GG

ROYAUME DE BELGIQUE

_ _ _ _ _ _ _ _ _ _

AVIS 43.056/4
DU 4 JUIN 2007

DE LA SECTION DE LÉGISLATION
DU CONSEIL D'ÉTAT

_ _ _ _ _ _ _ _ _ _ _ _

Le CONSEIL D'ÉTAT, section de législation, quatrième chambre, saisi par la Vice-Première Ministre et Ministre de la Protection de la Consommation, le 7 mai 2007, d'une demande d'avis, dans un délai de trente jours, sur un projet d'arrêté royal "relatif au transfert des membres du personnel du service de médiation créé auprès de La Poste à l'Institut belge des services postaux et des télécommunications", a donné l'avis suivant :

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

*
* *

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

Sur ces trois points, le projet appelle les observations suivantes.

Observations générales

Portée du projet

L'article 43*ter* de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques, inséré par l'article 4 de la loi du 21 décembre 2006 portant des dispositions diverses en vue de la création du service de médiation pour le secteur postal et modifiant la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques, a institué, auprès de l'Institut belge des services postaux et des télécommunications, un service de médiation pour le secteur postal compétent pour les matières concernant les usagers, notamment de La Poste.

L'article 46*ter* de la loi du 21 mars 1991, précitée, également inséré par la loi du 21 décembre 2006, précitée, dispose comme suit :

"Art. 46*ter*. § 1er. Les agents mis à la disposition du Service de médiation de LA POSTE et dont la liste est arrêtée par le ministre qui a les services postaux dans ses attributions, sont transférés, sauf opposition de leur part, à l'Institut belge des services postaux et des télécommunications selon les règles à fixer par le Roi, après concertation avec les organisations syndicales représentatives du personnel.

Le transfert mentionné au paragraphe précédent est effectué au plus tard le 1er janvier 2007.

§ 2. Les agents statutaires nommés à titre définitif à LA POSTE sont nommés agents de l'Institut belge des services postaux et des télécommunications, soit en conservant leur grade, soit à un grade équivalent selon un tableau fixé par le Roi.

Ils conservent au moins la rémunération et l'ancienneté qu'ils avaient à La POSTE au moment du transfert.

En ce qui concerne les agents contractuels qui bénéficiaient d'un contrat de travail à durée indéterminée et qui sont transférés à l'Institut belge des services postaux et des télécommunications, il est conclu, par dérogation à l'article 73, § 2, de la présente loi, un contrat de travail à durée indéterminée.

§ 3. Pour le calcul de la pension des agents transférés en application du présent article, les services prestés à LA POSTE restent à charge de LA POSTE.

§ 4. Les emplois occupés par les agents transférés sont ajoutés au cadre organique de l'Institut belge des services postaux et des télécommunications fixé par l'article 1er de l'arrêté royal du 18 mars 1993 fixant le cadre organique dudit Institut.

§ 5. Au cours de leur mise à disposition du service de médiation pour le secteur postal, les membres du personnel, sont soumis à l'autorité hiérarchique du médiateur.

§ 6. Au cours de leur mise à disposition du service de médiation pour le secteur postal, les membres du personnel gardent leur situation statutaire en matière de rémunération y compris leur allocation de gestion, d'ancienneté, de promotion et de pension dont ils bénéficiaient auprès de l'Institut belge des services postaux et des télécommunications."

L'arrêté en projet a pour objet de régler les modalités du transfert des agents mis à la disposition du Service de médiation de La Poste vers l'Institut belge des services postaux et des télécommunications en vue de leur mise à disposition du service de médiation pour le secteur postal, en application de l'article 46*ter*, de la loi du 21 mars 1991, précitée.

Fondement juridique

L'arrêté en projet trouve son fondement juridique dans l'article 46*ter*, § 1er, alinéa 1er, de la loi du 21 mars 1991, précitée, inséré par la loi du 21 décembre 2006, précitée.

Observations particulières

Préambule

Alinéa 1er

1. Après les mots "notamment l'article 46*ter*", il convient d'insérer les mots "§ 1er, alinéa 1er et § 2, inséré par la loi du 21 décembre 2006".

