GG

ROYAUME DE BELGIQUE

AVIS 44.933/2/V
DU 13 AOÛT 2008

DE LA SECTION DE LÉGISLATION
DU CONSEIL D'ÉTAT

Le CONSEIL D'ÉTAT, section de législation, deuxième chambre des vacations, saisi par le Président de la Chambre des représentants, le 16 juillet 2008, d'une demande d'avis, dans un délai de trente jours, sur un une proposition de loi "modifiant le Code judiciaire, en ce qui concerne le statut juridique des membres du Bureau du Conseil supérieur de la Justice" (Doc. parl., Chambre, 2007-2008, n/ 52-1093/1), après avoir été examiné en ses séances des 12 et 13 août 2008 a donné l'avis suivant :

KONINKRIJK BELGIË

ADVIES 44.933/2/V
VAN 13 AUGUSTUS 2008

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, tweede vakantiekamer, op 16 juli 2008 door de Voorzitter van de Kamer van volksvertegenwoordigers verzocht hem, binnen een termijn van dertig dagen, van advies te dienen over een wetsvoorstel "tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek wat betreft de rechtspositie van de bureauleden van de Hoge Raad voor de Justitie" (Parl. St., Kamer, 2007-2008, nr. 52-1093/1), na de zaak te hebben onderzocht op de zittingen van 12 en 13 augustus heeft het volgende advies gegeven :

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 de la proposition, 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, la proposition de loi appelle les observations ci-après.

Portée de la proposition de loi

1. Selon le résumé qui l'accompagne, la proposition de loi "vise à clarifier le statut des membres du Bureau du CSJ [lire : "Conseil supérieur de la Justice"] qui, pendant la durée de leur mandat, seront considérés comme liés par un contrat de travail avec le CSJ".

Dans les développements, les auteurs de la proposition de loi, après s'être référés à une précédente proposition de loi (1) et à un rapport d'un groupe de travail chargé d'examiner la question du statut juridique des membres du Bureau du Conseil supérieur de la Justice (2), observent que les dispositions de l'article 259*bis*-21 du Code judiciaire, relatives à ce statut, sont incomplètes à divers égards : la position statutaire des membres magistrats du Bureau n'est pas claire (l'article 323*bis* du Code judiciaire leur est-il, notamment, applicable ?); le statut des membres non-magistrats est inexistant (quel est le lien juridique qui les lie au CSJ ? Comment doivent-ils être déclarés du point de vue de la sécurité sociale ? Qu'en est-il de ceux de ces membres non-magistrats qui bénéficieraient d'un statut public dans leur fonction d'origine ?); l'octroi aux membres du Bureau d'une pension à charge du Trésor public n'est pas réglé (dès lors que les membres non magistrats ne pourraient prétendre à une pension à charge du Trésor, comment maintenir l'égalité entre les quatre membres du Bureau ?); la fin du mandat des membres du Bureau n'est pas non plus réglée (possibilité ou non de charger un membre du Bureau d'une mission ? Possibilité ou non d'octroyer une "prime de sortie" compte tenu des risques pris pendant l'exercice du mandat ?).

---

(1) Proposition de loi de Mme M. Taelman et de Mr. F. Borginon du 24 avril 2007 "modifiant le Code judiciaire, en vue de compléter le statut juridique des membres du Bureau du Conseil supérieur de la Justice" (DOC 51 3096/001), devenue caduque.

(2) Ci-après dénommé le "Bureau".

Afin de régler ces différents problèmes, les auteurs de la proposition de loi proposent pour l'avenir, à savoir dès l'installation des prochains membres du Bureau à partir de septembre 2008 [(3)], d'apporter les réponses suivantes aux problèmes ainsi soulevés :

- en ce qui concerne leur situation juridique, les membres du Bureau ayant la qualité de magistrat seraient explicitement placés "en congé pour mission au sens de l'article 323*bis* du Code judiciaire", et tous les membres du Bureau, qu'ils soient ou non magistrats, seraient "censés être liés par un contrat de travail avec le Conseil supérieur" durant le temps de leur mandat de membre du Bureau;

- en ce qui concerne leur traitement, tous les membres du Bureau recevraient le même traitement, à savoir "le traitement de premier avocat général près la Cour de cassation y compris les avantages et augmentations qui y sont attachés", ainsi que le même supplément de traitement que celui alloué à un juge d'instruction en application de l'article 357 du Code judiciaire;

- en ce qui concerne la pension, le maintien de la durée du mandat de membre du Bureau à quatre ans ne permettant pas d'accorder aux membres non magistrats une pension à charge du Trésor [(4)], la nature "contractuelle" du lien qui unirait les membres du Bureau au CSJ permettrait à ce Conseil de conclure une assurance groupe dans le cadre de la loi du 28 avril 2003 relative aux pensions complémentaires et au régime fiscal de celles-ci et de certains avantages complémentaires en matière

---

(3) Voir les articles 2, a), et 3, alinéa premier, de la proposition de loi. Pour les anciens membres du Bureau et les membres du Bureau actuellement en cours de mandat, rien n'est proposé en ce qui concerne la pension et la nature juridique du lien unissant les membres du Bureau au CSJ; en ce qui concerne le traitement, le régime actuel serait maintenu, si ce n'est que l'allocation complémentaire annuelle de quinze mille euros serait également allouée aux membres non-magistrats; les membres du Bureau, quelle que soit leur qualité, pourraient revendiquer le bénéfice de la "prime de sortie", sous l'une ou l'autre de ses deux modalités (voir les articles 2, b), et 3, deuxième alinéa, de la proposition de loi).

(4) Il est fait état, dans les développements (point 2.3. - p. 5), de ce qu'il faut une période minimale de cinq ans pour pouvoir prétendre à l'octroi d'une telle pension.

de sécurité sociale; toujours selon les développements [5], le montant de cette pension complémentaire serait calculé de telle façon "que le membre du Bureau obtienne une pension correspondant à l'avantage prévu dans le régime des pensions publiques pour les années passées au Conseil supérieur en appliquant le tantième utilisé pour les services dans la magistrature et en tenant compte du supplément de traitement";

- en ce qui concerne la "prime de sortie", le membre du Bureau, quelle que soit sa qualité, aurait le choix entre solliciter le versement d'un montant équivalent à six mois de traitement par mandat de quatre ans effectué ou demander à être chargé d'une mission par un organe du pouvoir législatif, du pouvoir exécutif ou du pouvoir judiciaire.

Observation préalable

Plusieurs questions préalables à l'examen du texte de la proposition de loi se sont posées à la section de législation :

a) Comment ont été réglées dans des institutions comparables au Conseil supérieur de la Justice [6], les questions soulevées dans les développements de la proposition de loi présentement examinée, singulièrement quant au statut des personnes

---

(5) Ibid.

(6) Les développements de la proposition de loi mentionnent, de manière explicite, la Commission de la protection de la vie privée et la Commission de Modernisation de l'Ordre judiciaire, ainsi que, de manière implicite, les médiateurs fédéraux. L'on pourrait également mentionner, notamment, les Comités permanents de contrôle des services de police et de renseignement, la commission des jeux de hasard, le comité de gestion de Phenix ou l'Institut de formation judiciaire.

qui y exercent un mandat à temps plein [7] et ce, en fonction du fait que ces personnes ont ou non la qualité de magistrat ?

b) Comment le Conseil supérieur de la Justice agit-il en pratique et comment cette pratique peut-elle être justifiée au regard du cadre juridique actuellement applicable ?

c) Quelle est l'intention exacte des auteurs de la proposition de loi ? Dans quelle mesure entendent-ils rendre applicables aux membres du Bureau, ou à certains d'entre eux seulement, le droit du travail et le droit de la sécurité sociale du secteur privé, comme le suggère la référence à la notion de "contrat de travail à durée indéterminée" ? Dans quelle mesure souhaitent-ils, au contraire, les soumettre à un statut public, comme le suggère la référence à une pension à charge du Trésor public ?

