CC

ROYAUME DE BELGIQUE

– – – – – – – – – –

AVIS 46.623/2
DU 3 JUIN 2009

DE LA SECTION DE LÉGISLATION
DU CONSEIL D'ÉTAT

– – – – – – – – – – – –

Le CONSEIL D'ÉTAT, section de législation, deuxième chambre, saisi par le Ministre de la Justice, le 6 mai 2009, d'une demande d'avis, dans un délai de trente jours, sur un projet d'arrêté royal "modifiant l'arrêté royal du 28 décembre 2006 portant réforme de la carrière particulière des agents du niveau A des services extérieurs de la Direction générale Exécution des Peines et Mesures dans le Service public fédéral Justice", a donné l'avis suivant :

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

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

Observations générales

1. Le projet entend confier la direction des établissements pénitentiaires les plus importants "par la voie d'une désignation pour un terme de cinq ans, renouvelable" et prévoit une fin anticipée à la demande de l'agent ou sur demande dûment motivée du directeur général (article 3 du projet). Un système analogue est prévu pour la fonction de directeur régional (article 4 du projet).

Un système de désignation similaire était déjà prévu aux articles 14 et 15 de l'arrêté royal du 28 novembre 1997 fixant des dispositions administratives en faveur de certains agents des services extérieurs de l'Administration des Établissements pénitentiaires appartenant au niveau A [1].

Ce système a été repris dans l'arrêté royal du 28 décembre 2006 portant réforme de la carrière particulière des agents du niveau A des services extérieurs de la Direction générale Exécution des peines et mesures dans le Service public fédéral Justice [2], auquel se rapporte un projet d'arrêté royal "modifiant l'arrêté royal du 28 décembre 2006 portant

---

(1) Cet arrêté ayant été adopté vu l'urgence, il n'a pas été soumis à l'avis du Conseil d'État.

(2) Cet arrêté a été soumis à l'avis du Conseil d'État, mais celui-ci a jugé la demande d'avis irrecevable, de sorte qu'il ne s'est pas prononcé sur le fond : avis 41.446/2, donné le 6 novembre 2006 sur un projet devenu l'arrêté royal du 28 décembre 2006 portant réforme de la carrière particulière des agents du niveau A des services extérieurs de la Direction générale Exécution des Peines et Mesures dans le Service public fédéral Justice.

réforme de la carrière particulière des agents de niveau A des services extérieurs de la Direction générale exécution des peines et mesures dans le Service public fédéral Justice" [3].

2. L'auteur du projet doit être en mesure de justifier l'instauration d'un système de mandat pour des fonctions auxquelles ne s'applique pas l'arrêté royal du 2 octobre 2002 relatif à la désignation et à l'exercice des fonctions d'encadrement dans les services publics fédéraux [4].

Il doit également pouvoir justifier pourquoi l'arrêté en projet s'applique uniquement à certaines fonctions au sein de la Direction générale exécution des peines et mesures, alors qu'un tel système n'existe pour aucune autre direction générale.

3. En tout état de cause, dans l'avis 21.303/2 donné le 13 novembre 1991 sur un projet devenu l'arrêté royal du 22 novembre 1991 fixant les principes généraux du statut administratif et pécuniaire des agents de l'État applicables au personnel des Exécutifs et aux personnes morales de droit public qui en dépendent, la section de législation du Conseil d'État a estimé que

> "Le principe de la nomination par mandat prévu dans l'article 23 de l'arrêté royal en projet ne peut être admis que s'il est assorti de conditions inscrites dans le texte lui-même, qui soient autant de garanties pour prévenir toute discrimination. Le texte devrait déterminer le rang à partir duquel un agent peut être nommé par mandat, la durée de celui-ci et la possibilité de le renouveler, les critères pris en considération pour la nomination, les formes et la procédure de celle-ci. Il devrait aussi prévoir que la nomination ne peut se faire qu'à un emploi vacant."

---

(3) Ce projet modificatif a également été soumis au Conseil d'État, mais celui-ci a jugé la demande irrecevable de sorte qu'il ne s'est pas prononcé sur le fond : avis 45.877/2, donné le 16 février 2009 sur un projet d'arrêté royal "modifiant l'arrêté royal du 28 décembre 2006 portant réforme de la carrière particulière des agents de niveau A des services extérieurs de la Direction générale exécution des peines et mesures dans le Service public fédéral Justice".

(4) L'article 2 de cet arrêté prévoit qu'il s'applique à des fonctions d'encadrement au niveau d'un service fédéral et l'article 9 réserve au Roi le pouvoir de désigner à ces fonctions, alors que le projet à l'examen concerne une désignation au sein d'une direction générale par le ministre.

