ROYAUME DE BELGIQUE

AVIS 50.581/2
DU 12 DÉCEMBRE 2011

DE LA SECTION DE LÉGISLATION
DU CONSEIL D'ÉTAT

Le CONSEIL D'ÉTAT, section de législation, deuxième chambre, saisi par le Vice-Président et Ministre du Développement durable et de la Fonction publique de la Région wallonne, le 21 novembre 2011, d'une demande d'avis, dans un délai de trente jours, sur un avant-projet de décret « élargissant les conditions de nationalité pour l'accès aux emplois de la fonction publique wallonne », a donné l'avis suivant :

Comme la demande d'avis est introduite sur la base de l'article 84, § 1er, alinéa 1er, 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 de l'avant-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, l'avant-projet appelle les observations ci-après.

Examen de l'avant-projet

1. L'avant-projet de décret examiné vise à rendre les emplois qui ne comportent pas de participation directe ou indirecte à l'exercice de la puissance publique et aux fonctions qui n'ont pas pour objet la sauvegarde des intérêts généraux de l'État ou des autres collectivités publiques dans les services du Gouvernement et des personnes morales de droit public qui dépendent de la « Wallonie » [1], accessibles aux non-Belges.

2. L'article 10, alinéa 2, de la Constitution, dispose :

> « Les Belges sont égaux devant la loi ; seuls ils sont admissibles aux emplois civils et militaires, sauf les exceptions qui peuvent être établies par une loi pour des cas particuliers ».

La question se pose dès lors si cette disposition constitutionnelle autorise le législateur décrétal à adopter la disposition envisagée [2].

L'exposé des motifs invoque une série de précédents, notamment l'article 1er de l'arrêté royal du 22 décembre 2000 fixant les principes généraux du statut administratif et pécuniaire des agents de l'État applicables au personnel des services des Gouvernements de Communauté et de Région et des Collèges de la Commission communautaire commune et de la Commission communautaire française ainsi qu'aux personnes morales de droit public qui en dépendent, ou l'ordonnance de la Région bruxelloise du 11 juillet 2002 élargissant les conditions de nationalité pour l'accès aux emplois de la Fonction publique régionale.

[1] La notion de Wallonie est inconnue du droit constitutionnel. Conformément à l'article 3 de la Constitution, il convient d'écrire « Région wallonne ».

[2] Pour une synthèse actuelle de l'article 10, alinéa 2, de la Constitution, voir. J. Vande Lanotte et G. Goedertier, Handboek Belgish Publiekrecht, Brugge, die Keure, 2010, pp. 317-321.

3. À l’état d’avant-projet soumis à la section de législation du Conseil d’État, l’article 2 de l’ordonnance précitée était rédigé comme suit :

> « Les citoyens revêtus d'une nationalité autre que belge sont admissibles aux emplois civils dans les services du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale et des personnes morales de droit public qui en dépendent dans les mêmes conditions que celles déterminées pour les citoyens ressortissants de l'Union européenne et de l'Espace économique européen » [3].

En son avis 33.174/4, donné le 25 mars 2002, la section de législation du Conseil d’État a fait l’observation suivante à propos de cette disposition :

> « Pour se conformer à l'article 10, alinéa 2, de la Constitution, il importe que l'ordonnance énonce positivement les catégories d'emplois publics qui seront accessibles aux étrangers non européens, c'est-à-dire ceux qui ne comportent pas de participation directe ou indirecte à l'exercice de la puissance publique et aux fonctions qui n'ont pas pour objet la sauvegarde des intérêts généraux de l'État ou des autres collectivités publiques. En effet, le simple renvoi aux conditions actuellement déterminées pour les citoyens ressortissants de l'Union européenne et de l'Espace économique européen ne répond pas au prescrit constitutionnel, dans la mesure où la détermination de ces conditions qui peuvent évoluer, échappe à l'intervention du législateur.
>
> Le texte en projet doit être revu à la lumière de cette observation » [4].

