



CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

avis 66.983/2
du 24 février 2020

advies 66.983/2
van 24 februari 2020

sur

over

un projet d'arrêté royal
'modifiant l'arrêté royal du
22 décembre 1919 relatif aux
avocats du Ministère des
Finances'

een ontwerp van koninklijk
besluit 'tot wijziging van het
koninklijk besluit van
22 december 1919 betreffende
de advocaten van het
Ministerie van Financiën'

Le 31 janvier 2020, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par le Vice-Premier Ministre et Ministre des Finances, chargé de la Lutte contre la fraude fiscale, et Ministre de la Coopération au développement à communiquer un avis, dans un délai de trente jours, sur un projet d'arrêté royal 'modifiant l'arrêté royal du 22 décembre 1919 relatif aux avocats du Ministère des Finances'.

Le projet a été examiné par la deuxième chambre le 24 février 2020. La chambre était composée de Jacques JAUMOTTE, président du Conseil d'État, Patrick RONVAUX et Christine HOREVOETS, conseillers d'État, Sébastien VAN DROOGHENBROECK, assesseur, et Béatrice DRAPIER, greffier.

Le rapport a été présenté par Anne-Stéphanie RENSON, auditeur adjoint.

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

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 24 février 2020.

*

Op 31 januari 2020 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Vice-eersteminister en Minister van Financiën, belast met Bestrijding van de fiscale fraude en Minister van Ontwikkelingssamenwerking 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 1919 betreffende de advocaten van het Ministerie van Financiën'.

Het ontwerp is door de tweede kamer onderzocht op 24 februari 2020. De kamer was samengesteld uit Jacques JAUMOTTE, voorzitter van de Raad van State, Patrick RONVAUX en Christine HOREVOETS, staatsraden, Sébastien VAN DROOGHENBROECK, assessor, en Béatrice DRAPIER, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Anne-Stéphanie RENSON, adjunct-auditeur.

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

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 24 februari 2020.

*

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 'sur le Conseil d'État', coordonnées le 12 janvier 1973, 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.

1. Le projet d'arrêté examiné a pour objet de modifier l'arrêté royal du 22 décembre 1919, modifié en dernier lieu par l'arrêté royal du 4 août 1988, qui règle la procédure de désignation et de rémunération des avocats du ministère des Finances.

2. Force est toutefois de constater que, depuis cette dernière modification, des évolutions importantes sont intervenues dans l'ordonnancement juridique en ce qui concerne l'application de la réglementation des marchés publics aux services juridiques.

L'article 28, § 1^{er}, 4°, de la loi du 17 juin 2016 'relative aux marchés publics' exclut désormais les services juridiques prestés par un avocat, en sa qualité de conseil dans un contentieux ou un précontentieux, du champ d'application de la commande publique¹. Cette disposition précise :

« Art. 28. § 1^{er}. Ne sont pas soumis à l'application de la présente loi, sous réserve du paragraphe 2, les marchés publics de services ayant pour objet :

[...]

4° l'un des services juridiques suivants :

a) la représentation légale d'un client par un avocat au sens de l'article 1^{er} de la directive 77/249/CEE du Conseil du 22 mars 1977 tendant à faciliter l'exercice effectif de la libre prestation de services par les avocats, et ce dans le cadre :

i d'un arbitrage ou d'une conciliation se déroulant dans un État membre, un pays tiers ou devant une instance internationale d'arbitrage ou de conciliation, ou

ii d'une procédure devant les juridictions ou les autorités publiques d'un État membre ou d'un pays tiers ou devant les juridictions ou institutions internationales ;

¹ Les travaux préparatoires de la loi précisent que cette exclusion est liée « au caractère *intuitu personae* des services concernés, qui sont caractérisés par un certain lien de confiance entre le pouvoir adjudicateur et l'avocat. Il arrive également qu'il y ait des cas urgents, voire même très urgents, ce qui n'est évidemment pas conciliable avec l'application de toute une série de règles. Néanmoins, une délégation au Roi est prévue au deuxième paragraphe Lui permettant d'élaborer des règles de passation spécifiques pour les services exclus concernés, dans les cas qu'Il définit » (*Doc. parl.*, Chambre, 2015-2016, n° 54-1541/001, pp. 54 et 55).

b) le conseil juridique fourni en vue de la préparation de toute procédure visée au point a), ou lorsqu'il existe des signes tangibles et de fortes probabilités selon lesquels la question sur laquelle porte le conseil fera l'objet d'une telle procédure, pour autant que le conseil émane d'un avocat au sens de l'article 1^{er} de la directive 77/249/CEE précité ; [...] »².

