



CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

avis 52.094/2
du 22 octobre 2012

sur

un projet d'arrêté royal
'modifiant l'arrêté royal du
28 septembre 2003 instituant
un congé préalable à la pension
en faveur de certains agents en
service dans les services
extérieurs de la Direction
générale E^PI - Établissements
pénitentiaires'

RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

advies 52.094/2
van 22 oktober 2012

over

een ontwerp van koninklijk
besluit 'tot wijziging van het
koninklijk besluit van
28 september 2003 tot
invoering van een verlof
voorafgaand aan het pensioen
ten gunste van sommige
ambtenaren in dienst in de
buitendiensten van het
Directoraat-generaal E^PI –
Penitentiaire Inrichtingen'

Le 25 septembre 2012, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par la Ministre de la Justice à communiquer un avis, dans un délai de trente jours, sur un projet d'arrêté royal 'modifiant l'arrêté royal du 28 septembre 2003 instituant un congé préalable à la pension en faveur de certains agents en service dans les services extérieurs de la Direction générale E^PI - Établissements pénitentiaires'.

Le projet a été examiné par la deuxième chambre le 22 octobre 2012. La chambre était composée de Yves KREINS, président de chambre, Pierre VANDERNOOT et Martine BAGUET, conseillers d'État, Sébastien VAN DROOGHENBROECK et Jacques ENGLEBERT, assesseurs, et Bernadette VIGNERON, greffier.

Le rapport a été présenté par Jean-Luc PAQUET, premier auditeur.

La concordance entre la version française et la version néerlandaise a été vérifiée sous le contrôle de Martine BAGUET.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 22 octobre 2012.

*

Op 25 september 2012 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Minister van Justitie verzocht binnen een termijn van dertig dagen een advies te verstrekken over een ontwerp van koninklijk besluit 'tot wijziging van het koninklijk besluit van 28 september 2003 tot invoering van een verlof voorafgaand aan het pensioen ten gunste van sommige ambtenaren in dienst in de buitendiensten van het Directoraat-generaal E^PI – Penitentiare Inrichtingen'.

Het ontwerp is door de tweede kamer onderzocht op 22 oktober 2012. De kamer was samengesteld uit Yves KREINS, kamervoorzitter, Pierre VANDERNOOT en Martine BAGUET, staatsraden, Sébastien VAN DROOGHENBROECK en Jacques ENGLEBERT, assessoren, en Bernadette VIGNERON, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Jean-Luc PAQUET, eerste auditeur.

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst van het advies is nagezien onder toezicht van Martine BAGUET.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 22 oktober 2012.

*

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 suivantes.

EXAMEN DU PROJET

OBSERVATION GÉNÉRALE

Plusieurs dispositions de l'arrêté en projet se réfèrent à l'article 46 de la loi du 15 mai 1984 'portant mesures d'harmonisation dans les régimes de pension'. Il ressort de l'économie du projet et du rapport au Roi qui lui est attaché qu'il s'agit de l'article 46 tel qu'il a été remplacé par l'article 85 de la loi du 28 décembre 2011 'portant dispositions diverses', lequel est appelé à entrer en vigueur le 1^{er} janvier 2013. Une telle précision n'apparaît cependant, de manière explicite, qu'à l'article 5, § 6, *in fine*, de l'arrêté en projet, tandis que les autres dispositions dudit arrêté se contentent de viser, sans plus ample détermination, l'article 46 de la loi du 15 mai 1984.

Aux fins que cette absence de détermination ne soit interprétée *a contrario* comme impliquant une référence à la version de l'article 46 qui demeurera en vigueur jusqu'au 1^{er} janvier 2013, il conviendrait de revoir le projet aux fins d'y introduire un mode de référence uniforme audit article 46.

OBSERVATIONS PARTICULIÈRES

PRÉAMBULE

Les textes en projet se réfèrent à l'article 46 de la loi du 15 mai 1984 'portant mesures d'harmonisation dans les régimes de pensions', remplacé par l'article 85 de la loi du 28 décembre 2011 'portant des dispositions diverses', sans toutefois que ces dispositions légales constituent, strictement parlant, un fondement juridique de l'arrêté en projet.

Il y a dès lors lieu d'omettre l'alinéa 2 ou de le présenter sous la forme d'un considérant.

DISPOSITIF

Article 1^{er}

L'article 2, § 2, en projet prévoit, en ses 2^o et 3^o, deux catégories de bénéficiaires de la mesure de congé.

La première catégorie concerne les agents réunissant les exigences d'âge mentionnées au 1° de la même disposition, dont le congé peut, au plus tôt, débiter le premier du jour du mois suivant la date à laquelle ils ont atteint le nombre d'année de service requis pour bénéficier de la pension anticipée avant l'âge de 65 ans conformément à l'article 46 de la loi du 15 mai 1984 précitée, diminué de cinq années de service.

