



RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

advies 58.111/3
van 12 oktober 2015

avis 58.111/3
du 12 octobre 2015

over

sur

een ontwerp van koninklijk
besluit 'betreffende rechtshulp
aan het gerechtspersoneel en de
magistraten en de
schadeloosstelling van de door
hen opgelopen zaakschade'

un projet d'arrêté royal 'relatif
à l'assistance en justice du
personnel judiciaire ainsi que
des magistrats et à
l'indemnisation des dommages
aux biens encourus par eux'

Op 26 augustus 2015 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Minister van Justitie verzocht binnen een termijn van dertig dagen, verlengd tot 12 oktober 2015, een advies te verstrekken over een ontwerp van koninklijk besluit 'betreffende rechtshulp aan het gerechtspersoneel en de magistraten en de schadeloosstelling van de door hen opgelopen zaakschade'.

Het ontwerp is door de derde kamer onderzocht op 22 september 2015. De kamer was samengesteld uit Jo BAERT, kamervoorzitter, Jan SMETS en Jeroen VAN NIEUWENHOVE, staatsraden, Jan VELAERS en Johan PUT, assessoren, en Annemie GOOSSENS, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Frédéric VANNESTE, auditeur.

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst van het advies is nagezien onder toezicht van Jan SMETS, staatsraad.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 12 oktober 2015.

*

Le 26 août 2015, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par le Ministre de la Justice à communiquer un avis, dans un délai de trente jours, prorogé jusqu'au 12 octobre 2015, sur un projet d'arrêté royal 'relatif à l'assistance en justice du personnel judiciaire ainsi que des magistrats et à l'indemnisation des dommages aux biens encourus par eux'.

Le projet a été examiné par la troisième chambre le 22 septembre 2015. La chambre était composée de Jo BAERT, président de chambre, Jan SMETS et Jeroen VAN NIEUWENHOVE, conseillers d'État, Jan VELAERS et Johan PUT, assesseurs, et Annemie GOOSSENS, greffier.

Le rapport a été présenté par Frédéric VANNESTE, auditeur.

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

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 12 octobre 2015.

*

1. 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 de handeling, van de rechtsgrond, alsmede van de vraag of aan de te vervullen vormvereisten is voldaan.

*

STREKKING EN RECHTSGROND VAN HET ONTWERP

2. Het om advies voorgelegde ontwerpbesluit strekt ertoe voor de magistraten van de rechterlijke orde, de referendarissen bij het Hof van Cassatie¹ en het gerechtspersoneel een regeling in te voeren inzake rechtshulp en schadeloosstelling voor zaakschade.

In hoofdstuk 1 van het ontwerp wordt het personele toepassingsgebied ervan geregeld.

Hoofdstuk II (lees: 2) van het ontwerp bevat de regeling inzake rechtshulp. In dat hoofdstuk worden de gevallen bepaald waarin rechtshulp kan worden toegekend, en wordt omschreven waaruit rechtshulp kan bestaan, wanneer rechtshulp kan of moet worden geweigerd en wanneer de vergoedingen die werden toegekend in het raam van de verleende rechtshulp, kunnen worden teruggeëist of gemaakte kosten in geval van onterechte weigering van rechtshulp worden terugbetaald. Tot slot wordt de procedure tot toekenning geregeld.

Hoofdstuk III (lees: 3) van het ontwerp bevat de regeling inzake de schadeloosstelling voor zaakschade. In dat hoofdstuk worden de gevallen bepaald die tot schadeloosstelling aanleiding kunnen geven, de omstandigheden waarin schadeloosstelling uitgesloten is en de situaties waarin de terugbetaling van de schadeloosstelling kan worden geëist.

Hoofdstuk IV (lees: 4) van het ontwerp betreft de gevolgen van oppensioenstelling, ontslag, arbeidsongeschiktheid en verlies van de arbeidsovereenkomst op de in te stellen vergoedingsregeling.

Hoofdstuk V (lees: 5) van het ontwerp bevat een bepaling betreffende de inwerkingtreding van het te nemen besluit, alsook de uitvoeringsbepaling.

3. Het ontworpen besluit vindt rechtsgrond in de artikelen 353*bis*, tweede lid, 354, vijfde lid, en 363, vierde lid, van het Gerechtelijk Wetboek.