Une observation similaire doit être faite en l'espèce. Les critères pris en considération pour la désignation et la procédure de celle-ci doivent être précisés.

4. C'est sous ces réserves que sont formulées les observations qui suivent.

Observations particulières

Préambule

1. Il n'y a pas lieu de viser l'arrêté royal du 20 décembre 2007 portant la classification des fonctions de niveau A, qui ne constitue pas le fondement juridique du projet et qui n'est pas modifié ou abrogé par le projet.

2. Les formalités préalables doivent être citées dans l'ordre chronologique en commençant par la plus ancienne. L'avis du Comité de direction donné le 4 mars 2009 ne doit dès lors pas être cité en premier lieu, mais après le protocole n/ 334 du Comité de secteur III, Justice, conclu le 12 janvier 2009.

Dispositif

Article 1er

Il y a lieu de veiller à l'uniformité de la terminologie du projet et désigner la direction générale de la même façon dans chacun des articles. On n'écrira donc pas dans l'article 1er "Direction générale EPI - Établissements pénitentiaires" et ensuite dans l'article 3 "Direction générale - Établissements pénitentiaires".

Article 3

Article 8, § 1er, alinéa 1er, en projet

La fonction de "conseiller général - chef d'établissement d'un établissement pénitentiaire (de plus de 500 membres du personnel)" n'est pas prévue par l'arrêté royal du 20 décembre 2007, précité. La fonction qui s'en rapproche le plus est celle de "Conseiller général établissement pénitentiaire III - Directeur" qui concerne, selon la cartographie des fonctions fédérales, la direction d'un groupe de 501-1000 personnes de niveaux A à D.

Il y a lieu de veiller à l'uniformité de la terminologie entre l'arrêté du 20 décembre 2007 précité et l'arrêté en projet.

Article 8, § 1er, alinéa 2, en projet

1. Le projet prévoit que la fonction est notamment accessible aux agents ayant exercé pendant deux ans au moins, dans la classe A3, la fonction de directeur de prison. Il y a lieu de vérifier la cohérence de cette disposition avec l'arrêté royal du 20 décembre 2007 précité qui ne prévoit pas, dans la classe A3, la fonction de directeur d'un établissement pénitentiaire, mais uniquement celle d'adjoint du directeur d'établissement pénitentiaire I ou II.

2. Le projet ne prévoit pas, pour les agents de la classe A5, qu'ils doivent avoir exercé pendant deux ans au moins la fonction de directeur de prison, alors qu'il introduit cette exigence pour les agents de la classe A4, qui jusqu'à présent ne devaient pas faire état d'une telle expérience. Il appartient à l'auteur du projet de pouvoir justifier cette différence de traitement.

Article 8, § 1er, alinéa 4, en projet

La disposition qui prévoit que le ministre peut mettre fin à la désignation aux fonctions de "chef d'établissement d'un établissement pénitentiaire (de plus de 500 membres du personnel)" est lacunaire; il y a lieu de préciser les conditions dans lesquelles cette fin anticipée peut intervenir ainsi que sa procédure. La procédure devra veiller au respect des droits de la défense. Il convient également d'organiser la fin de la désignation, même si elle intervient à la demande de l'agent, en prévoyant par exemple un préavis de la part de celui-ci, tout en réservant le commun accord.

Article 8, § 2, alinéa 1er, en projet

1. L'article 8, § 2, en projet, a la nature d'une disposition transitoire. Ce texte devrait en conséquence faire l'objet d'une disposition autonome du projet.

2. Cette disposition prévoit que les agents désignés à la date du 1er février 2008 perdent le bénéfice de leur désignation lorsqu'une nouvelle désignation interviendra. Or, ils ont été désignés pour une période de cinq ans et la fin anticipée de leur désignation n'était permise qu'à leur demande ou sur demande dûment motivée du directeur général. Le fait qu'il soit nécessaire de prévoir, pour des raisons fonctionnelles et budgétaires, la base réglementaire pour l'ouverture des postes visés par le projet ne semble pas être un motif qui peut justifier de mettre fin aux désignations antérieures.

La section de législation a déjà observé que l'exercice de fonctions sous un régime de mandat n'empêche pas que les mandataires bénéficient d'une certaine stabilité d'emploi [5].

Il est préférable de prévoir uniquement que les bénéficiaires des désignations antérieures conservent le bénéfice de leur désignation et, en conséquence, d'omettre les mots "jusqu'à [...] A4".

