



CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

avis 56.325/4
du 3 juin 2014

advies 56.325/4
van 3 juni 2014

sur

over

un projet d'arrêté royal 'relatif
à l'estimation du potentiel des
militaires'

een ontwerp van koninklijk
besluit 'betreffende de
potentieelinschatting van de
militairen'

Le 8 mai 2014, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par le Vice-Premier Ministre et Ministre de la Défense à communiquer un avis, dans un délai de trente jours, sur un projet d'arrêté royal 'relatif à l'estimation du potentiel des militaires'.

Le projet a été examiné par la quatrième chambre le 3 juin 2014. La chambre était composée de Pierre LIÉNARDY, président de chambre, Martine BAGUET et Luc DETROUX, conseillers d'État, et Colette GIGOT, greffier.

Le rapport a été présenté par Raphaël BORN, auditeur.

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

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 3 juin 2014.

*

Op 8 mei 2014 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Vice-Eerste Minister en Minister van Landsverdediging verzocht binnen een termijn van dertig dagen een advies te verstrekken over een ontwerp van koninklijk besluit 'betreffende de potentieelinschatting van de militairen'.

Het ontwerp is door de vierde kamer onderzocht op 3 juni 2014. De kamer was samengesteld uit Pierre LIÉNARDY, kamervoorzitter, Martine BAGUET en Luc DETROUX, staatsraden, en Colette GIGOT, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Raphaël BORN, auditeur.

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

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 3 juni 2014.

*

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}, 2°, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, 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.

PORTÉE DE L'ARRÊTÉ ROYAL EN PROJET

Le projet d'arrêté royal se donne pour objet d'exécuter l'article 67 de la loi du 28 février 2007 'fixant le statut des militaires et candidats militaires du cadre actif des Forces armées' ¹, tel que modifié par l'article 86 de la loi du 31 juillet 2013 'modifiant la loi du 28 février 2007 fixant le statut des militaires du cadre actif des Forces armées et modifiant certaines dispositions relatives au statut du personnel militaire' ².

Le texte en projet entend instaurer un « processus d'évaluation » visant à établir l'estimation du potentiel des militaires concernés (art. 2 et 5). Ce processus est « basé sur un ensemble d'exercices standardisés destiné à vérifier si les compétences reprises dans les profils de compétences sont présentes » (art. 5). Il se décline en différents « moments d'appréciation » répartis sur au minimum deux journées de formation (art. 7). Des rapports intermédiaires doivent être établis au terme de chacun de ces moments (art. 8), rapports sur lesquels se fonde l'estimation du potentiel des militaires en tant que telle (art. 9, alinéa 1^{er}).

L'estimation du potentiel est réalisée par une « commission d'estimation du potentiel ». Cette commission est instituée par régime linguistique (art. 12) et comprend un président, un secrétaire et plusieurs membres, désignés par le « directeur général human resources » (DGHR) ou l'autorité qu'il désigne. Le nombre des membres de cette commission n'est pas déterminé ; il ne paraît même pas être déterminable puisque, selon le commentaire de l'article 13 du rapport au Roi, « La composition de la commission d'estimation du potentiel peut varier en fonction du nombre de membres ayant participé aux différents moments d'appréciation ». L'article 18 et son commentaire semblent également confirmer cette analyse. Ces membres doivent, en tous les cas, répondre à certaines conditions pour faire partie de cette

¹ Ci-après : « la loi du 28 février 2007 ».

² Ci-après : « la loi du 31 juillet 2013 ».

commission et, notamment, avoir participé aux appréciations menées au cours des périodes de formation sur les militaires concernés (art. 13). Ils doivent, en outre, être titulaires d'un certificat qui confirme leur formation comme assesseur (art. 3, 1^o), ce qui suppose qu'ils justifient d'une qualité de « spécialiste militaire ou civil de l'appréciation des compétences formé pour juger des aptitudes comportementales dans différentes situations d'évaluation » (art. 1^{er}, 3^o). Ils semblent ainsi ne pas devoir appartenir aux forces armées, ce dont paraît aussi devoir attester l'article 3, 5^o, qui imposent « qu'ils répondent au grade militaire ou niveau de grade civil équivalent minimum défini par le DGHR ».

La commission est chargée de consigner l'estimation de potentiel du militaire concerné dans un nouveau rapport qui se base sur les premiers rapports précités (art. 9, al. 2). La notification de ce rapport à l'intéressé donne lieu à une procédure *a posteriori* contre l'estimation de potentiel, par le biais d'un entretien et d'un mémoire écrit. Cette procédure peut amener le président de la commission, le cas échéant, à revoir l'estimation de potentiel établie par cette commission, ce uniquement en faveur de l'intéressé (art. 10, §§ 1^{er} à 4). L'estimation de potentiel « définitivement clôturée » a une durée de validité limitée (art. 10, § 6) et peut être renouvelée une fois dans certains cas (art. 10, § 7).