2. L'article 71 de la loi du 21 mars 1991, précitée, a été abrogé par l'article 158, 1/, de la loi du 25 avril 2007 portant des dispositions diverses (IV) avec effet au 18 mai 2007. Les mots "et l'article 71", figurant à la fin de l'alinéa 1er du préambule, seront dès lors omis (cette disposition ne constituait de toute manière pas le fondement légal de l'arrêté en projet).

Alinéa 2

L'arrêté en projet ne trouve pas sa base juridique dans la loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des secteurs des postes et des télécommunications belges. L'alinéa 2 sera dès lors omis.

Alinéas 3 et 4

Les deux arrêtés royaux du 11 janvier 2007, cités dans les alinéas 3 et 4 du préambule, ne constituent pas le fondement juridique du texte en projet. Ils ne sont pas non plus abrogés ou modifiés par celui-ci. Les alinéas 3 et 4 du préambule seront dès lors omis.

Alinéa 5 (devenant alinéa 2)

L'alinéa 5 (devenant l'alinéa 2) sera rédigé comme suit :

"Vu l'avis de l'inspecteur des finances donné les 4 janvier 2007 et 15 janvier 2007".

Alinéa 6 (devenant alinéa 4) et alinéa 7 (devenant alinéa 3)

Il y a lieu d'indiquer la date à laquelle l'accord du Ministre de la Fonction publique a été donné, à savoir le 24 avril 2007.

Il convient en outre d'inverser les alinéas mentionnant respectivement l'accord du Ministre du Budget (alinéa 7 devenant alinéa 3) et l'accord du Ministre de la Fonction publique (alinéa 6 devenant alinéa 4), de manière à respecter l'ordre chronologique dans lequel ces accords ont été donnés.

Alinéa 9 (devenant alinéa 6)

L'alinéa 9 (devant l'alinéa 6) sera complété avec le numéro et la date du présent avis.

Dispositif

Article 1er

Comme déjà signalé, l'article 71 de la loi du 21 mars 1991, précitée, a été abrogé par l'article 158, 1/, de la loi du 25 avril 2007 portant des dispositions diverses (IV). La référence à cette disposition, figurant à l'article 1er, 1/, du projet, ne peut dès lors être maintenue (1).

Article 2

1. Au paragraphe 1er, il y a lieu, dans la colonne 1 du texte français, d'écrire "principal" au masculin singulier.

2. Dans la phrase liminaire de l'article 2, § 2, du projet, les mots "aux dispositions de" seront remplacés par les mots "à".

3. Au paragraphe 2, 2/, de la même disposition, il est fait mention d'agents transférés nommés "en qualité de conseillers". Le titre de "conseiller" n'apparaît toutefois pas dans la colonne 2 du tableau figurant à l'article 2, § 1er, du projet. Il y a lieu de remédier à cette incohérence.

(1) Voir l'article 2, 1/, de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques.

Article 3

1. La phrase liminaire de l'article 3, § 1er, serait mieux rédigée comme suit :

"Le traitement pris en considération pour l'application de l'article 16, alinéa 2, de l'arrêté royal du 11 janvier 2007 portant statut pécuniaire du personnel de l'Institut belge des services postaux et des télécommunications est le traitement dont les agents bénéficiaient à la date de leur transfert, augmenté :".

2. Au paragraphe 1er, alinéa 3, il convient d'écrire, dans la version française du texte, "précités" au lieu de "précitée" et "considérés" au lieu de "considéré".

3. Au paragraphe 2, dans la version française du texte, il convient d'insérer le signe "§" avant le chiffre "2".

4. Au début du paragraphe 2, les deux versions linguistiques du texte ne concordent pas (le texte néerlandais utilise les mots "De ambtenaren" alors que le texte français utilise le mot "Ils"). Les deux versions linguistiques doivent être mises en concordance.

5. Le paragraphe 2 ne peut être admis que s'il vise des primes, allocations et indemnités autres que celles énumérées à l'article 46*ter*, § 6, de la loi du 21 mars 1991 précitée.

Article 4

Il ressort de l'article 46*ter*, § 2, alinéa 3, de la loi du 21 mars 1991, précitée, que les agents transférés peuvent être des agents contractuels. Il appartient aux auteurs du projet de vérifier si la disposition prévue à l'article 4, § 1er, du projet, respecte les droits garantis aux travailleurs par la législation applicable en matière de congés des travailleurs salariés.

