



RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

advies 64.352/1
van 7 november 2018

avis 64.352/1
du 7 novembre 2018

over

sur

een ontwerp van koninklijk
besluit 'tot uitvoering van
artikel 495, derde lid, van het
Gerechtelijk Wetboek'

un projet d'arrêté royal 'portant
exécution de l'article 495,
alinéa 3, du Code judiciaire'

Op 2 oktober 2018 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Minister van Justitie verzocht binnen een termijn van dertig dagen, verlengd tot 14 november 2018, een advies te verstrekken over een ontwerp van koninklijk besluit ‘tot uitvoering van artikel 495 lid 3 van het Gerechtelijk Wetboek’.

Het ontwerp is door de eerste kamer onderzocht op 30 oktober 2018. De kamer was samengesteld uit Marnix VAN DAMME, kamervoorzitter, Wilfried VAN VAERENBERGH en Chantal BAMPS, staatsraden, Johan PUT, assessor, en Leen VERSCHRAEGHEN, toegevoegd griffier.

Het verslag is uitgebracht door Kristine BAMS, eerste auditeur-afdelingshoofd.

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

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 7 november 2018.

*

Le 2 octobre 2018, 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 14 novembre 2018, sur un projet d'arrêté royal ‘portant exécution de l'article 495 alinéa 3 du Code judiciaire’.

Le projet a été examiné par la première chambre le 30 octobre 2018. La chambre était composée de Marnix VAN DAMME, président de chambre, Wilfried VAN VAERENBERGH et Chantal BAMPS, conseillers d'État, Johan PUT, assesseur, et Leen VERSCHRAEGHEN, greffier assumé.

Le rapport a été présenté par Kristine BAMS, premier auditeur chef de section.

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

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 7 novembre 2018.

*

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. Artikel 495, derde lid, van het Gerechtelijk Wetboek bepaalt dat de Orde van de Vlaamse balies en de Ordre des barreaux francophones et germanophone, de permanentiedienst organiseren bedoeld in de artikelen 2*bis*, § 2 en 24*bis*/1, van de wet van 20 juli 1990 ‘betreffende de voorlopige hechtenis’ op een wijze die het mogelijk maakt om op een zo snel mogelijke manier een advocaat te contacteren, gebruik makend van de moderne communicatiemiddelen, waarbij de verschillende contacten van de gebruikers worden bijgehouden. Er wordt in een jaarlijkse toelage ten laste van het algemeen budget van de uitgaven van sectie 12 voorzien voor de exploitatiekosten die nodig zijn voor de uitvoering van deze opdracht. De Koning bepaalt de verdere uitvoeringsregels hiervan.

Het om advies voorgelegde ontwerp van besluit strekt ertoe uitvoering te geven aan voornoemde bepaling. Titel 1 geeft een omschrijving van de permanentiedienst ‘Salduz’ en regelt de organisatie en ondersteuning ervan (artikelen 1 tot 3 van het ontwerp). Titels 2 en 3 betreffen respectievelijk de voorwaarden voor de toekenning van de jaarlijkse toelage (artikelen 4 tot 7) en het beheer van de toelage (artikelen 8 tot 11), waarna titel 4 de betalingsmodaliteiten vastlegt (artikel 12). Titel 5 groepeert de controlemechanismen (artikelen 13 tot 18) en titel 6 sluit af met de overgangs- en slotbepalingen (artikelen 19 tot 21).

3. De ontworpen regeling vindt rechtsgrond in artikel 495, derde lid, van het Gerechtelijk Wetboek, waarvan melding wordt gemaakt in het eerste lid van de aanhef van het ontwerp.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

ALGEMENE OPMERKING

4. In artikel 495, derde lid, van het Gerechtelijk Wetboek, artikel 4 van het ontwerp en het opschrift van de titels 2 en 3 van het ontwerp komt de term “toelage” voor, terwijl in de artikelen 8, 9, 11, 12, 16 en 17 van het ontwerp de term “subsidie” wordt gebruikt.

In artikel 6, § 4, van het ontwerp, wordt de term “de Minister van Justitie” gehanteerd, terwijl elders in het ontwerp de term “de minister”¹ wordt gebruikt.

¹ Zie bij wijze van voorbeeld de artikelen 4, 7, 9 en 12 van het ontwerp.

Er dient te worden opgemerkt dat ter wille van de rechtszekerheid en de duidelijkheid van de regelgeving uniformiteit in de terminologie moet worden nagestreefd. Het ontwerp dient op dit punt te worden nagezien.

