

ROYAUME DE BELGIQUE

AVIS 46.961/2
DU 7 OCTOBRE 2009

DE LA SECTION DE LÉGISLATION
DU CONSEIL D'ÉTAT

Le CONSEIL D'ÉTAT, section de législation, deuxième chambre, saisi par le Président du Sénat, le 26 juin 2009, d'une demande d'avis sur une proposition de loi "modifiant l'article 353^{ter} du Code judiciaire en ce qui concerne l'exercice de mandats politiques par le personnel des greffes et des secrétariats des parquets" (*Doc., Parl., Sénat, 2007-2008, n/ 4-605/1*), a donné l'avis suivant :

KONINKRIJK BELGIË

ADVIES 46.961/2
VAN 7 OKTOBER 2009

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

De RAAD VAN STATE, afdeling Wetgeving, tweede kamer, op 26 juni 2009 door de Voorzitter van de Senaat verzocht hem van advies te dienen over een wetsvoorstel "tot wijziging van artikel 353^{ter} van het Gerechtelijk Wetboek, met betrekking tot de uitoefening van politieke mandaten door personeelsleden van griffies en parketsecretariaten" (*Parl. St., Senaat, 2007-2008, nr. 4-605/1*), heeft het volgende advies gegeven :

Observations générales

A. Droit actuel et objet de la proposition

1. En vertu de l'article 293, alinéa 1^{er}, du Code judiciaire,

"Les fonctions de l'Ordre judiciaire sont incompatibles avec l'exercice d'un mandat public conféré par élection; avec toute fonction ou charge publique rémunérée, d'ordre politique ou administratif; avec les charges de notaire ou d'huissier de justice, avec la profession d'avocat, avec l'état militaire et avec l'état ecclésiastique".

L'article 299*bis* du Code judiciaire dispose que

"Les articles 293 à 299 sont applicables également aux référendaires près la Cour de cassation ainsi qu'au personnel judiciaire de niveau A".

L'article 353*ter* du Code judiciaire étend ces règles d'incompatibilité aux "membres du secrétariat du parquet, au personnel des greffes, des secrétariats de parquets et des services d'appui, aux attachés au service de la documentation et de la concordance des textes auprès de la Cour de cassation".

2. La version définitive de la proposition résultant de l'amendement n/ 2 modifie l'article 353*ter* du Code judiciaire afin de supprimer l'extension de l'incompatibilité relative à l'exercice d'un mandat public conféré par élection en ce qui concerne le "personnel des greffes, des secrétariats de parquets et des services d'appui".

B. Champ d'application *ratione personae* de la proposition

1. Il convient, tout d'abord, de déterminer de manière précise les personnes concernées par la suppression de l'extension de l'incompatibilité.

Les mots "personnel des greffes, des secrétariats de parquets et des services d'appui" renvoient, semble-t-il, au chapitre V du titre III du livre premier de la deuxième partie du Code judiciaire (article 177) intitulé "Des membres du personnel attachés à un greffe, à un secrétariat de parquet ou à un service d'appui", ce qui comprend

.../...

toutes les personnes travaillant dans un greffe, un secrétariat de parquet ou un service d'appui, quel que soit leur niveau, à l'exception des greffiers, greffiers-chefs de service, greffiers en chef, secrétaires de parquet, secrétaires-chefs de service et secrétaires en chef. Ces dernières fonctions sont consacrées dans les chapitre III ("Des membres du greffe") et IV ("Des membres du secrétariat de parquet"), du titre III du livre premier de la deuxième partie du Code judiciaire (articles 163 à 176 du Code judiciaire) ⁽¹⁾.

Il résulte de ce qui précède que les membres du personnel judiciaire de niveau A autres que les greffiers en chef, greffiers-chefs de service, secrétaires en chef de parquet et secrétaires-chefs de service entreraient dans le champ d'application de la proposition telle qu'amendée. Or, telle ne semble pas avoir été l'intention de son auteur puisqu'il n'a pas modifié l'article 299*bis* précité qui rend l'article 293 applicable au personnel judiciaire de niveau A.