Article 5

En ce qui concerne la rétroactivité que l'article 5 envisage de donner au projet, il y a lieu de rappeler que la non-rétroactivité des actes administratifs est de règle, en vertu d'un principe général de droit. La rétroactivité peut toutefois être justifiée si elle est autorisée par une disposition législative. En l'absence d'autorisation légale, la rétroactivité ne peut être admise qu'à titre exceptionnel, lorsqu'elle est nécessaire, notamment, à la continuité du service public ou à la régularisation d'une situation de fait ou de droit et pour autant qu'elle respecte les exigences de la sécurité juridique et les droits individuels.

En l'espèce, la rétroactivité envisagée peut être considérée comme justifiée au regard de l'article 46*ter*, § 1er, alinéa 2, de la loi du 21 mars 1991, précitée, le transfert du personnel à l'Institut belge des services postaux et des télécommunications devant se faire, en vertu de cette disposition "au plus tard le 1er janvier 2007".

La chambre était composée de

Messieurs	Ph. HANSE,	président de chambre,
	P. LIÉNARDY,	conseillers d'État,
	J. JAUMOTTE,	
Madame	C. GIGOT,	greffier.

Le rapport a été présenté par Mme W. VOGEL, auditeur.

LE GREFFIER, LE PRÉSIDENT,

C. GIGOT Ph. HANSE

GG

KONINKRIJK BELGIË

ADVIES 43.056/4
VAN 4 JUNI 2007

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, vierde kamer, op 7 mei 2007 door de Vice-Eerste Minister en Minister van Consumentenzaken verzocht haar, binnen een termijn van dertig dagen, van advies te dienen over een ontwerp van koninklijk besluit "betreffende de overdracht van de personeelsleden van de bij De Post opgerichte dienst «Ombudsman» naar het Belgisch Instituut voor postdiensten en telecommunicatie", heeft het volgende advies gegeven :

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

*
* *

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

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

Algemene opmerkingen

Strekking van het ontwerp

Bij artikel 43*ter* van de wet van 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven, ingevoegd bij artikel 4 van de wet van 21 december 2006 houdende diverse bepalingen met het oog op de oprichting van de ombudsdienst voor de postsector en tot wijziging van de wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie, is bij het Belgisch Instituut voor postdiensten en telecommunicatie een ombudsdienst voor de postsector opgericht, die bevoegd is voor gebruikersaangelegenheden, onder meer van De Post.

Artikel 46*ter* van de voornoemde wet van 21 maart 1991, dat ook ingevoegd is bij de voornoemde wet van 21 december 2006, luidt als volgt :

"Art. 46*ter*. § 1. De personen die ter beschikking zijn gesteld van de dienst ombudsman bij DE POST en waarvan de lijst door de minister die bevoegd is voor de postdiensten wordt vastgesteld, worden behoudens verzet van hunnentwege, overgedragen aan het Belgisch Instituut voor postdiensten en telecommunicatie volgens de door de Koning bepaalde nadere regels, na overleg met de representatieve vakorganisaties van het personeel.

De in het vorige lid bedoelde overdracht geschiedt uiterlijk op 1 januari 2007.

§ 2. De bij DE POST vastbenoemde statutaire ambtenaren worden tot ambtenaar benoemd bij het Belgisch Instituut voor postdiensten en telecommunicatie, hetzij met behoud van graad, hetzij in een gelijkwaardige graad volgens een door de Koning vastgestelde tabel.

Zij behouden ten minste de bezoldiging en de anciënniteit die zij hadden bij DE POST op het ogenblik van de overdracht.

De contractuele personeelsleden die over een arbeidscontract van onbepaalde duur beschikten en die aan het Belgisch Instituut voor postdiensten en telecommunicatie worden overgedragen, worden in afwijking van artikel 73, § 2, van deze wet, aangeworven met een arbeidsovereenkomst van onbepaalde duur.

§ 3. Voor de berekening van het pensioen van de personeelsleden overgedragen overeenkomstig dit artikel, blijven de bij DE POST verrichte diensten ten laste van DE POST.

