

ROYAUME DE BELGIQUE

AVIS 49.349/2
DU 4 AVRIL 2011

DE LA SECTION DE LÉGISLATION
DU CONSEIL D'ÉTAT

Le CONSEIL D'ÉTAT, section de législation, deuxième chambre, saisi par le Ministre de la Région de Bruxelles-Capitale, chargé des Finances, du Budget et des Relations extérieures, le 4 mars 2011, d'une demande d'avis, dans un délai de trente jours, sur un projet d'arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale « modifiant l'arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale du 6 mai 1999 portant le statut administratif et pécuniaire des agents du Ministère de la Région de Bruxelles-Capitale », 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^o, 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

1. Au premier visa, c'est le premier paragraphe de l'article 40 de la loi spéciale du 12 janvier 1989 relative aux Institutions bruxelloises qu'il convient de viser plus particulièrement, plutôt que le deuxième. En effet, c'est cet alinéa par la référence qu'il contient à l'article 87, § 1^{er}, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles qui constitue le fondement juridique du projet.

2. Il est déconseillé de mentionner dans le préambule les modifications subies antérieurement par l'acte modifié et le numéro de l'article modifié. Le deuxième visa sera modifié en conséquence ¹.

3. Dans le texte néerlandais, au sixième visa qui concerne l'avis du Conseil d'État, il y a lieu d'écrire : « Vu l'avis 49.349/2 du Conseil d'État, donné le 4 avril 2011 en application des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973 ».

¹ *Principes de technique législative - Guide de rédaction des textes législatifs et réglementaires*, www.raadvst-conseildetat.be, onglet « Technique législative », recommandation n/30.

Dispositif

Article 1^{er}

1.1. Le texte actuel de l'article 185, alinéa 1^{er} de l'arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale du 6 mai 1999 portant le statut administratif et pécuniaire des agents du ministère de la Région de Bruxelles-capitale, prévoit que :

« L'agent obtient, dans les limites fixées ci-après, un congé à l'occasion des événements suivants :

1° le mariage de l'agent : 4 jours ouvrables ;

2° l'accouchement de l'épouse ou de la personne avec laquelle l'agent vit en couple au moment de l'événement : 14 jours ouvrables ;

3° le décès du conjoint ou de la personne avec laquelle l'agent vivait en couple : 4 jours ouvrables ;

4° le décès d'un parent au premier degré soit de l'agent, soit du conjoint ou de la personne avec laquelle l'agent vit en couple : 4 jours ouvrables ;

5° le mariage d'un enfant de l'agent ou de la personne avec laquelle l'agent vit en couple : 2 jours ouvrables ;

6° le décès d'un parent, à quelque degré que ce soit, soit de l'agent, soit du conjoint ou de la personne avec laquelle l'agent vit en couple, habitant sous le même toit que l'agent : 2 jours ouvrables ;

7° le décès d'un parent au deuxième degré, soit de l'agent, soit du conjoint ou de la personne avec laquelle l'agent vit en couple, n'habitant pas sous le même toit que l'agent : 1 jour ouvrable ».

1.2. Le projet à l'examen prévoit de remplacer l'alinéa 1^{er}, 2° de la disposition précitée par le texte suivant :

« 2° L'accouchement de l'épouse ou de la personne dont l'enfant a fait l'objet, par l'agent, d'une reconnaissance ou d'une reconnaissance d'adoption à venir, moyennant la production d'une attestation : 14 jours ».

2. Aux termes de la lettre de saisine, le projet entend « supprimer toute forme de discrimination entre les travailleurs hétérosexuels et homosexuels (couples lesbiens) ».

Le congé octroyé à l'agent lors de la naissance d'un enfant l'est - s'il n'est pas l'époux de la femme qui accouche - à la seule condition qu'il vive en couple avec cette femme, le fait que l'agent soit lui-même de sexe masculin ou féminin n'étant pas relevant à cet égard. Les dispositions actuelles n'interdisent donc pas à une femme vivant en couple -

que ce soit dans les liens du mariage ou dans le cadre d'une cohabitation légale ou non - avec une autre femme qui accouche, d'obtenir les 14 jours de congé prévus par l'article 185, alinéa 1^{er}, 2^o, précité.

