

KONINKRIJK BELGIË

ADVIES 50.138/1/V
VAN 18 AUGUSTUS 2011

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

DE RAAD VAN STATE, afdeling Wetgeving, eerste vakantiekamer, op 28 juli 2011 door de Minister van Sociale Zaken en de Minister van Werk verzocht hun, binnen een termijn van dertig dagen, van advies te dienen over een ontwerp van koninklijk besluit 'houdende de vaststelling van de nadere regels inzake de toekenning van het geboorteverlof aan meecouders', heeft het volgende advies gegeven:

1. 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 het wijzigen van een verordening noodzakelijk is.

*
* *

2. Met toepassing van artikel 84, § 3, eerste lid, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, heeft de afdeling Wetgeving zich toegespitst op het onderzoek van de bevoegdheid van de steller van het ontwerp, van de rechtsgrond, alsmede van de te vervullen vormvereisten.

*
* *

STREKKING EN RECHTSGROND VAN HET ONTWERP

3. Het om advies voorgelegde ontwerp van koninklijk besluit strekt ertoe de nadere regels te bepalen voor de toekenning van het geboorteverlof aan zogenaamde “meeouders”, waarin wordt voorzien door artikel 25*quinquies*, § 2, tweede lid, van de wet van 1 april 1936 op de arbeidsovereenkomst wegens dienst op binnenschepen en artikel 30, § 2, tweede lid, van de wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten.

Het ontwerp bepaalt de verplichtingen waaraan de werknemer moet voldoen om het geboorteverlof op te nemen (artikel 2 van het ontwerp), op welke wijze het geboorteverlof in mindering komt van het adoptieverlof (artikel 3) en welk attest desgevallend door de werkgever kan worden gevraagd (artikel 4). De ontworpen regeling heeft uitwerking met ingang van 20 mei 2011, datum waarop de voornoemde wettelijke regeling in werking is getreden.

4.1. Rechtsgrond voor het ontwerp wordt geboden door het zesde lid van respectievelijk artikel 25*quinquies*, § 2, van de wet van 1 april 1936 en artikel 30, § 2, van de wet van 3 juli 1978, naar luid waarvan de Koning, bij een besluit vastgesteld na overleg in de Ministerraad, de nadere regels inzake de toekenning van verlof, onder de voorwaarden zoals bedoeld in het tweede lid, bepaalt.

In het eerste en het tweede lid van de aanhef van het ontwerp dient de verwijzing naar de rechtsgrond nog in die zin te worden gepreciseerd.

4.2. Een beroep op de algemene uitvoeringsbevoegdheid van de Koning, bedoeld in artikel 108 van de Grondwet, is niet nodig, aangezien voor het ontwerp voldoende rechtsgrond wordt geboden door voornoemde wetsbepalingen. De verwijzing naar die grondwetsbepaling dient dan ook uit de aanhef te worden weggelaten.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Artikel 2

5. In artikel 2, § 2, van het ontwerp dient te worden gepreciseerd welke gegevens in het uittreksel uit het bevolkingsregister dienen te worden vermeld.

Artikel 4

6. Artikel 4 van het ontwerp legt aan de werknemer de verplichting op om, op vraag van de werkgever, een attest voor te leggen van de mutualiteit, waarin wordt bevestigd dat de werknemer niet reeds het geboorteverlof voor het betrokken kind heeft genoten of dat hij nog recht heeft op een bepaald aantal dagen geboorteverlof.

Vastgesteld moet worden dat in een dergelijke verplichting niet wordt voorzien voor de werknemer die gebruik maakt van het geboorteverlof bedoeld in het eerste lid van respectievelijk artikel 25*quinquies*, § 2, van de wet van 1 april 1936 en artikel 30, § 2, van de wet van 3 juli 1978, terwijl de doelstelling van die verplichting – het voorkomen van misbruik – evenzeer op die werknemer kan worden betrokken.

Bijgevolg rijst de vraag of het verschil in behandeling tussen werknemers, dat uit het opleggen van die verplichting voortvloeit, verenigbaar is met het grondwettelijke beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie. Dat laatste is slechts het geval voor zover voor dat verschil in behandeling een redelijke verantwoording voorhanden is, welke de Raad van State, afdeling Wetgeving, evenwel niet ziet.

Artikel 5

7. Artikel 5 van het ontwerp bepaalt dat het ontworpen besluit uitwerking heeft met ingang van 20 mei 2011.

Het verlenen van terugwerkende kracht aan besluiten is enkel toelaatbaar ingeval voor de retroactiviteit een wettelijke grondslag bestaat, de retroactiviteit betrekking heeft op een regeling die, met inachtneming van het gelijkheidsbeginsel, voordelen toekent of in zoverre de retroactiviteit noodzakelijk is voor de goede werking van de diensten en daardoor, in beginsel, geen verkregen situaties worden aangetast. Enkel indien de retroactiviteit van de ontworpen regeling in één van de opgesomde gevallen valt in te passen, kan deze worden gebillijkt.

De steller van het ontwerp zal bijgevolg dienen na te gaan, onder meer rekening houdende met de wijze waarop het geboorteverlof aan meeouders sinds 20 mei 2011 in de praktijk is toegekend, of de terugwerkende kracht van de ontworpen regeling in één van de voornoemde gevallen kan worden ingepast.

De kamer was samengesteld uit

de Heren	P. LEMMENS,	kamervoorzitter,
	E. BREWAEYS,	
	W. VAN VAERENBERGH,	staatsraden,
	M. TISON,	assessor van de afdeling Wetgeving,
Mevrouw	G. VERBERCKMOES,	griffier.

