

ROYAUME DE BELGIQUE

AVIS 49.563/2
DU 18 MAI 2011

DE LA SECTION DE LÉGISLATION
DU CONSEIL D'ÉTAT

Le CONSEIL D'ÉTAT, section de législation, deuxième chambre, saisi par la Ministre de l'Intérieur, le 21 avril 2011, d'une demande d'avis, dans un délai de trente jours, sur un projet d'arrêté royal « organisant le transfert de certains militaires vers le cadre opérationnel de la police fédérale », 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^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.

Formalité préalable

L'accord donné le 28 mars 2011 par la Ministre de la Fonction publique est subordonné, s'agissant de l'article 9 du projet, à la condition suivante :

“Het lijkt me dan ook aangewezen om in artikel 9 van het ontwerp te verduidelijken dat het zowel gaat om het saldo van de dagen jaarlijks vakantieverlof als om het saldo van het aantal dagen ziekteverlof”.

L'article 9 du projet se limite à ne viser que « le solde de jours de congé de vacances ».

Sur ce point, le projet n'a donc pas recueilli l'accord de la Ministre de la Fonction publique.

Examen du projet

Préambule

Il n'y a pas lieu de mentionner la loi du 16 juillet 2005 instituant le transfert de certains militaires vers un employeur public car elle ne constitue pas à proprement parler le fondement légal de l'arrêté royal en projet.

L'alinéa 1^{er} doit dès lors être omis mais il pourrait utilement faire l'objet d'un considérant.

Dispositif

Article 3

L'article 3 du projet prévoit notamment que le ministre de la Défense se charge de la transmission des « candidats qui relèvent du groupe-cible ».

Conformément à l'article 4, § 1^{er}, de la loi du 16 juillet 2005 instituant le transfert de certains militaires vers un employeur public, le militaire doit faire partie du groupe-cible déterminé par le Roi, poser sa candidature à un transfert dans les conditions et suivant les règles déterminées par Lui, ainsi que voir sa candidature agréée par le ministre de la Défense.

L'article 2, 1^o, de la loi du 16 juillet 2005 définit le militaire agréé comme « le militaire dont la candidature a été acceptée par le Ministre de la Défense ».

Il y a dès lors lieu de remplacer, à l'article 3 *in fine* du projet, les mots « les candidats qui relèvent du groupe-cible » par « les militaires agréés ».

Article 11, 4^o

L'article 11, 4^o, du projet prévoit que

« la mise à la disposition individuelle prend fin en cas d'échec à la formation de base du cadre de base » et « qu'après la seconde session, le directeur général de la direction générale de l'appui et de la gestion peut toutefois décider que le militaire suive à nouveau tout ou partie de la formation de base, auquel cas la mise à disposition est prolongée du temps nécessaire au suivi de celle-ci ».

L'article 5, alinéa 1^{er}, de la loi du 16 juillet 2005 instituant le transfert de certains militaires vers un employeur public prévoit que la mise à disposition ne peut excéder un an. L'article 5, alinéa 4, de la loi du 16 juillet 2005 dispose que la durée d'un an visée à l'alinéa 1^{er} est prolongée de plein droit de la durée du congé relatif à la protection de la maternité, du congé de paternité, du congé parental, du congé d'accueil ou du congé d'adoption. La prolongation de la mise à disposition en cas d'échec à la formation de base ne n'entre pas dans ces hypothèses et la disposition à l'examen ne peut dès lors avoir pour conséquence que la mise à disposition excède la durée d'un an prescrite par l'article 5, alinéa 1^{er}, de la loi du 16 juillet 2005.

L'article 11, 4°, du projet sera revu en conséquence.

La même observation peut être formulée pour l'article 15 du projet en ce qu'il vise l'hypothèse d'« une mise à disposition prolongée ». Celle-ci ne peut s'entendre que dans les hypothèses visées à l'article 5, alinéa 4, de la loi du 16 juillet 2005.

Articles 14 et 15

1. Interrogé au regard du principe d'égalité et de non-discrimination entre les militaires transférés et les autres inspecteurs de police dès lors que seuls les militaires transférés au sein du cadre opérationnel de la police fédérale et nommés dans le grade d'inspecteur de police sont désignés, lors de leur transfert, dans un emploi auprès du directeur coordinateur de l'arrondissement judiciaire de Bruxelles (article 15 du projet) et n'entreront en considération dans le cadre de la mobilité ou de la réaffectation sur demande que s'il s'est écoulé un délai de présence de cinq ans depuis leur première affectation (article 14 du projet), le fonctionnaire délégué a répondu ce qui suit :

« Le gouvernement a pris la décision de procéder au transfert de cent militaires au maximum afin d'augmenter les effectifs et donc la sécurité dans la Région de Bruxelles-Capitale. Il s'agit d'une mesure spécifique qui est prise dans ce but. Les candidats en sont pleinement conscients avant d'y participer. Les militaires qui ne sont pas disposés à rester cinq ans à Bruxelles, ont toujours la possibilité de participer au recrutement normal, comme n'importe quel civil, auquel cas ils ne bénéficieront pas des effets bénéfiques du projet en cours (quota réservé, traitement de sauvegarde (...)) ».