Néanmoins, le paragraphe 2 de l'article 28 de la loi prévoit que

« [l]e Roi peut fixer les règles de passation auxquelles sont soumis les marchés visés au paragraphe 1^{er}, 4^o [,] a et b, dans les cas qu'Il détermine ».

Ces règles de passation ont été fixées à l'article 125 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 'relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques', qui dispose comme suit :

« Les marchés pour la désignation d'un avocat dans le cadre de la représentation légale ou en vue de la préparation d'une procédure judiciaire, visés à l'article 28, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 4^o, a) et b), de la loi, sont soumis aux principes du titre 1 de la loi, à l'exception des articles 12 et 14 de la loi. Ces marchés publics sont passés après consultation si possible des conditions de plusieurs avocats mais sans obligation de demander l'introduction d'offres.

La preuve de cette consultation doit pouvoir être fournie par le pouvoir adjudicateur.

Les marchés visés à l'alinéa 1^{er} ne peuvent être conclus par facture acceptée, sauf lorsque leur montant estimé est inférieur au montant visé à l'article 92, alinéa 1^{er}, de la loi »³.

Quand bien même ils sont exclus de la loi du 17 juin 2016, les marchés publics pour la désignation d'avocats dans le cadre de la représentation légale ou en vue de la préparation d'une procédure judiciaire doivent donc respecter ces règles minimales de passation fixées par le Roi.

Par ailleurs, la Cour constitutionnelle a rappelé, dans son arrêt n° 162/2019 du 7 novembre 2019, que

« même lors de l'attribution de marchés non soumis à la loi du 17 juin 2016, l'autorité publique est tenue de respecter les principes de bonne administration ainsi que, le cas échéant, les règles fondamentales du droit primaire européen en général et le principe de non-discrimination en raison de la nationalité en particulier, ce principe impliquant, notamment, une obligation de transparence qui permet au pouvoir adjudicateur de s'assurer que ledit principe est respecté (CJCE, 7 décembre 2000, C-324/98, *Telaustria Verlags GmbH* ; 27 octobre 2005, C-234/03, *Contse*, point 49) »⁴.

² Cette exclusion a été confirmée par la Cour de Justice de l'Union européenne dans son arrêt n° C-264/18 du 6 juin 2019 (ECLI:EU:C:2019:472).

³ Il en va de même pour les marchés publics dans les secteurs spéciaux, conformément à l'article 122 de l'arrêté royal du 18 juin 2017 'relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs spéciaux'.

⁴ Considérant B.9.

En conclusion, cela signifie qu'en l'état actuel du droit, tant l'article 125 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 que les principes généraux relatifs à la passation des marchés publics⁵, impliquant notamment une mise en concurrence minimale entre avocats, doivent être respectés dans le cadre de tels services d'avocats.

Ces dispositions sont applicables aux marchés conclus entre l'administration et ses avocats.

Par conséquent, ainsi que l'a déjà fait remarquer la section de législation⁶, la question se pose de savoir s'il est toujours nécessaire de prévoir à ce jour en la matière une réglementation spécifique telle que celle fixée par l'arrêté royal du 22 décembre 1919, réglementation qui ne pourra en tout état de cause être appliquée que dans le respect des règles rappelées ci-avant.

3.1. L'article 2 de l'arrêté royal en projet prévoit que la mission des avocats du Service public fédéral Finances prend fin « le premier jour du mois qui suit celui au cours duquel ils auront atteint l'âge légal de la pension ». Cette disposition a donc pour effet de créer une différence de traitement fondée sur l'âge entre les avocats qui sont désignés par le ministre des finances et qui portent le titre d'avocat du département des Finances puisqu'il est mis fin à leur mission dès qu'ils ont atteint l'âge légal de la pension.