L'examen de la proposition de loi ne peut donc être effectué utilement, surtout dans le délai de trente jours sollicité dans la demande d'avis, sans que n'aient pu être demandés les renseignements et explications utiles à une personne de référence dûment désignée. Or, aucun délégué du Président de la Chambre des représentants n'a été désigné dans la demande d'avis, conformément à l'article 82, alinéa 2, des lois coordonnées sur le Conseil d'État. Dans le cadre du présent avis, il ne peut non plus être tenu compte des renseignements complémentaires qui ont pu être récoltés par l'Auditeur-rapporteur lors de l'instruction du dossier, du fait même que la section de législation est dans l'ignorance de l'attitude qui a été ou qui aurait pu être adoptée par les auteurs de la proposition de loi à l'égard des renseignements ainsi obtenus.

Les observations formulées dans le présent avis doivent, dès lors, être replacées dans la portée limitée de l'examen auquel il a pu être procédé de la proposition de loi, compte tenu des réserves qui viennent d'être exprimées.

---

(7) Il semblerait qu'en ce qui concerne le droit à une pension à charge du Trésor, la question se pose différemment pour les membres du Bureau et pour ceux qui exercent un mandat à temps plein dans des institutions comparables. En effet, selon les développements de la proposition, une pension à charge du Trésor ne pourrait être accordée que si le mandat est d'au moins cinq ans, ce qui est le cas dans les institutions précitées (en général six ans), mais non pour les membres du Bureau (quatre ans).

Cadre juridique dans lequel s'inscrit la proposition de loi

Le Conseil supérieur de la Justice (CSJ) est une autorité publique constituée [8], créée par l'article 151 de la Constitution [9] qui détermine les principes essentiels de son organisation et qui en définit les missions [10].

Dans l'exercice de ses compétences, le Conseil supérieur de la Justice respecte l'indépendance du pouvoir judiciaire et, comme le soulignent les développements de la proposition de loi, le Conseil et ses membres doivent eux-mêmes être indépendants dans l'exercice de leurs missions [11]. Cette indépendance doit donc être garantie par le statut des membres du Conseil, qu'ils soient ou non magistrats.

Le statut des quarante-quatre membres du Conseil supérieur de la Justice est fixé, pour partie, dans la Constitution [12] et, pour partie, dans la loi [13]. La situation des quatre membres du Bureau, élus pour quatre ans par le CSJ à la majorité de deux tiers de ses membres, est plus spécialement réglée par les articles 259*bis*-4 et 259*bis*-21 du Code judiciaire. En application de l'article 259*bis*-4 du Code, deux de ces membres sont obligatoirement des magistrats; les deux autres membres peuvent être soit des avocats, soit des professeurs d'une université ou d'une école supérieure, soit des personnes exerçant une profession salariée ou indépendante et possédant une expérience utile pour la mission

---

(8) F. Delpérée, "Le statut et la composition du Conseil supérieur de la Justice", in Le Conseil supérieur de la Justice, Bruxelles, Bruylant, 1999, n/ 10, p. 40.

(9) Situé dans le chapitre VI du titre III relatif au pouvoir judiciaire.

(10) Article 151, §§ 2 et 3, de la Constitution.

(11) F. Delpérée, *op. cit.*, n/ 10, p. 40.

(12) L'article 151, § 2, alinéa 2, de la Constitution dispose que les membres magistrats du CSJ sont élus directement par leurs pairs dans les conditions et selon le mode déterminés par la loi et que les autres membres sont nommés par le Sénat, à la majorité des deux-tiers des suffrages exprimés, dans les conditions fixées par la loi. L'alinéa 4 dispose que "La loi précise la composition du Conseil supérieur de la justice, de ses collèges et de leurs commissions, ainsi que les conditions dans lesquelles et le mode selon lequel ils exercent leurs compétences".

(13) Le chapitre V*bis* du titre VI du livre premier de la deuxième partie du Code judiciaire est consacré au Conseil supérieur de la Justice. Il précise notamment la procédure de désignation des membres, fixe la durée du mandat, les incompatibilités et la rémunération.

du CSJ. Sauf en cas de dérogation accordée par le Conseil, les membres du Bureau exercent leurs fonctions à temps plein et ne peuvent accomplir aucune autre activité professionnelle pendant la durée de leur mandat. En vertu de l'article 259*bis*-21, § 1er, du Code, que l'article 2, a), de la proposition de loi tend à remplacer, les membres du Bureau qui ont la qualité de magistrat bénéficient (14) d'une allocation annuelle de 15.000 euros, tandis que les autres membres du Bureau jouissent d'un traitement égal à celui de président de chambre de cour d'appel comptant vingt et un ans d'ancienneté. Contrairement à ce que mentionnent les développements de la proposition de loi et bien que cela ne soit pas expressément précisé dans les articles 259*bis*-4 et 259*bis*-21 du Code judiciaire, il ne fait pas de doute que l'article 323*bis* du Code judiciaire s'applique aux membres magistrats du Bureau. Et effet, cet article a été inséré précisément pour tenir compte de la participation à temps plein de magistrats du siège aux travaux du Conseil supérieur de la Justice (15). À moins qu'ils ne bénéficient d'un statut spécifique dans l'institution dans laquelle ils se trouvent, les magistrats en mission (16) ou délégués (17) restent en principe soumis à leur statut (18). Ainsi, l'article 259*bis*-19, § 2*bis*, du Code judiciaire prévoit-il que lorsque, dans le cadre de l'exercice de ses missions, le Conseil supérieur de la Justice estime qu'un de ses membres appartenant à l'Ordre judiciaire manque aux devoirs de sa charge ou refuse de collaborer, il en informe les autorités disciplinaires compétentes.

---

(14) Outre leur traitement d'origine, ce que ne précise cependant pas l'article 259*bis* du Code judiciaire.

(15) Voir notamment les développements relatifs à la proposition de loi 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. (Doc. parl., Chambre, 1997-1998, n/ 1677/1, p. 88).

(16) Article 323*bis* du Code Judiciaire.

(17) Articles 327 et 327*bis* du Code judiciaire.

(18) L'on rappellera qu'en vertu de l'article 152, première phrase, de la Constitution les juges sont nommés à vie.

Il résulte du cadre juridique qui vient d'être retracé que, si des difficultés apparaissent en raison du caractère incomplet du statut des membres du Bureau, c'est bien au législateur qu'il appartient d'intervenir pour y remédier [19], ce qui est d'ailleurs l'objet de la proposition de loi. Il va par ailleurs de soi que, lorsqu'il intervient en la matière, le législateur se doit de prendre en considération tant la nature spécifique du Conseil supérieur de la Justice que la position juridique qui était celle des quatre membres - tout d'abord élus en qualité de membre du Conseil et, ensuite, élus en qualité de membre du Bureau -, singulièrement en ce qui concerne ceux d'entre eux qui ont et qui conservent la qualité de magistrat durant l'exercice de leur mandat. Il s'ensuit que toute disposition adoptée en la matière doit être rédigée de manière claire et précise, doit régler dans son ensemble la question de droit qu'elle entend résoudre et doit également assurer la cohérence avec les dispositions qui étaient, restent ou seront à nouveau applicables à chacun des membres du Bureau à l'issue de son mandat et ce, en fonction de la situation juridique d'origine qui était celle de chacun de ces membres au début de son mandat de membre du Bureau.

La question de savoir s'il convient ou non de prévoir un statut unique pour les membres du Bureau, quelle que soit par ailleurs la situation juridique d'origine de chacun de ces membres au début de son mandat, est essentiellement une question d'opportunité relevant du choix du législateur, ce dernier devant bien entendu, dans l'exercice de ce choix, respecter le principe d'égalité de traitement consacré par les articles 10 et 11 de la Constitution, tant en ce qui concerne la situation des membres du

---

(19) S'il appartient au Conseil supérieur de la Justice de fixer le statut de son personnel, moyennant approbation par le Roi (article 259*bis*-6, § 2, du Code judiciaire), c'est au législateur de fixer le statut des membres du Conseil.

Bureau entre eux qu'en ce qui concerne la situation réservée à d'autres personnes et, singulièrement, à d'autres magistrats eux aussi appelés à exercer, à titre temporaire, des missions à temps plein dans des institutions plus ou moins comparables au Conseil supérieur de la Justice [20].