L’article 2 de l’ordonnance précitée dispose :

> « Les citoyens revêtus d’une nationalité autre que belge et non ressortissants de l’Union européenne ou de l’Espace économique européen sont admissibles, dans les services du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale et des personnes morales de droit public qui en dépendent, aux emplois civils qui ne comportent pas de participation directe ou indirecte à l’exercice de la puissance publique ou aux fonctions qui n’ont pas pour objet la sauvegarde des intérêts généraux de l’Etat ou des autres collectivités publiques ».

4. Néanmoins, les chambres réunies de la section de législation du Conseil d’État ont été amenées à se prononcer sur un avant-projet de décret de la Communauté flamande dont l’article 3 était rédigé comme suit :

> “De volgende statutaire functies bij de in artikel 2 vermelde Vlaamse openbare diensten worden opengesteld voor burgers die niet de nationaliteit bezitten van een van de lidstaten van de Europese Economische Ruimte:
>
> 1° zonder voorbehoud :
>
> a) verplegende en verzorgende functies ;

[3] *Doc. parl.*, Parl. R.B.C., 2001-2002, n° A-301/1, p. 6.

[4] *Doc. parl.*, Parl. R.B.C., *op. cit.*, p. 7.

b) sociaal-pedagogische functies ;

c) functies in de culturele, sportieve en recreatieve dienstverlening ;

d) logistieke functies ;

e) secretariaats- en onthaalfuncties ;

2° voorzover die functies in hoofdzaak geen betrekking hebben op fiscaliteit, diplomatie, toezicht of inspectie,

beheer van het patrimonium van de overheid, frequentiebeheer voor radio- en televisieomroep, opstelling,

tenuitvoerlegging en controle van juridische akten of voorzover die functies geen politionele bevoegdheid

(bevoegdheid tot verbaliseren) inhouden of leidinggevende topfuncties betreffen :

a) administratief ondersteunende functies ;

b) financieel ondersteunende functies ;

c) technisch uitvoerende functies ;

d) technisch conceptuele functies ;

e) beleidsvoorbereidende en beleidsevaluerende functies ;

f) medische of paramedische functies ;

g) administratief of technisch coachende functies ;

h) maritieme functies.

3° voorzover die functies geen betrekking hebben op activiteiten die de veiligheid van de overheid aanbelangen :

a) wetenschappelijke functies” [5].

Les chambres réunies ont rendu l’avis 35.857/VR du 9 octobre 2003 :

“2. Het ontwerp dient getoetst te worden aan artikel 10, tweede lid, van de Grondwet. Die bepaling luidt als volgt:

‘De Belgen zijn gelijk voor de wet; zij alleen zijn tot de burgerlijke en militaire bedieningen benoembaar, behoudens de uitzonderingen die voor bijzondere gevallen door een wet kunnen worden gesteld’.

3. De voornoemde grondwetsbepaling huldigt het beginsel dat voor de toegang tot overheidsbetrekkingen de Belgische nationaliteit vereist is. Uitzonderingen op dat beginsel kunnen ‘door een wet’ worden gesteld. Sinds de omvorming van de unitaire staat tot een federale staat moet te dezen onder ‘wet’ ook ‘decreet’ of ‘ordonnantie’

[5] *Doc. parl*., Vl. Parl., 2003-2004, n° 2055, p. 12.

verstaan worden, naargelang het geval. Essentieel is dat uitzonderingen alleen kunnen worden ingevoerd door een beslissing van de wetgevende macht.

Op dat punt doet het ontwerp geen vragen rijzen.

4. Zoals in de memorie van toelichting wordt uiteengezet, is het voorrecht van de Belgen, in zoverre het geldt voor alle soorten overheidsbetrekkingen, strijdig met het beginsel van het vrij verkeer van werknemers, gehuldigd in artikel 39 van het EG Verdrag. De uitzondering die lid 4 van dat artikel maakt voor 'betrekkingen in overheidsdienst', moet volgens de rechtspraak van het Hof van Justitie immers beperkend geïnterpreteerd worden.

Uit die rechtspraak volgt meer bepaald dat onderdanen van een lidstaat van de Europese Economische Ruimte zonder meer toegang moeten hebben tot betrekkingen die geen rechtstreekse of onrechtstreekse deelneming aan de uitoefening van het openbaar gezag inhouden, en die geen werkzaamheden omvatten ter bescherming van de algemene belangen van de staat of van andere openbare lichamen [6].

