CHRONIQUE NATIONALE

LE CONSEIL D'ETAT
CHRONIQUE DE JURISPRUDENCE 2011

PAR

Claudine MERTES
Marc OSWALD
Raphaël BORN
ET
Véronique SCHMITZ (*)

Introduction

Cette dix-septième chronique couvre la période du 1er janvier 2011, date de la chronique précédente (même revue, 2011/4, pp. 335 à 402), au 31 décembre 2011. Cette recension ne vise pas l'exhaustivité. Elle reprend les mêmes thèmes que ceux abordés précédemment sauf lorsque les arrêts et les avis recensés ne justifient pas l'existence de nouveaux développements.

I. Libertés publiques et droits de l'homme

A. *Ingérences : nécessité d'une norme législative* (1)

1. Le *principe de la légalité des incriminations et des peines* garanti par les articles 12 et 14 de la Constitution ne va pas jusqu'à obliger le législateur à régler lui-même chaque aspect de la poursuite et de la sanction. Une délégation conférée au Roi n'est pas contraire au principe de légalité en matière pénale pour autant que l'habilitation soit définie de manière suffisamment précise et porte sur l'exécution de mesures dont les éléments essentiels sont fixés préalablement par le législateur(2). Lorsque le fondement légal d'un arrêté ne forme pas l'habilitation « suffisamment précise » ainsi requise ni ne mentionne les « éléments essentiels » dont il est question, la référence à la directive qu'il

(*) Claudine Mertes est auditeur au Conseil d'Etat Marc Oswald est auditeur au Conseil d'Etat et assistant à l'Université Libre de Bruxelles. Raphaël Born est auditeur au Conseil d'Etat et assistant à l'Université Catholique de Louvain. Véronique Schmitz est auditeur au Conseil d'Etat.

(1) Sur la nécessité d'une norme législative pour la délégation de pouvoirs dans les matières réservées à la « loi » par la Constitution, voy. égal. *infra*, nos 75 à 79, 84 et 165.

(2) C.C., arrêt n° 27/2005, du 2 février 2005, B.3 et B.4 ; voy. égal. C.C., arrêt n° 37/2010, du 22 avril 2010, B.4 et B.5.

this Jurisquare copy is licenced to UCL - Off campus

a pour objet de transposer ne saurait constituer à cet égard un fondement suffisant lorsque celle-ci ne prévoit par elle-même pas de sanctions(3).

Le même principe emporte que le législateur doit circonscrire précisément les comportements qui sont incriminés(4). En prévoyant que des peines peuvent être portées au double notamment « si l'infraction a été commise la nuit » ou « si l'infraction a été commise dans un milieu protégé en application de la loi sur la conservation de la nature », le législateur méconnaît ce principe. En effet, la notion de « nuit » vise un « phénomène naturel qui varie quotidiennement et qui est de nature à poser de réelles difficultés tant dans son respect que dans son contrôle » tandis que la notion de « milieu protégé en application de la loi sur la conservation de la nature » est imprécise puisqu'elle ne mentionne pas « les catégories des milieux ainsi concernés, et les dispositions de la loi sur la conservation de la nature qui mettent en place les régimes de protection ainsi visés »(5). De même, subordonner une proposition de transaction notamment à la condition que le fait en cause « ne comporte pas d'atteinte grave à l'intégrité physique » n'est pas suffisamment précis, spécialement sur la notion de gravité(6).

2. La délégation conférée au Gouvernement de la Communauté germanophone de déterminer la manière dont une « instance d'appel » peut procéder à une enquête ne peut aboutir à déléguer, à cette instance, des compétences d'enquêtes, telles que les perquisitions, réservées à la « loi » par la Constitution ou, de manière plus générale, des compétences d'enquêtes pouvant avoir un impact sur les *droits fondamentaux*. De telles compétences doivent être attribuées par le législateur décrétal(7).

(3) Avis 50.217/4 du 21 septembre 2011 sur un projet d'arrêté royal « concernant les infrastructures critiques dans le sous-secteur du transport aérien ».

(4) Avis 49.697/4 du 8 juin 2011 sur un avant-projet de décret « relatif à la pêche fluviale, à la gestion piscicole et aux structures halieutiques » et avis 49.746/1 du 23 juin 2011 sur un avant-projet d'ordonnance « portant assentiment au Protocole modifiant la Convention du 1er juin 1987 entre le Gouvernement du Royaume de Belgique et le Gouvernement du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord tendant à éviter la double imposition et à prévenir l'évasion fiscale en matière d'impôts sur le revenu et sur le gain en capital, fait à Paris le 24 juin 2009 » ; avis 50.548/4 du 28 novembre 2011 sur un projet d'arrêté royal « modifiant l'arrêté royal du 7 juillet 1994 fixant les normes de base en matière de prévention contre l'incendie et l'explosion, auxquelles les bâtiments nouveaux doivent satisfaire » ; avis 50.580/4 du 12 décembre 2011 sur un projet d'arrêté du Gouvernement wallon « modifiant le Titre III du Règlement général pour la protection du travail en ce qui concerne la phase II de la récupération des vapeurs d'essence, lors du ravitaillement en carburant des véhicules à moteur dans les stations-service » ; avis 50.648/3 du 27 décembre 2011 sur un avant-projet d'ordonnance « relative à la mise en conformité de la législation environnementale à la directive 2008/99/CE relative à la protection de l'environnement par le droit pénal », *Doc.*, Parl. Rég. Brux-Cap., sess. 2011-2012, n° A-269/1.

(5) Avis 49.697/4 du 8 juin 2011, cité à la note 4.

(6) Avis 49.792/2 du 7 juin 2011 sur un avant-projet de loi « modifiant les articles 216*bis* et 216*ter* du Code d'instruction criminelle et l'article 7 de la loi du 6 juin 2010 introduisant le Code pénal social », *Doc. parl.*, Ch., sess. 2010-2011, n° 53-1344/5.

(7) Avis 50.721/3 du 13 décembre 2011 sur un avant-projet de décret « zur Änderung der telekommunikationsrechtlichen Vorschriften des Dekrets vom 27 Juni 2005 über die audiovisuellen Mediendienste und die Kinovorstellungen », *Doc.*, Parl. Comm. germ., sess. 2011-2012, n° 97/1.

this Jurisquare copy is licenced to UCL - Off campus

3. L'assignation à résidence d'un ressortissant d'un pays tiers constitue une mesure attentatoire à la *liberté d'aller et de venir* et doit, en conséquence, être prévue par la loi. Il appartient donc au législateur de définir les critères objectifs servant à déterminer s'il existe des raisons de penser qu'un ressortissant d'un pays tiers peut prendre la fuite(8).

4. Le *droit au travail* doit être garanti par le législateur, en vertu de l'article 23 de la Constitution. Les délégations, opérées dans une matière pouvant se rattacher à l'exercice de ce droit, peuvent donc uniquement permettre au Roi de déterminer les modalités relatives aux éléments essentiels définis par le législateur(9).

5. En matière de *liberté d'organiser l'enseignement*, un gouvernement de communauté n'est pas habilité à déterminer les cas dans lesquels il n'y a pas lieu de soumettre à son approbation les grilles de cours. Une telle compétence revient au législateur décrétal en vertu de l'article 24, § 5, de la Constitution(10). Il ne peut pas non plus déterminer lui-même les plafonds de revenus à prendre en considération dans le cadre de la procédure d'inscription dans un établissement scolaire puisqu'il appartient au législateur décrétal d'énoncer préalablement les critères directifs nécessaires(11).

6. L'autorité fédérale n'est compétente pour régler *l'emploi des langues*, et corollairement, pour fixer des exigences de capacité linguistique, que dans les limites de sa compétence territoriale qui résulte de l'article 129, § 2, de la Constitution(12). En tout état de cause, en vertu du principe de légalité établi par l'article 30 de la Constitution, il n'appartient pas au Roi, à défaut d'habilitation légale expresse, de déterminer le niveau de compétence linguistique exigé.

7. Lorsque le Roi soustrait le SPF Affaires Étrangères, Commerce extérieur et Coopération au développement au champ d'application de la loi relative aux archives en le dispensant de transférer ses archives de plus de 30 ans aux Archives de l'Etat, il apporte, indirectement, une restriction à la *publicité de l'administration* garantie par l'article 32 de la Constitution qui réserve au législateur le pouvoir de restreindre le droit de consulter tout

(8) Avis 49.947/2/V du 27 juillet 2011 sur un avant-projet de loi « modifiant la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers », *Doc. parl.*, Ch., sess. 2011-2012, n° 53-1825/1.

(9) Avis 49.323/1 du 3 mars 2011 sur un projet de loi « modifiant la loi du 1er février 2011 portant la prolongation de mesures de crise et l'exécution de l'accord interprofessionnel, et exécutant le compromis du Gouvernement relatif au projet d'accord interprofessionnel », *Doc. parl.*, Ch., sess. 2010-2011, n° 53-1322/1. Cet avis est détaillé dans le rapport annuel 2010-2011 du Conseil d'Etat (pp. 46 à 49).

(10) Avis 49.214/2 du 22 février 2011 sur un projet d'arrêté du Gouvernement de la Communauté française « relatif aux grilles de cours dans l'enseignement supérieur artistique ».

(11) Avis 49.437/1 du 28 avril 2011 sur un avant-projet de décret « betreffende het inschrijvingsrecht », *Doc.*, Parl. fl., sess. 2010-2011, n° 1042/1.

(12) Avis 49.714/4 du 14 juin 2011 sur un projet d'arrêté royal « relatif à la fourniture de services de formation aux conducteurs de train et à la reconnaissance des centres de formation ».

this Jurisquare copy is licenced to UCL - Off campus

document administratif et d'en obtenir une copie. Cette dispense de transfert emporte, en effet, que ces documents ne tombent plus dans le champ d'application de la loi sur les archives qui confère un caractère d'office public aux documents de plus de 30 ans déposés aux archives de l'Etat mais sont soumis à la loi du 11 avril 1994 relative à la publicité de l'administration qui permet de refuser leur consultation aux motifs y mentionnés(13).

B. *Limites à l'intervention du législateur*

1. Admissibilité aux emplois publics

8. Comme le Conseil d'Etat, section du contentieux administratif, l'a souligné dans l'arrêt du 7 septembre 2001, *Jadot*, n° 98.735 « le principe de l'égale admissibilité aux emplois publics n'est qu'une application particulière des principes d'égalité et de non-discrimination consacrés par les articles 10 et 11 de la Constitution ; (…) l'article 9, § 3, deuxième phrase, de l'ARPG en exprime adéquatement les exigences ; (…) tout statut d'agents de la fonction publique doit être organisé en matière telle qu'il offre toutes les garanties requises en ce qui concerne le respect du prescrit constitutionnel ; (…) la comparaison objective et impartiale des titres et mérites des candidats à une fonction publique est indispensable pour que soit assurée l'égale admissibilité des citoyens aux emplois publics ». Il est donc contraire au principe précité que l'autorité investie du pouvoir de nommer dispose d'une liberté illimitée de désigner le candidat de son choix au sein du groupe des candidats les plus aptes. A cet égard, une absence de classement des candidats est d'autant plus critiquable que la disposition en projet ne fixe aucun critère qui s'imposerait à l'autorité lorsqu'elle désigne, parmi les candidats du groupe A « apte », ceux qui occuperont un emploi de mandataire(14).

9. Lorsque l'accès à des fonctions dirigeantes est ouvert tant à des candidats internes qu'à des candidats externes à l'administration, il convient, dans un souci d'égalité, de les soumettre aux mêmes conditions de désignation. Ainsi, il convient de rendre applicable aux candidats externes les conditions de nationalité et d'établissement d'un plan de gestion, exigées pour les candidats internes(15).

(13) Avis 49.396/1 du 31 mars 2011 sur un projet d'arrêté royal « modifiant l'arrêté royal du 18 août 2010 portant exécution des articles 1er, 5 et 6*bis* de la loi du 24 juin 1955 relative aux archives ».

(14) Avis 49.873/2 du 13 juillet 2011 sur un projet d'arrêté 2010/1366 du Collège de la Commission communautaire française « portant modification de diverses dispositions réglementaires relatives au mandat dans les services du Collège de la Commission communautaire française ».

(15) Avis 49.874/2 du 13 juillet 2011 sur un projet d'arrêté 2010/1367 du Collège de la Commission communautaire française « fixant les modalités de désignation de mandataires dans les services du Collège de la Commission communautaire française, en exécution de l'article 26/1 de l'arrêté du Collège de la Commission communautaire française du 13 avril 1995 portant le statut des fonctionnaires des services du Collège de la Commission communautaire française ».

this Jurisquare copy is licenced to UCL - Off campus

10. Il résulte de l'utilisation des termes « pour des cas particuliers » dans l'article 10, alinéa 2, de la Constitution que, s'il souhaite ménager des exceptions au principe selon lequel seuls les Belges sont admissibles aux fonctions publiques, le législateur doit indiquer de manière concrète, expresse et précise les fonctions qui sont rendues accessibles aux étrangers. Dès lors, pour chaque fonction distincte, le législateur doit pouvoir apprécier s'il y a lieu de déroger à la condition de nationalité. De ce fait, un avant-projet de décret qui ne s'applique pas à des cas particuliers méconnaît l'article 10, alinéa 2, de la Constitution(16).

11. La loi du 16 juillet 1973 garantissant la protection des tendances idéologiques et philosophiques ayant été adoptée en exécution de l'article 131 de la Constitution et dérogeant à l'article 10 de celle-ci, en vertu duquel l'égalité d'accès aux emplois publics doit être garantie, il n'est pas admissible de prévoir, en application de l'article 9 de la loi précitée, la représentation proportionnelle des groupes politiques reconnus au sein du Parlement de la Communauté française pour composer le conseil d'administration d'une institution intervenant dans des matières qui ne sont pas visées à l'article 2 de la loi du 21 juillet 1971 relative à la compétence et au fonctionnement des Conseils culturels(17).

2. Liberté individuelle

12. La Cour constitutionnelle a déjà critiqué le caractère automatique *d'interdictions d'exercer une activité professionnelle* en suite d'une condamnation pénale et l'absence de limitation dans le temps de ces interdictions(18). En outre, la Cour européenne des droits de l'homme a jugé que l'interdiction d'une durée de dix ans du droit d'exercer une activité professionnelle, lorsqu'elle affecte sensiblement la possibilité pour ceux qui la subissent d'exercer diverses activités professionnelles dans le secteur privé, peut susciter des difficultés au regard du droit au respect de la vie

(16) Avis 50.170/2/V du 30 août 2011 sur un avant-projet de décret « élargissant les conditions de nationalité pour l'accès aux emplois de la fonction publique de la Communauté française », *Doc.*, Parl. Comm. fr., sess. 2011-2012, n° 319/1 et avis 50.581/2 du 12 décembre 2011 sur un avant-projet de décret « élargissant les conditions de nationalité pour l'accès aux emplois de la fonction publique wallonne », *Doc.*, Parl. wal., sess. 2011-2012, n° 532/1 citant l'avis 35.857/VR du 9 octobre 2003 sur un avant-projet de décret « tot verruiming van de nationaliteitsvoorwaarde voor de toegang tot vaste betrekkingen in sommige Vlaamse openbare diensten », *Doc.*, Parl. fl., 2003-2004, n° 2055/1.

(17) Avis 50.243/2 et 50.244/2 du 26 septembre 2011 sur des avant-projets de décret « portant assentiment à l'accord de coopération conclu entre la Communauté française et la Région wallonne créant une École d'administration publique commune à la Communauté française et à la Région wallonne », *Doc.*, Parl. Comm. fr., sess. 2011-2012, n° 281/1 et *Doc.*, Parl. wal., sess. 2011-2012, n° 516/1.

(18) C.C., arrêts n° 57/98, du 27 mai 1998 ; n° 87/98, du 15 juillet 1998 ; n° 77/2000, du 21 juin 2000 ; n° 119/2006, du 12 juillet 2006 ; n° 144/2007, du 22 novembre 2007. Voy. toutefois égal. C.C., arrêts n° 38/2000, du 29 mars 2000 et n° 40/2000, du 6 avril 2000 (note infrapaginale 58 de l'avis 49.697/4 du 8 juin 2011, cité à la note 4).

this Jurisquare copy is licenced to UCL - Off campus

privée garanti par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme(19).

Cependant, la Cour constitutionnelle a également jugé, dans des cas où l'interdiction prévue par la loi avait une portée limitée, que celle-ci était proportionnée aux enjeux en présence, et cela bien que le régime d'interdiction professionnelle fût automatique et d'une durée illimitée(20).

Dès lors, dans ce contexte jurisprudentiel aux contours incertains, le législateur décrétal doit être en mesure de démontrer que les mesures tendant à subordonner l'agrément de fédérations de pêche à la condition que la fédération concernée ne compte pas, parmi ses représentants visés à l'article 2, 7°, de la loi du 27 juin 1921 sur les associations sans but lucratif, les associations internationales sans but lucratif et les fondations, de « personnes reconnues coupables d'une infraction aux dispositions » qu'il édicte, ne sont pas disproportionnées au but à atteindre, étant entendu que cette proportionnalité serait, en tout état de cause, mieux assurée par une limitation dans le temps de l'interdiction envisagée(21).

13. Conformément à l'article 12, alinéa 3, de la Constitution, *l'arrestation provisoire* de la personne condamnée dans l'attente de la décision d'exécution du jugement ne peut dépasser 24 heures. Le maintien de détention au-delà de ce délai nécessite l'intervention de l'autorité judiciaire(22).

3. Légalité des infractions et des peines

14. Afin de se conformer au mieux au principe de légalité des incriminations résultant notamment de l'article 12, alinéa 2, de la Constitution et de l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme, il convient d'indiquer les dispositions dont l'inobservation est constitutive d'une infraction pénale plutôt qu'à l'inverse, mentionner celles dont l'inobservation n'est pas constitutive d'une infraction pénale(23).

(19) C.E.D.H., arrêt *Sidabras et Dziautas c. Lituanie*, du 27 juillet 2004 (req. n^{os} 55480/00 et 59330/00) ; voy. aussi, cette fois quant à l'applicabilité du volet civil de l'article 6 de la Convention aux contestations qui portent sur la possibilité d'exercer une profession, l'arrêt *Thlimmenos c. Grèce* du 6 avril 2000 (req. 34369/97) ; S. GARCIA-JOURDAN, « De la transition démocratique en Lituanie à la consécration du droit d'exercer une activité professionnelle dans le secteur privé (A propos de l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme, *Sidabras et Dziautas c. Lituanie* du 27 juillet 2004) », *Rev. trim. dr. h.*, 2005, pp. 363 à 383 (note infrapaginale 59 de l'avis 49.697/4 du 8 juin 2011, cité à la note 4).

(20) C.C., arrêt n° 38/2000, du 29 mars 2000 (référence citée dans l'avis 49.697/4 du 8 juin 2011, cité à la note 4).

(21) Avis 49.697/4 du 8 juin 2011, cité à la note 4.

(22) Avis 50.113/2/V du 23 août 2011 sur un avant-projet de loi « relatif à l'application du principe de reconnaissance mutuelle aux peines ou mesures privatives de liberté prononcées dans un Etat membre de l'Union européenne », *Doc. parl.*, Ch., sess. 2011-2012, n° 53-1796/1.

(23) Avis 49.188/2 du 14 février 2011 sur un projet d'arrêté royal « réglant le statut de l'armurier ».

this Jurisquare copy is licenced to UCL - Off campus

15. La suppression par un législateur de la règle selon laquelle « le pénal tient le disciplinaire en état » a pour effet que, si l'autorité lance une procédure disciplinaire sans connaître l'issue de la procédure pénale et que la matérialité des faits ne peut pas être prouvée lors de la procédure pénale, la sanction disciplinaire prononcée à l'encontre du membre du personnel devra être levée(24).

16. Il incombe au législateur de fixer les peines qui peuvent être infligées pour une infraction déterminée afin de déterminer avec suffisamment de précision quelles sanctions peuvent être encourues(25). La possibilité offerte au juge qui, confronté à une disposition punissant de comportements très différents, peut choisir la sanction applicable à l'intérieur d'une fourchette de peines minimales et maximales et ainsi infliger la peine adéquate, n'est pas exempte de toute critique au regard du principe de prévisibilité(26).

17. Le *principe général de la non-rétroactivité de la loi pénale*, consacré par l'article 7, § 1er, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales(27) et par l'article 15 du Pacte international du 19 décembre 1966 relatif aux droits civils et politiques s'applique aux amendes ayant une nature pénale au sens de la Convention susmentionnée. Le fait qu'une amende poursuivant un but à la fois préventif et répressif puisse être infligée pour punir des faits devenus non-punissables à la suite d'une prescription acquise au moment de l'entrée en vigueur de la disposition légale méconnaît le principe précité(28).

4. Droit de propriété

18. Présumer de manière irréfragable que l'*expropriation* d'un site non utilisé durant au moins dix années a un caractère d'utilité publique, sans préciser clairement le véritable objectif de l'expropriation, semble trop large au regard de la protection contre les expropriations qu'offrent l'article 16 de la Constitution et l'article 1er du Premier protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme(29).