L'arrêté royal en projet est voué à rétroagir au 31 décembre 2013 (art. 19, alinéa 1^{er}, 2^o). Néanmoins, « [u]ne estimation de potentiel ne peut avoir lieu que lorsque le ministre décide que la Défense dispose au début des formations visées à l'article 2, du nombre suffisant de tests et de membres de la commission » (art. 18). Cette dernière disposition cesse d'être en vigueur le 1^{er} janvier 2016.

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

A. NON-RESPECT DU PRINCIPE DE LÉGALITÉ (ARTICLE 182 DE LA CONSTITUTION) ET ABSENCE DE BASE LÉGALE

1. L'article 67 de la loi du 28 février 2007, tel que modifié par l'article 86 de la loi du 31 juillet 2013, est libellé comme suit :

« Le potentiel des officiers et des sous-officiers fait l'objet d'une estimation, appelée 'estimation du potentiel'.

Cette estimation se déroule dans le domaine de la gestion :

- 1^o de tâches ;
- 2^o du fonctionnement personnel ;
- 3^o des relations avec des collaborateurs ;
- 4^o des relations interpersonnelles ;
- 5^o de l'information.

Pour les officiers, cette estimation a lieu au minimum à l'occasion de la formation continuée statutaire visée à l'article 111, alinéa 1^{er}, 2^o.

Pour les sous-officiers, cette estimation a lieu au minimum à l'occasion de la formation continuée visée à l'article 112, alinéa 1^{er}, 2^o.

En outre, l'autorité que le Roi désigne peut prévoir, le cas échéant, une estimation du potentiel supplémentaire.

Le Roi fixe les modalités de l'estimation du potentiel.

Le Roi peut charger un service de la Défense ou une organisation externe à la Défense de l'organisation et de l'exécution de l'estimation du potentiel ».

2. En habilitant le Roi à fixer les modalités de l'estimation du potentiel, tout en Lui confiant la mission de charger soit un service de la Défense, soit une organisation externe à celle-ci, d'organiser et exécuter l'estimation du potentiel, la question se pose de savoir si l'article 67 de la loi du 28 février 2007 a conféré le pouvoir au Roi d'instituer et organiser la commission d'estimation du potentiel susvisée.

3. Cette question doit être examinée à l'aune du principe de légalité consacré par l'article 182 de la Constitution. Dans son arrêt n° 18/2007, du 25 janvier 2007, la Cour constitutionnel a notamment rappelé sa jurisprudence constante selon laquelle :

« B.3.1. L'article 182 de la Constitution porte :

'Le mode de recrutement de l'armée est déterminé par la loi. Elle règle également l'avancement, les droits et les obligations des militaires'.

[...]

B.3.2. En attribuant au pouvoir législatif la compétence de régler les droits et obligations des militaires, le Constituant a voulu éviter que le pouvoir exécutif seul règle la force armée. L'article 182 de la Constitution garantit ainsi que cette matière fera l'objet de décisions prises par une assemblée délibérante démocratiquement élue.

Bien que l'article 182 de la Constitution réserve ainsi, en cette matière, la compétence normative au législateur fédéral – lequel doit en régler les éléments essentiels –, il n'exclut pas que soit laissé un pouvoir limité d'exécution au Roi. Une délégation conférée au Roi n'est pas contraire au principe de légalité pour autant que l'habilitation soit définie de manière suffisamment précise et porte sur l'exécution de mesures dont les éléments essentiels sont préalablement fixés par le législateur »³.

Se fondant sur cette jurisprudence de la Cour constitutionnelle, la section de législation du Conseil d'État a estimé, dans son avis 53.229/4 donné le 22 mai 2013 sur un avant-projet devenu la loi du 31 juillet 2013, que :

« Présentent un caractère excessif, au regard de ces principes, les habilitations de pouvoirs réglementaires prévues par :

- l'article 25, qui habilite le Roi à fixer la composition et le fonctionnement de la commission médicale d'appel (article 10, § 2, alinéa 4, en projet) ;

- l'article 29, qui habilite le Roi à fixer la composition et le fonctionnement de la commission du recrutement (article 14, alinéa 2, en projet) ;

³ Voir aussi les arrêts C.C., 14 décembre 1995, n° 81/95 (considérants B.6.6 à B.6.10), C.C., 27 mars 1996, n° 23/96 (considérants B.1 à B.3), C.C., 6 novembre 2001, n° 141/2001 (considérants B.3 à B.5), C.C., 22 juillet 2004, n° 135/2004 (considérants B.3.1 et B.3.2), C.C., 16 février 2005, n° 39/2005 (considérants B.3.1 à B.5), C.C., 22 novembre 2006, n° 173/2006 (considérants B.3.1 à B.4.3), C.C., 12 novembre 2009, n° 184/2009 (considérants B.3.1 à B.5), C.C., 22 décembre 2010, n° 153/2010 (considérants B.3.1 à B.3.4), C.C., 5 mai 2011, n° 65/2011 (considérants B.3 à B.7) et C.C., 10 novembre 2011, n° 175/2011 (considérants B.3.2 à B.5.2).

