

ROYAUME DE BELGIQUE

AVIS 44.164/4
DU 19 MARS 2008

DE LA SECTION DE LÉGISLATION
DU CONSEIL D'ÉTAT

Le CONSEIL D'ÉTAT, section de législation, quatrième chambre, saisi par le Ministre des Affaires étrangères, le 21 février 2008, d'une demande d'avis, dans un délai de trente jours, sur un projet d'arrêté royal "régulant l'octroi d'une indemnité de retour en faveur de certains agents du Service public fédéral Affaires étrangères, Commerce extérieur et Coopération au développement", a donné l'avis suivant :

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

Sur ces trois points, le projet appelle les observations ci-après.

Observation préalable

Selon la note adressée le 1^{er} juin 2006 par l'auteur du projet au Ministre du Budget, le projet d'arrêté royal règle l'octroi d'une indemnité de retour aux agents des carrières extérieures et de l'Administration centrale du service public fédéral Affaires étrangères, Commerce extérieur et Coopération au Développement et il abroge les arrêtés royaux des 21 avril 1970 et 28 mai 1973 qui organisent le versement d'une indemnité de transfert et d'une indemnité de logement en faveur de certains agents lorsqu'ils sont de retour au Département après avoir été affectés dans un poste à l'étranger pendant un an au moins pour les diplomates et chanceliers et deux ans au moins pour les agents de la carrière intérieure.

Ces indemnités leur sont allouées pendant une période de trois années prenant cours, selon le cas, à la date de leur adjonction ou de leur réintégration à l'administration centrale.

L'auteur du projet justifie l'octroi de ces deux indemnités par la nécessité de permettre aux agents réaffectés à l'administration centrale de faire face aux frais liés à leur installation en Belgique.

L'auteur du projet entend requalifier, dans un souci de simplification administrative et de facilité de gestion, les deux indemnités de transfert et de logement en une seule, appelée désormais indemnité de retour, et uniformiser sa méthode de calcul.

.../...

L'auteur du projet expose encore que celui-ci prévoit dorénavant la possibilité de maintenir cette indemnité de retour au-delà de la période initiale de trois années - et pour une durée totale ne pouvant excéder cinq ans - en faveur de l'ensemble des agents bénéficiaires, moyennant certaines conditions de procédure mais sans critères précis d'octroi.

Quant à la rétroactivité du dispositif fixée au 1^{er} juillet 2005, elle se justifie, selon l'auteur du projet, par la nécessité de régulariser la situation d'agents qui, à cette date, comptaient déjà trois ans d'affectation à l'Administration centrale et qui y ont été maintenus dans l'intérêt du service étant donné les fonctions d'expertise ou de direction qu'ils y exercent, lesdites fonctions n'étant pas davantage objectivement précisées.

Compte tenu de l'objet de l'"indemnité de retour", de la durée de son octroi ainsi que de la possibilité de sa prolongation, l'auteur du texte doit être en mesure de justifier le régime de cette "indemnité de retour" au regard de la règle d'égalité inscrite à l'article 10 de la Constitution, en tant qu'elle doit aussi s'appliquer de la même manière au sein de la fonction publique fédérale pour ce qui concerne ses agents placés dans des situations comparables à celles visées dans le présent projet. À défaut, le mécanisme serait contraire au prescrit constitutionnel.

Observations particulières

Préambule

Alinéas 2 et 5

Ces deux alinéas doivent être omis.

Ni l'article 63 de l'arrêté royal du 25 avril 1956 fixant le statut des agents du Ministère des Affaires étrangères et du Commerce extérieur, ni l'article 35, F, de celui du 3 juin 1999 portant règlement organique du Ministère des Affaires étrangères, du Commerce extérieur et de la Coopération internationale ne constituent en effet des fondements juridiques de l'arrêté en projet, dont aucune disposition n'a non plus pour objet la modification ou l'abrogation de ces articles 63 et 35, F.