En conclusion, les personnes concernées par la suppression de l'extension de l'incompatibilité sont, semble-t-il, les membres du personnel judiciaire de niveaux B - à l'exception des greffiers et des secrétaires de parquet -, C et D, c'est-à-dire les personnes visées à l'article 177, § 2, du Code judiciaire. Si telle est bien l'intention de l'auteur du projet, il conviendrait de mentionner expressément cet article dans le texte proposé.

2. L'attention du législateur est attirée sur l'articulation entre les articles 293, 299*bis*, 300 et 353*ter* du Code judiciaire. L'article 293 du Code judiciaire est relatif aux incompatibilités touchant les personnes qui exercent une fonction de l'ordre judiciaire. Logiquement, les articles 299*bis*, 300 et 353*ter* du Code judiciaire ne devraient concerner que des personnes qui, bien que travaillant dans l'ordre judiciaire, n'exercent pas une fonction de l'ordre judiciaire. La cohérence du système est donc fondée sur la notion de "fonction de l'ordre judiciaire". Or, ni la loi ni la doctrine ne permettent de déterminer quelles sont précisément ces fonctions. Il ne serait dès lors pas inutile que le législateur

⁽¹⁾ Les différentes catégories de greffiers ne sont d'ailleurs pas concernées par l'article 353*ter* du Code judiciaire puisque, exerçant une fonction de l'ordre judiciaire, les incompatibilités les concernant sont réglées par l'article 293, alinéa 1^{er}, du Code judiciaire.

précise cette notion et adapte en conséquence, si nécessaire, les articles 299*bis*, 300 et 353*ter* du Code judiciaire, voire les dispositions du livre II de la deuxième partie du Code judiciaire intitulé "Des fonctions judiciaires" ⁽²⁾.

C. Compatibilité de la proposition avec la Constitution

1. À l'instar d'autres dispositions constitutionnelles ou législatives, le régime des incompatibilités vise à garantir l'indépendance et l'impartialité non seulement des membres de l'ordre judiciaire mais également du personnel qui leur apporte sa collaboration. L'intensité des garanties d'indépendance et d'impartialité peut toutefois varier en proportion de l'importance de l'assistance que prête le personnel à l'exercice des fonctions juridictionnelles proprement dites, comme l'a rappelé l'avis 41.041/4 donné par la section de législation du Conseil d'État le 20 septembre 2006 sur un avant-projet devenu la loi du 25 avril 2007 modifiant le Code judiciaire, notamment les dispositions relatives au personnel judiciaire de niveau A, aux greffiers et aux secrétaires ainsi que les dispositions relatives à l'organisation judiciaire ⁽³⁾, qui ajoute :

"Cette distinction entre le personnel de niveau A, les greffiers et secrétaires de parquet, d'une part, et le personnel des niveaux B, C et D, d'autre part, peut se justifier.

Quant au contenu, rien n'interdit de prévoir des statuts différents pour les deux catégories. En effet, compte tenu de la spécificité de leurs fonctions au sein de l'ordre judiciaire (assistance directe et collaboration avec les magistrats), les greffiers, les secrétaires de parquet, les référendaires près des cours d'appel et des tribunaux de première instance ainsi que les juristes de parquet doivent, comme déjà mentionné, bénéficier d'un statut fixé par la loi leur garantissant une certaine

⁽²⁾ Contrairement à ce que laisse entendre son intitulé, ce titre ne concerne pas uniquement les "fonctions judiciaires", à moins de donner à ce terme une portée très large qui, pour certains articles, devient synonyme de "personnel judiciaire".

⁽³⁾ La note de bas de page 1 précise que, "Lorsque, dans le présent avis, il est question de «fonctions juridictionnelles», cela concernera celles exercées tant par la magistrature assise que la magistrature debout".

indépendance par rapport au pouvoir exécutif. Pour les autres membres du personnel, des habilitations plus larges peuvent être conférées au Roi ⁽⁴⁾ et les garanties d'indépendance, bien que nécessaires, ne doivent pas être aussi strictes".