ALGEMENE OPMERKINGEN

4. In een aantal bepalingen van het ontwerp wordt aan de uitvoerende macht een appreciatiebevoegdheid toegekend omtrent het al dan niet toekennen van vergoedingen of hangt de vergoedbaarheid af van de invulling van begrippen die juridisch niet vast omlijnd zijn. Gelet op de grondwettelijk gewaarborgde onafhankelijkheid van de rechters in de uitoefening van hun

¹ Zie opmerking 9.

rechtsprekende bevoegdheden en die van het openbaar ministerie in de individuele opsporing en vervolging (artikel 151, § 1, eerste lid, van de Grondwet), zal er bij de concrete uitoefening van de aan de uitvoerende macht toegekende bevoegdheden ten aanzien van magistraten met die beginselen rekening dienen te worden gehouden. De stellers van het ontwerp dienen tevens na te gaan of er, bovenop de gemeenrechtelijke rechtsmiddelen die achteraf kunnen worden aangewend,² gelet op die beginselen geen bijzondere procedurele waarborgen dienen te worden ingebouwd bij de behandeling van aanvragen tot vergoeding vanwege die categorie.

5. Het ontwerp blijft, conform de ingeroepen rechtsgrond, beperkt tot de magistraten van de rechterlijke orde, de referendarissen bij het Hof van Cassatie³ en het gerechtspersoneel. De vraag rijst of niet in een gelijkaardige regeling dient te worden voorzien voor de magistraten, de griffiers en het personeel van het Grondwettelijk Hof, de Raad van State en de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen of voor het personeel van nog andere bijzondere korpsen. Hierover ondervraagd, antwoordde de gemachtigde wat volgt:

“Het ontworpen koninklijk besluit geeft uitvoering aan de artikelen 353bis, tweede lid, 354, lid 5 en 363, lid 4 van het gerechtelijk wetboek. De bevoegdheid van de minister van justitie is beperkt tot de regeling van rechtshulp voor de magistratuur en het gerechtspersoneel.

Voor diverse andere bijzondere korpsen werden door de bevoegde ministers analoge regelingen inzake rechtshulp en schadeloosstelling van zaakschade genomen (oa. artikel 52 en 53 van de wet van 5 augustus 1992 op het politieambt, en het koninklijk besluit van 9 maart 2014 betreffende de burgerlijke aansprakelijkheid van en de rechtshulp en zaakschadevergoeding voor personeelsleden van de politiediensten; Artikelen 91-97 van de wet van 20 mei 1994 inzake de rechtstoestanden van het personeel van Defensie).

De uitwerking van een gelijkaardige regeling voor magistraten en personeel van de Raad van State, het Grondwettelijk Hof en de Raad voor vreemdelingenbetwistingen, behoort bijgevolg toe aan de minister bevoegd voor deze bijzondere korpsen.”

Het is correct dat de personen die deel uitmaken van de genoemde bijzondere korpsen, ressorteren onder de bevoegdheid van andere ministers, doch dit neemt niet weg dat er door het niet-regelen van de rechtshulp en de vergoeding voor zaakschade ten aanzien van die personen een ongelijke behandeling ontstaat waarvoor geen verantwoording lijkt te bestaan. Het komt de regering toe de nodige initiatieven te nemen om deze lacune weg te werken.

6. De vraag rijst of aan het ontwerp geen overgangsbepalingen dienen te worden toegevoegd, naar analogie van artikel 17 van het koninklijk besluit van 16 maart 2006 ‘betreffende de rechtshulp aan de personeelsleden van bepaalde overheidsdiensten en de schadeloosstelling van de door hen opgelopen zaakschade’, waarin een gelijkaardige regeling is opgenomen voor de personeelsleden van een aantal federale diensten of instellingen.

² In tegenstelling tot wat de gemachtigde voorhoudt, staan er wel degelijk rechtsmiddelen open tegen de in het te nemen besluit bedoelde beslissingen, namelijk een vordering bij de hoven en rechtbanken wanneer de beslissing betrekking heeft op een subjectief recht, en een beroep tot nietigverklaring bij de Raad van State, afdeling Bestuursrechtspraak, wanneer het gaat om beslissingen waarbij een appreciatiebevoegdheid wordt uitgeoefend.

³ Zie hierover opmerking 9.

