

GG

ROYAUME DE BELGIQUE

-----

AVIS 40.040/2

DE LA SECTION DE LÉGISLATION DU CONSEIL D'ÉTAT

-----

Le CONSEIL D'ÉTAT, section de législation, deuxième chambre, saisi par la Vice-Première Ministre et Ministre de la Justice, le 14 mars 2006, d'une demande d'avis, dans un délai de trente jours, sur un avant-projet de loi "instaurant la Commission de Modernisation de l'Ordre judiciaire et le Conseil général des partenaires", a donné le 10 avril 2006 l'avis suivant :

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

Sur ces trois points, l'avant-projet appelle les observations ci-après.

### Observations générales

#### I. Conformité de l'avant-projet avec l'article 151 de la Constitution

L'avant-projet crée une Commission de Modernisation de l'Ordre judiciaire qui est chargée, en vertu de l'article 3, § 1<sup>er</sup>, alinéa 1<sup>er</sup>, "de toute action ayant pour objet de moderniser la gestion de l'Ordre judiciaire" <sup>(1)</sup> et un Conseil général des partenaires qui est chargé, en vertu de l'article 10, alinéa 1<sup>er</sup>, "de proposer à la Commission toute initiative de nature à promouvoir la modernisation de la Justice".

Il y a lieu de se demander si, compte tenu de l'article 151 de la Constitution, les missions précitées ne devraient pas être confiées au Conseil supérieur de la Justice lui-même -plus précisément à la commission d'avis et d'enquêtes- et non à deux nouveaux organes institués "auprès du SPF Justice".

L'article 151, § 3, de la Constitution dispose que le Conseil supérieur de la Justice exerce ses compétences dans les matières suivantes :

- "6° l'émission d'avis et de propositions concernant le fonctionnement général et l'organisation de l'ordre judiciaire;
- 7° la surveillance générale et la promotion de l'utilisation des moyens de contrôle interne."

---

<sup>(1)</sup> Pour le détail de cette mission, voir l'article 3, § 1<sup>er</sup>, alinéa 2, de l'avant-projet.

Dans les développements de la proposition de révision de l'article 151 de la Constitution, il a été précisé que les compétences du Conseil supérieur de la Justice n'étaient pas exclusives, à l'exception de celles mentionnées au paragraphe 3, 1°, 2° et 5° <sup>(2)</sup>.

Il en résulte qu'à côté du Conseil supérieur de la Justice, d'autres commissions ou conseils peuvent être chargés d'émettre des avis et des propositions concernant le fonctionnement général de l'ordre judiciaire.

Toutefois, compte tenu de la portée de l'avant-projet, l'exposé des motifs gagnerait à préciser l'articulation entre les missions du Conseil supérieur de la Justice et celles qui sont attribuées aux deux institutions que l'avant-projet entend créer.

## II. Conformité de l'avant-projet avec l'article 155 de la Constitution

1. L'article 155 de la Constitution dispose :

"Aucun juge ne peut accepter d'un gouvernement des fonctions salariées, à moins qu'il ne les exerce gratuitement et sauf les cas d'incompatibilité déterminés par la loi".

Cette disposition est interprétée comme ne s'appliquant pas :

"(...) op raadgevende comités, examencommissies, homologatiecommissies, technische raden enz, waarin magistraten slechts bijzondere, tijdelijke, toevallige of kortstondige diensten bewijzen, die niet van aard zijn om hen te beschouwen als bekleed met een bezoldigd ambt, zelfs niet indien hun daarvoor een min of meer belangrijke vergoeding wordt toegekend. Zodra het echter gaat om blijvende ambten of ambten van een lange of onbepaalde duur, werd artikel 155 van de Grondwet wel toepasselijk geacht" <sup>(3)</sup>.

---

<sup>(2)</sup> "Toutes ces compétences ne sont pas des compétences exclusives du Conseil supérieur de la Justice. Ainsi, le chef de corps pourra lui aussi continuer à traiter les plaintes. C'est pourquoi le texte stipule que «le Conseil supérieur de la Justice exerce ses compétences dans les matières suivantes». Seules les attributions visées aux 1°, 2° et 5° sont réservées à la compétence exclusive du Conseil supérieur de la Justice" (Doc. parl., Ch., sess. ord. 1997-1998, n° 1675/1, p. 7).

<sup>(3)</sup> J. VELAERS, De Grondwet en de Raad van State afdeling wetgeving, Antwerpen, Maklu 1999, p. 507; Rapport de Ch. VAN REEPINGHEN sur la réforme judiciaire, Pasinomie, 1967, Code judiciaire, p. 374 et s. Voir également l'article 294 du Code judiciaire, sur la constitutionnalité duquel s'interroge M. UYTENDAELE, Précis de droit constitutionnel belge. Regards sur un système institutionnel paradoxal, 3<sup>e</sup> ed., Bruxelles, Bruylant, 2005, n° 515, p. 612, note 33.

2. Plusieurs dispositions du Code judiciaire concernent la possibilité, pour un magistrat, d'exercer d'autres activités que ses fonctions de magistrat. Il s'agit des articles 294 (cumul), 308 et 309 (fonctions publiques auprès d'une institution internationale, supranationale ou étrangère), 323*bis* (missions) 327 et 327*bis* (délégations).

La possibilité de confier une mission à un magistrat du siège est réglée par l'article 323*bis* du Code judiciaire dont les deux premiers alinéas disposent que :

"Dans les cas prévus par la loi, un magistrat du siège peut être chargé d'une mission. En cas de mission à temps plein, il peut être procédé au remplacement, à l'exception des juges de paix, des juges au tribunal de police, des juges de paix de complément, des juges de complément au tribunal de police, par une nomination et, le cas échéant, par une désignation en surnombre.