Cette règle nouvelle s'inscrit dans un contexte juridique où, en l'absence de disposition dans ce sens, les avocats ne sont pas contraints de cesser d'exercer leurs activités lorsqu'ils atteignent l'âge légal de la pension fixé par l'article 3 de l'arrêté royal du 30 janvier 1997 'relatif au régime de pension des travailleurs indépendants en application des articles 15 et 27 de la loi du 26 juillet 1996 portant modernisation de la sécurité sociale et assurant la viabilité des régimes légaux de pensions et de l'article 3, § 1^{er}, 4^o, de la loi du 26 juillet 1996 visant à réaliser les conditions budgétaires de la participation de la Belgique à l'Union économique et monétaire européenne'.

3.2. La question se pose de savoir si une telle différence de traitement fondée sur l'âge peut se justifier au regard du principe constitutionnel d'égalité et de non-discrimination⁷ ainsi que des règles de droit dérivé de l'Union européenne, et de leurs règles nationales de transposition⁸, qui interdisent spécifiquement les discriminations fondées sur l'âge.

⁵ Il s'agit des principes généraux suivants énumérés au titre I de la loi du 17 juin 2016 : égalité, transparence et proportionnalité (art. 4) ; limitation artificielle de la concurrence (art. 5) ; conflits d'intérêts (art. 6) ; respect du droit environnemental, social et du travail (art. 7) ; notion d'opérateur économique (art. 8) ; principe forfaitaire (art. 9) ; révision des prix (art. 10) ; bouleversement de l'équilibre contractuel (art. 11) ; confidentialité des informations (art. 13) ; marchés réservés (art. 15) ; estimation du montant du marché (art. 16).

⁶ Voir l'avis n° 30.965/4 donné le 24 janvier 2001 sur un projet d'arrêté royal 'régulant la désignation des avocats du Ministère de la Défense nationale' (<http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/30965.pdf>).

⁷ Voir C.C., 5 octobre 2005, n° 152/2005, B.7.

⁸ Voir spécialement les articles 4, 5 et 12, § 1^{er}, de la loi du 10 mai 2007 'tendant à lutter contre certaines formes de discrimination'.

Aux termes de la directive n° 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 'portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail', toute discrimination fondée sur l'âge est interdite. Cette interdiction concerne tous les travailleurs⁹.

L'article 6, paragraphe 1, de cette même directive dispose que

« [n]onobstant l'article 2, paragraphe 2, les États membres peuvent prévoir que des différences de traitement fondées sur l'âge ne constituent pas une discrimination lorsqu'elles sont objectivement et raisonnablement justifiées, dans le cadre du droit national, par un objectif légitime, notamment par des objectifs légitimes de politique de l'emploi, du marché du travail et de la formation professionnelle, et que les moyens de réaliser cet objectif sont appropriés et nécessaires. Ces différences de traitement peuvent notamment comprendre : a) la mise en place de conditions spéciales d'accès à l'emploi et à la formation professionnelle, d'emploi et de travail, y compris les conditions de licenciement et de rémunération, pour les jeunes, les travailleurs âgés et ceux ayant des personnes à charge, en vue de favoriser leur insertion professionnelle ou d'assurer leur protection ; b) la fixation de conditions minimales d'âge, d'expérience professionnelle ou d'ancienneté dans l'emploi, pour l'accès à l'emploi ou à certains avantages liés à l'emploi ; c) la fixation d'un âge maximum pour le recrutement, fondée sur la formation requise pour le poste concerné ou la nécessité d'une période d'emploi raisonnable avant la retraite ».

Par son arrêt n° C-411/05, du 16 octobre 2007, *Félix Palacios de la Villa c. Cortefiel Servicios SA*, la Cour de justice de l'Union européenne a jugé qu'

« 51. [...]une réglementation nationale telle que celle en cause au principal, selon laquelle le fait pour le travailleur d'atteindre l'âge fixé par cette réglementation pour l'admission à la retraite emporte cessation de plein droit du contrat de travail, doit être considérée comme imposant, de manière directe, un traitement moins favorable aux travailleurs ayant atteint cet âge par rapport à l'ensemble des autres personnes en activité. Une telle réglementation instaure dès lors une différence de traitement directement fondée sur l'âge, telle que visée à l'article 2, paragraphes 1 et 2, sous a), de la directive 2000/78.