7. Bij vergelijking van het ontwerp met het koninklijk besluit van 16 maart 2006 vallen, hoofdzakelijk, maar niet uitsluitend in de Nederlandse tekst, een aantal terminologische verschillen op tussen de beide teksten. Behoudens wanneer deze verschillen hun grondslag vinden in de specifieke situatie van de magistraten, de referendarissen bij het Hof van Cassatie of het gerechtspersoneel of wanneer het zou gaan om het rechtzetten van vergissingen,⁴ verdient het omwille van de rechtszekerheid en de duidelijkheid aanbeveling om in de beide teksten dezelfde terminologie te hanteren.⁵ In dit advies worden enkele voorbeelden gegeven van deze verschillen, maar dat ontslaat de stellers van het ontwerp er niet van de voorgelegde tekst op dit vlak opnieuw te bekijken.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Aanhef

8. Het verdient aanbeveling om in het zevende lid van de aanhef het nummer (58.111/3) van het advies van de Raad van State, afdeling Wetgeving, te vermelden.

Artikel 1

9. Aangezien de referendarissen bij het Hof van Cassatie in het Gerechtelijk Wetboek doorgaans (maar weliswaar niet in het rechtsgrond biedende artikel 353*bis*, tweede lid, van het Gerechtelijk Wetboek) als een van de referendarissen bij de hoven en rechtbanken onderscheiden categorie worden beschouwd,⁶ en ze, in tegenstelling tot die laatste categorie, niet tot het gerechtspersoneel behoren,⁷ wordt er het best uitdrukkelijk in artikel 1 van het ontwerp (en in het opschrift ervan) gewag van gemaakt.

Artikel 2

10. In de Nederlandse tekst van artikel 2, § 1, eerste lid, 1°, van het ontwerp wordt gewag gemaakt van “nalatigheden”, terwijl in de Nederlandse tekst van artikel 2, § 1, eerste lid, 1°, van het koninklijk besluit van 16 maart 2006 gewag wordt gemaakt van “verzuim”. Omwille van de terminologische uniformiteit zou in beide gevallen dezelfde term moeten worden gehanteerd.

Eenzelfde opmerking geldt ten aanzien van artikel 2, § 2, 2°, van het ontwerp.

⁴ In welk geval een aanpassing van het koninklijk besluit van 16 maart 2006 wenselijk is.

⁵ Voor een aantal categorieën wordt in de betrokken rechtsgrond zelfs vereist dat de regeling wordt uitgewerkt “overeenkomstig de bepalingen die op het rijkspersoneel van toepassing zijn”.

⁶ Zie de artikelen 135*bis*, 259*duodecies* tot *quatordecies* en 353*bis*, eerste lid, van het Gerechtelijk Wetboek.

⁷ De bepalingen betreffende de referendarissen bij het Hof van Cassatie zijn niet opgenomen in hoofdstuk VI van boek I, titel VI, van het tweede deel van het Gerechtelijk Wetboek (“Gerechtspersoneel”), waarin wel het statuut van (onder meer) de referendarissen en de parketjuristen bij de hoven van beroep, de arbeidshoven en de rechtbanken wordt geregeld, maar in andere onderdelen van het Gerechtelijk Wetboek.

11. In de Nederlandse tekst van verschillende onderdelen van artikel 2 van het ontwerp wordt bepaald dat rechtshulp wordt toegekend aan de in artikel 1 bedoelde persoon met betrekking tot gebeurtenissen die plaatsvinden “tijdens de uitoefening van zijn functies”. Met de woorden “tijdens de uitoefening van zijn functies” lijkt eerder naar een temporeel verband te worden verwezen (“gedurende de uitoefening van zijn functies”). In de Nederlandse tekst van artikel 2, § 1, van het koninklijk besluit van 16 maart 2006 wordt daarentegen gewag gemaakt van “bij de uitoefening van zijn functies”, waardoor eerder naar een functioneel verband lijkt te worden verwezen (“wat verband houdt met de uitoefening van de functie”).⁸ In ieder geval verdient het geen aanbeveling om in het voorliggende ontwerpbesluit een andere terminologie te hanteren dan in het koninklijk besluit van 16 maart 2006, waar mag worden aangenomen dat hetzelfde bedoeld wordt (zie opmerking 7).

