- a) à la question de savoir si le recours prévu en application du paragraphe 1 ⁽⁷⁴⁾ a pour effet de permettre aux demandeurs de rester dans l'Etat membre concerné dans l'attente de l'issue du recours;
- b) à la possibilité d'une voie de droit ou de mesures conservatoires si le recours visé au paragraphe 1 n'a pas pour effet de permettre aux demandeurs de rester dans l'Etat membre concerné dans l'attente de l'issue de ce recours (...)"

Il incombe, en conséquence, à l'auteur de l'avant-projet de loi, dès lors qu'il organise une procédure de cassation administrative devant le Conseil d'État, de prendre dûment en considération les obligations internationales qui lient la Belgique au regard, notamment, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ⁽⁷⁵⁾, et de s'assurer, tout spécialement, que le système mis en place en droit interne est conforme à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme

⁽⁷⁴⁾ À savoir, le seul degré de recours juridictionnel rendu obligatoire par la directive.

⁽⁷⁵⁾ Voir, également :

- l'article 1^{er} (Garanties procédurales en cas d'expulsion d'étrangers) du Protocole n° 7 à la Convention (voir l'avis 39.221/2, donné le 26 octobre 2005, sur un avant-projet de loi "portant assentiment au Protocole n° 7 à la Convention de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales, fait à Strasbourg le 22 novembre 1984");
- la recommandation du 19 septembre 2001 du Commissaire aux droits de l'homme relative aux droits des étrangers souhaitant entrer sur le territoire des États membres du Conseil de l'Europe et à l'exécution des décisions d'expulsion (CommDH/REC(2001)1, consultable sur le site du Conseil de l'Europe; R.D.E., 2001, p. 540), qui précise :
"Il est indispensable de non seulement garantir, mais d'assurer en pratique le droit d'exercer un recours judiciaire, au sens de l'article 13 de la CEDH, lorsque la personne concernée allègue que les autorités compétentes ont violé, ou risquent de violer, l'un des droits garantis par la CEDH ... Ce recours doit être suspensif de l'exécution d'une décision d'expulsion, au moins lorsqu'il est allégué une violation éventuelle des articles 2 et 3 de la CEDH".

concernant des violations alléguées de l'article 4 du Protocole n° 4 à la Convention (interdiction des "expulsions collectives d'étrangers") et, *a fortiori* de l'article 3 de la Convention ⁽⁷⁶⁾.

Il devrait ainsi être prévu d'attacher un effet suspensif au délai de recours devant le Conseil d'État, de même qu'à la décision déclarant un pourvoi admissible, tout au moins lorsqu'est invoquée, dans le ou l'un des moyens du pourvoi, une violation de l'article 3 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ou de l'article 4 du Protocole n° 4 à la Convention ⁽⁷⁷⁾.

13. En conclusion, il convient de réexaminer la disposition en projet à la lumière des observations qui précèdent et de veiller tout particulièrement :

- à définir de manière très précise les causes d'admission au pourvoi, en fonction de l'objectif que poursuit l'auteur de l'avant-projet de loi et dans le respect des obligations internationales qui lient la Belgique, notamment au regard du droit à un recours juridictionnel effectif, considéré dans son ensemble;

⁽⁷⁶⁾ Il ressort à cet égard d'une brève analyse du droit interne de divers États membres de l'Union européenne qu'il existe dans la presque totalité de ces pays une possibilité d'obtenir, tout au moins durant un certain temps, une suspension de l'exécution d'une décision contestée devant la juridiction suprême, fût-ce dans le cadre d'une procédure de cassation, lorsqu'est notamment alléguée dans le recours ou dans le pourvoi, une violation de l'article 3 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. La législation applicable dans ces États membres permet en effet de solliciter la suspension provisoire, fût-ce pour une période de temps limitée, de la décision contestée devant la juridiction suprême soit par une demande subséquente adressée à cette juridiction, soit par une demande de suspension autonome introduite devant la juridiction administrative de première ou de seconde instance, soit, encore, par un recours spécifique devant les tribunaux de l'ordre judiciaire. Il arrive aussi que cet effet suspensif soit expressément prévu dans des directives expresses adressées à l'administration et auxquelles celle-ci ne peut déroger (comparer avec la situation de l'arrêt *Conka c/ Belgique*, précité, §§ 81 à 83).

⁽⁷⁷⁾ Ceci pourrait s'accompagner d'une possibilité qu'aurait le ministre ou son délégué de demander au Conseil d'État de statuer en priorité sur l'admissibilité du pourvoi introduit devant lui, lorsque ce pourvoi concerne un étranger maintenu en détention en vue d'être éloigné de manière imminente du territoire.

- à dûment justifier au regard des articles 10 et 11 de la Constitution la différence de traitement qui serait éventuellement maintenue dans les causes d'admission, selon que le pourvoi en cassation concerne ou non le contentieux des étrangers;
- à s'assurer que la procédure mise en place, notamment en ce qui concerne l'octroi ou non d'un effet suspensif, est de nature à éviter une éventuelle condamnation future de la Belgique au regard de ses obligations internationales, et spécialement de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Article 9

(article 24 des lois coordonnées)

Cette disposition est inutile lorsqu'elle tend à permettre à la chambre, après avoir statué sur les conclusions du rapport, à demander, par un arrêt, à l'auditeur la rédaction d'un rapport complémentaire. Cette possibilité est déjà prévue dans l'article 24, alinéa 2, actuel des lois coordonnées.

En ce qu'il entend en outre permettre à la chambre dans son arrêt de réouverture des débats d'inviter l'auditeur à examiner une exception ou un moyen précis ou tous les moyens, l'article 9 préjuge des résultats de l'instruction complémentaire que l'auditeur accomplira après la réouverture des débats. Cette disposition est de nature à alourdir inutilement le travail de l'auditeur et, dans certains cas, à ralentir le cours de la procédure, par exemple, en cas de survenance d'une nouvelle cause d'irrecevabilité.

L'article 9 de l'avant-projet de loi paraît dès lors être un exemple de "surréglementation".

Si les auteurs de l'avant-projet de loi souhaitent néanmoins maintenir l'article 9 en projet, mieux vaudrait préciser que si le Conseil décide, au titre de devoirs d'instruction, que toutes les exceptions et tous les moyens doivent être examinés, il doit le motiver dans l'arrêt. Ceci afin d'éviter qu'il soit systématiquement demandé de tout examiner chaque fois qu'une mesure d'instruction est ordonnée, ce qui aurait pour conséquence d'engendrer un retard et serait en contradiction avec l'objectif poursuivi par les auteurs de l'avant-projet de loi.

.../...

Article 11

(article 28 des lois coordonnées)

Selon l'article 28, alinéa 1^{er}, deuxième phrase, en projet, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, un arrêt peut, le cas échéant, se limiter à une reprise des considérations figurant dans le rapport de l'Auditorat "en les faisant siennes".

Cet article également s'apparente à un exemple de "surréglementation". Les lois coordonnées permettent déjà de procéder de la sorte dans l'arrêt.

En outre, le Conseil d'État n'aperçoit pas ce que signifient précisément les mots "*en les faisant siennes*" ni pourquoi ces mots sont ajoutés à la disposition en projet. Dès lors, les auteurs de l'avant-projet de loi sont invités à donner les éclaircissements nécessaires sur ce point.

Article 13

(article 30 des lois coordonnées)

Article 13, 2°

L'ajout en projet à l'article 30, § 1^{er}, alinéa 2, permet aux parties ou à leurs avocats de décider conjointement que la cause ne doit pas être examinée en séance publique. Toutefois, il n'est pas clair si, dans ce cas, l'auditeur doit donner un avis. Il est recommandé de préciser le texte de l'avant-projet de loi sur ce point.

Article 13, 6°

1. L'article 30, § 4, (lire : § 5), alinéa 1^{er}, 1°, en projet, mentionne un dommage exceptionnel "résultant d'une mesure prise ou ordonnée par l'État, la province ou la commune". Afin d'aligner cette mention dans la disposition en projet sur la terminologie utilisée à l'article 11, alinéa 1^{er}, *in fine*, des lois coordonnées, il convient de remplacer ces mots par "causé par une autorité administrative".

.../...

2. L'article 30, § 4, (lire : § 5), alinéa 1^{er}, 2°, en projet, fait mention d'un "*recours (...) contre les décisions contentieuses administratives*". Afin d'aligner cette mention dans la disposition en projet sur la terminologie utilisée à l'article 14, § 2, des lois coordonnées, il y a lieu de remplacer ces mots par "*recours en cassation*".

3. L'article 30, § 4, (lire : § 5), alinéa 1^{er}, 3°, en projet, fait référence aux requêtes relatives à la résiliation et à la révision de certains contrats conclus avant et pendant la guerre. Dès lors que l'article 4 de l'avant-projet de loi abroge cette compétence de la section d'administration inscrite à l'article 16, 2°, des lois coordonnées, il ne se justifie pas de maintenir l'alinéa 1^{er}, 3°, dans le texte en projet et l'article 30, § 4 (lire : § 5), alinéa 1^{er}, 3°, en projet, peut être supprimé.

4. À la fin de l'article 30, § 4 (lire : § 5), alinéa 2, en projet, il convient d'écrire "... ou les personnes qui demandent la poursuite de la procédure, sans préjudice du § 7".

5. En ce qui concerne l'article 30, § 5 (lire : § 6), en projet, le Conseil d'État souhaite attirer l'attention des auteurs de l'avant-projet de loi sur le fait qu'il serait équitable que l'intéressé qui désire intervenir dans la procédure de suspension ne doive s'acquitter qu'une seule fois du droit de timbre au lieu de deux fois comme à présent, à savoir une première fois dans le cadre de la procédure de suspension et une seconde fois dans le cadre de la procédure d'annulation.

En outre, il serait encore plus simple que l'intéressé ne doive introduire qu'une seule fois une demande en intervention. Le Conseil d'État n'aperçoit pas pourquoi celui qui a intérêt à ce qu'un acte de l'autorité soit maintenu, par exemple sa nomination, doit à nouveau introduire une demande en intervention en cas de poursuite de la procédure. Cette solution aurait l'avantage d'alléger la tâche du greffe. En outre, il se justifierait également que celui qui n'a pas pris l'initiative de la procédure, mais qui intervient uniquement pour défendre ses intérêts, soit en quelque sorte épargné, ne fût-ce que parce qu'une jurisprudence constante l'oblige toujours à supporter les dépens de l'intervention, même en cas de rejet du recours.

.../...

6. À l'article 30, § 5 (lire : § 6), alinéa 1^{er}, en projet, il y a lieu d'écrire "... concernant les litiges visés aux 2° et 3° du § 5, ...".

7. Selon l'article 30, § 7 (lire : § 8), en projet, les montants visés aux §§ 4 et 5 (lire : §§ 5 et 6) sont revus et, s'il y a lieu, adaptés. Le Conseil d'État n'aperçoit toutefois pas la portée précise de ces paragraphes en projet.

S'il faut interpréter cette disposition comme un simple engagement du législateur, il serait préférable de l'omettre. Une telle disposition, qui est dépourvue de tout effet juridique, n'a pas sa place dans un texte normatif.

Toutefois, si la disposition précitée doit s'entendre comme une habilitation qui est donnée au Roi de revoir ces montants si nécessaire, ce pouvoir doit alors Lui être expressément conféré. Dès lors, le législateur devrait indiquer en outre les limites dans lesquelles le Roi peut procéder à ces adaptations.

8. À l'article 30, § 9 (lire : § 10), en projet, il convient d'écrire "Le Roi détermine, par arrêté délibéré en Conseil des ministres, le mode de perception des droits visés aux §§ 5, 6, 7 et 9."

Modifications du titre VI - De l'emploi des langues au Conseil d'État - Chapitre II - De l'emploi des langues devant la section d'administration

Article 18

(article 66 des lois coordonnées)

L'article 18 de l'avant-projet de loi, détermine la langue dans laquelle le candidat réfugié doit introduire son recours. Il est à noter à ce propos que si on détermine la langue dans laquelle le recours doit être introduit, il est logique de soumettre également à cette obligation les autres actes et mémoires, autrement dit toutes les pièces de la procédure. La distinction que le texte en projet établit ainsi entre la requête et les autres pièces de la procédure ne trouve pas de justification objective et raisonnable.

.../...

Modifications du titre VII - De l'organisation du Conseil d'État - Chapitre I^{er} -
Dispositions communes aux deux sections

Article 21

(article 70 des lois coordonnées)

1. À l'article 70, § 1^{er}, alinéa 2, de l'avant-projet de loi (article 21, 1°, de l'avant-projet de loi), il y a lieu d'écrire "L'assemblée générale du Conseil d'État" au lieu de "L'assemblée générale". La même observation peut être formulée à l'égard des articles suivants de l'avant-projet de loi.

2. Au 2°, compte tenu de l'insertion par le 1° d'un alinéa 2 nouveau, dans l'article 70, § 1^{er}, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, la phrase introductive doit, de manière plus claire que dans le texte proposé, être rédigée comme suit :

"2° le paragraphe 1^{er}, alinéa 8, devenant l'alinéa 9, est complété comme suit :"

Article 22

(article 71 des lois coordonnées)

1. À première vue, il ressort du texte de l'article 22, 2°, qui insère deux nouveaux alinéas à l'article 71, § 3, des lois coordonnées, que la nomination de premier auditeur ou de premier référendaire peut être refusée, même si l'intéressé ne s'est pas vu attribuer l'évaluation "insuffisant". Si toutefois la disposition devait s'interpréter autrement, l'avis conforme de l'auditeur général (ou de l'auditeur général adjoint), respectivement du premier président (ou du président), n'aurait pas de sens.

2. Il ne ressort pas clairement si un auditeur ou un référendaire qui n'a pas été nommé premier auditeur ou premier référendaire après onze ans (par exemple consécutivement à une évaluation "insuffisant") peut néanmoins être nommé ultérieurement. Dans l'affirmative, à quel moment? Sous quelles conditions? Il y a-t-il alors un délai d'attente?

.../...

3. Selon l'article 73/1, alinéa 1^{er}, en projet, le premier président détermine en concertation avec le président, s'il prend la responsabilité (lire : la direction) de la section de législation et du Bureau de Coordination ou de la section d'administration. Si le président prend la direction de la section de législation et du Bureau de coordination, c'est donc lui qui devra donner un avis sur la nomination d'un référendaire comme premier référendaire. Par conséquent, il convient d'écrire à l'article 71, § 3, alinéa 2, en projet, "... ou du président si celui-ci prend la direction de la section de législation et du Bureau de coordination".

Article 23

(article 72 des lois coordonnées)

Tel qu'il sera formulé après l'ajout en projet, l'article 72, § 1^{er}, alinéa 2, 3°, paraît devoir s'interpréter en ce sens qu'on peut être nommé greffier au Conseil d'État si on a, entre autres, été greffier pendant au moins cinq ans au Conseil du Contentieux des Étrangers. Si cette interprétation traduit effectivement l'intention des auteurs de l'avant-projet de loi, il est recommandé de la confirmer dans l'exposé des motifs.

Article 24

(article 73/1, en projet, des lois coordonnées)

L'article 73/1, alinéa 2, en projet, dispose que la désignation des titulaires de mandats et des membres du personnel administratif ainsi que la répartition des moyens mis à disposition est réalisée par le premier président conformément à son plan stratégique (lire : plan de gestion) en étroite concertation avec le président et les "chefs de corps de l'Auditorat".

Toutefois, tel qu'il est formulé, l'article 73/1, alinéa 2, en projet, paraît excéder l'intention des auteurs de l'avant-projet de loi. En effet, selon l'exposé des motifs, il s'agit uniquement en l'occurrence d'une répartition "(des) moyens et (du) personnel" par le premier président, en concertation étroite avec le président, "de sorte qu'ils puissent convenablement remplir leurs tâches". Il se déduit de ce commentaire qu'il ne s'agit nullement que le premier président intervienne dans la désignation des titulaires de mandats de l'auditorat ou dans la répartition des moyens au sein de l'auditorat.

Si l'exposé des motifs traduit la véritable intention des auteurs de l'avant-projet de loi, la disposition en projet doit être remaniée en ce sens.

Modifications du titre VII - De l'organisation du Conseil d'État - Chapitre Ier -

Dispositions communes aux deux sections -

Section 2 - La désignation et l'exercice des mandats

Article 25

(articles 74/1 à 74/6, en projet, des lois coordonnées)

1. L'article 25 vise à insérer dans les lois coordonnées plusieurs articles, numérotés 74/1 à 74/6.

Chaque disposition en projet doit cependant faire l'objet d'un article distinct, afin que, conformément à l'article 76 de la Constitution, la Chambre et le Sénat puissent procéder à une discussion et à un vote article par article.

L'article 26 de l'avant-projet de loi appelle la même observation.

2. L'article 25 de l'avant-projet de loi instaure et organise un système de mandats. Les mots "*mandat*" et "*mandat adjoint*" ne sont pas toujours employés de manière univoque et logique dans les différents articles de l'avant-projet de loi⁽⁷⁸⁾. Parfois, le terme "*mandat*" est utilisé dans son acception générale; dans ce cas, il concerne à la fois le mandat des chefs de corps (premier président, président, auditeur général et auditeur

⁽⁷⁸⁾ Voir, par exemple, l'article 74/3, § 3, alinéa 4, en projet.

général adjoint) et les mandats adjoints de président de chambre, de premier auditeur chef de section, de premier référendaire chef de section et de greffier en chef. Il arrive toutefois que le terme "*mandat*" soit utilisé dans l'acception plus spécifique de mandat des chefs de corps et ce, par opposition à la notion de mandat adjoint.

Article 74/2 en projet

1. Selon l'article 74/2, § 1^{er}, en projet, le candidat doit être nommé conseiller d'État depuis au moins cinq ans pour être désigné comme premier président ou président.

L'article 74/2, § 2, alinéa 1^{er}, et l'article 74/2, § 2, alinéa 2, en projet, disposent respectivement que nul ne peut être nommé auditeur général à moins qu'il ne soit auditeur général adjoint, premier auditeur chef de section ou premier auditeur et que nul ne peut être nommé auditeur général adjoint à moins qu'il ne soit premier auditeur chef de section ou premier auditeur.

Conformément à l'article 71, § 3, des lois coordonnées, il faut, pour être nommé premier auditeur, compter onze ans de fonctions comme auditeur, auditeur adjoint, référendaire ou référendaire adjoint. Compte tenu de ce qui précède, la question se pose dès lors de savoir si la condition selon laquelle il faut être nommé conseiller d'État depuis cinq ans suffit pour être désigné comme premier président ou président, alors que la désignation comme auditeur général ou auditeur général adjoint requiert une expérience d'onze ans au moins à l'auditorat.

2. À l'article 74/2, § 1^{er}, alinéa 2, § 2, alinéa 3, § 3, alinéa 2, § 4, alinéa 2, et § 5, alinéa 2, en projet, il est chaque fois question du "moment de l'ouverture effective du mandat". Selon le commentaire relatif au nouvel article 74/3 ⁽⁷⁹⁾, il apparaît que la "vacance effective" du mandat (dans son acception générale et donc pas seulement en ce qui concerne le mandat des chefs de corps, mais également dans le sens d'un mandat adjoint) se distingue du renouvellement du mandat (et du mandat adjoint).

La question se pose de savoir si le délai de cinq ans, respectivement de trois ans, est également applicable en cas de renouvellement d'un mandat ou d'un mandat

⁽⁷⁹⁾ Exposé des motifs, p. 63.

adjoint. Selon l'exposé des motifs ⁽⁸⁰⁾, la condition d'âge n'est pas applicable en cas de renouvellement. Il convient de l'indiquer de manière plus explicite et avec davantage de clarté dans le texte même en projet (et pas seulement dans l'exposé des motifs).

3. L'article 74/2, §§ 3, 4 et 5, en projet, dispose que les candidats à un mandat adjoint de président de chambre, de premier auditeur chef de section et de premier référendaire chef de section, ainsi que de greffier en chef, doivent avoir au moins trois ans de moins que la limite d'âge visée à l'article 104. Selon l'exposé des motifs ⁽⁸¹⁾, ce délai ne devrait être que d'au moins deux ans. Sur ce point également, les auteurs de l'avant-projet de loi doivent supprimer la discordance entre le texte et l'exposé des motifs.

4. Selon l'article 74/3, § 2, alinéa 1^{er}, en projet, *in fine*, le Roi "peut fixer le contenu [du] plan [de gestion]" que les candidats au mandat de chef de corps et au renouvellement de ce mandat doivent joindre à leur candidature.