BIJZONDERE OPMERKINGEN

Artikel 1

5. De in artikel 1 van het ontwerp genoemde wet van 13 augustus 2011 bevat enkel wijzigingsbepalingen, benevens een machtigingsbepaling aan de Koning om de inwerkingtreding ervan te regelen. Deze bepalingen houden evenwel op uitwerking te hebben op het ogenblik dat de wijzigingen in de te wijzigen teksten werden aangebracht. Het verdient derhalve geen aanbeveling om te verwijzen naar de betrokken wet. Er wordt beter verwezen naar de bepalingen die door de zogenaamde Salduz-wet van 13 augustus 2011 werden gewijzigd.

Artikel 2

6. Er dient te worden opgemerkt dat deze Salduz-permanentie ook optreedt wanneer er minderjarigen betrokken zijn.

Gevraagd of het optreden van een gespecialiseerde advocaat voor minderjarigen, gezien de eis van specialisatie voor advocaten optredend voor minderjarigen, in het kader van de Salduz-permanentie als een subsidievoorwaarde geldt, antwoordde de gemachtigde:

“Dans l’application web Salduz, si le suspect est un mineur , le système recherche un avocat labellisé mineur (avocat reconnu par les barreaux : L’accès est réservé aux avocats après une formation spécifique).

Le système recherche l’avocat labellisé mineur dans la zone de police. Si le système ne trouve pas d’avocat labellisé disponible, il élargit sa recherche aux zones voisines. S’il ne trouve aucun avocat labellisé disponible, un avocat sans label sera désigné. Les bâtonniers ont choisi cette solution pragmatique : ‘mieux vaut un avocat sans label que pas d’avocat du tout’.

Le projet d’arrêté royal prend en charge cette application web, sans distinguer mineur/majeur.

L’avocat labellisé mineur ou non sera rémunéré dans le cadre de l’aide juridique, sous conditions de revenus du client. Il ne le sera pas par ce projet d’arrêté royal.”

Uit dit antwoord van de gemachtigde volgt dat er een systeem bestaat om “gekwalficeerde advocaten voor minderjarigen” op te roepen. Alleen blijkt dit uit geen reglementaire tekst. Het verdient aanbeveling het ontwerp aan te vullen met bepalingen die in deze garantie voorzien.

Artikel 3

7. Artikel 3 van het ontwerp verwijst naar een “processchema” voor de oprichting en ondersteuning van de “permanentiedienst Salduz”.

Door de gemachtigde werd met betrekking tot dit processchema volgende toelichting gegeven:

“il s’agit du schéma de procédure qui a été créé par l’OVB pour mettre en place les permanences Salduz (qui existent depuis 2012). Il n’a pas été publié. Vous le trouverez en annexe”.

Het verdient aanbeveling om, ter wille van de rechtszekerheid, in het ontwerp een omschrijving op te nemen van het begrip “processchema”.

Artikelen 5 en 11

8. De artikelen 5 en 11 van het ontwerp hanteren het begrip “administratie”. Door de gemachtigde werd verduidelijkt dat dienaangaande “de FOD Justitie” wordt bedoeld.

Ter wille van de rechtszekerheid verdient het aanbeveling om in het ontwerp een omschrijving van het begrip “administratie” op te nemen, tenzij het begrip “administratie” in beide artikelen van het ontwerp zou worden vervangen door het begrip “FOD Justitie”.

Artikelen 6 en 7

9. In de artikelen 6 en 7 van het ontwerp wordt melding gemaakt van investeringsuitgaven. Artikel 495, tweede lid, van het Gerechtelijk Wetboek bepaalt dat een jaarlijkse toelage wordt verleend voor de exploitatiekosten. Gevraagd of er rechtsgrond voorhanden is voor het verlenen van een toelage voor investeringsuitgaven, antwoordde de gemachtigde:

“Le projet définit les coûts d’exploitation prévus à l’art 495 du Code judiciaire. Les frais d’exploitation sont donc énumérés à l’article 6 dudit projet qui regroupe les frais récurrents de fonctionnement, les frais de personnel, les nouvelles initiatives. La base légale reste toujours l’article 495 du Code judiciaire, même pour les dépenses d’investissement.”

Het is lang niet zeker dat artikel 495 van het Gerechtelijk Wetboek een voldoende wettelijke grondslag vormt voor de in de artikelen 6 en 7 van het ontwerp bedoelde investeringskosten nu op basis van de bepaling van artikel 495, tweede lid, van het Gerechtelijk Wetboek, enkel een jaarlijkse toelage ten laste van het algemeen budget van de uitgaven van sectie 12 wordt voorzien voor de exploitatiekosten die nodig zijn voor de organisatie van de permanentiedienst bedoeld in de artikelen 2bis, § 2, en 24bis/1 van de wet van 20 juli 1990.