52. S'agissant précisément des différences de traitement fondées sur l'âge, il ressort toutefois de l'article 6, paragraphe 1, premier alinéa, de ladite directive que de telles inégalités ne constituent pas une discrimination interdite au titre de l'article 2 de la même directive 'lorsqu'elles sont objectivement et raisonnablement justifiées, dans le cadre du droit national, par un objectif légitime, notamment par des objectifs légitimes de politique de l'emploi, du marché du travail et de la formation professionnelle, et que les moyens de réaliser cet objectif sont appropriés et nécessaires'. Le second alinéa du même paragraphe énumère plusieurs exemples de différences de traitement revêtant des caractéristiques telles que celles mentionnées audit premier alinéa et, partant, compatibles avec les exigences du droit communautaire ».

⁹ Il est renvoyé à cet égard à l'observation générale de l'avis n° 51.155/2 donné le 18 avril 2012 sur l'avant-projet devenu la loi du 19 juillet 2012 'relative à la semaine de quatre jours et au travail à mi-temps à partir de 50 ou 55 ans dans le secteur public' (*Doc. parl.*, Chambre, 2011-2012, n° 2232/1, pp. 16 à 21).

3.3. Bien que les circonstances de l'affaire qui ont donné lieu à cet arrêt étaient différentes de celles de l'espèce dans la mesure où elles concernaient une réglementation relative à des travailleurs salariés, l'auteur du projet devra être en mesure de pouvoir justifier la différence de traitement qu'il entend introduire par l'article 2, au regard des principes qui se dégagent de la jurisprudence précitée.

4. L'arrêté en projet doit être réexaminé à la lumière des observations qui précèdent.

5. Compte tenu de ce qui précède, il n'y a pas lieu pour le Conseil d'État de poursuivre plus avant l'examen du projet.

*

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 het ontwerp onder die beperkte bevoegdheid valt, aangezien de afdeling Wetgeving geen kennis heeft van alle feitelijke gegevens die de regering in aanmerking kan nemen als zij moet beoordelen of het nodig is een verordening vast te stellen of te wijzigen.

Aangezien de adviesaanvraag ingediend is op basis van artikel 84, § 1, eerste lid, 2°, van de wetten ‘op de Raad van State’, gecoördineerd op 12 januari 1973, 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 die drie punten betreft, geeft het ontwerp aanleiding tot de volgende opmerkingen.

1. Het voorliggende ontwerpbesluit strekt tot wijziging van het koninklijk besluit van 22 december 1919, laatstelijk gewijzigd bij het koninklijk besluit van 4 augustus 1988, dat de procedure betreffende de aanwijzing en bezoldiging van de advocaten van het ministerie van Financiën regelt.

2. Er moet echter worden vastgesteld dat de rechtsorde sinds die laatste wijziging een aanzienlijke ontwikkeling heeft doorgemaakt wat betreft de toepassing van de regelgeving inzake overheidsopdrachten op de juridische diensten.

Volgens artikel 28, § 1, 4°, van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ vallen juridische diensten geleverd door een advocaat in zijn hoedanigheid van raadsman in een geschil of voorgeschil buiten de werkingssfeer van de overheidsopdracht.¹ Die bepaling stelt het volgende:

“Art. 28. § 1. Vallen niet onder de toepassing van deze wet, onder voorbehoud van paragraaf 2, de overheidsopdrachten voor diensten betreffende:

(...)