Les considérations qui précèdent appellent dès lors l'observation générale qui suit.

Observation générale quant à la fiction de la référence au contrat de travail

1. Comme il a été relevé lors de l'examen de la portée de la proposition de loi, ses développements font état de difficultés qui se présenteraient en ce qui concerne le statut, notamment social, des membres du Bureau du Conseil supérieur de la Justice (Sous quelle catégorie les déclarer à la sécurité sociale ? Qu'en est-il en cas de maladie ou d'accident du travail ? Ont-ils droit à une pension à charge du Trésor ? ...).

Le texte de la proposition est toutefois essentiellement consacré à l'augmentation du traitement des membres du Bureau et aux avantages à leur accorder en

---

(20) Voir notamment :
- les articles 12, 15, 16, 20, 21 et 22 de la loi du 31 janvier 2007 sur la formation judiciaire et portant création de l'Institut de formation judiciaire;
- les articles 4, 5, 7 et 8 de la loi du 20 juillet 2006 instaurant la Commission de Modernisation de l'Ordre judiciaire et le Conseil général des partenaires de l'Ordre judiciaire;
- les articles 15 et 16 de la loi du 10 août 2005 instituant le système Phenix;
- l'article 10 de la loi du 7 mai 1999 sur les jeux de hasard, les établissements de jeux de hasard et la protection des joueurs;
- les articles 3 et 20 de la loi du 22 mars 1995 instaurant des médiateurs fédéraux;
- les articles 24, 26 et 36 de la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel;
- l'article 61 de la loi du 18 juillet 1991 organique du contrôle des services de police et de renseignement et de l'Organe de coordination pour l'analyse de la menace.

fin de mandat, tandis que la question du "statut social" n'est réglée que par l'affirmation, à l'article 259*bis*-21, § 1er, alinéa 1er, proposé, du Code judiciaire que :

> "Pendant la durée de leur mandat, les membres du Bureau sont censés être occupés par le Conseil supérieur de la Justice en exécution d'un contrat de travail à durée indéterminée".

2.1. Compte tenu du cadre juridique dans lequel s'inscrit la proposition de loi, le recours à une telle fiction ne peut, pour les raisons qui suivent, pas être admis.

2.2. Les termes mêmes utilisés ("sont censés être occupés") démontrent à l'évidence que l'intention des auteurs de la proposition de loi n'est pas que soit véritablement conclu un contrat de travail entre le CSJ et chacun des membres du Bureau.

Reste alors la question de déterminer quelle portée juridique exacte il conviendrait de donner à une telle fiction, qui ne semble par ailleurs pas avoir de précédent dans notre droit positif.

2.3. Il est à cet égard inconcevable qu'il soit, sans plus, référé à un contrat de travail, sans qu'un tel contrat ne soit en réalité signé entre les parties et sans que la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail ne trouve, tout au moins pour ce qui concerne ses dispositions impératives, à s'appliquer, sauf exceptions expressément prévues par la loi et qui ne pourraient pas avoir pour effet de vider ces dispositions impératives de l'essence même de leur contenu.

Si telle est l'intention des auteurs de la proposition de loi, il conviendrait donc de prévoir expressément que l'exercice du mandat de membre du Bureau s'effectue dans les liens d'un contrat de travail et d'en tirer toutes les conséquences qui s'ensuivent [(21)].

---

(21) Ainsi, la référence à un contrat de travail à durée indéterminée suscite déjà en elle-même des interrogations, dès lors que le mandat des membres du Conseil supérieur de la Justice est à durée déterminée, à savoir quatre ans renouvelable une fois (article 259*bis*-3, § 1er, du Code judiciaire).

Ceci ne manquerait cependant pas de poser problème au regard du statut de magistrat dont sont revêtus la moitié des membres du Bureau ainsi qu'au regard d'autres dispositions du Code judiciaire, soit déjà existantes [(22)], soit telles qu'elles trouveront à s'appliquer après l'adoption de la proposition de loi présentement examinée [(23)].

2.4. La question reste donc ouverte de déterminer quelle sera la véritable nature, statutaire *sui generis* [(24)] ou contractuelle, de la relation qui unira le membre du Bureau au Conseil, une fois la proposition de loi adoptée.

Dès lors que les développements de la proposition de loi font état de ce que cette assimilation à une situation contractuelle n'a en réalité pour seul but que d'habiliter le CSJ à conclure, au profit de l'ensemble des membres du Bureau, une assurance groupe en application de la loi du 28 avril 2003 relative aux pensions complémentaires, la question se pose si ce but ne pourrait tout simplement pas être atteint par l'adoption d'une

---

(22) Ainsi, la possibilité donnée à l'employeur par la loi du 3 juillet 1978 de rompre unilatéralement le contrat de travail moyennant préavis serait incompatible avec l'article 259*bis*-3, § 4, du Code judiciaire qui dispose qu'il ne peut être mis fin au mandat d'un membre du Conseil supérieur que pour motif grave. Entre autres conséquences de l'application du régime du secteur privé aux membres du Bureau, ceux d'entre eux qui proviendraient du secteur public n'auraient droit, la première année de leur mandat, à aucun jour de congé.

(23) Ainsi, la fiction du contrat de travail apparaît, pour ce qui concerne les membres du Bureau qui sont revêtus de la qualité de magistrat, totalement contradictoire avec les alinéas 2 et 3 de l'article 259*bis*-21, § 1er, proposé (article 2, a), de la proposition de loi), qui prévoient que les magistrats sont détachés de plein droit de leur juridiction et mis automatiquement en congé pour mission et que l'article 323*bis* du Code judiciaire leur est applicable.

(24) Il convient à cet égard d'observer que la simple circonstance que la désignation à une fonction ne soit que temporaire n'empêche pas que cette fonction puisse s'exercer dans le cadre d'un statut, fût-il spécifique, et non dans les liens d'un contrat de travail. C'est d'ailleurs cette option qui a été suivie lors de l'instauration, dans divers services publics fédéraux, régionaux ou communautaires, ainsi que dans divers organismes d'intérêt public, du système des mandats pour l'exercice des fonctions de management ou d'encadrement.

disposition spécifique qui permettrait au CSJ, sans devoir passer par la simple fiction ou par la véritable conclusion d'un contrat de travail avec ces derniers, de conclure une telle assurance groupe au profit des membres du Bureau [25].

Pour le surplus, la situation des membres du Bureau resterait fondamentalement une situation de type statutaire *sui generis* [26], dont il conviendrait cependant de régler l'ensemble des aspects [27], et non pas seulement celui des traitements et de l'indemnité de départ.

2.5. L'attention des auteurs de la proposition est également attirée sur ce que le choix du système de l'assurance groupe n'apparaît pas être la seule voie possible pour régler le problème de la pension des membres du Bureau afférente à l'exercice de leur mandat. Une autre solution, qui s'avérerait plus conforme à la nature, par essence statutaire, du mandat de membre du Bureau serait en effet l'adoption d'un régime spécifique de pension à charge du Trésor pour les années accomplies en tant que membre du Bureau.

La question de l'interdiction du cumul d'une telle pension spécifique avec les autres pensions dont pourraient bénéficier les membres du Bureau en leur autre qualité (de magistrat, de fonctionnaire, de professeur, de travailleur salarié ou d'indépendant) devrait être réglée soit par l'application de dispositions anti-cumul déjà existantes, soit par l'adoption en cette matière de règles spécifiques complémentaires.

---

(25) Comparer avec la loi du 4 mars 2004 accordant des avantages complémentaires en matière de pension de retraite aux personnes désignées pour exercer une fonction de management ou d'encadrement dans un service public.

(26) Ce qui serait plus en conformité avec les règles fondamentales qui régissent le recrutement par voie contractuelle dans les services publics et organismes d'intérêt public, notamment l'article 2 de l'A.R.P.G. du 22 décembre 2000.

(27) L'on pense, notamment, à la matière des accidents du travail et des maladies professionnelles, à celle de la maladie et de l'invalidité, ou, encore, aux congés.

3. À la lumière des observations qui précèdent, il y a lieu de considérer que la proposition de loi, telle que rédigée, ne résout pas les problèmes soulevés dans ses développements. Au contraire, le renvoi à un contrat de travail fictif complique encore la situation et crée par ailleurs un dangereux précédent.

