

KV

ROYAUME DE BELGIQUE

AVIS 48.437/2
DU 12 JUILLET 2010

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 17 juin 2010, d'une demande d'avis, dans un délai de trente jours, sur un projet d'arrêté royal "modifiant l'arrêté royal du 16 mars 2001 relatif aux congés et aux absences accordés à certains membres du personnel des services qui assistent le pouvoir judiciaire", a donné l'avis suivant :

Compte tenu du moment où le présent avis est donné, le Conseil d'État attire l'attention sur le fait qu'en raison de la démission du Gouvernement, la compétence de celui-ci se trouve limitée à l'expédition des affaires courantes. Le présent avis est toutefois donné sans qu'il soit examiné si le projet relève bien de la compétence ainsi limitée, la section de législation n'ayant pas connaissance de l'ensemble des éléments de fait que le Gouvernement peut prendre en considération lorsqu'il doit apprécier la nécessité d'arrêter ou de modifier des dispositions réglementaires.

*

* *

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.

Examen du projet

Préambule

Alinéa 1^{er}

Au lieu d'écrire "et l'article 354,", il convient d'écrire ", et l'article 354, alinéa 1^{er}, ".¹

⁽¹⁾ Voir, dans le même sens, l'avis 48.078/2, donné le 3 mai 2010 sur un projet devenu l'arrêté royal du 2 juin 2010 modifiant l'arrêté royal du 16 mars 2001 relatif aux congés et aux absences accordés à certains membres du personnel des services qui assistent le Pouvoir judiciaire, la première observation relative au préambule.

Alinéa 2

Il n'est pas judicieux de mentionner dans le préambule les modifications subies antérieurement par l'acte modifié ². À l'alinéa 2, les mots ", modifié par les arrêtés royaux du 4 décembre 2001, 14 juillet 2004, 15 juin 2005, 20 juillet 2005, 12 juillet 2006, 3 décembre 2006, 7 juin 2007, 31 juillet 2009, 4 mars 2010 et 2 juin 2010" doivent dès lors être omis.

Dispositif

Articles 4 et 5

Il résulte des articles 5 et 7 de l'arrêté royal du 16 novembre 1994 relatif au contrôle administratif et budgétaire que l'arrêté royal en projet doit recueillir l'"accord" "du Ministre qui a le budget dans ses attributions" et "du Ministre qui a l'administration générale dans ses attributions".

Le projet a été soumis à la Ministre de la Fonction publique et au Secrétaire d'État au Budget en vue d'obtenir cet accord.

Cet accord a été obtenu, sauf sur les articles 4 et 5 du projet, pour lesquels les autorités concernées ont expressément indiqué qu'elles le refusaient. Sauf à considérer l'intervention de ces autorités comme purement consultative, ce qui ne résulte pas, bien au contraire, des articles 5 et 7 de l'arrêté royal précité du 16 novembre 1994, dès lors que ces autorités ont émis un refus exprès, il faut considérer que l'auteur du projet ne peut adopter les articles 4 et 5 du projet, à défaut des accords requis.

Quelle que soit la pertinence des motifs pour lesquels ce refus a été émis, ces dispositions doivent en conséquence être omises du projet.

⁽²⁾ Voir *Principes de technique législative - Guide de rédaction des textes législatifs et réglementaires*, www.raadvst-consetat.be, recommandation n° 30.

Au sujet de l'article 5, l'observation suivante aurait, en toute hypothèse, dû être émise sur le fond.

Le projet instaure notamment, pour les membres du personnel atteints d'une incapacité médicale de longue durée, un système de réintégration progressive au moyen de prestations effectuées à concurrence de 50 %, 60 % ou 80 % des prestations normales, pendant une période de maximum douze mois, pouvant être prolongée de douze mois.

Le système envisagé est identique à celui introduit dans l'arrêté royal du 19 novembre 1998 relatif aux congés et aux absences accordés aux membres du personnel des administrations de l'État par l'arrêté royal du 7 octobre 2009 portant modification de diverses dispositions réglementaires relatives aux prestations réduites pour raisons médicales pour les membres du personnel des administrations de l'État. Ce dernier arrêté est entré en vigueur le 1^{er} novembre 2009, ce qui, compte tenu de la date de sa publication au Moniteur belge (26 octobre 2009), n'emportait aucun effet rétroactif.

L'article 5 de l'arrêté en projet prévoit que celui-ci entre en vigueur avec effet rétroactif au 1^{er} novembre 2009, c'est-à-dire à la même date que l'arrêté royal du 7 octobre 2009 précité.

