

KONINKRIJK BELGIË

ADVIES 43.271/1

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, eerste kamer, op 12 juni 2007 door de Minister van Middenstand verzocht haar, binnen een termijn van dertig dagen, van advies te dienen over een ontwerp van koninklijk besluit "tot vaststelling van het statuut van het personeel van het Secretariaat van de Hoge Raad voor de Zelfstandigen en de Kleine en Middelgrote Ondernemingen", heeft op 26 juni 2007 het volgende advies gegeven:

Rekening houdende met het tijdstip waarop dit advies gegeven wordt, vestigt de Raad van State de aandacht op het feit dat, wegens het ontslag van de regering, de bevoegdheid van deze laatste beperkt is tot het afhandelen van de lopende zaken. 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.

*

* *

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 vraag of aan de voorgeschreven vormvereisten is voldaan.

Daarnaast bevat dit advies ook een aantal opmerkingen over andere punten. Daaruit mag echter niet worden afgeleid dat de afdeling wetgeving binnen de haar toegemeten termijn een exhaustief onderzoek van het ontwerp heeft kunnen verrichten.

*

* *

STREKKING EN RECHTSGROND VAN HET ONTWERP

1. Zoals het opschrift ervan aangeeft, strekt het om advies voorgelegde ontwerp ertoe om het statuut van het personeel van het secretariaat van de Hoge Raad voor de Zelfstandigen en de Kleine en Middelgrote Ondernemingen vast te stellen. De bestaande regeling, opgenomen in het koninklijk besluit van 20 juni 1967 ⁽¹⁾, wordt opgeheven.

⁽¹⁾ Koninklijk besluit tot vaststelling van het statuut van het personeel van het Secretariaat van de Hoge Raad voor de Middenstand.

2. Rechtsgrond daarvoor is te vinden in artikel 24 van de wetten betreffende de organisatie van de Middenstand, gecoördineerd op 28 mei 1979. Dat artikel machtigt de Koning om het kader en het statuut vast te stellen van het personeel van de Hoge Raad voor de Zelfstandigen en de Kleine en Middelgrote Ondernemingen, op voordracht van de Minister van Middenstand en van de minister tot wiens bevoegdheid het algemeen bestuur behoort.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Aanhef

1. Het volstaat om in het eerste lid van de aanhef te verwijzen naar artikel 24 van de wetten betreffende de organisatie van de Middenstand. De verwijzing naar artikel 21 dient te worden geschrapt, aangezien dat artikel het ontwerp niet tot rechtsgrond strekt.

2. In de aanhef moeten alle teksten worden vermeld die nog van kracht zijnde wijzigingen hebben aangebracht aan de artikelen waarnaar verwezen wordt. Gelet daarop dient in de tweede aanhefverwijzing de datum "14 april 1977" te worden geschrapt. De wijzigingen die door het koninklijk besluit van 14 april 1977 zijn aangebracht aan het koninklijk besluit van 20 juni 1967 zijn immers niet meer van kracht.

3. Ook het derde tot het vijfde lid van de aanhef moeten worden geschrapt. De erin vermelde koninklijke besluiten strekken het ontworpen besluit niet tot rechtsgrond en worden erdoor niet gewijzigd. De vermelding ervan is evenmin noodzakelijk voor een goed begrip van de ontworpen regeling.

Artikel 6

Luidens artikel 6, § 1, a) (lees: 1/) ⁽²⁾, van het ontwerp moeten de kandidaten "Belg zijn of burger van een andere Staat die deel uitmaakt van de Europese economische ruimte of van de Zwitserse Bondsstaat".

Op grond van artikel 10, tweede lid, van de Grondwet zijn alleen de Belgen tot de burgerlijke en militaire bedieningen benoembaar, behoudens de uitzonderingen die voor bijzondere gevallen door een wet kunnen worden gesteld. Op grond van die bepaling staat het derhalve niet aan de Koning om af te wijken van het nationaliteitsvereiste.