Les magistrats chargés d'une mission conservent leur place sur la liste de rang et sont censés avoir exercé la fonction à laquelle ils étaient nommés. Ils conservent le traitement lié à cette fonction ainsi que les augmentations et avantages y afférents pour autant qu'aucun traitement soit attaché à la mission."

Si cette disposition permet de confier une mission à un magistrat du siège, même à temps plein et moyennant un traitement supérieur à son traitement de magistrat, il convient que cette mission salariée ne soit pas proposée, offerte, attribuée par un gouvernement puisque l'article 155 de la Constitution interdit au juge "d'accepter d'un gouvernement des fonctions salariées".

3. La question se pose de savoir ce qu'est une fonction "proposée", "offerte", "attribuée" par un gouvernement ?

Dans les développements de la proposition devenue la loi du 22 décembre 1998 modifiant certaines dispositions de la deuxième partie du Code judiciaire concernant le Conseil supérieur de la Justice, la nomination et la désignation de magistrats et instaurant un système d'évaluation pour les magistrats, il a été précisé, à propos de l'article 323*bis* alors en projet du Code judiciaire :

"Compte tenu de l'article 155 de la Constitution, il ne convient pas davantage qu'un magistrat du siège remplisse une mission au service du Roi, dans un cabinet ou département ministériel, dans une commission, un organisme ou un

.../...

service du gouvernement. Tous ces services se situent en effet dans la sphère du pouvoir exécutif. L'accomplissement de pareilles missions est exclu dans l'optique de la séparation des pouvoirs." <sup>(4)</sup>

Dans l'avis 27.402/2, donné le 12 mars 1998 <sup>(5)</sup>, la section de législation du Conseil d'État a estimé que :

"Dès lors qu'il donne au gouvernement la possibilité de nommer un magistrat président, vice-président ou membre du Conseil de la concurrence précité, percevant un traitement correspondant à une fonction à temps plein, l'amendement n° 2 (...) est contraire à l'article 155 de la Constitution."

Si l'on prend comme critère de distinction le degré d'indépendance vis-à-vis de l'exécutif de l'organisme dans lequel le magistrat du siège est chargé de mission, l'avant-projet ne se heurte pas à des objections fondamentales. En effet, la précision selon laquelle la Commission de Modernisation de l'Ordre judiciaire est créée "auprès du SPF Justice" a, selon le représentant de la ministre, un but essentiellement budgétaire. Pour éviter toute incertitude à ce sujet, le texte de l'avant-projet doit préciser que la Commission exerce ses fonctions en toute indépendance.

Par contre, si l'on prend comme critère de distinction l'autorité qui nomme le magistrat du siège à une fonction financièrement intéressante <sup>(6)</sup>, ce qui est la raison d'être de l'article 155 de la Constitution qui a pour but d'éviter que le pouvoir exécutif ne s'attache la fidélité du juge par l'espoir d'une récompense, l'avant-projet ne respecte pas le texte constitutionnel.

---

<sup>(4)</sup> Développements, Doc. parl., Ch., n° 1677/1- 97/98, p. 88 et 89. Voir également l'amendement du Gouvernement n° 61 et les interventions de messieurs Giet et Reynders (Rapport, Doc. parl., Ch., n° 1677/8-97/98, p. 82).

<sup>(5)</sup> Avis 27.402/1, donné le 12 mars 1998, sur des amendements à une proposition devenue la loi du 26 avril 1999 modifiant certains articles de la loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique et la loi du 26 avril 1999 modifiant la loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique (Doc. parl., Sénat, 1996-1997, 614/7).

<sup>(6)</sup> En vertu de l'article 7, alinéa 3, de l'avant-projet le président et le vice-président jouissent d'un traitement égal à celui du premier avocat général près la Cour de cassation, ainsi que des augmentations et des avantages y afférents. En vertu de l'article 8, alinéa 1<sup>er</sup>, les membres de la Commission perçoivent un supplément de traitement mensuel de 400 euros.

### III. Compétence du législateur

1. En matière de création et d'organisation des services publics, il résulte tant des articles 37 et 107, alinéa 2, de la Constitution que de l'article 87 de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles que les fonctions, commissions, comités, conseils, organes consultatifs et autres "observatoires" rattachés au pouvoir exécutif doivent être créés et réglés par celui-ci et non par le législateur qui n'a pas à s'immiscer dans cette matière <sup>(7)</sup>.

Par contre, lorsque la consultation de l'organe créé est obligatoire, que ses avis sont susceptibles de lier l'autorité ou que des obligations sont imposées à des tiers, c'est à la loi de le créer, de définir ses missions, sa composition, les indemnités ou rétributions éventuellement accordées à ses membres ainsi que les règles essentielles de son fonctionnement.

Même en dehors de cette dernière hypothèse, l'intervention du pouvoir législatif n'est pas absolument exclue.