12. Wat betreft de uitsluiting van rechtshulp in verband met morele schade, werd in advies 38.785/3 het volgende opgemerkt:

“In artikel 2, § 1, eerste lid, 2°, wordt het slachtoffer van morele schade uitgesloten van rechtshulp. Door de gemachtigde wordt die uitsluiting verantwoord door het gegeven dat er een te grote kans op misbruik zou bestaan. Het is evenwel zeer de vraag of die verantwoording de geheel algemene uitsluiting van de slachtoffers van morele schade kan wettigen⁹.”¹⁰

Eenzelfde opmerking geldt met betrekking tot artikel 2, § 1, eerste lid, 2°, van het ontwerp.

Artikelen 4 en 5

13. De vraag rijst of er geen discordantie bestaat tussen artikel 4, eerste lid, 2°, van het ontwerp en artikel 5, § 2, van het ontwerp. In de eerstgenoemde bepaling wordt bepaald dat de rechtshulp *wordt* geweigerd in kennelijke gevallen van bedrog of zware fout (zodat het gaat om een gebonden bevoegdheid), terwijl krachtens de laatstgenoemde bepaling de terugbetaling van de vergoede erelonen en de kosten slechts *kan* worden geëist (zodat het gaat om een discretionaire bevoegdheid) wanneer uit een definitieve rechterlijke beslissing blijkt dat de betrokkene bedrog heeft gepleegd of een zware fout heeft begaan.¹¹

Het is niet duidelijk waarom de terugbetaling van de rechtshulp slechts facultatief is als het bedrog of de zware fout na een rechterlijke beslissing juridisch vast komt te staan, terwijl de rechtshulp moet worden geweigerd wanneer in het begin van de procedure bedrog of

⁸ In de Franse tekst van artikel 2, § 1, van zowel het koninklijk besluit van 16 maart 2006 als van het ontworpen besluit wordt gewag gemaakt van “dans l'exercice de ses fonctions”, wat eveneens lijkt te verwijzen naar een functioneel verband.

⁹ Voetnoot 2 uit advies 38.785/3: Zie in verband met algemene uitsluitingen uit schadevergoedingsregelingen om misbruiken te voorkomen, Arbitragehof, nr. 26/95, 21 maart 1995; Arbitragehof, nr. 80/98, 7 juli 1998; Arbitragehof, nr. 147/2001, 20 november 2001 en Arbitragehof, nr. 86/2003, 11 juni 2003.

¹⁰ Adv.RvS 38.785/3 van 22 november 2005 over een ontwerp dat geleid heeft tot het koninklijk besluit van 16 maart 2006, opmerking 9.

¹¹ In dezelfde zin adv.RvS 38.785/3 over de bepalingen die geleid hebben tot de artikelen 4, eerste lid, 2°, en 5, § 2, van het koninklijk besluit van 16 maart 2006.

zware fout (zij het kennelijk) wordt geacht voorhanden te zijn. Voor deze verschillende behandeling moet een pertinente verantwoording kunnen worden gegeven.

Artikelen 4 en 10

14. Luidens de artikelen 4, derde lid, en 10, vierde lid, van het ontwerp kan de Koning op voordracht van de minister van Justitie (lees: de minister bevoegd voor Justitie) afwijken van de bepalingen van respectievelijk artikel 4 en artikel 10 van het te nemen besluit.¹² Deze bepalingen, die volgens de gemachtigde betrekking hebben op een reglementaire bevoegdheid, zijn overbodig nu de Koning in een later koninklijk besluit steeds kan afwijken van een ander koninklijk besluit of een ander koninklijk besluit kan aanvullen of wijzigen. De gemachtigde is het ermee eens dat beide bepalingen dienen te vervallen.

Artikel 6

15. In artikel 6, § 1, eerste lid, van het ontwerp dient te worden gerefereerd aan “artikel 2, § 1, *eerste lid*, 1°” in plaats van aan “artikel 2, § 1, 1°”.

16. In artikel 6, § 1, vierde lid, 2°, van het ontwerp dient vóór de woorden “de graad of de klasse” het woord “desgevallend” te worden toegevoegd nu die vermelding voor magistraten niet relevant is.

Eenzelfde opmerking geldt ten aanzien van artikel 12, § 1, tweede lid, 2°, van het ontwerp.