(24) Avis 49.332/2 du 28 mars 2011 sur un avant-projet de décret « portant des mesures en matière d'enseignement et de formation – 2011 », *Doc.*, Parl. Comm. germ., sess. 2010-2011, n° 79/1.

(25) Avis 49.746/1 du 23 juin 2011, cité à la note 4.

(26) Avis 50.585/3 du 6 décembre 2011 sur un avant-projet de décret « betreffende het vervoer van gevaarlijke goederen over de binnenwateren », *Doc.*, Parl. fl., sess. 2011-2012, n° 1600/1.

(27) C.E.D.H., arrêt *Kononov c. Lettonie*, du 24 juillet 2008 (req. 36376/04), § 114 et C.E.D.H., arrêt *Coëme et autres c. Belgique*, du 22 juin 2000 (req. 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 et 33210/96), § 149.

(28) Avis 49.800/2/4 du 29 juin 2011 sur un avant-projet de décret « modifiant divers décrets concernant les compétences de la Wallonie », *Doc.*, Parl. wal., sess. 2010-2011, n° 452/1.

(29) Avis 49.919/3 du 11 juillet 2011 sur un avant-projet de loi « modifiant la loi du 8 décembre 2006 établissant un prélèvement visant à lutter contre la non-utilisation d'un site de production d'électricité par un producteur », *Doc. parl.*, Ch., sess. 2010-2011, n° 53-1609/001.

this Jurisquare copy is licenced to UCL - Off campus

19. Le même article 1er du Premier protocole ne saurait être interprété comme donnant droit à une *pension* d'un montant déterminé(30).

20. Le régime de *confiscation accessoire* à une condamnation pénale peut être sujet à critique au regard, non seulement, du principe d'égalité mais, également, au regard du droit de propriété garanti par l'article 16 de la Constitution et l'article 1er du Premier protocole additionnel à la CEDH. Tel serait le cas si, dans l'hypothèse où un tiers est le propriétaire de l'objet concerné, la confiscation considérée doit avoir pour effet de le priver de la propriété de son bien, alors qu'il n'est pas l'auteur de l'infraction et n'a pas été sanctionné à raison de celle-ci, cette privation intervenant sans recours préalable au juge et sans indemnité(31).

5. Liberté d'expression et des cultes

21. Les conditions auxquelles la limitation de la liberté d'expression est subordonnée sont fixées, d'une part, aux articles 19 et 25 de la Constitution et, d'autre part, à l'article 10, § 2, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et à l'article 19, § 3, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Il résulte de ces dispositions que les limitations doivent être prévues par la loi, poursuivre un but légitime et être nécessaires dans une société démocratique(32).

Lorsque le législateur interdit la *publicité pour les denrées alimentaires,* l'exigence selon laquelle la limitation doit être nécessaire dans une société démocratique requiert de mettre en balance l'intérêt de la liberté d'expression, d'une part, et le bénéfice que la protection du consommateur tire de la limitation de la liberté d'expression, d'autre part. Dès lors que l'interdiction de la publicité est formulée en termes généraux et a un caractère absolu, l'atteinte aux intérêts commerciaux des producteurs et vendeurs concernés est à ce point grave qu'elle doit être considérée comme disproportionnée au regard de l'objectif de protection des consommateurs qui fonde l'interdiction de la publicité. Une telle interdiction ne se concilie pas avec la liberté d'expression des producteurs et vendeurs des produits concernés(33).

(30) Avis 50.742/1/2 du 20 décembre 2011 sur les amendements nos 2 à 50 et les amendements nos 1 et suivants au projet de loi « portant des dispositions diverses », *Doc. parl.*, Ch., sess. 2011-2012, n° 53-1952/1.

(31) Avis 49.697/4 du 8 juin 2011, cité à la note 4.

(32) Avis 49.182/1 du 3 février 2011 sur une proposition de loi « modifiant la loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur, en ce qui concerne l'interdiction de la mise sur le marché et de la publicité de denrées alimentaires utilisant un nom de drogue ou incitant à leur consommation », *Doc. parl.*, Ch., n° 53-992/1 et avis 49.213/3 du 15 février 2011 sur une proposition de loi « sur la publicité et l'information y afférente aux pesticides et biocides et la vente de ces produits aux utilisateurs amateurs », *Doc. parl.*, Ch., n° 53-451/1.

(33) Avis 49.182/1 du 3 février 2011, cité à la note 32.

this Jurisquare copy is licenced to UCL - Off campus

Par contre, lorsque le législateur interdit la *publicité pour les pesticides* vendus aux utilisateurs amateurs, la mise en balance de l'intérêt de la liberté d'opinion, d'une part, et des intérêts de la santé publique, de l'environnement et de la protection du consommateur, d'autre part, auxquels contribue la restriction à la liberté d'opinion aboutit à considérer que l'interdiction de principe précitée « ne semble pas être disproportionnée par rapport aux objectifs énoncés ci-dessus, dès lors qu'il n'apparaît pas que cette interdiction de publicité porte déraisonnablement atteinte aux intérêts commerciaux des fabricants et des vendeurs concernés, si l'on tient également compte des exceptions prévues »(34).

22. Le *devoir de discrétion* ne peut aboutir à priver les personnes, auxquelles il s'applique, de leur liberté d'expression(35).

23. Le fait de prévoir que des messages audiovisuels d'intérêt général ne comprennent pas de discrimination emporte une limitation excessive au droit à la liberté d'expression garanti par l'article 11 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, l'article 10 de la CEDH et l'article 19 de la Constitution. Les messages d'intérêts généraux peuvent en effet avoir pour objectif de dénoncer des discriminations de sorte que leur effectivité serait inutilement limitée si la discrimination dénoncée ne pouvait être évoquée(36).

6. Vie privée

24. Le droit au *respect de la vie privée et familiale* est, de manière générale, garanti par l'article 22 de la Constitution, l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, l'article 17 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et l'article 16 de la Convention internationale des droits de l'enfant. Pour qu'une immixtion dans ce droit puisse être justifiée, il est, entre autres, requis qu'elle soit nécessaire dans une société démocratique, ce qui implique qu'un rapport de proportionnalité doit exister entre le but poursuivi et les moyens utilisés. Le législateur doit donc expliciter suffisamment, dans l'exposé des motifs, les raisons pour lesquelles les mesures imposées peuvent être considérées comme répondant, notamment, à l'exigence de proportionnalité(37). Il convient, dès lors, pour

(34) Avis 49.213/3 du 15 février 2011, cité à la note 32.

(35) Avis 49.937/1/V du 19 juillet 2011 sur un projet d'arrêté du Gouvernement flamand « tot oprichting van het samenwerkingsplatform "Eerstelijnsgezondheidszorg" ».

(36) Avis 50.256/3 du 11 octobre 2011 sur un avant-projet de décret « houdende wijziging van diverse bepalingen van het decreet van 27 maart 2009 betreffende radio-omroep en televisie », *Doc.*, Parl. fl., sess. 2011-2012, n° 1573/1.

(37) Avis 49.783/VR et avis 49.850/VR du 5 juillet 2011 sur un avant-projet de décret « portant assentiment à l'Accord de coopération conclu entre la Communauté flamande, la Communauté française, la Communauté germanophone et la Commission communautaire commune en matière de prévention et de lutte contre le dopage dans le sport », *Doc.*, Parl. fl., sess. 2011-2012, n° 1421/1 et *Doc.*, Parl. Comm. fr., sess. 2011-2012, n° 348/1.

this Jurisquare copy is licenced to UCL - Off campus

apprécier si les exigences précitées sont respectées, d'examiner si les règles envisagées offrent des garanties suffisantes pour éviter dans la mesure du possible que le pouvoir d'investigation de l'administration fiscale, en ce qui concerne l'échange de renseignements bancaires (38) et/ou la levée du secret bancaire (39), soit utilisé d'une manière arbitraire et que l'atteinte à la vie privée et à la vie familiale soit disproportionnée.

25. Compte tenu de l'importance de l'enregistrement du premier défaut de paiement, l'information de la personne physique, bénéficiaire d'un contrat de crédit, de leasing, d'affacturage, d'assurance-caution et/ou d'assurance-crédit constituerait une protection efficace de la vie privée garantie par l'article 22 de la Constitution. Il incombe donc au législateur d'expliciter les raisons pour lesquelles il n'a pas prévu une telle information (40).

26. La loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel concerne, ainsi que le précise son article 2, la protection de la vie privée de toute personne physique lors d'un traitement de données à caractère personnel. L'avis de la Commission de la protection de la vie privée ne concerne dès lors que ces dernières. Il est toutefois admis que les *personnes morales* doivent également bénéficier de garanties analogues (41).

7. Droits de l'enfant

27. Il convient d'éviter que le choix du type d'hébergement d'enfants soit commandé par des motifs autres que ceux que requiert l'intérêt de l'enfant, seul critère admissible selon l'article 22*bis*, alinéa 4, de la Constitution et l'article 18 de la Convention de New York du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant (42).

8. Droits économiques et sociaux

28. Comme rappelé par la Cour constitutionnelle dans son arrêt n° 22/2011, l'article 23 de la Constitution implique une *obligation de stand-still* qui s'oppose à ce que le législateur compétent réduise sensiblement le niveau de protection offert par la législation applicable sans qu'existent pour ce faire des motifs liés à l'intérêt général. En outre, la justification

(38) Avis 49.038/1/2/3/4 des 20 et 21 décembre 2010 et du 10 janvier 2011 sur un avant-projet de loi « portant des dispositions diverses nécessaires », *Doc. parl.*, Ch., sess. 2010-2011, n° 53-1208/1.

(39) Avis 49.856/1 du 5 juillet 2011 sur un projet de loi « portant des dispositions fiscales et diverses », *Doc. parl.*, Ch., sess. 2010-2011, n° 53-1737/1.

(40) Avis 50.133/2/V du 26 août 2011 sur un avant-projet de loi « relative à la Centrale des crédits aux entreprises », *Doc. parl.*, Ch., sess. 2011-2012, n° 1850/1.

(41) *Ibid.*

(42) Avis 49.004/2 du 26 janvier 2011 sur une proposition de loi « réglant les conséquences de l'hébergement égalitaire des enfants chez les deux parents après la séparation », *Doc., parl.*, Sén., sess. 2010-2011, n° 5-498/1.

this Jurisquare copy is licenced to UCL - Off campus

avancée doit satisfaire au principe de proportionnalité, ce qui signifie que les mesures doivent être appropriées, nécessaires à l'intérêt général poursuivi et proportionnées au sens strict (43).

Des considérations beaucoup trop générales ne permettent pas de considérer l'allégement de mesures applicables aux sites Natura 2000 comme admissibles au regard de l'obligation de *standstill* qu'implique l'article 23 de la Constitution, et ce d'autant plus qu'est en cause l'exécution de l'obligation, que prescrit le droit européen, d'éviter la détérioration des habitats naturels et des habitats d'espèces ainsi que les perturbations significatives des espèces (44).

L'autorité ne peut tirer argument d'une défaillance dans l'exécution d'une norme pour s'exonérer de toute responsabilité sous l'angle de l'obligation de *standstill*. L'inapplication, totale ou partielle, d'une norme ne l'autorise pas, en soi, à diminuer le niveau de protection autrefois garanti (45).

29. L'obligation de *standstill* s'applique au droit à un *logement décent* consacré par l'article 23, alinéa 3, 3°, de la Constitution (46) et au droit à l'aide matérielle des demandeurs d'asile, ainsi qu'au *droit à l'aide sociale* expressément consacré par l'article 23, alinéa 3, 2°, de la Constitution (47). En outre, sauf motifs liés à l'intérêt général, l'article 23 de la Constitution fait en tout cas obstacle à une réduction du niveau global de protection en matière de *droit social et de droit du travail* (48).

30. Une disposition décrétale permettant aux établissements d'enseignement supérieur de limiter les supports de cours imprimés gratuitement en

(43) Avis 49.571/4 du 25 mai 2011 sur un projet d'arrêté du Gouvernement wallon « modifiant l'arrêté du Gouvernement wallon du 20 décembre 2007 relatif à l'octroi de subventions pour la plantation et l'entretien de haies vives, de vergers et d'alignements d'arbres » ; avis 49.720/4 du 15 juin 2011 sur un projet d'arrêté du Gouvernement wallon « définissant le réseau des principales infrastructures de transport d'énergie au sens de l'article 23, alinéa 2, du Code wallon de l'aménagement du territoire, de l'urbanisme, du patrimoine et de l'énergie » ; avis 49.951/4 du 11 juillet 2011 sur l'amendement n° 18 et ses sous-amendements n^{os} 19 à 23 relatifs à la proposition de loi « modifiant la législation en vue de résoudre la crise de l'asile », *Doc. parl.*, Ch., sess. 2010-2011, n° 53-813/9 ; avis 50.030/1/V du 2 août 2011 sur un projet d'arrêté du Gouvernement flamand « tot wijziging van het besluit van de Vlaamse Regering van 1 juni 1995 houdende algemene en sectorale bepalingen inzake milieuhygiëne en van het besluit van de Vlaamse Regering van 14 december 2007 houdende vaststelling van het Vlaams reglement betreffende de bodemsanering en de bodembescherming ».

(44) Avis 49.236/4 du 2 mars 2011 sur un projet d'arrêté du Gouvernement wallon « modifiant l'arrêté du Gouvernement wallon du 23 octobre 2008 portant les mesures préventives générales applicables aux sites Natura 2000 ».

(45) Avis 49.720/4 du 15 juin 2011, cité à la note 43.

(46) Avis 49.253/4 du 2 mars 2011 sur un projet d'arrêté du Collège de la Commission communautaire française « modifiant l'arrêté du Collège de la Commission communautaire française du 2 avril 2009 portant application du décret du 22 mars 2007 relatif à la politique d'hébergement et d'accueil à mener envers les personnes âgées ».

(47) Avis 49.951/4 du 11 juillet 2011, cité à la note 43 ; avis 50.143/2/V du 12 septembre 2011 sur un avant-projet de décret « modifiant le décret du 29 octobre 1998 instituant le Code wallon du Logement », *Doc.*, Parl. wal., sess. 2011-2012, n° 517/1.

(48) Avis 49.323/1 du 3 mars 2011, cité à la note 9.

this Jurisquare copy is licenced to UCL - Off campus

faveur des étudiants bénéficiaires d'allocations d'études peut avoir une incidence sur l'accès à l'enseignement. Pour qu'un tel recul en matière de gratuité soit admissible au regard des articles 2.1 et 13 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, le législateur doit faire état des motifs d'intérêt général qui, dans le respect du principe de proportionnalité, permettent pareille limitation en tenant compte du fait que *l'obligation de standstill en matière d'accès à l'enseignement* repose sur l'autorité elle-même, qui ne pourrait en conséquence se fonder sur les seules difficultés financières qu'invoqueraient les établissements en cause. En outre, s'agissant du principe de proportionnalité, le législateur doit « examiner si des mesures moins restrictives ne peuvent être adoptées qui, tout en n'augmentant pas la charge financière assumée par la Communauté, permettraient cependant un accès à moindre coût, au bénéfice des étudiants concernés, à tous les supports de cours »(49).

31. Les délais de préavis dérogatoires aux délais de préavis légaux doivent être conformes à l'article 4.4 de la Charte sociale européenne selon lequel « En vue d'assurer l'exercice effectif du droit à une rémunération équitable, les Parties contractantes s'engagent : (...) 4. à reconnaître le droit de tous les travailleurs à un délai de préavis raisonnable dans le cas de cessation de l'emploi »(50).

32. La pratique du sport est un « droit reconnu à toute personne, consacré par l'article 23, alinéa 3, 5°, de la Constitution, qui range parmi les droits économiques, sociaux et culturels, "le droit à l'épanouissement culturel et social". En effet, l'on considère généralement que la notion de culture visée à cet article correspond à celle visée à l'article 127, § 1er, 1°, de la Consti-

(49) Avis 50.306/2 du 19 septembre 2011 sur un avant-projet de décret « relatif aux supports de cours », *Doc.*, Parl. Comm. fr., sess. 2011-2012, n° 254/1.

(50) Avis 49.323/1 du 3 mars 2011, cité à la note 9 ; avis 50.657/1 du 13 décembre 2011 sur un projet d'arrêté royal « fixant les délais de préavis pour les entreprises ressortissant à la Commission paritaire de l'ameublement et de l'industrie transformatice du bois (C.P. 126) » ; avis 50.658/1 du 13 décembre 2011 sur un projet d'arrêté royal « fixant les délais de préavis pour les ouvriers des entreprises ressortissant à la Commission paritaire de l'industrie des tabacs (C.P. 133) » ; avis 50.659/1 du 13 décembre 2011 sur un projet d'arrêté royal « fixant les délais de préavis pour les entreprises ressortissant à la Commission paritaire de l'agriculture (C.P. 144) » ; avis 50.660/1 du 13 décembre 2011 sur un projet d'arrêté royal « fixant les délais de préavis pour les ouvriers des entreprises ressortissant à la Commission paritaire de l'industrie hôtelière (C.P. 302) » ; avis 50.661/1 du 13 décembre 2011 sur un projet d'arrêté royal « fixant les délais de préavis pour les entreprises ressortissant à la Commission paritaire de l'industrie alimentaire (C.P. 118) » ; avis 50.662/1 du 13 décembre 2011 sur un projet d'arrêté royal « fixant les délais de préavis pour les entreprises ressortissant à la Commission paritaire du commerce alimentaire (C.P. 119) » ; avis 50.663/1 du 13 décembre 2011 sur un projet d'arrêté royal « fixant les délais de préavis pour les ouvriers des entreprises ressortissant à la sous-commission paritaire de la fabrication et du commerce de sacs en jute ou en matériaux de remplacement (S.C.P 120.03) » ; avis 50.667/1 du 13 décembre 2011 sur un projet d'arrêté royal « fixant les délais de préavis pour les ouvriers des entreprises ressortissant à la Commission paritaire pour les entreprises horticoles (C.P. 145) » et avis 50.668/1 du 13 décembre 2011 sur un projet d'arrêté royal « fixant les délais de préavis pour les ouvriers des entreprises ressortissant à la Commission paritaire de la batellerie (C.P. 139) ».

this Jurisquare copy is licenced to UCL - Off campus

tution, précisée à l'article 4 de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, lequel mentionne au 9° "les sports" »(51).

9. Liberté d'organiser un enseignement

33. Il semble découler de l'arrêt n° 121/2009 de la Cour constitutionnelle que le principe de légalité n'empêche pas de laisser de l'autonomie aux établissements, dans le cadre d'une *procédure d'inscription*, à condition que la marge décisionnelle soit suffisamment limitée et à condition de garantir que toute personne concernée soit informée de manière suffisante de la façon dont cette marge est utilisée(52).

Les nombreuses obligations imposées aux établissements scolaires (la constitution d'un registre d'inscriptions, l'élaboration de mesures de priorité et le respect d'une date à laquelle les inscriptions peuvent débuter) par une réglementation en matière d'inscription sont admissibles au regard de l'article 24, § 1er, de la Constitution, bien qu'elles limitent la liberté d'organisation de l'enseignement. Selon l'arrêt n° 119/2008 de la Cour constitutionnelle (B. 17.6 à B.17.8), ces mesures contribuent, en effet, à la transparence des inscriptions et empêchent que les places disponibles soient occupées plusieurs années avant le début de l'année scolaire en question(53).

Il ressort de l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme *Ali c. Royaume-Uni* du 11 juin 2011 (§§ 51 à 54) que l'article 2 du Premier protocole additionnel garantit, entre autres, un droit d'accès aux établissements scolaires qui existent à un moment déterminé et pas nécessairement un droit d'accès à un établissement scolaire déterminé, que le droit à l'enseignement n'est pas absolu mais qu'il peut être limité pour autant que ces limitations ne portent pas atteinte à la substance du droit à l'enseignement, que le droit d'accès appelle par sa nature une réglementation par l'Etat, que la réglementation de l'enseignement peut également varier en fonction des caractéristiques distinctes des différents niveaux d'enseignement et que les limitations au droit à l'enseignement doivent être prévisibles, poursuivre un but légitime et qu'un rapport de proportionnalité raisonnable doit exister entre les moyens employés et le but poursuivi(54).