Het verslag werd uitgebracht door Mevr. N. VAN LEUVEN, auditeur.

DE GRIFFIER

DE VOORZITTER

G. VERBERCKMOES

P. LEMMENS

ROYAUME BELGIQUE

AVIS 50.138/1/V
DU 18 AOÛT 2011

DE LA SECTION DE LÉGISLATION
DU CONSEIL D'ÉTAT

LE CONSEIL D'ÉTAT, section de législation, première chambre des vacations, saisi par la Ministre des Affaires sociales et la Ministre de l'Emploi, le 28 juillet 2011, d'une demande d'avis, dans un délai de trente jours, sur un projet d'arrêté royal 'fixant les modalités d'octroi du congé de naissance aux co-parents', a donné l'avis suivant:

1. 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.

*
* *

2. En application de l'article 84, § 3, alinéa 1^{er}, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, la section de législation a fait porter son examen essentiellement sur la compétence de l'auteur du projet, le fondement juridique et l'accomplissement des formalités prescrites.

*
* *

PORTÉE ET FONDEMENT JURIDIQUE DU PROJET

3. Le projet d'arrêté royal soumis pour avis a pour objet de fixer les modalités d'octroi du congé de naissance aux « co-parents », prévu à l'article 25^{quinq}ies, § 2, alinéa 2, de la loi du 1^{er} avril 1936 sur les contrats d'engagement pour le service des bâtiments de navigation intérieure ainsi qu'à l'article 30, § 2, alinéa 2, de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail.

Le projet énonce les obligations que le travailleur doit remplir pour prendre le congé de naissance (article 2 du projet), précise les modalités de déduction du congé de naissance du congé d'adoption (article 3) ainsi que l'attestation que l'employeur peut, le cas échéant, demander (article 4). Le régime en projet produit ses effets le 20 mai 2011, date d'entrée en vigueur des dispositions légales précitées.

4.1. Le projet trouve son fondement juridique à l'alinéa 6 de l'article 25^{quinq}ies, § 2, de la loi du 1^{er} avril 1936 et à l'article 30, § 2, de la loi du 3 juillet 1978, selon lesquels le Roi fixe, par un arrêté délibéré en Conseil des Ministres, les modalités d'octroi du congé lorsque les conditions visées à l'alinéa 2 sont réunies.

Les premier et deuxième alinéas du préambule du projet devront en outre préciser en ce sens la référence au fondement juridique.

4.2. Il n'est pas nécessaire de recourir au pouvoir général d'exécution du Roi, visé à l'article 108 de la Constitution, puisque le projet trouve suffisamment son fondement juridique dans les dispositions légales précitées. Le préambule omettra dès lors la référence à cette disposition constitutionnelle.

EXAMEN DU TEXTE

Article 2

5. L'article 2, § 2, du projet précisera les données qui devront être mentionnées dans l'extrait du registre de la population.

Article 4

6. L'article 4 du projet impose au travailleur l'obligation de soumettre, à la demande de l'employeur, une attestation de mutualité confirmant que le travailleur n'a pas déjà bénéficié du congé de naissance pour l'enfant concerné ou qu'il lui reste un nombre déterminé de jours de congé de naissance.

Force est de constater que pareille obligation n'est pas prévue pour le travailleur qui utilise le congé de naissance visé à l'alinéa 1^{er} de l'article 25*quinquies*, § 2, de la loi du 1^{er} avril 1936 et à l'article 30, § 2, de la loi du 3 juillet 1978, alors que la finalité de cette obligation – la prévention d'abus – peut tout aussi bien concerner ce travailleur.

Par conséquent, la question se pose de savoir si la différence de traitement entre les travailleurs qui découle de cette obligation, se concilie avec le principe constitutionnel d'égalité et de non-discrimination. Ce ne sera le cas que pour autant que cette différence de traitement soit raisonnablement justifiée, ce que ne perçoit cependant pas le Conseil d'État, section de législation.

Article 5

7. L'article 5 du projet dispose que l'arrêté en projet produit ses effets le 20 mai 2011.

L'attribution d'un effet rétroactif aux arrêtés ne sera admise que dans les cas où la rétroactivité repose sur une base légale, où elle a trait à un régime qui confère des avantages dans le respect du principe d'égalité, ou dans la mesure où elle est nécessaire au bon fonctionnement des services et qu'il n'est, de ce fait, en principe, pas porté atteinte aux situations acquises. Ce n'est que si la rétroactivité du régime en projet s'inscrit dans l'une des hypothèses énumérées qu'elle pourra être admise.

L'auteur du projet examinera par conséquent, compte tenu notamment des modalités d'octroi dans la pratique du congé de naissance aux co-parents depuis le 20 mai 2011, si l'effet rétroactif du régime en projet peut s'inscrire dans l'une des hypothèses précitées.

La chambre était composée de

Messieurs	P. LEMMENS,	président de chambre,
	E. BREWAEYS,	
	W. VAN VAERENBERGH,	conseillers d'État,
	M. TISON,	assesseur de la section de législation,
Madame	G. VERBERCKMOES,	greffier.

Le rapport a été présenté par Madame N. VAN LEUVEN, auditeur.

La concordance entre la version néerlandaise et la version française a été vérifiée sous le contrôle de Monsieur J. SMETS, conseiller d'État.

LE GREFFIER

LE PRÉSIDENT

G. VERBERCKMOES

P. LEMMENS