Il est recommandé de remplacer les mots "le contenu" par les mots "l'objet".

5. Selon l'article 72, § 3, existant, des lois coordonnées, le greffier en chef est, sur proposition du Conseil d'État, nommé par le Roi parmi les membres de l'auditorat et du bureau de coordination qui comptent cinq ans de service ou, à défaut de tels candidats, parmi les lauréats du concours visé à l'article 71, § 1^{er}, alinéa 1^{er}.

Selon l'article 74/2, § 5, en projet, combiné avec l'article 74/4, § 1^{er}, 4°, en projet, le greffier en chef sera dorénavant désigné par le Roi, sur avis du premier président et du président, parmi les greffiers nommés en cette qualité depuis au moins trois ans et titulaires du diplôme de docteur, de licencié ou de master en droit. Toutefois, selon l'article 215 de l'avant-projet de loi, tous les greffiers qui sont nommés au moment de l'entrée en vigueur de cette disposition peuvent être désignés comme greffier en chef.

⁽⁸⁰⁾ Exposé des motifs, p. 63.

⁽⁸¹⁾ Exposé des motifs, p. 66.

En ce qui concerne l'article 74/2, en projet, l'exposé des motifs ⁽⁸²⁾ précise que "les nouveaux articles règlent la désignation et l'exercice des mandats par analogie avec les dispositions du Code judiciaire". Dès lors que le Conseil d'État est la plus haute juridiction administrative, il convient donc de prendre comme point de comparaison les conditions de nomination dans la fonction de greffier en chef à la Cour de cassation et à la Cour d'arbitrage.

Il ressort de l'article 268 du Code judiciaire ⁽⁸³⁾ et de l'article 41, alinéa 1^{er}, de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage ⁽⁸⁴⁾ que, pour être nommé greffier en chef, il faut au moins être titulaire du diplôme de licencié, docteur ou master en droit. La condition d'âge prescrite peut, elle, varier.

⁽⁸²⁾ Exposé des motifs, p. 61.

⁽⁸³⁾ L'article 268 du Code judiciaire, remplacé par la loi du 17 février 1997, s'énonce comme suit :
"Pour pouvoir être nommé greffier en chef de la Cour de cassation, le candidat doit :
1° être âgé de trente-cinq ans accomplis;
2° être licencié en droit et avoir, pendant cinq ans au moins, exercé des fonctions au moins égales à celles d'employé au greffe d'une cour".

⁽⁸⁴⁾ L'article 41, alinéa 1^{er}, de loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage, remplacé par la loi spéciale du 24 juin 2000, dispose ce qui suit :
"Pour pouvoir être nommé greffier de la Cour d'arbitrage, le candidat doit :
1° être âgé de trente ans accomplis;
2° avoir réussi l'un des examens suivants :
a) le concours de référendaire à la Cour d'arbitrage;
b) le concours de référendaire à la Cour de cassation;
c) le concours d'auditeur adjoint ou de référendaire adjoint au Conseil d'État;
d) l'examen d'aptitude professionnelle prévu par l'article 259bis du Code judiciaire;
e) le concours d'admission au stage judiciaire visé à l'article 259quater du Code judiciaire;
f) l'examen au grade de recrutement de niveau 1, qualification "juriste", pour les administrations de l'autorité fédérale, des communautés et des régions et pour les organismes d'intérêt public qui en dépendent, ainsi que pour les services de la Cour d'arbitrage;
g) l'examen au grade de recrutement d'attaché, qualification "juriste", pour les chambres législatives et les conseils de communauté et de région;
3° avoir une expérience utile d'au moins deux ans".

Dès lors, compte tenu des dispositions correspondantes du Code judiciaire et de la loi spéciale sur la Cour d'arbitrage, il est surprenant que l'avant-projet de loi ne prescrive à présent plus aucune condition et ce, en tout état de cause, pour la première désignation à venir. Selon la disposition transitoire figurant à l'article 215 de l'avant-projet de loi, il faut uniquement être nommé greffier, ce qui signifie qu'une personne de 25 ans, sans "diplôme en droit" ni l'expérience utile requise, peut être désignée comme greffier en chef.

La règle en projet surprend sur ce point, alors qu'il convient, spécialement, de constater que, lors des travaux préparatoires de la loi du 17 février 1997 ⁽⁸⁵⁾, différents membres de la commission de la Justice ont à l'époque estimé, concernant les conditions de nomination à la fonction de greffier en chef à la Cour de cassation, "qu'il faut tenter de parvenir à une réglementation uniforme tant en ce qui concerne les conditions de nomination que les rémunérations pour les greffiers de la Cour de cassation, du Conseil d'État et de la Cour d'arbitrage" ⁽⁸⁶⁾.

Il se conçoit que l'article 72, § 3, actuel, des lois coordonnées pose des exigences sévères en vue d'une nomination de greffier en chef du Conseil d'État - comme entre autres être titulaire du diplôme de licencié, de docteur ou de master en droit - étant donné que le greffier en chef doit appliquer les règlements de procédure concernant le Conseil d'État, ce qui suppose des connaissances juridiques suffisantes. Ces exigences sévères justifient du reste une rémunération dûment adaptée ⁽⁸⁷⁾.

⁽⁸⁵⁾ L'article 268 du Code judiciaire a été remplacé par l'article 40 de la loi du 17 février 1997 modifiant certaines dispositions du Code judiciaire en ce qui concerne le personnel des greffes et des parquets.

⁽⁸⁶⁾ Doc. parl., Sénat, n° 1-270/3 - 1996/1997, pp. 77 et 78.

⁽⁸⁷⁾ Selon l'article 1^{er}, § 1^{er}, de la loi du 5 avril 1955 relative aux traitements des titulaires d'une fonction au Conseil d'État, le greffier en chef bénéficie du même traitement qu'un conseiller d'État ou qu'un premier auditeur.

Le Conseil d'État ne peut dès lors s'empêcher de penser que, dans la mesure où elle pourrait conduire à la nomination d'un non-juriste comme greffier en chef du Conseil d'État, et qui plus est, sans que soit fixée une quelconque condition d'âge, la règle énoncée à l'article 215 de l'avant-projet de loi repose manifestement sur une erreur⁽⁸⁸⁾. En conséquence, les auteurs de l'avant-projet de loi sont invités à réexaminer cette disposition en tenant compte de l'article 74/2, § 5, en projet.

5. Le Conseil d'État n'aperçoit pas pourquoi la désignation des premiers auditeurs chefs de section et des premiers référendaires chefs de section se fait sur avis conforme, alors que pour le greffier en chef, la désignation ne se fait que sur avis (comparer les 2° et 3° de l'article 74/4, § 1^{er}, en projet, avec le 4° de la même disposition). La désignation du greffier en chef doit par conséquent se faire également sur avis conforme.

Article 74/3 en projet

1. L'exposé des motifs⁽⁸⁹⁾ précise, au sujet de l'article 74/3, § 1^{er}, alinéa 3, en projet, qu'il s'agit de lier dans le temps les désignations du premier président et du président, d'une part, et celles de l'auditeur général et de l'auditeur général adjoint, d'autre part, afin qu'elles soient renouvelées simultanément.

Dès lors, l'article 74/3, § 1^{er}, alinéa 3, serait sans doute rédigé plus clairement comme suit : "Le premier président et le président entament leur mandat à la même date. Pour ces mandats, la période de dix ans visée à l'alinéa 2 prend cours à cette date. Ce qui précède s'applique par analogie aux mandats d'auditeur général et d'auditeur général adjoint".

⁽⁸⁸⁾ L'exposé des motifs ne fournit pas non plus d'éclaircissements à ce sujet.

⁽⁸⁹⁾ Exposé des motifs, p. 65.

2. Le Conseil d'État n'aperçoit pas pourquoi il est question à l'article 74/3, § 2, alinéa 1^{er}, en projet, de "*la demande de renouvellement*" du mandat. L'article 74/3, § 3, alinéa 1^{er}, en projet, mentionne déjà également qu'un plan de gestion doit accompagner le renouvellement du mandat.

3. Il pourrait se déduire de l'article 74/3, § 2, en projet, que le gouvernement peut "imposer" un chef de corps (premier président, président, auditeur général et auditeur général adjoint) au Conseil d'État, autrement dit une personne qui n'a pas été présentée comme l'unique candidat par l'assemblée générale. La question se pose de savoir si, dans ce cas, une telle mesure s'inscrit bien dans le sens d'un bon fonctionnement du Conseil et de l'auditorat et si elle ne porte pas atteinte à l'indépendance des deux corps.

L'article 74/3, § 2, alinéa 5, en projet, indique ce qu'il y a lieu de faire après une deuxième décision de refus du Ministre de l'Intérieur. La procédure ne paraît toutefois pas parfaitement claire : s'agit-il que l'assemblée générale du Conseil d'État puisse présenter deux fois la même personne, mais qu'elle doive présenter un autre candidat la troisième fois? Ou faut-il, dans ce cas, recommencer la procédure de nomination depuis le début?

Ne serait-il pas plus opportun, dans ce cas, de prévoir un mécanisme selon lequel, après une première décision de refus, l'assemblée générale du Conseil d'État pourrait faire une proposition à la majorité qualifiée et selon lequel le Roi serait alors tenu de désigner dans ce mandat le chef de corps présenté ? Cette solution ne serait-elle pas plus en accord avec la volonté du législateur qui a, semble-t-il, pour intention de confier en grande partie la responsabilité de la désignation des chefs de corps à l'assemblée générale, qui, comme l'indique expressément l'exposé des motifs, "agit dans ce cadre en tant que commission de nomination" ⁽⁹⁰⁾ ⁽⁹¹⁾.

⁽⁹⁰⁾ Exposé des motifs, pp. 63-64.

⁽⁹¹⁾ Dans ce cas, il n'appartient pas au Roi de substituer purement et simplement son avis sur la compétence et l'aptitude du candidat présenté à celui de la commission de nomination. Cf. C.E., BEERENS, n° 102.712, 21 janvier 2002.

4. Conformément à l'article 74/3, § 2, alinéa 4, en projet, en cas de refus motivé de la part du ministre de l'Intérieur, l'assemblée générale dispose dès la réception de cette décision, d'un délai de quinze jours pour faire une nouvelle présentation. La question se pose dès lors de savoir s'il ne faut pas non plus alors prévoir de délai pour le ministre ?

5. L'article 74/3, § 3, alinéa 3, en projet, fait référence à la réunion de corps de l'auditorat et en détermine la composition.

La question se pose de savoir s'il n'y aurait pas lieu de préciser dans le texte du § 3, alinéa 3, deuxième phrase, qu'il s'agit seulement des premiers auditeurs chefs de section appartenant au rôle linguistique dans lequel le mandat doit être renouvelé.

6. À l'article 74/3, § 5, alinéas 3 et 4, en projet, il est question de "*reprise de plein droit*" des fonctions en ce qui concerne le mandat de premier président et d'auditeur général. En revanche, pour les mandats de président ou d'auditeur général adjoint, il est fait usage du terme "*remplacé*". S'il convient de viser la même chose dans les deux cas, il serait préférable d'utiliser la même terminologie. Les effets juridiques de la différence de terminologie ne sont pas clairement indiqués dans le texte de l'avant-projet de loi ni dans l'exposé des motifs ⁽⁹²⁾.

Article 74/4, en projet

1. Aucune disposition de l'avant-projet de loi ne précise expressément quel est le sort réservé au mandat adjoint qui se libère lorsque son titulaire reprend le mandat de chef de corps.

⁽⁹²⁾ Il pourrait se déduire du remplacement de l'article 3*bis* de la loi du 5 avril 1955 relative aux traitements des titulaires d'une fonction au Conseil d'État par l'article 200 de l'avant-projet de loi qu'il pourrait s'agir d'une sorte de fonction supérieure rémunérée conformément à l'article 3*bis* précité.

Sans doute faut-il considérer dans ce cas que le mandat adjoint devient vacant et qu'il peut faire l'objet d'une nouvelle désignation ⁽⁹³⁾. Le texte devrait l'énoncer expressément.

2. À l'article 74/4, § 1^{er}, 3°, en projet, il y a lieu d'écrire "section de législation".

Article 74/5 en projet

L'article 74/5, en projet, prévoit que l'exercice d'un mandat de chef de corps est incompatible avec l'exercice d'un mandat adjoint.

Cette disposition paraît superflue. En effet, l'exercice effectif et simultané de deux mandats n'est, de toute évidence, pas possible. Par ailleurs, l'article 74/2, § 2, en projet, prévoit que le titulaire d'un mandat d'adjoint peut être désigné dans un mandat de chef de corps.

Article 74/6 en projet

L'article 74/6, § 2, alinéa 1^{er}, en projet, énumère de façon détaillée les éléments que le premier président doit inscrire dans son rapport d'activité (1° : statistiques par contentieux ou selon la nature des demandes d'avis, assorties d'éléments relatifs aux nombre d'affaires entrantes et d'arrêts finaux ou d'avis, volume de travail total par section, évolution de la réserve de travail, rapports déposés ou avis rendus par l'Auditorat; 2° : évolution des affaires pendantes et de l'arriéré judiciaire, y compris la procédure d'admissibilité des recours en cassation, cadre du personnel et occupation des effectifs, moyens logistiques, charge de travail).

⁽⁹³⁾ Ce qui explique qu'en cas de fin anticipée du mandat repris par l'ancien titulaire de ce mandat adjoint, celui-ci reprend son ancien mandat adjoint en surnombre (voir l'article 74/3, § 3, alinéa 4, en projet).

La question se pose de savoir s'il est nécessaire de régler cette matière d'une manière aussi détaillée dans l'avant-projet de loi et s'il n'est pas plutôt recommandé d'habiliter le Roi à en déterminer les modalités ⁽⁹⁴⁾.

Modifications du titre VII - De l'organisation du Conseil d'État - Chapitre I -
Dispositions communes aux deux sections - Section III - L'évaluation des membres du
Conseil, de l'Auditorat et du Bureau de Coordination

Article 26

(articles 74/7 à 74/12, en projet, des lois coordonnées)

1. Il est renvoyé à l'observation 1 sous l'article 25.

2. L'article 26 de l'avant-projet de loi entend insérer dans les lois coordonnées une nouvelle section relative à l'évaluation des membres du Conseil, de l'Auditorat, du Bureau de Coordination et des membres du greffe ⁽⁹⁵⁾.

Selon l'exposé des motifs, "l'introduction d'un système d'évaluation constitue, avec l'introduction des mandats pour certaines fonctions, une des principales modifications des réformes proposées" ⁽⁹⁶⁾.

À propos du système d'évaluation en projet, le Conseil d'État souhaite toutefois attirer l'attention du Gouvernement sur deux points importants.

⁽⁹⁴⁾ Comp. avec l'article 352*bis* du Code judiciaire, inséré par la loi du 29 novembre 2001, qui autorise le Roi, après avis du Conseil supérieur de la Justice, à déterminer la manière dont est enregistrée la charge de travail du juge et du ministère public, ainsi que la manière dont ces données enregistrées sont évaluées.

⁽⁹⁵⁾ Cette section n'est toutefois pas d'application au renouvellement du mandat de chef de corps (voir l'article 74/7, § 1^{er}, alinéa 1^{er}).

⁽⁹⁶⁾ Exposé des motifs, p. 70.

3. Pour élaborer le système d'évaluation, les auteurs de l'avant-projet de loi se sont principalement inspirés du système d'évaluation contenu aux articles 259*nonies* et suivants du Code judiciaire.

Récemment, ce système d'évaluation a encore été examiné d'une manière critique par le Conseil Supérieur de la Justice. Dans un rapport circonstancié, le Conseil supérieur a en effet formulé un certain nombre d'observations fondamentales sur le système d'évaluation actuel ⁽⁹⁷⁾ ⁽⁹⁸⁾.

4. Le Conseil d'État estime que l'approche de l'évaluation doit se faire d'une manière positive. Ainsi que l'a souligné le Conseil Supérieur précité, l'évaluation des magistrats doit constituer un instrument de management qui doit permettre la valorisation des moyens humains.

Un système d'évaluation ne peut, dès lors, s'appuyer principalement sur une pondération chiffrée mais en revanche, et en premier lieu, sur une évaluation qualitative à partir d'entretiens dont l'objectif est d'améliorer la qualité du travail des magistrats. En d'autres termes, les entretiens de fonctionnement doivent être conçus comme un véritable dialogue entre le magistrat concerné et l'évaluateur, et ce dans un double but : d'une part, l'amélioration des prestations du magistrat et d'autre part, l'amélioration du fonctionnement interne du Conseil d'État.

⁽⁹⁷⁾ Conseil Supérieur de la Justice, Rapport annuel 2004, pp. 129-130; Rapport de synthèse sur l'évaluation des magistrats approuvé par l'Assemblée générale du Conseil Supérieur de la Justice le 26 février 2003; proposition de réforme du système d'évaluation des magistrats, adoptée par l'assemblée générale du Conseil Supérieur de la Justice le 28 avril 2004.

⁽⁹⁸⁾ Voir également l'avant-projet de loi "modifiant diverses dispositions du Code judiciaire concernant l'évaluation des magistrats et les mandats de chef de corps et modifiant la loi du 15 juin 1935 concernant l'emploi des langues en matière judiciaire", sur lequel la section de législation a donné le 15 février 2006 l'avis 39.728/2 et l'avis de la Commission d'avis et d'enquête réunie du Conseil Supérieur de la Justice sur l'avant-projet de loi modifiant l'article 259*nonies* du Code judiciaire, adopté par l'assemblée du 15 décembre 2005; Van den Broeck, E. et Hamaide, J., "De evaluatie van de magistraten", in Depré, R., Plessers, J. et Hondeghem, A., *Management-hervorming in Justitie*, Bruges, die Keure, 2005, 291-303.

Le Conseil d'État souhaite plus particulièrement souligner que l'évaluation doit également porter sur la qualité du travail fourni, sans toutefois porter atteinte à l'indépendance et à l'impartialité du magistrat ⁽⁹⁹⁾.

5. Le Conseil d'État déplore, dès lors, qu'un système dont les sérieuses déficiences se vérifient dans la pratique, soit transposé avec ses carences à une autre institution.

Article 74/7 en projet

1. L'article 74/7, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, en projet, prévoit qu'à l'exception des chefs de corps, les membres du Conseil, de l'Auditorat et du Bureau de Coordination sont soumis à une évaluation qui revêt la forme d'une description écrite et motivée et qui est soit périodique lorsqu'il s'agit d'une nomination, "soit une évaluation du mandat adjoint lorsqu'elle concerne un mandat".

Dès lors que, selon les premiers mots de l'alinéa 1^{er}, cette disposition n'est pas applicable aux chefs de corps qui exercent un mandat, le segment de phrase en projet ne s'applique qu'aux mandats adjoints. Il convient dès lors d'écrire "(...), soit une évaluation du mandat adjoint".

2. Dans le texte français de l'article 74/7, § 2, alinéa 1^{er} en projet, *in fine*, les mots "titulaire de mandat" doivent être remplacés par les mots "titulaire de fonction", conformément au texte néerlandais.

⁽⁹⁹⁾ Le nombre de dossiers traités par le magistrat concerné constitue sans aucun doute un critère important, mais la qualité du travail fourni et le degré de difficulté des dossiers traités doivent également être pris en compte.

3. L'article 74/7, § 2, alinéa 2, donne au Roi le pouvoir de déterminer, sur la proposition motivée du premier président et de l'auditeur général, chacun en ce qui concerne ses compétences, et l'assemblée générale ayant été entendue, les critères d'évaluation, compte tenu de la spécificité des fonctions et mandats, ainsi que de définir les modalités d'application de ces dispositions.

Bien que l'alinéa 1^{er} de l'article 74/7, § 2, en projet, définisse quelque peu la portée des critères et que, en principe, la délégation en projet puisse être considérée comme conforme aux principes qui régissent les relations entre le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif, dont il résulte que c'est au pouvoir législatif qu'il appartient de fixer les choix politiques essentiels ⁽¹⁰⁰⁾, le Conseil d'État se doit cependant d'émettre une réserve en la matière.

Comme les auteurs de l'avant-projet de loi l'indiquent eux-mêmes d'une manière expresse à l'alinéa 1^{er}, l'évaluation aura lieu sur la base de critères "sans porter atteinte de ce fait à l'indépendance et à l'impartialité du titulaire du mandat" (lire : de fonction). La version actuelle de l'exposé des motifs est cependant source d'une certaine confusion sur ce point. Selon le texte néerlandais, une évaluation débouchant sur la mention "insuffisant" n'est possible que "wegens manifest ondermaats functioneren van de geëvalueerde", tandis que dans le texte français l'évaluation "insuffisant" peut déjà être attribuée lorsque les prestations "sont au-dessous du niveau exigé".