34. Lorsque le législateur décrétal introduit des *règles de priorité* pour l'inscription dans des établissements scolaires, il traite des élèves de manière différenciée et doit donc fournir une justification à l'introduction de ces différences de traitement. A cet égard, la Cour constitutionnelle a estimé, dans l'arrêt n° 119/2008 du 31 juillet 2008 (B.15.3), qu'un sys-

(51) Avis 49.716/4 du 15 juin 2011 sur un avant-projet de décret « relatif à la lutte contre le dopage », *Doc.*, Parl. Comm. fr., sess. 2010-2011, n° 247/1.
(52) Avis 49.437/1 du 28 avril 2011, cité à la note 11.
(53) *Ibid.*
(54) *Ibid.*

this Jurisquare copy is licenced to UCL - Off campus

tème de priorités institué aux fins de ne pas porter atteinte de manière disproportionnée au droit de certains enfants de pouvoir s'inscrire dans une école secondaire en raison de motifs liés à des circonstances objectives tenant à leur vie familiale (présence d'un frère, d'une sœur ou d'un enfant mineur vivant sous le même toit et déjà inscrit dans l'établissement scolaire) peut être justifié par des considérations tenant au bien-être de l'élève ou à des avantages partagés pour la famille. Les mêmes raisons justifient la priorité donnée aux inscriptions d'enfants dont les parents exercent tout ou partie de leur fonction dans l'établissement scolaire qui fait l'objet de la demande. Elle a également considéré, dans l'arrêt n° 4/2011 du 13 janvier 2011 (B.7.2), qu'en « accordant une priorité à l'inscription dans un établissement d'enseignement secondaire aux enfants des personnes qui exercent une fonction dans cet établissement, le législateur décrétal entend faciliter l'organisation familiale et rationaliser les déplacements des familles qui se trouvent dans cette situation particulière, puisque l'enfant pourra faire le déplacement entre son domicile et l'établissement scolaire en compagnie de son parent qui accomplit de toute façon ce déplacement. Cette priorité est donc justifiée par des considérations tenant au bien-être de l'élève ou à des avantages partagés pour la famille. Cette justification n'est pas transposable au cas d'un enfant dont un parent exerce une fonction dans l'établissement d'enseignement primaire dans lequel il était inscrit mais que, par hypothèse, il ne fréquentera plus. La différence de traitement entre les enfants dont les parents exercent une fonction dans un établissement d'enseignement secondaire et ceux dont les parents exercent une fonction dans un établissement d'enseignement fondamental ou primaire n'est pas dépourvue de justification raisonnable »(55).

10. Emploi des langues

35. Les lois sur l'emploi des langues en matière administrative, coordonnées le 18 juillet 1966, imposent des règles en ce qui concerne l'utilisation de la langue à l'intérieur des services, entre les services ou entre les services et des particuliers. Elles ne disent, cependant, rien en ce qui concerne l'utilisation de la langue dans les rapports avec des autorités étrangères. Elles ne font pas non plus obstacle à ce que, dans certains cas, on prenne connaissance d'un document établi dans une autre langue (par exemple, littérature technique ou scientifique, jurisprudence…). Dès lors, une disposition permettant d'octroyer une allocation pour la connaissance d'une langue étrangère, à savoir de toute autre langue que celles visées dans les lois coordonnées sur l'emploi des langues en matière administrative, à un membre du personnel de l'administration fédérale, lorsque

(55) *Ibid.*

this Jurisquare copy is licenced to UCL - Off campus

cette connaissance est nécessaire au bon fonctionnement d'un service ou à l'exercice de la fonction qu'exerce ce membre du personnel, crée une différence de traitement puisqu'elle ne permet pas aux membres du personnel, qui n'entrent pas dans le champ d'application de l'arrêté royal du 13 juin 2010 accordant des allocations pour bilinguisme aux membres du personnel de la fonction publique administrative fédérale, mais qui peuvent justifier de la connaissance d'une autre langue nationale, de prétendre à l'octroi d'une prime, même s'ils satisfont à la condition selon laquelle la connaissance de cette langue est nécessaire au bon fonctionnement d'un service ou à l'exercice de la fonction qu'exerce ce membre du personnel (56).

36. Il n'est pas exclu, dans des matières tombant dans le champ d'application de la liberté de l'emploi des langues garantie par l'article 30 de la Constitution, d'imposer une obligation de montrer sa volonté d'apprendre une langue pour autant que cette obligation ait un lien étroit avec une compétence matérielle de l'autorité fédérale, de la communauté ou de la région et pour autant qu'elle soit conforme aux autres dispositions constitutionnelles, internationales et européennes, notamment avec le principe d'égalité, les autres droits fondamentaux et le principe de libre circulation (57).

11. Transparence administrative

37. Les règles de publicité des documents administratifs déposés aux Archives de l'Etat doivent être recherchées non pas dans la loi du 11 avril 1994 relative à la publicité de l'administration mais dans la loi relative aux archives rendant d'office publics les documents de plus de 30 ans qui sont déposés aux Archives de l'Etat (58).

12. Principe d'égalité et de non-discrimination

38. Le droit au *libre choix de l'activité professionnelle* est notamment garanti par l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ainsi que par les articles 22 et 23 de la Constitution. De surcroît, l'article 14 de cette Convention combiné avec l'une des dispositions précitées interdit toute discrimination dans la

(56) Avis 49.246/3 du 22 février 2011 sur un projet d'arrêté royal « accordant aux membres du personnel de la Fonction publique administrative fédérale des allocations pour la connaissance d'une langue étrangère ».

(57) Avis 49.490/AV du 24 mai 2011 sur un avant-projet de décret « tot regeling van het bewijs van taalkennis, vereist door de wetten op het gebruik van de talen in bestuurszaken, gecoördineerd op 18 juli 1966, en door de gewone wet van 9 augustus 1980 tot hervorming der instellingen », *Doc.*, Parl. fl., sess. 2010-2011, n° 1239/1 et avis 49.958/1/V du 2 août 2011 sur un avant-projet de décret « houdende de organisatie van de voorschoolse kinderopvang », *Doc.*, Parl. fl., sess. 2011-2012, n° 1395/1.

(58) Avis 49.396/1 du 31 mars 2011, cité à la note 13.

this Jurisquare copy is licenced to UCL - Off campus

réglementation de ce libre choix(59). « Il est certes admissible que la loi prévoie – le cas échéant de manière automatique – une interdiction professionnelle ou une suspension de droits fondamentaux à titre de sanction accessoire en cas de condamnation encourue à raison de la commission de faits pénaux. C'est à la condition toutefois qu'il existe un lien spécifique et rationnel entre la nature des faits pénaux concernés et les éventuelles "déviances" qu'ils révèlent, d'une part, et les qualités requises pour exercer la profession et le droit fondamental concerné, d'autre part(60). A défaut qu'un tel lien existe et que sa rationalité puisse être démontrée (...), la mesure doit être considérée comme disproportionnée, et s'expose au grief supplémentaire de traiter à l'identique, sans justification objective et raisonnable, des délinquants pénaux ne se trouvant pas dans des situations comparables au regard de cette mesure »(61).

39. Pour respecter le principe d'égalité, la *division en circonscriptions électorales* pour le scrutin provincial doit éviter les différences trop importantes entre circonscriptions au regard de la proportionnalité du scrutin. Dans son arrêt n° 149/2007, la Cour constitutionnelle, analysant les objectifs poursuivis par le législateur flamand et pouvant justifier des différences raisonnables quant au seuil électoral naturel découlant de la répartition des circonscriptions électorales, a constaté que le législateur flamand avait opté pour le *statu quo* et a considéré que les objectifs qui avaient été poursuivis antérieurement par le législateur fédéral et que le législateur décrétal s'était appropriés pouvaient justifier de telles différences si elles étaient restées dans des limites raisonnables. Dès lors, lorsque le législateur compétent n'opte pas pour le *statu quo*, il doit être en mesure de justifier le découpage qu'il envisage, dans la mesure où celui-ci a pour effet de maintenir des différences dans la taille des circonscriptions électorales étant donné que les réalités socio-économiques qui ont, précédemment, servi de justification au découpage des circonscriptions ne sont pas immuables et que l'instauration

(59) Avis 50.421/4 du 26 octobre 2011 sur un avant-projet de loi « relative au transport de marchandises par route et portant exécution du Règlement (CE) n° 1071/2009 du Parlement européen et du Conseil du 21 octobre 2009 établissant des règles communes sur les conditions à respecter pour exercer la profession de transporteur par route, et abrogeant la directive 96/26/CE du Conseil et portant exécution du Règlement (CE) 1072/2009 du Parlement européen et du Conseil du 21 octobre 2009 établissant des règles communes pour l'accès au marché du transport international de marchandises par route » ; avis 50.422/4 du 26 octobre 2011 sur un avant-projet de loi « relative au transport de voyageurs par route et portant exécution du règlement (CE) n° 1071/2009 du Parlement européen et du Conseil du 21 octobre 2009 établissant des règles communes sur les conditions à respecter pour exercer la profession de transporteur par route, et abrogeant la directive 96/26/CE du Conseil, et portant exécution du règlement (CE) n° 1073/2009 du Parlement européen et du Conseil du 21 octobre 2009 établissant des règles communes pour l'accès au marché international des services de transport par autocars et autobus, et modifiant le règlement (CE) n° 561/2006 ».

(60) Voy., en ce sens notamment, C.C., arrêt n° 38/2000, du 29 mars 2000, B.4 (note infrapaginale 5 des avis 50.421/4 du 26 octobre 2011 et 50.422/4 du 26 octobre 2011, cités à la note 59).

(61) C.E.D.H., arrêt *Thlimmenos c. Grèce* du 6 avril 2000 (req. 34369/97), § 47 (note infrapaginale 7 des avis 50.421/4 du 26 octobre 2011 et 50.422/4 du 26 octobre 2011, cités à la note 59).

this Jurisquare copy is licenced to UCL - Off campus

de divergences moins grandes que celles condamnées par la Cour constitutionnelle, ne signifie pas nécessairement qu'elles soient proportionnées aux objectifs poursuivis(62).

40. Lorsqu'il adopte des mesures inspirées, à la base, par la volonté d'un rapprochement substantiel sur ce point, progressif ou non, des *régimes applicables respectivement aux ouvriers et aux employés*, le législateur doit démontrer, dans l'exposé des motifs, que ces mesures se justifient au regard de l'arrêt n° 56/93 du 8 juillet 1993 de la Cour constitutionnelle selon lequel : « 1) le critère de la nature du travail (manuel ou intellectuel) peut encore difficilement justifier aujourd'hui, de manière objective et raisonnable, la distinction entre ouvriers et employés qui est fondée sur ce critère ; 2) l'effacement de l'inégalité qui a été instaurée entre ouvriers et employés en vertu de ce critère, ne peut être que progressif et le fait qu'il serait injustifié d'instituer aujourd'hui une distinction sur la base de ce critère, ne suffit pas pour justifier sa brusque abolition ; 3) pour apprécier la légitimité d'une différence de traitement basée sur ce critère, il faut également tenir compte des effets d'éventuelles différences de traitement dans d'autres domaines qui reposent sur ce même critère »(63).

41. L'article 20 TFUE, tel qu'interprété par l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne du 8 mars 2011, en cause de *Gerardo Ruiz Zambrano c. Office national de l'emploi (ONEm)* (aff. C-34/09), confère à tous les Belges le statut de citoyen de l'Union européenne et s'oppose donc à des mesures nationales ayant pour effet de priver les Belges de la jouissance effective de l'essentiel des droits conférés par leur *statut de citoyen de l'Union européenne*. Une disposition ayant pour objet d'assimiler le Belge aux étrangers non-ressortissants de l'Union européenne en ce qui concerne le regroupement familial n'est pas conforme à cette jurisprudence en ce qu'elle aurait pour effet d'obliger un Belge, citoyen de l'Union européenne, à quitter le territoire de celle-ci pour vivre avec les membres de sa famille et exercer ainsi son droit fondamental au respect de la vie privée et familiale, aux mêmes conditions que celles dans lesquelles les autres citoyens de l'Union européenne, ayant fait usage de leur liberté de circulation, peuvent exercer leur droit au regroupement familial. Cette disposition n'assurerait pas aux Belges les mêmes droits qu'aux autres citoyens de l'Union, en particulier le droit au respect de la vie familiale garanti notamment par l'article 7 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et par l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Dans de telles conditions, les Belges, en tant que citoyens de l'Union européenne, seraient de fait dans

(62) Avis 49.193/4 du 16 février 2011 sur un avant-projet de décret « modifiant certaines dispositions du Code de la démocratie locale et de la décentralisation en matière de composition des collèges et conseils provinciaux », *Doc.*, Parl. wal., sess. 2010-2011, n° 449/1.

(63) Avis 49.323/1 du 3 mars 2011, cité à la note 9.

this Jurisquare copy is licenced to UCL - Off campus

l'impossibilité d'exercer l'essentiel des droits conférés par leur statut de citoyen de l'Union (64).

42. Le fait de prévoir, d'une part, que des *personnes élues* au sein d'une assemblée sont déchues de ce mandat dès qu'elle se portent candidates à un mandat effectif au sein d'une autre assemblée et, d'autre part, que des personnes élues au sein d'une assemblée et qui sont élues comme candidats suppléants dans une autre assemblée, perdent leur premier mandat au moment où elles sont amenées à prêter serment dans la seconde assemblée instaure une différence de traitement difficile à justifier au regard des principes d'égalité et de non-discrimination (65).

43. Une réglementation tendant à promouvoir une *présence équilibrée des femmes et des hommes* au sein des conseils d'administration des entreprises, c'est-à-dire à instaurer un quota, doit être appréciée au regard des conditions que la Cour constitutionnelle a précisées, dans son arrêt n° 17/2009 du 12 février 2009 (B.22.2 à B.23.2) quant à la compatibilité d'une mesure d'« action positive » avec le principe d'égalité et de non-discrimination. A cet égard, l'option retenue d'imposer un quota absolu et inconditionnel sanctionné appelle certaines réserves, au regard du principe de proportionnalité. En effet, l'obligation imposée comme telle de respecter un quota de femmes ou d'hommes dans la composition du conseil d'administration d'une entreprise publique économique ou de la Loterie Nationale n'apparaît pas en soi de nature à restreindre inutilement les droits des uns ou des autres, pour autant qu'elle ne dispense pas l'autorité publique investie du pouvoir de nomination de procéder à la comparaison des titres et mérites et que le respect de cette obligation apparaisse de la motivation de l'acte de nomination. Or, la fixation d'un quota absolu à respecter de manière inconditionnelle pourrait aboutir à contraindre l'autorité publique inves-

(64) Avis 49.356/4 du 4 avril 2011 sur les amendements n[os] 147 à 156 relatifs à la proposition de loi « modifiant la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers en ce qui concerne les conditions dont est assorti le regroupement familial des ressortissants de pays non membres de l'UE », *Doc. parl.*, Ch., sess. 2010-2011 n° 53-443/14.

(65) Avis 49.440/2/VR du 14 juin 2011 sur une proposition de loi spéciale « renforçant le rôle de l'électeur en prévoyant la cessation d'office du mandat de membre du Parlement wallon, du Parlement flamand et du Parlement de la Région de Bruxelles-Capitale en cas d'élection à une autre assemblée parlementaire », *Doc. parl.*, Sén., sess. 2010-2011, n° 5-428/1 ; avis 49.441/2/VR du 14 juin 2011sur une proposition de loi « renforçant le rôle de l'électeur en prévoyant la cessation d'office du mandat de membre de la Chambre des représentants, de sénateur élu directement ou de sénateur coopté en cas d'élection à une autre assemblée parlementaire », *Doc. parl.*, Sén., sess. 2010-2011, n° 5-429/1 ; avis 49.442/2/VR du 14 juin 2011 sur une proposition de loi « renforçant le rôle de l'électeur en prévoyant la cessation d'office du mandat de membre du Parlement européen en cas d'élection à une autre assemblée parlementaire », *Doc. parl.*, Sén., sess. 2010-2011, n° 5-430/1 ; avis 49.443/2/VR du 14 juin 2011 sur une proposition de loi « renforçant le rôle de l'électeur en prévoyant la cessation d'office du mandat de membre du Parlement de la Communauté germanophone en cas d'élection dans une autre assemblée parlementaire », *Doc. parl.*, Sén., sess. 2010-2011, n° 5-431/1.

this Jurisquare copy is licenced to UCL - Off campus

tie du pouvoir de nomination à choisir une personne d'un sexe déterminé par le seul motif qu'elle est de ce sexe, c'est-à-dire indépendamment de ses titres et mérites (66), ce qui méconnaîtrait tant la jurisprudence précitée de la Cour constitutionnelle que celle dégagée par la Cour de justice de l'Union européenne (67).

44. La détermination, ouverte ou fermée, d'une liste de *critères de discriminations prohibées*, a été examinée par l'assemblée générale de la section de législation du Conseil d'Etat, dans son avis 40.689/40.690/40.691/AG. Postérieurement à cet avis, la Cour constitutionnelle a, à diverses reprises, précisé les conditions auxquelles doit satisfaire la liste de critères protégés par une législation anti-discriminatoire fédérale, communautaire ou régionale, aux fins de demeurer compatible avec les articles 10 et 11 de la Constitution, lus isolément ou en combinaison avec l'article 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et l'article 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Des différents arrêts intervenus sur ce point (68), il se dégage qu'à l'estime de la Cour constitutionnelle : « a) l'établissement d'une liste fermée et exhaustive de critères protégés ne méconnaît pas en soi le principe d'égalité et de non-discrimination garanti par les dispositions constitutionnelles et conventionnelles précitées ; b) ladite liste fermée n'encourra apparemment pas de grief au regard du principe d'égalité et de non-discrimination garanti par les dispositions constitutionnelles et conventionnelles précitées, dans la mesure où elle inclut les critères protégés suivants : la nationalité, une prétendue race, la couleur de peau, l'ascendance, l'origine nationale ou ethnique, l'âge, l'orientation sexuelle, la conviction religieuse ou philosophique, un handicap, le sexe ou des critères apparentés tels que la grossesse, la naissance et la maternité, ou le changement de sexe, l'état civil, la naissance, la fortune, la conviction politique, la conviction syndicale, la langue, l'état de santé actuel

(66) Avis 49.473/AG du 26 avril 2011 sur une proposition de loi « modifiant la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques, le Code des sociétés et la loi du 19 avril 2002 relative à la rationalisation du fonctionnement et de la gestion de la Loterie Nationale afin de garantir la présence des femmes dans le conseil d'administration des entreprises publiques autonomes et des sociétés cotées et de la Loterie Nationale », *Doc. parl.*, Ch., sess. 2010-2011, n° 53-211/5. Cet avis est détaillé dans le rapport annuel 2010-2011 du Conseil d'Etat (pp. 58 à 60).

(67) CJUE, C-158/97, *Badeck e.a.*, du 28 mars 2000, *Jur.* CJUE 2000, I, 1875, concl. A. Saggio. Voy. égal. CJUE, C-450/93, *Kalanke/Freie Hansestadt Bremen*, du 17 octobre 1995, *Jur.* CJUE 1995, I, 3051, considérant 23, concl. G. Tesauro ; CJUE, C-409/95, *Marschall/Land Nordrhein-Westfalen*, 11 novembre 1997, *Jur.* CJUE. 1997, I, 6363, considérant 33, concl. F. Jacobs et CJUE, C-407/98, *Abrahamsson*, du 6 juillet 2000, *Jur.* CJUE 2000, I-05539, considérant 20 (note infrapaginale 17 de l'avis 49.473/ AG du 26 avril 2011, cité à la note 66).

(68) C.C., arrêts n° 17/2009, du 12 février 2009 ; n° 41/2009, du 11 mars 2009 ; n° 64/2009, du 2 avril 2009 ; n° 122/2009, du 16 juillet 2009 ; n° 123/2009, du 16 juillet 2009 ; n° 35/2010, du 22 avril 2010 (note infrapaginale 28 de l'avis 50.313/2 du 10 octobre 2011 sur un avant-projet de décret « visant à lutter contre certaines formes de discrimination », *Doc.*, Parl. Comm. germ., sess. 2011-2012, n° 98/1).

this Jurisquare copy is licenced to UCL - Off campus

ou futur, une caractéristique physique ou génétique ou encore l'origine sociale »(69).

45. Le Comité de concertation du Centre du Cinéma et de l'Audiovisuel est un organe d'avis qui doit satisfaire à l'article 7 de la loi du *Pacte culturel*, en vertu duquel les organes de consultation créés dans les matières culturelles en vertu de l'article 6 de la même loi doivent être composés de manière à assurer la représentation des tendances idéologiques et philosophiques aussi bien que des groupements utilisateurs, et à éviter la prédominance injustifiée d'une des tendances ou d'un ensemble de groupements utilisateurs se réclamant d'une même tendance. Le même article prévoit aussi que les avis transmis à l'autorité publique peuvent comporter des notes de minorité. Ce comité doit donc être composé de membres ayant voix délibérative, étant des représentants de tendances idéologiques et philosophiques(70).

13. Liberté d'association

46. L'article 11 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et l'article 22 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques permettent des restrictions à la liberté d'association et de ne pas s'associer, lorsqu'elles sont prévues par la loi et constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la liberté d'autrui. Par contre, l'article 27 de la Constitution ne prévoit pas les éventuelles dérogations possibles à la liberté qu'elle protège. Le législateur peut, cependant, limiter cette liberté constitutionnelle ou permettre à l'autorité administrative de limiter celle-ci, dans des conditions déterminées, et sous réserve de ce que la limitation demeure proportionnée au but légitime poursuivi. Dès lors, il appartient au législateur de démontrer que les restrictions qu'il apporte à la liberté de s'associer et de ne pas s'associer sont effectivement nécessaires à la protection d'un environnement sain, et qu'elles sont proportionnées à cet objectif(71).

