

ROYAUME DE BELGIQUE

AVIS 45.790/4
DU 2 FÉVRIER 2009

DE LA SECTION DE LÉGISLATION
DU CONSEIL D'ÉTAT

Le CONSEIL D'ÉTAT, section de législation, quatrième chambre, saisi par le Ministre de la Défense, le 6 janvier 2009, d'une demande d'avis, dans un délai de trente jours, sur un projet d'arrêté royal "modifiant l'arrêté royal du 25 octobre 1963 relatif au statut des sous-officiers du cadre actif des forces armées et l'arrêté royal du 21 décembre 2005 relatif au statut des musiciens militaires", 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.

Préambule

Le projet trouvant son fondement légal dans les articles 38 et 39, alinéa 2, de la loi du 27 décembre 1961 relative au statut des sous-officiers du cadre actif des forces armées, il n'y a pas lieu de viser la Constitution au préambule.

L'alinéa 1^{er} du préambule sera omis.

Dispositif

Article 1^{er}

L'article 15, § 2^{ter}, alinéa 3, nouveau (article 1^{er}, 2/, du projet), dispose :

"Les ajournements pour des raisons de santé, de grossesse ou pour des raisons graves ou exceptionnelles visés à l'alinéa 1^{er}, peuvent être accordés pour autant que le sous-officier, selon le cas, puisse présenter l'épreuve d'accession au grade de premier sergent-major avant d'atteindre l'ancienneté minimum dans le grade visée à l'article 14, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2/, ou pour autant qu'il puisse présenter l'examen de qualification au grade d'adjudant-chef avant que sa candidature soit soumise au comité d'avancement pour la première fois. Cette limite n'est pas applicable aux sous-officiers ajournés en application du § 2^{bis} pour les deux ajournements supplémentaires visés à l'alinéa 2."

Cette disposition limite dans le temps la possibilité d'obtenir un ajournement pour des raisons de santé, de grossesse ou pour des raisons graves ou exceptionnelles. Interrogés sur le but de cette mesure, les officiers délégués ont répondu :

"L'article 15, § 2^{ter}, alinéa 3, nouveau, de l'arrêté royal du 25 octobre 1963 «relatif au statut des sous-officiers du cadre actif des forces armées» ne réduit pas le nombre d'ajournements possibles mais évite qu'un sous-officier ne puisse être nommé au grade de premier sergent-major ou adjudant-chef parce qu'il n'a pas encore présenté l'examen exigé alors qu'il a atteint l'ancienneté minimum requise dans le grade de premier sergent ou adjudant. La liberté de décision relative à l'autorisation de l'ajournement est certes restreinte, mais cette limitation augmente la sécurité juridique en évitant qu'un sous-officier ne perde de chance à l'avancement dans un grade, sous couvert de pouvoir obtenir un ajournement sans limite dans le temps. La situation devient également mieux gérable pour les gestionnaires de personnel de la Défense. Sans cette limitation dans le temps, l'organisation risque de subir des discontinuités dans le nombre de sous-officiers suivant les formations et participant aux examens exigés pour l'avancement au grade supérieur."

Pour la militaire enceinte, cette limitation de la période durant laquelle elle peut obtenir un ajournement, peut être considérée comme une discrimination indirecte au sens du droit européen, et notamment de la directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 relative à la mise en oeuvre du principe d'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail (refonte) ⁽¹⁾ laquelle a été transposée pour ce qui concerne la matière concernée par la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes. Elle peut, en effet, conduire à ce que la grossesse ait un impact négatif spécifique sur les chances de promotion des militaires féminins par rapport à leurs homologues masculins.

Le fait qu'une dérogation à cette limitation soit prévue au bénéfice des seuls militaires visés par le paragraphe 2^{bis} du même article vient, en outre, rendre particulièrement difficile la justification de sa nécessité.