Het aan Belgen voorbehouden van de betrekkingen van het secretariaat van de Hoge Raad voor de Zelfstandigen en de Kleine en Middelgrote Ondernemingen strijdt echter met het beginsel van het vrij verkeer van werknemers, gehuldigd in artikel 39 van het EG-Verdrag, in zoverre het gaat om betrekkingen die geen rechtstreekse of onrechtstreekse deelneming aan de uitoefening van het openbaar gezag inhouden, en die geen werkzaamheden omvatten ter bescherming van de algemene belangen van de staat of van andere openbare lichamen. De uitzondering die lid 4 van dat artikel maakt voor "betrekkingen in overheidsdienst", moet volgens de rechtspraak van het Hof van Justitie immers beperkend geïnterpreteerd worden. Uit die rechtspraak volgt meer bepaald dat onderdanen van een lidstaat van de Europese Economische Ruimte zonder meer toegang moeten hebben tot betrekkingen die geen rechtstreekse of onrechtstreekse deelneming aan de uitoefening van het openbaar gezag inhouden, en die geen werkzaamheden omvatten ter bescherming van de algemene belangen van de staat of van andere openbare lichamen ⁽³⁾.

⁽²⁾ Het is legistiek gebruikelijk de onderdelen van een opsomming aan te geven met 1/, 2/, ..., en, wanneer in een onderdeel van een opsomming een verdere opsomming voorkomt, met a), b), ... Vergelijk trouwens met de artikelen 1, 4, § 1, 6, § 2, 10, § 1, 18, § 2, 28, § 1, 30, § 2, eerste lid, 38 en 46 van het ontwerp.

⁽³⁾ Zie o.m.: H.v.J., 17 december 1980, Commissie t. België, 149/79, *Jur.*, 1980, 3881.

Artikel 8

Het is niet duidelijk hoe het geval bedoeld in artikel 7, namelijk tijdelijk personeelsleden in dienst nemen voor buitengewoon werk, te rijmen valt met de hypothese van een betrekking die "definitief" onbezet is (zie artikel 8, eerste lid, waarin naar artikel 7 wordt verwezen).

Artikel 26

Het in de eerste zin van artikel 26 opgenomen voorschrift is een louter declaratieve bepaling. Ze wordt daarom beter uit het ontwerp weggelaten. Indien ze toch behouden blijft, hoort meer specifiek te worden verwezen naar de opschriften van de bedoelde wetten in plaats van te verwijzen naar "de wetgeving op de herstelling van de uit arbeidsongevallen en beroepsziekten voortspuitende schade".

In de mate dat het voorschrift opgenomen in de tweede zin meer is dan een louter declaratieve bepaling, moet ze uit het ontwerp worden weggelaten. Artikel 35 van de arbeidsongevallenwet van 10 april 1971 - ook van toepassing op beroepsziekten, zie artikel 49 van de wetten betreffende de preventie van beroepsziekten en de vergoeding van de schade die uit die ziekten voortvloeit, gecoördineerd op 3 juni 1970 - vereist immers de naleving van specifieke nadere vormvoorschriften (inzonderheid het advies van de Nationale Arbeidsraad en het overleg in Ministerraad) wanneer de Koning optreedt met het oog op het beperken of verruimen van het loonbegrip. Indien toch voor het behoud van het betrokken voorschrift wordt geopteerd, en het niet om een louter declaratieve bepaling gaat, zal moeten worden voldaan aan de verplichte vormvoorschriften.

Artikel 35

Indien het werkelijk de bedoeling is slechts één enkele hypothese te regelen, is het uiteraard niet nodig om met een opsomming te werken die slechts uit één element bestaat.

Artikel 39

De ontworpen bepaling moet zo worden geredigeerd dat er duidelijk uit blijkt welke wetgeving van toepassing wordt gemaakt. Indien normen met kracht van wet van toepassing worden gemaakt, kan zulks enkel bij wet of krachtens een besluit dat steunt op een wettelijke machtiging. Zulke machtiging kan echter niet worden geacht te zijn begrepen in de rechtsgrond van artikel 24 van de gecoördineerde wetten.