La seconde catégorie couvre les agents qui ne répondent pas à la condition d'ancienneté requise de ceux qui émargent à la première catégorie mais peuvent exciper de 37 années de services admissibles au jour où débute leur congé.

L'article 46 de la loi du 15 mai 1984 précitée – tel qu'il sera en vigueur au 1^{er} janvier 2013 – prévoit, en son paragraphe 1^{er}, trois ordres d'ancienneté à savoir : 40 années (article 46, § 1^{er}, 1°), 42 et 41 années (article 46, § 1^{er}, 2°) auxquels le paragraphe 2 apporte des dérogations. Toutefois, aucune de ces dérogations ne fait référence à une ancienneté de 37 ans.

La section de législation s'interroge quant aux raisons qui sous-tendent cette condition de 37 années de service admissibles à la date à laquelle le congé prend cours. Il conviendrait que le rapport au Roi s'explique sur ces raisons et indiquent en quoi cette condition, qui paraît nouvelle par rapport au régime qu'instaure la loi du 15 mai 1984, n'est pas de nature à créer des différences qui pourraient être, à défaut de motifs permettant de les objectiver, considérées comme discriminatoires au regard des articles 10 et 11 de la Constitution.

Plus généralement, par ailleurs, l'ensemble du système de congé tel qu'il est réaménagé par l'arrêté en projet devrait être mieux explicité eu égard notamment à l'article 12¹ de la loi du 10 mai 2007 'tendant à lutter contre certaines formes de discriminations' qui, en son paragraphe 1^{er}, précise à quelles conditions une distinction fondée sur l'âge peut être prévue, en dérogation à son article 8², à savoir qu'elle doit être « objectivement et raisonnablement justifiée, par un objectif légitime, notamment par des objectifs légitimes de politique de l'emploi, du marché du travail ou tout autre objectif légitime comparable, et que les moyens de réaliser cet objectif sont appropriés et nécessaires ».

¹ Cet article transpose l'article 6, paragraphe 1^{er}, de la directive 2000/78/CE du 27 novembre 2000 'portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail'.

² Les articles 7 et 8, §§ 1^{er} et 2 de cette loi du 10 mai 2007 énoncent :

« Article 7. Toute distinction directe fondée sur l'un des critères protégés constitue une discrimination directe, à moins que cette distinction directe ne soit objectivement justifiée par un but légitime et que les moyens de réaliser ce but soient appropriés et nécessaires.

Article 8. § 1^{er}. Par dérogation à l'article 7, et sans préjudice des autres dispositions du présent titre, une distinction directe fondée sur l'âge, l'orientation sexuelle, la conviction religieuse ou philosophique, ou un handicap dans les domaines visés à l'article 5, § 1^{er}, 4°, 5°, et 7°, peut uniquement être justifiée par des exigences professionnelles essentielles et déterminantes.

§ 2. Il ne peut être question d'une exigence professionnelle essentielle et déterminante que lorsque :

- une caractéristique déterminée, liée à l'âge, l'orientation sexuelle, la conviction religieuse ou philosophique ou à un handicap est essentielle et déterminante en raison de la nature des activités professionnelles spécifiques concernées ou du contexte dans lequel celles-ci sont exécutées, et;
- l'exigence repose sur un objectif légitime et est proportionnée par rapport à celui-ci ».

Article 5

1. Les mesures transitoires que prévoit l'article 5 se réfèrent à des conditions de dates et de délais qui ne pourront matériellement plus être satisfaites à la date d'entrée en vigueur de l'arrêté en projet puisque celui-ci n'est pas appelé à rétroagir dans le temps.

Il en va ainsi, par exemple, de la date du 5 mars 2012 prévue à l'article 5, § 3, du projet, à laquelle le ministre de la Justice ou son délégué doit avoir approuvé la demande de congé pour ceux qui ont introduit celle-ci « après le 31 décembre 2011 et au plus tôt un an avant la date du début du congé ». Il en va de même de l'article 5, § 5, qui requiert que la demande ait été introduite 6 mois avant le début du congé pour que celui-ci puisse encore débiter en 2012.

Si ces dispositions doivent encore trouver à s'appliquer en 2012, il y a lieu de les revoir.

2. En ce qui concerne l'article 5, § 6, du projet, le rapport au Roi précise

« Le sixième paragraphe concerne les demandes pour un congé prenant cours en 2012, introduites par des agents qui n'ont pas droit à la mesure transitoire reprise à l'alinéa deux ou trois et qui, par conséquent ne restent pas soumis aux dispositions antérieures telles qu'elles étaient en vigueur au 1^{er} janvier 2012. [...] Les 15 années de service au sein des établissements pénitentiaires ne sont pas exigées dans ce cas ».