---

(5) Avis 39.416/2, donné le 13 décembre 2005, sur un avant-projet devenu la loi du 20 juin 2006 portant modification de divers textes relatifs à la police intégrée.

Article 8, § 2, alinéa 2, en projet

Cet alinéa paraît redondant car le fait pour les agents déjà désignés de conserver le bénéfice de leur désignation implique qu'il peut également y être mis fin anticipativement dans les conditions prévues par le projet, sans qu'il soit nécessaire de le prévoir expressément.

Article 4

1. La fonction de "directeur régional" dans le projet est désignée par "Directeur régional établissement pénitentiaire" dans l'arrêté royal du 20 décembre 2007 précité. Il y a lieu de veiller à l'uniformité de la terminologie.

2. Les observations exposées au sujet de l'article 3, valent *mutatis mutandis* pour l'article 4.

Article 5

Le Conseil d'État n'aperçoit pas ce qui pourrait justifier la rétroactivité du projet.

La chambre était composée de

Messieurs	Y.	KREINS,	président de chambre,
	P.	VANDERNOOT,	conseillers d'État,
Madame	M.	BAGUET,	
Monsieur	H.	BOSLY,	assesseur de la section de législation,
Madame	A.-C.	VAN GEERSDAELE,	greffier.

Le rapport a été présenté par M. Y. DELVAL, auditeur adjoint.

LE GREFFIER, LE PRÉSIDENT,

A.-C. VAN GEERSDAELE Y. KREINS

CC

KONINKRIJK BELGIË

ADVIES 46.623/2
VAN 3 JUNI 2009

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, tweede kamer, op 6 mei 2009 door de Minister van Justitie 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 28 december 2006 houdende hervorming van de bijzondere loopbaan van de ambtenaren van niveau A van de Buitendiensten van het Directoraat - generaal Uitvoering van Straffen en Maatregelen winnen de Federale overheidsdienst Justitie", 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.

Algemene opmerkingen

1. Het ontwerp strekt ertoe de directie van de grootste penitentiaire inrichtingen op te dragen "door een aanwijzing voor een termijn van vijf jaar die hernieuwbaar is" en voorziet in een voortijdige beëindiging op verzoek van de ambtenaar of op een met reden omklede aanvraag van de directeur-generaal (artikel 3 van het ontwerp). Voor de functie van regionaal directeur is een vergelijkbare regeling uitgewerkt (artikel 4 van het ontwerp).

Een soortgelijke aanwijzingsregeling was al vervat in de artikelen 14 en 15 van het koninklijk besluit van 28 november 1997 tot vaststelling van administratieve bepalingen ten gunste van sommige ambtenaren van de buitendiensten van het Bestuur Strafinrichtingen die behoren tot het niveau A [1].

Die regeling is overgenomen in het koninklijk besluit van 28 december 2006 houdende hervorming van de bijzondere loopbaan van de ambtenaren van niveau A van de buitendiensten van het Directoraat-generaal Uitvoering van Straffen en

(1) Aangezien dit besluit "gelet op de dringende noodzakelijkheid" is aangenomen, is het niet om advies voorgelegd aan de Raad van State.

Maatregelen binnen de Federale Overheidsdienst Justitie [2], waarvan de wijziging in uitzicht was gesteld door een ontwerp van koninklijk besluit "tot wijziging van het koninklijk besluit van 28 december 2006 houdende hervorming van de bijzondere loopbaan van de ambtenaren van niveau A van de buitendiensten van het Directoraat-generaal Uitvoering van Straffen en Maatregelen binnen de Federale Overheidsdienst Justitie [3].

2. De steller van het ontwerp moet kunnen wettigen waarom een mandaatregeling wordt ingevoerd voor functies die niet onder het koninklijk besluit van 2 oktober 2002 betreffende de aanduiding en de uitoefening van de staffuncties in de federale overheidsdiensten vallen [4].

Hij moet ook kunnen wettigen waarom het ontworpen besluit alleen geldt voor bepaalde functies binnen het directoraat-generaal Uitvoering van Straffen en Maatregelen, terwijl er voor geen enkel ander directoraat-generaal zulk een regeling bestaat.

---

(2) Dat besluit is om advies voorgelegd aan de Raad van State, maar deze heeft geoordeeld dat de adviesaanvraag niet-ontvankelijk is, zodat hij zich niet uitgesproken heeft over de grond van de zaak: advies 41.446/2 van 6 november 2006 over een ontwerp dat ontstaan heeft gegeven aan het koninklijk besluit van 28 december 2006 houdende hervorming van de bijzondere loopbaan van de ambtenaren van niveau A van de buitendiensten van het Directoraat-generaal Uitvoering van Straffen en Maatregelen binnen de Federale Overheidsdienst Justitie.