Artikel 43

De vermelding van de artikelen die niet van toepassing zijn op de secretaris-generaal en de adjunct-secretaris-generaal is onvolkomen (zo impliceert de vermelding van artikel 9 noodzakelijkerwijze dat ook artikel 10 niet van toepassing is), en bovendien niet coherent met andere bepalingen van het dispositief, die expliciet aandacht hebben voor afwijkende regelingen met betrekking tot de rechtspositie van de secretaris-generaal en adjunct-secretaris-generaal (zie bijvoorbeeld de vermelding van het niet van toepassing zijnde artikel 29, terwijl nochtans artikel 29, derde lid, expliciet is gewijd aan de situatie van de secretaris-generaal en adjunct-secretaris-generaal).

De stellers horen het ontwerp vanuit deze invalshoek aan een nieuw wetgevingstechnisch onderzoek te onderwerpen. Het verdient daarbij aanbeveling om de afwijkende regelingen met betrekking tot de secretaris-generaal en adjunct-secretaris-generaal telkens per hoofdstuk uitdrukkelijk aan bod te laten komen, in welk geval artikel 43 uit het ontwerp kan worden weggelaten.

Artikel 46

Aan alle bepalingen van de ontworpen regeling wordt terugwerkende kracht gegeven. In dat verband moet worden opgemerkt dat het verlenen van terugwerkende kracht aan besluiten slechts onder bepaalde voorwaarden toelaatbaar kan worden geacht.

Het verlenen van terugwerkende kracht aan besluiten is enkel toelaatbaar ingeval voor de retroactiviteit een wettelijke grondslag bestaat, de retroactiviteit betrekking heeft op een regeling die, met inachtneming van het gelijkheidsbeginsel, voordelen toekent of in zoverre de retroactiviteit noodzakelijk is voor de goede werking van de diensten en daardoor, in beginsel, geen verkregen situaties worden aangetast.

Enkel indien de retroactiviteit van de ontworpen regeling in één van de opgesomde gevallen valt in te passen, kan deze worden gebillijkt.

De kamer was samengesteld uit

de Heren	M. VAN DAMME,	kamervoorzitter,
	J. BAERT,	
	W. VAN VAERENBERGH,	staatsraden,
	A. SPRUYT,	assessor van de afdeling wetgeving,
Mevrouw	G. VERBERCKMOES,	griffier.

Het verslag werd uitgebracht door de H. B. WEEKERS, auditeur.

DE GRIFFIER,

DE VOORZITTER,

G. VERBERCKMOES

M. VAN DAMME

ROYAUME DE BELGIQUE

Avis 43.271/1

DE LA SECTION DE LÉGISLATION
DU CONSEIL D'ÉTAT

Le CONSEIL D'ÉTAT, section de législation, première chambre, saisi par le Ministre des Classes moyennes, le 12 juin 2007, d'une demande d'avis, dans un délai de trente jours, sur un projet d'arrêté royal "fixant le statut du personnel du Secrétariat du Conseil Supérieur des Indépendants et des Petites et Moyennes Entreprises", a donné le 26 juin 2007 l'avis suivant:

Compte tenu du moment où le présent avis est donné, le Conseil d'État attire l'attention sur le fait qu'en raison de la démission du gouvernement, la compétence de celui-ci se trouve limitée à l'expédition des affaires courantes. Le présent avis est toutefois donné sans qu'il soit examiné si le projet relève bien de la compétence ainsi limitée, 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.

*

* *

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.

Par ailleurs, le présent avis comporte également un certain nombre d'observations sur d'autres points. Il ne peut toutefois s'en déduire que, dans le délai qui lui est imparti, la section de législation a pu procéder à un examen exhaustif du projet.

*

* *

PORTÉE ET FONDEMENT JURIDIQUE DU PROJET

1. Comme l'indique l'intitulé, le projet soumis pour avis entend fixer le statut du personnel du secrétariat du Conseil supérieur des indépendants et des petites et moyennes entreprises. La réglementation actuelle, figurant dans l'arrêté royal du 20 juin 1967 ⁽¹⁾, est abrogée.