Il convient, en conclusion, de repenser fondamentalement la situation des membres du Bureau du CSJ, en tenant compte de la situation, statutaire, contractuelle ou indépendante, qui était celle de ces membres avant leur entrée en fonction, et en veillant à ce que les règles ainsi adoptées puissent être justifiées, au regard des articles 10 et 11 de la Constitution, par rapport aux règles applicables à des personnes qui, dans des circonstances semblables, se verraient également appelées à exercer des fonctions à temps plein dans des institutions plus ou moins comparables au Conseil supérieur de la Justice.

La question se pose d'ailleurs à cet égard de savoir s'il ne conviendrait pas d'adopter des règles autant que possible similaires pour l'ensemble des personnes ainsi concernées.

4. Compte tenu du caractère fondamental de l'observation générale qui vient d'être formulée, la section de législation a limité son examen ultérieur de la proposition de loi aux observations particulières qui suivent.

Observations particulières

Article 2, a)
(article 259*bis*-21, § 1er, proposé, du Code judiciaire)

1. En ce qui concerne la référence au contrat de travail, il est renvoyé à l'observation générale.

2. L'article 259*bis*-21, § 1er, alinéa 2, proposé, précise que les membres magistrats du Bureau sont "détachés de droit" et "mis en congé pour mission", ce congé étant assimilé à une "période d'activité de service".

Les développements de la proposition de loi n'expliquent pas ce qu'impliquent ces termes ni en quoi ils apporteraient une précision nécessaire à l'article 323*bis* du Code judiciaire. Si tel était le cas, cette précision devrait valoir pour tous les magistrats en mission et non pas uniquement pour les magistrats membres du Bureau du CSJ.

En tout état de cause, l'on constatera que le chapitre IV du titre II du livre II de la deuxième partie du Code judiciaire, intitulé "des absences et congés", ne consacre nullement la notion de "congé pour mission".

En conclusion, le paragraphe 1er, alinéa 2, proposé, doit soit être omis, soit, si les auteurs de la proposition entendent *in fine* déroger aux dispositions de l'article 323*bis* du Code judiciaire, être fondamentalement revu afin de prévoir un régime alternatif complet, dont il conviendrait par ailleurs de justifier, au regard des articles 10 et 11 de la Constitution, les différences avec l'article 323*bis* du Code judiciaire [(28)].

3. En vertu de l'article 259*bis*-21, § 1er, alinéa 4, proposé, du Code judiciaire, les membres du Bureau ont droit :

1/ au même traitement que le premier avocat général près la Cour de cassation, ainsi qu'aux augmentations et avantages qui y sont attachés;

2/ au même supplément annuel de traitement que celui alloué à un juge d'instruction, soit 4.214,19 euros;

3/ à une indemnité de départ calculée en raison de six mois de traitement par mandat de quatre ans.

---

(28) Pour une observation analogue, voir l'avis 40.040/2, donné le 10 avril 2006, sur un avant-projet devenu la loi du 20 juillet 2006 instaurant la Commission de Modernisation de l'Ordre judiciaire et le Conseil général des partenaires de l'Ordre judiciaire (observation particulière sous l'article 7) (Doc. parl., Sénat, 2005-2006, n/ 1720/1, pp. 38-44).

Il est difficilement justifiable d'accorder aux membres du Bureau le supplément de traitement alloué aux juges d'instruction alors que leurs missions n'impliquent pas les mêmes prestations, notamment en terme de gardes, que celles d'un juge d'instruction. Le fait que les présidents d'autres institutions bénéficient de ce même supplément de traitement ne peut être en soi une justification dès lors que cela ne ferait que déplacer la question.

Il est également difficilement justifiable d'accorder aux membres du Bureau une indemnité de départ lorsque ceux-ci ont la possibilité, après leur mandat, de retrouver leur emploi d'origine.

Pour le surplus, la question de la rémunération des membres du Bureau - comme des membres d'autres institutions - est une question d'opportunité à trancher par le législateur.

4. L'article 259*bis*-21, § 1er , alinéa 7, dispose qu'au terme de leur mandat, les membres du Bureau peuvent être chargés, à leur demande, d'une mission par un organe du pouvoir législatif, du pouvoir exécutif ou du pouvoir judiciaire.

Une telle disposition ne se concilie pas avec l'indépendance nécessaire des membres du Bureau par ailleurs invoquée dans les développements de la proposition. Il ne convient pas que l'attitude des membres du Bureau soit guidée - ou soit soupçonnée d'être guidée - par l'espoir d'être chargés, en fin de mandat, d'une mission avantageusement rémunérée.

Si, en outre, une telle mission avantageusement rémunérée était accordée par le pouvoir exécutif à un magistrat du siège, elle violerait l'article 155 de la Constitution comme l'a récemment rappelé à plusieurs reprises la section de législation du Conseil d'État [(29)].

Article 2, b)

(article 25*9bis*-21, § 1er (disposition transitoire), proposé, du Code judiciaire)

Il est renvoyé aux observations 2 à 4 formulées sous l'article 2, a), de la proposition de loi.

---

(29) Avis 40.040/2, précité; avis 41.035/2, donné par la section de législation du Conseil d'État, le 21 août 2006, sur un avant-projet devenu la loi du 31 janvier 2007 sur la formation judiciaire et portant création de l'Institut de formation judiciaire (Doc. parl., Sénat, 2006-2007, n/ 1889/1, pp. 70-76); avis 41.153/2, donné le 25 septembre 2006, sur un avant-projet devenu une partie de la loi du 27 décembre 2006 portant des dispositions diverses (II) (Doc. parl., Chambre, 2006-2007, n/ 2761/1, pp. 166-178).

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 voorstel, de bevoegdheid van de steller van de handeling en de te vervullen voorafgaande vormvereisten.

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

Strekking van het wetsvoorstel

1. Volgens de samenvatting die aan het begin van het wetsvoorstel wordt gegeven "strekt (het) ertoe de bureauleden van de HRJ [lees: "Hoge Raad voor de Justitie"] een duidelijker statuut te verlenen en hen gedurende hun mandaat te beschouwen als gebonden door een arbeidsovereenkomst met de HRJ".

In de toelichting wijzen de indieners van het wetsvoorstel erop, na te hebben gerefereerd aan een vorig wetsvoorstel [(1)] en aan een verslag van een werkgroep belast met het onderzoek van de kwestie van de rechtspositie van de leden van het Bureau van de Hoge Raad voor de Justitie [(2)], dat de bepalingen van artikel 259*bis*-21 van het Gerechtelijk Wetboek, die betrekking hebben op deze rechtspositie, in verschillende opzichten onvolledig zijn: de rechtspositie van de leden-magistraten van het Bureau is niet duidelijk (is onder meer artikel 323*bis* van het Gerechtelijk Wetboek op hen van toepassing ?); er bestaat geen statuut voor leden van het Bureau die geen magistraat zijn (wat is hun juridische band met de HRJ ? Hoe moeten zij vanuit het standpunt van de

---

(1) Wetsvoorstel van mevr. M. Taelman en de heer F. Borginon van 24 april 2007 "tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek teneinde de rechtspositie van de bureauleden van de Hoge Raad voor de Justitie aan te vullen" (DOC 51 3096/001), dat vervallen is.

(2) Hierna te noemen het "Bureau".

sociale zekerheid ingeschreven worden ? Hoe staat het met leden van het Bureau die geen magistraat zijn als zij in hun oorspronkelijke functie een overheidsstatuut genieten ?); het toekennen van een pensioen ten laste van de Schatkist is voor leden van het Bureau niet geregeld (daar leden van het Bureau die geen magistraat zijn geen aanspraak kunnen maken op een pensioen ten laste van de Schatkist, rijst de vraag hoe men dan de gelijke behandeling van de vier leden van het Bureau behoudt); het einde van het mandaat als bureaulid wordt evenmin geregeld (is het dan al of niet mogelijk om een lid van het Bureau een opdracht te geven ? Bestaat al dan niet de mogelijkheid om voor het risico dat men tijdens de uitoefening van zijn mandaat neemt een "uittredingspremie" toe te kennen ?).