.../...

Alinéas 7 et 8

Ces deux alinéas seront intervertis pour respecter l'ordre chronologique suivant lequel les deux accords visés ont été donnés.

Alinéas 10 à 12

Ces trois alinéas constituent une justification de l'opportunité du dispositif, de sorte que les alinéas 11 et 12 doivent être présentés, ainsi que c'est le cas pour l'alinéa 10, comme des considérants.

Il n'y a, d'autre part, pas lieu de viser "l'urgence motivée" à l'alinéa 11, dès lors qu'il n'est pas fait application de l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2/, des lois coordonnées sur le Conseil d'État.

Enfin, les considérants sont normalement placés entre les alinéas visant le fondement juridique ainsi que les textes éventuellement modifiés ou abrogés et ceux mentionnant l'accomplissement des formalités requises, soit en l'occurrence entre les alinéas 5 et 6 - devenant les alinéas 3 et 4, vu l'observation ci-avant sur les alinéas 2 et 5.

DispositifArticle 3

Les alinéas 1^{er} et 4 de cet article disposent comme suit :

"Le Ministre des Affaires étrangères ou son délégué peut, sur proposition motivée du Comité de direction et après avis favorable de l'Inspection des Finances, prolonger l'octroi de cette indemnité au-delà des trois années initiales en faveur des agents des carrières du Service extérieur, de Chancellerie et des Attachés de la Coopération internationale qui exercent une fonction de direction ou d'expertise justifiant leur maintien à l'administration centrale.

[...]

.../...

Les agents de l'administration centrale sont exclus du bénéfice de cette prolongation."

Les "agents de l'administration centrale" ainsi exclus ne peuvent être que ceux visés à l'article 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2/, du projet, à savoir les "agents de la carrière de l'Administration centrale qui, après avoir été chargés de remplir temporairement des fonctions dans un poste à l'étranger pendant deux ans au moins, réintègrent l'administration centrale".

Il apparaît toutefois que les "agents des carrières du Service extérieur, de Chancellerie et des Attachés de la Coopération internationale" pouvant bénéficier de la prolongation prévue à l'alinéa 1^{er} sont ceux visés à l'article 1^{er}, alinéa 1^{er}, 1/, du projet, à savoir les "agents des carrières du Service extérieur, de Chancellerie et des Attachés de la Coopération internationale qui, après avoir été affectés dans un poste à l'étranger pendant un an au moins, sont temporairement adjoints à l'administration centrale".

Si ce qui précède est exact, il serait alors préférable, pour plus de clarté, de remplacer les mots "en faveur des agents des carrières du Service extérieur, de Chancellerie et des Attachés de la Coopération internationale" par "en faveur des agents visés à l'article 1^{er}, alinéa 1^{er}, 1/" dans l'alinéa 1^{er} et d'omettre l'alinéa 4.

Article 5

Suivant cet article, l'arrêté en projet produira ses effets le 1^{er} juillet 2005. La non-rétroactivité des actes administratifs est cependant 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'occurrence, la rétroactivité au 1^{er} juillet 2005 serait justifiée par "la nécessité de régulariser la situation d'agents qui, à cette date, comptaient déjà trois ans d'affectation à l'Administration centrale et qui y ont été maintenus dans l'intérêt du service étant donné les fonctions d'expertise ou de direction qu'ils y exercent" ⁽¹⁾.

D'une part, et indépendamment de son manque de clarté, cette motivation n'est de nature à justifier la rétroactivité qu'en ce qui concerne l'article 3 du projet, à l'exclusion de ses autres dispositions. Il s'impose, d'autre part, de préciser dans le dispositif ce qu'il faut entendre par régulariser la situation des agents visés, ainsi que les modalités selon lesquelles interviendra cette régularisation.