Het ontwerp laat de rechten van de onderdanen van de bedoelde staten buiten beschouwing, en beperkt zich ertoe de toegankelijkheid van overheidsbetrekkingen voor onderdanen van andere staten te regelen.

5. De in artikel 10, tweede lid, van de Grondwet aan 'de wet' verleende bevoegdheid heeft betrekking op 'bijzondere gevallen'. Uit die woordkeuze blijkt dat een afwijking van het nationaliteitsvereiste slechts kan worden toegestaan gelet op de eigen kenmerken van elke soort 'bediening' afzonderlijk. De wetgever kan m.a.w. niet op een algemene wijze afwijken van het beginsel dat de Belgische nationaliteit vereist is, maar hij moet zijn bevoegdheid telkens in concreto uitoefenen [7].

Weliswaar verzet artikel 10, tweede lid, zich niet tegen het verlenen van de afwijking voor categorieën van overheidsbetrekkingen. Niettemin moet de wetgever nauwkeurig aangeven voor welke bijzondere gevallen het voorrecht van de Belgen moet zwichten. Een wet, een decreet of een ordonnantie die in een uitzondering op de regel zou voorzien, zonder het geval of de gevallen voldoende nauwkeurig te omschrijven, is niet verenigbaar met de Grondwet [8].

Bovendien volgt uit de door de Grondwet gevestigde verhouding tussen het beginsel en de uitzondering, met betrekking tot de benoembaarheid tot burgerlijke en militaire bedieningen, dat de wetgever niet zover mag gaan dat de gelijkstelling van vreemdelingen met Belgen het beginsel wordt, en het voorrecht van de Belgen de uitzondering [9].

6. Te dezen bevat het ontwerp de opsomming van een aantal 'functiefamilies'. Verre van 'bijzondere gevallen' te bepalen, worden in feite zeer algemene categorieën van overheidsbetrekkingen omschreven. Afgezien van de onduidelijkheid van de

---

[6] Zie, o.m., H.v.J., 17 december 1980, Commissie t. België, 149/79, Jur., 1980, 3881.

[7] Zie R.v.St., advies 26.661/1/V van 7 augustus 1997 over een voorstel van decreet houdende instelling van de Vlaamse ombudsdienst, Parl. St., Vl. Parl., 1996-97, nr. 720/2, p. 22.

[8] Zie R.v.St., advies 18.564/2 van 11 juli 1988 over een wetsvoorstel op de gelijkstelling en de gelijke behandeling van vreemdelingen en Belgen, Parl. St., Kamer, B.Z. 1988, nr. 331/2, p. 2.

[9] Zie hetzelfde advies, ibid.

ontworpen regelgeving[10], moet vastgesteld worden dat het ontwerp aldus voorbijgaat aan het voorschrift van artikel 10, tweede lid, van de Grondwet.

Bovendien is de lijst van functies waarvoor in een afwijking van het nationaliteitsvereiste wordt voorzien, van die aard dat de verhouding tussen regel en uitzondering, als bedoeld in artikel 10, tweede lid, van de Grondwet, in feite wordt omgekeerd. Ook vanuit dit oogpunt bekeken, strookt het ontwerp niet met het genoemde grondwettelijke voorschrift.

De conclusie is dan ook dat het ontwerp strijdig is met de Grondwet.

7. Opdat het ontworpen decreet aangenomen zou kunnen worden, is vereist dat eerst de Grondwet gewijzigd wordt.

Voor zoveel nodig, wordt eraan herinnerd dat artikel 10, tweede lid, tweede zinsdeel, van de Grondwet in de verklaring tot herziening van de Grondwet van 4 en 9 april 2003 aangemerkt wordt als een voor herziening vatbare bepaling [11]„[12].

5. Plus récemment, le Gouvernement flamand a soumis à la section de législation du Conseil d'État un projet d'arrêté contenant un article III.1, § 4 rédigé comme suit :

"§ 4. De functies waarvoor in de functiebeschrijving en het profiel bepaald wordt dat zij een rechtstreekse of onrechtstreekse deelneming aan de uitoefening van het openbaar gezag inhouden of die werkzaamheden omvatten strekkende tot bescherming van de algemene belangen van de Vlaamse Gemeenschap, worden voorbehouden voor Belgen".