Le projet à l'examen vise donc essentiellement la situation de deux personnes qui ne vivent pas en couple mais dont l'une, l'agent, souhaite obtenir un congé pour la naissance d'un enfant que cet agent n'entend pas ou ne peut légalement pas reconnaître mais qu'il souhaite adopter et ce, pour autant qu'il produise à cet effet une « attestation de reconnaissance d'adoption à venir ».

3. Si le critère de la reconnaissance (d'un enfant) qu'introduit le 2^o en projet ne pose aucune difficulté d'application dès lors que cette reconnaissance est régie par les articles 319, 328*bis* et 329*bis* du Code civil qui autorisent celui qui revendique la paternité de l'enfant à le reconnaître avant sa naissance, il n'en va pas de même du critère de l'« attestation de reconnaissance d'adoption à venir ».

En effet, d'une part, le principe de cette « reconnaissance d'adoption à venir » ne fait, dans l'état actuel du droit interne, l'objet d'aucun règlement juridique.

D'autre part, s'agissant d'une figure juridique nécessairement liée à la procédure d'adoption ², son règlement relève du législateur fédéral.

4. En outre, en requérant de l'agent non plus qu'il vive en couple avec la mère de l'enfant mais qu'il reconnaisse celui-ci, le projet à l'examen aboutit à priver de ce congé l'agent non marié mais vivant en couple et dont la filiation avec l'enfant n'est pas encore établie ou ne sera pas établie parce que l'agent ne souhaite pas, pour quelque raison que ce soit, faire une telle déclaration de reconnaissance. De cette manière, le texte supprime un cas d'obtention du congé aujourd'hui pourtant couvert ³.

La question se pose de savoir si c'est bien là l'intention de l'auteur.

² En l'espèce, par ailleurs, non encore légalement possible en vertu de l'article 348-4 du Code civil qui énonce « que la mère et le père ne peuvent consentir à l'adoption que deux mois après la naissance de l'enfant ».

³ En revanche, ce critère permet d'octroyer – ce qui n'est pas le cas aujourd'hui car l'agent placé dans cette situation n'entre dans aucune des deux catégories de l'article 185, alinéa 1^{er}, 2^o, précité mais ceci n'est apparemment pas de l'intention de l'auteur du projet – le bénéfice du congé à des personnes non mariées mais ne vivant plus en couple parce qu'elles se sont séparées pendant la grossesse de la mère.

5. Enfin, l'attention de l'auteur est attirée sur le fait que l'article 185, alinéa 1^{er}, 2° à 7°, précité étend le bénéfice du droit au congé par référence, dans chacun des cas envisagés, à l'agent qui vit ou vivait en couple avec la personne qui est en lien direct avec la circonstance pour laquelle le congé est octroyé (accouchement, décès, mariage d'un enfant).

En supprimant, au 2° de cet article 185, alinéa 1^{er}, le critère de vie commune entre l'agent et cette personne, le projet rompt avec la philosophie qui sous-tend le bénéfice de ces différentes formes de congé.

6. En conclusion, il appartient à l'auteur du projet de le repenser en fonction de ces observations.

La chambre était composée de

Messieurs	R. ANDERSEN,	premier président du Conseil d'État,
	Y. KREINS,	président de chambre,
Mesdames	M. BAGUET,	conseiller d'État,
	A.-C. VAN GEERSDAELE,	greffier.

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

LE GREFFIER

LE PREMIER PRÉSIDENT

A.-C. VAN GEERSDAELE

R. ANDERSEN

KONINKRIJK BELGIË

ADVIES 49.349/2
VAN 4 APRIL 2011

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

De RAAD VAN STATE, afdeling Wetgeving, tweede kamer, op 4 maart 2011 door de Minister van het Brusselse Hoofdstedelijke Gewest, belast met Financiën, Begroting en Externe Betrekkingen verzocht hem, binnen een termijn van dertig dagen, van advies te dienen over een ontwerp van besluit van de Brusselse Hoofdstedelijke Regering “tot wijziging van het besluit van de Brusselse Hoofdstedelijke Regering van 6 mei 1999 houdende het administratief statuut en de bezoldigingsregeling van de ambtenaren van het Ministerie van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest”, heeft het volgende advies gegeven:

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

1. In de eerste aanhefverwijzing dient niet inzonderheid de tweede paragraaf te worden vermeld van artikel 40 van de bijzondere wet van 12 januari 1989 met betrekking tot de Brusselse instellingen, maar wel de eerste paragraaf ervan. Het is immers deze laatste bepaling die de rechtsgrond vormt van het ontwerp, doordat ze verwijst naar artikel 87, § 1, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen.