L'article 5 doit donc être fondamentalement revu, puisqu'il ne se justifie en tout cas pas de faire rétroagir l'ensemble de l'arrêté : il y a lieu de prévoir des dispositions réglant spécifiquement les conditions et modalités de la régularisation envisagée, en se référant notamment à l'article 3 des arrêtés que l'article 4 du projet tend à abroger et en veillant également à ne restreindre en aucune manière les droits résultant desdits arrêtés.

Comme les dispositions particulières à prévoir à cet effet ne doivent concerner qu'un nombre limité d'agents dès à présent identifiables comme en étant les potentiels bénéficiaires, elles ne présenteraient pas le caractère réglementaire requis par l'article 3, § 1^{er}, des lois coordonnées sur le Conseil d'État pour que la section de législation puisse en connaître, de sorte que le projet ne devrait pas lui être soumis à nouveau.

⁽¹⁾ Voir également, sur ce point, l'alinéa 12 du préambule du projet.

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 M. J.-L. PAQUET, premier auditeur.

LE GREFFIER,

LE PRÉSIDENT,

C. GIGOT

Ph. HANSE

KONINKRIJK BELGIË

ADVIES 44.164/4
VAN 19 MAART 2008

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, vierde kamer, op 21 februari 2008 door de Minister van Buitenlandse Zaken verzocht hem, binnen een termijn van dertig dagen, van advies te dienen over een ontwerp van koninklijk besluit "tot regeling van de toekenning van een terugkeervergoeding voor bepaalde ambtenaren van de Federale Overheidsdienst Buitenlandse Zaken, Buitenlandse Handel en Ontwikkelingssamenwerking", heeft het volgende advies gegeven :

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

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

Voorafgaande opmerking

Volgens de nota die de steller van het ontwerp op 1 juni 2006 naar de Minister van Begroting heeft gestuurd, regelt het ontwerp van koninklijk besluit de toekenning van een terugkeervergoeding aan de ambtenaren van de carrières buitenlandse dienst en de carrières hoofdbestuur van de federale overheidsdienst Buitenlandse Zaken, Buitenlandse Handel en Ontwikkelingssamenwerking, en heft het de koninklijk besluiten van 21 april 1970 en 28 mei 1973 op, die voorzien in de storting van een overplaatsingsvergoeding en een verblijfsvergoeding aan sommige ambtenaren wanneer ze teruggekeerd zijn naar het departement nadat ze gedurende minstens één jaar voor de diplomaten en kanseliers en minstens twee jaar voor de ambtenaren van de carrière hoofdbestuur, tewerkgesteld zijn geweest op een post in het buitenland.

Die vergoedingen worden hun toegekend gedurende een periode van drie jaar die, naargelang van het geval, aanvangt op de datum waarop ze worden toegevoegd aan of weer een taak krijgen bij het hoofdbestuur.

Ter verantwoording van de toekenning van die twee vergoedingen voert de steller van het ontwerp aan dat de ambtenaren die opnieuw aangesteld worden bij het hoofdbestuur in staat gesteld moeten worden de kosten te dragen van hun vestiging in België.

De steller van het ontwerp wil, ter wille van de administratieve vereenvoudiging en een gemakkelijker beheer, van de twee vergoedingen - overplaatsing en verblijf - één enkele vergoeding maken, die voortaan terugkeervergoeding heet, en de berekeningswijze ervan eenvormig maken.

De steller van het ontwerp zet voorts nog uiteen dat het ontwerp voortaan de mogelijkheid biedt die terugkeervergoeding langer te handhaven dan gedurende de oorspronkelijke periode van drie jaar - en voor een totale termijn van niet langer dan vijf jaar - voor alle ambtenaren die die vergoeding genieten, mits naleving van een aantal procedurevoorschriften, maar zonder dat precieze toekenningscriteria zijn vastgesteld.