4. L'article 74/7, § 3, en projet, détermine la procédure qui doit être suivie dans le cadre de l'évaluation (entretien(s) de fonctionnement, projet d'évaluation, entretien d'évaluation, évaluation provisoire, observations écrites, évaluation écrite définitive, ...).

Le Conseil d'État se doit de constater que le paragraphe 3 précité ne précise pas ce qu'il faut entendre par entretien d'évaluation, la portée de celui-ci et les effets qui peuvent y être attachés.

⁽¹⁰⁰⁾ Voir Cour d'arbitrage, 3 mars 2004, n° 31/2004, cons. B.5.4.

En outre, la question se pose de savoir comment situer l'entretien de fonctionnement par rapport à l'évaluation. L'article 74/7, § 3, en projet, laisse entendre que les entretiens de fonctionnement constituent un élément de l'évaluation.

Les auteurs de l'avant-projet de loi devront compléter l'exposé des motifs sur ce point et, le cas échéant, adapter le paragraphe 3 en projet ⁽¹⁰¹⁾.

5. Selon l'article 74/7, § 3, alinéa 2, en projet, le projet d'évaluation est notamment communiqué à l'évalué.

Il va de soi que le projet d'évaluation doit déjà comporter une appréciation finale ("insuffisant"), à défaut de quoi il serait porté atteinte aux "droits de la défense" de l'évalué.

Par ailleurs, il convient d'observer que l'avant-projet de loi ne précise pas comment le projet d'évaluation sera communiqué à l'évalué.

6. Selon l'article 74/7, § 4, alinéa 1^{er}, 1°, en projet, le premier président et le président font partie de la commission d'évaluation pour le Conseil, tandis que selon le même alinéa 1^{er}, 2°, l'auditeur général ou l'auditeur général adjoint siègent dans la commission d'évaluation pour l'auditorat. Le Conseil d'État n'aperçoit pas les motifs de cette distinction.

7. À l'article 74/7, § 4, alinéa 1^{er}, 1° et 2°, la portée des mots "ou que la personne qui a réalisé l'évaluation en première instance" n'apparaît pas clairement, en ce que ces mots semblent viser l'hypothèse selon laquelle l'évaluateur en première instance ne serait pas du même rôle linguistique que l'évalué.

⁽¹⁰¹⁾ Comp. avec l'avant-projet de loi "modifiant diverses dispositions du Code judiciaire concernant l'évaluation des magistrats et les mandats de chef de corps et modifiant la loi du 15 juin 1935 concernant l'emploi des langues en matière judiciaire", cité à la note (98).

Il résulte des sous-sections II et III de la section 3 du chapitre I^{er} du titre VII des lois coordonnées sur le Conseil d'État, en projet, que l'évaluation sera réalisée par un magistrat relevant du même "rôle linguistique", ou que, cette évaluation a lieu par un magistrat qui n'a pas obtenu son diplôme dans la langue évalué, ce magistrat est "assisté" par un magistrat du même "rôle linguistique" que celui qui est évalué, cette dernière hypothèse ne concernant que les présidents de chambre du Conseil et les premiers référendaires-chef de section du Bureau de Coordination⁽¹⁰²⁾ ⁽¹⁰³⁾. Même si le texte devrait être clarifié en ce sens, en ce qui concerne cette dernière hypothèse, il semble en résulter que l'évaluateur est toujours du même "rôle linguistique" que l'évalué ou que, dans l'hypothèse où l'évaluation est faite par un chef de corps assisté, il faut considérer que l'évaluation a lieu dans la langue de l'évalué.

Il semble donc que les mots "ou que la personne qui a réalisé l'évaluation en première instance" sont inutiles et qu'ils peuvent être omis. C'est d'ailleurs en ce sens qu'ont été conçues les dispositions analogues concernant les commissions d'évaluation du greffier en chef et des greffiers du Conseil d'État, figurant à l'article 74/12, § 2, alinéa 1^{er}, *in fine*, en projet, et des présidents de chambre du Conseil du contentieux des étrangers, figurant à l'article 39/29, § 4, alinéa 1^{er}, 2^o, en projet, de la loi du 15 décembre 1980⁽¹⁰⁴⁾.

Si l'intention des auteurs de l'avant-projet de loi consiste à permettre à l'évalué, dans les hypothèses où il est évalué par un chef de corps relevant d'un autre "rôle linguistique" que le sien, d'interjeter appel devant une commission d'évaluation majoritairement composée de membres relevant également d'un autre "rôle linguistique" que le sien, la disposition apparaîtrait comme peu compatible avec l'organisation générale du Conseil d'État et des corps qui le composent. Le commentaire de la disposition devrait s'en expliquer.

⁽¹⁰²⁾ L'évaluation des premiers auditeurs chefs de section est en effet effectuée par l'auditeur général ou l'auditeur général-adjoint en fonction du rôle linguistique de l'évalué.

⁽¹⁰³⁾ Voir les articles 74/8, §§ 2, alinéa 2, et 4, alinéa 2, et 74/9, §§ 2, 2^e phrase, et 4, 2^e phrase.

⁽¹⁰⁴⁾ Voir l'observation faite ci-après concernant la formulation de cette disposition.

Les mots "ou que la personne qui a réalisé l'évaluation en première instance" semblent en toute hypothèse toujours dépourvus de sens, à l'article 74/7, § 4, alinéa 1^{er}, 2°, en ce qui concerne l'Auditorat, puisque les premiers auditeurs chefs de section seront toujours évalués par un évaluateur relevant de leur "rôle linguistique".

8. L'article 74/7, § 4, alinéa 2, en projet, prévoit que le recours que le titulaire de fonction concerné introduit contre son évaluation définitive est envoyé au premier président. Sur la base du texte de l'avant-projet de loi, il en est également ainsi pour les auditeurs; ces derniers doivent eux aussi introduire leur recours auprès du premier président, alors que ce dernier ne siège pas dans la commission d'évaluation pour l'auditorat.

Eu égard à la composition de la commission d'évaluation pour les recours introduits par des membres de l'Auditorat (voir le nouvel article 74/7, § 4, alinéa 1^{er}, 2°), il convient de réécrire la disposition en projet de manière à ce que pour les membres de l'auditorat, le recours soit introduit auprès de l'auditeur général.

9. L'article 74/7, § 4, alinéa 3, en projet, fait référence à la "commission d'évaluation visée à l'alinéa 2". Cette référence paraît incorrecte. En effet, l'alinéa 2 du paragraphe 4 ne se rapporte pas à une commission d'évaluation mais bien aux règles à observer pour déposer un recours contre l'évaluation dite définitive.

La référence à l'alinéa 2 paraît par conséquent devoir être remplacée par une référence à l'alinéa 1^{er} du paragraphe 4.

Article 74/8 en projet

1. L'article 74/8, § 2, alinéa 1^{er}, en projet, détermine qui évalue les membres du Conseil; l'alinéa 2 du même paragraphe 2, détermine qui évalue "les présidents de chambre désignés à titre définitif conformément à l'article 74/4, § 1^{er} 1°".

.../...

La référence à l'article 74/4, § 1^{er}, 1°, paraît incorrecte. En effet, cet article ne porte pas en tant que tel sur la désignation à titre définitif comme président de chambre. Celle-ci est par contre réglée à l'article 74/4, § 2, alinéa 1^{er}.

Une observation analogue s'impose concernant l'évaluation des "premiers auditeurs-chefs de section désignés à titre définitif conformément à l'article 74/4, § 1^{er}, 2°" (article 74/8, § 3, alinéa 2, en projet). La référence à l'article 74/4, § 1^{er}, 2°, paraît, elle aussi, incorrecte. En effet, cet article ne porte pas en tant que tel sur la désignation à titre définitif comme premier auditeur-chef de section. Celle-ci est par contre réglée à l'article 74/4, § 2, alinéa 1^{er}.

L'évaluation des "premiers référendaires-chefs de section désignés à titre définitif conformément à l'article 74/4, § 1^{er}, 3°" (article 74/8, § 4, alinéa 2, en projet) appelle, elle aussi, une observation analogue. La référence à l'article 74/4, § 1^{er}, 3°, paraît de même incorrecte. En effet, cet article ne porte pas en tant que tel sur la désignation à titre définitif comme premier référendaire-chef de section. Celle-ci est par contre réglée à l'article 74/4, § 2, alinéa 1^{er}.

2. L'article 74/8, §§ 2 et 3, en projet, qui est relatif à la désignation des différents évaluateurs, ne précise pas quel est le président de chambre ou le premier auditeur-chef de section qui doit rédiger une évaluation périodique concernant un titulaire de fonction qui, durant la période à évaluer précédant la date d'évaluation, a été affecté dans deux chambres différentes du Conseil ou dans deux sections différentes de l'Auditorat. Il n'est pas non plus précisé qui est chargé de rédiger l'évaluation lorsque, durant la période d'évaluation, un collègue, président de chambre ou premier auditeur-chef de section, a succédé à un président de chambre ou à un premier auditeur-chef de section.

3. L'article 74/8, § 5, alinéa 3, en projet, dispose qu'en cas d'évaluation "*insuffisant*", l'intéressé fait l'objet d'une nouvelle évaluation après un délai de six mois. S'il obtient une nouvelle évaluation "*insuffisant*", les alinéas 1^{er} et 2 (il s'agit notamment de la "sanction financière" sous la forme de perte de la dernière majoration de traitement triennale) sont à nouveau d'application.

.../...

L'emploi des mots "*à nouveau*", dans la dernière phrase de l'article 74/8, § 5, alinéa 3, en projet, soulève des questions à propos de la portée précise de la disposition en projet : faut-il comprendre par là que la sanction financière qui a déjà été encourue auparavant reste maintenue (durant une nouvelle période de six mois ?) ou qu'une deuxième évaluation "*insuffisant*" entraîne la perte non seulement de la dernière majoration de traitement triennale mais également de l'avant-dernière ? ⁽¹⁰⁵⁾

4. En ce qui concerne les articles 74/8, §§ 2, alinéa 2, et 4, alinéa 2, et 74/9, §§ 2, 2^e phrase, et 4, 2^e phrase, en projet, il est renvoyé à l'observation faite sous l'article 74/7, en projet, sous le n° 7.

5. Dans les mêmes dispositions, il est prévu que, lorsque le chef de corps évaluateur n'est pas du même "rôle linguistique" que l'évalué, il est assisté par le président de chambre bilingue ou le titulaire de mandat adjoint bilingue relevant du même "rôle linguistique" que l'évalué, ce magistrat étant désigné par le chef de corps.

Ce faisant, la désignation des personnes participant à l'évaluation ne dépend pas, comme dans les autres cas d'évaluation, d'une situation résultant de manière automatique de la place qu'occupe l'évalué dans l'organigramme du Conseil d'État, mais d'un choix de l'évaluateur. Il paraît préférable de fixer également dans la loi une règle d'automaticité, en disposant par exemple que le magistrat bilingue assistant l'évaluateur soit le plus ancien en fonction parmi ceux qui sont du "rôle linguistique" de l'évalué et qui sont bilingues.

Une telle automaticité pour une situation comparable est prévue aux articles 39/31, § 2, et 39/32, § 2, alinéa 1^{er} ⁽¹⁰⁶⁾, § 1^{er}, en projet, de la loi du 15 décembre 1980, insérés par l'article 111 de l'avant-projet de loi.

⁽¹⁰⁵⁾ Ces questions peuvent également être posées à propos de l'article 74/11, § 3, alinéa 3, en projet.

⁽¹⁰⁶⁾ Voir toutefois l'observation sous l'article 39/32, § 2, alinéa 2, en projet, de la loi du 15 décembre 1980 (observation 2 sous les articles 114 et 115 de l'avant-projet de loi).

Article 74/9 en projet

Le Conseil d'État se demande si la référence que l'article 74/9, § 5, en projet, fait à l'article 74/4, § 3, en projet, est exacte : l'article 74/4, § 3, ne comporte pas, comme tel, de véritable règle de procédure, de sorte qu'il est permis de douter de la pertinence de la référence.

Article 74/10 en projet

1. À l'article 74/10, § 2, alinéa 1^{er}, en projet, il est prévu que le premier président et le président sont tous deux chargés de l'évaluation du greffier en chef mais, à l'alinéa 2, que, lorsque l'un d'eux n'est pas bilingue, il doit se faire assister par un "titulaire bilingue d'un mandat adjoint qui a obtenu son diplôme dans la langue de l'évalué".

Il est permis de s'interroger sur l'utilité de cette dernière disposition dès lors que le premier président et le président relèvent nécessairement de deux "rôles linguistiques" différents ⁽¹⁰⁷⁾.

2. Contrairement à l'article 74/7, § 2, alinéa 2, en projet, l'article 74/10, § 3, en projet, ne prévoit pas expressément que le Roi fixe les critères d'évaluation. L'avant-projet de loi doit dès lors être complété sur ce point.

Article 74/12 en projet

1. Il est renvoyé à l'observation 4 sous l'article 74/7 en projet.

2. L'article 74/12, § 1^{er}, alinéa 4, dernière phrase, en projet, prévoit que "dans les dix jours de la réception de l'évaluation définitive, le premier président en communique une copie à l'intéressé".

⁽¹⁰⁷⁾ Voir l'article 73, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, des lois coordonnées.

On n'aperçoit pas la raison pour laquelle cette disposition n'est pas en tout point conforme à l'article 74/7, § 3, alinéa 4, dernière phrase, en projet, qui dispose que la copie est communiquée "contre accusé de réception daté ou par lettre recommandée à la poste avec accusé de réception".

Modifications du titre VII - De l'organisation du Conseil d'État - Chapitre I - Dispositions communes aux deux sections - Section 5 - Dispositions spécifiques concernant l'Auditorat

Article 28

(article 76 des lois coordonnées)

1. Ne conviendrait-il pas de préciser, à l'article 76 des lois coordonnées, que les membres de l'Auditorat ne participent pas à l'examen de l'admissibilité des recours en cassation, visés à l'article 20, en projet, des lois coordonnées ?

2. L'article 28, en projet, détermine les affaires que les membres de l'Auditorat doivent traiter par priorité. Il s'agit là, semble-t-il, d'un exemple de "surréglementation". En ce qui concerne la fixation des priorités, il convient, en effet, de faire confiance aux chefs de corps.

Cette disposition semble en outre peu praticable lorsqu'elle vise les recours qui n'exigent que des débats succincts. Cette conclusion ne pourra en effet être tirée qu'après analyse du dossier, si bien que celui qui ne répondrait pas à ce critère devrait être examiné deux fois, ce qui est contraire à l'objectif poursuivi d'accélérer l'instruction. En outre cette disposition ne peut viser les recours qui font également l'objet d'une demande de suspension, ceux-ci se voyant appliquer des procédures particulières, visées notamment à l'article 17, § 4, et à l'article 30, § 2, alinéa 1^{er}, des lois coordonnées.

L'exposé des motifs ⁽¹⁰⁸⁾ mentionne à tort que les recours en cassation déclarés admissibles "*sont empreints d'illégalité*". Le fait de déclarer admissible un recours en cassation implique seulement que la décision concernée n'est pas encore définitive puisque la légalité de celle-ci est toujours en cause.

Par ailleurs, l'on n'aperçoit pas comment cet ordre de priorité pourrait être combiné avec les dispositions qui prévoient des délais spécifiques dans le cadre de procédures particulières.

Modifications du titre VII - De l'organisation du Conseil d'État - Chapitre I -
Dispositions communes aux deux sections - Section 6 - Dispositions spécifiques
concernant le Bureau de Coordination

Article 30

(article 77 des lois coordonnées)

L'article 30 modifie l'article 77, 6°, des lois coordonnées. Il s'agit manifestement d'une erreur. En effet, l'article 77, 6°, à modifier, a déjà été abrogé par l'article 4, 1°, de la loi du 2 avril 2003. Sans doute s'agit-il de modifier l'article 77, alinéa 2, des lois coordonnées, modifié en dernier lieu par l'article 4, 2°, de la loi du 2 avril 2003, qui s'énonce comme suit : "Le Bureau de coordination est placé sous la direction du premier président."

La formulation suivante est suggérée :

"À l'article 77, alinéa 2, des mêmes lois, remplacé par la loi du 4 août 1996 et modifié par les lois des 25 mai 1999 et 2 avril 2003, les mots «ou le président s'il est responsable de la section de législation» sont insérés après les mots «premier président»".

⁽¹⁰⁸⁾ Exposé des motifs, p. 75.

Modifications du titre VII - De l'organisation du Conseil d'État - Chapitre I -
Dispositions communes aux deux sections - Section 8 - Dispositions spécifiques

Article 34

(article 78/2, en projet, des lois coordonnées)

1. Selon l'exposé des motifs ⁽¹⁰⁹⁾, l'intention est de rendre possible l'exercice du contrôle médical "en cas d'absence de longue durée (pour cause de maladie) d'un titulaire de fonction". En revanche, le texte de l'avant-projet de loi permet d'intervenir lors de toute absence - même de courte durée - pour cause de maladie.

L'exposé des motifs se réfère au régime analogue applicable aux cours et aux tribunaux mais, à l'analyse, l'article 332*bis* du Code judiciaire ne s'applique qu'à compter d'une absence de plus de trois jours (voir les articles 331 et 332 du Code judiciaire).

Les auteurs de l'avant-projet de loi devront remédier, dès lors, à la discordance existant entre le texte et l'exposé des motifs.

2. À l'article 78/2, en projet, le Conseil d'État n'aperçoit pas la portée des mots "(...) la régularité de cette absence peut être subordonnée (...) à un contrôle (médical) effectué par le Service de santé administratif (...)". Le texte de l'avant-projet de loi n'indique pas non plus quels peuvent être les effets juridiques précis de la "régularité de l'absence", s'il devrait ressortir du contrôle effectué par le Service de santé administratif que l'absence n'est pas médicalement justifiée.

L'article 78/2, en projet, doit être précisé sur ce point.

⁽¹⁰⁹⁾ Exposé des motifs, pp. 77-78.

Modifications du titre VII - De l'organisation du Conseil d'État - Chapitre II - De l'organisation de la section de législation

Article 35

(article 79 des lois coordonnées)

L'article 35 de l'avant-projet de loi a trait à la composition de la section de législation. Il y a lieu de constater que l'exposé des motifs ne commente pas cet article 35. Le Conseil d'État n'aperçoit par ailleurs pas la portée précise de la disposition en projet. Il est recommandé de compléter l'exposé des motifs sur ce point.

Dans le texte français de l'article 35, 2°, les mots "en concertation avec le premier président" doivent être remplacés par les mots "en concertation avec le président".

Article 37

(article 83 des lois coordonnées)

Cette disposition prévoit un système de roulement ou de rotation en ce qui concerne la distribution des demandes d'avis entre les quatre chambre de la section de législation. Le premier président règle la distribution des demandes d'avis entre les chambres de la section de législation "selon un système défini dans son plan de gestion".

Dès lors que l'application d'un système de roulement ou de rotation aura également une incidence sur le fonctionnement de l'Auditorat, il paraît indiqué pour mettre sur pied un tel système de distribution, que l'avis de l'auditeur général et de l'auditeur général adjoint soit sollicité, le cas échéant avant l'élaboration du plan de gestion. Il est recommandé de le prévoir dans la loi.

Article 38

(article 85bis des lois coordonnées)

L'article 38 de l'avant-projet de loi concerne le renvoi des demandes d'avis aux chambres réunies de la section de législation. Le Conseil d'État constate que le commentaire des articles figurant dans l'exposé des motifs est muet à propos de cet article 38 ⁽¹¹⁰⁾. Les auteurs de l'avant-projet de loi veilleront à combler cette lacune.

Modifications du titre VII - De l'organisation du Conseil d'État - Chapitre III -De
l'organisation de la section d'administration

Article 40, 1°

(article 87 des lois coordonnées)

1. Dans le texte français de l'article 87, alinéa 2, en projet, on écrira "section d'administration" au lieu de "section de législation".

2. L'article 87, alinéa 3, en projet, prévoit que lorsque le terme visé à l'article 20, § 3, est dépassé du double du délai, le premier président ou le président, s'il est responsable de la section d'administration, prend les mesures nécessaires pour y remédier, jusqu'à ce que le délai visé à l'article 20, § 3, alinéa 1^{er}, soit à nouveau respecté.