- les articles 68 et 73 en ce qu'ils habilitent le Roi à fixer la composition du conseil d'enquête (article 51, § 5, alinéa 2, en projet et article 57, alinéa 5, en projet) »⁴.

En l'espèce, aucun élément ne permet de penser que le législateur aurait eu l'intention de confier au Roi le pouvoir de régler la création, la composition et le fonctionnement de commissions chargées d'estimation du potentiel des militaires. En eût-il eu l'intention, il se serait heurté aux mêmes obstacles constitutionnels que ceux relevés ci-avant.

4. En son alinéa 5, l'article 67 de la loi du 28 février 2007 habilite tout au plus le Roi à désigner l'autorité qui peut « prévoir, le cas échéant, une estimation du potentiel supplémentaire ». Cette disposition ne vise, toutefois, qu'une hypothèse bien spécifique, exécutée au demeurant par l'article 2, alinéa 2, en projet.

D'autre part, en son alinéa 7, ce même article 67 habilite uniquement le Roi à charger un service de la Défense ou une organisation extérieure à celle-ci d'organiser et exécuter l'estimation du potentiel. Il n'y est pas non prévu que le Roi en règle la création, la composition ou le fonctionnement.

Reste l'alinéa 6 de l'article 67 qui charge le Roi de fixer les modalités de l'estimation de potentiel des militaires. Cette disposition ne pourrait, toutefois, être assimilée à la base légale faisant défaut en l'espèce.

5. À cette absence d'habilitation légale pour créer la commission d'estimation de potentiel, s'ajoutent les nombreuses incertitudes et imprécisions qui entourent la composition de cette commission elle-même.

Alors que le principe de légalité impose que le législateur en fixe lui-même les aspects essentiels, il a été relevé d'emblée que le nombre de membres de la commission n'était pas fixé dans le texte en projet, ni même n'était déterminable. De plus, si l'article 3, 1^o, de ce texte exige que ces membres « soient titulaires d'un certificat qui confirme la formation comme assesseur », quelles sont les modalités prévues pour obtenir ce certificat, quelles sont les matières visées, le nombre d'assesseurs requis ? Ce sont autant d'imprécisions qui entourent la rédaction du texte en projet et qui le rendent incompatible avec le principe de légalité⁵.

Le pouvoir conféré au ministre par l'article 18 du projet méconnaît aussi le principe de légalité dès lors qu'il laisse à ce dernier le pouvoir de décider lorsqu'il jugerait « suffisant » le nombre de tests et de membres de la commission, ce sans fixer de balise pour encadrer son pouvoir sur ce point. L'article 19, alinéa 2, qui limite l'effet de cet article 18 au 1^{er} janvier 2016, ne suffit pas à contourner cette difficulté, dès lors qu'il ne remédie pas à l'absence d'indication sur ce point.

⁴ *Doc. parl.*, Chambre, 2012-2013, n° 53-2879/1, p. 275.

⁵ Sur les assesseurs, l'officier délégué a confirmé qu'il n'existait aucune autre disposition légale ou réglementaire réglant ces différents aspects.

6. Il résulte de l'analyse qui précède que l'arrêté royal en projet, par plusieurs de ses dispositions, méconnaît le principe de légalité consacré par l'article 182 de la Constitution et excède l'habilitation conférée au Roi par l'article 67 de la loi du 28 février 2007.

B. SUBDÉLÉGATIONS AU MINISTRE DE LA DÉFENSE OU À D'AUTRES AUTORITÉS

1. Plusieurs dispositions du projet d'arrêté royal renvoient, pour leur mise en œuvre, à un « règlement arrêté par le ministre ». Cette méthode a déjà été critiquée à de nombreuses reprises par la section de législation du Conseil d'État⁶, dans la mesure où l'expression « règlement arrêté par le ministre » pourrait être interprétée comme permettant à l'autorité d'adopter un acte normatif échappant aux formalités qui doivent être accomplies pour l'adoption d'un arrêté ministériel.

Tel est le cas des articles 3, 6, 8, alinéas 1^{er} et 2, 9, alinéas 1^{er} et 2, et 10, § 6.