2. L'article 15 du projet sera au besoin revu au regard de l'observation formulée sous l'article 11, 4°, du projet.

Article 16

Interrogé sur la rétroactivité, prévue par l'article 16 du projet, le fonctionnaire délégué a répondu que « La date du 1^{er} mai 2011 est celle qui a été fixée dans le protocole d'accord intervenu entre les ministres de la Défense et de l'Intérieur. Vu que l'arrêté royal occupe une place supérieure dans la hiérarchie des normes juridiques, il a semblé préférable de faire entrer ce dernier en vigueur à la même date que ce protocole plutôt qu'à une date ultérieure. Il est également indiqué qu'il existe une base juridique pour les sélections qui commencent aussi à cette date ».

La non-rétroactivité des actes administratifs est de règle, en vertu d'un principe général de droit. La rétroactivité peut toutefois être justifiée si elle est autorisée par la loi. En l'absence d'autorisation légale, comme c'est le cas en l'espèce, elle ne peut être admise qu'à titre exceptionnel, lorsqu'elle est nécessaire, notamment, 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 individuels.

Il appartiendra à l'auteur du projet de s'assurer que la rétroactivité prévue par l'article 16 du projet peut s'inscrire dans l'une des hypothèses énumérées, notamment en ce qui concerne les candidats potentiels qui n'ont pas participé à ces épreuves de sélection.

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 V. SCHMITZ, auditeur adjoint.

LE GREFFIER

LE PRÉSIDENT

B. VIGNERON

Y. KREINS

KONINKRIJK BELGIË

ADVIES 49.563/2
VAN 18 MEI 2011

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

De RAAD VAN STATE, afdeling Wetgeving, tweede kamer, op 21 april 2011 door de Minister van Binnenlandse Zaken verzocht haar, binnen een termijn van dertig dagen, van advies te dienen over een ontwerp van koninklijk besluit “tot regeling van de overplaatsing van bepaalde militairen naar het operationeel kader van de federale politie”, 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 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.

Voorafgaande opmerking

Aan de akkoordbevinding van de minister van Ambtenarenzaken van 28 maart 2011 wordt ten aanzien van artikel 9 van het ontwerp de volgende voorwaarde verbonden:

“Het lijkt me dan ook aangewezen om in artikel 9 van het ontwerp te verduidelijken dat het zowel gaat om het saldo van de dagen jaarlijks vakantieverlof als om het saldo van het aantal dagen ziekteverlof”.

Artikel 9 van het ontwerp bepaalt zich ertoe te verwijzen naar “het saldo van de dagen vakantieverlof”.

Het ontwerp is op dat punt dus niet akkoord bevonden door de minister van Ambtenarenzaken.

Onderzoek van het ontwerp

Aanhef

De wet van 16 juli 2005 houdende de overplaatsing van sommige militairen naar een openbare werkgever hoeft niet te worden vermeld in de aanhef; ze levert immers strikt genomen geen rechtsgrond op voor het ontworpen koninklijk besluit.

Het eerste lid moet bijgevolg vervallen, doch het verdient aanbeveling dit lid op te nemen in de vorm van een overweging.

Dispositief

Artikel 3

Artikel 3 van het ontwerp bepaalt onder meer dat de minister van Landsverdediging “instaat voor de mededeling van de kandidaten die aan de doelgroep beantwoorden”.

Overeenkomstig artikel 4, § 1, van de wet van 16 juli 2005 houdende de overplaatsing van sommige militairen naar een openbare werkgever moet de militair behoren tot de doelgroep bepaald door de Koning, zich kandidaat stellen voor een overplaatsing onder de voorwaarden en volgens de regels die Hij bepaalt en moet zijn kandidatuur door de minister van Landsverdediging zijn aanvaard.

Artikel 2, 1°, van de wet van 16 juli 2005 definieert de « aanvaarde militair » als “de militair van wie de kandidatuur door de minister van Landsverdediging aanvaard werd”.

Bijgevolg schrijve men in artikel 3, *in fine*, van het ontwerp ..., die zorgt voor de oproep ... van de aanvaarde militairen”.

Artikel 11, 4°

Artikel 11, 4°, van het ontwerp bepaalt dat de individuele terbeschikkingstelling wordt beëindigd (...)