47. La question se pose de savoir si en imposant aux assemblées générales d'actionnaires des sociétés cotées l'obligation de respecter un quota absolu et inconditionnel de membres d'un sexe déterminé dans la composition du conseil d'administration alors qu'elles ont jusqu'à présent arrêté cette composition en toute liberté, la proposition de loi à l'examen ne remet pas fondamentalement en cause les règles actuelles qui régissent le droit des

(69) Avis 50.313/2 du 10 octobre 2011, cité à la note 68.

(70) Avis 49.275/4 du 16 mars 2011 sur un avant-projet de décret « relatif au soutien au cinéma et à la création audiovisuelle », *Doc.*, Parl. Comm. fr., sess. 2011-2012, n° 255/1.

(71) Avis 49.697/4 du 8 juin 2011, cité à la note 4 ; voy. égal. l'avis 50.143/2/V du 12 septembre 2011, cité à la note 47.

this Jurisquare copy is licenced to UCL - Off campus

sociétés anonymes, dès lors que celles-ci s'organisent autour du principe de la souveraineté de l'assemblée générale des actionnaires et concrétisent ainsi la liberté d'association garantie par l'article 27 de la Constitution(72).

14. Droits politiques

48. La disposition interdisant aux membres du conseil de l'Institut belge des services postaux et des télécommunications ou « IBPT », de cumuler leur fonction avec une autre activité professionnelle, « à l'exception d'un mandat public de nature politique », ne semble pas permettre de garantir l'indépendance des autorités réglementaires nationales prévues par les directives européennes. Il incombe donc au législateur « d'examiner si l'autorisation d'un tel cumul – aussi général – ne doit pas être revue afin de limiter au maximum les risques de pression politique susceptible de compromettre l'impartialité des membres du Conseil et en tout état de cause de mieux circonscrire dans la loi elle-même ce qu'il convient d'entendre par un "mandat public de nature politique" et ce aux fins de réaliser un juste équilibre entre, d'une part, les exigences qu'impose le droit européen et, d'autre part, la jouissance des droits politiques »(73).

15. Droit à l'autodétermination de la personne

49. En l'absence d'obligations précises découlant des directives européennes, les Etats membres sont libres de choisir eux-mêmes de quelle manière protéger le droit à l'autodétermination de la personne, en matière de prélèvements d'organes, si ce n'est qu'ils doivent se conformer à l'article 3, § 2, a), de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne qui requiert « le consentement libre et éclairé de la personne concernée » pour les ingérences dans le droit à l'intégrité physique(74).

II. La fonction normative

A. *La fonction législative*

1. Répartition Chambre – Sénat

50. La section de législation s'est à nouveau prononcée sur la classification des projets qui lui étaient soumis au regard des articles 74 à 83

(72) Avis 49.473/ AG du 26 avril 2011, cité à la note 66.

(73) Avis 50.704/4 du 21 décembre 2011 sur « des amendements du Gouvernement à l'avant-projet de loi portant des dispositions diverses en matière de communications électroniques ».

(74) Avis 50.638/3 du 13 décembre 2011 sur un avant-projet de loi « modifiant la loi du 13 juin 1986 sur le prélèvement et la transplantation d'organes », *Doc. parl.*, Ch., sess. 2011-2012, n° 2158/1.

this Jurisquare copy is licenced to UCL - Off campus

de la Constitution qui consacrent la répartition des compétences entre la Chambre et le Sénat.

51. On citera, uniquement pour exemples, que relèvent de la procédure bicamérale parfaite visée à l'article 77 de la Constitution les dispositions ayant pour objet la déchéance de la nationalité prononcée par le juge pénal sur réquisition du ministère public et l'action de déchéance poursuivie par le ministère public devant la Cour d'appel(75), les compétences attribuées au tribunal de police(76), aux juges de paix ou encore l'élection des sénateurs(77).

52. Concernant l'article 74 de la Constitution, celui-ci prévoit que, par dérogation à l'article 36 de la Constitution, le pouvoir législatif fédéral s'exerce collectivement par le Roi et la Chambre des représentants, notamment, pour l'octroi des naturalisations. Cette compétence conférée à la Chambre des représentants d'accorder des naturalisations implique, par dérogation aux pouvoirs d'exécution des lois attribués au Roi par l'article 108 de la Constitution, celle d'accomplir un acte d'administration. La section de législation rappelle que l'article 74 de la Constitution se limite à conférer pareille compétence à la Chambre et ne contient aucune attribution relative à la compétence exclusive de cette assemblée quant aux conditions s'appliquant aux naturalisations. La compétence relative à l'octroi de la naturalisation doit, selon elle, s'exercer dans le respect des lois et il est donc admissible que le législateur détermine ces conditions. Le Haut Collège prend, cependant, soin de préciser que ce faisant, le législateur ne peut toutefois priver la Chambre des représentants de tout pouvoir d'appréciation, les limites apportées à ce pouvoir devant en conséquence rester proportionnées(78).

2. Législateur spécial et législateur ordinaire

53. En vertu de l'article 118, § 1er, de la Constitution, le législateur fédéral agissant à la majorité spéciale est compétent pour régler les élections des membres du Parlement de la Région wallonne, de la Communauté flamande et de la Région de Bruxelles-Capitale, ainsi que la composition et le fonctionnement de ces Parlements. C'est donc à bon escient qu'une proposition(79) envisage l'adoption d'une loi spéciale pour énoncer les causes

(75) Avis 49.941/AG/2/V des 16 et 23 août 2011 sur l'amendement n° 124 à une proposition de loi « modifiant le Code de la nationalité belge afin de rendre l'acquisition de la nationalité belge neutre du point de vue de l'immigration », *Doc. parl.*, Ch., sess. 2010-2011, n° 476/11.

(76) Avis 50.421/4 et 50.422/4 du 26 octobre 2011, cités à la note 59.

(77) Avis 50.186/2 et 50.187/2 du 12 octobre 2011 sur une proposition de loi « instaurant un statut de protection global des personnes majeures incapables » et sur les amendements nos 1 à 138 à la proposition de loi « instaurant un statut de protection global des personnes majeures incapables », *Doc. parl.*, Ch., sess. 2010-2011, n° 1009/3.

(78) Avis 49.941/AG/2/V, cité à la note 75.

(79) Avis 49.440/2/VR du 14 juin 2011, cité à la note 65.

this Jurisquare copy is licenced to UCL - Off campus

de déchéance frappant les membres de ces assemblées. De même, c'est à bon droit que, par d'autres propositions (80), le législateur fédéral statuant à la majorité ordinaire soit chargé de régler ces questions pour les deux assemblées fédérales, le Parlement européen et le Parlement de la Communauté germanophone, en vertu de la compétence résiduelle de l'autorité fédérale et, s'agissant de ce dernier Parlement, de l'article 118, § 1er, de la Constitution.

54. Il résulte des articles 6, § 1er, VIII, alinéa 1er, 4°, alinéa 1er, c), et 35, § 3, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles que les décrets relatifs à l'élection des organes provinciaux doivent être adoptés à la majorité des deux tiers des suffrages exprimés au Parlement régional lorsqu'ils ont pour effet de diminuer la proportionnalité de la répartition des sièges par rapport à la répartition des voix. A propos d'un avant-projet de décret dont l'objet est de diminuer d'un tiers le nombre de sièges à élire des conseillers provinciaux tout en modifiant la division du territoire des provinces en circonscriptions électorales en fusionnant certains petits districts électoraux (de manière à ce que ne subsistent pas les districts électoraux pour lesquels le nombre de conseillers provinciaux à élire serait inférieur à quatre), la section de législation constate que « si pour les districts électoraux qui sont fusionnés par le présent avant-projet la proportionnalité de la dévolution des sièges par rapport à la répartition des voix sera probablement égale ou supérieure, elle diminuera nécessairement en revanche dans toutes les circonscriptions qui ne sont pas concernées par des fusions, puisque le nombre des membres à y élire va diminuer ». L'avant-projet doit, par conséquent, être adopté sous la forme d'un décret spécial (81).

3. Confirmation législative d'arrêtés

55. Dans un souci de sécurité juridique, la section de législation a recommandé de prévoir une procédure de confirmation législative de manière à permettre un contrôle parlementaire d'arrêtés royaux fixant les mesures nécessaires pour la transposition de dispositions de droit international. Un tel procédé contribue également à éviter tout litige quant à la question de savoir si le Roi n'a pas dépassé les pouvoirs qui lui ont été conférés (82).

56. La condition de la confirmation législative doit être précisée notamment quant au délai dans lequel la confirmation doit impérativement intervenir et quant à l'indication des effets de l'absence ou de la tardiveté de

(80) Avis 49.441/2/VR, 49.442/2/VR et 49.443/2/VR du 14 juin 2011, cités à la note 65.
(81) Avis 49.193/4 du 16 février 2011, cité à la note 62.
(82) Avis 50.141/2 du 21 septembre 2011 sur un avant-projet de loi « relative à certaines formes de gestion collective de portefeuilles d'investissement », *Doc. parl.*, Ch., sess. 2011-2012, n° 2218/1.

this Jurisquare copy is licenced to UCL - Off campus

la confirmation(83). A propos de la tardiveté de la confirmation, la section de législation a eu à connaître de la confirmation d'arrêtés en matière de précompte professionnel et a constaté qu'en ne saisissant pas immédiatement – ou dès que possible – les Chambres législatives d'un projet de loi de confirmation, alors que l'article 275, § 3, du CIR 92 dispose que « [l]e Roi saisira les Chambres législatives, immédiatement si elles sont réunies, sinon dès l'ouverture de leur prochaine session, d'un projet de loi de confirmation des arrêtés pris en exécution du présent article », le pouvoir exécutif court le risque que les arrêtés concernés soient vidés de toute force juridique dans la mesure où ils seraient annulés par le Conseil d'Etat, section du contentieux administratif, dans le cadre d'un recours en annulation, ou parce que la Cour constitutionnelle(84) annulerait la loi de confirmation pour le motif que la confirmation n'est pas intervenue dans un délai relativement court(85).

57. Lorsqu'un arrêté royal est confirmé, il acquiert force de loi, à la suite de cette confirmation, et le législateur se réapproprie les matières qui y sont réglées. En conséquence, le Roi ne peut plus les modifier(86).

58. La section de législation, saisie de plusieurs amendements qui habilitent le Roi, par arrêté royal délibéré en Conseil des ministres, « à abroger, modifier, compléter ou remplacer » différentes dispositions qui ne peuvent être modifiées que par une loi, a eu l'occasion de rappeler que le pouvoir exécutif peut être habilité à le faire dans deux hypothèses : soit dans le cas où le règlement de la matière concernée n'a pas été réservé au législateur par la Constitution, que l'habilitation conférée au pouvoir exécutif est de nature plutôt technique et qu'une marge de manœuvre peu importante est laissée à celui-ci, soit lorsque, de manière générale, le législateur a entendu confier au pouvoir exécutif des « pouvoirs spéciaux » dans une matière déterminée incluant la possibilité de modifier, abroger ou compléter des dispositions législatives(87). Ne répondent, en principe, pas à cette dernière hypothèse les habilitations qui ne sont pas limitées dans le temps et ne sont pas suffisamment définies en ce qui concerne les finalités et les objectifs. Selon la section de législation, une solution pourrait, toutefois, consister en ce que le législateur précise qu'il devra confirmer ultérieurement les arrêtés royaux pris en exécution de ces habilitations et qu'ils seront rétroactivement mis à néant s'ils ne sont pas confirmés dans un délai déterminé. Il en

(83) Avis 49.529/1 du 5 mai 2011 sur un avant-projet de loi « modifiant la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services », *Doc. parl.*, Ch., sess. 2010-2011, n[os] 1591/1 et 1590/1.

(84) C.C., arrêts n° 60/2002, du 28 mars 2002 et n° 100/2003, du 17 juillet 2003.

(85) Avis 49.038/1/2/3/4 des 20 et 21 décembre 2010 et du 10 janvier 2011, cité à la note 38.

(86) Avis 50.489/3 du 8 novembre 2011 sur un projet d'arrêté royal « modifiant l'arrêté royal du 16 juillet 2002 relatif à l'établissement de mécanismes visant la promotion de l'électricité produite à partir des sources d'énergie renouvelables ».

(87) Sur cette question, voy. égal. *infra*, n[os] 82 et s.

this Jurisquare copy is licenced to UCL - Off campus

va d'autant plus ainsi lorsque l'habilitation permettrait de porter sur des matières que la Constitution réserve à la loi et, notamment, sur les pensions des enseignants (art. 24, § 5), des magistrats (art. 152 et 162), des ministres des cultes et délégués philosophiques (art. 181), des militaires (art. 182) et des policiers (art. 184)(88).

4. Abrogation

59. Lorsqu'un assentiment a été donné à un accord de coopération par décret, il est sans portée d'abroger un tel décret portant assentiment puisque l'abrogation ne vaut que pour l'avenir et n'est pas susceptible de remettre en cause les effets acquis qui appartiennent au passé(89).

60. Même s'il y a lieu de considérer qu'un premier décret a été implicitement abrogé par un second, la section de législation recommande, afin d'assurer la sécurité juridique en la matière, de procéder à l'abrogation expresse du premier décret avec effet à la date de l'entrée en vigueur du second(90).

B. *La fonction exécutive*

1. Les affaires courantes

61. Au cours de la période écoulée, la section de législation du Conseil d'Etat s'est vu soumettre nombre de textes en projet déposés par le Gouvernement fédéral démissionnaire, dont la compétence était, de ce fait, limitée à l'expédition des « affaires courantes ». Cela signifie qu'il ne peut prendre des décisions politiques importantes, à la différence du pouvoir législatif qui conserve la plénitude de ses compétences. Il est dérogé à cette règle lorsqu'« il s'agit d'initiatives ne pouvant souffrir aucun délai sans risquer de mettre en péril les intérêts fondamentaux de l'Etat ou sans porter gravement atteinte aux intérêts essentiels du pays ou de certaines catégories de personnes »(91).

En de telles circonstances, le dépôt d'avant-projets de lois ne pose, en principe, pas de difficulté, dès lors que les mesures qu'ils contiennent sont prises par le législateur. La section de législation attire, cependant, l'attention sur la circonstance que les arrêtés royaux d'exécution de ces textes

(88) Avis 50.742/1/2 du 20 décembre 2011, cité à la note 30.

(89) Avis 49.908/4 du 13 juillet 2011 sur un avant-projet de décret « portant assentiment à l'accord de coopération entre la Communauté française, la Région wallonne et la Région de Bruxelles-Capitale relatif à l'Éducation à l'Environnement et au Développement Durable », *Doc.*, Parl. Comm. fr., sess. 2011-2012, n° 268/1.

(90) Avis 50.602/4 du 19 décembre 2011 sur un projet d'arrêté du Gouvernement de la Communauté française « portant exécution du décret du 26 mai 2011 instaurant la Commission des Seniors de la Communauté française ».

(91) Avis 49.323/1 du 3 mars 2011, cité à la note 9.

this Jurisquare copy is licenced to UCL - Off campus

légaux ne pourraient pas, dans tous les cas, être adoptés par le pouvoir exécutif aux compétences ainsi limitées. « Le cas échéant, le législateur devra donc également prévoir lui-même les mesures d'exécution nécessaires, en tenant compte du fait que les normes fixées en la matière par un gouvernement en affaires courantes ne risquent ultérieurement d'être annulées ou inappliquées »(92).

2. Pouvoir réglementaire autonome

62. Le pouvoir exécutif dispose d'un pouvoir autonome en matière de fonction publique, sauf les exceptions établies par la loi, le décret ou l'ordonnance.

Au niveau fédéral, c'est au Roi que revient exclusivement l'organisation dudit pouvoir, selon les articles 37 et 107, alinéa 2, de la Constitution(93). L'un des corollaires de ces dispositions tient au fait qu'en principe, le législateur doit s'abstenir de s'immiscer dans l'organisation des services de l'administration générale. Cette immixtion n'est compatible avec la répartition constitutionnelle des compétences entre les pouvoirs législatif et exécutif que si elle est justifiée par des circonstances exceptionnelles ou si elle concerne des dispositions qui, en vertu de la Constitution, ne peuvent être édictées que par le législateur(94). Le législateur ne peut, dès lors, lui-même créer et organiser le fonctionnement d'un bureau de recouvrement d'amendes administratives de roulage. Il ne peut pas davantage y habiliter le Roi, pas plus que ce dernier ne peut se voir charger de fixer le statut administratif du personnel de ce bureau(95). Il n'appartient pas non plus à un décret de la Communauté française de s'immiscer dans le rôle dévolu aux inspecteurs des finances, même en se bornant à rappeler leurs prérogatives, puisque le contrôle administratif et budgétaire est un contrôle interne aux services du gouvernement qui échappe par conséquent à la compétence du législateur(96).

63. Au niveau communautaire et régional, chaque gouvernement dispose également en propre de son administration qu'il règle selon l'article 87 de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles(97). Le Conseil

(92) *Ibid*.

(93) Avis 50.077/2/V du 17 août 2011 sur une proposition de loi « relative au règlement administratif de certaines infractions à la législation sur la circulation routière », *Doc. parl.*, Sén., 2010, n° 5-54/1 ; avis 50.186/2 et 50.187/2 du 12 octobre 2011, cités à la note 77.

(94) Avis 50.077/2/V du 17 août 2011, cité à la note 93 ; avis 50.143/2/V du 12 septembre 2011, cité à la note 47 ; avis 50.313/2 du 10 octobre 2011, cité à la note 68.

(95) Avis 50.077/2/V du 17 août 2011, cité à la note 93.

(96) Avis 50.466/2 du 9 novembre 2011 sur un avant-projet de décret « portant organisation du budget et de la comptabilité des services du Gouvernement de la Communauté française », *Doc.*, Parl. Comm. fr., sess. 2011-2012, n° 272. Pour un commentaire de cet avis, voy. égal. *infra*, notamment le n° 185.

(97) Avis 49.269/3 du 8 mars 2011 sur un avant-projet de décret « tot wijziging van verschillende decreten in het kader van de herstructurering van het agentschap Toerisme Vlaan-

this Jurisquare copy is licenced to UCL - Off campus

d'Etat en a déduit qu'« [e]n identifiant précisément le département du Service public de Wallonie au sein duquel il incombe au Gouvernement de désigner les représentants de la Région dans le comité de gestion financière de la Société wallonne du logement, le texte en projet s'immisce dans l'organisation des services dont dispose le gouvernement »(98). De même, le législateur ne peut directement, par un décret, confier à l'un des services du gouvernement des missions qu'il entend voir exécutées. C'est à ce gouvernement que revient une telle initiative(99).

64. Lorsque, en dépit du pouvoir réglementaire autonome dont jouit le pouvoir exécutif, le législateur légifère dans l'une de ses matières, le Roi se voit privé de toute possibilité d'arrêter des dispositions qui seraient contraires à la loi adoptée sur le même thème. Au cours de la période à l'examen, le cas s'est présenté dans le domaine du droit pénitentiaire. Le pouvoir exécutif souhaitait modifier la durée du mandat des membres des Commissions de surveillance visés à l'article 138*quinquies* de l'arrêté royal du 21 mai 1965 portant règlement général des établissements pénitentiaires, tel qu'inséré par un arrêté royal du 4 avril 2003(100). La question se posait de savoir quelle base donner à l'arrêté royal en projet, étant entendu que la loi dite « de principes » du 12 janvier 2005(101) qui traitait, entre autres, de cette question, avait été promulguée mais n'était pas encore entrée en vigueur, faute d'arrêté royal adopté à cet effet. Le Conseil d'Etat a estimé que cette absence d'entrée en vigueur ne signifiait pas que « le Roi serait encore autorisé à intervenir d'une manière autonome à cet égard et plus encore d'arrêter des dispositions qui seraient contraires à la loi du 12 janvier 2005 »(102).

65. Les articles 37 et 107, alinéa 2, de la Constitution ne concernent que l'administration fédérale centrale et les structures créées en son sein(103). Les services externes, dotés de la personnalité juridique, n'en font pas partie(104). Au niveau des communautés et régions, les institutions créées par

deren », *Doc.*, Parl. fl., sess. 2010-2011, n° 1093/1 ; avis 50.441/1/3 du 18 octobre 2011 sur un avant-projet de décret « houdende bepalingen tot begeleiding van de begroting 2012 », *Doc.*, Parl. fl., sess. 2011-2012, n° 1326/1.

(98) Avis 50.143/2/V du 12 septembre 2011, cité à la note 47 ; avis 50.216/1 du 29 septembre 2011 sur un projet d'arrêté du Gouvernement flamand « tot wijziging van het besluit van de Vlaamse Regering van 24 mei 1995 houdende vaststelling van de regelen betreffende de werking en het beheer van het Vlaams Fonds voor de Lastendelging ».

(99) Avis 49.386 du 30 mars 2011 sur un avant-projet de décret « zur Förderung der Jugendarbeit », *Doc.*, Parl. germ., sess. 2010-2011, n° 86/1.

(100) Arrêté royal du 4 avril 2003 « modifiant l'arrêté royal du 21 mai 1965 portant règlement général des établissements pénitentiaires », *M.B.*, 16 mai 2003.