De terugwerking van het dispositief tot 1 juli 2005 is, volgens de steller van het ontwerp gewettigd door de noodzaak de situatie te regulariseren van ambtenaren die op die datum reeds drie jaar bij het hoofdbestuur waren aangesteld en die daar nog altijd aangesteld zijn in het belang van de dienst gelet op de bestuurs- of expertisefuncties die ze daar uitoefenen, waarbij die functies niet nader objectief omschreven zijn.

Gezien de strekking van de "terugkeervergoeding", de termijn gedurende welke ze wordt toegekend en de mogelijkheid om ze te verlengen, moet de steller van de tekst in staat zijn het stelsel van "terugkeervergoeding" te verantwoorden uit het gezichtspunt van het gelijkheidsbeginsel vastgelegd in artikel 10 van de Grondwet, voor zover het evenzo moet gelden binnen de federale overheidsdiensten voor ambtenaren die zich in vergelijkbare situaties bevinden als die genoemd in het onderhavige ontwerp. Zo niet zou de regeling in strijd zijn met de grondwettelijke voorschriften.

Bijzondere opmerkingen

Aanhef

Tweede en vijfde lid

Deze twee leden moeten vervallen.

.../...

Immers, noch artikel 63 van het koninklijk besluit van 25 april 1956 tot vaststelling van het statuut der personeelsleden van het Ministerie van Buitenlandse Zaken en Buitenlandse Handel, noch artikel 35, F, van het koninklijk besluit van 3 juni 1999 houdende het organiek reglement van het Ministerie van Buitenlandse Zaken, Buitenlandse Handel en Internationale Samenwerking leveren rechtsgrond op voor het ontworpen besluit, en geenenkele bepaling van het ontwerp strekt tot wijziging of opheffing van die artikelen 63 en 35, F.

Zevende en achtste lid

Deze beide leden moeten onderling van plaats verwisseld worden zodat de chronologische volgorde van de twee genoemde akkoordbevindingen, in acht genomen wordt.

Tiende tot twaalfde lid

In deze drie leden wordt de wenselijkheid van het ontwerp gewettigd, zodat het elfde en het twaalfde lid, net zoals dat het geval is voor het tiende lid, als een overweging moeten worden geformuleerd.

Daarenboven is er geen reden om in het elfde lid te spreken van de "hoogdringendheid die is ingegeven door", aangezien geen toepassing is gegeven aan artikel 84, § 1, eerste lid, 2/, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State.

Ten slotte staan overwegingen normaal gezien tussen de leden waarin de rechtsgrond en de eventueel gewijzigde of opgeheven regelingen worden genoemd, en de leden waarin vermeld wordt dat voldaan is aan de voorgeschreven vormvereisten, dus in casu tussen het vijfde en het zesde lid - die het derde en het vierde lid worden, gelet op de bovenstaande opmerking over het tweede en het vijfde lid.

Dispositief

Artikel 3

Het eerste en het vierde lid van dit artikel luiden als volgt :

"De Minister van Buitenlandse Zaken of zijn afgevaardigde kan na een met redenen omkleed voorstel van het Directiecomité en na gunstig advies van de Inspectie van Financiën, de vergoedingsperiode van de drie eerste jaren verlengen voor de ambtenaren van de carrière Buitenlandse Dienst, de Kanselarijcarrière en de carrière van de Attachés voor Internationale Samenwerking die een bestuurs- of een expertisefunctie uitoefenen die hun aanwezigheid op het hoofdbestuur rechtvaardigt.

[...]

De ambtenaren van het hoofdbestuur hebben geen recht op bedoelde verlenging."

De aldus uitgesloten "ambtenaren van het hoofdbestuur" kunnen alleen de ambtenaren zijn bedoeld in artikel 1, eerste lid, 2/, van het ontwerp, namelijk "de ambtenaren van de carrière Hoofdbestuur die, na het tijdelijk uitoefenen van functies in een post in het buitenland gedurende minstens twee jaar, terugkeren naar het hoofdbestuur".