"Dans les faits, la détermination de l'autorité compétente - l'exécutif ou le législatif - dépend en réalité de la place que l'on entend réserver au service concerné dans la structure institutionnelle et des pouvoirs qui lui sont attribués." <sup>(8)</sup>

---

<sup>(7)</sup> Avis 37.904/4, donné le 22 décembre 2004, sur une proposition de loi "visant à créer un SPF Migrations, à supprimer l'Office des étrangers et à transférer les missions de politique des étrangers et d'asile du SPF Intérieur au SPF Migrations (déposée par Mmes Marie Nagy et Zoé Genot)" (Doc. parl., Ch., 2004/2005, 1465); avis 32.319/4, donné le 11 mars 2002, sur un avant-projet devenu le décret du 20 juin 2002 instituant un délégué général de la Communauté française aux droits de l'enfant (Doc. parl., Parlement de la Communauté française, 2001/2002, 259/1); avis 32.227/4, donné le 22 octobre 2001, sur un avant-projet "modifiant la loi du 3 janvier 1933 relative à la fabrication, au commerce et au port des armes et au commerce des munitions" (Doc. parl., Ch., 2001/2002, 1598/1).

<sup>(8)</sup> R. ANDERSEN et alii, "Le Conseil d'État. Chronique de jurisprudence 2002", R.B.D.C 2004, n° 43, p. 77.

Dans des matières qui relèvent de la compétence du Roi, des interventions du législateur sont possibles <sup>(9)</sup>, à tout le moins si elles sont justifiées par des circonstances exceptionnelles ou si elles concernent des dispositions qui, en vertu de la Constitution, ne peuvent être édictées que par le législateur <sup>(10)</sup>.

2. La Commission de Modernisation de l'Ordre judiciaire et le Conseil général des partenaires créés par l'avant-projet n'ont pas de compétence d'avis obligatoire, leurs avis ne lient pas l'autorité et l'avant-projet n'impose pas d'obligations à des tiers.

Certes, la matière concernée, à savoir l'organisation judiciaire, bénéficie d'un statut constitutionnel et légal. Cela n'implique cependant pas que toute question relative à l'organisation judiciaire doit nécessairement être réglée par la Constitution ou par la loi.

Par contre, il est certain que les dispositions relatives à la possibilité de nommer des magistrats du siège dans la Commission de Modernisation de l'Ordre judiciaire relèvent de la compétence de la loi <sup>(11)</sup>. Il en va de même des dispositions qui, pour tous les magistrats membres de la Commission de modernisation, tant du siège que du parquet, règlent leur rémunération et indemnités, les incompatibilités, leur détachement et leur remplacement.

En conséquence, même si ces dispositions ne sont qu'une partie de l'avant-projet, elles justifient le recours à la loi.

---

<sup>(9)</sup> Avis 27.331/1, donné le 19 février 1998, sur un projet devenu l'arrêté royal du 16 juillet 1998 relatif à la mobilité du personnel de certains services publics.

<sup>(10)</sup> Avis 32.455/4/1, donné les 30 et 31 octobre 2001, sur un avant-projet devenu la loi-programme du 30 décembre 2001 (Doc. parl., Ch., 2003/2004, 314/1); avis 34.971/1/2/3/4, donné le 27 février 2003, sur un avant-projet devenu la loi-programme du 8 avril 2003 (Doc. parl., Ch., 2002/2003, 2343/1).

<sup>(11)</sup> Voir l'article 323bis du Code judiciaire, que l'avant-projet ne modifie pas, qui dispose que c'est "dans les cas prévus par la loi" qu'un magistrat du siège peut être chargé d'une mission.

L'exposé des motifs gagnerait cependant à développer davantage cette question de compétence.

### Observations particulières

#### Intitulé et chapitre IV

Mieux vaut dénommer le conseil mis en place "Conseil général des partenaires de l'Ordre judiciaire".

En effet, la dénomination "Conseil général des partenaires" est peu explicite.

### Dispositif

#### Article 1<sup>er</sup>

Les dispositions qui concernent la nomination de magistrats dans la Commission de Modernisation de l'Ordre judiciaire <sup>(12)</sup>, leur rémunération et indemnités <sup>(13)</sup>, les incompatibilités <sup>(14)</sup> ainsi que leur détachement et remplacement <sup>(15)</sup> relèvent de l'organisation des cours et tribunaux et, partant, règlent une matière visée à l'article 77 - et plus précisément l'article 77, 9° - de la Constitution.

Il en va de même pour la participation des magistrats au Conseil général des partenaires <sup>(16)</sup>.

---

<sup>(12)</sup> Cf. articles 323*bis*, 327 et 327*bis*, du Code judiciaire.

<sup>(13)</sup> Cf. Titre III de la seconde partie du Code judiciaire.

<sup>(14)</sup> Cf. articles 292 et s., du Code judiciaire.

<sup>(15)</sup> Cf. articles 323*bis*, 327 et 327*bis*, du Code judiciaire.

<sup>(16)</sup> Cf. article 294, alinéa 2, du Code judiciaire.

L'article 1<sup>er</sup> sera adapté en conséquence.

#### Article 5

L'alinéa 2 dispose que "deux membres sont des agents niveau A d'un service public fédéral, l'un des quatre au moins provenant du service public fédéral Justice".

Il semble qu'il y ait lieu d'écrire : "l'un des deux provenant du service public fédéral Justice".

#### Article 7

1. L'article 7 comprend, notamment, des dispositions similaires à celles de l'article 323*bis* du Code judiciaire. Cependant, des différences apparaissent entre les deux dispositions. Ainsi :

- 1° l'article 7 ne mentionne pas la restriction que contient l'article 323*bis*, alinéa 1<sup>er</sup>, à propos des juges de paix, des juges au tribunal de police, des juges de paix de complément et des juges de complément au tribunal de police;
- 2° l'article 323*bis* prévoit que tous les magistrats chargés d'une mission "conservernt" leur place sur la liste de rang, alors que l'article 7, alinéa 5, prévoit, uniquement pour le président, le vice-président et les deux membres magistrats qui étaient chefs de corps <sup>(17)</sup> qu'ils "retrouvent" leur place sur la liste de rang dès la cessation de leur mandat;
- 3° l'article 7 ne traite pas des magistrats qui étaient titulaires d'un mandat adjoint, définitif ou non, ou d'un mandat spécifique.