Le Conseil d'État n'aperçoit pas si les mots "du double du délai" visent un dépassement ponctuel ou un dépassement en moyenne, ce qui paraît plus raisonnable.

Il est recommandé de préciser la disposition en projet sur ce point.

⁽¹¹⁰⁾ Le commentaire de l'article 38 dans l'exposé des motifs (p. 79) ne concerne pas l'article 38, en projet, mais l'article 40, en projet (relatif à l'organisation de la section d'administration).

3. L'article 87, alinéa 6, en projet, détermine les affaires que la section d'administration doit traiter par priorité. Ceci apparaît à nouveau comme un exemple de "surréglementation". Il convient de faire confiance aux chefs de corps en ce qui concerne la fixation de la liste des priorités.

Article 42

(article 90, en projet, des lois coordonnées)

1. Les articles 42 et suivants de l'avant-projet de loi prévoient, en ce qui concerne la section d'administration, la possibilité de renvoyer une affaire aux chambres réunies de la section d'administration.

Selon l'exposé des motifs, le "renvoi (éventuel) aux chambres réunies de la section d'administration (...) est calqué sur celui déjà prévu dans l'article 85*bis* des lois coordonnées sur le Conseil d'État en ce qui concerne la section de législation du Conseil d'État" ⁽¹¹¹⁾.

Toutefois, contrairement à l'article 85*bis* des lois coordonnées, qui prévoit que le premier président défère aux chambres réunies de la section (de législation) une demande d'avis qui soulève une question relative aux compétences respectives de l'État, des communautés ou des régions, ni le projet, ni l'exposé des motifs n'indiquent expressément quand doit avoir lieu le renvoi aux chambres réunies de la section d'administration ou à l'assemblée générale de la section d'administration. Il peut néanmoins se déduire, notamment, de l'article 90, en projet (article 42 de l'avant-projet de loi) et de l'article 92, § 2, en projet (article 43 de l'avant-projet de loi) que ce renvoi est possible afin de garantir l'unité de la jurisprudence. Le Conseil d'État estime que, dans ce cas, l'affaire doit être immédiatement renvoyée à l'assemblée générale de la section d'administration et que la mise sur pied d'une nouvelle procédure, sur l'exemple de l'article 85*bis* précité, est superflue et sans utilité.

⁽¹¹¹⁾ Exposé des motifs, p. 80.

2.1. Selon l'exposé des motifs, la disposition en projet prévoit une extension des cas dans lesquels une affaire peut être traitée par un juge siégeant seul, mais le principe de la jurisprudence collégiale est néanmoins maintenu ⁽¹¹²⁾.

Compte tenu de cette affirmation, il conviendrait de préciser dans l'exposé des motifs qu'un président de chambre peut, en application de ce principe et nonobstant la formulation stricte de l'article 90, § 1^{er}, alinéa 2, 2°, décider, qu'il y a lieu de siéger à trois membres pour l'examen d'une affaire dans laquelle l'auditeur aurait choisi de déposer un rapport "*débat succinct*", dès lors que le président de chambre ne partagerait pas, quant à lui, l'opinion de l'auditeur rapporteur (ce qui est qualifié de "*débats succincts*" dans un rapport peut en effet ne pas être nécessairement de nature à n'entraîner que des "*débats succincts*" à l'audience).

2.2. En application de l'article 90, § 1^{er}, alinéa 3, un président de chambre peut, même si l'auditeur rapporteur n'a pas déposé de rapport "*débats succincts*", d'office ordonner le renvoi d'une affaire à une chambre composée d'un membre "lorsque la complexité juridique ou l'intérêt de l'affaire ne s'y oppose pas".

La question se pose de savoir si la combinaison de ces deux possibilités (rapport "*débats succincts*" et ordonnance du président de chambre) n'est pas de nature à conduire à ce que le principe de la collégialité, que consacre l'article 90, § 1^{er}, en projet, ne devienne l'exception dans la pratique. Cela, en raison principalement de la circonstance que les critères avancés (lorsque la complexité juridique ou l'intérêt de l'affaire ne s'y oppose pas) sont trop larges.

Le principe de la jurisprudence collégiale, que les auteurs de l'avant-projet de loi entendent maintenir explicitement ⁽¹¹³⁾, demeure une garantie fondamentale pour une bonne administration de la justice dans l'examen des affaires au fond - certainement en ce qui concerne le contentieux général devant le Conseil d'État - et ce, spécialement devant les plus hautes juridictions dont les décisions ne peuvent faire l'objet d'appel et qui sont chargées de veiller à l'unité de la jurisprudence. Sur ce point, il s'impose de faire clairement la distinction entre, d'une part, les mesures provisoires, où normalement un juge unique se prononce, et d'autre part, les affaires au fond où, en général du moins, le principe de la collégialité est la règle.

⁽¹¹²⁾ Exposé des motifs, p. 80.

⁽¹¹³⁾ Exposé des motifs, p. 80.

Cela est d'autant plus vrai que l'augmentation du nombre de décisions rendues par des juges uniques est susceptible de donner lieu à une multiplication des cas de jurisprudence divergente, ce qui ne peut que nuire à la sécurité juridique.

Il ne peut être dérogé au principe susvisé qu'à la condition que les critères retenus soient suffisamment précis. Les critères en projet doivent donc être affinés.

Modifications du titre VII - De l'organisation du Conseil d'État - Chapitre IV - De l'assemblée générale de la section d'administration

Article 43

(Article 92 des lois coordonnées)

1. Dans les dispositions en projet de l'article 43 de l'avant-projet de loi, la question se pose de savoir s'il ne convient pas d'écrire chaque fois "le premier président ou le président s'il est responsable de la section d'administration" au lieu de "le premier président ou le président" et "le premier président et le président".

2. L'article 92, § 1^{er}, alinéa 2, et § 2, alinéa 2, en projet, dispose que si le premier président ou le président n'estime pas nécessaire de convoquer l'assemblée générale, la chambre, après délibération, peut demander la convocation de l'assemblée générale ou des chambres réunies et le premier président ou le président est tenu d'y donner suite.

La disposition en projet alourdit la procédure et ne contribuera pas à la réalisation de l'objectif visé par les auteurs de l'avant-projet de loi, à savoir la résorption de l'arriéré au Conseil d'État.

En outre, elle témoigne d'une méfiance de principe à l'égard du chef de corps chargé de la direction de la section d'administration et paraît dès lors difficilement conciliable avec le rôle que les lois coordonnées ont dévolu à ce chef de corps, à savoir veiller à l'unité de la jurisprudence. Le Conseil d'État n'aperçoit d'ailleurs pas pourquoi, lorsqu'une chambre demande le renvoi d'une affaire à l'assemblée générale ou aux chambres réunies, le premier président ou le président rejetterait pareille demande de façon inconsidérée.

Modifications du titre VII - De l'organisation du Conseil d'État - Chapitre VI - Du personnel administratif

Article 47

(Article 102bis des lois coordonnées)

1. Aux termes de l'article 102bis, alinéa 4, des lois coordonnées, le traitement de l'administrateur du Conseil d'État est fixé dans l'échelle 15/1. L'article 47, 3°, de l'avant-projet de loi modifie l'article 102bis, alinéa 4, et dispose que le Roi détermine le statut pécuniaire de l'administrateur.

Il est recommandé d'inclure dans le projet une disposition transitoire prévoyant que l'administrateur conserve l'échelle de traitement 15/1 jusqu'à ce que le Roi ait fixé son statut pécuniaire. À défaut, il risque de se créer un vide juridique entre l'entrée en vigueur de la loi et la fixation de la nouvelle échelle de traitement par arrêté royal ⁽¹¹⁴⁾.

2. Dans l'alinéa 5 nouveau, il doit être clairement précisé si l'administrateur doit dresser annuellement un ou plusieurs rapports. Dans la deuxième phrase, les mots "Ces rapports contiennent" sèment en effet le doute.

⁽¹¹⁴⁾ L'article 222, alinéa 6, de l'avant-projet de loi prescrit que le Roi détermine pour chaque "article restant", le jour d'entrée en vigueur et au plus tard le ... ". Cet article 222 ne fixe aucune date d'entrée en vigueur pour l'article 47, 3°. Il en résulte que cet article 47, 3°, n'entrera en vigueur qu'à la date qui sera fixée par le Roi. S'il est veillé à ce que la date d'entrée en vigueur de l'article 47, 3°, en projet corresponde à celle du statut pécuniaire de l'administrateur encore à fixer, il ne se posera sans doute aucun problème qui justifierait une disposition transitoire.

Modifications du titre VII - De l'organisation du Conseil d'État - Chapitre VII - Des
rémunérations et des pensions

Article 48

(article 104/1, en projet, des lois coordonnées)

L'article 48 de l'avant-projet de loi insère un article 104/1, nouveau, dans les lois coordonnées pour les titulaires de fonction qui ne sont plus à même de remplir leur fonction en raison d'une "infirmité grave et permanente" et qui n'ont pas demandé leur mise à la retraite. Ils peuvent faire l'objet d'un avertissement de la part du premier président ⁽¹¹⁵⁾.

L'avant-projet de loi ne prévoit pas qui peut/doit estimer si le titulaire de fonction souffre d'une "infirmité grave et permanente". Ni le premier président, ni l'auditeur général n'ayant les compétences requises en la matière, l'article 104/1 en projet doit déterminer qui dispose de l'expertise médicale nécessaire sur ce point ⁽¹¹⁶⁾.

Articles 49 et 50

(articles 104/2 et 104/3, en projet, des lois coordonnées)

Il ne ressort pas de l'article 104/2 en projet si le magistrat concerné peut être entendu par l'assemblée générale ou s'il ne peut que déposer des observations écrites.

En outre se pose la question de savoir si le magistrat qui n'a pas déposé d'observations écrites, mais qui a toutefois été entendu par l'assemblée générale, pourrait néanmoins former opposition en application de l'article 104/3, alinéa 1^{er}, en projet.

Les articles en projet doivent être précisés sur ce point.

⁽¹¹⁵⁾ S'il s'agit du premier président, l'avertissement est donné par l'auditeur général (article 104/1, deuxième phrase, en projet).

⁽¹¹⁶⁾ Cf. l'article 34 de l'avant-projet de loi (article 78/2 en projet) qui prescrit expressément qu'en cas d'absence due à une maladie, le contrôle médical est effectué par le Service de santé administratif qui fait partie de l'Administration de l'expertise médicale.

Articles 50 et 51

(articles 104/3 et 104/4, en projet, des lois coordonnées)

La terminologie utilisée ("passer en force de chose jugée", "faire défaut", "opposition", "dernier ressort") donne à penser que cette décision est de nature juridictionnelle. Tel ne paraît toutefois pas être le cas. Il est souhaitable d'apporter des précisions à ce sujet, à tout le moins dans l'exposé des motifs.

Insertion du titre IX - Mesures en vue de résorber le retard judiciaireArticle 61

(article 122, en projet, des lois coordonnées)

1. L'article 122, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, en projet dispose que, afin de pouvoir résorber le retard dans la section d'administration, le chiffre fixé à l'article 69, 1^o, des lois coordonnées est porté respectivement de 44 à 50 et de 30 à 36, soit augmenté de trois conseillers par "rôle linguistique".

Il convient de constater qu'en ce qui concerne la composition du Conseil, l'article 69, 1^o, des lois coordonnées prévoit actuellement quarante-quatre membres, soit un premier président, un président, douze présidents de chambre et trente conseillers d'État.

Après la modification de l'article 69, 1^o, par l'article 20, 1^o, de l'avant-projet de loi, la composition du Conseil sera la suivante : quarante-quatre membres, étant un premier président, un président, quatorze présidents de chambre et vingt-huit conseillers d'État. Il s'agit du même nombre au total qu'à présent, le nombre de présidents de chambre étant toutefois augmenté de deux unités et le nombre de conseillers d'État diminué en proportion.

Il y a dès lors contradiction entre l'article 20, 1°, de l'avant-projet de loi et l'article 61 de l'avant-projet de loi. En effet, il ressort de l'article 20, 1°, que le nombre de conseillers d'État est diminué pour passer de trente à vingt-huit conseillers (en compensation des deux présidents de chambre supplémentaires), alors qu'aux termes de l'article 61, le nombre de conseillers est (temporairement) majoré de trois unités par rôle linguistique pour passer de trente à trente-six. La combinaison des articles 20 et 61 de l'avant-projet de loi donne à penser qu'il ne s'agit que de trente-quatre conseillers (vingt-huit plus six) ⁽¹¹⁷⁾.

Quoi qu'il en soit, il doit être remédié à cette contradiction entre les articles 20, 1°, et 61 en apportant les correctifs nécessaires dans le nombre de conseillers d'État.

2. L'article 122, § 1^{er}, alinéas 2, 3 et 4, en projet, fait état d'un "plan de résorption de l'arriéré".

Dès lors que le législateur prend lui-même différentes mesures pour maîtriser et résorber l'arriéré judiciaire, au moyen, notamment, du "plan de résorption de l'arriéré", la question se pose de l'utilité, après la réforme projetée, de l'article 120, actuel et non modifié, des lois coordonnées, qui prévoit que l'assemblée générale du Conseil d'État formule dans un plan quadriennal les mesures "qui (...) sont de nature à résorber l'arriéré juridictionnel du Conseil d'État".

3. Pour le surplus, il est renvoyé à l'observation générale 3.5, dans laquelle est soulignée la nécessité de mesures destinées à résorber le contentieux général et qui devraient, de surcroît, entrer immédiatement en vigueur.

⁽¹¹⁷⁾ Voir également la note de l'inspection des finances du 22 décembre 2005 (pp. 5 et 7, point 9), jointe à la demande d'avis.

Chapitre IV - Modifications de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers
(Article 67 à 195 de l'avant-projet de loi)

Titre Ibis - Le Conseil du Contentieux des Etrangers
(Articles 67 à 180 de l'avant-projet de loi)
(Articles 39/1 à 39/85, en projet, de la loi du 15 décembre 1980)

Observations préliminaires

1. Les articles 67 à 180 de l'avant-projet de loi insèrent dans la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, un titre I^{er} bis, nouveau, instituant une nouvelle juridiction administrative, à savoir le Conseil du Contentieux des Étrangers,

"seule compétente pour connaître des recours introduits à l'encontre de décisions individuelles prises en application des lois concernant l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers".

Les articles 39/1 à 39/85, nouveaux, de la loi du 15 décembre 1980 (articles 67 à 180 de l'avant-projet de loi) fixent la compétence de cette juridiction et en déterminent la composition, l'organisation, le mode de fonctionnement et les règles de procédure applicables aux contestations portées devant elle. L'exposé des motifs précise à cet égard que le statut des membres de cette nouvelle juridiction est inspiré du statut des titulaires de fonction du Conseil d'État, que la procédure applicable devant le Conseil du Contentieux des Étrangers est presque identique à celle du Conseil d'État et, qu'en ce qui concerne l'étendue de ses pouvoirs, cette juridiction dispose :

- d'une part, d'un pouvoir de pleine juridiction, avec effet dévolutif et effet suspensif automatique, pour ce qui concerne la Convention de Genève relative aux réfugiés et la protection subsidiaire, mais à l'exception des demandes d'asile introduites par des ressortissants de l'un des États membres de l'Union européenne;

- et, d'autre part, d'un pouvoir d'annulation et de suspension, semblable au pouvoir actuellement conféré au Conseil d'État, pour ce qui concerne :
 - 1°) les demandes d'asile introduites par des ressortissants de l'un des États membres de l'Union européenne;
 - 2°) les décisions du ministre ou de son délégué relatives aux décisions dites "Dublin" (détermination de l'État responsable de l'examen d'une demande d'asile);
 - 3°) les décisions prises par le ministre ou son délégué dans les autres contentieux (accès/séjour/établissement/immigration);
 - 4°) de même que les décisions du ministre ou de son délégué de ne pas prendre en considération une demande d'asile subséquente⁽¹¹⁸⁾.

Chaque décision définitive du Conseil du Contentieux des Étrangers est par ailleurs susceptible de faire l'objet d'un pourvoi en cassation administrative devant le Conseil d'État, avec application d'une procédure préliminaire d'admission du pourvoi.

Comme le relèvent les considérations générales de l'exposé des motifs ⁽¹¹⁹⁾, les auteurs de l'avant-projet de loi tendent ainsi, par l'optimisation et la rationalisation des procédures (d'asile) et par l'introduction d'un niveau juridictionnel généralisé, à améliorer la qualité des décisions prises dans les procédures relatives aux étrangers, notamment par de meilleures garanties judiciaires, et à diminuer de manière drastique la durée de traitement des demandes d'asile et des autres décisions, sans toucher au droit à la protection juridique effective.

⁽¹¹⁸⁾ Bien que les considérations générales de l'exposé des motifs (p. 20) n'envisagent pas ces décisions, la compétence d'annulation et, par voie de conséquence, de suspension du Conseil du Contentieux en la matière est expressément prévue par l'article 51/8, deuxième alinéa, de la loi du 15 décembre 1980, tel que modifié par l'article 183 de l'avant-projet de loi présentement examiné.

⁽¹¹⁹⁾ Exposé des motifs, p. 18.

2.1. L'instauration du Conseil du Contentieux des Étrangers, telle qu'elle est conçue par les auteurs de l'avant-projet de loi, s'inscrit dans le cadre juridique tracé par les articles 144, 145, 146 et 161 de la Constitution. Le Conseil du Contentieux des Étrangers est en effet créé et ses compétences lui sont attribuées par la loi. Si ce Conseil peut par ailleurs être amené à connaître de contestations portant sur des droits subjectifs, ceux-ci peuvent être qualifiés, comme c'est déjà le cas actuellement, de "politiques" au sens des articles 144 et 145 de la Constitution⁽¹²⁰⁾ ⁽¹²¹⁾. Les contestations qui ont pour objet de tels droits peuvent, en conséquence, lui être confiées. Il apparaît par ailleurs des dispositions en projet que la nouvelle juridiction réunit *prima facie* les divers critères habituellement attachés à l'exercice de la fonction juridictionnelle⁽¹²²⁾. Enfin, tant les modalités de fonctionnement du Conseil du Contentieux des Étrangers que les règles de procédure applicables devant lui, aussi bien dans le cadre de sa compétence de pleine juridiction que dans le cadre de sa compétence d'annulation - qui, comme le précise l'exposé des motifs, a le même contenu que la compétence d'annulation conférée au Conseil d'État⁽¹²³⁾ - , permettent de considérer que le recours juridictionnel organisé devant le Conseil du

⁽¹²⁰⁾ Voir, à cet égard, l'arrêt de la Cour d'arbitrage n° 14/97 du 18 mars 1997 (considérant B.5.: "(...) une contestation portant sur la qualité de réfugié est une contestation portant sur un droit politique."). Voir, également: les arrêts de la Cour d'arbitrage n°s 133/2001 du 30 octobre 2001, 26/2002 du 30 janvier 2002, 94/2002 du 5 juin 2002 et 98/2002 du 12 juin 2002.

⁽¹²¹⁾ Selon la Cour de cassation (Cass. 16 mars 2000, Pas., 2000, I/183), une contestation concernant la qualité de réfugié n'est pas une des contestations sur les droits et obligations visés à l'article 6, § 1^{er}, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Il résulte également de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme que les procédures relatives à l'éloignement des étrangers ou à l'interdiction d'accéder au territoire ne concernent pas des droits et obligations de caractère civil au sens de l'article 6, § 1^{er}, de la Convention (Cour eur. dr. h., Maaouia c/ France, 5 octobre 2000).

⁽¹²²⁾ Voir, concernant ces critères, les arrêts de la Cour d'arbitrage n°s 65/96 du 13 novembre 1996 et 14/97 du 18 mars 1997.

⁽¹²³⁾ Voir, en ce qui concerne la compatibilité, au regard de l'article 6, § 1^{er}, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, de la procédure contentieuse appliquée devant le Conseil d'Etat, les arrêts de la Cour d'arbitrage n° 127/2000 du 6 décembre 2000 (considérant B.14.3) et n° 4/2001 du 25 janvier 2001 (considérant B.8.4.7.1.) et, notamment, les arrêts du Conseil d'État n°s 24.937 du 20 décembre 1984, 30.007 du 5 mai 1988, 41.716 du 25 janvier 1993 et 47.318 du 6 mai 1994.

