



CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

avis 64.483/4
du 14 novembre 2018

advies 64.483/4
van 14 november 2018

sur

over

un projet d'arrêté royal 'portant
modification de l'arrêté royal
du 22 décembre 2003 portant
exécution du Titre XIII,
Chapitre 6 « Tutelle des
mineurs étrangers non
accompagnés » de la
loi-programme du
24 décembre 2002'

een ontwerp van koninklijk
besluit 'tot wijziging van het
koninklijk besluit van
22 december 2003 tot
uitvoering van Titel XIII,
Hoofdstuk 6 "Voogdij over
niet-begeleide minderjarige
vreemdelingen" van de
Programmawet van
24 december 2002'

Le 18 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, sur un projet d'arrêté royal 'portant modification de l'arrêté royal du 22 décembre 2003 portant exécution du Titre XIII, Chapitre 6 « Tutelle des mineurs étrangers non accompagnés » de la loi-programme du 24 décembre 2002'.

Le projet a été examiné par la quatrième chambre le 14 novembre 2018. La chambre était composée de Pierre VANDERNOOT, président de chambre, Luc DETROUX et Bernard BLERO, conseillers d'État, Christian BEHRENDT et Marianne DONY, assesseurs, et Bernadette VIGNERON, greffier.

Le rapport a été présenté par Benoît JADOT, premier auditeur chef de section.

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

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 14 novembre 2018.

*

Op 18 oktober 2018 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Minister van Justitie verzocht binnen een termijn van dertig dagen een advies te verstrekken over een ontwerp van koninklijk besluit 'tot wijziging van het koninklijk besluit van 22 december 2003 tot uitvoering van Titel XIII, Hoofdstuk 6 "Voogdij over niet-begeleide minderjarige vreemdelingen" van de Programmawet van 24 december 2002'.

Het ontwerp is door de vierde kamer onderzocht op 14 november 2018. De kamer was samengesteld uit Pierre VANDERNOOT, kamervoorzitter, Luc DETROUX en Bernard BLERO, staatsraden, Christian BEHRENDT en Marianne DONY, assessoren, en Bernadette VIGNERON, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Benoît JADOT, eerste auditeur-afdelingshoofd.

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

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 14 november 2018.

*

IRRECEVABILITÉ PARTIELLE DE LA DEMANDE D'AVIS

Le texte par lequel l'article 1^{er} du projet d'arrêté tend à remplacer l'article 6, § 2, de l'arrêté royal du 22 décembre 2003 'portant exécution du titre XIII, chapitre 6 « Tutelle des mineurs étrangers non accompagnés », de la loi-programme du 24 décembre 2002' a pour objet de fixer le montant de l'indemnité forfaitaire que le service des Tutelles est tenu de payer au tuteur d'un mineur étranger non accompagné lorsque ce tuteur exerce sa mission dans le cadre d'une relation de travail avec le service des Tutelles. Il trouve son fondement légal dans l'article 3, § 3, alinéa 1^{er}, du titre XIII, chapitre 6, de la loi-programme du 24 décembre 2002 en tant que cette disposition charge le Roi de fixer, par arrêté délibéré en Conseil des ministres, la nature juridique de la relation de travail entre le tuteur et le service des Tutelles.

La disposition par laquelle l'article 2 du projet d'arrêté tend à remplacer l'article 6, § 2bis, de l'arrêté royal du 22 décembre 2003 a, quant à elle, pour objet de fixer le montant de l'indemnité forfaitaire due à la personne qui est désignée en qualité de tuteur provisoire d'un mineur étranger non accompagné. Elle trouve son fondement légal dans l'article 6, § 3, alinéa 2, du titre XIII, chapitre 6, de la loi-programme du 24 décembre 2002, qui charge le Roi de fixer, par un arrêté délibéré en Conseil des ministres, le montant des indemnités allouées au tuteur provisoire.

En conséquence, les articles 1^{er} et 2 du projet d'arrêté doivent être délibérés en Conseil des ministres. Il en va de même des articles 4 et 5, en tant que ces dispositions s'inscrivent également dans le cadre de l'exécution des articles 3, § 3, alinéa 1^{er}, et 6, § 3, alinéa 2, du titre XIII, chapitre 6, de la loi-programme du 24 décembre 2002 ¹.

En l'espèce, comme l'a confirmé la fonctionnaire déléguée, les dispositions précitées n'ont pas fait l'objet d'une délibération en Conseil des ministres.