De "ambtenaren van de carrière Buitenlandse Dienst, de Kanselarijcarrière en de carrière van de Attachés voor Internationale Samenwerking" die in aanmerking komen voor de verlenging voorgeschreven in het eerste lid, zijn echter blijkbaar de ambtenaren die bedoeld worden in artikel 1, eerste lid, 1/, van het ontwerp, namelijk de "de ambtenaren van de carrière Buitenlandse Dienst, de Kanselarijcarrière en de carrière van de Attachés voor Internationale Samenwerking die, na gedurende minstens een jaar in een post in het buitenland te zijn tewerkgesteld, tijdelijk aan het hoofdbestuur worden toegevoegd".

Indien het bovenstaande juist is, zou het ter wille van de duidelijkheid beter zijn de woorden "voor de ambtenaren van de carrière Buitenlandse Dienst, de Kanselarijcarrière en de carrière van de Attachés voor Internationale Samenwerking" in het eerste lid te vervangen door "voor de ambtenaren bedoeld in artikel 1, eerste lid, 1/", en het vierde lid te schrappen.

.../...

Artikel 5

Luidens dit artikel heeft het ontworpen besluit uitwerking met ingang van 1 juli 2005. Niet-retroactiviteit van bestuurshandelingen is evenwel gebruikelijk, krachtens een algemeen rechtsbeginsel. Retroactiviteit kan evenwel worden gerechtvaardigd als daarvoor bij wet machtiging wordt gegeven. Bij ontstentenis van enige wettelijke machtiging kan retroactiviteit enkel uitzonderlijk worden toegestaan, wanneer deze noodzakelijk is, inzonderheid voor de continuïteit van de openbare dienst of voor de regularisatie van een feitelijke of rechtelijke situatie en voor zover daarbij rekening wordt gehouden met de eisen inzake rechtszekerheid en individuele rechten.

In casu zou de terugwerking tot 1 juli 2005 verantwoord zijn door de noodzaak de situatie te regulariseren van ambtenaren die op die datum reeds drie jaar bij het hoofdbestuur waren aangesteld en die daar nog altijd aangesteld zijn in het belang van de dienst gelet op de bestuurs- of expertisefuncties die ze daar uitoefenen ⁽¹⁾.

Enerzijds kan deze motivering, afgezien van de vaagheid ervan, alleen de terugwerking wettigen van artikel 3 van het ontwerp, en niet van de andere bepalingen. Bovendien moet in het dispositief gepreciseerd worden wat verstaan wordt onder het regulariseren van de situatie van de bedoelde ambtenaren, en moeten de nadere regels worden genoemd volgens welke die regularisatie geschiedt.

Artikel 5 moet bijgevolg grondig worden herzien, aangezien terugwerking van het hele besluit hoe dan ook niet gewettigd is : er moeten bepalingen worden opgenomen die specifiek de voorwaarden en de regels voor de voorgenomen regularisatie vastleggen, waarbij onder meer verwezen behoort te worden naar artikel 3 van de besluiten die bij artikel 4 van het ontwerp zouden worden opgeheven, en erover gewaakt moet worden dat de rechten die uit de genoemde besluiten volgen geenszins worden ingeperkt.

⁽¹⁾ Zie ook, wat dat betreft, het twaalfde lid van de aanhef van het ontwerp.

Aangezien de bijzondere bepalingen waarin daartoe moet worden voorzien slechts betrekking zullen hebben op een beperkt aantal ambtenaren die nu reeds bekend zijn als mogelijke begunstigden, zullen ze niet het reglementaire karakter hebben dat volgens artikel 3, § 1, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State noodzakelijk is wil de afdeling wetgeving er kennis van kunnen nemen. Het ontwerp behoort dan ook niet opnieuw hieraan te worden voorgelegd.

De kamer was samengesteld uit

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

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

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

DE GRIFFIER,

DE VOORZITTER,

C. GIGOT

Ph. HANSE