En son avis 39.433/3, donné le 6 décembre 2005, la section de législation a fait l'observation suivante :

"7. Luidens artikel III 1, § 4, van het ontwerp worden de functies, waarvoor in de functiebeschrijving en het profiel bepaald wordt dat zij een rechtstreekse of onrechtstreekse deelneming aan de uitoefening van het openbaar gezag inhouden of die werkzaamheden omvatten strekkende tot bescherming van de algemene belangen van de Vlaamse Gemeenschap, voorbehouden aan Belgen.

Volgens de toelichting die bij het ontworpen besluit is gevoegd, kunnen in tegenstelling tot de statutaire functies, de contractuele functies worden ingenomen door zowel onderdanen van de Europese Economische Ruimte als niet-EER-onderdanen.

In zoverre de in artikel III 1, § 4, opgenomen regel ook van toepassing is op buitenlanders die geen onderdaan zijn van een lidstaat van de Europese Unie, van een

[10] Het zal niet altijd gemakkelijk zijn om uit te maken of een welbepaalde functie behoort tot de functies waartoe vreemdelingen toegang hebben. Dit kan een reden zijn om de benoeming van een vreemdeling in die functie te betwisten.

[11] B.S., 10 april 2003.

[12] *Doc. parl.*, Vl. Parl., 2003-2004, n° 2055, pp. 18-21. L'article 39 du Traité qui est mentionné dans cet avis correspond à l'article 45 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, dont il est fait état dans l'exposé des motifs de l'avant-projet à l'examen.

staat behorende tot de EER of van de Zwitserse Bondstaat [13], is de in dit artikel opgenomen regel niet conform artikel 10, tweede lid, van de Grondwet. Krachtens die laatste bepaling kan de decreetgever - en niet de Vlaamse Regering - slechts afwijken van het nationaliteitsvereiste voor benoeming in een overheidsbetrekking in 'bijzondere gevallen', die telkens in concreto moeten worden omschreven, wat uitsluit dat de verhouding tussen de grondwettelijke regel en de uitzondering wordt omgekeerd [14], zoals uit artikel III 1, § 4, van het ontwerp voortvloeit.

Artikel III 1, § 4, van het ontwerp dient dan ook uit het ontwerp te worden weggelaten".

6. Il résulte de ce qui précède que l'avant-projet de décret méconnaît l'actuel article 10, alinéa 2, de la Constitution pour la raison qu'il ne s'applique pas à des cas particuliers [15].

Comme indiqué ci-dessus, les chambres réunies de la section législation du Conseil d'État, en leur avis précité, ont rappelé que le préconstituant de 2003 avait ouvert cette disposition constitutionnelle, à révision afin de le rendre conforme aux engagements internationaux de la Belgique. Les déclarations de révision du 2 mai 2007 et du 7 mai 2010 font de même [16].

---

[13] Ten aanzien van die categorieën dient rekening te worden gehouden met de primauteit van het internationale recht.

[14] Zie o.m. advies 35.857/VR van 9 oktober 2003, bij een voorontwerp van decreet 'tot verruiming van de nationaliteitsvoorwaarde voor de toegang tot vaste betrekkingen in sommige Vlaamse openbare diensten', *Parl. St.*, Vl. Parl., 2003 2004, nr. 2055/1.

[15] Bart Weekers, "De toegang van niet-Belgen tot de Belgische publieke sector", T. Gem., 2005/1, pp. 5-16.

[16] En ce sens, voir l'avis 50.170/2/V donné le 30 août 2011 sur un avant-projet de décret 'élargissant les conditions de nationalité pour l'accès aux emplois de la fonction publique de la Communauté française'.

La chambre était composée de

Messieurs	Y. KREINS,	président de chambre,
	P. VANDERNOOT,	conseillers d'État,
Madame	M. BAGUET,	
Monsieur	S. VAN DROOGHENBROECK,	assesseur de la section de législation,
Madame	B. VIGNERON,	greffier.

Le rapport a été présenté par M. X. DELGRANGE, premier auditeur chef de section.

LE GREFFIER LE PRÉSIDENT

B. VIGNERON Y. KREINS