4° een van de volgende juridische diensten :

a) de vertegenwoordiging in rechte van een cliënt door een advocaat als bedoeld in artikel 1 van richtlijn 77/249/EEG van de Raad van 22 maart 1977 tot vergemakkelijking van de daadwerkelijke uitoefening door advocaten van het vrij verrichten van diensten, en dit in het kader van :

¹ In de parlementaire voorbereiding van de wet wordt nader gesteld dat die uitsluiting verband houdt met “het *“intuitu personae-karakter”* van de betrokken dienst, die onder meer wordt gekenmerkt door een zekere vertrouwensband tussen de aanbestedende overheid en de advocaat. Het valt ook voor dat er dringende of zelfs hoogdringende gevallen zijn, wat uiteraard niet verzoenbaar is met de toepassing van een hele reeks regels. Niettemin wordt de Koning in de tweede paragraaf gemachtigd om voor de betreffende uitgesloten diensten toch specifieke plaatsingsregels uit te werken, in de door Hem te bepalen gevallen” (*Parl.St.* Kamer 2015-16, nr. 54-1541/001, 54-55).

i een arbitrage- of bemiddelingsprocedure in een lidstaat, een derde land of voor een internationale arbitrage- of bemiddelings-instantie, of

ii een procedure voor een rechter of overheidsinstantie van een lidstaat of een derde land of voor een internationale rechter of instantie;

b) juridisch advies dat wordt gegeven ter voorbereiding van de procedures als bedoeld in de bepaling onder a), of indien er concrete aanwijzingen zijn en er een grote kans bestaat dat over de kwestie waarop het advies betrekking heeft, een dergelijke procedure zal worden gevoerd, mits het advies door een advocaat is gegeven in de zin van artikel 1 van voormelde richtlijn 77/249/EEG; (...).”²

Paragraaf 2 van artikel 28 van de wet bepaalt niettemin het volgende:

“De Koning kan specifieke plaatsingsregels bepalen waaraan de in de paragraaf 1, 4°, a en b, bedoelde opdrachten, in de gevallen die Hij bepaalt, onderworpen zijn.”

Die plaatsingsregels zijn vastgesteld in artikel 125 van het koninklijk besluit van 18 april 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren’, dat als volgt luidt:

“De in artikel 28, § 1, eerste lid, 4°, a) en b), van de wet bedoelde opdrachten tot aanstelling van een advocaat in het kader van een vertegenwoordiging in rechte of ter voorbereiding van een procedure in rechte, zijn onderworpen aan de beginselen van titel 1 van de wet, met uitzondering van de artikelen 12 en 14 van de wet. Deze overheidsopdrachten worden geplaatst na raadpleging, indien mogelijk, van de voorwaarden van meerdere advocaten maar zonder dat om de indiening van offertes moet worden verzocht.

Het bewijs van die raadpleging moet door de aanbestedende overheid geleverd kunnen worden.

De in het eerste lid bedoelde opdrachten mogen niet tot stand komen via een aanvaarde factuur, behalve indien hun geraamd bedrag lager ligt dan het in artikel 92, eerste lid, van de wet bedoelde bedrag.”³

Ook al vallen overheidsopdrachten voor de aanwijzing van advocaten in het kader van de vertegenwoordiging in rechte of ter voorbereiding van een gerechtelijke procedure dus niet onder de wet van 17 juni 2016, ze moeten wel beantwoorden aan die minimale plaatsingsregels die door de Koning zijn vastgesteld.

Het Grondwettelijk Hof heeft er in zijn arrest 162/2019 van 7 november 2019 overigens op gewezen dat

“zelfs bij de gunning van opdrachten die niet aan de wet van 17 juni 2016 zijn onderworpen, de overheid gehouden is tot de inachtneming van de beginselen van behoorlijk bestuur en, in voorkomend geval, de fundamentele regels van het Europees primair recht in het algemeen en het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit in het bijzonder, dat met name een verplichting tot transparantie inhoudt, zodat de

² In zijn arrest C-264/18 van 6 juni 2019 (ECLI:EU:C:2019:472) heeft het Hof van Justitie van de Europese Unie die uitsluiting bevestigd.

³ Hetzelfde geldt voor overheidsopdrachten in de speciale sectoren, overeenkomstig artikel 122 van het koninklijk besluit van 18 juni 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de speciale sectoren’.

aanbestedende dienst kan vaststellen of het wordt nageleefd (HvJ, 7 december 2000, C-324/98, *Telaustria Verlags GmbH*; 27 oktober 2005, C-234/03, *Contse*, punt 49)".⁴

Dat betekent, tot besluit, dat bij de huidige stand van het recht zowel artikel 125 van het koninklijk besluit van 18 april 2017 als de algemene principes inzake het plaatsen van overheidsopdrachten,⁵ die onder meer een minimum aan mededinging tussen advocaten impliceren, moeten worden gerespecteerd wanneer het gaat om dergelijke diensten geleverd door advocaten.