2. De plus, dans son avis 40.080/4 donné le 18 avril 2006 sur un projet devenu l'arrêté royal du 23 mai 2006 'modifiant plusieurs arrêtés royaux relatifs au statut des candidats militaires', la section de législation du Conseil d'État a rappelé ce qui suit :

« 2.2. Outre leur formulation inadéquate, ces subdélégations au ministre de la Défense sont excessives. Il appartient, en effet, au Roi de mettre Lui-même en œuvre les pouvoirs que Lui attribue la Constitution ou les lois prises en vertu de celle-ci. En règle générale, une subdélégation de pouvoirs réglementaires à un ministre ne peut être admise que pour des questions de détail. Il en va *a fortiori* ainsi dans les matières que la Constitution réserve au législateur, telle la fixation du statut des militaires (article 182 de la Constitution). Conformément au principe de légalité, une délégation conférée au Roi ne peut, en effet, elle-même être admise en ces matières que 'pour autant que l'habilitation soit définie de manière suffisamment précise et porte sur l'exécution de mesures dont les éléments essentiels sont fixés préalablement par le législateur'⁷ ».

La section de législation a également rappelé, à plusieurs reprises, que de telles subdélégations ne pouvaient s'entendre que de manière restrictive⁸.

⁶ Voir encore récemment l'avis 54.487/4 donné le 12 décembre 2013 sur un projet devenu l'arrêté royal du 26 décembre 2013 'relatif aux cours de perfectionnement des militaires de carrière du cadre actif des forces armées, à l'épreuve d'accession au grade de premier sergent-major, à l'examen de qualification au grade d'adjudant-chef et aux épreuves professionnelles pour l'avancement au grade de major' ou l'avis 56.019/4 donné le 21 mai 2014 sur un projet d'arrêté royal 'relatif à l'appréciation de poste des militaires'.

⁷ *Note de bas de page 5 de l'avis cité* : Cour d'arbitrage, n° 135/2004, 22 juillet 2004, B.3.2. (*Moniteur belge*, 14 octobre 2004).

⁸ Voir à cet égard l'avis 47.039/2/V donné le 11 août 2009 sur un projet d'arrêté royal 'modifiant le statut des militaires du cadre de réserve des forces armées' ; l'avis 34.527/4 donné le 12 mars 2003 sur un projet d'arrêté royal 'relatif au statut des militaires du cadre de réserve des forces armées' ; l'avis 34.250/4 donné le 13 novembre 2002 sur un avant-projet de loi 'relative au recrutement des militaires et au statut des musiciens militaires et modifiant diverses lois applicables au personnel de la défense' (*Doc. parl.*, Chambre, 2002-2003, n° 2185/1, p. 112 et suivantes).

En l'espèce, l'arrêté royal en projet comporte de nombreuses subdélégations au Ministre de la Défense, voire directement au « directeur général human resources », qui sont excessives. Tel est le cas de :

– l'article 3, phrase liminaire, qui confie au ministre le soin de définir les modalités de l'estimation du potentiel, alors que cette compétence est confiée expressément au Roi par l'article 67, alinéa 6, de la loi du 28 février 2007 ;

– l'article 3, 5°, qui habilite le « DGHR » à définir le « grade civil équivalent minimum » des membres de la commission d'estimation du potentiel ;

– l'article 6 qui délègue au ministre le pouvoir de fixer les profils de compétence requis pour procéder à l'estimation du potentiel visée à l'article 5 ;

– l'article 8 qui confie au ministre le soin de fixer le « nombre de compétences à évaluer par moment d'appréciation, la méthode d'évaluation ainsi que le service qui en est chargé » ;

– l'article 9, alinéa 1^{er}, qui charge le ministre de fixer la procédure selon laquelle la commission d'estimation du potentiel va exécuter sa mission d'estimation après réception des différentes appréciations ;

– l'article 18 qui confie au ministre le soin de décider s'il dispose « du nombre suffisant de tests et de membres de la commission visée à l'article 13, qui répondent aux conditions de l'article 3 », avant qu'une estimation du potentiel ne puisse avoir lieu.

C. CONCLUSION

Au vu des très importantes observations qui précèdent, l'arrêté royal en projet devra être fondamentalement revu.

Par conséquent, la section de législation n'a pas examiné l'arrêté en projet plus avant.

*

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 ingediend is op basis van artikel 84, § 1, eerste lid, 2°, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, 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.

STREKKING VAN HET ONTWERPEN KONINKLIJK BESLUIT

Het ontwerp van koninklijk besluit strekt ertoe uitvoering te geven aan artikel 67 van de wet van 28 februari 2007 ‘tot vaststelling van het statuut van de militairen en kandidaat-militairen van het actief kader van de Krijgsmacht’¹, zoals dat gewijzigd is bij artikel 86 van de wet van 31 juli 2013 ‘tot wijziging van de wet van 28 februari 2007 tot vaststelling van het statuut van de militairen van het actief kader van de Krijgsmacht en tot wijziging van sommige bepalingen betreffende het statuut van het militair personeel’².