La marge d'appréciation dont dispose le législateur avait déjà été soulignée, à propos de l'article 293 du Code judiciaire, dans l'avis 8082, donné le 18 juin 1963, sur l'avant-projet devenu le Code judiciaire :

"Afin d'éviter toute hésitation, il conviendrait de rédiger l'article 293 de façon à faire ressortir que les incompatibilités qu'il édicte ne s'appliquent qu'aux magistrats de carrière des cours, tribunaux et parquets, aux membres des greffes et, éventuellement, au personnel administratif des parquets et des greffes, si telle est l'intention du gouvernement" ⁽⁵⁾.

2. Dans l'article 353*bis* du Code judiciaire, le législateur a opté pour une application intégrale des articles 293 à 299 du Code judiciaire à l'ensemble du personnel judiciaire au motif que :

"Les fonctions exercées en matière judiciaire, même par du personnel qui ne relève pas de l'ordre judiciaire, doivent l'être de façon telle que le justiciable puisse avoir une confiance absolue dans la neutralité et l'objectivité des personnes qui les exercent. En outre, il convient d'écarter toute mesure susceptible de nuire aux efforts consentis pour résorber l'arriéré judiciaire" ⁽⁶⁾.

Rien n'empêche le législateur de revenir sur cette orientation et de supprimer l'incompatibilité relative à l'exercice d'un mandat public conféré par élection pour le personnel judiciaire de niveaux B - autre que les greffiers et les secrétaires de

⁽⁴⁾ Comme le soulignait Cyr Cambier à propos de la fixation des cadres du personnel, "Le parlement n'est pas à même de pourvoir adéquatement et jusque dans le menu aux besoins de tous les services de justice" (*Droit judiciaire civil*, T. I, 1974, Bruxelles, Larcier, p. 461).
Les avis 39.469/2, donnés par la section de législation le 14 décembre 2005, sur l'avant-projet devenu la loi du 10 juin 2006 précitée et 40.875/2/V précité n'ont pas critiqué, s'agissant de ces seuls agents des niveaux B, C et D, la répartition entre ce qui est réglé par la loi et ce qui est délégué au Roi.

⁽⁵⁾ *Doc. parl.*, Sénat, 1963-1964, n/ 60, pp. 817-819.

⁽⁶⁾ Projet de loi portant insertion d'un article 353*bis* au Code judiciaire et modification de l'article 354 du même Code, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, 1995-1996, n/ 234/1, p. 2.

parquet -, C et D. Il en irait autrement si la proposition concernait le personnel de niveau A, les greffiers et les secrétaires de parquet.

Observations particulières

Article 2 tel que résultant de l'amendement n/ 2
(article 353ter en projet du Code judiciaire)

1. Dans la phrase liminaire, il y a lieu d'écrire :

"Dans l'article 353ter du Code judiciaire, remplacé par la loi du 25 avril 2007, les modifications suivantes sont apportées ...".

2. L'amendement prévoit que le membre du personnel qui souhaite exercer effectivement un mandat public conféré par élection ne peut pas, pendant la durée de celui-ci, exercer sa fonction au greffe, au secrétariat du parquet ou au service d'appui.

Une telle disposition vide en grande partie la proposition de sa substance. En effet, les mandats publics conférés par élection les plus nombreux sont ceux de conseiller communal ou de membre du conseil de l'aide sociale. Or, de tels mandats, qui ne s'exercent pas à temps plein, ne sont que faiblement rémunérés. Jamais une personne élue conseiller communal ou membre d'un conseil de l'aide sociale ne renoncera à l'exercice de sa fonction au greffe, au secrétariat du parquet ou au service d'appui.

3. La proposition doit préciser quelle sera la position administrative du membre du personnel judiciaire qui, pendant la durée de son mandat, n'exerce plus sa fonction.

Algemene opmerkingen

A. Huidig recht en onderwerp van het voorstel

1. Artikel 293, eerste lid, van het Gerechtelijk Wetboek luidt als volgt :

"De ambten van de rechterlijke orde zijn onverenigbaar met de uitoefening van een bij verkiezing verleend openbaar mandaat, met enige bezoldigde openbare functie of openbaar ambt van politieke of administratieve aard, met het ambt van notaris of van gerechtsdeurwaarder, met het beroep van advocaat, met de militaire stand en met de geestelijke stand".