Dienvolgens verdient het aanbeveling om de bepaling van artikel 495, tweede lid, van het Gerechtelijk Wetboek, aan een nader onderzoek te onderwerpen en, zo nodig, aan te passen zodat de betrokken bepalingen van het ontwerp erin op een meer rechtszekere wijze rechtsgrond kunnen vinden.

Artikel 9

10. Artikel 9, tweede lid, van het ontwerp bepaalt dat de regelgeving inzake overheidsopdrachten van toepassing is.

Om nadere toelichting dienaangaande gevraagd, antwoordde de gemachtigde:

“pour faire fonctionner ces permanences, les Ordres auront besoin de faire appel à des prestataires de service (informaticiens, call-center, etc...). A cette occasion, la législation des marchés publics nous semble être applicable.”

10.1. Er dient te worden opgemerkt dat door het van toepassing maken van de wetgeving inzake overheidsopdrachten een na te leven voorwaarde wordt toegevoegd ter verkrijging van de subsidie, die bij het niet-respecteren ervan kan worden gesanctioneerd.

10.2.1. Bovendien moet worden benadrukt dat bepalingen die enkel een hogere rechtsnorm in herinnering brengen door die over te nemen of te parafraseren, in beginsel niet thuis horen in een uitvoeringsregeling, onder meer omdat daardoor onduidelijkheid dreigt te ontstaan omtrent de juridische aard van de overgenomen bepalingen en erdoor verkeerdelijk de indruk kan worden gewekt dat de overgenomen regels kunnen worden gewijzigd door de overheid die de regels overneemt. Enkel wanneer het voor een goed begrip van de ontworpen regeling onontbeerlijk is dat bepalingen uit een hogere rechtsnorm worden overgenomen, kan een dergelijke werkwijze worden gebillijkt, en dan enkel op voorwaarde dat de oorsprong van de betrokken regels wordt vermeld en dat de overname correct en letterlijk gebeurt om geen onduidelijkheid te doen ontstaan omtrent de juiste draagwijdte ervan. Voornoemde bepaling moet bijgevolg worden weggelaten of worden aangepast zoals hiervoor vermeld.

10.2.2. Een gelijkaardige opmerking dient te worden gemaakt ten aanzien van de bepalingen van de artikelen 16 (onderbreking van de betaling van de toelage), 17 (die één van de mogelijkheden voorzien in artikel 124 van de wet van 22 mei 2003 ‘houdende organisatie van de begroting en van de comptabiliteit van de federale Staat’ parafraseert) en 18 (waarbij de niet-verantwoorde onverschuldigde bedragen die na controle van de uitgaven worden vastgesteld, worden teruggevorderd)² van het ontwerp. Deze bepalingen parafraseren of nemen op een onvolledige wijze de regels over van Hoofdstuk III, “De controle op de toekenning en de aanwending van subsidies”, (omvattende de artikelen 121 tot 124) van de wet van 22 mei 2003.

² Artikel 18 van het ontwerp is niet in overeenstemming met artikel 123 van de wet van 22 mei 2003. Dat laatste artikel bevat meer hypothesen waarin terugbetaling dient te gebeuren dan er in het ontwerp worden bepaald.

Wanneer het voor een goed begrip van de ontworpen regeling onontbeerlijk wordt geacht om de voornoemde bepalingen van de wet van 22 mei 2003 over te nemen, verdient het aanbeveling om de oorsprong van de betrokken regels te vermelden (“Overeenkomstig artikel ... van de wet van ...”) en erop toe te zien dat de overname correct en letterlijk gebeurt.³

Artikel 17

11. Onder voorbehoud van de opmerking onder randnummer 10.2.2, dient in artikel 17 van het ontwerp te worden toegezien op de overeenstemming tussen de Nederlandse en de Franse tekst, nu in de Nederlandse tekst van “de begunstigde” wordt melding gemaakt en in de Franse tekst van “les autorités”.

*

³ Eventueel kan in de aanhef een lid worden toegevoegd waarin wordt verwezen naar de artikelen 121 tot 124 van de wet van 22 mei 2003.

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. L'article 495, alinéa 3, du Code judiciaire dispose que l'Ordre des Barreaux francophones et germanophone et l'Orde van Vlaamse Balies organisent la permanence visée aux articles 2bis, § 2, et 24bis/1 de la loi du 20 juillet 1990 'relative à la détention préventive' selon des modalités permettant de contacter un avocat de la façon la plus rapide possible, en faisant usage des moyens de communication modernes, les différents contacts pris par les utilisateurs étant conservés. Une allocation annuelle à charge de la section 12 du budget général des dépenses est prévue pour les coûts d'exploitation nécessaires à l'exécution de cette mission. Le Roi en détermine les autres modalités d'exécution.