Artikel 8

17. In de Nederlandse tekst van artikel 8 van het ontwerp dient te worden geschreven “het geding” in plaats van “de geding”.¹³

Artikel 10

18. Gevraagd waarom in artikel 10, eerste lid, van het ontwerp de woorden “door de in artikel 1 bedoelde persoon” niet worden gekoppeld aan het begaan van een opzettelijke fout, antwoordde de gemachtigde dat zulks niet de bedoeling is en die woorden eveneens slaan op de opzettelijke fout.

¹² Vraag is overigens of wel een mogelijkheid tot afwijking van het gehele artikel 4, eerste en tweede lid, van het ontwerp wordt beoogd, dan wel of die mogelijkheid een beperktere draagwijdte heeft. Het is in ieder geval weinig waarschijnlijk dat een mogelijkheid tot afwijking zou worden beoogd van de regel dat de rechtshulp of de vergoeding voor zaakschade wordt geweigerd wanneer duidelijk blijkt dat het betrokken personeelslid bedrog heeft gepleegd.

¹³ Bovendien is er een discordantie met de Franse tekst, waar gewag wordt gemaakt van “la cause”, maar die discordantie komt ook al voor in artikel 8 van het koninklijk besluit van 16 maart 2006.

De genoemde bepaling dient in die zin te worden aangepast.¹⁴

Artikel 13

19. In de Nederlandse tekst van artikel 13 van het ontwerp schrijve men, zoals in artikel 13 van het koninklijk besluit van 16 maart 2006, “schadeverwekkend feit” in plaats van “schadelijke feit”.

Hoofdstuk V

20. Het opschrift van hoofdstuk V (lees: 5) van het ontwerp luidt beter “Slotbepalingen” nu het erin opgenomen artikel 16 de uitvoeringsbepaling bevat.

*

¹⁴ Hetzelfde geldt overigens ten aanzien van de tekst van artikel 10, eerste lid, van het koninklijk besluit van 16 maart 2006, waar dezelfde onnauwkeurigheid voorkomt.

1. 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 de l'acte, le fondement juridique et l'accomplissement des formalités prescrites.

*

PORTÉE ET FONDEMENT JURIDIQUE DU PROJET

2. Le projet d'arrêté soumis pour avis a pour objet d'instaurer, pour les magistrats de l'ordre judiciaire, les référendaires près la Cour de cassation¹ et le personnel judiciaire, un règlement en matière d'assistance en justice et d'indemnisation des dommages aux biens.

Le chapitre 1^{er} du projet règle son champ d'application personnel.

Le chapitre II (lire : 2) du projet contient le règlement relatif à l'assistance en justice. Il détermine les cas où l'assistance en justice peut être accordée et définit en quoi celle-ci peut consister, quand elle peut ou doit être refusée et quand le remboursement des indemnités octroyées dans le cadre de l'assistance en justice accordée peut être réclamé ou quand des frais exposés en cas de refus non fondé de l'assistance en justice sont remboursés. Enfin, il règle la procédure d'octroi.

Le chapitre III (lire : 3) du projet contient le règlement relatif à l'indemnisation des dommages aux biens. Il détermine les cas susceptibles de donner lieu à une indemnisation, définit les circonstances dans lesquelles cette indemnisation est exclue et les situations dans lesquelles le remboursement de l'indemnisation peut être exigé.

Le chapitre IV (lire : 4) du projet porte sur les conséquences d'une mise à la retraite, d'une démission, d'une incapacité de travail et d'une perte du contrat de travail sur le règlement en matière d'indemnisation à instaurer.

Le chapitre V (lire : 5) du projet contient une disposition relative à l'entrée en vigueur de l'arrêté envisagé, ainsi que l'exécutoire.

3. L'arrêté en projet trouve son fondement juridique dans les articles 353*bis*, alinéa 2, 354, alinéa 5, et 363, alinéa 4, du Code judiciaire.