Om deze verschillende problemen te regelen, stellen de indieners van het wetsvoorstel voor de toekomst, dit is vanaf september 2008 zodra de toekomstige leden van het Bureau geïnstalleerd zijn [(3)], de volgende oplossingen voor :

- wat hun rechtspositie betreft zouden leden van het Bureau die de hoedanigheid van magistraat hebben uitdrukkelijk worden geacht "met verlof wegens opdracht te zijn in de zin van artikel 323*bis* van het Gerechtelijk Wetboek", en zouden alle leden van het Bureau, ongeacht of ze al dan niet magistraat zijn, worden "geacht via een arbeidsovereenkomst aan de Hoge Raad te zijn verbonden" tijdens hun mandaat van lid van het Bureau;

- wat hun wedde betreft, zouden alle leden van het Bureau dezelfde wedde genieten, namelijk "de wedde van eerste advocaat-generaal bij het Hof van Cassatie, met inbegrip van de voordelen en verhogingen die aan die wedde verbonden zijn", alsook dezelfde weddebijslag als die welke met toepassing van artikel 357 van het Gerechtelijk Wetboek aan onderzoeksrechters wordt toegekend;

---

(3) Zie de artikelen 2, a), en 3, eerste lid, van het wetsvoorstel. Voor vroegere leden van het Bureau en leden van het bureau wier mandaat thans loopt, wordt niets voorgesteld wat betreft het pensioen en de juridische aard van de band tussen de leden van het Bureau en de HRJ; wat de wedde betreft, zou de huidige regeling worden gehandhaafd, maar zou de jaarlijkse toelage van vijftienduizend euro eveneens worden toegekend aan leden van het Bureau die geen magistraat zijn; leden van het Bureau zouden, ongeacht hun hoedanigheid, op de "uittredingspremie" aanspraak kunnen maken, volgens een van deze nadere regels (zie de artikelen 2, b), en 3, tweede lid, van het wetsvoorstel).

- wat het pensioen betreft, zou de Raad, doordat het wegens de duur van het mandaat van lid van het Bureau op vier jaar te handhaven niet mogelijk is om aan leden van het Bureau die geen magistraat zijn een pensioen ten laste van de Schatkist toe te kennen [(4)], wegens de "contractuele" aard van de band tussen leden van het Bureau en de HRJ, een groepsverzekering kunnen afsluiten in het kader van de wet van 28 april 2003 betreffende de aanvullende pensioenen en het belastingstelsel van die pensioenen en van sommige aanvullende voordelen inzake sociale zekerheid en aanvullend pensioen; nog steeds volgens de toelichting [(5)] zou het bedrag van dit aanvullend pensioen zo worden berekend "dat het bureaulid een pensioen zal ontvangen dat overeenkomt met het voordeel dat het bureaulid onder het stelsel van de overheidspensioenen zou hebben genoten voor zijn jaren op de Hoge Raad, volgens toepassing van het tantième dat voor de magistratuur wordt aangewend, en rekening houdend met de weddebijslag";

- wat de "uittredingspremie" betreft, zouden leden van het Bureau, ongeacht hun hoedanigheid, de keuze hebben tussen het verzoek om een bedrag te storten dat overeenstemt met zes maanden wedde per uitgeoefend mandaat van vier jaar en het verzoek om te worden belast met een opdracht door een orgaan van de wetgevende, de uitvoerende of de rechterlijke macht.

---

(4) In de toelichting (punt 2.3. - blz. 5) staat dat een minimumperiode van vijf jaar is vereist om op de toekenning van een dergelijk pensioen aanspraak te kunnen maken.

(5) Ibid.

Voorafgaande opmerking

Volgens de afdeling wetgeving moeten vóór het onderzoek van de tekst van het wetsvoorstel verschillende vragen worden beantwoord :

a) Hoe zijn in instellingen vergelijkbaar met de Hoge Raad voor de Justitie (6) de aangelegenheden geregeld die ter sprake zijn gebracht in de toelichting bij het thans onderzochte wetsvoorstel, inzonderheid ten aanzien van de rechtspositie van personen die er een voltijds mandaat uitoefenen (7) en dit meer bepaald naargelang deze personen al dan niet de hoedanigheid van magistraat hebben ?

b) Hoe handelt de Hoge Raad voor de Justitie in de praktijk en hoe kan deze praktijk gerechtvaardigd worden ten aanzien van het rechtskader dat thans geldt ?

c) Wat is precies de bedoeling van de indieners van het wetsvoorstel ? In welke mate wensen zij het arbeidsrecht en het socialezekerheidsrecht van de privésector, zoals wordt gesuggereerd met de verwijzing naar het begrip "arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd", ook voor leden van het Bureau of voor sommigen onder hen te laten gelden ? In hoeverre wensen ze integendeel dat voor die leden een publiekrechtelijk statuut zou gelden, zoals wordt gesuggereerd met de verwijzing naar een pensioen ten laste van de Schatkist ?

---

(6) In de toelichting bij het wetsvoorstel wordt uitdrukkelijk gewag gemaakt van de Commissie voor de Bescherming van de Persoonlijke Levenssfeer en de Commissie voor de Modernisering van de Rechterlijke Orde, en stilzwijgend van de federale ombudsmannen. Het Vast Comité van Toezicht op de Politiediensten, het Vast Comité van Toezicht op de Inlichtendiensten, de Kansspelcommissie, het Beheerscomité van Phenix of het Instituut voor Gerechtelijke Opleiding zouden meer bepaald eveneens kunnen worden vermeld.

(7) Wat betreft het recht op een pensioen ten laste van de Schatkist, lijkt de zaak anders te liggen voor leden van het Bureau als voor degenen die in vergelijkbare instellingen een voltijds mandaat uitoefenen. Volgens de toelichting bij het voorstel kan een pensioen ten laste van de Schatkist immers alleen worden toegekend in geval van een mandaat van minstens vijf jaar, wat het geval is in de voormelde instellingen (over het algemeen zes jaar), maar niet voor leden van het Bureau (vier jaar).

Het wetsvoorstel kan dus niet met goed gevolg onderzocht worden, vooral niet binnen de in de adviesaanvraag verzochte termijn van dertig dagen, zonder dat aan een gemachtigd contactpersoon nuttige inlichtingen en uitleg kan worden gevraagd. In de adviesaanvraag is echter geen gemachtigde van de Voorzitter van de Kamer van volksvertegenwoordigers aangewezen overeenkomstig artikel 82, tweede lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State. In het kader van dit advies kan evenmin rekening worden gehouden met de aanvullende inlichtingen die de auditeur-verslaggever bij het onderzoek van het dossier heeft kunnen inwinnen, precies doordat de afdeling wetgeving niet weet welke houding de indieners van het wetsvoorstel aangenomen hebben of hadden kunnen aannemen ten aanzien van de aldus verkregen inlichtingen.

De opmerkingen in dit advies moeten dus worden gezien tegen de beperkte draagwijdte van het onderzoek van het wetsvoorstel zoals dat mogelijk is gebleken, rekening houdend met het voorbehoud dat zojuist is gemaakt.

Juridisch kader

waarin het wetsvoorstel moet worden ingepast

De Hoge Raad voor de Justitie (HRJ) is een publiekrechtelijk orgaan dat [8] is opgericht bij artikel 151 van de Grondwet [9], dat de grondbeginselen van de organisatie ervan bepaalt en de taken ervan omschrijft [10].

Bij de uitoefening van zijn bevoegdheden respecteert de Hoge Raad voor de Justitie de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht en, zoals in de toelichting bij het wetsvoorstel wordt benadrukt, moeten de Raad en zijn leden onafhankelijk zijn bij de uitoefening van hun taken [11]. Deze onafhankelijkheid moet dus worden gewaarborgd door de regeling van de rechtspositie van de leden van de Raad, ongeacht of ze al dan niet magistraat zijn.

---

[8] F. Delperée, "Le statut et la composition du Conseil supérieur de la Justice", in Le Conseil supérieur de la Justice, Brussel, Bruylant, 1999, nr. 10, blz. 40.