Le projet d'arrêté soumis pour avis a pour objet de pourvoir à l'exécution de la disposition précitée. Le titre 1^{er} définit la permanence 'Salduz' et règle son organisation et son soutien (articles 1^{er} à 3 du projet). Les titres 2 et 3 concernent respectivement les conditions d'octroi de l'allocation annuelle (articles 4 à 7) et la gestion de l'allocation (articles 8 à 11), après quoi le titre 4 fixe les modalités de paiement (article 12). Le titre 5 rassemble les mécanismes de contrôle (articles 13 à 18) et, pour terminer, le titre 6 énonce les dispositions transitoires et finales (articles 19 à 21).

3. La réglementation en projet trouve un fondement juridique dans l'article 495, alinéa 3, du Code judiciaire, dont fait mention le premier alinéa du préambule du projet.

EXAMEN DU TEXTE

OBSERVATION GÉNÉRALE

4. L'article 495, alinéa 3, du Code judiciaire, l'article 4 du projet et l'intitulé des titres 2 et 3 du projet font état du terme « allocation », alors que les articles 8, 9, 11, 12, 16 et 17 du projet utilisent le terme « subvention ».

L'article 6, § 4, du projet emploie le terme « Ministre de la Justice », alors que d'autres dispositions du projet utilisent le terme « Ministre »¹.

¹ Voir par exemple les articles 4, 7, 9 et 12 du projet.

On relèvera que, dans un souci de sécurité juridique et de clarté de la réglementation, il faut tendre vers une uniformité de la terminologie. Le projet devra être réexaminé sur ce point.

OBSERVATIONS PARTICULIÈRES

Article 1^{er}

5. La loi du 13 août 2011, mentionnée à l'article 1^{er} du projet, comporte uniquement des dispositions modificatives, outre une délégation au Roi pour en régler l'entrée en vigueur. Ces dispositions cessent toutefois de produire leurs effets au moment où les modifications ont été apportées dans les textes à modifier. Il n'est dès lors pas recommandé de viser la loi concernée. Mieux vaudrait faire référence aux dispositions modifiées par la loi du 13 août 2011, appelée loi Salduz.

Article 2

6. Il est à noter que cette permanence Salduz intervient également lorsque des mineurs sont impliqués.

À la question de savoir si, vu l'exigence de spécialisation imposée aux avocats agissant pour des mineurs, l'intervention d'un avocat spécialisé pour mineurs dans le cadre de la permanence Salduz est une condition en vue d'obtenir une subvention, le délégué a répondu ce qui suit :

« Dans l'application web Salduz, si le suspect est un mineur , le système recherche un avocat labellisé mineur (avocat reconnu par les barreaux : L'accès est réservé aux avocats après une formation spécifique).

Le système recherche l'avocat labellisé mineur dans la zone de police. Si le système ne trouve pas d'avocat labellisé disponible, il élargit sa recherche aux zones voisines. S'il ne trouve aucun avocat labellisé disponible, un avocat sans label sera désigné. Les bâtonniers ont choisi cette solution pragmatique : 'mieux vaut un avocat sans label que pas d'avocat du tout'.

Le projet d'arrêté royal prend en charge cette application web, sans distinguer mineur/majeur.

L'avocat labellisé mineur ou non sera rémunéré dans le cadre de l'aide juridique, sous conditions de revenus du client. Il ne le sera pas par ce projet d'arrêté royal ».

Il ressort de la réponse du délégué, qu'il existe un système pour appeler des « avocats labellisés mineurs ». Le problème est qu'aucun texte réglementaire n'en fait état. Il est recommandé de compléter le projet par des dispositions prévoyant cette garantie.

Article 3

7. L'article 3 du projet fait référence à un « schéma de procédure » pour la création et le soutien de la « permanence Salduz ».

Concernant ce schéma de procédure, le délégué a donné l'explication suivante :

« il s'agit du schéma de procédure qui a été créé par l'OVb pour mettre en place les permanences Salduz (qui existent depuis 2012). Il n'a pas été publié. Vous le trouverez en annexe ».

Par souci de sécurité juridique, il est recommandé de définir la notion « schéma de procédure » dans le projet.

Articles 5 et 11

8. Les articles 5 et 11 du projet utilisent la notion « administration ». Le délégué a précisé que c'est « le SPF Justice » qui est visé à cet égard.

Par souci de sécurité juridique, il est recommandé d'insérer une définition de la notion « administration » dans le projet, à moins de remplacer celle-ci par la notion « SPF Justice » dans les deux articles du projet.