(3) Dit wijzigingsontwerp is ook om advies voorgelegd aan de Raad van State, maar deze heeft geoordeeld dat de aanvraag niet-ontvankelijk was, zodat hij zich niet uitgesproken heeft over de grond van de zaak: advies 45.877/2 van 16 februari 2009 over een ontwerp van koninklijk besluit "tot wijziging van het koninklijk besluit van 28 december 2006 houdende hervorming van de bijzondere loopbaan van de ambtenaren van niveau A van de buitendiensten van het Directoraat-generaal Uitvoering van Straffen en Maatregelen binnen de Federale overheidsdienst Justitie".

(4) Artikel 2 van dat besluit bepaalt dat het van toepassing is op staffuncties op het niveau van een federale dienst en artikel 9 bepaalt dat alleen de Koning bevoegd is om kandidaten in die functies aan te stellen, terwijl het voorliggende ontwerp betrekking heeft op een aanstelling binnen een directoraat-generaal door de minister.

3. Hoe dan ook, in advies 21.303/2 van 13 november 1991 over een ontwerp dat ontstaan heeft gegeven aan het koninklijk besluit van 22 november 1991 tot bepaling van de algemene principes van het administratief en geldelijk statuut van de rijksambtenaren die van toepassing zijn op het personeel van de Executieven en van de publiekrechtelijke rechtspersonen die ervan afhangen, heeft de afdeling Wetgeving van de Raad van State geoordeeld :

> "Het beginsel van de benoeming bij mandaat, dat in artikel 23 van het ontworpen besluit wordt gehuldigd, is onaanvaardbaar als daaraan niet de voorwaarden worden verbonden die in de tekst zelf zijn gesteld en die waarborgen vormen tegen elke vorm van discriminatie. In de tekst zou moeten worden bepaald vanaf welke rang een personeelslid bij mandaat kan worden benoemd, wat de duur is van dit mandaat, of er mogelijkheid is tot vernieuwing, welke criteria moeten worden gehanteerd bij de benoeming, wat de vormen en de procedure hiervoor zijn. Er zou tevens moeten worden bepaald dat men slechts kan worden benoemd als er een betrekking openstaat".

In het onderhavige geval moet een soortgelijke opmerking worden gemaakt. De criteria die in aanmerking worden genomen voor de aanstelling en de daarvoor bedoelde procedure moeten worden verduidelijkt.

4. Onder dat voorbehoud worden de volgende opmerkingen gemaakt.

Bijzondere opmerkingen

Aanhef

1. Er is geen grond om te verwijzen naar het koninklijk besluit van 20 december 2007 houdende de classificatie van de functies van niveau A, aangezien dat besluit geen rechtsgrond verleent aan het ontwerp en niet bij het ontwerp gewijzigd of opgeheven wordt.

2. De voorafgaande vormvereisten moeten naar tijdsorde worden vermeld, te beginnen met het oudste. Het advies van het directiecomité van 4 maart 2009 mag dus niet het eerst worden vermeld, maar moet na protocol nr. 334 van het sectorcomité III, Justitie, gesloten op 12 januari 2009, komen.

Dispositief

Artikel 1

Er moet voor de eenheid van de terminologie van het ontwerp worden gezorgd en het directoraat-generaal moet in alle artikelen op dezelfde wijze worden aangegeven. Men schrijve dus niet in artikel 1 "Directoraat-generaal E^{P}I - Penitentiaire Inrichtingen" en daarna in artikel 3 "Directoraat-generaal Penitentiaire Inrichtingen".

Artikel 3

Ontworpen artikel 8, § 1, eerste lid

De functie van "adviseur generaal - inrichtingshoofd van een penitentiaire inrichting (met meer dan 500 personeelsleden)" komt niet voor in het voormelde koninklijk besluit van 20 december 2007. De functie die er het dichtst bij aansluit is die van "Adviseur-generaal penitentiaire instelling III - Directeur" die volgens de cartografie van de federale functies leiding geeft aan een groep van 501-1000 personen van niveau A tot D.

Er moet voor de eenheid van de terminologie tussen het voormelde besluit van 20 december 2007 en het ontworpen besluit worden gezorgd.