Artikel 299*bis* van het Gerechtelijk Wetboek bepaalt :

"De artikelen 293 tot 299 zijn mede van toepassing op de referendarissen bij het Hof van Cassatie en op het gerechtspersoneel van het niveau A."

Artikel 353*ter* van het Gerechtelijk Wetboek breidt deze regels inzake onverenigbaarheid uit tot de "de leden van het parketsecretariaat, [...] het personeel van de griffies, de parketsecretariaten, en de steundiensten, [...] de attachés in de dienst voor documentatie en overeenstemming der teksten bij het Hof van Cassatie".

2. In de definitieve versie van het voorstel als gevolg van amendement nr. 2 wordt artikel 353*ter* van het Gerechtelijk Wetboek gewijzigd om de uitbreiding van de onverenigbaarheid met betrekking tot de uitoefening van een bij verkiezing verleend openbaar mandaat op te heffen voor het "personeel van de griffies, de parketsecretariaten en de steundiensten".

B. Werkingssfeer *ratione personae* van het voorstel

1. In de eerste plaats dient nauwkeurig te worden bepaald op welke personen deze opheffing van de uitbreiding van de onverenigbaarheid betrekking heeft.

Het laat zich aanzien dat de woorden "personeel van de griffies, de parketsecretariaten en de steundiensten" verwijzen naar deel II, boek I, titel III, hoofdstuk V van het Gerechtelijk Wetboek (artikel 177) met als opschrift "Personeel

.../...

verbonden aan een griffie, een parketsecretariaat of een steundienst", dat zijn alle personeelsleden die werken op een griffie, een parketsecretariaat of een steundienst, ongeacht hun niveau, met uitzondering van de griffiers, griffiers-diensthooften, hoofdgriffiers, parketsecretarissen, secretarissen-hoofd van dienst en hoofdsecretarissen. De laatstgenoemde ambten worden ingesteld in de hoofdstukken III ("Leden van de griffie") en IV ("Leden van het parketsecretariaat"), van deel II, boek I, titel III van het Gerechtelijk Wetboek (artikelen 163 tot 176 van het Gerechtelijk Wetboek) ⁽¹⁾.

Uit het voorgaande blijkt dat de leden van het personeel van de rechterlijke orde van niveau A die geen hoofdgriffier, griffier-hoofd van dienst, hoofdparketsecretaris en secretaris -hoofd van dienst zijn, zouden vallen binnen de werkingssfeer van het voorstel zoals het geamendeerd is. Dat is evenwel blijkbaar niet de bedoeling geweest van de indiener van het voorstel, aangezien hij voormeld artikel 299*bis*, dat artikel 293 toepasselijk verklaart op het gerechtspersoneel van niveau A, niet heeft gewijzigd.

Het besluit is dan ook dat het zich laat aanzien dat de personen op wie de opheffing van de uitbreiding van de onverenigbaarheid betrekking heeft de leden van het gerechtspersoneel van niveaus B - met uitzondering van de griffiers en de parketsecretarissen -, C en D zijn, dit wil zeggen de personen bedoeld in artikel 177, § 2, van het Gerechtelijk Wetboek. Indien zulks de bedoeling is van de indiener van het voorstel zou dit artikel uitdrukkelijk moeten worden vermeld in de voorgestelde tekst.

2. De aandacht van de wetgever wordt gevestigd op de samenhang tussen de artikelen 293, 299*bis*, 300 en 353*ter* van het Gerechtelijk Wetboek. Artikel 293 van het Gerechtelijk Wetboek heeft betrekking op de onverenigbaarheden die personen betreffen die een gerechtelijk ambt uitoefenen. Logischerwijze zouden de artikelen 299*bis*, 300 en 353*ter* van het Gerechtelijk Wetboek alleen betrekking mogen hebben op personen die weliswaar bij de rechterlijke orde werken, doch geen gerechtelijk ambt uitoefenen. De samenhang van de regeling steunt dus op het begrip "gerechtelijk ambt". Noch op grond van de wet, noch op die van de rechtsleer kan evenwel worden vastgesteld welke precies