(101) Loi du 12 janvier 2005 « concernant l'administration pénitentiaire ainsi que le statut juridique des détenus », *M.B.*, 1er février 2005.

(102) Avis 50.508/3 du 17 novembre 2011 sur un projet d'arrêté royal « modifiant l'arrêté royal du 21 mai 1965 portant règlement général des établissements pénitentiaires ».

(103) Avis 49.246/3 du 22 février 2011, cité à la note 56 ; avis 49.386/3 du 30 mars 2011, cité à la note 99.

(104) Avis 49.321/3 du 22 mars 2011 sur un projet d'arrêté du Gouvernement flamand « tot wijziging van het Vlaams personeelsstatuut van 13 januari 2006 wat betreft de kinderbijslag, de jeugdzorgtoe-

this Jurisquare copy is licenced to UCL - Off campus

ces collectivités en application de l'article 9 de la loi spéciale de réformes institutionnelles, ressortissent à la compétence de leur législateur et non de leur gouvernement (105). Il en va de même des services à gestion séparée que ces collectivités entendent mettre sur pied (106).

66. Amenée à se prononcer sur la portée que recouvrent les notions de « gouvernements régionaux concernés » et d'« autorité fédérale concernée », au sens de l'article 6, § 3*bis*, 5°, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, qui impose une concertation entre ces instances dans certaines hypothèses déterminées, l'assemblée générale du Conseil d'Etat a rappelé que « les articles 37 et 96, alinéa 1er, de la Constitution donnent au Roi le pouvoir de régler l'organisation et le fonctionnement du pouvoir exécutif, notamment du gouvernement. Il résulte de cette compétence qu'il appartient au Roi d'instituer des comités ministériels et d'en fixer les compétences, ainsi que de désigner les ministres qui peuvent proposer des projets de loi ou d'arrêté royal dans telle ou telle matière. Dans la même ligne, on peut admettre qu'il appartient au Roi de déterminer quelle composante du pouvoir exécutif est "l'autorité fédérale concernée" au sens de l'article 6, § 3*bis*, 5°, de la loi spéciale du 8 août 1980 (...) ». En ce qui concerne les communautés et les régions, ce même article fait référence aux « gouvernements concernés ». Cela ne prive cependant pas les gouvernements régionaux de la possibilité, prévue à l'article 69 de la loi spéciale du 8 août 1980, de déléguer à leurs membres le pouvoir de mener la concertation avec les autres autorités concernées. Une telle délégation peut non seulement se déduire de l'arrêté qui fixe les attributions des membres des gouvernements concernés, mais également de l'intervention d'un membre du gouvernement dans le Comité de concertation ou de la désignation, en application de l'article 31*bis* de la loi ordinaire du 9 août 1980, d'un ministre chargé de représenter le gouvernement concerné dans une conférence interministérielle » (107).

67. Au sein des administrations qui relèvent du pouvoir réglementaire, seuls les agents statutaires sont visés par les articles 37 et 107, alinéa 2, de la Constitution (108). Pour les dispositions qui s'appliquent directe-

lage en andere bepalingen, en tot wijziging van het besluit van de Vlaamse Regering van 5 maart 2004 tot vaststelling van het statuut van de arrondissementscommissarissen » ; avis 49.800/2/4 du 29 juin 2011, cité à la note 28 ; avis 50.216/1 du 29 septembre 2011, cité à la note 98.

(105) Avis 49.336/3 du 22 mars 2011 sur un avant-projet de décret « houdende de wijziging van de wet van 10 maart 1925 op de electriciteitsvoorziening, het decreet van 20 december 1996 tot regeling van het recht op minimumlevering van elektriciteit, gas en water en het Energiedecreet van 8 mei 2009, wat betreft de omzetting van de richtlijn 2009/72/EG en de richtlijn 2009/73/EG », *Doc.*, Parl. fl., sess. 2010-2011, n° 1147/1.

(106) Avis 50.441/1/3 du 18 octobre 2011, cité à la note 97.

(107) Avis 49.282/AG/3 du 5 avril 2011 sur un projet d'arrêté ministériel « modifiant l'arrêté ministériel du 7 mai 2008 relatif à la vaccination contre la fièvre catarrhale du mouton ». Pour un commentaire de cet avis, voy. aussi *infra*, n° 137.

(108) Avis 50.291/3 du 30 septembre 2011 sur un projet d'arrêté royal « portant modification de diverses dispositions réglementaires relatives à la redistribution du travail et aux congés et

this Jurisquare copy is licenced to UCL - Off campus

ment (et donc pas par voie de référence) aux agents contractuels des services publics, le fondement juridique doit être recherché dans l'article 4, alinéa 1er, de la loi du 22 juillet 1993 portant certaines mesures en matière de fonction publique(109). Cet article dispose que : « Par dérogation à l'article 3 et sans préjudice des dispositions de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail, sur proposition du ministre qui a la Fonction publique dans ses attributions, le Roi détermine par arrêté délibéré en Conseil des Ministres, les circonstances dans lesquelles il peut être procédé à l'engagement de personnes sous contrat de travail, les conditions et les modalités de leur engagement et leurs conditions de travail ».

En matière de relations entre les syndicats et les agents du secteur public fédéral, le Conseil d'Etat a rappelé que ces relations sont régies par la loi du 19 décembre 1974 organisant les relations entre les autorités publiques et les syndicats des agents relevant de ces autorités. Il en a déduit que c'était, dès lors, au législateur de fixer les éléments essentiels de la notion de « conciliation sociale » dans le secteur public, avant que le Roi n'intervienne sur ce plan(110).

68. Le pouvoir réglementaire autonome dont disposent le Roi et les gouvernements de communauté et région leur permet d'édicter l'obligation, à charge des autorités qui relèvent du pouvoir exécutif correspondant, tel un ministre, de solliciter un avis sur des projets de loi ou d'arrêtés réglementaires. Il importe peu que ledit avis émane d'un organisme public, dont les missions sont définies par la loi, si celle-ci l'a investi d'une compétence consultative et que, partant, la mission dévolue s'inscrit dans le cadre légal visé(111).

69. La règle qui précède peut être rapprochée d'une autre règle qui découle également des articles 37 et 107, alinéa 2, de la Constitution ou de l'article 87 de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles et en vertu de laquelle « les commissions, comités, conseils, organes consultatifs et autres "observatoires" rattachés au pouvoir exécutif doivent être créés et réglés par celui-ci et non par le législateur, qui n'a pas à s'immiscer dans cette matière. Par contre, lorsque la consultation de l'organe créé est obligatoire, que ses avis sont susceptibles de lier l'autorité ou que des obligations sont imposées à des tiers, c'est au législateur qu'il revient de créer cet organe, de définir ses missions, sa composition, les indemnités ou rétributions éventuellement accordées à ses membres ainsi que les règles essen-

aux absences accordés aux membres du personnel des administrations de l'Etat ».

(109) *Ibid.*

(110) Avis 49.931/1 du 12 juillet 2011 sur un projet d'arrêté royal « concernant la sélection des titulaires de la fonction de conseiller conciliateur social dans le secteur public ».

(111) Avis 50.294/3 du 20 septembre 2011 sur un projet d'arrêté royal « déterminant les règles relatives à l'organisation et au fonctionnement du Fonds des accidents médicaux ».

this Jurisquare copy is licenced to UCL - Off campus

tielles de son fonctionnement »(112). Le Conseil d'Etat a ainsi considéré, à propos d'un avant-projet d'ordonnance bruxelloise « relative au partenariat public-privé en Région de Bruxelles-Capitale », que le législateur ne pouvait se contenter de créer un « Centre de compétence pour les partenariats public-privé » et de lui confier certaines missions, tout en chargeant le Gouvernement bruxellois de régler lui-même la composition et le fonctionnement de ce Centre(113). A partir du moment où son avis doit obligatoirement être demandé, la haute juridiction administrative a suggéré que l'avant-projet d'ordonnance soit complété « afin de régler la composition du Centre et les indemnités ou rétributions éventuellement accordées à ses membres ainsi que les règles essentielles de son fonctionnement. D'autre part, s'agissant des missions du Centre de compétence, l'article 4, § 2, de l'ordonnance en projet ne peut habiliter le Gouvernement à élargir les missions du Centre, sans fixer les critères à prendre en considération pour ce faire. En tout état de cause, s'il s'agit d'imposer des obligations aux communes, l'habilitation ne peut être admise compte tenu du principe de légalité inscrit à l'article 162, alinéa 4, de la Constitution »(114).

3. Pouvoir réglementaire dérivé

70. L'article 108 de la Constitution dispose que le Roi fait les règlements et arrêtés nécessaires pour l'exécution des lois. Si cette disposition ne permet pas au Roi d'étendre ou de restreindre la portée de la loi, elle l'autorise néanmoins à dégager du principe de celle-ci et de son économie générale les conséquences qui en dérivent naturellement d'après l'esprit qui a présidé à sa conception et les fins qu'elle poursuit, sans pouvoir jamais ni suspendre la loi elle-même, ni dispenser de son exécution(115).

Des prérogatives analogues sont reconnues aux gouvernements des communautés et des régions par l'article 20 de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles(116).

71. Le pouvoir général d'exécution s'exerce à défaut de délégation expresse au Roi ou à toute autre autorité, portant sur le même objet(117).

(112) *Ibid*.
(113) *Ibid*.
(114) *Ibid*.
(115) Avis 49.396/1 du 31 mars 2011, cité à la note 13. Le Conseil d'Etat cite, à ce sujet, Cass., 18 novembre 1924, *Pas.*, 1925, I, p. 25 et Cass., 27 février 1990, rôle 2840, www.cass.be. Voy. aussi l'avis 50.417/3 du 25 octobre 2011 sur un projet d'arrêté royal « relatif au programme de réduction des pesticides, en ce compris leur utilisation compatible avec le développement durable ».
(116) Les articles 8 et 69 de la loi spéciale du 12 janvier 1989 relative aux institutions bruxelloises renvoient à l'article 20 précité pour les institutions bruxelloises, de même que l'article 7 de la loi « de réformes institutionnelles pour la Communauté germanophone », en ce qui concerne le Gouvernement de la Communauté germanophone.
(117) Avis 50.138/1/V du 18 août 2011 sur un projet d'arrêté royal « fixant les modalités d'octroi du congé de naissance aux co-parents ».

this Jurisquare copy is licenced to UCL - Off campus

En règle, la section de législation du Conseil d'Etat passe en revue les différents fondements légaux ou décrétaux invoqués. Le cas échéant, il vérifie si ces habilitations explicites ne doivent pas être lues en combinaison avec l'article 108 de la Constitution ou 20 de la loi spéciale de réformes institutionnelles(118). Certains avis précisent, néanmoins, que, si le législateur a entendu conférer une habilitation expresse à l'arrêté en projet, seule cette base légale peut lui servir d'appui, tandis que le pouvoir général d'exécution ne peut plus être invoqué(119).

Lorsque l'habilitation porte uniquement sur le pouvoir de fixer les modalités d'application, le Conseil d'Etat a coutume de rappeler qu'elle correspond, en réalité, au pouvoir conféré par l'article 108 de la Constitution, de sorte qu'elle présente un caractère superflu et doit être omise. Si, en revanche, elle excède cet objet, elle doit être précisée davantage, sous peine de ne pas indiquer à suffisance les principes essentiels à mettre en œuvre(120).

72. Les limites qui encadrent l'exercice du pouvoir général d'exécution des normes légales ou décrétales sont délicates à cerner. Pour rappel, l'autorité doit dégager du principe de celles-ci et de leur économie générale, les conséquences qui en dérivent naturellement d'après l'esprit qui a présidé à leur conception et les fins qu'elles poursuivent. Le pouvoir exécutif ne

(118) Voy., en ce sens, avis 49.042/1 du 11 janvier 2011 sur un projet d'arrêté royal « concernant les biocarburants » ; avis 49.081/2 du 12 janvier 2011 sur un projet d'arrêté royal « relatif à la forme de la licence supplémentaire et aux modalités d'introduction et d'examen des demandes de licence supplémentaire en matière de jeux de hasard » ; avis 50.137/1/V du 29 août 2011 sur un projet d'arrêté royal « relatif à la passation des marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services dans les domaines de la défense et de la sécurité » ; avis 50.417/3 du 25 octobre 2011, cité à la note 115 ; avis 50.443 du 25 octobre 2011 sur un projet d'arrêté royal « introduisant des dispositions relatives à la promotion des délégués permanents dans l'arrêté royal du 8 mars 2009 portant exécution de la loi du 25 avril 2007 organisant les relations entre les autorités publiques et les organisations syndicales des greffiers de l'Ordre judiciaire, les référendaires près la Cour de cassation, et les référendaires et juristes de parquet près les cours et tribunaux ».

(119) Voy., en ce sens, avis 49.396/1 du 31 mars 2011, cité à la note 13 et qui, en son point 2.4., indique que : « Il est fait mention de l'article 108 de la Constitution dans le préambule des arrêtés royaux lorsqu'ils donnent exécution à une loi qui ne prévoit pas de délégation explicite à cet effet. On n'aperçoit pas pourquoi le projet à l'examen fait néanmoins référence à l'article 108 de la Constitution, en dépit de la délégation explicite figurant à l'article 1er, alinéa 5, de la loi relative aux archives ». Voy. aussi l'avis 49.100/1 du 13 janvier 2011 sur un projet d'arrêté du Gouvernement flamand « houdende de wijziging van diverse bepalingen van het besluit van de Vlaamse Regering van 17 maart 2006 betreffende de regie van de zorg en bijstand tot sociale integratie van personen met een handicap en betreffende de erkenning en subsidiëring van een Vlaams Platform van verenigingen van personen met een handicap » ; avis 50.122/2/V du 5 septembre 2011 sur un projet d'arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale « fixant le statut administratif et pécuniaire du personnel de Bruxelles-Propreté, Agence régionale pour la propreté » ; avis 50.138/1/V du 18 août 2011, cité à la note 117.

(120) Voy., en ce sens, avis 49.100/1 du 13 janvier 2011, cité à la note 119 ; avis 49.136/1 du 8 février 2011 sur un avant-projet d'ordonnance « relative à la conservation de la nature », *Doc.*, Parl. Rég. Brux-Cap., sess. 2010-2011, n° A-225/1 ; avis 49.958/1/V du 2 août 2011, cité à la note 57 ; avis 50.141/2 du 21 septembre 2011, cité à la note 82.

this Jurisquare copy is licenced to UCL - Off campus

peut ni restreindre leur portée ni les suspendre ou encore dispenser de leur exécution.

Au cours de la période écoulée, le Conseil d'Etat a, notamment, considéré, à ce propos, que :

– un arrêté en projet ne peut distinguer le « propriétaire » de l'« occupant », alors que les dispositions législatives concernées ne connaissent que les notions de « propriétaire », de « titulaire de droit réel » et de « déclarant » et qu'elles n'imposent l'obligation d'être titulaire d'un certificat PEB qu'aux seules deux premières catégories précitées (121) ;

– le Roi ne peut mettre des frais d'analyse et d'achat de vaccins à charge de l'AFSCA, vu que la loi prévoit uniquement que cette agence peut (pré)financer les dépenses exposées dans le cadre de programmes de lutte contre les maladies animales et végétales, à hauteur des montants et aux conditions fixées par le Roi dans un arrêté délibéré en Conseil des ministres (122) ;

– habilité à déterminer les « modalités d'application » de l'article 237/31 du C.W.A.T.U.P.E., le Gouvernement peut prévoir que le choix du certificateur PEB par le propriétaire du bâtiment concerné devra se faire, éventuellement, après consultation du ou des occupants de ce bâtiment mais il ne peut aller jusqu'à autoriser l'occupant à choisir lui-même ledit certificateur, ni à prévoir que le choix du propriétaire ne pourra intervenir que sur « proposition » du ou des occupants du bâtiment ; le texte en projet ne peut, en outre, faire supporter le coût du certificat par l'occupant (123) ;

– si, en vertu de son pouvoir général d'exécution, combiné aux dispositions légales dans lesquelles il est question de l'enquête sociale, le Roi peut préciser comment cette enquête doit être effectuée, imposer aux C.P.A.S. l'obligation de « veiller à toujours avoir matériellement accès aux flux concernés », comme condition pour obtenir le remboursement des allocations concernées, revient à ajouter une condition à celles que les lois à exécuter ont fixées pour ledit remboursement (124) ;

(121) Avis 50.439/4 du 7 novembre 2011 sur un projet d'arrêté du Gouvernement wallon « relatif à la certification des bâtiments publics ».

(122) Avis 49.457/3 du 30 mars 2011 sur un projet d'arrêté ministériel « fixant des mesures de lutte contre la Coxiella burnetii chez les ovins et caprins et modifiant la liste II de l'annexe I de l'arrêté royal du 22 mai 2005 portant des mesures pour la surveillance de et la protection contre certaines zoonoses et agents zoonotiques ».

(123) Avis 50.439/4 du 7 novembre 2011, cité à la note 121.

(124) Avis 50.518/1 du 17 novembre 2011 sur un projet d'arrêté royal « concernant les flux de données électroniques entre le Service fédéral public de programmation Intégration sociale et les centres publics d'action sociale dans le cadre de l'application des lois du 2 avril 1965, du 8 juillet 1976, du 26 mai 2002, de la loi-programme du 22 décembre 2008 concernant le Fonds Mazout et de leurs arrêtés royaux d'exécution ».

this Jurisquare copy is licenced to UCL - Off campus

– l'arrêté en projet ne peut confier des missions de contrôle à une société active en matière de gestion des garanties financières, si le décret invoqué à l'appui n'en a pas fait mention (125) ;
– le caractère « radical »(126) de certaines dispositions légales empêche qu'elles soient invoquées au fondement de l'arrêté en projet (127) ;
– limiter à deux ans au plus la durée de mise à disposition du personnel par l'INAMI au Fonds des accidents médicaux, alors que la base légale *ad hoc* ne lie pas la mise à disposition du personnel à un tel délai, suscite des réserves (128).

73. A l'inverse, sur la base du pouvoir général d'exécution pris seul ou en combinaison avec d'autres dispositions légales, le Conseil d'Etat a admis que :
– le Roi peut déterminer les modalités du contrôle exercé par une commission d'agrément en matière de biocarburants, en l'absence d'habilitation spécifique pour ce faire, si ce n'est pour fixer la procédure relative au contrôle et à la validation des rapports annuels visés dans les dispositions légales concernées (129) ;
– le Roi peut régler l'élaboration, le contenu et la révision de programmes de réduction des pesticides, dès lors que la loi l'a habilité à « établir » de tels programmes (130) ;
– Il est autorisé à fixer des mesures pour permettre aux délégués syndicaux d'exercer librement leur mission, ce même si la loi l'habilite, au plus, à « déterminer les règles relatives à l'activité syndicale des délégués syndicaux concernés auprès des greffiers, référendaires et juristes de parquet visés dans cette loi (…) ainsi que les cas dans lesquels ils ont droit au congé syndical pour la période qu'ils consacrent à une mission syndicale (…) »(131) ;
– le Roi peut permettre la transmission de procès-verbaux au parquet, en l'absence de paiement de la proposition de transaction proposée, dès lors que le législateur a prévu un système en matière de règlement extrajudiciaire de certains délits économiques, en vertu duquel les fonctionnaires peuvent, en toute indépendance, proposer une transaction dont le paiement éteint l'action publique (132).

(125) Avis 50.523/1 du 17 novembre 2011 sur un projet d'arrêté du Gouvernement flamand « betreffende bepaalde procedurele aspecten van de groene waarborgregeling voor kleine, middelgrote en grote ondernemingen ». Compar. : avis 49.042/1 du 11 janvier 2011, cité à la note 118.
(126) « Ingrijpend » en néerlandais.
(127) Avis 50.043/1/V du 6 septembre 2011 sur un projet d'arrêté du Gouvernement flamand « betreffende de werking en het beheer van het Investeringsfonds voor grond- en woonbeleid voor Vlaams-Brabant en tot wijziging van diverse besluiten tot uitvoering van de Vlaamse Wooncode ».
(128) Avis 50.294/3 du 20 septembre 2011, cité à la note 111.
(129) Avis 49.042/1 du 11 janvier 2011, cité à la note 118.
(130) Avis 50.417/3 du 25 octobre 2011, cité à la note 115.
(131) Avis 50.443 du 25 octobre 2011, cité à la note 118.
(132) Avis 50.388/1 du 13 octobre 2011 sur un projet d'arrêté royal « relatif au règlement transactionnel des infractions à la loi du … relative aux contrats portant sur la protection des

this Jurisquare copy is licenced to UCL - Off campus

74. A défaut de texte contraire, le pouvoir exécutif est « tenu de prendre dans un délai raisonnable les mesures nécessaires pour l'exécution des lois. Ce délai est fonction des données et des difficultés propres à chaque loi concernée »(133). S'il reporte la date de l'exécution de la loi dont il est chargé, il doit en justifier les raisons(134). De son côté, le législateur ne peut laisser au Roi le pouvoir de fixer la date d'entrée en vigueur d'un décret, sans prévoir de date ultime d'entrée en vigueur, sous peine de méconnaître le principe selon lequel le Roi ne peut « ni suspendre les décrets eux-mêmes, ni dispenser de leur exécution(135).