⁽¹⁾ En vertu de l'article 2, § 2, c, de la directive 2006/54/CE précitée, "tout traitement moins favorable à une femme lié à la grossesse ou au congé de maternité au sens de la directive 92/85/CEE constitue une discrimination". Sur la jurisprudence récente, voyez J. JACQMAIN, Égalité entre travailleurs féminins et masculins, Appendice : autres discriminations (1^{er} janvier 2006 - 31 juillet 2008), JDE, 2008, p. 302 (<http://www.strada.be>).

La disposition à l'examen pose également problème au regard de l'article 15 de la même directive, lequel dispose :

"Une femme en congé de maternité a le droit, au terme de ce congé, de retrouver son emploi ou un emploi équivalent à des conditions qui ne lui soient pas moins favorables et de bénéficier de toute amélioration des conditions de travail à laquelle elle aurait eu droit durant son absence."

La disposition en projet a pour conséquence que la durée du congé de maternité ne peut avoir pour effet de priver la militaire de retour de congé de maternité de la faculté de participer aux cours et stages et de présenter les épreuves dont la réussite est nécessaire pour accéder aux grades de premier sergent-major et d'adjudant-chef.

L'article 15, § 2^{ter}, alinéa 3, en projet, sera modifié sur ce point.

La chambre était composée de

Messieurs	Ph. HANSE,	président de chambre,
	P. LIÉNARDY,	conseillers d'État,
	J. JAUMOTTE,	
Madame	A.-C. VAN GEERSDAELE	greffier.

Le rapport a été présenté par M. Y. CHAUFFOUREAUX, auditeur.

LE GREFFIER,

LE PRÉSIDENT,

A.-C. VAN GEERSDAELE

Ph. HANSE

KONINKRIJK BELGIË

ADVIES 45.790/4
VAN 2 FEBRUARI 2009

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, vierde kamer, op 6 januari 2009 door de Minister van Landsverdediging verzocht hem, binnen een termijn van dertig dagen, van advies te dienen over een ontwerp van koninklijk besluit "tot wijziging van het koninklijk besluit van 25 oktober 1963 betreffende het statuut van de onderofficieren van het actief kader van de krijgsmacht en van het koninklijk besluit van 21 december 2005 betreffende het statuut van de militaire muzikanten", heeft het volgende advies gegeven :

Aangezien de adviesaanvraag is ingediend 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.

Aanhef

Aangezien het ontwerp zijn rechtsgrond ontleent aan de artikelen 38 en 39, tweede lid, van de wet van 27 december 1961 betreffende het statuut van de onderofficieren van het actief kader van de krijgsmacht, is er geen grond om in de aanhef naar de Grondwet te verwijzen.

Het eerste lid van de aanhef moet vervallen.

Dispositief

Artikel 1

Het nieuwe artikel 15, § 2^{ter}, derde lid, (artikel 1, 2/, van het ontwerp) bepaalt :

"De uitstellen om gezondheidsredenen, zwangerschap, ernstige of uitzonderlijke redenen bedoeld in het eerste lid kunnen worden verleend voor zover de onderofficier, naargelang het geval, het examen voor overgang naar de graad van eerste sergeant-majoor kan afleggen voor het bereiken van de minimumanciënniteit in de graad bedoeld in artikel 14, § 1, eerste lid, 2/, of voor zover hij het kwalificatie-examen voor de graad van adjudant-chef kan afleggen vooraleer zijn kandidatuur voor de eerste maal aan het bevorderingscomité zal worden voorgelegd. Deze beperking is niet van toepassing op de onderofficieren die uitstel hebben gekregen met toepassing van § 2^{bis} voor de twee bijkomende uitstellen bedoeld in het tweede lid."

.../...