⁽¹⁾ Artikel 353*ter* van het Gerechtelijk Wetboek heeft overigens geen betrekking op de verschillende categorieën van griffiers, aangezien ze een gerechtelijk ambt uitoefenen en de onverenigbaarheden die op hen betrekking hebben, geregeld worden in artikel 293, eerste lid, van het Gerechtelijk Wetboek.

die ambten zijn. Het zou bijgevolg zinvol zijn dat de wetgever dit begrip preciseert en zo nodig de artikelen 299bis, 300 en 353ter van het Gerechtelijk Wetboek dienovereenkomstig aanpast, alsmede de bepalingen van deel II, boek II van het Gerechtelijk Wetboek met als opschrift "Gerechtelijke ambten" ⁽²⁾.

C. Verenigbaarheid van het voorstel met de Grondwet

1. Naar het voorbeeld van andere grondwets- of wetsbepalingen, strekt de regeling van de onverenigbaarheden ertoe de onafhankelijkheid en onpartijdigheid te waarborgen niet alleen van de leden van de rechterlijke orde, maar eveneens van het personeel dat hen hun medewerking verleent. De mate waarin deze waarborgen inzake onafhankelijkheid en onpartijdigheid gelden, kan evenwel variëren naar gelang van de omvang van de medewerking die het personeel verleent aan de uitoefening van de eigenlijke justitiële functies, zoals erop is gewezen in advies 41.041/4, op 20 september 2007 verstrekt door de afdeling Wetgeving van de Raad van State over een voorontwerp van wet dat ontstaan heeft gegeven aan de wet van 25 april 2007 tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek, inzonderheid met betrekking tot bepalingen inzake het gerechtspersoneel van het niveau A, de griffiers en de secretarissen en inzake de rechterlijke organisatie ⁽³⁾, dat voorts het volgende stelt :

"Dit onderscheid tussen het personeel van niveau A, griffiers en parketsecretariaten, enerzijds en het personeel van de niveaus B, C en D, anderzijds, kan worden gerechtvaardigd.

Naar de inhoud belet niets te voorzien in verschillende rechtsposities voor de twee categorieën. Gelet op de specifieke aard van hun ambt binnen de rechterlijke orde (rechtstreekse bijstand van en samenwerking met magistraten), moeten immers griffiers, parketsecretarissen, referendarissen bij de hoven van beroep en de rechtbanken van eerste aanleg, alsmede parketjuristen, zoals reeds vermeld, een rechtspositie genieten die wordt bepaald door de wet, die hun enige onafhankelijkheid tegenover de uitvoerende macht waarborgt. Voor de andere

⁽²⁾ In tegenstelling tot hetgeen het opschrift laat uitschijnen, heeft deze titel niet alleen betrekking op de "gerechtelijke ambten", tenzij men aan deze woorden een zeer ruime strekking geeft die voor sommige artikelen synoniem wordt met "gerechtspersoneel".

⁽³⁾ In voetnoot 1 wordt het volgende gepreciseerd : "Wanneer in dit advies sprake is van «justitiële functie», gaat het om die welke zowel door de zittende magistratuur als door de staande magistratuur wordt uitgeoefend".

personeelsleden kunnen aan de Koning ⁽⁴⁾ ruimere machtigingen worden verleend en hoeven de waarborgen van onafhankelijkheid, al zijn ze noodzakelijk, niet even strikt te zijn".

Op de beoordelingsvrijheid waarover de wetgever beschikt was reeds, in verband met artikel 293 van het Gerechtelijk Wetboek, gewezen in advies 8082, op 18 juni 1963 verstrekt over het voorontwerp dat ontstaan heeft gegeven aan het Gerechtelijk Wetboek :

"Om iedere twijfel te voorkomen, stelle men artikel 293 zo dat duidelijk blijkt dat de daarin uitgevaardigde onverenigbaarheden alleen gelden voor carrière-magistraten van de hoven, rechtbanken en parketten, voor leden van de griffies en eventueel voor het administratief personeel van parketten griffies, indien de regering het zo bedoelt" ⁽⁵⁾.