Ontworpen artikel 8, § 1, tweede lid

1. Het ontwerp bepaalt dat de functie onder meer toegankelijk is voor ambtenaren die minstens 2 jaar lang de functie van gevangenisdirecteur hebben uitgeoefend in klasse A3. Er moet worden nagegaan of die bepaling strookt met het voormelde koninklijk besluit van 20 december 2007 die in klasse 3 niet in de functie van gevangenisdirecteur voorziet, maar alleen in die van adviseur penitentiaire instelling I of II - adjunct van de directeur.

2. Voor de ambtenaren van klasse A5 bepaalt het ontwerp niet dat ze gedurende minstens twee jaar de functie van gevangenisdirecteur moeten hebben uitgeoefend, terwijl die voorwaarde wel wordt ingevoerd voor de ambtenaren van klasse A4 die deze ervaring tot hiertoe niet hoefden te vermelden. De steller van het ontwerp moet dat verschil in behandeling kunnen wettigen.

Ontworpen artikel 8, § 1, vierde lid

De bepaling waarin staat dat de minister een einde kan maken aan de aanstelling als "inrichtingshoofd van een penitentiaire inrichting (met meer dan 500 personeelsleden)" is onvolledig; er moet worden gepreciseerd in welke omstandigheden die aanstelling voortijdig kan worden beëindigd en welke procedure daarbij moet worden gevolgd. Er moet voor gezorgd worden dat de rechten van verdediging tijdens de procedure in acht worden genomen. Ook de beëindiging van de aanstelling moet worden geregeld, zelfs als ze op verzoek van de ambtenaar geschiedt, door bijvoorbeeld in een opzegging van die ambtenaar te voorzien, onder voorbehoud van een onderlinge overeenstemming.

Ontworpen artikel 8, § 2, eerste lid

1. Het ontworpen artikel 8, § 2, is een overgangsbepaling. Die tekst moet dus in een op zichzelf staande bepaling van het ontwerp komen.

2. In die bepaling staat dat de ambtenaren die op 1 februari 2008 aangewezen waren, het voordeel van hun aanwijzing verliezen bij een nieuwe aanwijzing. Ze zijn evenwel aangewezen voor een periode van vijf jaar en de voortijdige beëindiging van hun aanwijzing was alleen toegestaan op hun verzoek of op een met redenen omklede aanvraag van de directeur-generaal. Dat er om functionele en budgettaire redenen in een reglementaire basis voor het openstellen van de in het ontwerp genoemde betrekkingen moet worden voorzien, lijkt het beëindigen van de vroegere aanwijzingen niet te kunnen wettigen.

De afdeling Wetgeving heeft al opgemerkt dat de uitoefening van functies via een mandaatregeling niet belet dat degenen die een mandaat bekleden een bepaalde vastheid van betrekking genieten [5].

Het is beter alleen te bepalen dat degenen die tevoren waren aangewezen het voordeel van hun aanwijzing behouden en bijgevolg de woorden "tot het ogenblik [...] A4" te laten vervallen.

Ontworpen artikel 8, § 2, tweede lid

Dit lid lijkt overtollig, want het feit dat de reeds aangewezen ambtenaren het voordeel van hun aanwijzing behouden houdt in dat die aanwijzing ook voortijdig kan worden beëindigd onder de voorwaarden die in het ontwerp worden gesteld, zonder dat dit uitdrukkelijk hoeft te worden vermeld.

Artikel 4

1. De functie van "regionaal directeur" in het ontwerp wordt in het voornoemde koninklijk besluit van 20 december 2007 aangegeven door "regionaal directeur gevangeniswezen". Er moet voor eenheid van terminologie worden gezorgd.

2. De opmerkingen over artikel 3 gelden *mutatis mutandis* ook voor artikel 4.

Artikel 5

Het is de Raad van State niet duidelijk wat de terugwerkende kracht van het ontwerp zou kunnen wettigen.

---

(5) Advies 39.416/2 van 13 december 2005 over een voorontwerp dat ontstaan heeft gegeven aan de wet van 20 juni 2006 tot wijziging van bepaalde teksten betreffende de geïntegreerde politie.

De kamer was samengesteld uit

de Heren	Y.	KREINS,	kamervoorzitter,
	P.	VANDERNOOT,	staatsraden,
Mevrouw	M.	BAGUET,	
de Heer	H.	BOSLY,	assessor van de afdeling wetgeving,
Mevrouw	A.-C.	VAN GEERSDAELE,	griffier.

Het verslag werd uitgebracht door de H. Y. DELVAL, adjunct auditeur.

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

DE GRIFFIER, DE VOORZITTER,

A.-C. VAN GEERSDAELE Y. KREINS