Comme la section de législation du Conseil d'État l'a rappelé à plusieurs reprises, la non-rétroactivité des actes administratifs est de règle, en vertu d'un principe général de droit. La rétroactivité peut toutefois être justifiée à titre exceptionnel lorsqu'elle est autorisée par un acte législatif, lorsqu'elle est nécessaire à la continuité du service public ou à la régularisation d'une situation de fait ou de droit, et pour autant qu'elle respecte les exigences de la sécurité juridique et les droits individuels³. La rétroactivité envisagée en l'espèce n'entre dans aucune de ces hypothèses.

(3) *Principes de technique législative - Guide de rédaction des textes législatifs et réglementaires*, www.raadvst-consetat.be, onglet "Technique législative", recommandation n° 211.

La circonstance que les règles auxquelles il est envisagé de donner un effet rétroactif sont déjà appliquées en vertu d'une circulaire ministérielle⁴ ne constitue pas non plus une justification admissible de la rétroactivité. L'adoption d'une circulaire n'est pas soumise aux mêmes conditions d'élaboration et de publication qu'un acte réglementaire. Il n'est pas admissible que le Gouvernement voie son pouvoir d'appréciation lié par l'existence de telles règles au moment où il met en oeuvre l'exercice de ses compétences⁵.

De plus, un acte réglementaire imposant de nouvelles obligations ne peut en aucun cas produire un effet rétroactif⁶. L'arrêté en projet prévoit des obligations à charge tant du membre du personnel que de l'administration en ce qui concerne notamment la procédure de constatation de l'incapacité de travail, et à charge de l'administration en ce qui concerne la réintégration progressive de l'intéressé selon un horaire réduit.

(4) Voir la demande d'avis, page 2, dernier alinéa.

(5) Voir l'avis 41.866/2, donné le 14 décembre 2006 sur un projet devenu l'arrêté royal du 20 décembre 2006 déterminant les conditions et la procédure d'octroi des subventions, visées à l'article 2.13.2 (programme 56/5) de la loi du 20 décembre 2005 contenant le budget général des dépenses pour l'année 2006, en vue de la promotion de la sécurité lors des matches de football, la deuxième observation générale; l'avis 45.251/3, donné le 30 septembre 2008 sur un projet devenu l'arrêté du Gouvernement flamand du 17 octobre 2008 modifiant l'arrêté du Gouvernement flamand du 24 novembre 2000 concernant les aides aux investissements et à l'installation dans l'agriculture, le point 3; l'avis 47.115/1/V, donné le 2 septembre 2009 sur un projet devenu l'arrêté du Gouvernement flamand du 2 octobre 2009 modifiant l'arrêté du Gouvernement flamand du 21 septembre 2007 réglant certaines matières pour les centres d'éducation des adultes, en application du décret du 15 juin 2007 relatif à l'éducation des adultes et modifiant l'arrêté du Gouvernement flamand du 12 octobre 2007 réglant certaines matières pour les centres d'éducation de base, en application du décret du 15 juin 2007 relatif à l'éducation des adultes, l'observation relative à l'article 13.

(6) Voir l'avis 45.251/3 précité, point 3; l'avis 47.594/1, donné le 5 janvier 2010 sur un projet devenu l'arrêté royal du 21 février 2010 modifiant l'arrêté royal du 9 janvier 2005 prescrivant une statistique mensuelle des échanges de biens entre la Belgique et les autres États membres de l'Union européenne, point 2.

Dans ces conditions, la rétroactivité qu'il est envisagé de donner au projet ne peut être admise.

L'article 4 du projet ne produit par lui-même aucun effet rétroactif. Celui-ci découle exclusivement de l'article 5 du projet.

Il suit de ce qui précède qu'indépendamment même du défaut d'accord de la Ministre de la Fonction publique et du Secrétaire d'État au Budget, l'article 5 du projet aurait dû être omis.

La chambre était composée de

Messieurs	Y. KREINS,	président de chambre,
	P. VANDERNOOT,	conseillers d'État,
Mesdames	M. BAGUET,	
	B. VIGNERON,	greffier.

Le rapport a été présenté par Mme W. VOGEL, premier auditeur.

LE GREFFIER

LE PRÉSIDENT

B. VIGNERON

Y. KREINS

KV

KONINKRIJK BELGIË

ADVIES 48.437/2
VAN 12 JULI 2010

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

De RAAD VAN STATE, afdeling Wetgeving, tweede kamer, op 17 juni 2010 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 16 maart 2001 betreffende de verloven en de afwezigheden toegestaan aan sommige personeelsleden van de diensten die de Rechterlijke Macht terzijde staan", heeft het volgende advies gegeven :

Rekening houdend met het tijdstip waarop dit advies gegeven wordt, vestigt de Raad van State de aandacht op het feit dat, wegens het ontslag van de regering, de bevoegdheid van deze laatste beperkt is tot het afhandelen van de lopende zaken. Dit advies wordt evenwel gegeven zonder dat wordt nagegaan of dit ontwerp in die beperkte bevoegdheid kan worden ingepast, aangezien de afdeling Wetgeving geen kennis heeft van het geheel van de feitelijke gegevens welke de regering in aanmerking kan nemen als zij te oordelen heeft of het vaststellen of wijzigen van een verordening noodzakelijk is.