Contentieux des Étrangers répond *prima facie* aux exigences du "recours juridictionnel effectif", au sens de l'article 13 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, de l'article 16 de la Convention de Genève relative aux réfugiés et de l'article 39 de la directive 2005/85/CE ⁽¹²⁴⁾.

Au regard du cadre juridique qui vient d'être retracé, l'analyse des dispositions pertinentes de l'avant-projet de loi amène cependant le Conseil d'État à formuler les deux observations préalables qui suivent.

2.2. La question se pose tout d'abord de savoir quelle est l'étendue exacte de la compétence reconnue au Conseil du Contentieux des Étrangers dans le cadre de sa compétence de plein contentieux.

Ainsi, l'article 39/2, § 1^{er}, alinéa 2, 1^o, nouveau, de la loi du 15 décembre 1980 (article 166 de l'avant-projet de loi), confère aux membres du Conseil du Contentieux des Étrangers la compétence de "confirmer" ou de "réformer" la décision du Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides. L'exposé des motifs précise à cet égard que le Conseil du Contentieux des Étrangers dispose en la matière d'une plénitude de juridiction, avec cette conséquence que le litige lui est soumis dans son ensemble et qu'il peut réformer les décisions du Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides, quel que soit le motif sur lequel celui-ci s'est appuyé pour parvenir à la décision contestée ⁽¹²⁵⁾. Afin de mieux faire ressortir cette intention de l'auteur de l'avant-projet de loi, le Conseil d'État se demande s'il ne conviendrait pas de préciser que le Conseil du Contentieux des Étrangers peut "reconnaître" ou "refuser" la qualité de réfugié ou de bénéficiaire du statut de protection subsidiaire à l'étranger qui a fait l'objet d'une décision de refus de reconnaissance de la part du Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides.

⁽¹²⁴⁾ Comme cela a été rappelé dans l'observation particulière 1.3.2. formulée sous l'article 7 de l'avant-projet de loi, le contrôle de ces exigences imposées par l'article 13 de la Convention peut être opéré à la lumière de l'ensemble des recours offerts par le droit interne de l'État membre dans un contentieux donné et une procédure d'admission au pourvoi devant la juridiction supérieure, à savoir le Conseil d'État, peut être d'autant plus stricte que la procédure organisée devant la juridiction de premier degré, en l'occurrence le Conseil du Contentieux des Étrangers, répond déjà, par elle-même, aux exigences du recours juridictionnel effectif.

⁽¹²⁵⁾ Exposé des motifs, pp. 94 et 95.

Les dispositions de l'avant-projet de loi apportent par ailleurs divers correctifs à l'absence de pouvoir d'instruction dans le chef des membres du Conseil du Contentieux des Étrangers ⁽¹²⁶⁾. L'étranger peut tout d'abord, à certaines conditions, faire valoir de "nouveaux éléments" ⁽¹²⁷⁾ dans sa requête introduite devant le Conseil du Contentieux des Étrangers (articles 39/69 et 39/76, § 1^{er}, alinéa 2, de la loi du 15 décembre 1980, en projet). Le Conseil peut de même décider, d'initiative, de tenir compte, sous certaines conditions, de tout "nouvel élément" qui est porté à sa connaissance par les parties, en ce compris lors de leurs déclarations à l'audience, et ce, même s'il n'a pas été fait mention de ces éléments dans la requête introductive d'instance. Il faut, toutefois, dans cette dernière hypothèse, que ces "nouveaux éléments" soient de nature à démontrer d'une manière certaine "le caractère fondé ou non du recours". Enfin, en application de l'article 39/76, § 2, nouveau, de la loi du 15 décembre 1980 (article 166 de l'avant-projet de loi), qui renvoie de manière expresse à l'article 39/2, § 1^{er}, alinéa 2, 2°, nouveau, de cette même loi (article 70 de l'avant-projet de loi), le président de chambre ou le juge au contentieux des étrangers peut, par une ordonnance motivée, annuler la

⁽¹²⁶⁾ En application de l'article 39/62, nouveau, de la loi du 15 décembre 1980 (article 150 de l'avant-projet de loi), le membre du Conseil du Contentieux des Étrangers est en effet simplement habilité à s'adresser aux parties. Il n'a donc, notamment, pas le pouvoir de se faire communiquer par toute autorité belge, tous documents et renseignements utiles à l'exercice de sa mission (comparer avec l'article 57/7 de la loi du 15 décembre 1980, relatif au Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides, et avec l'article 57/15, concernant la Commission permanente de recours des réfugiés, et dont l'abrogation est prévue par l'article 185 de l'avant-projet de loi, à la suite de la suppression de la Commission) ou d'entendre des témoins à l'audience (comparez avec l'article 57/21 concernant la Commission permanente de recours des réfugiés, dont l'abrogation est également prévue par l'article 185 de l'avant-projet de loi).

Voir également l'article 39/60, nouveau, de la loi du 15 décembre 1980 (article 148 de l'avant-projet de loi) en application duquel les parties et leur avocat ne peuvent invoquer à l'audience d'autres moyens que ceux exposés dans la requête ou dans la note.

Voir aussi, l'article 51/3 de la loi du 15 décembre 1980, tel que modifié par l'article 181 du présent avant-projet de loi et par l'article 35 de l'avant-projet de loi 39.718/AG, qui ne prévoit pas la possibilité pour un membre du Conseil du Contentieux des Étrangers de faire prendre les empreintes digitales d'un demandeur d'asile.

⁽¹²⁷⁾ En vertu de l'article 39/76, § 1^{er}, alinéa 4, en projet de la loi du 15 décembre 1980, les "éléments nouveaux" sont ceux qui sont "relatifs à des faits ou des situations qui se sont produits après la dernière phase de la procédure administrative au cours de laquelle l'étranger aurait pu les fournir ainsi que tous les nouveaux éléments et/ou preuves éventuels ou éléments appuyant les faits ou raisons invoqués durant le traitement administratif".

décision contestée et la renvoyer, pour nouvel examen, au Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides lorsqu'il estime qu'il ne peut examiner l'affaire au fond parce qu'il manque des éléments essentiels qui nécessitent qu'il soit procédé à des mesures d'instruction complémentaires. Compte tenu de la combinaison qui est ainsi opérée par l'auteur de l'avant-projet de loi entre ces deux dispositions, la question se pose de savoir quel sera le sort réservé à des "éléments" qui ont été invoqués par l'étranger dans sa requête ou à l'audience, qui pourraient être considérés comme pertinents par le membre du Conseil du Contentieux des Étrangers, mais qui ne peuvent être qualifiés d'"éléments nouveaux" au sens de la loi. De tels éléments, qui ne pourront donc pas être pris en considération par le juge pour prendre directement la décision de "confirmer" ou de "réformer" la décision attaquée, permettront-ils néanmoins à ce dernier d'annuler la décision et de la renvoyer au Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides, parce qu'il serait d'avis qu'il est nécessaire de procéder à des "mesures d'instruction complémentaires" au sens de l'article 39/2, § 1^{er}, alinéa 2, 2°, nouveau de la loi du 15 décembre 1980 (article 70 de l'avant-projet de loi ⁽¹²⁸⁾)? Dans la négative, comment de tels éléments seront-ils susceptibles d'être qualifiés par le ministre ou son délégué à l'occasion de l'introduction d'une demande d'asile subséquente et quelle sera la marge de manoeuvre du membre du Conseil du Contentieux des Étrangers, saisi cette fois d'un recours en annulation dirigé contre la décision du ministre ou de son délégué de ne pas prendre en considération la nouvelle demande d'asile, quant à la question de savoir si ces éléments constituent ou non des "éléments nouveaux", non pas, cette fois, au sens de l'article 39/76, § 2, nouveau, de la loi du 15 décembre 1980 (article 166 de l'avant-projet de loi), mais bien au regard de l'article 51/8 de la même loi (tel que modifié par l'article 183 de l'avant-projet de loi présentement examiné et par l'article 40 de l'avant-projet de loi 39.718/AG) ?

Les auteurs de l'avant-projet de loi sont, en conséquence, invités à préciser, à tout le moins dans l'exposé des motifs, l'étendue de la compétence du Conseil du Contentieux des Étrangers dans le cadre de sa compétence de juge de plein contentieux et à s'assurer que le refus de prise en considération d'éléments invoqués par l'étranger dans le cadre de son recours introduit devant le Conseil du Contentieux des Étrangers, parce que ces éléments ne pourraient être qualifiés de "nouveaux" au sens de l'article 39/76 de

⁽¹²⁸⁾ Par exemple, lorsque l'étranger demande l'audition de témoins en vue d'établir la pertinence de ses propos, alors que le Conseil du Contentieux des Étrangers n'est pas en droit de donner suite à cette demande, du fait qu'il n'a pas de pouvoir d'instruction propre.

la loi, n'empêche pas que ces éléments puissent utilement être invoqués à l'appui d'une demande d'asile ultérieure.

2.3.1. Dans l'appréciation de la procédure en projet devant le Conseil du Contentieux des Étrangers, il convient également de tenir compte de l'arrêt Conka déjà évoqué de la Cour européenne des Droits de l'Homme.

Dans cet arrêt, qui a condamné l'État belge notamment pour violation de l'article 13 de la Convention ⁽¹²⁹⁾, la Cour a examiné s'il existait un recours effectif à l'égard d'une mesure d'éloignement que la Cour tenait pour une expulsion collective prohibée.

Concrètement, la Cour a examiné si la demande de suspension et le recours en annulation devant le Conseil d'État contre la mesure d'éloignement étaient conformes à l'article 13 de la Convention.

La Cour a estimé que ni le recours en annulation, ni la demande de suspension ordinaire devant le Conseil d'État ne pouvaient assurer aux intéressés un traitement dans un bref délai de leur grief relatif à une violation de la Convention. En effet, dès lors qu'en cas de mesures d'éloignement, l'arrêt de cet éloignement est essentiel pour prévenir la violation de la Convention et que les procédures devant le Conseil d'État n'ont pas d'effet suspensif, l'éloignement peut donc intervenir avant qu'une décision juridictionnelle n'ait été rendue sur la conformité avec la Convention.

La procédure de suspension d'extrême urgence devant le Conseil d'État n'offre pas non plus suffisamment de garanties que l'autorité s'abstiendra d'exécuter la mesure contestée jusqu'à ce qu'un jugement intervienne. En effet, rien n'oblige l'administration de surseoir à l'exécution de la mesure, même pas durant un bref délai. La partie requérante n'a aucune garantie que l'Office des Étrangers et le Conseil d'État entreront en contact l'un avec l'autre en cas de demande de suspension d'extrême urgence,

⁽¹²⁹⁾ Le droit à un recours effectif est un droit autonome : il n'est pas requis d'invoquer la *violation* d'un autre droit. Le droit à un recours effectif peut être invoqué par quiconque *prétend* que ses droits et libertés reconnus par la Convention ont été violés (Cour eur. dr. h., Klass c. Allemagne, 6 septembre 1978). Le droit à un recours effectif est toutefois un droit subordonné : il peut uniquement être invoqué en ce qui concerne un droit garanti dans la Convention. Un grief *défendable* est requis à cet égard (Cour eur. dr. h., Silver c. Royaume uni, 25 mars 1983).

ni que le Conseil d'État statuera ou tiendra séance avant l'expulsion. Il n'existe pas davantage de garantie de voir l'administration observer un "délai raisonnable" permettant l'introduction d'un recours devant le Conseil d'État ⁽¹³⁰⁾.

La Cour met donc l'accent sur le caractère effectif du recours : "L'effectivité des recours exigés par l'article 13 suppose qu'ils puissent empêcher l'exécution des mesures contraires à la Convention et dont les conséquences sont potentiellement irréversibles". La mise en oeuvre d'une mesure d'éloignement qui implique éventuellement la violation d'un droit garanti par la Convention ne peut dès lors intervenir tant que cette violation éventuelle n'a pas été examinée. En outre, cette conformité à l'article 13 de la Convention doit être garantie et non pas simplement reposer sur le bon vouloir ou de simples arrangements pratiques.

2.3.2. Comme l'indique l'exposé des motifs, l'avant-projet de loi entend répondre aux critiques formulées dans l'arrêt Conka.

Ainsi, l'article 39/70, en projet, prévoit, en ce qui concerne les recours contre les décisions du Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides, que, durant le délai fixé pour introduire un recours devant le Conseil du contentieux des étrangers et durant l'examen de ce recours, aucune mesure d'éloignement du territoire ou de refoulement ne peut être exécutée de manière forcée ⁽¹³¹⁾.

Pour certaines décisions, énumérées à l'article 39/79 en projet, l'exécution forcée de l'éloignement du territoire ne peut intervenir durant le délai fixé pour l'introduction d'un recours en annulation devant le Conseil ni pendant l'examen de ce recours.

⁽¹³⁰⁾ Cour eur. dr. h., Conka c. Belgique, 5 février 2002, § 83.

⁽¹³¹⁾ Les mesures d'éloignement du territoire proprement dites sont de la compétence du Conseil du contentieux des étrangers en qualité de juge d'annulation et de suspension.

En outre, l'article 39/83, en projet, prévoit qu'il ne sera procédé à l'exécution forcée de la mesure d'éloignement ou de refoulement qu'au plus tôt vingt-quatre heures après la notification de la mesure. Ce délai de vingt-quatre heures permet, si aucune demande de suspension n'a encore été introduite et si l'exécution de la mesure d'éloignement ou de refoulement est "imminente", d'introduire une demande de suspension d'extrême urgence (article 39/82, § 4, en projet).

Si l'étranger a déjà introduit une demande de suspension, il peut, si l'exécution est imminente, demander par la voie de mesures provisoires que le Conseil du Contentieux des Étrangers traite sa demande de suspension au plus tôt. Dans ce cas, aucune exécution forcée ne peut intervenir à compter de la réception de la demande de mesures provisoires et ce, jusqu'à la décision du Conseil (article 39/85, alinéa 3, en projet).

Les dispositions en projet semblent correspondre dans une large mesure aux exigences que la Cour européenne des droits de l'homme déduit de l'article 13 de la Convention pour les cas dans lesquels l'exécution d'une mesure d'éloignement met en cause une violation défendable d'un droit fondamental garanti par la Convention.

Le Conseil d'État se doit néanmoins de formuler les deux réserves qui suivent.

La question se pose tout d'abord de savoir si le délai de non-exécution de vingt-quatre heures qui est octroyé à l'étranger expulsé, lequel est par ailleurs peut-être maintenu dans un lieu déterminé, n'est pas "déraisonnablement" court, vu le fait que l'étranger expulsé doit préparer et déposer une requête dans ce délai, le cas échéant avec l'aide de son conseil. En effet, il ressort de l'arrêt Conka que ce délai doit être "raisonnable" et il est douteux qu'un délai de vingt-quatre heures soit tenu pour tel par la Cour européenne des droits de l'homme.

Ensuite, il est ajouté à cette prescription que si le Conseil ne s'est pas prononcé dans les septante-deux heures suivant la réception de la requête, l'exécution forcée de la mesure est à nouveau possible (article 39/82, § 4, alinéa 2, *in fine*, en projet et article 39/85, alinéa 3, *in fine*, en projet, de la loi du 15 décembre 1980 - articles 176 et 180 de l'avant-projet de loi). Cette réglementation n'est pas conforme aux principes que la Cour européenne a mis en avant dans l'arrêt Conka. En effet, elle ne garantit pas qu'un

.../...

examen effectif de la mesure a eu lieu, en vue d'une protection effective des droits fondamentaux qui, par hypothèse, sont en jeu ⁽¹³²⁾. Il relève de la responsabilité de l'État membre d'organiser les juridictions de manière à ce qu'elles soient à même de satisfaire aux obligations découlant de la Convention ⁽¹³³⁾.

En conclusion, il convient, dès lors, de modifier l'avant-projet de loi et de le compléter sur ces points.

Article 69

(article 39/1, en projet, de la loi du 15 décembre 1980)

1. L'article 39/1 en projet définit la juridiction du Conseil du Contentieux des Étrangers. Aux termes de l'alinéa 2 de cet article, le Conseil est seul compétent pour connaître des recours introduits à l'encontre de décisions individuelles prises en application des "lois concernant l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers".

Il est recommandé de mentionner dans l'exposé des motifs toutes les lois en vigueur qui règlent actuellement l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers et qui sont visées par la disposition en projet.

2. L'exposé des motifs fait état de ce que "la chambre du conseil reste compétente pour les cas prévus aux articles 71 à 74 de la loi relative aux étrangers" et que le Conseil "n'a aucune compétence en la matière". L'article 63, alinéa 1^{er}, en projet, de la loi du 15 décembre 1980 (article 191, 1°, de l'avant-projet de loi) le confirme d'ailleurs expressément.

⁽¹³²⁾ Cour eur. dr. h., Conka c. Belgique, 5 février 2002, § 83 : "les exigences de l'article 13 de la Convention sont de l'ordre de la garantie, et non du simple bon vouloir ou de l'arrangement pratique".

⁽¹³³⁾ Cour eur. dr. h., Conka c. Belgique, 5 février 2002, § 84 : "... tout comme l'article 6 de la Convention, l'article 13 astreint les États contractants à organiser leurs juridictions de manière à leur permettre de répondre aux exigences de cette disposition".

Par souci de la sécurité juridique, il est recommandé de mentionner de manière expresse et précise à l'article 39/1, en projet, les cas pour lesquels le Conseil n'est pas compétent.

Article 70

(article 39/2, en projet, de la loi du 15 décembre 1980)

En ce qui concerne les décisions du Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides, le Conseil statue au contentieux de pleine juridiction (article 39/2, § 1^{er}, en projet) ⁽¹³⁴⁾.

L'article 39/2, § 1^{er}, alinéa 3, en projet, prévoit à cet égard une exception pour une décision déterminée, à savoir pour la décision du Commissaire général visée par l'article 57/6, alinéa 1^{er}, 2°, en projet, de la loi du 15 décembre 1980 ⁽¹³⁵⁾. Cette décision peut uniquement faire l'objet du recours en annulation introduit devant le Conseil en application de l'article 39/2, § 2, en projet, .

Le fait que cette décision puisse uniquement faire l'objet d'un recours en annulation a des conséquences sur l'exécution des éventuelles mesures d'éloignement. Le recours visé à l'article 39/2, § 1^{er}, en projet est, en effet suspensif des éventuelles mesures d'éloignement (voir l'article 39/70 en projet - article 159 de l'avant-projet de loi) ⁽¹³⁶⁾. Le recours en annulation prévu par le paragraphe 2 de cet article ne l'est toutefois pas.

⁽¹³⁴⁾ Exposé des motifs, p. 94.

⁽¹³⁵⁾ En effet, il s'agit ici du cas où le Commissaire général ne prend pas en considération une demande de reconnaissance du statut de réfugié ou d'obtention du statut de protection subsidiaire introduite par un ressortissant d'un État membre de l'U.E. (voir l'article 55 de l'avant-projet de loi 39.718/AG).

⁽¹³⁶⁾ Cela semble devoir être déduit de l'endroit où est inséré l'article 39/70 en projet, à savoir sous la section 2 portant l'intitulé "Dispositions spécifiques applicables aux recours contre les décisions du Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides" (voir l'article 157 de l'avant-projet de loi).

Le Conseil d'État se doit d'observer que l'exposé des motifs n'explique pas pourquoi seul un recours en annulation peut être introduit contre les décisions du Commissaire général visées à l'article 57/6, alinéa 1^{er}, 2°, en projet, de la loi du 15 décembre 1980. Les auteurs de l'avant-projet de loi devront adéquatement justifier ce régime dérogatoire dans l'exposé des motifs, notamment en raison de ses effets.

2. Selon l'article 39/2, § 2, en projet, le Conseil d'État statue en annulation sur les autres recours qui relèvent de sa compétence.

Conformément à l'article 14 des lois coordonnées sur le Conseil d'État, l'article 39/2, §2, précité, doit également mentionner les motifs d'annulation.

Article 74

(article 39/5, en projet, de la loi du 15 décembre 1980)

1. Selon l'article 39/5, en projet, le premier président (§ 1^{er}), le président (§ 1^{er}) et le président de chambre (§ 3) exercent un mandat. En revanche, l'article 39/23, en projet, dispose que seul le premier président exerce un mandat et que le président et les présidents de chambre exercent un mandat adjoint. L'article 39/25, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, en projet, fait quant à lui état du "mandat de président". Enfin, l'article 39/26, § 1^{er}, en projet, considère que seuls les présidents de chambre et le greffier en chef sont "titulaires d'un mandat adjoint".