Die bepalingen zijn van toepassing op de overeenkomsten gesloten tussen de administratie en haar advocaten.

Zoals de afdeling Wetgeving reeds heeft opgemerkt,⁶ rijst bijgevolg de vraag of het momenteel nog altijd nodig is te voorzien in een specifieke regelgeving ter zake - zoals die welke bij het koninklijk besluit van 22 december 1919 is vastgesteld - die hoe dan ook alleen met naleving van de hierboven gememoreerde regels toepasbaar is.

3.1. In artikel 2 van het ontworpen koninklijk besluit wordt bepaald dat de opdracht van de advocaten van de Federale Overheidsdienst Financiën eindigt op "de eerste dag van de maand volgend op die waarin zij de wettelijke pensioenleeftijd hebben bereikt". Als gevolg van die bepaling worden de advocaten die door de minister van Financiën worden aangewezen en die de hoedanigheid van advocaat van het departement Financiën hebben, dus verschillend behandeld op basis van hun leeftijd, aangezien hun opdracht wordt beëindigd zodra ze de wettelijke pensioenleeftijd hebben bereikt.

Die nieuwe regel past in een juridische context waarin, bij gebrek aan een bepaling in die zin, advocaten niet verplicht zijn hun activiteiten te staken wanneer ze de wettelijke pensioenleeftijd bereiken die is vastgesteld bij artikel 3 van het koninklijk besluit van 30 januari 1997 'betreffende het pensioenstelsel der zelfstandigen met toepassing van de artikelen 15 en 27 van de wet van 26 juli 1996 tot modernisering van de sociale zekerheid en tot vrijwaring van de leefbaarheid van de wettelijke pensioenstelsels en van artikel 3, § 1, 4°, van de wet van 26 juli 1996 strekkende tot realisatie van de budgettaire voorwaarden tot deelname van België aan de Europese en Monetaire Unie'.

3.2. De vraag rijst of een dergelijk leeftijdsgebonden verschil in behandeling wel te rechtvaardigen valt ten aanzien van het grondwettelijke principe van gelijkheid en non-discriminatie,⁷ alsook ten aanzien van de regels van het afgeleid recht van de Europese Unie

⁴ Overweging B.9.

⁵ Het betreft de volgende algemene principes, opgesomd in titel I van de wet van 17 juni 2016: non-discriminatie, transparantie en proportionaliteit (art. 4); kunstmatige beperking van de mededinging (art. 5); belangenconflicten (art. 6); naleving van milieu-, sociaal en arbeidsrecht (art. 7); het begrip "ondernemer" (art. 8); het forfaitair beginsel (art. 9); prijsherziening (art. 10); ontwrichting van het contractueel evenwicht (art. 11); vertrouwelijkheid van de informatie (art. 13); voorbehouden opdrachten (art. 15); raming van de waarde van de opdracht (art. 16).

⁶ Zie advies 30.965/4 van 24 januari 2001 over een ontwerp van koninklijk besluit 'tot regeling van de aanstelling van de advocaten van het Ministerie van Landsverdediging' (<http://www.raadvst-consetat.be/dbx/adviezen/30965.pdf>).

⁷ Zie GwH 5 oktober 2005, nr. 152/2005, B.7.

en de nationale regels ter omzetting daarvan,⁸ die specifiek discriminatie op basis van leeftijd verbieden.