De ontworpen tekst voorziet in de invoering van “een evaluatieproces” dat ertoe strekt een potentieelinschatting te maken van de betrokken militairen (artikels 2 en 5). Dat proces is “gebaseerd op een reeks gestandaardiseerde oefeningen bedoeld om na te gaan of de vaardigheden hernomen in competentieprofielen, aanwezig zijn” (artikel 5). Het komt tot uitdrukking op verschillende “tijdstippen van beoordeling” verdeeld over op zijn minst twee vormingsdagen (artikel 7). Na afloop van elk tijdstip van beoordeling moeten tussentijdse verslagen worden opgesteld (artikel 8), waarop de potentieelinschatting van de militairen als zodanig steunt (artikel 9, eerste lid).

De potentieelinschatting wordt uitgevoerd door een “commissie voor de potentieelinschatting”. Deze commissie wordt samengesteld per taalstelsel (artikel 12) en bestaat uit een voorzitter, een secretaris en verschillende leden, die aangewezen worden door de “directeur-generaal human resources” (DGHR) of door de door hem aangewezen overheid. Het aantal leden van die commissie wordt niet bepaald; dat aantal lijkt zelfs niet te kunnen worden

¹ Hierna: “de wet van 28 februari 2007”.

² Hierna: “de wet van 31 juli 2013”.

bepaald, aangezien volgens de bespreking van artikel 13 in het verslag aan de Koning “[d]e samenstelling van de commissie voor de potentieelinschatting kan variëren in functie van het aantal leden die aan de verschillende tijdstippen van de beoordeling deelgenomen hebben”. Deze analyse lijkt eveneens bevestigd te worden in artikel 18 en in de bespreking ervan. Die leden moeten hoe dan ook voldoen aan bepaalde voorwaarden om deel te kunnen uitmaken van die commissie en inzonderheid deelgenomen hebben aan de beoordelingsmomenten tijdens de vormingsperiodes met betrekking tot de militairen waarvan sprake (artikel 13). Ze moeten bovendien in het bezit zijn van een certificaat dat hun vorming bevestigt als assessor (artikel 3, 1°), hetgeen veronderstelt dat zij het bewijs leveren te beschikken over de vaardigheden van “een militair of burger specialist in het domein van de beoordeling van de competenties gevormd om de gedragsvaardigheden in verschillende beoordelingssituaties te beoordelen” (artikel 1, 3°). Daaruit volgt dat ze blijkbaar niet hoeven deel uit te maken van de krijgsmacht, hetgeen eveneens lijkt voort te vloeien uit artikel 3, 5°, waarin wordt bepaald dat “ze aan de minimum militaire graad of gelijkwaardig burgergraadniveau door de DGHR bepaald, [moeten] beantwoorden”.

De commissie is ermee belast de potentieelinschatting van de betrokken militair op te nemen in een nieuw verslag dat steunt op de voornoemde eerste verslagen (artikel 9, tweede lid). Na de kennisgeving van dat verslag aan de belanghebbende kan een procedure *a posteriori* worden ingeleid tegen de potentieelinschatting door middel van een gesprek en een verweerschrift. Op grond van die procedure kan de voorzitter van de commissie, in voorkomend geval, de door deze commissie vastgestelde potentieelinschatting herzien, enkel en alleen in het voordeel van de betrokkene (artikel 10, §§ 1 tot 4). De “definitief afgesloten” potentieelinschatting heeft een beperkte geldigheidsperiode (artikel 10, § 6) en kan in bepaalde gevallen slechts eenmaal worden herhaald (artikel 10, § 7).

Het ontworpen koninklijk besluit dient terug te werken tot 31 december 2013 (artikel 19, eerste lid, 2°). Evenwel kan “[e]en potentieelinschatting (...) pas plaatsvinden als de minister beslist dat Defensie beschikt over een voldoende aantal testen en leden van de commissie (...) bij de aanvang van de vormingen bedoeld in artikel 2” (artikel 18). Deze laatste bepaling is niet meer van kracht op 1 januari 2016.

ALGEMENE OPMERKINGEN

A. NIET-NALEVING VAN HET LEGALITEITSBEGINSEL (ARTIKEL 182 VAN DE GRONDWET) EN ONTSTENTENIS VAN RECHTSGROND

1. Artikel 67 van de wet van 28 februari 2007, zoals het gewijzigd is bij artikel 86 van de wet van 31 juli 2013, luidt als volgt:

“Het potentieel van de officieren en de onderofficieren maakt het voorwerp uit van een inschatting, ‘potentieelinschatting’ genoemd.

Deze inschatting vindt plaats in het domein van het beheer van:

- 1° taken;
- 2° het persoonlijke functioneren;
- 3° de relaties met medewerkers;

4° interpersoonlijke relaties;

5° informatie.

Voor de officieren vindt deze inschatting ten minste plaats ter gelegenheid van de statutaire voortgezette vorming bedoeld in artikel 111, eerste lid, 2°.