Ici aussi, le Conseil d'État se doit de constater que les différents articles du Chapitre IV de l'avant-projet de loi n'utilisent pas toujours la notion de "mandat" d'une manière univoque et conséquente ⁽¹³⁷⁾. Les auteurs de l'avant-projet de loi doivent en conséquence préciser le texte en projet, en tout cas en ce qui concerne le mandat (adjoint) de président.

⁽¹³⁷⁾ Comp. avec l'observation analogue formulée sous les articles 25 et 212 de l'avant-projet de loi.

2. Il y a discordance entre les textes français et néerlandais de l'article 39/5, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, en projet. Le texte français mentionne "l'élaboration du plan stratégique" et le texte néerlandais "het opmaken van een beleidsplan".

Le Conseil d'État présume que le texte néerlandais reflète l'intention réelle des auteurs de l'avant-projet de loi. On écrira dès lors dans le texte français "l'élaboration du plan de gestion".

3. Selon l'article 39/5, § 1^{er}, alinéa 3, en projet, le premier président "désigne les personnes visées à l'article 39/4" conformément à son plan de gestion, mais en étroite concertation avec le président. Le Conseil d'État n'aperçoit pas ce que visent précisément les mots "désigne les personnes visées à l'article 39/4".

Le texte, ou à tout le moins l'exposé des motifs, doit dès lors être précisé sur ce point.

4. L'article 39/5, § 1^{er}, alinéa 5, en projet, fait référence à un article non numéroté. Cette lacune doit être comblée. La même observation s'applique aux articles suivants de l'avant-projet de loi.

5. Selon l'article 39/5, § 2, alinéa 2, en projet, les chambres sont présidées par un président de chambre ou par le président en ce qui concerne sa chambre, mais en cas d'absence, la présidence est exercée par le membre du Conseil présent "qui présente le plus d'ancienneté de nomination".

Le Conseil d'État s'interroge sur la praticabilité de cette disposition si, lors de la première installation, tous les membres du Conseil sont nommés simultanément.

On peut également se demander si est réellement visé le moment de la nomination et non pas, plutôt, le jour de la prestation de serment.

Article 76

(article 39/7, en projet, de la loi du 15 décembre 1980)

Il peut être renvoyé *mutatis mutandis* à l'observation 2 sous l'article 47 de l'avant-projet de loi (article 102*bis* des lois coordonnées sur le Conseil d'État).

Article 78

(article 39/8, en projet, de la loi du 15 décembre 1980)

Selon l'article 39/8, § 2, alinéa 1^{er}, deuxième phrase, en projet, le règlement d'ordre détermine, notamment, quelle chambre a connaissance des affaires en langue allemande, ainsi que sa composition.

Il semble indiqué de mentionner expressément à l'article 39/8, § 1^{er}, en projet, qu'un juge ayant justifié de la connaissance suffisante de l'allemand conformément à l'article 39/21, § 3, en projet, siège dans la chambre qui a connaissance des affaires en langue allemande ⁽¹³⁸⁾.

Article 79

(article 39/9, en projet, de la loi du 15 décembre 1980)

L'article 39/9, alinéa 2, 3^o, en projet, doit faire référence à l'alinéa 3 de l'article 39/5, § 3, en projet, et non à l'alinéa 2 de celui-ci.

Article 82

(article 39/11, en projet, de la loi du 15 décembre 1980)

En ce qui concerne l'article 39/11, alinéa 2, en projet, il peut être renvoyé *mutatis mutandis* à l'observation 2 sous l'article 43 de l'avant-projet de loi (article 92 des lois coordonnées sur le Conseil d'État).

⁽¹³⁸⁾ Comp. avec l'article 88 des lois coordonnées sur le Conseil d'État.

Article 88

(article 39/15, en projet, de la loi du 15 décembre 1980)

Selon l'article 39/15, alinéa 1^{er}, en projet, sont dévolues à la chambre bilingue visée à l'article 39/8, § 1^{er}, les affaires qui répondent aux "critères énumérés dans l'article 61 des lois coordonnées sur le Conseil d'État".

Dès lors que l'article 61 précité fait à son tour référence à d'autres articles des lois coordonnées sur le Conseil d'État, concernant en outre des compétences spécifiques du Conseil d'État, l'article 39/15 en projet doit, lui-même, énoncer les critères de dévolution à la chambre bilingue.

Article 92

(article 39/18, en projet, de la loi du 15 décembre 1980)

En ce qui concerne l'article 39/18, alinéa 3, en projet, il peut être renvoyé *mutatis mutandis* à l'observation sous l'article 18 de l'avant-projet de loi (article 66 des lois coordonnées sur le Conseil d'État).

Article 94

(article 39/19, en projet, de la loi du 15 décembre 1980)

1. Selon l'article 39/19, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, en projet, les juges au contentieux des étrangers sont nommés par le Roi sur une liste de trois noms formellement motivée, présentée par le Conseil du Contentieux des Étrangers. L'avant-projet de loi ne comporte cependant pas de disposition transitoire autorisant le Roi à procéder aux "premières nominations" des juges au contentieux des étrangers.

Cette lacune de l'avant-projet de loi doit être comblée ⁽¹³⁹⁾.

La même observation peut s'appliquer *mutatis mutandis* en ce qui concerne l'article 39/24, § 1^{er}, en projet, (le premier président et le président) et § 2 (les présidents de chambre), et, subsidiairement ⁽¹⁴⁰⁾, en ce qui concerne les articles 39/20 en projet (greffier) et 39/24, § 3, en projet (le greffier en chef).

2. L'article 39/19, § 1^{er}, alinéa 3, deuxième phrase, en projet, est sans utilité dans la mesure où il réserve l'épreuve de sélection aux "lauréats". Sans doute s'agit-il de laisser participer uniquement les lauréats à l'audition. Dès lors, la disposition en projet doit être remaniée en ce sens.

3. En ce qui concerne l'article 39/19, § 3, en projet, il convient de se reporter aux observations formulées à propos de l'article 39/30, en projet (article 110 de l'avant-projet de loi).

4. Comme le confirme l'article 39/25, § 3, alinéa 4, en projet (article 102 de l'avant-projet de loi), un membre du Conseil d'État peut être nommé membre du Conseil du Contentieux des Étrangers et perdre par conséquent sa qualité de membre du Conseil d'État (voir article 39/19, § 2, en projet). La question se pose de savoir si, dans ce cas, ce magistrat garde le traitement lié à ses précédentes fonctions au Conseil d'État.

⁽¹³⁹⁾ Vu l'importance que les auteurs de l'avant-projet de loi semblent attacher à une présentation motivée, la section de législation suggère que la présentation pour "les premières nominations" soit faite par l'assemblée générale du Conseil d'État. Le Conseil d'État est, en effet, la plus haute juridiction auprès de laquelle devront être introduits les recours en cassation contre la "décision" (arrêt ou jugement?) du Conseil du Contentieux des Étrangers. L'article 39/22, en projet, dispose aussi que le premier président du Conseil du Contentieux des Étrangers prête serment entre les mains du premier président du Conseil d'État.

⁽¹⁴⁰⁾ Il n'est en effet pas exclu qu'un greffier du Conseil d'État soit nommé greffier en chef ou greffier au Conseil du Contentieux des Étrangers et qu'un membre du personnel administratif du Conseil d'État soit nommé greffier au Conseil du Contentieux des Étrangers.

La question ne paraît être réglée, à l'article 39/25, § 3, alinéa 4, en projet, précité, que lorsque le magistrat, en cas de non-renouvellement de son mandat de chef de corps ou de président du Conseil du Contentieux des Étrangers, choisit de ne pas revenir au Conseil d'État mais décide de rester définitivement juge au Conseil du Contentieux des Étrangers.

Pour les autres magistrats - qui souhaitent rester définitivement au Conseil du Contentieux des Étrangers - le Conseil d'État se demande s'ils peuvent se prévaloir de l'article 3, § 6, de la loi du 5 avril 1955 relative aux traitements des titulaires de fonction au Conseil d'État, tel qu'il est modifié par le présent avant-projet de loi (article 199, 10°), pour demander l'application de l'article 3, § 5, 2°, de la même loi. Dans l'affirmative, il faudrait le mentionner explicitement dans l'exposé des motifs. Dans le cas contraire, le texte devrait être complété sur ce point.

Article 95

(article 39/20, en projet, de la loi du 15 décembre 1980)

1. Il convient de se référer, moyennant les adaptations nécessaires, à l'observation concernant l'article 39/19, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, en projet (article 94 de l'avant-projet de loi).

2. L'article 39/20, alinéa 4, en projet, doit être incorporé sous la forme d'un alinéa 2 à l'article 39/21, § 3, en projet (article 96 de l'avant-projet de loi).

En outre, il est permis de s'interroger quant à la praticabilité de l'article 39/20, alinéa 4, en projet. Le greffier du Conseil d'État qui justifie d'une connaissance suffisante de la langue allemande exerce déjà actuellement une fonction à temps plein en tant que greffier au Conseil d'État. L'obligation de siéger au Conseil du Contentieux des Étrangers viendra s'ajouter à sa fonction à temps plein.

Article 96

(article 39/21, en projet, de la loi du 15 décembre 1980)

1. À la fin de l'article 39/21, § 2, alinéa 3, quatrième phrase, en projet, du texte néerlandais, il y a lieu d'ajouter les mots "bedoelde examen".

2. La question se pose de savoir si, par analogie avec l'article 73, § 2, alinéa 1^{er}, des lois coordonnées, il n'y aurait pas lieu de compléter l'article 39/21, § 1^{er}, en projet, par une disposition imposant au premier président ou au président du Conseil de justifier de la connaissance de la langue, française ou néerlandaise, autre que celle de son diplôme.

Articles 98 à 106

(articles 39/22 à 39/28, en projet, de la loi du 15 décembre 1980)

Comme l'observe l'exposé des motifs, le système de mandat, en projet, pour le Conseil du Contentieux des Étrangers correspond dans une large mesure au système de mandat, en projet, pour le Conseil d'État ⁽¹⁴¹⁾.

Les observations que la section de législation a dès lors formulées à propos du système de mandat pour le Conseil d'État trouvent également à s'appliquer, *mutatis mutandis*, moyennant les adaptations nécessaires, aux articles 39/22 à 39/28, en projet.

Article 106

(article 39/28, en projet, de la loi du 15 décembre 1980)

Dans la phrase introductive de l'article 39/28, § 2, alinéa 1^{er}, en projet, il convient d'écrire "rapport d'activité" au lieu de "rapport de fonctionnement".

⁽¹⁴¹⁾ Exposé des motifs, p. 111.

Articles 107 à 116

(articles 39/29 à 39/34, en projet, de la loi du 15 décembre 1980)

Selon l'exposé des motifs, "la procédure d'évaluation et ses critères sont identiques à ceux valables pour les titulaires de fonctions au Conseil d'État" ⁽¹⁴²⁾.

Les observations que la section de législation a formulées à propos du système d'évaluation pour le Conseil d'État trouvent également à s'appliquer, *mutatis mutandis*, moyennant les adaptations nécessaires, aux articles 39/29 à 39/34, en projet.

Seules seront formulées, le cas échéant, des observations particulières supplémentaires distinctes pour celles des dispositions qui diffèrent du système d'évaluation du Conseil d'État.

Article 108

(articles 39/29, en projet, de la loi du 15 décembre 1980)

On rédigera l'article 39/29, § 4, alinéa 1^{er}, 2°, en projet, comme suit :

"2° d'une commission d'évaluation composée du chef de corps, du président et d'autres présidents de chambre dont le diplôme atteste qu'ils ont présenté l'examen de docteur, licencié ou master en droit dans la même langue, français ou néerlandais, que la personne évaluée, en ce qui concerne les présidents de chambre".

Article 110

(article 39/30, en projet, de la loi sur les étrangers)

1.1. Selon l'article 39/30, § 4, alinéas 1^{er} et 3, en projet, après deux évaluations "*insuffisant*" successives, le chef de corps fait une proposition de licenciement à l'autorité qui a le pouvoir de nomination et celle-ci prononce le licenciement pour inaptitude professionnelle.

⁽¹⁴²⁾ Exposé des motifs, p. 112.

Selon l'exposé des motifs, "pour les juges en contentieux des étrangers, cette mesure statutaire est compatible avec le principe de l'inamovibilité des juges" dès lors que "le principe, exprimé dans l'article 152, alinéa 1^{er}, de la Constitution pour les magistrats de l'ordre judiciaire n'est pas absolu".

Le Conseil d'État se doit d'exprimer de sérieuses réserves à l'égard de cette disposition en projet.

1.2. La règle en projet à l'article 39/30, § 4, alinéas 1^{er} et 3, n'est pas compatible avec le principe de l'indépendance du juge. Ce principe, inscrit à l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, requiert que les membres d'une juridiction soient inamovibles pendant l'exercice de leurs fonctions ⁽¹⁴³⁾.

La Constitution garantit également l'indépendance du juge, entre autres aux articles 152, 154 et 155, selon lesquels les juges sont nommés à vie, sont inamovibles et ne peuvent être déplacés sans leur consentement, bénéficient d'un traitement fixé par le pouvoir législatif et ne peuvent combiner leur fonction avec des fonctions rétribuées par le gouvernement.

En ce qui concerne la Cour d'arbitrage et le Conseil d'État, l'indépendance des juges et des conseillers d'État est garantie par des dispositions légales s'inspirant étroitement des dispositions constitutionnelles qui règlent le statut des membres du pouvoir judiciaire ordinaire.

Les juges de la Cour d'arbitrage et les conseillers d'État sont, eux aussi, tous nommés à vie et peuvent uniquement être révoqués ou suspendus de leurs fonctions par une décision judiciaire.

⁽¹⁴³⁾ Cour eur. dr. h, Campbell et Fell, 28 juin 1984, *Publ. Cour eur. D.H.*, série A, n° 80.

La règle inscrite à l'article 39/30, § 4, alinéas 1^{er} et 3, en projet, s'écarte d'un principe consacré jusqu'à ce jour par le droit constitutionnel belge et, en ce qui concerne les juges des cours et tribunaux, d'un principe inscrit dans la Constitution, selon lequel l'inaltérabilité du juge constitue une garantie pour l'indépendance du "pouvoir judiciaire" par rapport au pouvoir exécutif.

1.3. L'inaltérabilité du juge n'exclut toutefois pas qu'il puisse être destitué par la Cour de cassation dans le cadre de poursuites disciplinaires ⁽¹⁴⁴⁾. Le juge de la Cour d'arbitrage ou le conseiller d'État qui a manqué à la dignité de ses fonctions ou aux devoirs de son état peut lui aussi, suivant le cas, être déclaré déchu ou suspendu de ses fonctions par la Cour d'arbitrage ou par la Cour de cassation ⁽¹⁴⁵⁾.

Il est toutefois incompatible avec le principe de l'indépendance du juge qu'un juge qui est nommé à vie - ce que prévoit également en principe l'article 39/19, § 2, en projet - puisse être destitué par un membre du pouvoir exécutif pour inaptitude professionnelle, fût-ce sur proposition du plus haut magistrat de la juridiction.

1.4. En outre, par le régime en projet, les auteurs de l'avant-projet de loi instaurent un système qui déroge fondamentalement aux règles applicables en matière d'évaluation des magistrats de l'ordre judiciaire, de la Cour d'arbitrage et du Conseil d'État. Ne fût-ce que pour cette seule raison, l'article 39/30, § 4, alinéas 1^{er} et 3, en projet, doit être distrait de l'avant-projet de loi.

1.5. Enfin, le Conseil d'État se doit également de constater que, par l'article 39/30, § 4, alinéas 1^{er} et 3, en projet, les auteurs de l'avant-projet de loi établissent, à tort, un lien direct entre l'évaluation et le régime disciplinaire. Ils perdent ainsi de vue que le régime disciplinaire, d'une part, et l'évaluation, d'autre part, sont deux choses distinctes.

⁽¹⁴⁴⁾ Article 409 du Code judiciaire.

⁽¹⁴⁵⁾ Article 49 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage et article 115 des lois coordonnées sur le Conseil d'État.

L'évaluation des magistrats doit avoir pour objectif de mettre en oeuvre un contrôle de qualité interne et périodique en vue d'améliorer le fonctionnement de la juridiction. En revanche, le régime disciplinaire des magistrats vise à sanctionner ceux qui négligent leur devoir professionnel ou qui, par leur comportement, portent atteinte à la dignité de leur fonction.

Le Conseil d'État souhaite faire observer aux auteurs de l'avant-projet de loi que l'article 39/53 de l'avant-projet de loi prévoit d'ailleurs la possibilité d'engager une action disciplinaire contre un magistrat qui manque aux devoirs de sa fonction. Sur ce point, l'avant-projet de loi règle cependant la question de la même façon que pour les magistrats de l'ordre judiciaire, de la Cour d'arbitrage et du Conseil d'État.

1.6. En conclusion, l'article 39/30, § 4, en projet, doit être omis.

2. Les observations formulées ci-dessus peuvent être faites, *mutatis mutandis*, pour ce qui concerne les présidents de chambre (article 39/30, § 5, en projet).

Articles 114 et 115

(articles 39/32 et 39/33, en projet, de la loi du 15 décembre 1980)

1. En ce qui concerne les règles relatives au licenciement, respectivement, du greffier en chef et des greffiers, prévues à l'article 39/32, § 5, et à l'article 39/33, § 4, en projet, il convient également d'observer que les dispositions en projet instaurent un régime qui déroge fondamentalement aux règles applicables aux greffiers de l'ordre judiciaire, de la Cour d'arbitrage et du Conseil d'État. Il n'est à nouveau pas évident que cette différence de traitement puisse être adéquatement justifiée.

2. À l'article 39/2, § 2, alinéa 1^{er}, en projet, il est prévu que le premier président est chargé de l'évaluation du greffier en chef mais que, s'il n'est pas du même "rôle linguistique" que l'évalué, il est assisté par le président.

.../...

Toutefois, à l'alinéa 2, il est prévu, en outre, que celui du premier président ou du président qui n'est pas bilingue doit se faire assister d'un titulaire de mandat adjoint relevant de l'autre "rôle linguistique".

Il est permis de s'interroger sur l'utilité de cette disposition, dès lors, que le bilinguisme du collège des évaluateurs est assuré par la règle figurant à l'alinéa 1^{er}, le premier président et le président devant relever de "rôles linguistiques" différents.

Si la disposition est maintenue, elle gagnerait à être revue sur un autre point, à savoir celui de l'automatisme de la désignation du magistrat assistant dans l'évaluation; il est renvoyé sur ce point, *mutatis mutandis*, à l'observation formulée sous l'article 26 de l'avant-projet de loi.

Articles 118, 119, 124 à 129

(articles 39/34, 39/35, 39/39 à 39/44, en projet, de la loi du 15 décembre 1980)

En ce qui concerne les articles 39/34, 39/35 et 39/39 à 39/44, en projet, il peut être respectivement renvoyé, *mutatis mutandis*, aux observations formulées sous les articles 33, 34 et 48 à 53 de l'avant-projet de loi.

Article 125

(article 39/40, en projet, de la loi du 15 décembre 1980)

À propos de l'article 39/40, alinéa 1^{er}, en projet, la section de législation suggère qu'en ce qui concerne les membres du Conseil du Contentieux des Étrangers et conformément à l'article 385, alinéa 1^{er}, du Code judiciaire, la juridiction supérieure, en l'espèce le Conseil d'État, statue sur la mise à la retraite obligatoire.

Article 141

(article 39/54, en projet, de la loi du 15 décembre 1980)

Les alinéas 1^{er} et 2 de l'article 39/54, en projet, sont contradictoires : l'alinéa 1^{er} dispose que le ministre "met à la disposition du Conseil le personnel (...)", tandis que l'alinéa 2 prévoit que "la composition permanente et temporaire du personnel du Conseil incorporé dans l'administration centrale du Service public fédéral Intérieur, est fixée par le Roi par arrêté délibéré en Conseil des ministres".

Les auteurs de l'avant-projet de loi doivent préciser leurs intentions et déterminer notamment sous quelle autorité sera placé le personnel administratif ⁽¹⁴⁶⁾.