Or, il est rappelé que la délibération collégiale qui est ainsi prescrite ne peut être assimilée à une « formalité » au sens de l'article 84, § 3, alinéa 2, des lois coordonnées sur le Conseil d'État ². Cette délibération est en effet destinée à permettre à l'ensemble des ministres d'échanger leur point de vue et de participer directement à la confection du projet d'arrêté en acquiesçant par voie de consensus à son contenu. Ce n'est qu'une fois ce consensus acquis qu'un projet d'arrêté royal peut être considéré comme en état d'être soumis à l'avis de la section de législation du Conseil d'État.

¹ Par contre, l'article 3 du projet d'arrêté, qui tend à remplacer l'article 7bis de l'arrêté royal du 22 décembre 2003, ne doit pas être délibéré en Conseil des ministres. Il trouve en effet son fondement légal dans une disposition – en l'occurrence l'article 3, § 3, alinéa 5, du titre XIII, chapitre 6, de la loi-programme du 24 décembre 2002 – qui, en chargeant le Roi de fixer le montant des indemnités allouées dans le cadre de l'exécution des protocoles d'accord que le service des Tutelles peut conclure avec les organismes publics et avec les associations qui sont actives sur le terrain et qui sont prêtes à faire partie d'une association ayant pour principal objet l'organisation de la tutelle de mineurs étrangers non accompagnés, ne prescrit pas que les règles à prendre par le Roi à cette fin fassent l'objet d'une délibération en Conseil des ministres.

² Selon cette disposition, lorsque, comme tel est le cas en l'espèce, l'avis est demandé dans un délai visé à l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, « il est donné nonobstant l'inaccomplissement éventuel des formalités prescrites ».

Il ne revient donc pas au ministre de solliciter cet avis avant que les dispositions précitées du projet d'arrêté aient été délibérées en Conseil des ministres et, le cas échéant, adaptées à la suite de cette délibération.

Il s'ensuit qu'en ce qui concerne ces dispositions, la demande d'avis du Conseil d'État est prématurée.

EXAMEN DES DISPOSITIONS DU PROJET D'ARRÊTÉ POUR LESQUELLES LA DEMANDE D'AVIS EST RECEVABLE

L'avis de la section de législation du Conseil d'État est réclamé dans un délai de trente jours.

Il résulte de l'article 84, § 3, alinéa 1^{er}, des lois coordonnées sur le Conseil d'État qu'en pareille hypothèse, la section de législation peut limiter son examen au fondement juridique du projet, à la compétence de l'auteur de l'acte ainsi qu'à l'accomplissement des formalités préalables.

Sur ces points, il y a lieu de faire les observations suivantes.

PRÉAMBULE

1. Dans l'alinéa 1^{er}, il convient de viser la disposition qui, dans le titre XIII, chapitre 6, de la loi-programme du 24 décembre 2002, procure un fondement légal aux dispositions pour lesquelles la demande d'avis est recevable, à savoir l'article 3, § 3, alinéa 5.
2. L'alinéa 2 doit être complété par la mention de la date de l'arrêté royal 'portant exécution du Titre XIII, Chapitre 6 « Tutelle des mineurs étrangers non accompagnés » de la loi-programme du 24 décembre 2002', à savoir le 22 décembre 2003.
3. À l'alinéa 5, il y a lieu de faire état du 2^o de l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973 et non du 1^o de cette disposition.
4. Le préambule doit être complété par un alinéa faisant mention du ministre proposant.

DISPOSITIF

Article 3

1. Pour se conformer à la terminologie utilisée par l'article 3, § 3, alinéa 5, du titre XIII, chapitre 6, de la loi-programme du 24 décembre 2002, il convient de remplacer le mot « subvention » par le mot « indemnité ».

2. L'article 7bis en projet s'applique dans les cas où un tuteur est désigné dans le cadre de l'article 13, § 3, de l'arrêté royal du 22 décembre 2003, c'est-à-dire dans les cas où une personne exerce la mission de tuteur en qualité de membre du personnel d'un organisme public ou d'une association qui a conclu avec le service des Tutelles un protocole d'accord relatif à l'agrément des membres de son personnel comme candidats tuteurs en vue de prendre en charge des mineurs étrangers non accompagnés.

Dans ces cas, il n'y a pas de relation de travail entre le tuteur et le service des Tutelles : le tuteur exerce sa mission dans le cadre d'une relation hiérarchique ou de subordination à l'organisme public ou à l'association qui l'emploie.