2. Het verdient geen aanbeveling om in de aanhef de wijzigingen te vermelden die vroeger aangebracht zijn in de gewijzigde regeling, en evenmin het nummer van het gewijzigde artikel. De tweede aanhefverwijzing moet dienovereenkomstig worden aangepast ¹.

3. In de zesde aanhefverwijzing van de Nederlandse tekst, die het advies van de Raad van State betreft, schrijve men : “Gelet op advies 49.349/2 van de Raad van State, gegeven op ... met toepassing van artikel ...;”.

¹ Beginselen van de wetgevingstechniek - Handleiding voor het opstellen van wetgevende en reglementaire teksten, www.raadvst-consetat.be, tab “Wetgevingstechniek”, aanbeveling nr. 30.

Dispositief

Artikel 1

1.1. De huidige tekst van artikel 185, eerste lid, van het besluit van de Brusselse Hoofdstedelijke Regering van 6 mei 1999 houdende het administratief statuut en de bezoldigingsregeling van de ambtenaren van het Ministerie van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest luidt als volgt :

“De ambtenaar bekomt verlof, binnen de hierna gestelde perken, naar aanleiding van de volgende gebeurtenissen :

1° het huwelijk van de ambtenaar : 4 werkdagen;

2° de bevalling van de echtgenote of van de persoon met wie de ambtenaar op het tijdstip van de gebeurtenis samenleeft : 14 werkdagen;

3° het overlijden van de echtgenoot of van de persoon met wie de ambtenaar samenleefde : 4 werkdagen;

4° het overlijden van een bloedverwant in de eerste graad hetzij van de ambtenaar, hetzij van de echtgenoot of van de persoon met wie de ambtenaar samenleeft : 4 werkdagen;

5° het huwelijk van een kind van de ambtenaar of van de persoon met wie de ambtenaar samenleeft : 2 werkdagen;

6° het overlijden van een bloedverwant in om het even welke graad hetzij van de ambtenaar, hetzij van de echtgenoot of van de persoon met wie de ambtenaar samenleeft, maar onder hetzelfde dak wonend als de ambtenaar : 2 werkdagen;

7° het overlijden van een bloedverwant in de tweede graad hetzij van de ambtenaar, hetzij van de echtgenoot of van de persoon met wie de ambtenaar samenleeft, maar niet onder hetzelfde dak wonend als de ambtenaar : 1 werkdag”.

1.2. Het voorliggende ontwerp wil het eerste lid, 2°, van de voornoemde bepaling vervangen door de volgende tekst :

2° de bevalling van de echtgenote of de persoon wiens kind het voorwerp uitmaakt, uit hoofde van de ambtenaar, van een erkenning of een komende erkenning van adoptie, mits het voorleggen van een attest : 14 dagen”.

“2. Luidens de brief met de adviesaanvraag wil de steller van het ontwerp discriminatie wegwerken door “elke vorm van discriminatie tussen heteroseksuele en homoseksuele werknemers (lesbische koppels) op te heffen”.

Indien de ambtenaar niet de echtgenoot is van de vrouw die bevalt, wordt het verlof bij de geboorte van een kind momenteel slechts toegekend op voorwaarde dat de ambtenaar als koppel samenleeft met deze vrouw. Of de ambtenaar zelf van het mannelijke dan wel het vrouwelijke geslacht is, is in dit verband niet relevant. De huidige bepalingen verbieden dus niet dat een vrouw die – hetzij in het kader van een huwelijk, hetzij in het kader van een al dan niet wettelijke samenwoning – als koppel samenleeft met een andere vrouw die bevalt, de 14 dagen verlof krijgt waarin het voornoemde artikel 185, eerste lid, 2°, voorziet.