⁽¹⁾ Arrêté royal fixant le statut du personnel du Secrétariat du Conseil supérieur des Classes moyennes.

2. Le fondement juridique est procuré par l'article 24 des lois relatives à l'organisation des Classes moyennes, coordonnées le 28 mai 1979. Cet article habilite le Roi à fixer le cadre et le statut du personnel du Conseil supérieur des indépendants et des petites et moyennes entreprises, sur proposition du ministre des Classes moyennes et du ministre qui a l'administration générale dans ses attributions.

EXAMEN DU TEXTE

Préambule

1. Le premier alinéa du préambule peut se borner à faire référence à l'article 24 des lois relatives à l'organisation des Classes moyennes. Dès lors que l'article 21 ne procure pas de fondement juridique au projet, la référence à cet article doit être omise.

2. Il y a lieu d'indiquer dans le préambule tous les textes qui ont apporté des modifications encore en vigueur aux articles concernés. Dès lors, il convient d'omettre la date du "14 avril 1977" au deuxième alinéa du préambule. En effet, les modifications apportées par l'arrêté royal du 14 avril 1977 à l'arrêté royal du 20 juin 1967 ne sont plus en vigueur.

3. Les troisième à cinquième alinéas du préambule seront également supprimés. Les arrêtés royaux qui y sont visés ne procurent pas de fondement juridique à l'arrêté en projet et ne sont pas modifiés par celui-ci. Leur mention ne s'avère pas non plus nécessaire pour la bonne compréhension du texte en projet.

Article 6

Selon l'article 6, § 1^{er}, a) (lire: 1/) ⁽²⁾, du projet, les candidats doivent "être Belges ou citoyens d'un autre État faisant partie de l'Espace économique européen ou de la Confédération suisse".

⁽²⁾ Il est d'usage en légistique de désigner les éléments d'une énumération par les mentions 1/, 2/, etc., et, lorsqu'une nouvelle énumération figure dans un élément d'une énumération, par les mentions a), b), etc. À comparer, du reste, avec les articles 1^{er}, 4, § 1^{er}, 6, § 2, 10, § 1^{er}, 18, § 2, 28, § 1^{er}, 30, § 2, alinéa 1^{er}, 38 et 46 du projet.

Selon l'article 10, alinéa 2, de la Constitution, seuls les Belges sont admissibles aux emplois civils et militaires, sauf les exceptions qui peuvent être établies par une loi pour des cas particuliers. En vertu de cette disposition, il n'appartient dès lors pas au Roi de déroger à la condition de nationalité.

Toutefois, réserver aux seuls Belges les emplois du secrétariat du Conseil supérieur des indépendants et des petites et moyennes entreprises est contraire au principe de libre circulation des travailleurs consacré par l'article 39 du Traité CE, dans la mesure où il s'agit de fonctions ne comportant pas de participation, directe ou indirecte, à l'exercice de la puissance publique et qui n'ont pas pour objet la sauvegarde des intérêts généraux de l'État ou des autres collectivités publiques. L'exception que fait le paragraphe 4 de cet article pour les "emplois dans l'administration publique" doit en effet être interprétée de manière restrictive selon la jurisprudence de la Cour de justice. Il ressort plus précisément de cette jurisprudence que les ressortissants d'un État membre de l'Espace économique européen doivent avoir accès sous réserve aux emplois ne comportant pas de participation, directe ou indirecte, à l'exercice de la puissance publique et qui n'ont pas pour objet la sauvegarde des intérêts généraux de l'État ou des autres collectivités publiques ⁽³⁾.

Article 8

On n'aperçoit pas comment le cas visé à l'article 7, à savoir celui de l'engagement temporaire d'agents pour des travaux extraordinaires, peut se concilier avec l'hypothèse d'un emploi "définitivement" inoccupé (voir article 8, alinéa 1^{er}, dans lequel il est fait référence à l'article 7).

⁽³⁾ Voir notamment: C.J.C.E., 17 décembre 1980, Commission c. Belgique, 149/79, *Jur.*, 1980, 3881.