Aussi, en pareils cas, les indemnités visées aux articles 6 et 7 de l'arrêté royal du 22 décembre 2003, qui sont dues dans des hypothèses où il y a une relation de travail entre le tuteur et le service des Tutelles, ne peuvent trouver à s'appliquer.

En prévoyant que, « [l]orsque le tuteur est désigné dans le cadre de l'article 13, § 3, l'indemnité visée à l'article 6 et 7 *peut être* remplacée par une subvention payée directement à l'association ou à l'organisme public qui occupe le tuteur désigné » (italiques ajoutés), l'article 7bis, § 1^{er}, en projet paraît cependant considérer que la personne qui exerce la mission de tuteur en qualité de membre du personnel d'un organisme public ou d'une association qui a conclu un protocole d'accord avec le service des Tutelles peut réclamer les indemnités visées aux articles 6 et 7 de l'arrêté royal du 22 décembre 2003, sauf si l'organisme public ou l'association concernée demande le paiement de la « subvention » – plus précisément, comme indiqué dans l'observation n° 1, de l'indemnité – prévue par l'article à l'examen.

Une telle solution méconnaît la distinction, qui résulte de l'article 3, § 3, du titre XIII, chapitre 6, de la loi-programme du 24 décembre 2002, entre les cas où il y a une relation de travail entre le tuteur et le service des Tutelles et ceux où une personne exerce la mission de tuteur en qualité de membre du personnel d'un organisme public ou d'une association qui a conclu un protocole d'accord avec le service des Tutelles.

L'article à l'examen sera revu pour tenir compte de cette observation.

3. Dans l'article 7bis, § 3, alinéa 3, en projet, pour se conformer à la terminologie applicable en la matière, l'expression « lettre recommandée » sera remplacée par l'expression « envoi recommandé ».

Article 5

Selon l'article à l'examen, l'arrêté en projet est appelé à produire rétroactivement ses effets le 1^{er} janvier 2018.

Or, la non-rétroactivité des actes administratifs est de règle, en vertu d'un principe général de droit. En l'absence d'autorisation législative, la rétroactivité ne peut être admise qu'à titre exceptionnel, par exemple lorsqu'elle est nécessaire à la continuité du service public ou à la régularisation d'une situation de fait ou de droit, pour autant qu'elle respecte les exigences de la sécurité juridique et les droits individuels.

La disposition à l'examen sera réexaminée et, le cas échéant, revue pour tenir compte de cette observation.

Si la rétroactivité est dûment justifiée, les mots « entre en vigueur » seront remplacés par les mots « produit ses effets ».

*

GEDEELTELIJKE NIET-ONTVANKELIJKHEID VAN DE ADVIESAANVRAAG

De tekst waarbij artikel 1 van het ontwerpbesluit artikel 6, § 2, van het koninklijk besluit van 22 december 2003 ‘tot uitvoering van Titel XIII, Hoofdstuk 6 ‘Voogdij over niet begeleide minderjarige vreemdelingen’ van de programmawet van 24 december 2002’ vervangt, strekt ertoe het bedrag van de forfaitaire vergoeding te bepalen die door de dienst Voogdij betaald moet worden aan de voogd van een niet-begeleide minderjarige vreemdeling wanneer die voogd zijn opdracht vervult in het kader van een arbeidsverbintenis met de dienst Voogdij. De rechtsgrond daarvoor wordt ontleend aan artikel 3, § 3, eerste lid, van titel XIII, hoofdstuk 6, van de programmawet van 24 december 2002, in zoverre die bepaling de Koning machtigt om bij een besluit vastgesteld na overleg in de Ministerraad de juridische aard van de arbeidsverbintenis tussen de voogd en de dienst Voogdij te bepalen.

De bepaling waarbij artikel 2 van het ontwerpbesluit artikel 6, § 2bis, van het koninklijk besluit van 22 december 2003 vervangt, strekt er dan weer toe het bedrag te bepalen van de forfaitaire vergoeding die betaald moet worden aan de persoon die aangewezen wordt als voorlopige voogd van een niet-begeleide minderjarige vreemdeling. De bepaling ontleent haar rechtsgrond aan artikel 6, § 3, tweede lid, van titel XIII, hoofdstuk 6, van de programmawet van 24 december 2002, dat de Koning machtigt om bij een besluit vastgesteld na overleg in de Ministerraad het bedrag van de vergoedingen toegekend aan de voorlopige voogd te bepalen.