Or l'article 5, § 6, du projet se réfère à l'article 2, § 2, en projet, qui comporte, en son 3^o, la condition de 15 années de service prestées effectivement au sein des établissements pénitentiaires ; celle-ci est donc bien applicable dans le cas des bénéficiaires visés par le paragraphe 6.

Il y a lieu de lever la discordance qui apparaît ainsi entre le dispositif et le rapport au Roi. En tout état de cause, si l'auteur du projet entend faire exception à la condition des 15 années de service prestées effectivement au sein des établissements pénitentiaires pour les agents qui n'ont pas droit à la mesure transitoire, il lui appartient de justifier, dans le rapport au Roi, la différence de traitement qu'il introduirait ainsi entre les agents.

*

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

ALGEMENE OPMERKING

Verscheidene bepalingen van het ontwerpbesluit verwijzen naar artikel 46 van de wet van 15 mei 1984 'houdende maatregelen tot harmonisering in de pensioenregelingen'. Uit de strekking van het ontwerp en uit het daarbij gevoegde verslag aan de Koning blijkt dat het gaat om artikel 46 zoals het is vervangen bij artikel 85 van de wet van 28 december 2011 'houdende diverse bepalingen', dat in werking zal treden op 1 januari 2013. Een zodanige precisering wordt evenwel uitsluitend in artikel 5, § 6, *in fine*, van het ontwerpbesluit uitdrukkelijk gegeven, terwijl men zich in de overige bepalingen van dat besluit ermee vergenoegt zonder nadere precisering te verwijzen naar artikel 46 van de wet van 15 mei 1984.

Om te voorkomen dat het ontbreken van deze nadere precisering *a contrario* aldus wordt geïnterpreteerd dat wordt verwezen naar de lezing van artikel 46 die tot 1 januari 2013 van kracht is, dient het ontwerp te worden herzien, waarbij op uniforme wijze wordt verwezen naar het genoemde artikel 46.

BIJZONDERE OPMERKINGEN

AANHEF

De ontwerpbeoordelingen verwijzen naar artikel 46 van de wet van 15 mei 1984 'houdende maatregelen tot harmonisering in de pensioenregelingen', vervangen bij artikel 85 van de wet van 28 december 2011 'houdende diverse bepalingen', evenwel zonder dat deze wetsbepalingen *stricto sensu* een rechtsgrond verlenen aan het ontwerpbesluit.

Derhalve moet het tweede lid hetzij vervallen, hetzij de vorm van een overweging aannemen.

DISPOSITIEF

Artikel 1

Het ontworpen artikel 2, § 2, 2° en 3°, voorziet in twee categorieën van rechthebbenden op de verlofmaatregel.

De eerste categorie betreft de ambtenaren die voldoen aan de leeftijdsvereisten vermeld in punt 1° van diezelfde bepaling, van wie het verlof op zijn vroegst kan aanvangen op de eerste dag van de maand volgend op de datum waarop ze het vereiste aantal dienstjaren hebben bereikt om vóór de leeftijd van 65 jaar vervroegd te kunnen worden gepensioneerd, overeenkomstig artikel 46 van de voornoemde wet van 15 mei 1984, verminderd met vijf dienstjaren.

De tweede categorie betreft de ambtenaren die niet voldoen aan het anciënniteitsvereiste gesteld voor diegenen die onder de eerste categorie vallen maar die 37 pensioenaanspraakverlenende dienstjaren kunnen aanvoeren op de dag waarop het verlof aanvangt.

Artikel 46 van de voornoemde wet van 15 mei 1984, zoals het op 1 januari 2013 van kracht zal zijn, bepaalt in zijn paragraaf 1 drie categorieën van anciënniteit, te weten 40 dienstjaren (artikel 46, § 1, 1°), 42 en 41 dienstjaren (artikel 46, § 1, 2°), waarop paragraaf 2 afwijkingen bevat. Geen enkele van die afwijkingen betreft evenwel een anciënniteit van 37 dienstjaren.

De afdeling Wetgeving plaatst vraagtekens bij de redenen die ten grondslag liggen aan dit vereiste van 37 pensioenaanspraakverlenende dienstjaren op de dag waarop het verlof aanvangt. Het verslag aan de Koning zou de redenen ervan moeten aangeven en zou moeten aangeven dat dit vereiste, dat een nieuwigheid lijkt te zijn vergeleken met de regeling ingesteld bij de wet van 15 mei 1984, geen verschillen doet ontstaan die, aangezien de motieven niet worden opgegeven op basis waarvan die verschillen kunnen worden geobjectiveerd, als discriminerend kunnen worden beschouwd in het licht van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet.