Het voorliggende ontwerp doelt dus hoofdzakelijk op de situatie van twee personen die niet als koppel samenleven maar waarvan er een, de ambtenaar, verlof wenst te krijgen voor de geboorte van een kind dat deze ambtenaar niet wenst te erkennen of niet wettelijk kan erkennen maar dat hij wenst te adopteren mits hij hiertoe "een attest van komende erkenning van adoptie" voorlegt.

3. De toepassing van het criterium van de erkenning (van een kind), ingevoerd door het ontworpen onderdeel 2°, levert geen moeilijkheid op doordat deze erkenning geregeld wordt door de artikelen 319, 328*bis* en 329*bis* van het Burgerlijk Wetboek die degene die het vaderschap van het kind opeist, toestaan het kind voor zijn geboorte te erkennen. Het is echter anders gesteld met het criterium van het "attest van komende erkenning van adoptie".

Enerzijds, immers, is van het principe van deze "komende erkenning van adoptie" bij de huidige stand van het intern recht in geen enkele juridische regeling sprake.

Anderzijds valt de regeling ervan onder de bevoegdheid van de federale wetgever, aangezien het gaat om een rechtsfiguur die uit de aard der zaak samenhangt met de adoptieprocedure².

4. Bovendien, door van de ambtenaar niet meer te eisen dat hij als koppel samenleeft met de moeder van het kind maar wel dat hij dat kind erkent, ontnemt het voorliggende ontwerp dit verlof uiteindelijk aan de niet-gehuwde ambtenaar die als koppel samenleeft en wiens verwantschap met het kind nog niet is vastgesteld of niet zal worden vastgesteld omdat de ambtenaar, om welke reden dan ook, een dergelijke verklaring van

² Daarbij komt dat deze adoptieprocedure *in casu* nog niet wettelijk mogelijk is krachtens artikel 348-4 van het Burgerlijk Wetboek dat stelt: "Zowel de moeder als de vader kunnen hun toestemming slechts geven twee maanden na de geboorte van het kind."

erkenning niet wenst te doen. Op deze wijze schaft de tekst het verlof af in een geval waarin het vandaag nochtans kan worden verkregen³.

Het is de vraag of dit wel degelijk de bedoeling is van de steller.

5. Ten slotte wordt de steller erop gewezen dat het voornoemde artikel 185, eerste lid, 2° tot 7°, het voordeel van het recht op verlof in elk van de bedoelde gevallen uitbreidt daarbij verwijzend naar de ambtenaar die als koppel samenleeft of samenleefde met de persoon die een onmiddellijke band heeft met de omstandigheid waarvoor het verlof wordt toegekend (bevalling, overlijden, huwelijk van een kind).

Door in dit artikel 185, eerste lid, 2°, het criterium van het samenleven van de ambtenaar en deze persoon weg te laten, breekt het ontwerp met de filosofie die ten grondslag ligt aan het voordeel van deze verschillende soorten verlof.

6. Tot besluit zij gesteld dat de steller het ontwerp dient te herzien in het licht van deze opmerkingen.

³ Daartegenover staat dat het verlof volgens dit criterium kan toegekend worden aan niet-gehuwde personen die echter niet meer als koppel samenleven omdat ze tijdens de zwangerschap van de moeder zijn gescheiden. Dat is vandaag niet het geval aangezien de ambtenaar die zich in deze situatie bevindt onder geen enkele van de twee categorieën valt van het voornoemde artikel 185, eerste lid, 2°, en blijkbaar is dit ook niet de bedoeling van de steller van het ontwerp.

De kamer was samengesteld uit

de Heren	R. ANDERSEN,	eerste voorzitter van de Raad van State,
	Y. KREINS,	kamervoorzitter,
de Dames	M. BAGUET,	staatsraad,
	A.-C. VAN GEERSDAELE,	griffier.

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

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst werd nagezien onder toezicht van Mevr. M. BAGUET.

DE GRIFFIER

DE EERSTE VOORZITTER

A.-C. VAN GEERSDAELE

R. ANDERSEN