Bijgevolg moet over de artikelen 1 en 2 van het ontwerpbesluit in de Ministerraad overleg gepleegd worden. Hetzelfde geldt voor de artikelen 4 en 5, in zoverre die bepalingen eveneens passen in het kader van de tenuitvoerlegging van de artikelen 3, § 3, eerste lid, en 6, § 3, tweede lid, van titel XIII, hoofdstuk 6, van de programmawet van 24 december 2002.¹

In casu heeft de gemachtigde ambtenaar bevestigd dat over de voornoemde bepalingen geen overleg gepleegd is in de Ministerraad.

Er wordt evenwel aan herinnerd dat het aldus voorgeschreven collegiale overleg niet gelijkgesteld mag worden met een “vormvereiste” als bedoeld in artikel 84, § 3, tweede lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State.² Dat overleg is immers bedoeld om alle ministers de gelegenheid te bieden van gedachten te wisselen over het ontwerpbesluit en rechtstreeks mee te werken aan het opstellen ervan door via consensus in te stemmen met de inhoud ervan. Pas wanneer die consensus bereikt is, kan een ontwerp van koninklijk besluit beschouwd worden als zijnde in zoverre gereed dat het om advies kan worden voorgelegd aan de

¹ Daarentegen hoeft over artikel 3 van het ontwerpbesluit, dat ertoe strekt artikel 7bis van het koninklijk besluit van 22 december 2003 te vervangen, niet beraadslaagd te worden in de Ministerraad. Het ontleent immers zijn rechtsgrond aan een bepaling – *in casu* artikel 3, § 3, vijfde lid, van titel XIII, hoofdstuk 6, van de programmawet van 24 december 2002 – die de Koning machtigt om het bedrag te bepalen van de vergoedingen die toegekend worden in het kader van de tenuitvoerlegging van de protocolakkoorden die de dienst Voogdij kan sluiten met openbare instellingen en met verenigingen die actief zijn op het terrein en die bereid zijn om deel uit te maken van een vereniging die hoofdzakelijk de organisatie van de voogdij over niet-begeleide minderjarigen tot doel heeft. Aldus wordt echter niet voorgeschreven dat over de regels die de Koning daartoe moet uitvaardigen beraadslaagd moet worden in de Ministerraad.

² Uit die bepaling volgt dat wanneer, zoals *in casu* het geval is, het advies gevraagd wordt binnen een termijn bepaald in artikel 84, § 1, eerste lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, dat advies wordt “gegeven zelfs indien de voorgeschreven vormvereisten niet zijn vervuld”.

afdeling Wetgeving van de Raad van State.

De minister hoort dat advies dus niet te vragen voordat over de voornoemde bepalingen van het ontwerpbesluit in de Ministerraad overlegd is en deze, in voorkomend geval, aangepast werden als gevolg van dat overleg.

Daaruit volgt dat het advies van de Raad van State, wat die bepalingen betreft, voorbarig is.

ONDERZOEK VAN DE BEPALINGEN VAN HET ONTWERPBESLUIT WAARVOOR DE ADVIESAANVRAAG ONTVANKELIJK IS

De afdeling wetgeving van de Raad van State wordt verzocht binnen een termijn van dertig dagen advies te verstrekken.

Uit artikel 84, § 3, eerste lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State volgt dat de afdeling Wetgeving haar onderzoek in een dergelijk geval mag beperken tot de rechtsgrond van het ontwerp, de bevoegdheid van de steller van de handeling en de te vervullen voorafgaande vormvereisten.

Die punten geven aanleiding tot de volgende opmerkingen.

AANHEF

1. In het eerste lid moet verwezen worden naar de bepaling van titel XIII, hoofdstuk 6, van de programmawet van 24 december 2002 die een rechtsgrond oplevert voor de bepalingen waarvoor de adviesaanvraag ontvankelijk is, namelijk artikel 3, § 3, vijfde lid.
2. Het tweede lid moet worden aangevuld met de vermelding van de datum van het koninklijk besluit 'tot uitvoering van Titel XIII, Hoofdstuk 6 'Voogdij over niet-begeleide minderjarige vreemdelingen' van de programmawet van 24 december 2002', namelijk 22 december 2003.
3. In het vijfde lid dient te worden verwezen naar onderdeel 2° van artikel 84, § 1, eerste lid, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, in plaats van naar onderdeel 1° van die bepaling.
4. De aanhef moet worden aangevuld met een lid waarin melding wordt gemaakt van de voordragende minister.