*

* *

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

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

Onderzoek van het ontwerp

Aanhef

Eerste lid

In plaats van "en artikel 354," behoort te worden geschreven "en artikel 354, eerste lid,"¹.

⁽¹⁾ Zie, in dezelfde zin, advies 48.078/2, gegeven op 3 mei 2010 over een ontwerp dat geleid heeft tot het koninklijk besluit van 2 juni 2010 tot wijziging van het koninklijk besluit van 16 maart 2001 betreffende de verloven en de afwezigheden toegestaan aan sommige personeelsleden van de diensten die de Rechterlijke Macht terzijde staan, de eerste opmerking betreffende de aanhef.

Tweede lid

Het is niet zinvol in de aanhef de wijzigingen te vermelden die vroeger aangebracht zijn in de gewijzigde regeling ². Bijgevolg dienen in het tweede lid de woorden ", gewijzigd bij de koninklijke besluiten van 4 december 2001, 14 juli 2004, 15 juni 2005, 20 juli 2005, 12 juli 2006, 3 december 2006, 7 juni 2007, 31 juli 2009, 4 maart 2010 en 2 juni 2010" te vervallen.

Dispositief

Artikelen 4 en 5

Uit de artikelen 5 en 7 van het koninklijk besluit van 16 november 1994 betreffende de administratieve en begrotingscontrole blijkt dat voor het ontworpen koninklijk besluit "de akkoordbevinding" vereist is "van de Minister tot wiens bevoegdheid de begroting behoort" en "van de Minister tot wiens bevoegdheid het algemeen bestuur behoort".

Het ontwerp is aan de Minister van Ambtenarenzaken en aan de Staatssecretaris voor Begroting voorgelegd teneinde die akkoordbevinding te verkrijgen.

Die akkoordbevinding is verkregen, behalve voor de artikelen 4 en 5 van het ontwerp, waarvoor de overheden in kwestie uitdrukkelijk gesteld hebben dat zij ze niet verleenden. Tenzij de medewerking van die overheden als louter adviserend moet worden beschouwd, hetgeen niet blijkt uit de artikelen 5 en 7 van het voormelde koninklijk besluit van 16 november 1994, wel integendeel, moet ervan uitgegaan worden dat de steller van het ontwerp de artikelen 4 en 5 van het ontwerp niet kan goedkeuren bij ontstentenis van de vereiste akkoordbevindingen, aangezien die overheden uitdrukkelijk te kennen hebben gegeven dat zij ze niet verlenen.

Ongeacht hoe pertinent de redenen van die afwijzing zijn, dienen die bepalingen bijgevolg uit het ontwerp te worden gelicht.

⁽²⁾ Zie *Beginnelsen van de Wetgevingstechniek - Handleiding voor het opstellen van wetgevende en reglementaire teksten*, www.raadvst-consetat.be, aanbeveling nr. 30.

In verband met artikel 5 had de volgende inhoudelijke opmerking hoe dan ook gemaakt moeten worden.

Bij het ontwerp wordt inzonderheid, voor personeelsleden die gedurende lange tijd medisch ongeschikt zijn, een regeling van progressieve re-integratie ingevoerd door middel van prestaties ten belope van 50 %, 60 % of 80 % van de normale prestaties gedurende een periode van maximaal twaalf maanden, die met twaalf maanden kan worden verlengd.

De vooropgestelde regeling is identiek aan die welke in het koninklijk besluit van 19 november 1998 betreffende de verloven en afwezigheden toegestaan aan de personeelsleden van de rijksbesturen ingevoegd is bij het koninklijk besluit van 7 oktober 2009 houdende wijzigingen van diverse reglementaire bepalingen betreffende de verminderde prestaties wegens medische redenen voor de personeelsleden van de rijksbesturen. Het laatstgenoemde besluit is in werking getreden op 1 november 2009, wat, gelet op de datum waarop het in het Belgisch Staatsblad bekendgemaakt is (26 oktober 2009), geen enkele terugwerkende kracht inhield.

Bij artikel 5 van het ontworpen besluit wordt bepaald dat dit besluit met terugwerkende kracht in werking treedt op 1 november 2009, dat wil zeggen op dezelfde datum als het voornoemde koninklijk besluit van 7 oktober 2009.