Article 145

(article 39/57, en projet, de la loi du 15 décembre 1980)

Afin d'éviter toute confusion en la matière, il est suggéré de préciser dans l'alinéa 1^{er} de la disposition en projet que le délai de quinze jours concerne les décisions prises en application de l'article 39/2, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, de la loi du 15 décembre 1980, à l'exception des décisions visées à l'alinéa 3 de ce même paragraphe. Quant à la différence de traitement ainsi engendrée, en matière de délai de recours devant le Conseil du Contentieux des Etrangers, entre les demandeurs d'asile, selon qu'ils sont ou non ressortissants d'un État membre de l'Union européenne, il est renvoyé à l'observation particulière formulée sous l'article 70 de l'avant-projet de loi.

⁽¹⁴⁶⁾ Pour rappel, le Conseil d'État n'est, en application de l'article 14, § 1^{er}, de ses lois coordonnées, pas compétent pour connaître des recours dirigés contre des actes administratifs pris par des organes des juridictions administratives à l'égard des membres de leur personnel. Il est par contre compétent à l'égard des mêmes actes pris par des organes du pouvoir judiciaire. Il convient de pouvoir justifier une telle différence de traitement.

Article 147

(article 39/59, en projet, de la loi du 15 décembre 1980)

1. L'article 39/59, § 2, en projet prévoit que le requérant qui ne comparaît pas ou n'est pas représenté à l'audience voit sa requête rejetée. L'actuel article 57/17 de la loi du 15 décembre 1980 fait de la même exigence une simple possibilité de rejet. Comme la décision du Conseil du Contentieux des Étrangers n'est pas susceptible d'opposition (article 39/67 en projet), il conviendrait à tout le moins de permettre au Conseil de vérifier si l'absence n'est pas justifiée.

2. À l'article 39/59, § 2, alinéa 3, en projet, il conviendrait de prévoir un délai minimum pour donner suite à la demande de renseignements.

3. Le Conseil d'État n'aperçoit pas l'utilité du renvoi opéré dans l'article 39/59, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, en projet, à "l'article 39/72, § 2".

Article 151

(article 39/63, en projet, de la loi du 15 décembre 1980)

La formule du serment est empruntée aux articles 37 et 57/20, actuels, de la loi du 15 décembre 1980. En ce qui concerne le texte néerlandais, il est recommandé d'utiliser un langage moins archaïque.

Article 155

(article 39/67, en projet, de la loi du 15 décembre 1980)

Le paragraphe 2 de l'article 39/67, en projet, n'est pas à sa place dans la loi du 15 décembre 1980, mais doit être inscrit dans les lois coordonnées sur le Conseil d'État.

Article 156

.../...

(article 39/68, en projet, de la loi du 15 décembre 1980)

1. Compte tenu des règles de procédure déjà fixées dans les dispositions en projet et étant donné l'absence d'un auditorat au sein du Conseil du Contentieux des Étrangers, le Conseil d'Etat se demande quelle est la portée concrète de l'habilitation faite au Roi de déterminer des modalités de procédure spécifiques pour l'examen des requêtes qui ne nécessitent que des débats succincts. Il conviendrait de compléter l'exposé des motifs sur ce point.

2. L'article 39/68, alinéa 2, en projet, habilite le Roi, notamment, à déterminer le montant des frais et dépens.

Le Conseil d'État souhaite attirer l'attention des auteurs de l'avant-projet de loi sur ce que dans l'arrêt n° 146.889 du 26 juin 2005, l'assemblée générale de la section d'administration du Conseil d'État a posé à la Cour d'arbitrage la question préjudicielle suivante :

"L'article 30, § 1^{er}, alinéa 2, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, viole-t-il les articles 10, 11 et 170 de la Constitution, pris isolément et combinés entre eux, en ce qu'il délègue au Roi le pouvoir de déterminer les éléments essentiels de la taxe liée au recours devant le Conseil d'État, notamment son montant, son fait générateur, la forme selon laquelle elle doit être acquittée ainsi que le moment de sa déduction alors que nul ne peut être soumis à un impôt ou être exonéré de cet impôt que par la décision d'une assemblée délibérante démocratiquement élue ? ".

Pour autant que de besoin, le Conseil d'État observe qu'en ce qui concerne le droit de timbre dû sur le recours introduit devant le Conseil d'État, l'avant-projet de loi à l'examen l'inscrit, de manière formelle, dans les lois coordonnées (article 30, §§ 4 à 9, en projet - article 13, 6°, de l'avant-projet de loi).

Article 157

L'article 157 insère dans le Chapitre V - La procédure, en projet, une section 2, intitulée "Dispositions spécifiques applicables aux recours contre les décisions du commissaire général aux réfugiés et aux apatrides". Pour éviter tout malentendu, il est toutefois recommandé d'indiquer dans l'intitulé qu'il s'agit, en l'occurrence, de recours de pleine juridiction, à l'exclusion des recours formés contre une décision du Commissaire général qui sont visés à l'article 57/6, alinéa 1^{er}, 2°, en projet, de la loi du 15 décembre 1980.

Article 158

(article 39/69, en projet, de la loi du 15 décembre 1980)

1. Dès lors que la demande d'asile peut concerner tant la qualité de réfugié au sens de la Convention de Genève que le statut de protection subsidiaire, il semble aller de soi que les "nouveaux éléments" qui peuvent être invoqués dans la requête introduite devant le Conseil du Contentieux des Étrangers, peuvent également porter sur des motifs sérieux de croire que l'étranger court un risque réel de subir une atteinte grave telle que déterminée à l'article 48/4 de la loi du 15 décembre 1980. L'article 39/69, § 1^{er}, alinéa 2, 4°, en projet, devrait donc être adapté en ce sens.

2. La formulation des 6° et 7° de la même disposition doit s'accorder avec la phrase introductive de l'alinéa en projet.

3. Selon l'exposé des motifs ⁽¹⁴⁷⁾, le délai de recours continue à courir dans les hypothèses, prévues par l'article 39/69, § 1^{er}, alinéa 2, en projet, dans lesquelles une requête n'est pas inscrite au rôle. Le Conseil d'État suppose que le requérant sera, de l'une ou l'autre manière ⁽¹⁴⁸⁾, informé de ce que cette requête n'a pas été prise en considération.

4. Compte tenu des motifs de non inscription au rôle déjà expressément prévus dans la loi, l'habilitation conférée au Roi par l'article 39/69, § 1^{er}, alinéa 3, devrait être mieux circonscrite ⁽¹⁴⁹⁾.

5. À l'article 39/69, § 3, en projet, il convient de renvoyer au "§ 2" et non au "§ 2, alinéa 2".

6. Il y a une discordance entre les textes français et néerlandais de l'article 39/69, § 1^{er}, alinéa 4, en projet. Le texte néerlandais se réfère aux "in het tweede lid (lire : derde lid) bepaalde gronden", alors que le texte français ne mentionne pas d'alinéa.

⁽¹⁴⁷⁾ Exposé des motifs, p. 132.

⁽¹⁴⁸⁾ Par exemple, par le renvoi de la requête à son expéditeur.

⁽¹⁴⁹⁾ L'exposé des motifs (p. 133) ne donne d'ailleurs qu'un seul exemple, à savoir le défaut d'acquiescement du droit de mise au rôle (comparez avec l'article 39/78, alinéa 2, en projet - article 170 de l'avant-projet de loi).

Article 159

(article 39/70, nouveau, de la loi du 15 décembre 1980)

Cette disposition consacre, conformément à la jurisprudence de l'arrêt *Conka c/ Belgique* précité, l'effet suspensif qui est attaché tant au délai de recours qu'à l'examen du recours introduit contre une décision du Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides (à l'exception de la décision de refus de prise en considération d'une demande d'asile introduite par un ressortissant d'un État membre de l'Union européenne). Selon l'exposé des motifs ⁽¹⁵⁰⁾, l'étranger peut renoncer à cet effet suspensif. Afin d'éviter toute discussion ultérieure en la matière, il convient que cette précision figure dans la loi.

Article 163

(article 39/73, en projet, de la loi du 15 décembre 1980)

À l'article 39/73, § 2, alinéa 2, en projet, il convient de renvoyer au "§ 1^{er}, alinéa 2".

Article 166

(article 39/76, en projet, de la loi du 15 décembre 1980)

1. Il est renvoyé à l'observation préliminaire 2.2. sous le titre I^{er}*bis* de la loi du 15 décembre 1980, pour ce qui concerne l'étendue exacte de la compétence de pleine juridiction reconnue au membre du Conseil du Contentieux des Étrangers dans le cadre de l'examen d'une demande d'asile et la notion d'"éléments nouveaux" susceptibles d'être invoqués devant et examinés par ce membre.

2. À l'article 39/76, § 3, alinéa 2, il convient de vérifier la pertinence des renvois auxquels il est opéré par la disposition en projet: il ne semble pas y avoir d'article 52/1 dans la loi du 15 décembre 1980 et le nouvel article 52/2, § 2, de la loi du 15 décembre 1980, ne semble pas comporter de 5°.

Article 168

⁽¹⁵⁰⁾ Voir p. 134.

(article 39/77, en projet, de la loi du 15 décembre 1980)

Dans la version française de l'article 39/77, § 3, en projet, il convient de préciser, comme dans la version néerlandaise, qu'il s'agit du cas d'un étranger qui est placé dans un lieu déterminé (...) ou qui est mis à la disposition du gouvernement "en cours de procédure".

Article 170

(article 39/78, en projet, de la loi du 15 décembre 1980)

La question se pose de savoir s'il ne convient pas de renvoyer respectivement aux alinéas 2 et 3 de l'article 39/69, § 1^{er}, en projet, plutôt qu'aux alinéas 1^{er} et 2.

Article 171

(article 39/79, en projet, de la loi du 15 décembre 1980)

Dans la mesure où cette disposition concerne notamment le droit de séjour de ressortissants des États membres de l'Union européenne, il est renvoyé à l'observation générale 3.1. de l'avis 39.718/AG.

Article 174

(article 39/81, en projet, de la loi du 15 décembre 1980)

Ne convient-il pas de renvoyer également à l'article 39/77, en projet (article 168 de l'avant-projet de loi) ?

Article 176

(article 39/82, en projet, de la loi du 15 décembre 1980)

1. Dans la mesure où la procédure de suspension organisée par l'article 39/82, en projet, de la loi du 15 décembre 1980 est fortement inspirée de l'article 17 des lois coordonnées sur le Conseil d'État, tel que modifié par l'article 5 de l'avant-projet de loi présentement examiné, il est renvoyé aux observations particulières formulées sous cette disposition.

2. Il est également renvoyé à l'observation préalable 2.3. formulée sous le titre I^{er}*bis* , nouveau, de la loi du 15 décembre 1980.

3. Le paragraphe 4, alinéa 2, en projet, prévoit que le recours en suspension de la mesure dont l'exécution est imminente doit être introduit d'extrême urgence dans les vingt-quatre heures suivant la notification de la mesure. Que se passe-t-il toutefois si la mesure ne devient "*imminemment*" exécutoire qu'après l'expiration de ces vingt-quatre heures ? Un recours en suspension n'est-il alors plus possible, même si le délai de trente jours visé à l'article 39/57 n'est pas encore écoulé ?

Article 180

(article 39/85, en projet, de la loi du 15 décembre 1980)

1. Il est renvoyé à l'observation préalable 2.3. formulée sous le titre I^{er}*bis*, nouveau, de la loi du 15 décembre 1980.

2. L'article 39/85, en projet, prévoit la possibilité d'introduire une demande de mesure provisoire dans l'hypothèse où une demande de suspension a déjà été introduite. La question se pose de savoir ce qu'il advient de l'étranger qui a introduit un recours en annulation sans demander la suspension de l'exécution et qui, alors qu'il n'a toujours pas été statué sur le recours en annulation, fait l'objet d'une menace d'exécution imminente de la mesure d'éloignement ou de refoulement. Peut-il encore dans ce cas introduire une demande de suspension d'extrême urgence? Dans la négative, les auteurs de l'avant-projet de loi sont invités à prévoir une procédure qui permette, également dans cette situation, de se conformer à la jurisprudence de l'arrêt Conka c/ Belgique, précité.

Article 184

(article 55 de la loi du 15 décembre 1980)

1. L'attention des auteurs de l'avant-projet de loi est attirée sur ce que la modification apportée au paragraphe 2 de l'article 55 de la loi du 15 décembre 1980, par le 2° de la disposition en projet, rend inutile la modification apportée à ce même paragraphe par l'article 49, 2°, de l'avant-projet de loi 39.718/AG.

2. Selon l'exposé des motifs, le droit transitoire nécessaire est prévu en ce qui concerne les affaires pendantes. L'avant-projet de loi présentement examiné ne comporte cependant aucune mesure transitoire de cette nature.

Il est renvoyé à l'observation générale 3.2.2.

Article 185

(article abrogatoire)

1. L'article 57/11 de la loi du 15 décembre 1980 ne fait pas partie de la section 3 ("De la Commission permanente de recours des réfugiés"). Son abrogation doit en conséquence faire l'objet d'une disposition expresse.

.../...

2. Selon l'exposé des motifs, le droit transitoire nécessaire est prévu. L'avant-projet de loi présentement examiné ne comporte cependant aucune mesure transitoire relative aux modalités de suppression de la Commission permanente de recours des réfugiés.

Il est renvoyé à l'observation générale 3.2.2.

Article 186

(article 57/23bis de la loi du 15 décembre 1980)

L'article 57/23bis de la loi du 15 décembre 1980, dans sa version actuelle, prévoit que le représentant en Belgique du Haut Commissaire des Nations Unies pour les Réfugiés, ou son délégué, peut notamment accéder à toutes les pièces d'un dossier pendant devant la Commission permanente de recours des réfugiés et qu'il peut adresser à la Commission un avis, écrit ou oral, dont cette dernière ne peut s'écarter qu'en motivant explicitement sa décision sur ce point.

À la suite des modifications en projet, cette autorité se voit dorénavant priver des prérogatives qui viennent d'être exposées à l'égard des procédures pendantes devant le Conseil du Contentieux des Étrangers.

Selon l'exposé des motifs, cette modification résulte, d'une part, de ce qu'il est logique d'appliquer les mêmes règles devant les deux juridictions que constituent le Conseil d'État et le Conseil du Contentieux des Étrangers et, d'autre part, de ce qu'il n'est pas souhaitable qu'un tiers vienne consulter les pièces du dossier dans une affaire pendante auprès d'une juridiction alors qu'elle n'est pas partie dans cette cause.

Aucune des deux raisons avancées n'est pertinente, puisque, dans la procédure actuelle, la Commission permanente de recours des réfugiés est déjà une juridiction administrative, au même titre que le Conseil du Contentieux des Étrangers.

Quoi qu'il en soit, les modifications en projet semblent méconnaître l'article 21, § 1^{er}, b), de la directive 2005/85/CE, qui requiert que le Haut Commissaire des Nations Unies pour les Réfugiés puisse avoir "accès aux informations, concernant chaque procédure d'asile, l'état d'avancement de la procédure et des décisions prises, sous réserve que le demandeur d'asile y consente".

Par ailleurs, l'article 21, § 1^{er}, c), de la directive 2005/85/CE, qui prévoit la possibilité pour le Haut Commissaire des Nations Unies pour les Réfugiés de donner un avis "à toute autorité compétente en ce qui concerne chaque demande d'asile et à tout stade de la procédure", implique le maintien d'une compétence d'avis à l'égard du Ministre ou de son délégué dans la mesure où celui-ci conserve la compétence de déterminer l'État responsable de l'examen d'une demande d'asile (Règlement Dublin) ou de rejeter une demande d'asile subséquente.

Il appartient donc aux auteurs de l'avant-projet de loi d'établir, à tout le moins, que la modification envisagée n'est pas de nature à compromettre sérieusement la réalisation du résultat prescrit par la directive ⁽¹⁵¹⁾.

Article 193 (article abrogatoire)

Selon l'exposé des motifs, le droit transitoire nécessaire est prévu. L'avant-projet de loi présentement examiné ne comporte cependant aucune mesure transitoire relative aux modalités de suppression du recours en annulation directement ouvert devant le Conseil d'État en application de la législation actuelle.

Il est renvoyé à l'observation générale 3.2.2.

⁽¹⁵¹⁾ Voir l'observation générale 4.

Article 194

(article 71 de la loi du 15 décembre 1980)

Au a), il convient également de supprimer la référence à l'article 67 de la loi du 15 décembre 1980, lequel est effectivement abrogé par l'article 61 de l'avant-projet de loi 39/718/AG. Il y a par ailleurs lieu de vérifier s'il ne faut pas viser l'article 51/5, § 3, alinéa 4, plutôt que l'article 51/5, § 3, alinéa 5, de la loi du 15 décembre 1980.

Chapitre V - Modification du Code d'instruction criminelle

Pas d'observations.

Chapitre VI - Modification de la loi du 5 avril 1955 relative aux traitements des titulaires d'une fonction au Conseil d'ÉtatArticle 198, 4°

(article 1^{er} de la loi du 5 avril 1955)

À l'article 198, 4°, a), de l'avant-projet de loi, qui modifie l'article 1^{er}, § 3, de la loi du 5 avril 1955 relative aux traitements des titulaires d'une fonction au Conseil d'État, les mots "à 163 072 francs" doivent être remplacés par les mots "à 1 363 072 francs" ⁽¹⁵²⁾.

⁽¹⁵²⁾ Voir également la note de l'inspection des finances du 22 décembre 2005 (p. 8, point 15), jointe à la demande d'avis.

Article 199, 5°

(article 3 de la loi du 5 avril 1955)

1. La majoration de traitement visée à l'article 199, 5°, (lire : l'article 199, 6°) de l'avant-projet de loi est limitée aux "membres du Conseil visés à l'article 69, 1°, des lois coordonnées sur le Conseil d'État" qui n'exercent pas de mandat ⁽¹⁵³⁾ et qui ont au moins onze ans d'ancienneté de grade, c'est-à-dire qui sont nommés conseiller d'État depuis onze ans déjà, sur avis favorable et formellement motivé du chef de corps et pour autant qu'ils n'aient pas obtenu, lors de leur évaluation périodique, l'évaluation "*insuffisant*".

Une disposition analogue n'est pas prévue pour les membres de l'Auditorat qui se trouveraient dans une situation semblable. Selon l'exposé des motifs, cette mesure, qui s'explique par le besoin de prévoir une stimulation positive des membres du Conseil qui ne se sentent pas appelés à entrer dans le management de ligne mais qui, par contre, souhaitent s'engager davantage dans le domaine dans lequel ils sont spécialisés, n'est pas rendue applicable à l'Auditorat afin de garantir la fonction de juge du siège. Il resterait en effet intéressant pour un premier auditeur qui ne se sent pas appelé à participer au management de l'Auditorat en tant que chef de section, "à passer au siège".

Compte tenu de la finalité de la mesure envisagée, il est cependant douteux que la différenciation ainsi opérée entre un conseiller d'Etat nommé depuis onze ans et un premier auditeur en fonction depuis onze ans, ayant tous les deux la même évaluation et n'exerçant pas de mandat, puisse être considérée, au regard de la jurisprudence de la Cour d'arbitrage, comme pertinente et proportionnée par rapport à l'objectif fixé.

Il en va d'autant plus ainsi que cette mesure est aussi rendue applicable aux membres du Conseil du Contentieux des Etrangers, lesquels peuvent être nommés à partir de l'âge de trente ans (article 39/19, § 2, en projet, de la loi du 15 décembre 1980) et peuvent également être nommés Conseiller d'État (article 70 des lois coordonnées, modifié par l'article 11 de l'avant-projet de loi).

⁽¹⁵³⁾ Donc : seuls les conseillers d'État, à l'exclusion du premier président et du président (qui exercent un mandat de chef de corps) et des présidents de chambre (qui exercent un mandat adjoint).

La question se pose également de savoir pour quelle raison le bénéfice de cette disposition n'est pas non plus étendu aux greffiers du Conseil d'État et aux membres du greffe du Conseil du Contentieux des Étrangers, dès lors qu'ils sont également soumis à une procédure d'évaluation analogue à celle des titulaires de fonction du Conseil d'État et des membres du Conseil du Contentieux des Etrangers et que leur est notamment appliquée la même sanction pécuniaire en cas d'évaluation "insuffisant".

2. Dans le texte français de l'article 3, § 3*bis*, alinéa 2, en projet, il y a lieu d'écrire "Si une évaluation périodique ultérieure donne lieu à une évaluation "insuffisant ...".

3. À l'article 3, § 3*bis*, alinéa 3, en projet, il convient d'écrire "titulaires de fonctions au Conseil d'État" au lieu de "titulaires de fonctions".