C. *Délégations et habilitations*

1. Du pouvoir législatif vers le pouvoir exécutif ou un de ses membres

75. *Matières réservées.* Dans des matières que la Constitution ou les lois spéciales réservent à la loi, la possibilité pour le législateur de déléguer des compétences au Roi est plus restreinte que pour les délégations ordinaires : dans ces matières, il doit, en effet, définir avec une précision suffisante une délégation éventuelle et cette délégation ne peut, en principe, concerner que l'exécution de mesures dont les éléments essentiels ont été fixés au préalable dans le texte légal(136).

76. Selon l'article 162, alinéa 1er, de la Constitution, les institutions provinciales et communales sont réglées par la loi. Cela signifie que le gouvernement ne peut se voir confier par le législateur le soin de conclure un accord avec les provinces, permettant de soustraire à ces dernières une partie de leurs attributions(137).

77. L'article 181 de la Constitution précise que sont à la charge de l'Etat les traitements et pensions tant des délégués des « cultes »(138) que des « organisations reconnues par la loi qui offrent une assistance morale

consommateurs en matière de contrats d'utilisation de biens à temps partagé, de produits de vacances à long terme, de revente et d'échange ».

(133) Avis 49.115/2 du 19 janvier 2011 sur un projet d'arrêté royal « déterminant la date d'entrée en vigueur du chapitre VII du titre V de la loi du 12 janvier 2005 de principes concernant l'administration pénitentiaire ainsi que le statut juridique des détenus et déterminant les règles relatives au transfèrement et à la surveillance ».

(134) Avis 49.657/2 du 30 mai 2011 sur un projet d'arrêté royal « modifiant l'arrêté royal du 12 février 2009 modifiant l'arrêté royal du 3 juillet 1996 portant exécution de la loi relative à l'assurance obligatoire soins de santé et indemnités coordonnée le 14 juillet 1994 ».

(135) Avis 49.695/1 du 17 mai 2011 sur un projet d'amendement sur le projet de « loi-programme (I) (article 78) », *Doc. parl.*, Ch., sess. 2010-2011, n° 53-1481/2.

(136) Sur le principe de légalité applicable aux matières que la Constitution réserve à la loi, voy. égal. *supra*, nos 1 à 7 et, *infra*, nos 84 et 165.

(137) Avis 50.557/3 du 29 novembre 2011 sur un avant-projet de décret « tot wijziging van het Provinciedecreet van 9 december 2005 », *Doc.*, Parl. fl., sess. 2011-2012, n° 1493/1. Pour un commentaire de cet avis, voy. égal. *infra*, n° 161.

(138) Const., art. 181, § 1er (1re phrase).

this Jurisquare copy is licenced to UCL - Off campus

selon une conception philosophique non confessionnelle »(139). Dans cette seconde hypothèse, les organisations doivent être reconnues par « la loi », ce qui exclut en principe l'intervention du Roi et, à plus forte raison, du ministre de la Justice. Dans la première hypothèse, en revanche, la répartition des compétences entre les pouvoirs législatif et exécutif paraît moins claire. Certes, doctrine et jurisprudence semblent admettre que l'article 181, § 1er, ne vise que les cultes « reconnus », à l'instar du § 2 de ce même article. Mais une telle reconnaissance doit-elle aussi être le fait du législateur, comme pour les organisations susvisées ? Dans un avis rendu en assemblée générale, le Conseil d'Etat se contente de soulever la question sans y donner de réponse(140). Tout au plus relève-t-il qu'à ce jour, la reconnaissance officielle de chacun des cultes reconnus a été implicitement opérée sur la base d'une loi, en l'absence de réglementation générale par la voie législative, et que le législateur, en pratique, reconnaît les cultes sur la base de critères appliqués par le ministre de la Justice.

78. Le principe de légalité est également de mise pour les personnes morales de droit public. En ce qui concerne les régions et les communautés, ce principe est expressément consacré par l'article 9, alinéa 2, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles. Il en résulte « qu'il incombe au législateur de régler, au moins dans leurs aspects essentiels, la création, la composition, la compétence, le fonctionnement et le contrôle des personnes morales de droit public »(141).

Lorsqu'une personne morale de droit public commune à plusieurs niveaux de pouvoirs est créée conjointement par un accord de coopération conclu entre les autorités qui les représentent, il résulte des articles 9 et 92*bis* de la loi spéciale du 8 août 1980 que c'est à cet accord lui-même, auquel les législateurs concernés doivent donner leur assentiment, qu'il incombe de régler les différents aspects de cette personne morale. La nécessité d'un assentiment préalable découlant de l'article 92*bis* précité « signifie notamment que l'ensemble des obligations auxquelles se soumettent les parties à un accord de coopération doivent, dans la mesure où elles entrent dans le champ d'application de l'article 92*bis*, § 1er, alinéa 2, deuxième et troisième phrases, de la loi spéciale du 8 août 1980, être connues des législateurs concernés au moment où ils donnent leur assentiment. Il s'ensuit que l'accord ne peut contenir des délégations que si elles portent sur des matières ne relevant pas obligatoirement du pouvoir législatif et si elles ne sont pas de nature à donner lieu à des règles ayant pour effet de grever l'Etat, les

(139) Const., art. 181, § 2 (1re phrase).

(140) Avis 49.285/AG du 26 avril 2011 sur une proposition de loi « visant à fixer un critère objectif de répartition du budget finançant les cultes et la laïcité », *Doc. parl.*, Ch., sess. 2010-2011, n° 53-1214/1). Pour un commentaire de cet avis, voy. égal. *infra*, n° 178.

(141) Avis 50.243/2 et 50.244/2 du 26 septembre 2011, cités à la note 17. Voy. aussi avis 50.512/4 du 21 novembre 2011 sur un projet d'arrêté du Gouvernement de la Communauté française « portant exécution du décret relatif à la lutte contre le dopage ».

this Jurisquare copy is licenced to UCL - Off campus

communautés ou les régions ou de lier les Belges individuellement »(142). Partant, un accord de coopération qui crée une École d'administration publique commune à la Région wallonne et la Communauté française ne peut prévoir la conclusion d'un contrat de gestion entre cette École et les Gouvernements wallon et de la Communauté française, dont l'objet porterait, entre autres, sur les compétences, le fonctionnement et le financement de l'École. Cet accord ne peut pas non plus conférer des délégations réglementaires aux Gouvernements respectifs de ces collectivités, fussent-elles exercées de manière conjointe par le biais d'accords de coopération subséquents conclus entre les titulaires des pouvoirs exécutifs concernés, dans des matières ressortissant au pouvoir législatif. Doivent ainsi figurer dans l'accord de coopération, soumis à l'assentiment parlementaire :

– les éléments essentiels du programme de la formation, les Gouvernements pouvant tout au plus être habilités à approuver ces plans ;
– les éléments complétant les conditions de nomination des membres du conseil d'administration de l'École et les incompatibilités applicables à ces derniers, en cas notamment de modification des législations ou des réglementations aux organismes d'intérêt public ;
– le statut administratif et pécuniaire ainsi que le cadre du personnel de l'École.

79. Dans le domaine de la culture, la disposition qui a trait aux organismes reconnus ou subsidiés exerçant des activités destinées à l'ensemble d'une communauté culturelle doit se conformer à l'article 11 de la loi du 16 juillet 1973 garantissant la protection des tendances idéologiques et philosophiques(143). Selon l'alinéa 1er de cet article, le décret doit prévoir, dans une telle hypothèse, que l'intervention financière des autorités publiques consiste simultanément dans le subventionnement d'un noyau d'agents, l'octroi annuel d'un subside forfaitaire de fonctionnement et l'octroi de subsides en fonction d'activités effectivement prestées. L'alinéa 2 indique également que les conditions et la procédure d'agréation sont fixées par une loi ou par un décret, selon le cas. Comme l'a rappelé le Conseil d'Etat au cours de la période écoulée, les possibilités pour le législateur décrétal de déléguer au gouvernement des compétences en matière de reconnaissance et de subventionnement de ces organismes sont assez limitées(144). Tout au plus peut-il l'habiliter à exécuter les principes qu'il aura fixés au préalable, ce qui suppose qu'il en donne les lignes directrices.

80. *Matières non réservées.* Conformément aux principes régissant les relations entre les pouvoirs législatif et exécutif, les choix politiques essen-

(142) Avis 50.243/2 et 50.244/2 du 26 septembre 2011, cités à la note 17.
(143) *M.B.*, 16 octobre 1973.
(144) Avis 50.091/1/V du 6 septembre 2011 sur un avant-projet de décret « houdende een vernieuwd jeugd- en kinderrechtenbeleid », *Doc.*, Parl. fl., sess. 2011-2012, n° 1363/1.

this Jurisquare copy is licenced to UCL - Off campus

tiels doivent être fixés par le premier de ces pouvoirs tandis qu'au second revient le soin d'arrêter les modalités de leur mise en œuvre.

Au niveau communautaire et régional, « les articles 20, 68, 69 et 87, § 1er, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles s'opposent à ce que le législateur décrétal attribue directement certaines missions d'exécution à un ministre ou à l'administration »(145). C'est le gouvernement de ces collectivités qui doit faire les règlements et arrêtés nécessaires pour l'exécution des décrets, déléguer ses pouvoirs et régler le fonctionnement et l'organisation de ses services(146).

81. L'habilitation que la loi donne au pouvoir exécutif doit être interprétée selon l'esprit qui a présidé à la conception de cette loi et aux fins qu'elle poursuit. Le pouvoir conféré au Roi de déterminer les conditions dans lesquelles certaines autorités sont dispensées de déposer leurs archives ne Lui permet pas de les en dispenser sans condition. Ce pouvoir ne peut être interprété de manière à ce point large qu'il emporterait la possibilité de suspendre la loi elle-même ou de dispenser de son exécution. Un tel pouvoir doit donc être assorti de conditions qui sauvegardent l'objectif essentiel de la loi(147).

82. *Pouvoirs spéciaux.* L'habilitation confiée au Roi ou au gouvernement d'« abroger, modifier, compléter ou remplacer » des dispositions légales n'est pas incompatible avec le respect des principes précités qui régissent les relations entre les pouvoirs exécutif et législatif. Le Conseil d'Etat rappelle qu'elle peut s'envisager dans deux hypothèses :

– soit dans le cas où le règlement de la matière concernée n'a pas été réservé au législateur par la Constitution, que l'habilitation conférée au pouvoir exécutif est de nature plutôt technique et qu'une marge de manœuvre peu importante est laissée à celui-ci ;
– soit lorsque, de manière générale, le législateur a entendu confier au pouvoir exécutif des « pouvoirs spéciaux » dans une matière déterminée, incluant la possibilité de modifier, abroger ou compléter des dispositions législatives(148).

83. Dans ce dernier cas, le législateur peut laisser au Roi le soin de fixer des éléments même essentiels. L'attribution au Roi d'un tel pouvoir réglementaire étendu n'est pas contraire à la Constitution, car il se fonde sur l'article 105 de celle-ci, aux termes duquel le Roi n'a d'autres pouvoirs que

(145) Avis 49.730/2 du 15 juin 2011 sur un avant-projet de décret « modifiant diverses dispositions relatives à l'enseignement secondaire », *Doc.*, Parl. Comm. fr., sess. 2010-2011, n° 231/1. Voy. aussi avis 49.503/4 du 9 mai 2011 sur un avant-projet de décret « réformant le Conseil supérieur de l'éducation physique, des sports et de la vie en plein air auprès du Gouvernement de la Communauté française », *Doc.*, Parl. Comm. fr., sess. 2010-2011, n° 251/1.
(146) Avis 49.697/4 du 8 juin 2011, cité à la note 4.
(147) Avis 49.396/1 du 31 mars 2011, cité à la note 13.
(148) Avis 50.143/2/V du 12 septembre 2011, cité à la note 47.

this Jurisquare copy is licenced to UCL - Off campus

ceux que Lui attribue la Constitution, mais qui dispose également que « les lois particulières portées en vertu de la Constitution même » peuvent également étendre les pouvoirs attribués au Roi. Toutefois, rappelle le Conseil d'Etat, « l'attribution au Roi des pouvoirs définis ci-dessus n'est pas illimitée. Pour qu'elle soit conciliable avec l'ensemble des règles constitutionnelles qui régissent les rapports entre le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif, il faut qu'il y ait des circonstances exceptionnelles, que l'attribution au Roi de tels pouvoirs soit limitée dans le temps, que les pouvoirs conférés au Roi soient précisément définis, tant en ce qui concerne les finalités et les objectifs qu'en ce qui concerne les matières dans lesquelles des mesures peuvent être prises, et que soit indiquée la portée précise des mesures que le Roi est habilité à prendre »(149). En raison de son caractère exceptionnel, l'attribution de pouvoirs spéciaux par le législateur au Roi doit être interprétée strictement. Certains arrêts de la Cour constitutionnelle précisent encore qu'il faut déterminer qu'en l'absence de confirmation dans le délai prévu, les dispositions concernées sont censées n'avoir jamais eu d'effet(150).

84. Les matières réservées à la loi par la Constitution ou les lois spéciales se prêtent, en principe, mal à l'octroi de pouvoirs spéciaux. Une telle délégation est, d'ailleurs, normalement interdite. Néanmoins, lorsque le législateur se trouve dans l'impossibilité d'établir lui-même tous les éléments essentiels de la réglementation – « parce que le respect de la procédure parlementaire ne lui permettrait pas de réaliser l'objectif d'intérêt général concerné »(151) –, le Conseil d'Etat peut accepter qu'il délègue une partie de ses prérogatives au pouvoir exécutif. Comme pour les pouvoirs spéciaux, il doit, pour cela et entre autres(152), prévoir qu'elles soient examinées par le pouvoir législatif dans un délai relativement court, fixé dans la loi d'habilitation, et qu'en l'absence de confirmation, les arrêtés adoptés sur cette base soient privés d'effets.

En matière de marchés publics, le Conseil d'Etat a ainsi considéré que relève des matières réservées à la loi, la disposition qui habilite le Roi, dans l'attente d'un nouveau régime de protection juridique, à « maintenir en vigueur et le cas échéant [à] adapter », à titre transitoire, les dispositions du livre II*bis* de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux. Or, trop peu circonscrite et précise, cette mesure est susceptible de concerner également des éléments essentiels de la réglementation. A défaut d'être assortie de l'ensemble des conditions précitées dans la loi d'habilitation, elle doit être modifiée(153).

(149) Avis 50.742/1/2 du 20 décembre 2011, cité à la note 30.
(150) Voy., par ex., C.C., arrêt n° 195/2004, du 1er décembre 2004, B.16.3.
(151) Avis 50.141/2 du 21 septembre 2011, cité à la note 82.
(152) L'on renvoie, pour le surplus, à nos précédentes chroniques – dont celle portant sur la jurisprudence de l'année 2009 –, *R.B.D.C.*, 2010, pp. 120 et 121, n° 45.
(153) Avis 49.529/1 du 5 mai 2011, cité à la note 83.

this Jurisquare copy is licenced to UCL - Off campus

2. Du pouvoir législatif vers une autorité autre que le pouvoir exécutif

85. L'attribution d'un pouvoir réglementaire à une administration ou un organisme public n'est, en règle, pas conforme aux principes généraux de droit public. Il est ainsi porté atteinte au principe constitutionnel de l'unité du pouvoir réglementaire qui revient au Roi, et un contrôle parlementaire direct fait défaut. De plus, des garanties telles que celles prévues en matière de publication et de contrôle préventif exercé par la section de législation du Conseil d'Etat, sont absentes. De telles délégations de pouvoirs ne peuvent, dès lors, être admises que pour autant qu'elles procèdent de raisons pratiques et dans la mesure où, d'une part, elles ont une portée très limitée ou principalement technique et où, d'autre part, il peut être considéré que les organismes qui doivent appliquer la réglementation concernée ou la contrôler sont les mieux placés pour l'élaborer en connaissance de cause.

Le fait pour le législateur bruxellois de confier à Brugel, le régulateur bruxellois des secteurs de l'électricité et du gaz, le pouvoir de rédiger un règlement d'ordre intérieur fixant les clauses d'indépendance pour son personnel, la composition et le mode de fonctionnement du Service des litiges organisé en son sein, ainsi que le statut du personnel qui y est attaché, excède les limites susvisées. « [U]n règlement d'ordre intérieur peut uniquement contenir des dispositions pratiques concernant l'organisation interne ou le fonctionnement d'un organisme ou d'un service et ne peut pas comporter de dispositions plus étendues, comme des règles essentielles relatives à l'indépendance du personnel ou au mode de fonctionnement d'un Service des litiges accessible à des tiers »(154).

3. Du pouvoir exécutif vers un de ses membres

86. Selon l'article 108 de la Constitution, il appartient au Roi d'adopter les règlements nécessaires pour l'exécution des lois. Des dérogations à ce principe, selon lesquelles le Roi peut lui-même déléguer une partie de son pouvoir réglementaire à un ministre, ne sont réputées compatibles avec la prescription constitutionnelle précitée que pour autant que les délégations consenties se rapportent à des mesures d'exécution d'ordre secondaire ou relatives à des points de détail(155).

(154) Avis 49.491/3 du 27 avril 2011 sur un avant-projet d'ordonnance « modifiant l'ordonnance du 19 juillet 2001 relative à l'organisation du marché de l'électricité en Région de Bruxelles-Capitale », *Doc.*, Parl. Rég. Brux-Cap., sess. 2010-2011, n° A-201/1.

(155) Avis 49.045/4 du 10 janvier 2011 sur un projet d'arrêté ministériel « relatif aux conditions de nomination au grade de technicien à l'Institut belge des services postaux et des télécommunications et fixant le programme et le règlement de la sélection comparative pour ce grade » ; avis 49.087/3 du 11 janvier 2011 sur un projet d'arrêté du Gouvernement flamand « over de subsidiëring van stages bij internationale organisaties » ; avis 49.254/3 du 1er mars 2011 sur un

this Jurisquare copy is licenced to UCL - Off campus

Tout arrêté ministériel réglementaire d'un membre du Gouvernement wallon constitue normalement l'exécution d'un arrêté de ce Gouvernement, lequel se fonde lui-même sur une loi ou un décret. Le préambule d'un tel arrêté ministériel doit alors viser, d'une part, les normes législatives sur lesquelles se fonde cet arrêté du Gouvernement et, d'autre part, les dispositions de ce dernier prévoyant les habilitations que l'arrêté ministériel met en œuvre(156).

Un arrêté fixant la répartition des compétences entre les différents membres du Conseil des ministres ou d'un gouvernement ne peut servir de fondement à une délégation de pouvoirs au profit d'un ministre(157). Il en va de même de la disposition finale d'un arrêté royal ou de gouvernement qui charge un ministre de son exécution : elle ne délègue aucun pouvoir réglementaire mais vise, uniquement, les mesures administratives nécessaires à l'application de l'arrêté. Une habilitation expresse à cet effet est, dès lors, requise(158).

87. Lorsque ce sont des membres de l'administration qui se voient déléguer une partie des compétences réglementaires, les mêmes règles sont à l'œuvre que lorsque le législateur délègue de tels pouvoirs aux organismes publics. « L'attribution d'un pouvoir réglementaire à un fonctionnaire qui n'est pas politiquement responsable devant une assemblée démocratiquement élue n'est en principe pas admissible dès lors qu'elle porte atteinte au principe de la responsabilité politique des ministres. Une telle délégation ne peut être acceptée que lorsqu'il s'agit de mesures ayant une portée limitée et technique »(159).

Ne répond pas à ces principes, le fait de :

– confier au fonctionnaire dirigeant le soin de déterminer les services de la fonction publique administrative fédérale dont le bon fonctionnement

projet d'arrêté du Gouvernement flamand « houdende bepalingen van rechten en plichten van de exploitanten van een openbaar waterdistributienetwerk en hun klanten met betrekking tot de levering van water bestemd voor menselijke consumptie, de uitvoering van de saneringsverplichting en het algemeen waterverkoopreglement ».

(156) Avis 49.304/4/AG des 28 mars et 5 avril 2011 sur un projet d'arrêté ministériel « définissant les modalités de reconnaissance de cahiers des charges au titre de la qualité différenciée dans le secteur de la production de volailles (poulets, poules pondeuses, poulardes, canards à foie gras, oies) ».

(157) *Ibid.* Voy. aussi l'avis 49.340/3 du 22 mars 2011 sur un projet d'arrêté ministériel « betreffende de programmatie van de voorzieningen van de bijzondere jeugdbijstand ».

(158) Avis 49.304/AG des 28 mars et 5 avril 2011, cité à la note 156. Voy. égal., en ce sens, *Principes de technique législative – Guide de rédaction des textes législatifs et réglementaires*, www.raadvst-consetat.be, onglet « Technique législative », recommandation n° 7.3.