§ 4. De dienstbetrekkingen die worden bezet door de overgedragen personeelsleden worden toegevoegd aan de personeelsformatie van het Belgisch Instituut voor postdiensten en telecommunicatie, vastgesteld bij artikel 1 van het koninklijk besluit van 18 maart 1993 tot vaststelling van de personeelsformatie van dat Instituut.

§ 5. Zolang de personeelsleden ter beschikking staan van de ombudsdienst voor de postsector, staan zij onder het hiërarchisch gezag van de Ombudsman.

§ 6. Zolang de personeelsleden te[r] beschikking staan van de ombudsdienst voor de postsector behouden zij hun statutaire situatie inzake beloning inclusief hun beheerstoelage, anciënniteit, bevordering en pensioen die zij bij het Belgisch Instituut voor postdiensten en telecommunicatie bezitten."

Het ontworpen besluit strekt ertoe de nadere regels vast te stellen voor de overheveling van de ambtenaren die ter beschikking zijn gesteld van de dienst ombudsman van De Post, naar het Belgisch Instituut voor postdiensten en telecommunicatie, om ze ter beschikking te stellen van de ombudsdienst voor de postsector, overeenkomstig artikel 46*ter*, van de voornoemde wet van 21 maart 1991.

Rechtsgrond

Het ontworpen besluit ontleent zijn rechtsgrond aan artikel 46*ter*, § 1, eerste lid, van de voornoemde wet van 21 maart 1991, ingevoegd bij de voornoemde wet van 21 december 2006.

Bijzondere opmerkingen

Aanhef

Eerste lid

1. Na de woorden "inzonderheid op artikel 46*ter*" moeten de volgende woorden worden ingevoegd "§ 1, eerste lid en § 2, ingevoegd bij de wet van 21 december 2006".

2. Artikel 71 van de voornoemde wet van 21 maart 1991 is opgeheven bij artikel 158, 1/, van de wet van 25 april 2007 houdende diverse bepalingen (IV) met ingang van 18 mei 2007. De woorden "en op artikel 71" aan het einde van het eerste lid van de aanhef moeten bijgevolg vervallen (deze bepaling vormde hoe dan ook niet de rechtsgrond van het ontworpen besluit).

Tweede lid

Het ontworpen besluit ontleent geen rechtsgrond aan de wet van 17 januari 2003 met betrekking tot het statuut van de regulator van de Belgische post- en telecommunicatiesector. Het tweede lid moet bijgevolg vervallen.

Derde en vierde lid

De twee koninklijke besluiten van 11 januari 2007, genoemd in het derde en het vierde lid van de aanhef, leveren geen rechtsgrond op voor de ontworpen regeling. Ze worden ook niet opgeheven of gewijzigd door die regeling. Het derde en het vierde lid van de aanhef moeten bijgevolg vervallen.

Vijfde lid (dat het tweede lid wordt)

Het vijfde lid (dat het tweede lid wordt) moet als volgt worden gesteld :

"Gelet op het advies van de inspecteur van financiën, gegeven op 4 januari 2007 en 15 januari 2007".

Zesde lid (dat het vierde lid wordt) en zevende lid (dat het derde lid wordt)

De datum van de akkoordbevinding van de Minister van Ambtenarenzaken moet worden vermeld, namelijk 24 april 2007.

Bovendien moet de volgorde van de leden waarin respectievelijk de akkoordbevinding van de Minister van Begroting (zevende lid, dat het derde lid wordt) en de akkoordbevinding van de Minister van Ambtenarenzaken (zesde lid, dat het vierde lid wordt) worden genoemd, omgekeerd worden, zodat de chronologische volgorde van die akkoordbevindingen in acht genomen wordt.

Het negende lid (dat het zesde lid wordt)

Het negende lid (dat het zesde lid) wordt, moet aangevuld worden met het nummer en de datum van dit advies.

Dispositief

Artikel 1

Zoals reeds is opgemerkt, is artikel 71 van de voornoemde wet van 21 maart 1991 opgeheven bij artikel 158, 1/, van de wet van 25 april 2007 houdende diverse bepalingen (IV). De verwijzing naar die bepaling in artikel 1, 1/, van het ontwerp kan dus niet behouden blijven [(1)].