---

<sup>(17)</sup> Cette limitation ne se justifie nullement.

Si l'auteur de l'avant-projet n'entend pas déroger au droit commun de l'article 323*bis* du Code judiciaire, il lui appartient de supprimer toutes les dispositions de l'article 7 qui traitent de questions déjà réglées par cet article 323*bis*.

Si l'auteur de l'avant-projet entend déroger aux dispositions de l'article 323*bis* du Code judiciaire, il lui appartient de prévoir un régime alternatif complet et de justifier, au regard des articles 10 et 11 de la Constitution, les différences avec l'article 323*bis* du Code judiciaire.

Si l'auteur de l'avant-projet entend déroger partiellement aux dispositions de l'article 323*bis* du Code judiciaire, il lui appartient de préciser que "par dérogation à l'article 323*bis* du Code judiciaire" telle ou telle question est réglée de manière différente et de justifier cette différence au regard des articles 10 et 11 de la Constitution.

En tous cas, l'exposé des motifs doit expliquer clairement la solution choisie et le texte doit être fondamentalement revu.

#### Article 10

1. Il est préférable, compte tenu de la mission dont est chargé le "Conseil général des partenaires" de parler de membres, et pas de "représentants", à l'instar des personnes qui constituent la Commission de Modernisation parce que l'on n'est pas en présence de personnes qui "représentent" les institutions ou les autorités qui les ont désignées, celles-ci n'investissent pas ceux-là d'un quelconque mandat pour participer aux travaux et délibérations du Conseil général.

2. Les mots "désignés par la Cour de cassation" sont trop vagues. Qui est ainsi visé : le premier président, le procureur général, l'assemblée générale, l'assemblée de corps ?

3. Deux membres sont désignés par le Conseil des procureurs du Roi. Ne faudrait-il pas prévoir, dès lors, que parmi les quatre membres désignés par les premiers présidents des Cour d'appel et du travail, deux soient des magistrats de première instance ?

4. Le Conseil d'État se demande pour quelle raison les deux notaires ne sont pas désignés par la Chambre nationale des notaires dont l'article 91, alinéa 1<sup>er</sup>, 8° et 9°, de la loi du 25 ventôse - 5 germinal an XI concernant l'organisation du notariat dispose qu'elle est compétente pour :

- "8° (...) émettre, d'initiative ou sur demande, à destination de toutes autorités publiques ou personnes privées, tous avis sur toute question d'ordre général relatives à l'exercice de la profession notariale;
- 9° (...) représenter, dans les limites de ses attributions, tous les membres des compagnies des notaires du Royaume à l'égard de tout pouvoir et institution".

#### Article 12

Il y a lieu d'omettre le second alinéa qui dispose que

"Le Conseil général tient compte d'une participation la plus équilibrée possible sur le plan fonctionnel, géographique et du genre."

En effet, cette disposition ne fait qu'émettre un souhait et, par ailleurs, le Conseil général n'est pas maître de sa composition puisqu'elle dépend des personnes que les différentes autorités désigneront.

#### Article 13

Il n'y a pas lieu de déroger à la règle habituelle d'entrée en vigueur des lois.

-----

La chambre était composée de

|           |                                 |                               |
|-----------|---------------------------------|-------------------------------|
| Messieurs | P. LIÉNARDY,                    | conseiller d'État, président, |
| Mesdames  | Ph. QUERTAINMONT,<br>M. BAGUET, | conseillers d'État,           |
|           | A.-C. VAN GEERSDAELE,           | greffier.                     |

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

LE GREFFIER,

LE PRÉSIDENT,

A.-C. VAN GEERSDAELE

P. LIÉNARDY

GG

KONINKRIJK BELGIË

-----

ADVIES 40.040/2

VAN DE AFDELING WETGEVING  
VAN DE RAAD VAN STATE

-----

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, tweede kamer, op 14 maart 2003 door de Vice-Eerste Minister en Minister van Justitie verzocht haar, binnen een termijn van dertig dagen, van advies te dienen over een voorontwerp van wet "tot instelling van de Commissie voor de Modernisering van de Rechterlijke Orde en de algemene Raad van de partners", heeft op 10 april 2006 het volgende advies gegeven :

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

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

### Algemene opmerkingen

#### I. Overeenstemming van het voorontwerp met artikel 151 van de Grondwet

Bij het voorontwerp wordt een Commissie voor de Modernisering van de Rechterlijke Orde opgericht, die krachtens artikel 3, § 1, eerste lid, ervan belast is "met elke actie die de modernisering van de Rechterlijke Orde tot doel heeft" <sup>(2)</sup>, alsmede een algemene Raad van de partners, die krachtens artikel 10, eerste lid, ervan ermee wordt belast "aan de Commissie initiatieven ter bevordering van de modernisering van Justitie voor te stellen".

Gelet op artikel 151 van de Grondwet dient men zich af te vragen of de voornoemde opdrachten niet zouden moeten worden toevertrouwd aan de Hoge Raad voor de Justitie zelf - meer bepaald aan de Advies- en Onderzoekscommissie - en niet aan twee nieuwe organen die "bij de FOD Justitie" worden opgericht.