[9] In hoofdstuk VI van titel III betreffende de rechterlijke macht.

[10] Artikel 151, §§ 2 en 3, van de Grondwet.

[11] F. Delperée, *op. cit.*, nr. 10, blz. 40.

De rechtspositie van de vierenveertig leden van de Hoge Raad voor de Justitie wordt gedeeltelijk in de Grondwet [(12)] en gedeeltelijk in de wet [(13)] geregeld. De situatie van de vier leden van het Bureau, die door de HRJ met een meerderheid van twee derde van zijn leden worden verkozen, wordt meer bepaald geregeld door de artikelen 259*bis*-4 en 259*bis*-21 van het Gerechtelijk Wetboek. Met toepassing van artikel 259*bis*-4 van het Wetboek moeten twee van deze leden magistraat zijn; de twee andere leden mogen ofwel advocaat zijn, ofwel hoogleraar aan een universiteit of een hogeschool, of ook nog werknemer of zelfstandige en beschikken over een nuttige ervaring voor de taak bij de HRJ. Behalve in geval van afwijking toegekend door de Raad, oefenen de leden van het Bureau hun ambt voltijds uit en mogen ze tijdens de duur van hun mandaat geen andere beroepsactiviteit uitoefenen. Krachtens artikel 259*bis*-21, § 1, van het Wetboek, waarvan bij artikel 2, a), van het wetsvoorstel de vervanging wordt beoogd, genieten leden van het Bureau die de hoedanigheid van magistraat bezitten [(14)] een jaarlijkse toelage van 15.000 euro, terwijl de andere leden van het Bureau een wedde trekken die gelijkstaat met die van kamervoorzitter in het hof van beroep met eenentwintig jaar anciënniteit. In tegenstelling tot wat wordt gesteld in de toelichting bij het wetsvoorstel en hoewel dit niet uitdrukkelijk gepreciseerd wordt in de artikelen 259*bis*-4 en 259*bis*-21 van het Gerechtelijk Wetboek, lijdt het geen twijfel dat artikel 323*bis* van het Gerechtelijk Wetboek op leden-magistraten van het Bureau van toepassing is. Dit artikel is immers net ingevoegd om er rekening mee te houden dat zittende magistraten voltijds deelnemen aan

---

(12) Artikel 151, § 2, tweede lid, van de Grondwet bepaalt dat de leden-magistraten van de HRJ rechtstreeks verkozen worden door hun gelijken onder de voorwaarden en op de wijze bij de wet bepaald en dat de andere leden benoemd worden door de Senaat met een meerderheid van twee derde van de uitgebrachte stemmen onder de voorwaarden bij de wet bepaald. Het vierde lid bepaalt: "De wet bepaalt nader de samenstelling van de Hoge Raad voor de Justitie, zijn colleges en hun commissies evenals de voorwaarden waaronder en de wijze waarop zij hun bevoegdheden uitoefenen."

(13) Hoofdstuk V*bis* van titel VI van Boek I van het tweede deel van het Gerechtelijk Wetboek handelt over de Hoge Raad voor de Justitie. Het bepaalt inzonderheid de procedure van aanstelling van de leden, de duur van het mandaat, de onverenigbaarheden en de bezoldiging.

(14) Buiten hun aanvangswedde, die evenwel niet is bepaald in artikel 259*bis* van het Gerechtelijk Wetboek.

de werkzaamheden van de Hoge Raad voor de Justitie [15]. Tenzij ze een bijzonder statuut hebben in de instelling waarin ze actief zijn, blijft het statuut van magistraten die een opdracht [16] of een opdracht in dienst van de Koning [17] vervullen in principe op hen van toepassing [18]. Zo bepaalt artikel 259*bis*-19, § 2*bis*, van het Gerechtelijk Wetboek dat wanneer de Hoge Raad voor de Justitie bij het uitvoeren van zijn opdrachten van mening is dat één van zijn leden behorend tot de Rechterlijke Orde niet voldoet aan de plichten van zijn ambt of weigert zijn medewerking te verlenen, dit ter kennis wordt gebracht van de bevoegde tuchtoverheid.

Uit het juridische kader dat zonet is geschetst blijkt dat, als er problemen rijzen ten gevolge van de onvolledigheid van de rechtspositie van de leden van het Bureau, het de wetgever is die moet ingrijpen om dat te verhelpen [19], wat trouwens de doelstelling is van het wetsvoorstel. Het spreekt trouwens voor zich zelf dat, wanneer de wetgever terzake optreedt, hij zowel rekening moet houden met de specifieke aard van de Hoge Raad voor de Justitie, als met de rechtspositie die de vier leden hadden - die in eerste instantie verkozen zijn als lid van de Raad en, vervolgens, als lid van het Bureau -, in het bijzonder wat betreft diegenen van hen die de hoedanigheid van magistraat hebben en behouden gedurende de uitoefening van hun mandaat. Daaruit vloeit voort dat elke bepaling die hieromtrent wordt uitgevaardigd duidelijk en precies moet zijn opgesteld, moet voorzien in een volledige regeling van de rechtsvraag die zij wil oplossen en eveneens moet zorgen voor samenhang met de bepalingen die van toepassing waren, zijn

---

(15) Zie inzonderheid de toelichting bij het wetsvoorstel dat heeft geleid tot 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 (Parl. St., Kamer, 1997-1998, nr. 1677/1, blz. 88).

(16) Artikel 323*bis* van het Gerechtelijk Wetboek.

(17) Artikelen 327 en 327*bis* van het Gerechtelijk Wetboek.

(18) Er moet wederom op worden gewezen dat krachtens artikel 152, eerste zin van de Grondwet, rechters voor het leven worden benoemd.

(19) Hoewel het de Hoge Raad voor de Justitie toekomt om de rechtspositie van zijn personeel vast te leggen na goedkeuring door de Koning (artikel 259*bis*-6, § 2, van het Gerechtelijk Wetboek), komt het aan de wetgever toe om de rechtspositie van de leden van de Raad te bepalen.

.../...

of opnieuw zullen zijn op ieder van de leden van het Bureau op het einde van hun mandaat, volgens de oorspronkelijke rechtstoestand van elk van die leden bij de aanvang van hun mandaat als lid van het Bureau.

De vraag of er al dan niet één enkel statuut voor de leden van het Bureau moet worden vastgelegd, ongeacht de oorspronkelijke rechtstoestand van ieder van die leden bij de aanvang van hun mandaat, is in hoofdzaak een opportuniteitskwestie waar de wetgever over moet beslissen, waarbij deze bij het maken van die keuze zich vanzelfsprekend moet houden aan het beginsel van gelijke behandeling, dat wordt bekrachtigd door de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, zowel wat betreft de situatie van de leden van het Bureau onderling, als wat betreft de situatie van andere personen en in het bijzonder van andere magistraten die ook tijdelijk, maar op voltijdse basis, opdrachten moeten vervullen in instellingen die min of meer vergelijkbaar zijn met de Hoge Raad voor de Justitie [(20)].

De voorgaande beschouwingen geven dan ook aanleiding tot de volgende algemene opmerking.

---

(20) Zie inzonderheid :
- de artikelen 12, 15, 16, 20, 21 en 22 van de wet van 31 januari 2007 inzake de gerechtelijke opleiding en tot oprichting van het Instituut voor gerechtelijke opleiding;
- de artikelen 4, 5, 7 en 8 van de wet van 20 juli 2006 tot instelling van de Commissie voor de Modernisering van de Rechterlijke Orde en de Algemene Raad van de partners van de Rechterlijke Orde;
- de artikelen 15 en 16 van de wet van 10 augustus 2005 tot oprichting van het informatiesysteem Phenix;
- artikel 10 van de wet van 7 mei 1999 op de kansspelen, de kansspelinrichtingen en de bescherming van de spelers;
- de artikelen 3 en 20 van de wet van 22 maart 1995 tot instelling van federale ombudsmannen;
- de artikelen 24, 26 en 36 van de wet van 8 december 1992 tot bescherming van de persoonlijke levensfeer ten opzichte van de verwerking van persoonsgegevens;
- artikel 61 van de wet van 18 juli 1991 tot regeling van het toezicht op politie- en inlichtingendiensten en op het Coördinatieorgaan voor de dreigingsanalyse.