Articles 6 et 7

Les articles 6 et 7 du projet font mention de dépenses d'investissement. L'article 495, alinéa 2, du Code judiciaire prévoit qu'une allocation annuelle est accordée pour les coûts d'exploitation. À la question de savoir si un fondement juridique existe pour octroyer une allocation pour les dépenses d'investissement, le délégué a répondu ce qui suit :

« Le projet définit les coûts d'exploitation prévus à l'art 495 du Code judiciaire. Les frais d'exploitation sont donc énumérés à l'article 6 dudit projet qui regroupe les frais récurrents de fonctionnement, les frais de personnel, les nouvelles initiatives. La base légale reste toujours l'article 495 du Code judiciaire, même pour les dépenses d'investissement ».

Il n'est pas du tout certain que l'article 495 du Code judiciaire procure un fondement légal suffisant aux coûts d'investissement visés aux articles 6 et 7 du projet, dès lors que sur la base de l'article 495, alinéa 2, du Code judiciaire, seule une allocation annuelle à charge de la section 12 du budget général des dépenses est prévue pour les coûts d'exploitation nécessaires à l'organisation de la permanence visée aux articles 2bis, § 2, et 24bis/1 de la loi du 20 juillet 1990.

En conséquence, il est recommandé de soumettre l'article 495, alinéa 2, du Code judiciaire à un examen plus approfondi et de l'adapter si nécessaire, de sorte que les dispositions concernées du projet puissent y trouver un fondement juridique plus sûr au regard de la sécurité juridique.

Article 9

10. L'article 9, alinéa 2, du projet dispose que la réglementation en matière de marchés publics s'applique.

Invité à fournir des précisions à cet égard, le délégué a répondu en ces termes :

« pour faire fonctionner ces permanences, les Ordres auront besoin de faire appel à des prestataires de service (informaticiens, call-center, etc...). À cette occasion, la législation des marchés publics nous semble être applicable ».

10.1. Il est à noter que le fait de rendre applicable la législation relative aux marchés publics ajoute une condition à respecter en vue d'obtenir la subvention et dont le non-respect est susceptible d'être sanctionné.

En outre, on relèvera que des dispositions qui ne font que rappeler une norme supérieure, en la reproduisant ou en la paraphasant, n'ont en principe pas leur place dans des règles d'exécution, notamment parce que la nature juridique des dispositions reproduites pourrait en devenir incertaine et que cela donne erronément à penser que l'autorité qui reproduit les règles peut les modifier. Une telle méthode ne peut se justifier que si la bonne compréhension du régime en projet exige que des dispositions d'une norme supérieure soient reproduites, et seulement à condition que l'origine des règles concernées soit précisée et que la reproduction soit correcte et littérale afin de ne pas créer de confusion quant à leur portée exacte. La disposition précitée sera par conséquent omise ou adaptée comme il est indiqué ci-dessus.

10.2.2. Une observation analogue doit être formulée à l'égard des dispositions des articles 16 (interruption du versement de l'allocation), 17 (qui paraphrase une des possibilités prévues à l'article 124 de la loi du 22 mai 2003 'portant organisation du budget et de la comptabilité de l'État fédéral') et 18 (permettant la récupération des sommes indues non justifiées, identifiées par le contrôle des dépenses²) du projet. Ces dispositions paraphrasent ou reproduisent de manière incomplète les règles du chapitre III, « Le contrôle de l'octroi et de l'emploi des subventions », (comprenant les articles 121 à 124) de la loi du 22 mai 2003.

² L'article 18 du projet n'est pas conforme à l'article 123 de la loi du 22 mai 2003. Ce dernier article comporte davantage d'hypothèses de remboursement obligatoire que ce que prévoit le projet.

Si l'on considère que la bonne compréhension de la réglementation en projet exige de reproduire les dispositions précitées de la loi du 22 mai 2003, il est recommandé d'indiquer l'origine des règles concernées (Conformément à l'article ... de la loi du ... ») et de veiller à ce que la reproduction soit correcte et littérale³.

Article 17

11. Sous réserve de l'observation formulée au point 10.2.2, il convient de veiller à la concordance des textes français et néerlandais de l'article 17 du projet, dès lors que le texte français mentionne « les autorités » et le texte néerlandais « de begunstigde ».

DE GRIFFIER - LE GREFFIER

DE VOORZITTER - LE PRÉSIDENT

Leen VERSCHRAEGHEN

Marnix VAN DAMME

³ Le préambule peut éventuellement être complété par un alinéa visant les articles 121 à 124 de la loi du 22 mai 2003.