Door die bepaling wordt de mogelijkheid om uitstel te krijgen om gezondheidsredenen, zwangerschap of ernstige of uitzonderlijke redenen in de tijd beperkt. Op de vraag wat de bedoeling van die maatregel is, hebben de gemachtigde officieren het volgende geantwoord :

"L'article 15, § 2^{ter}, alinéa 3, nouveau, de l'arrêté royal du 25 octobre 1963 «relatif au statut des sous-officiers du cadre actif des forces armées» ne réduit pas le nombre d'ajournements possibles mais évite qu'un sous-officier ne puisse être nommé au grade de premier sergent-major ou adjudant-chef parce qu'il n'a pas encore présenté l'examen exigé alors qu'il a atteint l'ancienneté minimum requise dans le grade de premier sergent ou adjudant. La liberté de décision relative à l'autorisation de l'ajournement est certes restreinte, mais cette limitation augmente la sécurité juridique en évitant qu'un sous-officier ne perde de chance à l'avancement dans un grade, sous couvert de pouvoir obtenir un ajournement sans limite dans le temps. La situation devient également mieux gérable pour les gestionnaires de personnel de la Défense. Sans cette limitation dans le temps, l'organisation risque de subir des discontinuités dans le nombre de sous-officiers suivant les formations et participant aux examens exigés pour l'avancement au grade supérieur."

Voor zwangere militairen kan die beperking van de periode waarin ze uitstel kunnen krijgen beschouwd worden als een indirecte discriminatie in de zin van het Europees recht en inzonderheid in de zin van richtlijn 2006/54/EG van het Europees Parlement en de Raad van 5 juli 2006 betreffende de toepassing van het beginsel van gelijke kansen en gelijke behandeling van mannen en vrouwen in arbeid en beroep (herschikking) ⁽¹⁾, die voor de betrokken materie is omgezet bij de wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van discriminatie tussen vrouwen en mannen. Die beperking kan er immers toe leiden dat zwangerschap een specifieke negatieve invloed heeft op de bevorderingskansen van vrouwelijke militairen ten opzichte van hun mannelijke collega's.

Doordat alleen voor de militairen bedoeld in paragraaf 2bis van dat artikel in een afwijking van die beperking wordt voorzien, wordt het bovendien bijzonder moeilijk de noodzaak van die beperking te wettigen.

⁽¹⁾ Krachtens artikel 2, 2., c), van de voormelde richtlijn 2006/54/EEG "omvat discriminatie elke minder gunstige behandeling van een vrouw in samenhang met zwangerschap of bevallingsverlof in de zin van Richtlijn 92/85/EEG". Voor de recente rechtspraak wordt verwezen naar J. JACQMAIN, *Égalité entre travailleurs féminins et masculins*, Appendice : autres discriminations (1 januari 2006 - 31 juli 2008), JDE, 2008, p. 302 (<http://www.strada.be>).

De voorliggende bepaling doet ook problemen rijzen uit het oogpunt van artikel 15 van de voornoemde richtlijn, dat als volgt luidt :

"Een vrouw die zwangerschaps- en bevallingsverlof heeft, heeft na afloop van haar zwangerschaps- en bevallingsverlof het recht om onder voor haar niet minder gunstige voorwaarden en omstandigheden naar haar baan of naar een gelijkwaardige functie terug te keren en te profiteren van elke verbetering van de arbeidsvoorwaarden waarop zij tijdens haar afwezigheid aanspraak had kunnen maken."

De ontworpen bepaling heeft tot gevolg dat de duur van zwangerschaps- en bevallingsverlof er niet toe mag leiden dat vrouwelijke militairen bij hun terugkeer uit zwangerschaps- en bevallingsverlof geen cursussen of stages meer kunnen volgen en geen examens meer kunnen afleggen waarvoor men moet slagen om eerste sergeant-majoor en adjudant-chef te kunnen worden.

Het ontworpen artikel 15, § 2^{ter}, derde lid, moet op dat punt worden gewijzigd.

De kamer was samengesteld uit

de Heren	Ph. HANSE,	kamervoorzitter,
	P. LIÉNARDY,	staatsraden,
	J. JAUMOTTE,	
Mevrouw	A.-C. VAN GEERSDAELE	griffier.

Het verslag werd uitgebracht door de H. Y. CHAUFFOUREAUX, auditeur.

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

DE GRIFFIER,

DE VOORZITTER,

A.-C. VAN GEERSDAELE

Ph. HANSE