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

4. Plusieurs dispositions du projet confèrent au pouvoir exécutif une compétence d'appréciation concernant l'octroi ou non d'indemnités, ou subordonnent l'admission à l'indemnisation au respect de notions qui ne sont pas clairement définies d'un point de vue juridique. Eu égard à l'indépendance des juges dans l'exercice de leurs compétences juridictionnelles et à celle du ministère public dans l'exercice des recherches et poursuites

¹ Voir l'observation 9.

individuelles, qui sont garanties par la Constitution (article 151, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, de la Constitution), il conviendra de tenir compte de ces principes dans l'exercice concret des compétences octroyées au pouvoir exécutif à l'égard des magistrats. Au surplus, les auteurs du projet devront vérifier si, outre les voies de recours de droit commun qui peuvent être mises en œuvre ultérieurement ², il n'y a pas lieu, compte tenu de ces principes, de prévoir des garanties procédurales particulières lors du traitement de demandes d'indemnisation concernant cette catégorie.

5. Conformément au fondement juridique invoqué, le projet reste limité aux magistrats de l'ordre judiciaire, aux référendaires près la Cour de cassation ³ et au personnel judiciaire. La question se pose de savoir s'il ne faut pas prévoir un régime similaire pour les magistrats, les greffiers et le personnel de la Cour constitutionnelle, du Conseil d'État et du Conseil du Contentieux des étrangers ou encore pour le personnel d'autres corps spéciaux. Interrogé à ce sujet, le délégué a répondu ce qui suit :

« Het ontworpen koninklijk besluit geeft uitvoering aan de artikelen 353bis, tweede lid, 354, lid 5 en 363, lid 4 van het gerechtelijk wetboek. De bevoegdheid van de minister van justitie is beperkt tot de regeling van rechtshulp voor de magistratuur en het gerechtspersoneel.

Voor diverse andere bijzondere korpsen werden door de bevoegde ministers analoge regelingen inzake rechtshulp en schadeloosstelling van zaakschade genomen (oa. artikel 52 en 53 van de wet van 5 augustus 1992 op het politieambt, en het koninklijk besluit van 9 maart 2014 betreffende de burgerlijke aansprakelijkheid van en de rechtshulp en zaakschadevergoeding voor personeelsleden van de politiediensten; Artikelen 91-97 van de wet van 20 mei 1994 inzake de rechtstoestanden van het personeel van Defensie).

De uitwerking van een gelijkaardige regeling voor magistraten en personeel van de Raad van State, het Grondwettelijk Hof en de Raad voor vreemdelingenbetwistingen, behoort bijgevolg toe aan de minister bevoegd voor deze bijzondere korpsen ».

Certes, les personnes appartenant aux corps spéciaux susvisés relèvent de la compétence d'autres ministres, mais il n'en demeure pas moins que l'absence de règles en matière d'assistance en justice et d'indemnisation des dommages aux biens fait naître pour ces personnes une inégalité de traitement que rien ne semble justifier. Il appartient au gouvernement de prendre les initiatives nécessaires pour combler cette lacune.

6. On peut se demander s'il ne faut pas ajouter des dispositions transitoires dans le projet, et ce par analogie avec l'article 17 de l'arrêté royal du 16 mars 2006 'relatif à l'assistance en justice des membres du personnel de certains services publics et à l'indemnisation des dommages aux biens, encourus par eux', qui contient un règlement similaire pour les membres du personnel d'un certain nombre de services ou d'organismes fédéraux.

² Contrairement à ce que le délégué soutient, les décisions visées par l'arrêté envisagé sont bel et bien susceptibles de faire l'objet d'un recours, à savoir d'une action devant les cours et tribunaux lorsque la décision concerne un droit subjectif, et d'un recours en annulation devant le Conseil d'État, section du contentieux administratif, lorsqu'il s'agit de décisions pour lesquelles un pouvoir d'appréciation a été exercé.

³ Voir à cet égard l'observation 9.

7. En comparant le projet et l'arrêté royal du 16 mars 2006, on relève, principalement, mais pas seulement, dans le texte néerlandais, un certain nombre de différences terminologiques entre les deux textes. À moins que ces différences se justifient par la situation spécifique des magistrats, des référendaires près la Cour de cassation ou du personnel judiciaire, ou lorsqu'il s'agit de corriger des erreurs⁴, il est recommandé, dans un souci de sécurité juridique et de clarté, d'utiliser la même terminologie dans les deux textes⁵. Le présent avis donne quelques exemples de ces différences, mais cela ne dispense pas les auteurs du projet de réexaminer le texte soumis sur ce plan.