2. In artikel 353bis van het Gerechtelijk Wetboek heeft de wetgever ervoor geopteerd de artikelen 293 tot 299 van het Gerechtelijk Wetboek in hun geheel toe te passen op heel het gerechtelijk personeel om de volgende reden :

"De functies bekleed in het kader van het gerechtelijk domein, zelfs door personeel dat niet tot de rechterlijke orde behoort, dienen op dergelijke wijze te worden uitgeoefend dat de rechtsonderhorige een absoluut vertrouwen in de neutraliteit en de objectiviteit kan stellen [van] de personen die deze functies vervullen. Bovendien is het gepast om iedere maatregel uit te sluiten die mogelijkerwijze de overeengekomen inspanningen om de gerechtelijke achterstand weg te werken zou schaden" ⁽⁶⁾.

⁽⁴⁾ Zoals Cyr Cambier onderstreept heeft in verband met de vaststelling van de personeelsformaties : "Le parlement n'est pas à même de pourvoir adéquatement et jusque dans le menu aux besoins de tous les services de justice" (*Droit judiciaire civil*, Boekdeel I, 1974, Brussel, Larcier, blz. 461). In advies 39.469/2, door de afdeling Wetgeving gegeven op 14 december 2005, over het voorontwerp dat heeft geleid tot de voormelde wet van 10 juni 2006, en in het voornoemde advies 40.875/2/V is geen bezwaar gemaakt, wat alleen deze personeelsleden van de niveaus B, C en D, betreft, tegen de verdeling tussen wat bij de wet wordt geregeld en wat aan de Koning wordt gedelegeerd.

⁽⁵⁾ *Parl. St.*, Senaat, 1963-1964, nr. 60, 817-819.

⁽⁶⁾ Wetsontwerp tot invoeging van een artikel 353bis in het Gerechtelijk Wetboek en tot wijziging van artikel 354 van hetzelfde Wetboek, memorie van toelichting, *Parl. St.*, Kamer 1995-1996, nr. 234/1, 2.

Niets belet dat de wetgever terugkomt op deze optie en de onverenigbaarheid met betrekking tot de uitoefening van een bij verkiezing verleend openbaar mandaat opheft voor het gerechtelijk personeel van de niveaus B - met uitzondering van de griffiers en de parketsecretarissen - C en D. Het zou anders zijn indien het voorstel betrekking had op het personeel van niveau A, de griffiers en de parketsecretarissen.

Bijzondere opmerkingen

Artikel 2 zoals dat voortvloeit uit amendement nr. 2 (ontworpen artikel 353ter van het Gerechtelijk Wetboek)

1. In de inleidende zin schrijve men :

"In artikel 353ter van het Gerechtelijk Wetboek, vervangen bij de wet van 25 april 2007, worden de volgende wijzigingen aangebracht ...".

2. In het amendement wordt bepaald dat het personeelslid dat een bij verkiezing verleend openbaar mandaat daadwerkelijk wenst op te nemen, voor de duur van dat mandaat zijn ambt op de griffie, het parketsecretariaat of studiedienst niet kan uitoefenen.

Een zodanige bepaling ontkracht het voorstel grotendeels. De meest voorkomende bij verkiezing verleende openbare mandaten zijn immers die van gemeenteraadslid of lid van de raad voor maatschappelijk welzijn. Zulke mandaten, die niet voltijds worden uitgeoefend, worden evenwel slechts karig bezoldigd. Iemand die verkozen is tot gemeenteraadslid of tot lid van de raad voor maatschappelijk welzijn zal nooit zijn ambt bij de griffie, het parketsecretariaat of de steundienst neerleggen.

3. In het voorstel moet worden gepreciseerd wat de administratieve stand zal zijn van het lid van het gerechtspersoneel dat voor de duur van zijn mandaat zijn ambt niet meer uitoefent.

La chambre était composée de

De kamer was samengesteld uit

Messieurs
de Heren

Y. KREINS,

président de chambre,
kamervoorzitter,

Mesdames
de Dames

P. VANDERNOOT,
M. BAGUET,

conseillers d'État,
staatsraden,

A.-C. VAN GEERSDAELE,

greffier,
griffier.

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.

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

LE GREFFIER - DE GRIFFIER

LE PRÉSIDENT - DE VOORZITTER

A.-C. VAN GEERSDAELE

Y. KREINS