Voor de onderofficieren vindt deze inschatting ten minste plaats ter gelegenheid van de voortgezette vorming bedoeld in artikel 112, eerste lid, 2°.

Bovendien kan, in voorkomend geval, de overheid die de Koning aanwijst een bijkomende potentieelinschatting voorzien.

De Koning bepaalt de nadere regels van de potentieelinschatting.

De Koning kan een dienst van Defensie of een organisatie extern aan Defensie belasten met de organisatie en de uitvoering van de potentieelinschatting”.

2. Doordat de Koning gemachtigd wordt de nadere regels te bepalen van de potentieelinschatting, terwijl Hij ook een dienst van Defensie of een organisatie extern aan Defensie kan belasten met de organisatie en de uitvoering van de potentieelinschatting, rijst de vraag of artikel 67 van de wet van 28 februari 2007 aan de Koning de bevoegdheid heeft verleend om de voornoemde commissie voor de potentieelinschatting in het leven te roepen en te organiseren.

3. Deze vraag moet worden onderzocht in het licht van het legaliteitsbeginsel dat gehuldigd wordt in artikel 182 van de Grondwet. In zijn arrest nr. 18/2007 van 25 januari 2007 heeft het Grondwettelijk Hof inzonderheid verwezen naar zijn vaste rechtspraak waarin het volgende wordt gesteld:

“B.3.1. Artikel 182 van de Grondwet luidt :

« De wet bepaalt op welke wijze het leger wordt aangeworven. Zij regelt eveneens de bevordering, de rechten en de verplichtingen van de militairen ».

[...]

B.3.2. Door de bevoegdheid inzake de regeling van de rechten en verplichtingen van de militairen aan de wetgevende macht toe te wijzen, heeft de Grondwetgever willen vermijden dat de krijgsmacht zou worden geregeld door de uitvoerende macht alleen. Aldus waarborgt artikel 182 van de Grondwet dat over die aangelegenheid wordt beslist door een democratisch verkozen beraadslagende vergadering.

Ofschoon artikel 182 van de Grondwet de normatieve bevoegdheid in die aangelegenheid aldus voorbehoudt aan de federale wetgever - die de essentiële elementen ervan moet regelen -, sluit het niet uit dat een beperkte uitvoeringsmacht aan de Koning wordt overgelaten. Een delegatie aan de Koning is niet in strijd met het legaliteitsbeginsel voor zover de machtiging voldoende nauwkeurig is omschreven en betrekking heeft op de tenuitvoerlegging van maatregelen waarvan de essentiële elementen voorafgaandelijk door de wetgever zijn vastgelegd”.³

³ Zie ook de arresten GwH 14 december 1995, nr. 81/95 (overwegingen B.6.6 tot B.6.10), GwH 27 maart 1996, nr. 23/96 (overwegingen B.1 tot B.3), GwH 6 november 2001, nr. 141/2001 (overwegingen B.3 tot B.5), GwH 22 juli 2004, nr. 135/2004 (overwegingen B.3.1 en B.3.2), GwH 16 februari 2005, nr. 39/2005 (overwegingen B.3.1 tot B.5), GwH 22 november 2006, nr. 173/2006 (overwegingen B.3.1 tot B.4.3), GwH 12 november 2009, nr. 184/2009 (overwegingen B.3.1 tot B.5), GwH 22 december 2010, nr. 153/2010 (overwegingen B.3.1 tot B.3.4),

Op grond van deze rechtspraak van het Grondwettelijk Hof heeft de afdeling Wetgeving van de Raad van State in zijn advies 53.229/4 van 22 mei 2013 met betrekking tot een voorontwerp dat geleid heeft tot de wet van 31 juli 2013, het volgende geoordeeld:

“Uit het oogpunt van deze beginselen gaan de volgende machtigingen van verordeningsbevoegdheden te ver:

- artikel 25, dat de Koning machtigt om de samenstelling en de werking van de medische commissie van beroep te bepalen (ontworpen artikel 10, § 2, vierde lid);
- artikel 29, dat de Koning machtigt om de samenstelling en de werking van de wervingscommissie te bepalen (ontworpen artikel 14, tweede lid);
- de artikelen 68 en 73 in zoverre ze de Koning machtigen om de samenstelling van de onderzoeksraad te bepalen (ontworpen artikel 51, § 5, tweede lid, en ontworpen artikel 57, vijfde lid)”⁴.

In casu wijst niets erop dat de wetgever de bedoeling zou hebben gehad om de Koning te machtigen om de oprichting, de samenstelling en de werkwijze te regelen van de commissies belast met de potentieelinschatting van de militairen. Was dit wel zijn bedoeling geweest, dan zou hij op dezelfde grondwettelijke bezwaren zijn gestuit als die waarop hierboven is geattendeerd.