Article 26

La disposition figurant à la première phrase de l'article 26 est purement déclarative. Il vaut mieux, pour cette raison, l'omettre du projet. Si elle devait malgré tout être maintenue, il y aurait lieu de mentionner plus spécifiquement les intitulés des lois visées plutôt que de renvoyer à "la législation sur la réparation des dommages résultant des accidents du travail et maladies professionnelles".

Dans la mesure où la deuxième phrase s'avère ne pas être qu'une simple disposition déclarative, il convient de l'omettre du projet. L'article 35 de la loi sur les accidents du travail du 10 avril 1971 - qui s'applique également aux maladies professionnelles, voir l'article 49 des lois relatives à la prévention des maladies professionnelles et à la réparation des dommages résultant de celles-ci, coordonnées le 3 juin 1970 - exige en effet le respect de formalités spécifiques (notamment l'avis du Conseil national du travail et la délibération en Conseil des ministres) quand le Roi intervient dans le but d'étendre ou de limiter la notion de rémunération. Si la disposition concernée devait néanmoins être maintenue et au cas où elle ne serait pas purement déclarative, il y aurait lieu d'accomplir les formalités requises.

Article 35

Si l'intention est réellement de ne régler qu'une seule hypothèse, il est naturellement inutile de recourir à une énumération qui ne se compose que d'un seul élément.

Article 39

Il convient de rédiger la disposition en projet de façon à indiquer clairement la législation qui est rendue applicable. Dans l'hypothèse où des normes ayant force de loi seraient rendues applicables, il ne peut être procédé que par une loi ou en vertu d'un arrêté basé sur une habilitation légale. Le fondement juridique procuré par l'article 24 des lois coordonnées ne peut être supposé comporter une telle habilitation.

Article 43

La liste des articles qui ne sont pas applicables au secrétaire général ni au secrétaire général adjoint est incomplète (en effet, la mention de l'article 9 implique par la force des choses que l'article 10 n'est pas non plus d'application), et n'est, en outre, pas cohérente avec d'autres dispositions du dispositif qui sont explicitement consacrées à des règles dérogatoires concernant le statut du secrétaire général et du secrétaire général adjoint (voir, par exemple, l'article 29 qui est précisé ne pas être applicable alors que l'alinéa 3 de cet article 29 traite expressément de la situation du secrétaire général et du secrétaire général adjoint).

Il convient que les auteurs réexaminent le projet sous cet angle sur le plan de la légistique. Il est recommandé en outre de faire figurer expressément les règles dérogatoires concernant le secrétaire général et le secrétaire général adjoint à chaque fois par chapitre, l'article 43 pouvant dans ce cas être omis du projet.

Article 46

Il est donné effet rétroactif à l'ensemble des dispositions du texte en projet. À ce propos, il convient de rappeler que c'est seulement sous certaines conditions que l'attribution d'un effet rétroactif à des arrêtés peut être réputée admissible.

L'attribution d'un effet rétroactif aux arrêtés n'est admissible que lorsqu'il existe un fondement légal à cet effet, lorsque la rétroactivité se rapporte à une règle qui accorde des avantages, dans le respect du principe d'égalité, ou dans la mesure où elle s'impose pour assurer le bon fonctionnement des services et ne porte pas atteinte, en principe, à des situations acquises.

La rétroactivité des dispositions en projet ne peut se justifier que si elle s'inscrit dans l'une des hypothèses énumérées.

La chambre était composée de

Messieurs	M. VAN DAMME,	président de chambre,
	J. BAERT,	
	W. VAN VAERENBERGH,	conseillers d'État,
	A. SPRUYT,	assesseur de la section de législation,
Madame	G. VERBERCKMOES,	greffier.

Le rapport a été présenté par M. B. WEEKERS, auditeur.

La concordance entre la version néerlandaise et la version française a été vérifiée sous le contrôle de M. J. BAERT.

LE GREFFIER,

LE PRÉSIDENT,

G. VERBERCKMOES

M. VAN DAMME