Artikel 151, § 3, van de Grondwet bepaalt dat de Hoge Raad voor de Justitie zijn bevoegdheden uitoefent in de volgende materies :

"6° het geven van adviezen en voorstellen inzake de algemene werking en de organisatie van de rechterlijke orde;

---

<sup>(2)</sup> Voor meer bijzonderheden over deze opdracht, zie artikel 3, § 1, tweede lid, van het voorontwerp.

7° het algemeen toezicht op en de bevordering van het gebruik van de interne controlemiddelen."

In de toelichting bij het voorstel tot herziening van artikel 151 van de Grondwet is gepreciseerd dat de bevoegdheden van de Hoge Raad voor de Justitie geen exclusieve bevoegdheden zijn, met uitzondering van die vermeld in paragraaf 3, 1°, 2° en 5° <sup>(3)</sup>.

Hieruit volgt dat naast de Hoge Raad voor de Justitie andere commissies of raden ermee kunnen worden belast adviezen uit te brengen en voorstellen te doen betreffende de algemene werking van de rechterlijke orde.

Gelet op de strekking van het voorontwerp zou het evenwel beter zijn om in de memorie van toelichting aan te geven wat de samenhang is tussen de opdrachten van de Hoge Raad voor de Justitie en die welke worden toevertrouwd aan de twee instellingen die het voorontwerp beoogt op te richten.

## II. Overeenstemming van het voorontwerp met artikel 155 van de Grondwet

### 1. Artikel 155 van de Grondwet bepaalt het volgende :

"Geen rechter mag van een regering bezoldigde ambten aanvaarden, tenzij hij die onbezoldigd uitoefent en behoudens de gevallen van onverenigbaarheid bij de wet bepaald".

Deze bepaling wordt uitgelegd in die zin dat ze niet van toepassing is:

"(...) op raadgevende comités, examencommissies, homologatiecommissies, technische raden enz, waarin magistraten slechts bijzondere, tijdelijke, toevallige of kortstondige diensten bewijzen, die niet van aard zijn om hen te beschouwen als

---

<sup>(3)</sup> "Niet alle opgesomde bevoegdheden zijn exclusieve bevoegdheden van de Hoge Raad voor de Justitie. Zo zal bijvoorbeeld ook de korpschef verder klachten kunnen behandelen. Daarom wordt bepaald dat "de Hoge Raad voor de Justitie zijn bevoegdheden uitoefent in volgende materies". Enkel de bevoegdheden bedoeld in 2°, 3° en 5° zijn exclusief voorbehouden voor de Hoge Raad voor de Justitie" (Gedr. St., Kamer, gewone zitting 1997-1998, nr. 1675/1, blz. 7).

bekleed met een bezoldigd ambt, zelfs niet indien hun daarvoor een min of meer belangrijke vergoeding wordt toegekend. Zodra het echter gaat om blijvende ambten of ambten van een lange of onbepaalde duur, werd artikel 155 van de Grondwet wel toepasselijk geacht" <sup>(4)</sup>.

2. Verschillende bepalingen van het Gerechtelijk Wetboek betreffen de mogelijkheid voor een magistraat om andere activiteiten dan zijn ambt van magistraat uit te oefenen. Het gaat om de artikelen 294 (cumulatie), 308 en 309 (openbaar ambt bij een internationale, supranationale of buitenlandse instelling), 323bis (opdrachten), 327 en 327bis (opdrachten in dienst).

De mogelijkheid om een opdracht toe te vertrouwen aan een zittend magistraat wordt geregeld door artikel 323bis van het Gerechtelijk Wetboek, waarvan de eerste twee leden het volgende bepalen :

"In de bij de wet bepaalde gevallen kan een lid van de zittende magistratuur een opdracht vervullen. Is de opdracht voltijds, dan kan, met uitzondering van de vrederechters, de rechters in de politierechtbank, de toegevoegde vrederechters en de toegevoegde rechters in een politierechtbank, in een vervanging voorzien worden door middel van een benoeming en, in voorkomend geval, een aanwijzing in overtal.

De magistraten die een opdracht vervullen, behouden hun plaats op de ranglijst en worden geacht het ambt waarin ze werden benoemd te hebben uitgeoefend. Zij behouden de aan dit ambt verbonden wedde met de daaraan verbonden verhogingen en voordelen voor zover aan de opdracht geen wedde is verbonden."

Deze bepaling maakt het weliswaar mogelijk aan een zittend magistraat een opdracht toe te vertrouwen, zelfs voltijds en met een wedde hoger dan zijn wedde van magistraat, maar deze bezoldigde opdracht mag niet voorgesteld, aangeboden, toevertrouwd worden door een regering, aangezien artikel 155 van de Grondwet bepaalt dat "Geen rechter (...) van een regering bezoldigde ambten (mag) aanvaarden".

---

<sup>(4)</sup> J. VELAERS, De Grondwet en de Raad van State afdeling wetgeving, Antwerpen, Maklu 1999, blz. 507; Rapport de Ch. VAN REEPINGHEN sur la réforme judiciaire, Pasinomie, 1967, Code judiciaire, blz. 374 e.v. Zie eveneens artikel 294 van het Gerechtelijk Wetboek, over de grondwettigheid waarvan vragen rijzen volgens de heer UYTENDAELE, Précis de droit constitutionnel belge. Regards sur un système institutionnel paradoxal, 3e uitg., Brussel, Bruylant, 2005, nr. 515, blz. 612, voetnoot 33.