4. Artikel 67, vijfde lid, van de wet van 28 februari 2007 machtigt de Koning hooguit om de overheid aan te wijzen die “in voorkomend geval een bijkomende potentieelinschatting [kan] voorzien”. Die bepaling betreft evenwel alleen een vrij specifiek geval, waaraan overigens uitvoering gegeven wordt in het ontworpen artikel 2, tweede lid.

Anderzijds wordt in het zevende lid van datzelfde artikel 67 de Koning enkel gemachtigd om een dienst van Defensie of een organisatie extern aan Defensie (te) belasten met de organisatie en de uitvoering van de potentieelinschatting. Daarin wordt niet bepaald dat de Koning de oprichting, de samenstelling of de werkwijze ervan regelt.

In het zesde lid van artikel 67 ten slotte wordt de Koning ermee belast de nadere regels te bepalen inzake de potentieelinschatting van de militairen. Die bepaling zou evenwel niet kunnen worden gelijkgesteld met de rechtsgrond die *in casu* ontbreekt.

5. Bovenop die ontstentenis van door de wet verleende machtiging om de commissie voor de potentieelinschatting op te richten, komen de vele onzekerheden en onnauwkeurigheden waarmee de samenstelling van die commissie zelf gepaard gaat.

Aangezien de wetgever zelf, op grond van het legaliteitsbeginsel, de essentiële aspecten van de commissie dient vast te stellen, werd er van meet af aan op gewezen dat het aantal leden van de commissie niet bepaald wordt in de ontworpen tekst en dat dat aantal ook niet kan worden bepaald. Hoewel bovendien in artikel 3, 1°, van die tekst wordt gesteld dat de leden “in het bezit [moeten] zijn van een certificaat dat de vorming bevestigt van assessor”, wordt

GwH 5 mei 2011, nr. 65/2011 (overwegingen B.3 tot B.7) en GwH 10 november 2011, nr. 175/2011 (overwegingen B.3.2 tot B.5.2).

⁴ *Parl.St.* Kamer 2012-13, nr. 53-2879/1, 275.

nergens bepaald welke de nadere regels zijn die gelden voor het behalen van dat certificaat, om welke aangelegenheden het gaat of welk het vereiste aantal assessoren is. Al die redactionele onnauwkeurigheden maken dat de ontworpen tekst onverenigbaar is met het legaliteitsbeginsel.⁵

De bevoegdheid die bij artikel 18 van het ontwerp aan de minister wordt verleend, druist ook in tegen het legaliteitsbeginsel aangezien de minister aldus gemachtigd wordt om te beslissen wanneer hij het aantal tests en het aantal leden van de commissie “voldoende” acht, zonder dat daarbij regels worden vastgesteld om zijn bevoegdheid in dat verband af te bakenen. Artikel 19, tweede lid, dat de uitwerking van dat artikel 18 beperkt tot 1 januari 2016, volstaat niet om die moeilijkheid te ontwijken, aangezien het geen antwoord biedt op het ontbreken van enige vermelding daaromtrent.

6. Uit de analyse die voorafgaat vloeit voort dat verschillende bepalingen van het ontworpen koninklijk besluit indruisen tegen het legaliteitsbeginsel dat gehuldigd wordt in artikel 182 van de Grondwet en verder gaan dan de machtiging die aan de Koning verleend wordt bij artikel 67 van de wet van 28 februari 2007.

B. OVERDRACHT VAN BEVOEGDHEID AAN DE MINISTER VAN DEFENSIE OF AAN ANDERE OVERHEDEN

1. In verschillende bepalingen van het ontwerp van koninklijk besluit wordt voor de uitvoering ervan verwezen naar een “reglement uitgevaardigd door de minister”. Op deze werkwijze heeft de afdeling Wetgeving van de Raad van State⁶ reeds meermaals kritiek geuit, in de mate dat de uitdrukking “reglement uitgevaardigd door de minister” aldus zou kunnen worden geïnterpreteerd dat ze de overheid toestaat een regelgevende handeling te stellen waarop de vormvoorschriften die vervuld moeten zijn bij het uitvaardigen van een ministerieel besluit, niet van toepassing zijn.

Dat is het geval met de artikelen 3, 6, 8, eerste en tweede lid, 9, eerste en tweede lid, en 10, § 6.

2. In advies 40.080/4 dat op 18 april 2006 gegeven is met betrekking tot een ontwerp dat geleid heeft tot het koninklijk besluit van 23 mei 2006 ‘tot wijziging van meerdere koninklijke besluiten betreffende het statuut van de kandidaat-militairen’ heeft de afdeling Wetgeving van de Raad van State bovendien het volgende gesteld:

“2.2. Die overdrachten van bevoegdheid aan de Minister van Landsverdediging zijn niet alleen niet op passende wijze geformuleerd, ze reiken ook te ver. Het staat immers aan de Koning om zelf de bevoegdheden uit te oefenen die aan Hem worden

⁵ Wat de assessoren betreft, heeft de gemachtigde officier bevestigd dat er geen enkele andere wets- of verordeningbepaling bestaat die deze verschillende aspecten regelt.