Volgens richtlijn 2000/78/EG van de Raad van 27 november 2000 ‘tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep’ is elke discriminatie op grond van leeftijd verboden. Dat verbod geldt voor alle werknemers.⁹

Artikel 6, lid 1, van die richtlijn bepaalt het volgende:

“Niettegenstaande artikel 2, lid 2, kunnen de lidstaten bepalen dat verschillen in behandeling op grond van leeftijd geen discriminatie vormen indien zij in het kader van de nationale wetgeving objectief en redelijk worden gerechtvaardigd door een legitiem doel, met inbegrip van legitieme doelstellingen van het beleid op het terrein van de werkgelegenheid, de arbeidsmarkt of de beroepsopleiding, en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn. Dergelijke verschillen in behandeling kunnen onder meer omvatten: a) het creëren van bijzondere voorwaarden voor toegang tot arbeid en beroepsopleiding, van bijzondere arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden, met inbegrip van voorwaarden voor ontslag en beloning voor jongeren, oudere werknemers en werknemers met personen ten laste, teneinde hun opnemingsproces in het arbeidsproces te bevorderen, en hun bescherming te verzekeren; b) de vaststelling van minimumvoorwaarden met betrekking tot leeftijd, beroepservaring of -anciënniteit in een functie voor toegang tot de arbeid of bepaalde daaraan verbonden voordelen; c) de vaststelling van een maximumleeftijd voor aanwerving, gebaseerd op de opleidingseisen voor de betrokken functie of op de noodzaak van een aan pensionering voorafgaand redelijk aantal arbeidsjaren.”

Het Hof van Justitie van de Europese Unie heeft in zijn arrest nr. C-411/05 van 16 oktober 2007, *Félix Palacios de la Villa v. Cortefiel Servicios SA*, het volgende geoordeeld:

“51. Een nationale regeling als aan de orde in het hoofdgeding, volgens welke het bereiken door de werknemer van de in die regeling vastgelegde pensioengerechtigde leeftijd meebrengt dat de arbeidsovereenkomst van rechtswege wordt ontbonden, moet worden aangemerkt als een regeling die werknemers die deze leeftijd hebben bereikt, direct ongunstiger behandelt dan alle andere economisch actieven. Een dergelijke regeling schept dus een direct op leeftijd gegrond verschil in behandeling, zoals bedoeld in artikel 2, leden 1 en 2, sub a, van richtlijn 2000/78.

52. Uit artikel 6, lid 1, eerste alinea, van de richtlijn blijkt echter juist wat verschillen in behandeling op grond van leeftijd betreft, dat dergelijke ongelijkheden geen verboden discriminatie in de zin van artikel 2 van de richtlijn vormen „indien zij in het kader van de nationale wetgeving objectief en redelijk worden gerechtvaardigd door een legitiem doel, met inbegrip van legitieme doelstellingen van het beleid op het terrein van de werkgelegenheid, de arbeidsmarkt of de beroepsopleiding, en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn”. De tweede alinea van ditzelfde lid somt meerdere voorbeelden op van verschillen in behandeling die de in de eerste alinea genoemde kenmerken vertonen en dus met het gemeenschapsrecht verenigbaar zijn.”

⁸ Zie in het bijzonder de artikelen 4, 5 en 12, § 1, van de wet van 10 mei 2007 ‘ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie’.

⁹ In dat verband wordt verwezen naar de algemene opmerking van advies 51.155/2, op 18 april 2012 gegeven over het voorontwerp dat heeft geleid tot de wet van 19 juli 2012 ‘betreffende de vierdagenweek en het halftijds werken vanaf 50 of 55 jaar in de openbare sector’ (*Parl.St.* Kamer 2011-12, nr. 53-2232/001, 16-21).

3.3. Alhoewel de omstandigheden van de zaak die tot dat arrest hebben geleid, verschillen van de *in casu* gegeven omstandigheden in zoverre ze op een regelgeving voor werknemers betrekking hadden, moet de steller van het ontwerp de verschillende behandeling die hij bij artikel 2 wenst in te voeren, kunnen rechtvaardigen ten aanzien van de principes die uit de voornoemde rechtspraak naar voren komen.

4. Het ontwerpbesluit moet opnieuw worden onderzocht in het licht van de bovenstaande opmerkingen.

5. Gelet op het voorgaande is er voor de Raad van State geen reden om het voorliggende ontwerp verder te onderzoeken.

LE GREFFIER – DE GRIFFIER

LE PRÉSIDENT DU CONSEIL D'ÉTAT –
DE VOORZITTER VAN DE RAAD VAN STATE

Béatrice DRAPIER

Jacques JAUMOTTE