Algemene opmerking aangaande de fictie verwijzing
naar de arbeidsovereenkomst

1. Zoals uiteengezet is bij het onderzoek van de draagwijdte van het wetsvoorstel, wordt in de toelichting daarbij melding gemaakt van mogelijke problemen wat betreft de rechtspositie, meer bepaald het sociaal statuut, van de leden van het Bureau van de Hoge Raad voor de Justitie (Onder welke categorie moeten zij aangemeld worden bij de sociale zekerheid ? Wat in geval van ziekte of arbeidsongeval ? Hebben zij recht op een pensioen ten laste van de Schatkist ?...).

De tekst van het voorstel is evenwel in hoofdzaak gewijd aan de verhoging van de bezoldiging van de leden van het Bureau en aan de voordelen die aan hen zullen worden toegekend na afloop van hun mandaat, terwijl de kwestie "sociaal statuut" enkel geregeld wordt door de bevestiging, in het voorgestelde artikel 259*bis* - 21, § 1, eerste lid, van het Gerechtelijk Wetboek dat:

"Gedurende de looptijd van hun mandaat (...) de bureauleden geacht (worden) door de Hoge Raad voor de Justitie in dienst te zijn genomen op grond van een arbeidsovereenkomst van onbepaalde duur."

2.1. Gelet op het juridische kader waarbinnen het wetsvoorstel past, is het beroep doen op zo'n fictie ongeoorloofd, om de volgende redenen.

2.2. Alleen al uit de gehanteerde bewoordingen ("worden (...) geacht (...) in dienst te zijn genomen") blijkt duidelijk dat de bedoeling van de indieners van het wetsvoorstel er niet in bestaat om werkelijk een arbeidsovereenkomst te laten sluiten tussen de Hoge Raad voor de Justitie en ieder van de leden van het Bureau.

Het is dan alleen nog de vraag welke exacte juridische draagwijdte gegeven moet worden aan dergelijke fictie, die overigens geen precedent lijkt te hebben in ons positieve recht.

2.3. Het is in dat verband ondenkbaar dat zonder meer verwezen wordt naar een arbeidsovereenkomst, zonder dat zulk een overeenkomst ook in werkelijkheid

ondertekend wordt door de partijen en zonder dat de wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten, tenminste wat de dwingende bepalingen ervan betreft, toepasselijk is, behoudens de uitzonderingen waarin uitdrukkelijk voorzien wordt door de wet en die er niet toe zouden kunnen leiden dat de dwingende bepalingen ontdaan worden van de essentie zelf van hun inhoud.

Indien dat de bedoeling is van de stellers van het wetsvoorstel zou uitdrukkelijk moeten worden bepaald dat de uitoefening van het mandaat van lid van het Bureau geschiedt op grond van een arbeidsovereenkomst en zouden alle daaruit voortvloeiende gevolgen moeten worden getrokken (21).

Het voorgaande zal evenwel hoe dan ook problemen doen ontstaan vanwege het statuut van magistraat waarmee de helft van het Bureau bekleed is, alsook wegens de overige bepalingen van het Gerechtelijk Wetboek, zoals deze reeds bestaan (22), of zoals ze van toepassing zullen zijn na de goedkeuring van het thans onderzochte wetsvoorstel (23).

---

(21) Aldus doet de verwijzing naar een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd op zich reeds een aantal vragen rijzen, aangezien het mandaat van de leden van de Hoge Raad voor de Justitie van bepaalde tijd is, namelijk een periode van vier jaar die eenmaal kan worden vernieuwd (artikel 259*bis*-3, § 1, van het Gerechtelijk Wetboek).

(22) Aldus zou de mogelijkheid die aan de werkgever geboden wordt door de wet van 3 juli 1978 om de arbeidsovereenkomst eenzijdig te verbreken met een opzegging, onverenigbaar zijn met artikel 259*bis* - 3, § 4, van het Gerechtelijk Wetboek, waarin bepaald wordt dat het mandaat van een lid van de Hoge Raad alleen om ernstige redenen kan worden opgeheven. Één van de andere gevolgen van de toepassing van de regeling uit de privésector op de leden van het Bureau zou zijn dat diegenen die uit de overheidssector afkomstig zijn het eerste jaar van hun mandaat op geen enkele vakantiedag recht zouden hebben.

(23) Aldus lijkt de fictie arbeidsovereenkomst, wat betreft de leden van het Bureau die de hoedanigheid van magistraat hebben, volledig strijdig te zijn met het tweede en derde lid van het voorgestelde artikel 259*bis* - 21, § 1, (artikel 2, a), van het wetsvoorstel), waarin bepaald wordt dat magistraten van rechtswege uit hun rechtscollege gedetacheerd worden en automatisch verlof voor opdracht krijgen en dat artikel 323*bis* van het Gerechtelijk Wetboek op hen van toepassing is.

2.4. De vraag blijft dus wat de werkelijke aard zal zijn van de relatie tussen leden van het Bureau en de Hoge Raad voor de Justitie zodra het wetsvoorstel zal zijn aangenomen: een statuut *sui generis* (24) of een contractuele relatie.

Aangezien in de toelichting bij het wetsvoorstel vermeld wordt dat de gelijkstelling met een toestand van arbeidscontractant er in werkelijkheid enkel toe strekt de Hoge Raad voor de Justitie bevoegd te maken om voor alle leden van het Bureau een groepsverzekering te sluiten met toepassing van de wet van 28 april 2003 betreffende de aanvullende pensioenen, rijst de vraag of dat doel niet gewoon bereikt kan worden door het aannemen van een specifieke bepaling waarmee de Hoge Raad voor de Justitie zulk een groepsverzekering kan sluiten ten voordele van de leden van het Bureau zonder gebruik te hoeven maken van loutere fictie of daadwerkelijk voor hen een arbeidsovereenkomst te hoeven sluiten (25).

Voor het overige zou de situatie van de leden van het Bureau ten gronde een situatie blijven van de aard van een rechtspositie *sui generis* (26), waarvan evenwel alle aspecten (27) zouden moeten worden geregeld en niet alleen die van de wedde en de uittredingsvergoeding.

---

(24) In dat verband moet worden opgemerkt dat de loutere omstandigheid dat de aanstelling in een functie enkel van tijdelijke aard is, niet in de weg staat dat die functie kan worden uitgeoefend in het verband van een rechtspositieregeling, al is die specifiek, en niet op grond van een arbeidsovereenkomst. Dat is trouwens de keuze die gemaakt is toen in verschillende openbare diensten van de federale Staat, de gewesten of gemeenschappen, alsmede in diverse instellingen van openbaar nut het systeem van mandaten is ingevoerd voor de uitoefening van management- of staffuncties.

(25) Vergelijk met de wet van 4 maart 2004 houdende toekenning van aanvullende voordelen inzake rustpensioen aan personen die werden aangesteld om een management- of staffunctie uit te oefenen in een overheidsdienst.

(26) Hetgeen meer in overeenstemming zou zijn met de grondregelen die gelden voor het bij arbeidsovereenkomst in dienst nemen bij de overheidsdiensten en de instellingen van openbaar nut, inzonderheid met artikel 2 van het APKB van 22 december 2000.

(27) Hierbij wordt inzonderheid gedacht aan arbeidsongevallen en beroepsziekten, aan ziekte en invaliditeit, of nog aan de verloven.

2.5. De indieners van het voorstel worden er eveneens opmerkzaam op gemaakt dat de keuze van het systeem van een groepsverzekering niet de enig mogelijke manier blijkt om het probleem te regelen van het pensioen van de leden van het Bureau met betrekking tot de uitoefening van hun mandaat. Een andere oplossing, die meer in overeenstemming zou blijken met de per definitie rechtspositionele aard van het mandaat van lid van het Bureau, zou er immers in bestaan een specifieke pensioenregeling ten laste van de Schatkist aan te nemen voor de jaren die als lid van het Bureau gepresteerd zijn.