⁶ Zie nog recentelijk advies 54.487/4 gegeven op 12 december 2013 over een ontwerp dat geleid heeft tot het koninklijk besluit van 26 december 2013 ‘betreffende de vervolmakingscursussen van de beroepsmilitairen van het actief kader van de krijgsmacht, het examen voor overgang naar de graad van eerste sergeant-majoor, het kwalificatie-examen voor de graad van adjudant-chef en de beroepsproeven voor de bevordering tot de graad van majoor’, of advies 56.019/4 gegeven op 21 mei 2014 over een ontwerp van koninklijk besluit ‘betreffende de postbeoordeling van de militairen’.

opgedragen bij de Grondwet of bij de wetten uitgevaardigd krachtens de Grondwet. Algemeen gesproken kan een overdracht van regelgevende bevoegdheden aan een minister alleen worden aanvaard voor detailkwesties. Zulks geldt a fortiori voor aangelegenheden die krachtens de Grondwet alleen door de wetgever kunnen worden geregeld, zoals het bepalen van het statuut van de militairen (artikel 182 van de Grondwet). Overeenkomstig het legaliteitsbeginsel kan een opdracht van bevoegdheid aan de Koning wat deze aangelegenheden betreft immers zelf maar worden aanvaard voor zover de machtiging voldoende nauwkeurig is omschreven en betrekking heeft op de tenuitvoerlegging van maatregelen waarvan de essentiële elementen voorafgaandelijk door de wetgever zijn vastgesteld⁷”.

De afdeling Wetgeving heeft eveneens meermaals herhaald dat dergelijke overdrachten van bevoegdheden enkel restrictief mogen worden opgevat.⁸

In casu omvat het ontworpen koninklijk besluit heel wat overdrachten van bevoegdheden aan de Minister van Landsverdediging, zelfs rechtstreeks aan de « directeur generaal human resources », die te ver gaan. Dat is het geval in :

- artikel 3, inleidende zin, dat de minister belast met het bepalen van de nadere regels voor de potentieelinschatting, terwijl die bevoegdheid bij artikel 67, zesde lid, van de wet van 28 februari 2007 uitdrukkelijk verleend wordt aan de Koning ;

- artikel 3, 5°, dat de « DGHR » belast met het bepalen van de minimum militaire graad of “gelijkwaardig burgergraadniveau” van de leden van de commissie voor de potentieelinschatting;

- artikel 6 dat aan de minister de bevoegdheid opdraagt om de competentieprofielen vast te leggen die vereist zijn voor de in artikel 5 bedoelde potentieelinschatting;

- artikel 8 dat de minister belast met het vaststellen van “het aantal te evalueren competenties per beoordelingsmoment, de evaluatiemethode en de dienst die hiermee wordt belast”;

- artikel 9, eerste lid, dat de minister belast met het bepalen van de procedure volgens welke de commissie voor de potentieelinschatting haar inschattingsopdracht zal uitvoeren na ontvangst van de verschillende beoordelingen;

- artikel 18 dat de minister ermee belast te beslissen of hij “beschikt over een voldoende aantal testen en leden van de commissie bedoeld in artikel 13, die aan de voorwaarden van artikel 3 voldoen”, voordat er een potentieelinschatting kan plaatsvinden.

⁷ Voetnoot 5 van het geciteerde advies : Arbitragehof, nr. 135/2004, 22 juli 2004, B.3.2. (Belgisch Staatsblad, 14 oktober 2004).

⁸ Zie in dat verband advies 47.039/2/V gegeven op 11 augustus 2009 over een ontwerp van koninklijk besluit ‘tot wijziging van het statuut van de militairen van het reserviekader van de krijgsmacht’; advies 34.527/4 gegeven op 12 maart 2003 over een ontwerp van koninklijk besluit ‘betreffende het statuut van de militairen van het reserviekader van de krijgsmacht’ ; advies 34.250/4 gegeven op 13 november 2002 over een voorontwerp van wet ‘betreffende de werving van de militairen en het statuut van de militaire muzikanten en tot wijziging van verschillende wetten van toepassing op het personeel van landsverdediging’ (Parl.St. Kamer 2002-03, nr. 2185/1, 112 ev).

C. CONCLUSIE

Gelet op de zeer belangrijke opmerkingen die voorafgaan, dient het ontworpen koninklijk besluit grondig te worden herzien.

Bijgevolg heeft de afdeling Wetgeving het ontwerpbesluit niet nader onderzocht.

LE GREFFIER – DE GRIFFIER

LE PRÉSIDENT – DE VOORZITTER

Colette GIGOT

Pierre LIÉNARDY