Article 201

(Article 3*ter*, en projet, de la loi du 5 avril 1955)

1. Selon l'exposé des motifs, la modification apportée à l'article 3*ter* de la loi du 5 avril 1955 "sera de nature technique (transposition en euros)" ⁽¹⁵⁴⁾. L'article 3*ter* en projet fixe le supplément de traitement accordé aux titulaires de fonctions et aux greffiers qui assurent le service de garde.

Il convient cependant de relever que le nouveau montant de l'indemnité de garde des greffiers n'est pas une simple conversion en euros mais implique une réduction importante de cette indemnité. Actuellement, le complément de traitement pour les greffiers qui sont inscrits au rôle de garde est fixé à l'article 3*ter*, alinéa 2, de la loi du 5 avril 1955, à 90.000 francs, soit 2.231,04 euros. Selon l'article 3*ter* en projet, ce montant est toutefois ramené à 1.487 euros, soit une réduction d'un tiers (après arrondissement). L'exposé des motifs ne fournit aucune justification pour cette diminution. Il est dès lors permis de supposer qu'il s'agit ici d'une erreur purement matérielle. Il y a par conséquent lieu d'écrire "2.231 euros" au lieu de "1.487 euros".

⁽¹⁵⁴⁾ Exposé des motifs, p. 156.

2. Dans le texte français de l'article 3^{ter}, alinéa 1^{er}, en projet, on écrira après les mots "Conseil d'État", les mots "les greffiers exceptés".

Chapitre VII - Dispositions finales

Article 207

L'article 207, alinéa 2, comporte un régime transitoire pour "les dispositions de l'article 17, § 4, alinéas 1^{er} et 2, de ces lois, telles qu'insérées par l'article 5 de la présente loi, (...)".

L'article 17, § 4, alinéa 1^{er}, des lois coordonnées n'est toutefois pas modifié par le projet et est, en outre, entré en vigueur depuis quelque temps déjà. La référence à cet alinéa 1^{er} doit dès lors être omise dans la disposition transitoire.

Article 208

Concernant l'article 208 de l'avant-projet de loi, l'exposé des motifs ⁽¹⁵⁵⁾ indique que cet article "règle la disposition transitoire relative au délai dont le Conseil d'État dispose pour juger de la procédure d'admission au recours de cassation".

L'article 208, alinéa 1^{er}, précité, ne comporte toutefois pas de disposition transitoire, mais prévoit à quel moment le délai de huit jours visé à l'article 20, § 3, alinéa 1^{er}, des lois coordonnées, tel qu'il est inséré par l'article 7 de l'avant-projet de loi, entre en vigueur, à savoir à une date déterminée par le Roi. Jusqu'à cette date, ce délai ne sera pas de huit jours mais d'un mois (article 208, alinéa 2).

⁽¹⁵⁵⁾ Exposé des motifs, pp. 158-159.

Article 211

L'article 211 de l'avant-projet de loi comprend une disposition transitoire pour les auditeurs ou les référendaires qui "comptent effectivement onze années de service depuis l'entrée en vigueur de l'article 71, § 3, précité et ce, sans préjudice de ce qui est prévu à l'article 74/8".

L'objectif et la portée de cette disposition transitoire ne sont pas clairs. L'exposé des motifs n'apporte pas non plus les éclaircissements voulus ⁽¹⁵⁶⁾. Cette disposition signifie-t-elle que les auditeurs qui, à la date de l'entrée en vigueur de l'article 22, 2°, de l'avant-projet de loi (article 71, § 3, alinéas 2 et 3, en projet), comptent déjà onze années de service en tant qu'auditeur mais qui ne sont pas encore nommés premier auditeur, peuvent néanmoins encore être nommés suivant l'ancien système ? Qu'en est-il si l'auditeur qui compte onze années de service n'a pas encore pu être évalué ? L'auditeur concerné peut-il alors être nommé sans évaluation ?

Il appartient aux auteurs de l'avant-projet de loi d'apporter les réponses à toutes ces questions.

Article 212

1. L'article 212 de l'avant-projet de loi comprend des dispositions transitoires concernant les procédures destinées à pourvoir aux vacances déclarées pour des nominations qui devront être conférées par mandat et qui sont entamées avant l'entrée en vigueur du présent article, mais qui ne sont pas encore terminées à ce moment. La portée exacte de cet article n'est pas tout à fait claire ⁽¹⁵⁷⁾.

⁽¹⁵⁶⁾ Exposé des motifs, p. 159.

⁽¹⁵⁷⁾ Concernant les chefs de corps déjà nommés au moment de l'entrée en vigueur de la loi, voir l'article 213 de l'avant-projet de loi.

Ainsi, se pose la question de savoir si le mot "*mandat*" aux alinéas 1^{er}, 2 et 3 de l'article 212, susmentionné, doit être compris dans son acception générale. Il concerne alors tant le mandat des chefs de corps (premier président, président, auditeur général et auditeur général adjoint) que le mandat adjoint des présidents de chambre, des premiers auditeurs-chefs de section, des premiers référendaires-chefs de section et du greffier en chef. Le texte de l'avant-projet de loi n'exclut toutefois pas que la notion de "*mandat*" doive se comprendre uniquement dans le sens plus spécifique de mandat des chefs de corps, à l'exclusion des mandats adjoints. Il pourrait se déduire de l'article 212, alinéa 2, deuxième phrase en projet, ainsi que de l'exposé des motifs, qu'il s'agit uniquement de l'attribution des mandats de chefs de corps ⁽¹⁵⁸⁾.

Par conséquent, le texte, ou à tout le moins l'exposé des motifs, doit être précisé sur ce point.

2. L'article 212, alinéa 3, de l'avant-projet de loi emploie la notion "par défaut de candidats aptes". Le Conseil d'État n'aperçoit pas ce qu'il faut précisément entendre par là ni qui juge de l'aptitude des candidats. La portée des mots "(...) en vigueur à ce moment" manque elle aussi de clarté; peut-être s'agit-il d'une référence au moment auquel les emplois "doivent à nouveau être publiés". Tout cela doit pouvoir être déterminé avec une certitude suffisante, afin de pouvoir établir selon quelles dispositions des lois coordonnées doivent se dérouler les procédures.

Article 213

1. L'article 213 de l'avant-projet de loi comprend des dispositions transitoires concernant les chefs de corps qui sont nommés au moment de l'entrée en vigueur de cette disposition.

⁽¹⁵⁸⁾ Exposé des motifs, p. 159.

Selon l'article 25 de l'avant-projet de loi (article 74/3, § 1^{er}, alinéa 3, en projet), les mandats de chef de corps au Conseil et à l'Auditorat doivent prendre cours simultanément. Cela signifie que le premier président et le président, ainsi que l'auditeur général et l'auditeur général adjoint doivent pouvoir entamer leur mandat simultanément, afin que la période décennale de leur mandat puisse expirer en même temps.

Dans l'hypothèse où l'un des deux n'exercerait pas son mandat et, après un mois, mettrait ses fonctions de chef de corps à disposition, comme l'article 213, alinéa 2, 1^o, en prévoit la possibilité, il faut, conformément à l'article 213, alinéa 3, qu'un nouveau mandataire soit désigné dans les trois mois (qui restent encore). Peut-être serait-il plus sûr, afin de pouvoir prendre en compte cette hypothèse, de prévoir que la date de prise d'effet de la première période décennale est fixée par le Roi ou le Ministre.

2. L'article 213, alinéa 4, deuxième phrase, de l'avant-projet de loi, dispose que le chef de corps qui met son mandat à disposition est réputé nommé à titre définitif dans la "*fonction*" de président de chambre ou de premier auditeur-chef de section. Cette fonction est un mandat adjoint et elle l'est toujours, même après la nomination à titre définitif du titulaire. Il est dès lors plus logique et plus cohérent d'employer à l'alinéa 4 l'expression "*mandat adjoint*" au lieu de "*fonction*".

Article 214

1. À titre de disposition transitoire, l'article 214 règle la situation des titulaires dans des fonctions devenant des mandats adjoints lors de l'entrée en vigueur de la loi. Elle précise que ces titulaires sont réputés désignés dans leur mandat adjoint et que le délai de neuf ans, requis pour une désignation à titre définitif dans ce mandat (article 74/4, § 2, alinéa 1^{er}, des lois coordonnées, en projet) prend cours à partir de la désignation initiale dans la fonction. Il y a donc lieu de supposer que les titulaires qui ont déjà dépassé ce délai de neuf ans sont de plein droit désignés à titre définitif lors de l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions.

Quant aux autres titulaires ils seront censés, en fonction du délai écoulé, se trouver soit dans la période initiale de trois ans, soit dans la première période de renouvellement (entre trois et six ans), soit dans la seconde période de renouvellement (entre six et neuf ans). Les titulaires de cette dernière catégorie devraient donc être, de plein droit, désignés à titre définitif à l'expiration du délai de neuf ans. La situation des titulaires des deux premières catégories devrait être précisée, à tout le moins, dans l'exposé des motifs. Devront-ils solliciter une ou deux prolongation du mandat en application des nouvelles dispositions ou l'écoulement de la période de neuf ans se fera-t-il de manière automatique?

2. Il ya lieu de préciser dans l'exposé des motifs que les mots "nomination initiale dans la fonction" visent tant les présidents de chambre ⁽¹⁵⁹⁾ que le greffier en chef ⁽¹⁶⁰⁾ qui sont déjà nommés au moment de l'entrée en vigueur de la loi.

Article 215

Faisant suite à l'observation formulée sous l'article 74/2, § 5, en projet, cet article doit être supprimé ⁽¹⁶¹⁾.

Article 216

L'article 216, alinéa 1^{er}, de l'avant-projet de loi comprend une disposition transitoire concernant la date d'établissement de la première évaluation périodique ou du premier bulletin d'évaluation.

⁽¹⁵⁹⁾ Article 70, §§ 3 et 4, des lois coordonnées.

⁽¹⁶⁰⁾ Article 72, § 3, des lois coordonnées.

⁽¹⁶¹⁾ La question se pose en outre de savoir pourquoi cette disposition est inscrite à la fin du dernier chapitre avec les dispositions finales. Ce chapitre comprend en effet différentes dispositions transitoires. L'article 215 n'est toutefois pas une véritable disposition transitoire, mais uniquement une dérogation à l'article 74/2, § 5, alinéa 1^{er}, en projet.

L'article 216, alinéa 2, renferme un régime transitoire concernant les dispositions relatives au statut des titulaires de fonctions au Conseil d'État pour lesquels des exigences sont posées en matière d'évaluation périodique ou de bulletin d'évaluation.

Les deux alinéas de l'article 216 susmentionné font référence à un certain nombre de mois "suivant l'entrée en vigueur des règles relatives à cette évaluation". La portée exacte du mot "*règles*" n'est pas claire : s'agit-il des dispositions légales inscrites dans le présent avant-projet de loi ou, au contraire, de "*règles*" qui sont inscrites dans des arrêtés d'exécution ? À titre d'exemple, il est permis de renvoyer à l'article 74/7, § 2, alinéa 2, en projet, dont il ressort que le Roi détermine les critères d'évaluation et définit "*les modalités d'application de ces dispositions*", et à l'article 74/7, § 6, en projet, qui prévoit que "le Roi peut fixer les modalités d'application de" cette disposition.

Article 217

Il convient d'assurer la concordance entre les versions française et néerlandaise de la disposition en projet.

Il y a également lieu de viser tant l'article 111 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat (et l'article 55 de l'avant-projet de loi qui le modifie) que l'article 112 de ces mêmes lois coordonnées (et l'article 56 de l'avant-projet de loi qui le modifie).

La version française de l'exposé des motifs est par ailleurs incompréhensible. Elle doit être adaptée conformément à la version néerlandaise.

Article 218

1. L'article 218 entend remplacer dans les lois coordonnées la dénomination de la section d'administration par "section du contentieux administratif".

Le Conseil d'État souligne que si ce changement de dénomination est opéré, il convient de déjà employer la nouvelle dénomination dans toutes les dispositions du présent avant-projet de loi, ce qui n'est actuellement pas le cas.

En outre, la nouvelle dénomination devrait également être intégrée dans toutes les lois en vigueur qui mentionnent cette section.

2. Comme les articles de l'avant-projet de loi à l'examen entreront en vigueur à des dates différentes, le Conseil d'État tient à attirer l'attention des auteurs de l'avant-projet de loi sur le fait que les deux dénominations coexisteront pendant un certain temps dans les lois coordonnées sur le Conseil d'État.

Article 222

1. L'article 222 de l'avant-projet de loi règle l'entrée en vigueur du projet d'une manière différenciée :

- une première série de dispositions entrent en vigueur le premier jour du quatrième mois qui suit celui de la publication de la loi au Moniteur belge (alinéa 1^{er});
- le Roi détermine la date de l'entrée en vigueur de l'article 13, 1° et 6° (alinéa 2);
- le Roi détermine la date d'entrée en vigueur de l'article 26 (concernant l'évaluation des membres du Conseil, de l'Auditorat et du Bureau de coordination) au plus tard trois ans après la publication de la présente loi au Moniteur belge (alinéa 3);
- les articles 197 à 204 (concernant les modifications à la loi du 5 avril 1955 relative aux traitements des titulaires d'une fonction au Conseil d'État) et l'article 221 (disposition transitoire concernant le traitement de l'auditeur général adjoint) entrent en vigueur le premier du mois qui suit celui de la publication de la loi au Moniteur belge (alinéa 4);

- l'article 222 lui-même entre en vigueur le jour de la publication au Moniteur belge (alinéa 5);
- le Roi détermine pour chacun des autres articles de la loi la date de leur entrée en vigueur et ce au plus tard à une date qui n'est pas encore précisée dans l'avant-projet de loi (alinéa 6).

Dès lors que de très nombreuses dispositions chargent le Roi de fixer la date de l'entrée en vigueur, soit sans aucune limite dans le temps (alinéa 2 en projet), soit moyennant une échéance de trois ans suivant la publication de la loi et avant laquelle la disposition doit entrer en vigueur (alinéa 3 en projet), soit moyennant une échéance avant laquelle les dispositions doivent entrer en vigueur, mais sans que cette date soit déterminée dans le projet (alinéa 6 en projet), il est difficile d'avoir un aperçu clair des différentes dates d'entrée en vigueur.

Dans le délai qui lui a été imparti, le Conseil d'État n'a dès lors pas pu vérifier si les différentes dates d'entrée en vigueur sont logiques et cohérentes entre elles.

2. Il est laissé au Roi le soin de déterminer, notamment, la date d'entrée en vigueur de l'article concernant la procédure d'admission en cassation pour tous les recours en cassation ainsi que des articles instituant le Conseil du Contentieux des Étrangers et réglant sa compétence (article 222, alinéa 6, de l'avant-projet de loi).

La question se pose de savoir comment ceci se conciliera avec la mention inscrite dans l'exposé des motifs selon laquelle "l'échelonnement et le transfert concrets de ces compétences" vers cette nouvelle juridiction administrative feront l'objet d'une prochaine initiative de loi qui sera présentée aux assemblées législatives ⁽¹⁶²⁾. Il est renvoyé à cet égard aux observations générales (observation 3.2.1.).

⁽¹⁶²⁾ Exposé des motifs, p. 14.

V. Observations finales

Comme il a déjà été relevé dans l'observation générale 6 ainsi que dans l'examen des articles, il est recommandé de contrôler le dispositif de l'avant-projet de loi sur le plan de la correction de la langue.

En ce qui concerne l'unité de la terminologie, il y a lieu de constater que les textes néerlandais et français emploient différents termes sans discernement, ce qui peut être source de confusion. À titre d'exemples :

- "administrateur"/"gestionnaire";
- "plan stratégique"/"plan de gestion";
- "rapport d'activité"/"rapport de fonctionnement";
- "appréciation"/"évaluation";
- "droit de timbre"/"taxe"/"droit";
- "toelatingsprocedure"/"toelaatbaarheidsprocedure";
- "evaluatie"/"beoordeling";
- "titularis van het mandaat"/"houder van het mandaat".

S'agissant du défaut de concordance entre le texte français et le texte néerlandais de l'avant-projet de loi, il peut, notamment, être référé aux articles suivants :

- article 7 de l'avant-projet de loi (article 20, § 2, alinéa 1^{er}, en projet, des lois coordonnées) : "en op inzage van het verzoekschrift"/"et dès qu'il est donné un droit d'accès au vu de la requête";
- article 13, 6°, de l'avant-projet de loi (article 30, § 7, en projet, des lois coordonnées) : "-"/"à dater du 1^{er} avril 1983";
- article 123 de l'avant-projet de loi (article 39/38, § 3, alinéa 1^{er}, en projet, de la loi du 15 décembre 1980) : "in het eerste lid"/"au § 1^{er}";

.../...

- article 198, 2°, de l'avant-projet de loi (article 1^{er}, § 1^{er}bis, alinéa 2, en projet, de la loi du 5 avril 1955) : "de ambtsdragers van de Raad van State"/"les fonctionnaires du Conseil d'État".

Pour ce qui est de la correction de la langue, il y a lieu d'évoquer à titre d'exemples :

- dans le texte néerlandais de l'intitulé de l'avant-projet de loi, le terme "inrichting" est erronément utilisé pour "instelling" ou "oprichting";
- dans le texte néerlandais de l'article 5, 1°, b), de l'avant-projet de loi (article 17, § 1^{er}, alinéa 5, en projet, des lois coordonnées), la tournure "toepassing maken van" est utilisée à tort pour "toepassen";
- dans le texte néerlandais de l'article 5, 4°, de l'avant-projet de loi (article 17, § 4, alinéa 2, en projet, des lois coordonnées), il y a lieu d'écrire "op te stellen" au lieu de "opstellen";
- dans le texte français de l'article 5, 4°, de l'avant-projet de loi (article 17, § 4, alinéa 2, en projet, des lois coordonnées), il convient d'écrire "considérations" au lieu de "considéphants";
- dans le texte français de l'article 13, 2°, de l'avant-projet de loi (article 30, § 1^{er}, alinéa 2, en projet, des lois coordonnées), il y a lieu d'écrire "il arrête les modalités pour fixer les frais et dépens" au lieu de "il fixe les modalités pour faire les frais et dépens";
- dans le texte français de l'article 13, 3°, de l'avant-projet de loi (article 30, § 1^{er}, alinéa 3, en projet, des lois coordonnées), il convient d'écrire "par un arrêté royal" au lieu de "par un arrêté";
- dans le texte français de l'article 13, 6°, de l'avant-projet de loi (article 30, § 4, alinéa 4, en projet, des lois coordonnées), il faut écrire "sans qu'il y ait lieu d'introduire" au lieu de "sans lieu possibilité d'introduire";

.../...

- dans le texte français de l'article 13, 6°, de l'avant-projet de loi (article 30, § 9, en projet, des lois coordonnées), il convient d'écrire "arrêté royal" au lieu de "arrêté ministériel";

...

Dans l'article 118 des lois coordonnées sur le Conseil d'État, il est également recommandé de remplacer la référence au "Ministère de l'Intérieur" par une référence au "Service public fédéral Intérieur"⁽¹⁶³⁾.

Enfin, le Conseil d'État souhaite faire observer aux auteurs de l'avant-projet de loi que l'exposé des motifs, et plus particulièrement son texte français, doit également être vérifié du point de vue de la correction de la langue.

⁽¹⁶³⁾ Cf. l'article 74/9, § 5, alinéa 1^{er}, en projet, des lois coordonnées (article 25 de l'avant-projet de loi).

L'assemblée générale de la section de législation était composée de

Messieurs	R. ANDERSEN,	premier président du Conseil d'État,
	M. VAN DAMME,	présidents de chambre,
	Y. KREINS,	
	P. LIÉNARDY,	conseillers d'État,
	J. BAERT,	
	P. VANDERNOOT,	
	J. JAUMOTTE,	
Madame	M. BAGUET,	
Messieurs	B. SEUTIN,	
	W. VAN VAERENBERGH,	
	H. COUSY,	assesseurs de la section de législation,
	A. SPRUYT,	
	J. VELAERS,	
	H. BOSLY,	
	G. VANDERSANDEN,	
	G. KEUTGEN,	
Madame	D. LANGBEEN,	greffier en chef,
Monsieur	M. FAUCONIER,	greffier assumé.

Les rapports ont été rédigés par MM. R. AERTGEERTS, premier auditeur chef de section, X. DELGRANGE, J. VAN NIEUWENHOVE, W. PAS et R. WIMMER, auditeurs.

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

LE GREFFIER

LE PREMIER PRÉSIDENT

D. LANGBEEN

R. ANDERSEN