(159) Avis 49.060/3 du 11 janvier 2011 sur un projet d'arrêté ministériel « houdende vastlegging van de aanvraagprocedure voor het bekomen van steun voor demonstratieprojecten inzake innovatieve hernieuwbare energietechnologieën » ; avis 49.983/1/V du 24 août 2011 sur un projet d'arrêté ministériel « modifiant l'arrêté ministériel du 18 mars 2010 relatif au régime général d'accise » ; avis 50.026/1/V du 6 septembre 2011 sur un projet d'arrêté du Gouvernement flamand « tot wijziging van diverse besluiten van de Vlaamse Regering met betrekking tot kinderopvang ».

this Jurisquare copy is licenced to UCL - Off campus

nécessite la connaissance de langues étrangère ou les fonctions pour l'exercice desquelles c'est également le cas, ainsi que de déterminer la ou les langues concernées(160) ;

– prévoir que, pendant la mise en œuvre de dispositions transitoires, « le personnel enseignant [sera] puisé dans la réserve constituée par l'administration », ce qui revient à conférer à cette dernière un large pouvoir réglementaire(161) ;

– habiliter l'administrateur général des douanes et accises à fixer les règles et conditions relatives à la détermination des destructions et pertes de produits soumis à accise placés sous un régime de suspension de droits(162) ;

– déléguer au secrétaire général de l'administration flamande le pouvoir d'accorder un subside au « Vlaams Centrum Schuldenlast » sur la base du plan annuel qu'il a, lui-même, approuvé et dans la limite des crédits disponibles, mais sans que le projet d'arrêté ne précise le montant dudit subside ni les critères pour les lui allouer(163).

88. A plusieurs reprises, la section de législation a mis en exergue « le risque que des appréciations différentes des fonctionnaires concernés mènent à des applications se conciliant difficilement avec le principe constitutionnel de l'égalité et de la non-discrimination »(164). Dans l'un de ses avis, elle a également insisté sur la nécessité d'assurer « le respect de la voie hiérarchique entre l'administration et le ministre dont elle dépend (...) de même que le principe de la responsabilité politique que le pouvoir exécutif assume quant aux actes de son administration »(165). A ce titre, le Conseil d'Etat a, de nouveau, recommandé que l'attribution d'un pouvoir réglementaire à une autorité non politiquement responsable ne soit admise qu'à la condition que les règlements en question soient soumis à l'approbation préalable d'une autorité politiquement responsable(166).

(160) Avis 49.246/3 du 22 février 2011, cité à la note 56.

(161) Avis 49.868/4 du 11 juillet 2011 sur un projet d'arrêté du Gouvernement wallon « relatif à la certification des bâtiments non résidentiels existants ».

(162) Avis 49.983/1/V du 24 août 2011, cité à la note 159 ; avis 50.026/1/V du 6 septembre 2011, cité à la note 159.

(163) Avis 50.025/1/V du 9 août 2011 sur un projet d'arrêté du Gouvernement flamand « tot wijziging van het besluit van de Vlaamse Regering van 25 maart 1997 tot uitvoering van het decreet van 24 juli 1996 houdende regeling tot erkenning van de instellingen voor schuldbemiddeling in de Vlaamse Gemeenschap, wat betreft de invoeging van hoofdstuk Vbis – Vlaams Centrum Schuldenlast ».

(164) Avis 49.246/3 du 22 février 2011, cité à la note 56 ; avis 49.868/4 du 11 juillet 2011, cité à la note 161.

(165) Avis 50.217/4 du 21 septembre 2011, cité à la note 3. Cet avis renvoie à un avis 48.989/VR du 9 décembre 2010 sur un avant-projet de loi « concernant les infrastructures critiques, les autres points d'intérêt fédéral et les points d'intérêt local », *Doc. parl.*, Ch., sess. 2010-2011, n° 1357/001.

(166) *Ibid.*

this Jurisquare copy is licenced to UCL - Off campus

4. Du pouvoir exécutif vers une autorité autre qu'un de ses membres

89. Comme on l'a relevé plus haut(167), l'attribution d'une compétence réglementaire à des organismes publics ou à leurs organes est difficilement compatible avec les principes généraux du droit public belge. La circonstance que cette délégation de compétences procède du pouvoir exécutif n'y change rien. L'on admet, tout au plus, « que pour des raisons pratiques, il faut pouvoir déroger au principe de l'interdiction de délégation à des organismes publics. Il en va notamment ainsi lorsque les délégations ne concernent que des questions d'intérêt secondaire et d'une technicité telle qu'on peut considérer que les organismes qui seront le plus souvent amenés à appliquer la réglementation concernée, sont également les mieux placés pour l'élaborer en connaissance de cause et exercer la compétence ainsi déléguée »(168).

90. En raison de sa technicité, le secteur de l'énergie se prête assez bien à des délégations de ce type. Après l'exemple de Brugel mentionné plus haut, l'on peut citer le cas d'un projet d'arrêté du Gouvernement flamand qui voulait confier au Vlaamse Regulator van de Elektriciteits- en Gasmarkt ou « VREG », régulateur de l'électricité et du gaz en Flandre, le pouvoir de refuser les garanties d'origine si elles provenaient de pays où le libre choix de son fournisseur d'électricité n'était pas assuré, voire de pays où ces fournisseurs ne sont pas tenus de prouver l'origine du courant fourni. La réglementation en projet ne contenait, toutefois, aucun critère de nature à encadrer le pouvoir d'appréciation conféré à cet organisme, alors qu'il est appelé à donner une « appréciation économique complexe, aux conséquences politiques lourdes ». Le Conseil d'Etat rappelle, dès lors, que, selon les termes du décret qui sert de fondement à cette réglementation en projet, il appartient au Gouvernement flamand de préciser ces critères, et à la VREG de les appliquer dans l'exercice des compétences qui lui sont confiées. Des objectifs doivent aussi être fixés, auxquels les missions à mettre en œuvre doivent tendre(169).

Dans le domaine de l'énergie nucléaire, le Conseil d'Etat a aussi eu l'occasion d'indiquer qu'un arrêté royal en projet ne peut imposer de se référer aux directives fixées par l'Agence fédérale de contrôle nucléaire ou

(167) Voy. *supra*, n° 85.

(168) Avis 49.314/3 15 mars 2011 sur un projet d'arrêté royal « betreffende het opsporen van radioactieve stoffen in bepaalde materiaal- en afvalstromen en betreffende het beheer van weesbrongevoelige inrichtingen ».

(169) Avis 49.268/3 du 8 mars 2011 sur un projet d'arrêté du Gouvernement flamand « tot wijziging van het Energiebesluit wat betreft de invoering van duurzaamheidscriteria voor vloeibare biomassa en de garanties van oorsprong ». En ce sens, voy. égal. l'avis 49.246/3 du 22 février 2011, cité à la note 56.

this Jurisquare copy is licenced to UCL - Off campus

« A.F.C.N. », qui déterminent la procédure à suivre pour la détection de matières radioactives. Ces directives ne réglementent pas une question technique d'intérêt secondaire et « il faudrait à tout le moins en intégrer une partie substantielle dans le projet actuellement soumis pour avis »(170). Il en va d'autant plus ainsi que ces normes acquièrent ainsi « indirectement un caractère obligatoire, alors que l'article 50 de la loi du 15 avril 1994 [relative à la protection de la population et de l'environnement contre les dangers résultant des rayonnements ionisants et relative à l'Agence fédérale de Contrôle nucléaire] prévoit des sanctions pénales pour les infractions à cette loi et à ses arrêtés d'exécution. Il s'ensuit que les infractions à ces directives sont indirectement réprimées par des sanctions pénales ». Partant, seules les « questions réellement techniques d'intérêt secondaire », comme par exemple les modalités concrètes de la mesure du « débit de dose », peuvent être maintenues dans lesdites directives. La délégation faite à l'A.F.C.N. de fixer des « critères de qualité et de performance minimaux » ne peut, par ailleurs, être admise que dans la mesure où il s'agit d'une réglementation technique « devant pouvoir être adaptée assez rapidement à l'évolution de la technologie ». De telles mesures doivent être publiées au *Moniteur belge*(171).

91. Au cours de la période écoulée, a également été jugé contraire aux principes mentionnés ci-dessus, le fait de :

– confier à l'Agence flamande de l'énergie le pouvoir de fixer annuellement sur son site internet les priorités auxquelles les projets pris en considération pour une aide publique doivent répondre(172) ;
– déléguer à l'organisme « Kind en Gezin » le pouvoir de fixer, dans des directives administratives, les informations à lui transmettre obligatoirement(173) ;
– renvoyer aux « modalités souhaitées par le Service Etat du pavillon » pour déterminer les obligations nouvelles incombant aux propriétaires de navires et organismes agréés, en matière de communication d'informations(174) ;
– fixer, par un arrêté du Gouvernement wallon, le « contenu minimum » de la formation dispensée par les centres de formation agréés, dès lors que cette manière de procéder laisse subsister un large pouvoir d'appréciation quant au contenu réel et précis de la formation, à la durée globale de

(170) Avis 49.314/3 15 mars 2011, cité à la note 168.
(171) *Ibid*.
(172) Avis 49.060/3 du 11 janvier 2011, cité à la note 159.
(173) Avis 49.229/3 du 15 février 2011 sur un projet d'arrêté du Gouvernement flamand « tot regeling van het kwaliteitsbeleid in de erkende kinderopvangvoorzieningen, vermeld in artikel 6, 7, 9 en 14, van het decreet van 17 oktober 2003 betreffende de kwaliteit van de gezondheids- en welzijnsvoorzieningen ».
(174) Avis 49.471/4 du 2 mai 2011 sur un projet d'arrêté royal « concernant le respect des obligations de l'Etat du pavillon ».

this Jurisquare copy is licenced to UCL - Off campus

celle-ci et au nombre d'heures de formation afférentes à chaque « volet » de celle-ci (175) ;

– confier à l'Agence flamande des personnes handicapées la mission de déterminer les prestations spéciales à prendre en compte pour le calcul des subsides de personnel, ainsi que le contenu et la forme des rapports annuels et financiers à introduire auprès des services compétents (176) ;

– charger le conseil d'administration du Fonds de la Recherche scientifique de fixer les procédures internes en vue de la demande, du traitement, de l'évaluation, de la sélection et de l'octroi des bourses, mandats et crédits d'emploi, si cette mission implique que cet organisme puisse fixer de nouveaux critères de sélection et conditions à remplir (177).

92. En cas de délégations de pouvoirs réglementaires à des associations de droit privé, le Conseil d'Etat rappelle régulièrement qu'elles imposent la mise en place d'un système qui prévoit leur approbation par le Roi ou, s'il s'agit de mesures de détail de nature technique, par le ministre compétent. L'arrêté qui approuve un tel acte est « dépourvu du caractère réglementaire requis pour qu'il relève de la compétence d'avis de la section de législation ». « L'approbation est en effet généralement décrite comme l'acte d'une autorité permettant à une décision adoptée par une autre de sortir ses effets, parce qu'elle ne viole aucune règle de droit et qu'elle ne blesse pas l'intérêt général. L'approbation lève donc uniquement un obstacle s'opposant à l'exécution de la mesure approuvée. Cette technique a pour conséquence qu'aucune confusion n'est possible entre l'approbation et l'acte contrôlé. Ils demeurent distincts. En particulier l'acte approuvé n'est pas incorporé à l'approbation » (178).

D. *Droit international*

1. Droit international général

93. A l'instar de l'acte par lequel le Roi ratifie un traité ayant reçu l'assentiment des Chambres, l'acte d'adhésion à un traité ne constitue pas un arrêté réglementaire au sens de l'article 3 des lois coordonnées sur le Conseil

(175) Avis 49.868/4 du 11 juillet 2011, cité à la note 161.

(176) Avis 50.027/1/V du 6 septembre 2011 sur un projet d'arrêté du Gouvernement flamand « betreffende de vergunning, erkenning en subsidiëring van diensten Ondersteuningsplan en een mentororganisatie voor het voortraject van personen met een handicap ».

(177) Avis 50.179/1 du 22 septembre 2011 sur un projet du Gouvernement flamand « betreffende de subsidiëring van het Fonds voor Wetenschappelijk Onderzoek Vlaanderen ».

(178) Avis 49.307/4/AG des 28 mars et 5 avril 2011 sur un projet d'arrêté ministériel « relatif à l'approbation d'un cahier des charges réglant l'usage d'indications se référant au mode de production biologique dans le secteur de la restauration collective ». Voy. aussi l'avis 49.134/4 du 17 janvier 2011 sur un projet d'arrêté du Gouvernement wallon « relatif à la révision du règlement technique pour la gestion des réseaux de distribution d'électricité en Région wallonne et l'accès à ceux-ci ».

this Jurisquare copy is licenced to UCL - Off campus

d'Etat. Par conséquent, cet acte ne doit pas être soumis à l'avis de la section de législation du Conseil d'Etat(179).

94. Lorsqu'un traité mixte porte sur des matières qui impliquent que l'autorité compétente n'est pas exclusivement l'autorité fédérale mais pouvant aussi inclure une entité fédérée, la section de législation recommande, sur le plan interne belge, de prévoir un mécanisme et un organe de coordination afin, d'une part, que les autorités étrangères sachent à qui elles doivent adresser une demande de renseignements et, d'autre part, que l'Etat fédéral, les communautés et les régions puissent déterminer entre eux comment donner suite à une demande concrète. Dans plusieurs avis(180), le Conseil d'Etat suggère, à ce sujet, de conclure un accord de coopération sur la base de l'article 92bis de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles.

95. *Droit coutumier – Notion d'apatride*. Siégeant en assemblée générale(181), la section de législation a eu à se prononcer sur des modifications au Code de la nationalité belge, dont celles relatives à la perte ou la déchéance de la nationalité belge. Son avis lui a permis de repréciser les obligations pesant sur les Etats en matière d'apatridie, dans les termes suivants : « [Ces obligations] résultent principalement de la Convention sur la réduction des cas d'apatridie, faite à New York le 30 août 1961, dont l'article 8, § 1er, dispose que "[l]es Etats contractants ne priveront de leur nationalité aucun individu si cette privation doit le rendre apatride", et de l'article 7, § 3, de la Convention européenne sur la nationalité, conclue à Strasbourg le 6 novembre 1997. Certes, ces conventions n'ont pas été ratifiées par la Belgique mais, comme le rappelle le paragraphe 33 du rapport explicatif de la Convention européenne sur la nationalité, "l'obligation d'éviter l'apatridie fait maintenant partie du droit international coutumier ; la Convention de 1961 sur la réduction des cas d'apatridie établit des règles pour sa mise en œuvre", et cette obligation lie en conséquence la Belgique. Elle n'est toutefois pas absolue, ainsi que le précise[nt] l'article 7,

(179) Avis 49.240/2 du 9 février 2011 sur un projet d'arrêté royal « portant approbation de la Décision 14557 – (10/35) du Conseil d'administration du Fonds Monétaire International relative à l'amendement des Nouveaux Accords d'Emprunt ».

(180) Voy. not. les avis 49.880/2 et 49.881/2 du 11 juillet 2011 sur des avant-projets de décrets « portant assentiment au Protocole, fait à Bruxelles le 14 juillet 2009, modifiant la Convention entre le Royaume de Belgique et la République de Saint-Marin tendant à éviter la double imposition et à prévenir la fraude fiscale en matière d'impôts sur le revenu, signé à Saint-Marin le 21 décembre 2005 », *Doc.*, Parl. Comm. fr., sess. 2011-2012, n° 334/1 et *Doc.*, Parl. wal., sess. 2011-2012, n° 539/1 ; avis 49.882/2 et 49.883/2 sur des avant-projets de décrets « portant assentiment à l'Avenant et échange de lettres, faits à Bruxelles le 16 juillet 2009, à la Convention entre le Royaume de Belgique et le Grand-Duché de Luxembourg en vue d'éviter les doubles impositions et de régler certaines autres questions en matière d'impôts sur le revenu et sur la fortune, et le Protocole final y relatif, signés à Luxembourg le 17 septembre 1970, tels que modifiés par l'Avenant, signé à Bruxelles le 11 décembre 2002 », *Doc.*, Parl. Comm. fr., sess. 2011-2012, n° 342/1 et *Doc.*, Parl. wal., sess. 2011-2012, n° 547/1 ; avis 50.621/3 du 13 décembre 2011 sur un avant-projet de loi « portant assentiment à la Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles, et à l'annexe, adoptées à Paris le 20 octobre 2005 ».

(181) Avis 49.941/AG/2/V des 16 et 23 août 2011, cité à la note 75.

this Jurisquare copy is licenced to UCL - Off campus

§ 3, de la Convention européenne sur la nationalité (…) [et] l'article 8, §§ 2 à 4, de la Convention de 1961 sur la réduction des cas d'apatridie (…). A ces règles coutumières du droit international général, s'ajoutent celles, plus spécifiques, qui résultent du droit de l'Union européenne, notamment les règles qui confèrent aux ressortissants des Etats membres de l'Union européenne la qualité de citoyen de l'Union (art. 20 TFUE). Il est renvoyé sur ce point à l'arrêt *Rottmann c. Freistaat Bayern* prononcé le 2 mars 2010 par la Cour de Justice de l'Union européenne ». Dans le cas d'espèce, la section de législation en a conclu qu'au vu de la forte réduction de la marge de manœuvre des Etats sur ces questions, les modifications en projet relatives à la perte ou la déchéance de la nationalité belge devaient être revues à la lumière des obligations internationales et européennes.

96. *Droit européen – Directives*. Complémentairement à nos précédentes chroniques, on peut relever certaines critiques émises par la section de législation à l'occasion de transpositions de directives européennes. Ainsi, en est-il d'une transposition qui :

– eu égard à la directive transposée, est incomplète(182) ou non conforme(183) ;
– ne serait pas compatible avec le droit international(184) et/ou le droit communautaire(185) et/ou le droit belge existant(186) ;
– est insuffisamment précise que pour être normative(187) ;
– n'utilise pas la même terminologie(188) ou la même structure(189) que la directive à transposer.

(182) Avis 49.947/2/V du 27 juillet 2011, cité à la note 8 ; avis 50.101/2/V du 22 août 2011 sur les amendements n^{os} 5 et 6 à la proposition de loi « modifiant, en ce qui concerne la procédure d'asile, la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers », *Doc. parl.*, Ch., sess. 2010-2011, n° 695/4 ; avis 50.106/1/V du 13 septembre 2011 sur un avant-projet de loi « transposant la directive 2010/24/UE du Conseil du 16 mars 2010 concernant l'assistance mutuelle en matière de recouvrement des créances relatives aux taxes, impôts, droits et autres mesures », *Doc. parl.*, Ch., sess. 2011-2012, n° 1915/1 ; avis 50.626/3 du 15 décembre 2011 sur un projet d'arrêté royal « relatif aux conditions sanitaires pour la production, la collecte, le stockage, la mise en place, le commerce national, les échanges intracommunautaires et l'importation d'embryons d'animaux domestiques de l'espèce bovine ».

(183) Avis 49.951/4 du 11 juillet 2011, cité à la note 43 ; avis 50.200/4 du 28 septembre 2011 sur un avant-projet de décret « modifiant le décret coordonné le 26 mars 2009 sur les services de médias audiovisuels », *Doc.*, Parl. Comm. fr., sess. 2011-2012, n° 270/1.

(184) Avis 49.951/4, cité à la note 43.

(185) Avis 50.141/2 du 21 septembre 2011, cité à la note 82 ; avis 50.270/2 du 5 octobre 2011 sur un projet d'arrêté royal « portant adaptation de la liste des organismes soumis à la loi du 11 janvier 1993 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme ».

(186) Avis 50.106/1/V du 13 septembre 2011, cité à la note 182 ; avis 50.270/2 du 5 octobre 2011, cité à la note 185.

(187) Avis 50.241/3 du 11 octobre 2011 sur un projet d'arrêté royal « portant prescriptions de sûreté des installations nucléaires ».

(188) Avis 50.137/1/V du 29 août 2011, cité à la note 118 ; avis 50.141/2 du 21 septembre 2011, cité à la note 82.

(189) Avis 50.626/3 du 15 décembre 2011, cité à la note 182 (*a contrario*).

this Jurisquare copy is licenced to UCL - Off campus

Enfin, la méthode utilisée par l'auteur du projet peut, elle aussi, poser problème que ce soit parce qu'il transpose plusieurs directives dans un texte transversal(190) ou, à l'inverse, parce que la transposition d'une directive se fait dans des textes épars(191), ou encore, compte tenu des règles répartitrices de compétences applicables en droit interne(192).

97. *Droit européen – Non-respect*. Selon la section de législation du Conseil d'Etat, « une pratique administrative (comme une tolérance de fait), qui conduit au non-respect par un Etat membre de ses obligations découlant des traités relatifs à l'Union européenne et de la législation secondaire, peut également entraîner une violation de ses obligations. En outre, les Etats membres ont l'obligation sur la base de l'article 4, § 3, du Traité sur l'Union européenne de forcer le respect du droit de l'Union par des sanctions proportionnées, effectives et dissuasives même si le droit de l'Union ne prévoit pas de sanctions spécifiques »(193).