“in geval van niet slagen voor de basisopleiding van het basiskader. Na de tweede zitting kan de directeur-generaal van de algemene directie van de ondersteuning en het beheer evenwel beslissen dat de militair het geheel of een gedeelte van de

basisopleiding opnieuw mag volgen, in welk geval de terbeschikkingstelling met de daartoe nodige tijd wordt verlengd”.

Artikel 5, eerste lid, van de wet van 16 juli 2005 houdende de overplaatsing van sommige militairen naar een openbare werkgever bepaalt dat de terbeschikkingstelling een jaar niet mag overschrijden. Artikel 5, vierde lid, van de wet van 16 juli 2005 bepaalt : “De duur van één jaar bedoeld in het eerste lid wordt van rechtswege verlengd met de duur van het verlof betreffende de moederschapsbescherming, van het vaderschapverlof, van het ouderschapsverlof, van het opvangverlof of van het adoptieverlof”. De verlenging van de terbeschikkingstelling van wie niet slaagt voor de basisopleiding valt niet onder die gevallen en de voorliggende bepaling kan dus niet tot gevolg hebben dat de terbeschikkingstelling de in artikel 5, eerste lid, van de wet van 16 juli 2005 voorgeschreven termijn van één jaar overschrijdt.

Artikel 11, 4°, van het ontwerp moet dienovereenkomstig worden herzien.

Dezelfde opmerking kan worden geformuleerd voor artikel 15 van het ontwerp in zoverre daarin wordt verwezen naar het geval van “een verlengde terbeschikkingstelling”. Die verlenging kan alleen aldus worden opgevat in de gevallen vermeld in artikel 5, vierde lid, van de wet van 16 juli 2005.

Artikelen 14 en 15

1. De gemachtigde ambtenaar heeft het volgende geantwoord op de vragen die hem zijn gesteld in het licht van het beginsel van gelijkheid tussen en non-discriminatie van de overgeplaatste militairen en de overige inspecteurs van politie, aangezien alleen de militairen die zijn overgeplaatst binnen het operationeel kader van de federale politie en benoemd zijn tot inspecteur van politie, bij hun overplaatsing worden aangesteld in een betrekking bij de directeur-coördinator van het gerechtelijk arrondissement Brussel (artikel 15 van het ontwerp) en slechts in aanmerking komen voor de mobiliteit of herplaatsing op aanvraag mits zij een aanwezigheidstermijn van vijf jaar hebben volbracht na hun eerste aanwijzing (artikel 14 van het ontwerp):

« Le gouvernement a pris la décision de procéder au transfert de cent militaires au maximum afin d'augmenter les effectifs et donc la sécurité dans la Région de Bruxelles-Capitale. Il s'agit d'une mesure spécifique qui est prise dans ce but. Les candidats en sont pleinement conscients avant d'y participer. Les militaires qui ne sont pas disposés à rester cinq ans à Bruxelles, ont toujours la possibilité de participer au recrutement normal, comme n'importe quel civil, auquel cas ils ne bénéficieront pas des effets bénéfiques du projet en cours (quota réservé, traitement de sauvegarde (...)) »

2. Artikel 15 van het ontwerp moet zo nodig herzien worden in het licht van de opmerking die onder artikel 11, 4°, van het ontwerp is gemaakt.

Artikel 16

Op een vraag aangaande de terugwerkende kracht waarin artikel 16 van het ontwerp voorziet, heeft de gemachtigde ambtenaar geantwoord: « La date du 1^{er} mai 2011 est celle qui a été fixée dans le protocole d'accord intervenu entre les ministres de la Défense et de l'Intérieur. Vu que l'arrêté royal occupe une place supérieure dans la hiérarchie des normes juridiques, il a semblé préférable de faire entrer ce dernier en vigueur à la même date que ce protocole plutôt qu'à une date ultérieure. Il est également indiqué qu'il existe une base juridique pour les sélections qui commencent aussi à cette date ».

Als algemeen rechtsbeginsel geldt dat administratieve handelingen geen terugwerkende kracht hebben. Terugwerkende kracht kan evenwel gerechtvaardigd zijn indien de wet die toestaat. Indien er geen wet is die terugwerkende kracht toestaat, zoals in casu, kan terugwerking alleen uitzonderlijk worden aanvaard, inzonderheid wanneer ze noodzakelijk is voor de continuïteit van de overheidsdienst of om een feitelijke of rechtelijke situatie te regulariseren en voor zover hierbij de vereisten inzake rechtszekerheid en de individuele rechten in acht worden genomen.

Het staat aan de steller van het ontwerp erop toe te zien dat de terugwerking waarin artikel 16 van het ontwerp voorziet, in de lijn ligt van een van de genoemde gevallen, inzonderheid wat de potentiële kandidaten betreft die niet hebben deelgenomen aan die selectietesten.

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. V. SCHMITZ, adjunct-auditeur.

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

DE GRIFFIER

DE VOORZITTER

B. VIGNERON

Y. KREINS