EXAMEN DU TEXTE

Préambule

8. Il est recommandé, dans le septième alinéa du préambule, de mentionner le numéro (58.111/3) de l'avis du Conseil d'État, section de législation.

Article 1^{er}

9. Dès lors que, dans le Code judiciaire (mais, certes, pas dans son article 353bis, alinéa 2, qui procure le fondement juridique), les référendaires près la Cour de cassation sont généralement considérés comme une catégorie distincte des référendaires près les cours et tribunaux⁶, et que, contrairement à cette dernière catégorie, ils n'appartiennent pas au personnel judiciaire⁷, mieux vaudrait l'indiquer expressément dans l'article 1^{er} du projet (et dans son intitulé).

Article 2

10. Le texte néerlandais de l'article 2, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 1^o, du projet fait état de « *nalatigheden* », tandis que le texte néerlandais de l'article 2, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 1^o, de l'arrêté royal du 16 mars 2006 fait mention de « *verzuim* ». Dans un souci d'uniformité terminologique, il conviendrait d'utiliser le même terme dans les deux cas.

L'article 2, § 2, 2^o, du projet appelle la même observation.

11. Le texte néerlandais de différentes parties de l'article 2 du projet dispose que l'assistance en justice est accordée à la personne visée à l'article 1^{er} en ce qui concerne des

⁴ Auquel cas, il est souhaitable d'adapter l'arrêté royal du 16 mars 2006.

⁵ Pour certaines catégories, le fondement juridique concerné requiert même que le règlement soit élaboré « conformément aux dispositions en vigueur pour les agents de l'État ».

⁶ Voir les articles 135bis, 259duodecies à quaterdecies et 353bis, alinéa 1^{er}, du Code judiciaire.

⁷ Les dispositions relatives aux référendaires près la Cour de cassation ne sont pas intégrées dans le chapitre VI du livre I^{er}, titre VI, de la deuxième partie du Code judiciaire (« Du personnel judiciaire »), qui règle, lui, le statut des référendaires et des juristes de parquet près les cours d'appel, les cours du travail et les tribunaux (entre autres), mais dans d'autres parties du Code judiciaire.

événements qui se déroulent « tijdens de uitoefening van zijn functies ». Les mots « tijdens de uitoefening van zijn functies » semblent plutôt renvoyer à un lien temporel (« pendant l'exercice de ses fonctions »). Le texte néerlandais de l'article 2, § 1^{er}, de l'arrêté royal du 16 mars 2006, par contre, fait mention de « *bij* de uitoefening van zijn functies », ce qui semble plutôt indiquer un lien fonctionnel (« qui se rapporte à l'exercice de la fonction »)⁸. En tout état de cause, il n'est pas recommandé d'utiliser dans le projet d'arrêté à l'examen une autre terminologie que celle adoptée dans l'arrêté royal du 16 mars 2006, dont on peut admettre que l'intention est la même (voir l'observation 7).

12. S'agissant de l'exclusion de l'assistance en justice en ce qui concerne des dommages moraux, l'avis 38.785/3 a formulé l'observation suivante :

« L'article 2, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2°, exclut de l'assistance en justice la victime d'un dommage moral. Le délégué justifie cette exclusion par le fait que le risque d'abus est trop important. La question se pose toutefois de savoir si cette justification peut légitimer l'exclusion générale des victimes de dommages moraux⁹ »¹⁰.

L'article 2, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2°, du projet appelle la même observation.

Articles 4 et 5

13. La question se pose de savoir s'il n'existe pas une discordance entre l'article 4, alinéa 1^{er}, 2°, et l'article 5, § 2, du projet. La première disposition prévoit que l'assistance en justice *est* refusée dans les cas manifestes de dol ou de faute lourde (de sorte qu'il s'agit d'une compétence liée), tandis qu'en vertu de la seconde disposition, le remboursement des honoraires et des frais indemnisés *peut* uniquement être exigé (de sorte qu'il s'agit d'un pouvoir discrétionnaire) s'il ressort d'une décision judiciaire définitive que l'intéressé a commis un dol ou une faute lourde¹¹.

On n'aperçoit pas pourquoi le remboursement de l'assistance en justice n'est que facultatif si le dol ou la faute lourde est avéré sur le plan juridique après une décision judiciaire, alors que l'assistance en justice doit être refusée si, au début de la procédure, un dol ou une faute lourde (manifeste ou non) est réputé exister. Une justification pertinente à cette différence de traitement doit pouvoir être fournie.