3. De vraag rijst nu wat een door een regering "voorgestelde", "aangeboden", "toevertrouwde" opdracht is.

In de toelichting bij het wetsvoorstel dat ontstaan heeft gegeven aan de wet van 22 december 1998 tot wijziging van sommige bepalingen van deel II van het Gerechtelijk Wetboek met betrekking tot de Hoge Raad voor Justitie, de benoeming en aanwijzing van magistraten en tot invoering van een evaluatiesysteem voor magistraten is in verband met artikel 323*bis* van het Gerechtelijk Wetboek dat toen in het stadium van een ontwerp was, het volgende gesteld :

"Het is, gelet op artikel 155 van de Grondwet, evenmin toegestaan dat een magistraat van de zetel een opdracht zou vervullen in dienst van de Koning, op een ministerieel kabinet of departement, een regeringscommissie, -instelling of -dienst. Al deze diensten situeren zich immers in de sfeer van de uitvoerende macht. Vanuit de optiek van de scheiding der machten is de uitoefening van dergelijke opdrachten dan ook uitgesloten." <sup>(5)</sup>

In advies 27.402/2, gegeven op 12 maart 1998<sup>(6)</sup>, heeft de afdeling wetgeving van de Raad van State het volgende gesteld :

"Doordat het amendement nr. 2 (...) aan de regering de mogelijkheid biedt om een magistraat tot voorzitter, ondervoorzitter of lid van de voornoemde Raad te benoemen met een daaraan verbonden voltijdse bezoldiging, komt het in strijd met artikel 155 van de Grondwet."

Indien de mate van onafhankelijkheid ten opzichte van het uitvoerend orgaan van de instelling waarin de zittende magistraat met een opdracht wordt belast, als onderscheidingscriterium wordt genomen, stuit het voorontwerp niet op fundamentele bezwaren. De vermelding dat de Commissie voor de Modernisering van de Rechterlijke

---

<sup>(5)</sup> Toelichting, Gedr. St., Kamer van volksvertegenwoordigers, 1677/1- 97/98, blz. 88 et 89. Zie eveneens het amendement van de regering nr. 61 en de verklaringen van de heren Giet en Reynders (Verslag, Gedr. St., Kamer, nr. 1677/8-97/98, blz. 82).

<sup>(6)</sup> Advies 27.402/1, gegeven op 12 maart 1998, over amendementen op een voorstel van wet dat ontstaan heeft gegeven aan de wet van 26 april 1999 tot wijziging van sommige artikelen van de wet van 5 augustus 1991 tot bescherming van de economische mededinging en aan de wet van 26 april 1999 tot wijziging van de wet van 5 augustus 1991 tot bescherming van de economische mededinging (Gedr. St., Senaat, 1996-1997, 614/7).

Orde wordt opgericht "bij de FOD Justitie" heeft immers volgens de gemachtigde van de minister hoofdzakelijk een budgettair doel. Om alle onzekerheid in dit verband te voorkomen, moet in de tekst van het voorontwerp worden aangegeven dat de Commissie volledig onafhankelijk haar taken vervult.

Het voorontwerp is daarentegen in strijd met de tekst van de Grondwet indien als onderscheidingscriterium wordt genomen de overheid die de zittende magistraat benoemt in een ambt dat financieel interessant is <sup>(7)</sup>, wat de bestaansreden is van artikel 155 van de Grondwet, dat tot doel heeft te voorkomen dat de uitvoerende macht zich verzekert van de loyaliteit van de rechter door hem een beloning in uitzicht te stellen.

### III. Bevoegdheid van de wetgever

1. Inzake de oprichting en de organisatie van de overheidsdiensten volgt zowel uit de artikelen 37 en 107, tweede lid, van de Grondwet als uit artikel 87 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen, dat de ambten, commissies, comités, raden, adviesorganen en andere "observatieposten" die aan de uitvoerende macht verbonden zijn, door die uitvoerende macht moeten worden opgericht en geregeld, en niet door de wetgever, die zich met deze aangelegenheid niet hoort te bemoeien <sup>(8)</sup>.

---

<sup>(7)</sup> Luidens artikel 7, derde lid, van het voorontwerp hebben de voorzitter en de ondervoorzitter recht op dezelfde bezoldiging als die van de eerste advocaat-generaal bij het Hof van Cassatie, alsmede op de daaraan verbonden verhogingen en voordelen. Krachtens artikel 8, eerste lid, ontvangen de leden van de Commissie een bijkomende maandelijkse weddeverhoging van 400 euro.

<sup>(8)</sup> Advies 37.904/4, gegeven op 22 december 2004, over een voorstel van wet "tot oprichting van een FOD Migratie, tot afschaffing van de Dienst Vreemdelingenzaken en tot overheveling van de taken inzake het vreemdelingen- en het asielbeleid van de FOD Binnenlandse Zaken naar de FOD Migratie"(ingediend door Mw. Marie Nagy en Mw. Zoé Genot)" (Gedr. St., Kamer, 2004/2005, 1465); advies 32.319/4, gegeven op 11 maart 2002, over een voorontwerp dat aanleiding heeft gegeven tot het decreet van 20 juni 2002 tot instelling van een algemeen afgevaardigde van de Franse Gemeenschap voor de rechten van het kind (Gedr. St., Franse Gemeenschapsraad, 2001/2002, 259/1); advies 32.227/4, gegeven op 22 oktober 2001, over een voorontwerp van wet "tot wijziging van de wet van 3 januari 1933 op de vervaardiging van, de handel in en het dragen van wapens en op de handel in munitie", (Gedr. St., Kamer, 2001/2002, 1598/1).