Bovendien zou, meer in het algemeen, de volledige verlofregeling zoals ze wordt aangepast bij het ontwerpbesluit explicieter omschreven moeten worden, inzonderheid gelet op artikel 12¹ van de wet van 10 mei 2007 'ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie', waarvan paragraaf 1 preciseert onder welke voorwaarden een onderscheid op grond van leeftijd

¹ Dit artikel voorziet in de omzetting van artikel 6, lid 1, van richtlijn 2000/78/EG van de Raad van 27 november 2000 'tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep'.

kan worden gemaakt in afwijking van artikel 8², te weten “wanneer het objectief en redelijk wordt gerechtvaardigd door een legitiem doel, met inbegrip van legitieme doelstellingen van het beleid op het terrein van de werkgelegenheid, de arbeidsmarkt of elke ander vergelijkbaar legitiem doel, en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn”.

Artikel 5

1. De overgangsmaatregelen vervat in artikel 5 grijpen terug naar voorwaarden inzake data en termijnen die in de praktijk onmogelijk vervuld zullen kunnen zijn op de datum van inwerkingtreding van het ontwerpbesluit, in zoverre dit besluit niet terugwerkt in de tijd.

Dit is bijvoorbeeld het geval met de datum van 5 maart 2012, bepaald in artikel 5, § 3, van het ontwerp, waarop de minister van Justitie of zijn afgevaardigde [lees: “gemachtigde”] de verlofaanvraag moet hebben goedgekeurd van degenen die ze hebben ingediend “na 31 december 2011 en ten vroegste één jaar voorafgaand aan de begindatum van het verlof”. Hetzelfde geldt voor artikel 5, § 5, dat voorschrijft dat de aanvraag ten minste 6 maanden vóór de aanvang van het verlof ingediend moet worden opdat het nog in 2012 kan aanvangen.

Deze bepalingen moeten worden herzien indien het de bedoeling is dat ze in 2012 nog toepassing kunnen vinden.

2. Het verslag aan de Koning preciseert het volgende in verband met artikel 5, § 6, van het ontwerp:

“De zesde paragraaf betreft de aanvragen voor een verlof dat een aanvang neemt in 2012, ingediend door ambtenaren die geen aanspraak kunnen maken op de overgangsmaatregel vervat in de tweede of de derde paragraaf en dus niet onderworpen blijven aan de vroegere bepalingen zoals zij van kracht waren op 1 januari 2012. [...] De 15 jaar dienst binnen de penitentiaire inrichtingen zijn in dit geval niet vereist.”

Artikel 5, § 6, van het ontwerp verwijst evenwel naar het ontworpen artikel 2, § 2, waarvan punt 3° als voorwaarde stelt dat 15 dienstjaren werkelijk gepresteerd moeten zijn in penitentiaire inrichtingen; deze voorwaarde geldt dus wel degelijk in het geval van de rechthebbenden bedoeld in paragraaf 6.

² De artikelen 7 en 8, §§ 1 en 2, van deze wet van 10 mei 2007 bepalen:

“Artikel 7. Elk direct onderscheid op grond van een van de beschermde criteria vormt een directe discriminatie, tenzij dit directe onderscheid objectief wordt gerechtvaardigd door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn.

Artikel 8. § 1. In afwijking van artikel 7, en onverminderd de overige bepalingen van deze titel, kan een direct onderscheid op grond van leeftijd, seksuele geaardheid, geloof of levensbeschouwing of een handicap in de in artikel 5, § 1, 4°, 5° en 7°, bedoelde aangelegenheden uitsluitend gerechtvaardigd worden op grond van wezenlijke en bepalende beroepsvereisten.

§ 2. Van een wezenlijke en bepalende beroepsvereiste kan slechts sprake zijn wanneer:

- een bepaald kenmerk, dat verband houdt met leeftijd, seksuele geaardheid, geloof of levensbeschouwing of een handicap, vanwege de aard van de betrokken specifieke beroepsactiviteiten of de context waarin deze worden uitgevoerd, wezenlijk en bepalend is, en;
- het vereiste berust op een legitieme doelstelling en evenredig is ten aanzien van deze nagestreefde doelstelling.”

Het gebrek aan overeenstemming dat aldus blijktbaar bestaat tussen het dispositief en het verslag aan de Koning moet worden weggewerkt. Indien de steller van het ontwerp een uitzondering wenst te stellen op de voorwaarde van de 15 dienstjaren die ambtenaren welke geen aanspraak kunnen maken op de overgangsmaatregel werkelijk gepresteerd moeten hebben in penitentiaire inrichtingen, dient hij de verschillende behandeling die hij aldus onder de ambtenaren invoert, te verantwoorden in het verslag aan de Koning.

LE GREFFIER – DE GRIFFIER

LE PRÉSIDENT – DE VOORZITTER

Bernadette VIGNERON

Yves KREINS