⁸ Le texte français de l'article 2, § 1^{er}, tant de l'arrêté royal du 16 mars 2006 que de l'arrêté en projet fait mention de « dans l'exercice de ses fonctions », ce qui semble également renvoyer à un lien fonctionnel.

⁹ Note 2 de l'avis 38.785/3 : Voir, en ce qui concerne les exclusions générales de régimes d'indemnisation afin de prévenir les abus, Cour d'arbitrage, n° 26/95, 21 mars 1995; Cour d'arbitrage, n° 80/98, 7 juillet 1998; Cour d'arbitrage, n° 147/2001, 20 novembre 2001 et Cour d'arbitrage, n° 86/2003, 11 juin 2003.

¹⁰ Avis C.E. 38.785/3 du 22 novembre 2005 sur un projet qui est devenu l'arrêté royal du 16 mars 2006, observation 9.

¹¹ Dans le même sens, voir l'avis C.E. 38.785/3 concernant les dispositions qui sont devenues les articles 4, alinéa 1^{er}, 2°, et 5, § 2, de l'arrêté royal du 16 mars 2006.

Articles 4 et 10

14. Selon les articles 4, alinéa 3, et 10, alinéa 4, du projet, le Roi, sur la proposition du ministre de la Justice (lire : le ministre qui a la Justice dans ses attributions), peut déroger aux dispositions des articles 4 et 10, respectivement, de l'arrêté envisagé¹². Ces dispositions, qui, selon le délégué, concernent un pouvoir réglementaire, sont inutiles dès lors que le Roi, dans un arrêté royal ultérieur, peut toujours déroger à un autre arrêté royal, le compléter ou le modifier. De l'accord du délégué, il faut omettre les deux dispositions.

Article 6

15. L'article 6, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, du projet doit viser « l'article 2, § 1^{er}, *alinéa 1^{er}*, 1^o » au lieu de « l'article 2, § 1^{er}, 1^o ».

16. À l'article 6, § 1^{er}, alinéa 4, 2^o, du projet, on ajoutera les mots « le cas échéant » devant les mots « le grade ou la classe », cette mention n'étant pas pertinente pour les magistrats.

L'article 12, § 1^{er}, alinéa 2, 2^o, du projet appelle la même observation.

Article 8

17. Dans le texte néerlandais de l'article 8 du projet, on écrira « het geding » au lieu de « de geding »¹³.

Article 10

18. À la question de savoir pourquoi, à l'article 10, alinéa 1^{er}, du projet, les mots « à la personne visée à l'article 1^{er} » ne sont pas associés à une faute intentionnelle, le délégué a répondu que telle n'est pas l'intention et que ces mots se rapportent également à la faute intentionnelle.

Il convient d'adapter la disposition précitée en ce sens¹⁴.

¹² La question se pose du reste de savoir si l'on vise bien une possibilité de déroger à l'ensemble de l'article 4, alinéas 1^{er} et 2, du projet, ou si cette possibilité a une portée plus limitée. Dans tous les cas, il est peu probable que l'on vise une possibilité de déroger à la règle selon laquelle l'assistance en justice ou l'indemnisation de dommages aux biens est refusée lorsqu'il ressort clairement que le membre du personnel concerné a commis un dol.

¹³ En outre, il y a une discordance avec le texte français, qui mentionne « la cause », mais cette discordance est déjà présente dans l'article 8 de l'arrêté royal du 16 mars 2006.

¹⁴ La même observation s'applique du reste au texte de l'article 10, alinéa 1^{er}, de l'arrêté royal du 16 mars 2006, qui présente la même imprécision.

Article 13

19. Dans le texte néerlandais de l'article 13 du projet, on écrira, comme dans l'article 13 de l'arrêté royal du 16 mars 2006, « schadeverwekkend feit » au lieu de « schadelijke feit ».

Chapitre V

20. Le chapitre V (lire : 5) du projet s'intitulera de préférence « Dispositions finales » dès lors que l'article 16, qui y figure, contient l'exécutoire.

DE GRIFFIER - LE GREFFIER

DE VOORZITTER - LE PRÉSIDENT

Annemie GOOSSENS

Jo BAERT