De kwestie van het verbod op cumulatie van zo een specifiek pensioen met andere pensioenen die leden van het Bureau kunnen genieten in hun andere hoedanigheid (van magistraat, ambtenaar, hoogleraar, werknemer of zelfstandige) zou moeten worden geregeld hetzij door de toepassing van reeds bestaande anticumulatiebepalingen, hetzij door het aannemen van specifieke aanvullende regels ter zake.

3. In het licht van de hiervoren gemaakte opmerkingen, dient ervan uit te worden gegaan dat het wetsvoorstel, zoals het geredigeerd is, geen oplossing biedt voor de problemen die in de toelichting ervan aan de orde worden gesteld. Integendeel, de verwijzing naar een fictieve arbeidsovereenkomst maakt de situatie nog ingewikkelder en schept overigens een gevaarlijk precedent.

Kortom, de situatie van de leden van het Bureau van de HRJ behoort grondig te worden herdacht rekening houdend met de situatie als ambtenaar, arbeidscontractant of zelfstandige, welke de leden voor hun indiensttreding bezaten, en daarbij dient ervoor te worden gezorgd dat de aldus aangenomen regels gerechtvaardigd kunnen worden, in het licht van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, ten opzichte van de regels die gelden voor personen die in soortgelijke omstandigheden eveneens geroepen zouden zijn om een voltijdse functie uit te oefenen in instellingen die min of meer vergelijkbaar zijn met de Hoge Raad voor de Justitie.

In dit verband rijst trouwens de vraag of het niet beter zou zijn om voor alle betrokken personen regels aan te nemen die zoveel mogelijk gelijklopen.

4. Gelet op de fundamentele aard van de algemene opmerking die zopas gemaakt is, heeft de afdeling wetgeving haar verdere onderzoek van het wetsvoorstel beperkt tot de volgende bijzondere opmerkingen.

Bijzondere opmerkingen

Artikel 2, a)
(Voorgesteld artikel 259*bis*-21, § 1,
van het Gerechtelijk Wetboek)

1. Wat de vermelding van de arbeidsovereenkomst betreft, wordt verwezen naar de algemene opmerking.

2. In het voorgestelde artikel 259*bis*-21, § 1, tweede lid, wordt bepaald dat de leden-magistraten van het Bureau "van rechtswege (...) gedetacheerd" worden en "een verlof voor opdracht" krijgen, waarbij dat verlof gelijkgesteld wordt met een "periode van dienstactiviteit".

In de toelichting bij het wetsvoorstel wordt niet uitgelegd wat die termen inhouden, noch in welk opzicht ze een noodzakelijke precisering zouden meebrengen van artikel 323*bis* van het Gerechtelijk Wetboek. Mocht zulks het geval zijn, dan zou die precisering moeten gelden voor alle magistraten die met een opdracht zijn belast en niet alleen voor magistraten die lid zijn van het Bureau van de HRJ.

Hoe dan ook wordt vastgesteld dat Boek II, Titel II, Hoofdstuk IV, van het tweede deel van het Gerechtelijk Wetboek, dat het opschrift "Afwezigheid en verlof" draagt, nergens het begrip "verlof voor opdracht" voorkomt.

Kortom, de voorgestelde paragraaf 1, tweede lid, behoort ofwel te vervallen, of, als het de bedoeling van de indieners van het voorstel is om *in fine* af te wijken van de bepalingen van artikel 323*bis* van het Gerechtelijk Wetboek fundamenteel te worden herzien zodat een volledige alternatieve regeling tot stand komt, waarvan de verschillen

ten opzichte van artikel 323*bis* van het Gerechtelijk Wetboek overigens in het licht van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet gerechtvaardigd zouden zijn [(28)].

3. Krachtens het voorgestelde artikel 259*bis*-21, § 1, vierde lid, van het Gerechtelijk Wetboek hebben de bureauleden recht op:

1/ dezelfde wedde als de eerste advocaat-generaal bij het Hof van Cassatie en op de verhogingen en voordelen die daaraan verbonden zijn;

2. dezelfde jaarlijkse weddebijslag als een onderzoeksrechter, namelijk 4.214,19 euro;

3. een uittredingsvergoeding die wordt berekend naar rato van zes maanden wedde per gepresteerd mandaat van vier jaar.

Het is moeilijk te rechtvaardigen dat aan leden van het Bureau dezelfde weddebijslag wordt toegekend als aan onderzoeksrechters, aangezien hun opdrachten niet dezelfde prestaties inhouden, inzonderheid qua wachtdiensten als die van een onderzoeksrechter. Het feit dat voorzitters van andere instellingen diezelfde weddebijslag genieten kan op zich geen rechtvaardiging zijn aangezien zulks het probleem alleen maar zou verschuiven.

Het is eveneens moeilijk te rechtvaardigen dat aan de leden van het Bureau een uittredingsvergoeding wordt toegekend, wanneer zij na hun mandaat de mogelijkheid hebben hun oorspronkelijke betrekking weer op te nemen.

Voor het overige is de kwestie van de bezoldiging van de leden van het Bureau - zoals die van de leden van andere instellingen - een opportuniteitskwestie die door de wetgever moet worden beslecht.

---

(28) Voor een soortgelijke opmerking, zie advies 40.040/2, gegeven op 10 april 2006 over een voorontwerp dat geleid heeft tot de wet van 20 juli 2006 tot instelling van de Commissie voor de Modernisering van de Rechterlijke Orde en de Algemene Raad van de partners van de Rechterlijke Orde (bijzondere opmerking over artikel 7) (Parl. St., Senaat, 2005-2006, nr. 1720/1, blz. 38-44).

4. In het voorgestelde artikel 259*bis*-21, § 1, zevende lid, wordt bepaald dat de leden van het Bureau na afloop van hun mandaat op hun verzoek door een orgaan van de wetgevende, de uitvoerende of de rechterlijke macht belast kunnen worden met een opdracht.

Zo een bepaling is onverenigbaar met de noodzakelijke onafhankelijkheid van de leden van het Bureau, waarnaar overigens in de toelichting bij het voorstel wordt verwezen. Het is ongepast dat de houding van de leden van het Bureau zou worden ingegeven - of dat het vermoeden zou bestaan dat ze wordt ingegeven - door de verwachting om na afloop van hun mandaat te worden belast met een opdracht waaraan een ruime vergoeding verbonden is.

Als zo een ruim vergoede opdracht bovendien door de uitvoerende macht wordt toegekend aan een zittend magistraat, zou zulks een schending inhouden van artikel 155 van de Grondwet zoals de afdeling wetgeving van de Raad van State onlangs verscheidene keren heeft opgemerkt [(29)].

Artikel 2, b)

(Voorgesteld artikel 259*bis*-21, § 1 (overgangsbepaling) van het Gerechtelijk Wetboek)

Er wordt verwezen naar de opmerkingen 2 tot 4 die over artikel 2, a) van het wetsvoorstel gemaakt zijn.

---

(29) Voormeld advies 40.040/2; advies 41.035/2, uitgebracht door de afdeling wetgeving van de Raad van State op 21 augustus 2006 over een voorontwerp dat geleid heeft tot de wet van 31 januari 2007 inzake de gerechtelijke opleiding en tot oprichting van het Instituut voor gerechtelijke opleiding (Parl. St., Senaat, 2006-2007, nr. 1889/1, blz. 70-76); advies 41.153/2, gegeven op 25 september 2006 over een voorontwerp dat geleid heeft tot een deel van de wet van 27 december 2006 houdende diverse bepalingen (II) (Parl. St., Kamer, 2006-2007, nr. 2761/1, blz. 166-178).

La chambre était composée de

Messieurs M. HANOTIAU, président de chambre,
de Heren kamervoorzitter,

Ph. QUERTAINMONT, conseillers d'État,
J. JAUMOTTE, staatsraden,

Madame C. GIGOT, greffier,
Mevrouw griffier.

De kamer was samengesteld uit

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

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

La concordance entre la version française et la version néerlandaise a été vérifiée sous le contrôle de M. P. VANDERNOOT, conseiller d'État.

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

LE GREFFIER - DE GRIFFIER,

C. GIGOT

LE PRÉSIDENT - DE VOORZITTER,

M. HANOTIAU