DISPOSITIEF

Artikel 3

1. Met het oog op de overeenstemming met de terminologie gebezigd in artikel 3, § 3, vijfde lid, van titel XIII, hoofdstuk 6, van de programmawet van 24 september 2002, moet het woord “toelage” vervangen worden door het woord “vergoeding”.

2. Het ontworpen artikel 7bis is van toepassing in de gevallen waarin een voogd aangewezen wordt in het kader van artikel 13, § 3, van het koninklijk besluit van 22 december 2003, dus in de gevallen waarin een persoon de opdracht van voogd vervult in zijn hoedanigheid van personeelslid van een openbare instelling of van een vereniging die met de dienst Voogdij een protocolakkoord gesloten heeft betreffende de erkenning van haar personeelsleden als kandidaat-voogd opdat ze niet-begeleide minderjarige vreemdelingen onder hun hoede nemen.

In die gevallen is er geen arbeidsverbintenis tussen de voogd en de dienst Voogdij: de voogd oefent zijn opdracht uit in het kader van een hiërarchische relatie of van een verhouding van ondergeschiktheid ten opzichte van de openbare instelling of de vereniging die hem tewerkstelt.

Derhalve mogen in dergelijke gevallen de vergoedingen bedoeld in de artikelen 6 en 7 van het koninklijk besluit van 22 december 2003, die betaald moeten worden wanneer er sprake is een arbeidsverbintenis tussen de voogd en de dienst Voogdij, niet worden toegepast.

De bepaling in het ontworpen artikel 7bis, § 1, dat “[w]anneer de voogd in het kader van artikel 13, § 3, aangewezen is, (...) de vergoeding bedoeld in artikel 6 en 7 *[kan]* worden vervangen door een toelage rechtstreeks uitbetaald aan de vereniging of aan de openbare instelling die de aangewezen voogd in dienst heeft” (eigen cursivering) lijkt evenwel te veronderstellen dat de persoon die de opdracht van voogd uitoefent in zijn hoedanigheid van personeelslid van een openbare instelling of van een vereniging die een protocolakkoord gesloten heeft met de dienst Voogdij, aanspraak kan maken op de vergoedingen waarvan sprake in de artikelen 6 en 7 van het koninklijk besluit van 22 december 2003, behalve indien de betrokken openbare instelling of vereniging de uitbetaling vraagt van de “toelage” – of preciezer, zoals gesteld in opmerking 1, van de vergoeding – waarin voorzien wordt door het voorliggende artikel.

Zulk een oplossing houdt geen rekening met het onderscheid dat voortvloeit uit artikel 3, § 3, van titel XIII, hoofdstuk 6, van de programmawet van 24 december 2002, tussen de gevallen waarin er sprake is van een arbeidsverbintenis tussen de voogd en de dienst Voogdij en de gevallen waarin een persoon de opdracht van voogd uitoefent in zijn hoedanigheid van personeelslid van een openbare instelling of van een vereniging die een protocolakkoord gesloten heeft met de dienst Voogdij.

Het voorliggende artikel moet herzien worden teneinde rekening te houden met die opmerking.

3. In het ontworpen artikel 7bis, § 3, derde lid, moet de uitdrukking “bij aangetekende brief” worden vervangen door de uitdrukking “bij aangetekende zending” ter wille van de overeenstemming met de ter zake gebruikelijke terminologie.

Artikel 5

Luidens het voorliggende artikel moet het ontworpen besluit met terugwerkende kracht uitwerking hebben op 1 januari 2018.

Krachtens een algemeen rechtsbeginsel hebben bestuurshandelingen in de regel evenwel geen terugwerkende kracht. Terugwerkende kracht is, indien ze niet door de wet wordt toegestaan, alleen aanvaardbaar bij wijze van uitzondering, bijvoorbeeld wanneer ze nodig is voor de continuïteit van de openbare dienst of voor de regularisering van een rechtstoestand of een feitelijke toestand en voor zover de vereisten inzake rechtszekerheid vervuld zijn en de individuele rechten geëerbiedigd worden.

De voorliggende bepaling dient opnieuw bekeken te worden en, in voorkomend geval, herzien te worden opdat met deze opmerking rekening wordt gehouden.

Indien de terugwerking terdege gerechtvaardigd is, moeten de woorden “treedt in werking op” vervangen worden door de woorden “heeft uitwerking met ingang van”.

LE GREFFIER – DE GRIFFIER

LE PRÉSIDENT – DE VOORZITTER

Bernadette VIGNERON

Pierre VANDERNOOT