Wanneer daarentegen de raadpleging van het opgerichte orgaan verplicht is, de adviezen ervan de overheid kunnen binden of verplichtingen worden opgelegd aan derden, dienen de oprichting, de opdrachten en de samenstelling ervan, de vergoedingen of bezoldigingen die eventueel aan de leden ervan worden toegekend, alsmede de essentiële regels inzake de werkwijze ervan bij wet te worden bepaald.

Zelfs buiten dit laatste geval, is het optreden van de wetgevende macht niet absoluut uitgesloten.

"Dans les faits, la détermination de l'autorité compétente -l'exécutif ou le législatif - dépend en réalité de la place que l'on entend réserver au service concerné dans la structure institutionnelle et des pouvoirs qui lui sont attribués." <sup>(9)</sup>

In aangelegenheden die vallen onder de bevoegdheid van de Koning, is het optreden van de wetgever mogelijk <sup>(10)</sup>, althans indien dit optreden gerechtvaardigd wordt door uitzonderlijke omstandigheden of indien het betrekking heeft op bepalingen die krachtens de Grondwet alleen door de wetgever kunnen worden uitgevaardigd <sup>(11)</sup>.

2. De Commissie voor de Modernisering van de Rechterlijke Orde en de algemene Raad van de partners die bij het voorontwerp worden opgericht, hebben geen bevoegdheid om verplicht advies te geven, hun adviezen binden de overheid niet en het voorontwerp legt aan derden geen verplichtingen op.

---

<sup>(9)</sup> R. ANDERSEN et alii, "Le Conseil d'État, Chronique de jurisprudence 2002", RBDC 2004, nr. 43, blz. 77.

<sup>(10)</sup> Advies 27.331/1, gegeven op 19 februari 1998, over een ontwerp dat heeft geleid tot het koninklijk besluit van 16 juli 1998 betreffende de mobiliteit van het personeel van sommige overheidsdiensten.

<sup>(11)</sup> Advies 32.455/4/1, gegeven op 30 en 31 oktober 2001, over een voorontwerp dat heeft geleid tot de programmawet van 30 december 2001 (Gedr. St., Kamer, 2003/2004, 314/1); advies 34.971/1/2/3/4, gegeven op 27 februari 2003, over een voorontwerp dat aanleiding heeft gegeven tot de programmawet van 8 april 1993 (Gedr. St., Kamer, 2002/2003, 2343/1).

De betrokken aangelegenheid, namelijk de rechterlijke organisatie, valt weliswaar onder de Grondwet en de wet. Dit impliceert evenwel niet dat iedere kwestie inzake rechterlijke organisatie noodzakelijkerwijs bij de Grondwet of de wet moet worden geregeld.

Het staat daarentegen vast dat de bepalingen betreffende de mogelijkheid om zittende magistraten te benoemen in de Commissie voor de Modernisering van de Rechterlijke Orde vallen onder de bevoegdheid van de wetgever<sup>(12)</sup>. Hetzelfde geldt voor de bepalingen die, voor alle zittende magistraten en parketmagistraten die lid zijn van de Commissie voor de Modernisering, de bezoldiging en vergoedingen, de onverenigbaarheden, de detachering en de vervanging regelen.

Bijgevolg rechtvaardigen deze bepalingen dat er een beroep op de wetgever wordt gedaan, zelfs als ze slechts een gedeelte van het voorontwerp vormen.

Het zou echter beter zijn deze bevoegdheidskwestie in de memorie van toelichting uitgebreider uiteen te zetten.

#### Bijzondere opmerkingen

#### Opschrift en hoofdstuk IV

Het is beter de opgerichte raad "Algemene Raad van de partners van de Rechterlijke Orde" te noemen.

De benaming "algemene Raad van de partners" is immers niet zeer duidelijk.

---

<sup>(12)</sup> Zie artikel 323*bis* van het Gerechtelijk Wetboek, dat door het voorontwerp niet wordt gewijzigd, dat bepaalt dat "in de bij de wet bepaalde gevallen" een lid van de zittende magistratuur een opdracht kan vervullen.

## Dispositief

### Artikel 1

De bepalingen die betrekking hebben op de benoeming van magistraten in de Commissie voor de Modernisering van de Rechterlijke Orde <sup>(13)</sup>, hun bezoldiging en vergoedingen <sup>(14)</sup>, de onverenigbaarheden <sup>(15)</sup> alsmede hun detachering en vervanging <sup>(16)</sup>, hebben te maken met de organisatie van de hoven en rechtbanken en regelen derhalve een aangelegenheid als bedoeld in artikel 77 - en meer bepaald artikel 77, 9°, - van de Grondwet.

Hetzelfde geldt voor de deelneming van de magistraten aan de algemene Raad van de partners <sup>(17)</sup>.

Artikel 1 moet dienovereenkomstig worden aangepast.

### Artikel 5

Het tweede lid bepaalt: "twee leden zijn ambtenaren van niveau A van een Federale Overheidsdienst, minstens één van die vier is afkomstig van de Federale Overheidsdienst Justitie".

Er dient blijkbaar te worden geschreven: "één van de twee is afkomstig van de Federale Overheidsdienst Justitie".

---

<sup>(13)</sup> Cf. artikelen 323*bis*, 327 en 327*bis* van het Gerechtelijk Wetboek.

<sup>(14)</sup> Cf. titel III van het tweede deel van het Gerechtelijk Wetboek.

<sup>(15)</sup> Cf. artikelen 292 e.v. van het Gerechtelijk Wetboek.