Zoals de afdeling Wetgeving van de Raad van State reeds herhaaldelijk opgemerkt heeft, hebben bestuurshandelingen krachtens een algemeen rechtsbeginsel in de regel geen terugwerkende kracht. Terugwerkende kracht kan echter bij wijze van uitzondering gewettigd zijn indien zij door een wetgevende handeling wordt toegestaan, wanneer dat nodig is voor de continuïteit van de openbare dienst of voor de regularisering van een rechts- of feitelijke toestand en voor zover de vereisten inzake rechtszekerheid en de individuele rechten geëerbiedigd worden³. De terugwerkende kracht die in casu in het vooruitzicht wordt gesteld, beantwoordt aan geen enkele van die hypothesen.

⁽³⁾ *Beginnelsen van de Wetgevingstechniek - Handleiding voor het opstellen van wetgevende en reglementaire teksten*, www.raadvst-consetat.be, tab "Wetgevingstechniek", aanbeveling nr. 211.

De omstandigheid dat de regels waaraan men terugwerkende kracht wil geven reeds toegepast worden op grond van een ministeriële circulaire ⁴, vormt evenmin een aanvaardbare rechtvaardiging van de terugwerkende kracht. Voor de aanneming van een circulaire gelden niet dezelfde voorwaarden inzake totstandkoming en bekendmaking als voor een verordening. Er kan niet worden aanvaard dat, wanneer de regering haar bevoegdheden uitoefent, haar beoordelingsbevoegdheid gebonden zou zijn door het bestaan van zulke regels ⁵.

Bovendien mag een verordening waarbij nieuwe verplichtingen worden opgelegd hoe dan ook niet terugwerken ⁶. Bij het ontworpen besluit worden verplichtingen opgelegd zowel aan het personeelslid als aan het bestuur wat betreft inzonderheid de procedure tot vaststelling van de arbeidsongeschiktheid, en aan het bestuur wat betreft de progressieve re-integratie van de betrokkene volgens een beperkt dienstrooster.

In die omstandigheden kan de terugwerkende kracht die men aan het ontwerp wil geven, niet worden aanvaard.

(4) Zie adviesaanvraag, bladzijde 2, laatste alinea.

(5) Zie advies 41.866/2, gegeven op 14 december 2006 over een ontwerp dat geleid heeft tot het koninklijk besluit van 20 december 2006 tot bepaling van de voorwaarden en de procedure inzake de toekenning van een projecttoelage, als bedoeld in artikel 2.13.2 (programma 56/5) van de wet van 20 december 2005 houdende de algemene uitgavenbegroting voor het begrotingsjaar 2006, ter bevordering van de veiligheid naar aanleiding van voetbalwedstrijden, tweede algemene opmerking; advies 45.251/3, gegeven op 30 september 2008 over een ontwerp dat geleid heeft tot het besluit van de Vlaamse Regering van 17 oktober 2008 tot wijziging van het besluit van de Vlaamse Regering van 24 november 2000 betreffende steun aan de investeringen en aan de installatie in de landbouw, punt 3; advies 47.115/1/V, gegeven op 2 september 2009 over een ontwerp dat geleid heeft tot het besluit van de Vlaamse Regering van 2 oktober 2009 tot wijziging van het besluit van de Vlaamse Regering van 21 september 2007 tot regeling van een aantal aangelegenheden voor de Centra voor Volwassenenonderwijs in uitvoering van het decreet van 15 juni 2007 betreffende het volwassenenonderwijs en het besluit van de Vlaamse Regering van 12 oktober 2007 tot regeling van een aantal aangelegenheden voor de Centra voor Basiseducatie ter uitvoering van het decreet van 15 juni 2007 betreffende het volwassenenonderwijs, de opmerking betreffende artikel 13.

(6) Zie het voormelde advies 45.251/3, punt 3; advies 47.594/1, gegeven op 5 januari 2010 over een ontwerp dat geleid heeft tot het koninklijk besluit van 21 februari 2010 tot wijziging van het koninklijk besluit van 9 januari 2005 waarbij een maandelijkse statistiek van het goederenverkeer tussen België en de andere lidstaten van de Europese Unie wordt voorgeschreven, punt 2.

Artikel 4 van het ontwerp brengt uit zichzelf geen terugwerkende kracht tot stand. Die terugwerkende kracht vloeit alleen voort uit artikel 5 van het ontwerp.

Uit hetgeen voorafgaat volgt dat, zelfs afgezien van de ontstentenis van akkoordbevinding door de Minister van Ambtenarenzaken en door de Staatssecretaris voor Begroting, artikel 5 uit het ontwerp weggelaten had dienen te worden.

De kamer was samengesteld uit

de Heren	Y. KREINS,	kamervoorzitter,
	P. VANDERNOOT,	staatsraden,
de Dames	M. BAGUET,	
	B. VIGNERON,	griffier.

Het verslag werd uitgebracht door Mevr. W. VOGEL, eerste auditeur.

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

DE GRIFFIER

DE VOORZITTER

B. VIGNERON

Y. KREINS