Artikel 2

1. In de Franse tekst schrijve men in paragraaf 1, kolom 1 "principal" in het mannelijk enkelvoud.

2. In de inleidende zin van artikel 2, § 2, van het ontwerp schrijve men "In afwijking van artikel 51" in plaats van "In afwijking van de bepalingen van artikel 51".

3. In paragraaf 2, 2/, van dezelfde bepaling is er sprake van overgehevelde ambtenaren die "tot adviseur" worden benoemd. De titel "adviseur" staat evenwel niet in kolom 2 van de tabel opgenomen in artikel 2, § 1, van het ontwerp. Die inconsistentie moet verholpen worden.

(1) Zie artikel 2, 1/, van de wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie.

Artikel 3

1. Het zou beter zijn de inleidende zin van artikel 3, § 1, als volgt te stellen :

"De wedde die in aanmerking genomen wordt voor de toepassing van artikel 16, tweede lid, van het koninklijk besluit van 11 januari 2007 houdende het geldelijk statuut van het personeel van het Belgisch Instituut voor postdiensten en telecommunicatie, is de wedde die de ambtenaren op de datum van hun overgang genoten, verhoogd :".

2. Paragraaf 1, derde lid, zou aldus gesteld moeten worden :

"Voor de toepassing van het eerste lid worden de toelage en het compenserende bedrag die beide hiervoren aan de orde zijn, niet beschouwd als wedde of als weddebijslag."

3. In paragraaf 2 moet in de Franse versie van de tekst het teken "§" ingevoegd worden vóór het cijfer "2".

4. Aan het begin van paragraaf 2 stemmen de twee taalversies van de tekst niet overeen (in de Nederlandse tekst worden de woorden "De ambtenaren" gebruikt, terwijl in de Franse tekst het woord "Ils" wordt gebruikt). De twee taalversies moeten met elkaar in overeenstemming worden gebracht.

5. Paragraaf 2 is enkel aanvaardbaar voorzover hij slaat op andere premies, toelagen en vergoedingen dan die welke worden opgesomd in artikel 46*ter*, § 6, van de voornoemde wet van 21 maart 1991.

Artikel 4

Uit artikel 46*ter*, § 2, derde lid, van de voornoemde wet van 21 maart 1991 blijkt dat het overgehevelde personeel arbeidscontractanten kunnen zijn. De stellers van het ontwerp moeten nagaan of het bepaalde in artikel 4, § 1, van het ontwerp de rechten in acht neemt die aan de werknemers gewaarborgd zijn bij de wetgeving die van toepassing is op de vakantie van werknemers.

Artikel 5

Wat betreft de terugwerking die artikel 5 aan het ontwerp beoogt te verlenen, moet er weer op worden gewezen dat als algemeen rechtsbeginsel geldt dat administratieve handelingen geen terugwerkende kracht hebben. Terugwerkende kracht kan evenwel gerechtvaardigd zijn indien een wetsbepaling die toestaat. Indien er geen wet is die terugwerkende kracht toestaat, kan terugwerking alleen uitzonderlijk worden aanvaard wanneer ze meer bepaald noodzakelijk is voor de continuïteit van de overheidsdienst of om een feitelijke of rechtelijke situatie te regulariseren en voor zover hierbij de vereisten inzake rechtszekerheid en de individuele rechten in acht worden genomen.

In casu kan geoordeeld worden dat terugwerking gerechtvaardigd is ten aanzien van artikel 46*ter*, § 1, tweede lid, van de voornoemde wet van 21 maart 1991, luidens welke bepaling de overheveling van het personeel naar het Belgisch Instituut voor postdiensten en telecommunicatie "uiterlijk op 1 januari 2007" moet plaatsvinden.

De kamer was samengesteld uit

de Heren	Ph. HANSE,	kamervoorzitter,
	P. LIÉNARDY, J. JAUMOTTE,	staatsraden,
Mevrouw	C. GIGOT,	griffier.

Het verslag werd uitgebracht door Mevr. W. VOGEL, auditeur.

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

DE GRIFFIER, DE VOORZITTER,

C. GIGOT Ph. HANSE