<sup>(16)</sup> Cf. artikelen 323*bis*, 327 en 327*bis* van het Gerechtelijk Wetboek.

<sup>(17)</sup> Cf. artikel 294, tweede lid, van het Gerechtelijk Wetboek.

### Artikel 7

1. Artikel 7 omvat inzonderheid soortgelijke bepalingen als die van artikel 323*bis* van het Gerechtelijk Wetboek. De twee bepalingen vertonen echter de volgende verschillen :

- 1° in artikel 7 wordt geen gewag gemaakt van de beperking die vervat is in artikel 323*bis*, eerste lid, in verband met de vrederechters, de rechters in de politierechtbank, de toegevoegde vrederechters en de toegevoegde rechters in de politierechtbank;
- 2° artikel 323*bis* bepaalt dat alle magistraten die een opdracht vervullen, hun plaats op de ranglijst "behouden", terwijl artikel 7, vijfde lid, alleen voor de voorzitter, de ondervoorzitter en de twee leden-magistraten die korpschef waren <sup>(18)</sup> bepaalt dat ze hun plaats op de ranglijst "opnieuw" opnemen na de beëindiging van hun mandaat;
- 3° artikel 7 handelt niet over de magistraten die een adjunct-mandaat bekleedden, dat al dan niet definitief was, of een specifiek mandaat.

Indien het niet de bedoeling van de steller van het voorontwerp is af te wijken van het gemeen recht waarin artikel 323*bis* van het Gerechtelijk Wetboek voorziet, dient hij uit artikel 7 alle bepalingen weg te laten die handelen over kwesties die reeds door dit artikel 323*bis* geregeld zijn.

Indien de steller van het voorontwerp wel de bedoeling heeft af te wijken van de bepalingen van artikel 323*bis* van het Gerechtelijk Wetboek, dient hij te voorzien in een volledige alternatieve regeling en in het licht van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet de verschillen met artikel 323*bis* van het Gerechtelijk Wetboek te rechtvaardigen.

---

<sup>(18)</sup> Deze beperking is geenszins gerechtvaardigd.

Indien het de bedoeling van de steller van het voorontwerp is gedeeltelijk af te wijken van de bepalingen van artikel 323*bis* van het Gerechtelijk Wetboek, dient hij te preciseren dat "in afwijking van artikel 323*bis* van het Gerechtelijk Wetboek" deze of gene aangelegenheid op een verschillende wijze geregeld wordt en dient hij dit verschil te rechtvaardigen in het licht van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet.

In alle gevallen moet in de memorie van toelichting de gekozen regeling duidelijk worden uiteengezet en moet de tekst grondig worden herzien.

### Artikel 10

1. Gelet op de opdracht waarmee de "algemene Raad van de partners" belast wordt, is het verkieslijk te spreken van leden, en niet van "vertegenwoordigers", naar het voorbeeld van de personen die de Commissie voor de Modernisering vormen, omdat het niet gaat om personen die de instellingen of overheden "vertegenwoordigen" die hen hebben aangewezen, daar deze instellingen of overheden die personen niet bekleden met welk mandaat ook om deel te nemen aan de werkzaamheden en vergaderingen van de algemene Raad.

2. De woorden "aangewezen door het Hof van Cassatie" zijn te vaag. Wie wordt aldus bedoeld : de eerste voorzitter, de procureur-generaal, de algemene vergadering, de korpsvergadering?

3. Twee leden worden aangewezen door de Raad van procureurs des Konings. Zou derhalve niet moeten worden bepaald dat twee van de vier leden die worden aangewezen door de eerste voorzitters van de hoven van beroep en van de arbeidshoven, magistraten van gerechten van eerste aanleg moeten zijn?

4. De Raad van State vraagt zich af om welke reden de twee notarissen niet worden aangewezen door de nationale kamer van notarissen, waarvan artikel 91, eerste

.../...

lid, 8° en 9°, van de wet van 25 ventôse - 5 germinal jaar XI tot regeling van het notarisambt bepaalt dat ze bevoegd is om :

- "8° op eigen initiatief of op verzoek, ten behoeve van alle openbare overheden of privé-personen, adviezen uit te brengen in verband met aangelegenheden van algemeen belang betreffende de uitoefening van het notarisberoep;
- 9° binnen de grenzen van haar bevoegdheid, alle leden van de genootschappen van notarissen van het Rijk te vertegenwoordigen ten aanzien van elke overheid of instelling".

#### Artikel 12

Het tweede lid dient te vervallen.

Het bepaalt :

"De algemene Raad houdt rekening met een zo evenwichtig mogelijke deelname op functioneel en geografisch vlak en op het vlak van het geslacht."

In deze bepaling wordt immers gewoon een wens uitgedrukt en bovendien heeft de algemene Raad geen zeggenschap over zijn eigen samenstelling, aangezien deze afhangt van de personen die door de verschillende overheden worden aangewezen.

#### Artikel 13

Er is geen reden om af te wijken van de gebruikelijke regel van de inwerkingtreding van wetten.

-----

De kamer was samengesteld uit

|           |                                 |                         |
|-----------|---------------------------------|-------------------------|
| de Heren  | P. LIÉNARDY,                    | staatsraad, voorzitter, |
| Mevrouwen | Ph. QUERTAINMONT,<br>M. BAGUET, | staatsraden,            |
|           | A.-C. VAN GEERSDAELE,           | griffier.               |

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

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

DE GRIFFIER,

DE VOORZITTER,

A.-C. VAN GEERSDAELE

P. LIÉNARDY