E. *Rétroactivité des normes*

1. Les normes législatives

98. Se référant à la jurisprudence de la Cour constitutionnelle sur cette question, le Conseil d'Etat rappelle régulièrement que la non-rétroactivité des lois est une garantie ayant pour but de prévenir l'insécurité juridique. Cette garantie exige que le contenu du droit soit prévisible et accessible, de sorte que chacun puisse prévoir, à un degré raisonnable, les conséquences d'un acte déterminé au moment où cet acte se réalise(194). Toujours selon la Cour constitutionnelle, la rétroactivité de lois peut uniquement être justifiée lorsqu'elle est indispensable pour réaliser un objectif d'intérêt géné-

(190) Avis 50.313/2 du 10 octobre 2011, cité à la note 68.

(191) Avis 49.530/1 du 5 mai 2011 sur un avant-projet de loi « relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services dans les domaines de la défense et de la sécurité », *Doc. parl.*, Ch., sess. 2010-2011, n° 1592/1 ; avis 50.137/1/V, du 29 août 2011, cité à la note 118 ; avis 50.198/1 du 20 octobre 2011 sur un projet d'arrêté royal « relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs spéciaux ».

(192) Avis 50.463/3 du 3 novembre 2011 sur un projet d'arrêté ministériel « modifiant les annexes I et II de l'arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale du 21 juin 2007 concernant les caractères devant être couverts au minimum par l'examen et les conditions minimales pour l'examen de certaines variétés d'espèces de plantes agricoles et de légumes ».

(193) Avis 50.578/3 du 6 décembre 2011 sur un projet d'arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale « modifiant l'arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale du 3 juin 2010 relatif aux exigences PEB applicables aux systèmes de chauffage pour le bâtiment lors de leur installation et pendant leur exploitation ». Sur la contrariété entre des pratiques administratives et le droit européen, le Conseil d'Etat renvoie aux arrêts suivants : C.J.C.E., *Commission c. Belgique*, 23 mars 2006, C-408/03 ; C.J.C.E., *Commission c. Allemagne*, 27 avril 2006, C-441/02. Sur l'obligation d'infliger des sanctions, il se réfère, par ailleurs, aux arrêts et aux auteurs suivants : C.J.C.E., *Amsterdam Bulb*, 2 février 1977, C-50/76 ; C.J.C.E., *Hansen*, 10 juillet 1990, C-326/88 ; K. Lenaerts, P. Van Nuffel, *Europees Recht*, Intersentia, 2011, n° 605.

(194) Voy., entre autres : C.C., arrêts n° 49/98, du 20 mai 1998, B.4 ; n° 17/2000, du 9 février 2000, B.4 ; n° 80/2008, du 15 mai 2008, B.4 ; n° 3/2011, du 13 janvier 2011, B.7.

this Jurisquare copy is licenced to UCL - Off campus

ral(195). S'il s'avère, en outre, que la rétroactivité a pour but d'influencer dans un sens déterminé l'issue d'une procédure judiciaire ou d'empêcher les juridictions de se prononcer sur une question de droit, la nature du principe en cause exige que des circonstances exceptionnelles ou des motifs impérieux d'intérêt général(196) justifient l'intervention du législateur, laquelle porte atteinte, au préjudice d'une catégorie de citoyens, aux garanties juridictionnelles offertes à tous(197).

99. La section de législation du Conseil d'Etat juge ainsi admissible la rétroactivité qui est motivée, dans l'exposé des motifs, notamment par la circonstance que l'effet rétroactif vise à régulariser un droit acquis conformément aux exigences des instances judiciaires nationales et européennes par les opérateurs qui ont supporté le coût du service universel(198).

Par contre, si la section de législation estime ne pas avoir une connaissance suffisante des éléments de fait liés aux dispositions en projet(199) lui permettant d'apporter une réponse adéquate à la question de savoir si la rétroactivité prévue remplit les conditions précitées, elle émet des réserves sur ce point(200). De même, s'il n'y a pas de justification avancée, elle conclut qu'il y a lieu d'exposer les motifs imposant de prévoir un effet rétroactif(201). N'est pas non plus suffisante la simple référence, dans un projet, à la date limite à laquelle une directive doit être transposée en droit interne(202). La rétroactivité ne peut pas davantage être justifiée sur

(195) C.C., arrêts n° 30/2011, du 24 février 2011, B.2.2, et n° 90/2011, du 31 mai 2011, B.18.

(196) Comme le bon fonctionnement ou la continuité du service public (voy., entre autres, C.C., arrêts n° 49/98 et n° 17/2000 cités à la note 194 et C.C., arrêt n° 6/2003, du 22 janvier 2003, B.8).

(197) Voy., entre autres, outre les arrêts cités à la note 195, C.C., arrêts n° 64/97, du 6 novembre 1997, B.5 ; n° 3/98, du 14 janvier 1998, B.7 ; n° 97/99, du 15 septembre 1999, B.2.3 ; n° 89/2000, du 13 juillet 2000, B.15 ; n° 38/2001, du 13 mars 2001, B.14.1 ; n° 98/2001, du 13 juillet 2001, B.8.1 ; n° 159/2001, du 19 décembre 2001, B.13.1 ; n° 6/2003, du 22 janvier 2003, B.8 ; n° 26/2009, du 18 février 2009, B.13. ; n° 49/2010, du 29 avril 2010, B.7. ; n° 55/2010, du 12 mai 2010, B.8.1 ; n° 3/2011, du 13 janvier 2011, B.7 ; n° 8/2011, du 27 janvier 2011, B.15.4.3.

(198) Avis 49.569/4 du 16 mai 2011 sur un avant-projet de loi « modifiant l'article 74 de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques et l'article 45*bis* de l'annexe de cette loi ».

(199) Avis 50.441/1/3 du 18 octobre 2011, cité à la note 97.

(200) Avis 49.323/1 du 3 mars 2011, cité à la note 9.

(201) Avis 49.800/2/4 du 29 juin 2011, cité à la note 28 ; avis 49.918/3 du 11 juillet 2011 sur une proposition de loi « modifiant la loi du 8 décembre 2006 établissant un prélèvement visant à lutter contre la non-utilisation d'un site de production d'électricité par un producteur en vue d'instaurer un impôt communal complémentaire (déposée par M. Servais Verherstraeten et consorts) », *Doc. parl.*, Ch., sess. 2010-2011, n° 566/2.

(202) Avis 49.972/1/V et 49.973/1/V du 2 août 2011 respectivement sur un avant-projet de loi « modifiant la loi du 23 avril 1998 portant des mesures d'accompagnement en ce qui concerne l'institution d'un comité d'entreprise européen ou d'une procédure dans les entreprises de dimension communautaire et les groupes d'entreprises de dimension communautaire en vue d'informer et de consulter les travailleurs », *Doc. parl.*, Ch., sess. 2010-2011, n° 1774/1, et sur un avant-projet de loi « modifiant la loi du 23 avril 1998 portant des dispositions diverses en ce qui concerne l'institution d'un comité d'entreprise européen ou d'une procédure dans les entreprises de dimension communautaire et les groupes d'entreprises de dimension communautaire en vue d'informer et de consulter les travailleurs », *Doc. parl.*, Ch., sess. 2010-2011, n° 1775/1.

this Jurisquare copy is licenced to UCL - Off campus

la base d'un accord de programmation sociale sectorielle pour le secteur « Enseignement » puisque celui-ci n'a pas un effet direct dans l'ordre juridique interne(203). En somme, l'insuffisance ou l'absence de justification conduit le Conseil d'Etat à recommander à l'auteur du projet de compléter l'exposé des motifs pour se conformer aux exigences de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle(204).

Enfin, la haute juridiction administrative critique la rétroactivité des dispositions en projet lorsque la mesure a un effet sur la gestion de l'exercice en cours(205). Est également critiquable le fait d'imposer rétroactivement de nouvelles obligations, par exemple aux établissements d'enseignement supérieur(206), et en particulier lorsque le non-respect des nouvelles obligations en projet entraîne des sanctions administratives et/ou des sanctions pénales(207).

2. Les normes réglementaires

100. De nombreux avis de la section de législation rappellent, par ailleurs, les conditions dans lesquelles la rétroactivité des normes réglementaires peut être admise.

En l'absence de changement en la matière, l'on renvoie aux précédentes chroniques(208), étant entendu qu'au cours de la période écoulée, l'attribution d'un effet rétroactif à des arrêtés a été autorisée, notamment, dans l'hypothèse où les dispositions en projet octroient un avantage(209) ou des

(203) Avis 49.361/1 du 31 mars 2011 sur un avant-projet de décret « betreffende het onderwijs XXI », *Doc.*, Parl. fl., sess. 2010-2011, n° 1082/1.

(204) Avis 49.085/1 du 11 janvier 2011 sur un avant-projet de décret « tot wijziging van het decreet van 14 december 2007 houdende de organisatie en werking van de Regionale Technologische Centra », *Doc.*, Parl. fl., sess. 2010-2011, n° 1019/1 ; avis 49.361/1 du 31 mars 2011, cité à la note 203.

(205) Avis 50.180/1/V du 29 août 2011 sur des amendements à un avant-projet de loi « portant modifications de la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité et de la loi du 12 avril 1965 relative au transport de produits gazeux et autres par canalisations », *Doc. parl.*, Ch., sess. 2010-2011, n° 1725/3.

(206) Avis 50.306/2 du 19 septembre 2011, cité à la note 49.

(207) Avis 49.541/3 du 21 avril 2011 sur une proposition de décret « houdende wijziging van het Mestdecreet van 22 december 2006 », *Doc.*, Parl. fl., sess. 2010-2011, n° 1038/6 ; avis 49.972/1/V et 49.973/1/V du 2 août 2011, cités à la note 202.

(208) Voy. not. notre précédente chronique portant sur la jurisprudence de l'année 2010 (*R.B.D.C.*, 2011, pp. 371 et s.) qui rappelle le principe en l'illustrant d'exemples.

(209) Avis 49.927/1/V du 19 juillet 2011 sur un projet d'arrêté du Gouvernement flamand « tot wijziging van het besluit van de Vlaamse Regering van 24 oktober 2008 houdende uitvoering van het decreet van 10 juli 2008 betreffende het stelsel van leren en werken in de Vlaamse Gemeenschap » ; avis 50.088/1/V du 24 août 2011 sur un projet d'arrêté du Gouvernement flamand « tot het verlenen van steun met toepassing van het Vlaams Programma voor Plattelandsontwikkeling voor deelname aan Europees erkende voedselkwaliteitsregelingen en voor bijhorende afzetbevorderingsacties » ; avis 50.193/1/V du 6 septembre 2011 sur un projet d'arrêté ministériel « tot bepaling van nadere regels voor het verlenen van steun met toepassing van het Vlaams Programma voor Plattelandsontwikkeling voor deelname aan Europees erkende voedselkwaliteitsregelingen en voor bijhorende afzetbevorderingsacties ».

this Jurisquare copy is licenced to UCL - Off campus

subventions(210), le cas échéant plus élevées(211). Il en a été de même lorsqu'il s'est agi de régulariser une situation de fait(212).

En revanche, la rétroactivité n'a pas été jugée admissible du fait qu'elle concernait des redevances plus élevées(213) ou avait pour conséquence de supprimer un forfait(214), de diminuer des remboursements(215) ou encore de créer un préjudice financier(216). La section de législation du Conseil d'Etat l'a également refusée, étant donné que le régime en projet prévoyait la possibilité d'infliger une amende administrative(217).

101. Notons enfin que, dans un arrêt *Tilman* du 21 mars 2011, la section du contentieux administratif a considéré : « (...) qu'il ressort de la jurisprudence du Conseil d'Etat de nombreux tempéraments au principe de non-rétroactivité ; qu'il a ainsi déjà été jugé que la rétroactivité d'un

(210) Avis 50.252/4 du 3 octobre 2011 sur un projet d'arrêté royal « modifiant l'arrêté royal du 21 février 2011 relatif à la formation des membres des services publics de secours ».

(211) Avis 49.140/4 du 24 janvier 2011 sur un projet d'arrêté du Gouvernement wallon « modifiant l'arrêté du Gouvernement wallon du 28 avril 2005 portant exécution, en ce qui concerne l'intégration professionnelle des ayants droit à l'intégration sociale, du décret-programme du 18 décembre 2003 portant diverses mesures en matière de trésorerie et de dette, d'action sociale et de santé » ; avis 50.501/3 du 17 novembre 2011 sur un projet d'arrêté du Gouvernement flamand « tot wijziging van diverse bepalingen van het besluit van de Vlaamse Regering van 1 maart 2002 tot bepaling van de voorwaarden en de procedureregels inzake erkenning en subsidiëring van de consultatiebureaus voor het jonge kind » ; avis 50.532/3 du 22 novembre 2011 sur un projet d'arrêté du Gouvernement flamand « tot wijziging van artikel 13 van het besluit van de Vlaamse Regering van 26 februari 2010 tot regeling van de erkenning en de subsidiëring van organisaties voor autonoom vrijwilligerswerk ».

(212) Avis 49.097/3 du 25 janvier 2011 sur un projet d'arrêté du Gouvernement flamand « tot wijziging van diverse bepalingen van het koninklijk besluit van 22 september 1931 Koninklijk Museum voor Schone Kunsten te Antwerpen – Rechtspersoonlijkheid » ; avis 50.592/2 du 12 décembre 2011 sur un projet d'arrêté du Gouvernement de la Communauté française « modifiant l'arrêté du Gouvernement de la Communauté française du 30 juin 2006 fixant les passerelles donnant accès aux études organisées en Hautes Écoles ».

(213) Avis 49.595/3 du 17 mai 2011 sur un projet d'arrêté royal « modifiant l'arrêté royal du 27 avril 1981 fixant le montant des redevances dues pour certains examens médicaux effectués par l'Office médico-social de l'Etat » ; avis 50.253/3 du 27 septembre 2011 sur un projet d'arrêté royal « modifiant l'arrêté royal du 27 avril 1981 fixant le montant des redevances dues pour certains examens médicaux effectués par l'Office médico-social de l'Etat » (*a contrario*).

(214) Avis 50.447/2 du 7 novembre 2011 sur un projet d'arrêté du Gouvernement de la Communauté germanophone « modifiant l'arrêté du Gouvernement du 21 mars 2002 portant subventionnement des frais de personnel et de fonctionnement relatifs à la formation et la formation continue dans les Classes moyennes et les petites et moyennes entreprises ».

(215) Avis 49.711/3 du 21 juin 2011 sur un projet d'arrêté royal « fixant les règles de détermination du coût de l'application des tarifs sociaux par les entreprises d'électricité et les règles d'intervention pour leur prise en charge » et avis 49.712/3 du 21 juin 2011 sur un projet d'arrêté royal « fixant les règles de détermination du coût de l'application des tarifs sociaux par les entreprises de gaz naturel et les règles d'intervention pour leur prise en charge ».

(216) Avis 50.212/3 du 20 septembre 2011 sur un projet d'arrêté royal « modifiant l'arrêté royal du 25 avril 2002 relatif à la fixation et à la liquidation du budget des moyens financiers des hôpitaux ».

(217) Avis 49.330/1 du 3 mars 2011 sur un projet d'arrêté royal « portant exécution de l'article 7, § 1er, de la loi du 26 juillet 1996 relative à la promotion de l'emploi et à la sauvegarde préventive de la compétitivité ».

this Jurisquare copy is licenced to UCL - Off campus

acte réglementaire est tolérée notamment lorsqu'elle ne porte pas atteinte à des droits acquis, lorsqu'elle s'appuie sur des situations constituées dans le passé, lorsqu'elle est nécessaire à l'exécution de la loi, lorsqu'elle vise à assurer la continuité d'un service public, lorsqu'elle répond à un impératif de régularisation et enfin lorsqu'elle ne fait pas grief. (...) ». On constate que, dans cet arrêt, le Conseil d'Etat annule la décision du ministre régional décidant de ne pas approuver la délibération du conseil communal au motif « qu'en condamnant par principe le recours à la rétroactivité, sans répondre concrètement aux éléments particuliers mis en avant par la commune pour la justifier, la partie adverse n'a pas correctement motivé sa décision »(218).

F. *Codification et coordination*

102. Au cours de la période écoulée, la section de législation du Conseil d'Etat a eu l'occasion de rappeler, notamment(219)(220), que, si un projet de décret, dont l'objet est de confirmer un arrêté opérant une codification dans une matière, abroge les textes décrétaux antérieurs, une telle codification ne s'opère plus « à droit constant » mais est l'expression d'une nouvelle volonté de légiférer qui est subordonnée au respect de toutes les formalités préalables en vigueur. En outre, la publication du décret de confirmation au *Moniteur belge* fait courir un délai de six mois pour un éventuel recours devant la Cour constitutionnelle à l'égard de l'ensemble des dispositions, en ce compris celles qui reproduisent telles quelles des dispositions existantes. Il convient également de prendre en compte le fait qu'un décret fait l'objet d'une codification qui pourrait être entrée en vigueur au moment de l'adoption du projet d'arrêté examiné(221).

103. Par ailleurs, lorsque le Roi se voit uniquement confier le soin d'insérer des articles d'une loi dans un code, tel le Code pénal social, ce pouvoir ne lui permet pas de coordonner des textes existants. Une véritable habilitation de coordination requiert, en effet, certaines caractéristiques comme

(218) C.E., arrêt n° 212.156, du 21 mars 2011, *Tilman*.

(219) À ce sujet, voy. notre chronique relative à la jurisprudence de l'année 2009 et, en particulier, l'avis 47.188/1 du 10 décembre 2009 sur un projet d'arrêté du Gouvernement flamand « tot coördinatie van de wettelijke en decretale bepalingen betreffende het secundair onderwijs », auquel se réfère l'avis 49.119/1 du 10 mars 2011 sur un projet d'arrêté du Gouvernement flamand « tot codificatie van de decretale bepalingen betreffende het hoger onderwijs in Vlaanderen » (*R.B.D.C.*, 2010, pp. 132 et 133, n° 56).

(220) Concernant le projet de Code wallon de l'Action sociale et de la Santé (« CWASS ») voy. l'avis 49.337/4 du 6 avril 2011 sur un projet d'arrêté du Gouvernement wallon « portant codification de la législation en matière de Santé et d'Action sociale », *Doc.*, Parl. wal., sess. 2011-2012, n° 464/1*nonies* et l'avis 50.115/2/V du 23 août 2011 sur un avant-projet de décret « portant confirmation de l'arrêté du Gouvernement wallon du 9 juin 2011 portant codification de la législation en matière de Santé et d'Action sociale », *Doc.*, Parl. wal., sess. 2011-2012, n° 464/1*quater*.

(221) Avis 50.454/4 du 9 novembre 2011 sur un projet d'arrêté du Gouvernement wallon « modifiant l'arrêté du Gouvernement wallon du 18 juin 1998 portant exécution du décret du 18 juillet 1997 relatif aux centres de planning et de consultation familiale et conjugale », lequel avis fait référence aux avis 49.337/4 et 50.115/2/V, cités à la note 220.

this Jurisquare copy is licenced to UCL - Off campus

la mention de l'exigence de confirmation législative du texte coordonné ou l'abrogation des lois initiales. La section de législation renonce, dans ce cas, à approfondir l'examen de la coordination en projet(222).

G. *Publication des normes*

104. Si plusieurs dispositions du projet d'arrêté tendent à rendre obligatoire l'utilisation de « modèles électroniques publiés par la Commission européenne sur son site », il convient, conformément aux articles 190 de la Constitution et 84, alinéa 1er, 1°, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, d'en assurer la publication intégrale au Moniteur belge ou, à tout le moins, d'indiquer dans celui-ci les références précises du site auquel il est renvoyé(223). Les articles 190 de la Constitution, 6 de la loi du 31 mai 1961 relative à l'emploi des langues en matière législative, à la publication et à l'entrée en vigueur des textes légaux et réglementaires, et 56, § 1er, des lois coordonnées sur l'emploi des langues en matière administrative imposent également une telle publication pour les normes NBN qu'un projet d'arrêté rend obligatoires à l'égard de ses destinataires(224). Selon la haute juridiction administrative, un assentiment anticipé aux amendements à une Convention ne déroge pas à cette obligation qui résulte aussi des articles 55 de la loi spéciale du 8 août 1980(225) ou 8 de la loi du 31 mai 1961 susmentionnée(226), en outre des articles 190 et 56 déjà cités. La publication de ces amendements est requise pour qu'ils produisent leurs effets en droit interne.

105. Lorsque la disposition en projet prévoit que les tests diagnostiques officiels sont effectués conformément au chapitre concerné de la dernière version du manuel de tests diagnostiques et de vaccins pour animaux terrestres (« Manual of Diagnostic Tests and Vaccines for Terrestrial Animals ») de l'Organisation mondiale de la Santé animale (« OIE »), la section

(222) Avis 49.485/1 du 10 mai 2011 sur un projet d'arrêté royal « portant coordination de la loi du 2 juin 2010 comportant des dispositions de droit pénal social et de la loi du 6 juin 2010 introduisant le Code pénal social et fixant la date d'entrée en vigueur de la loi du 2 juin 2010 comportant des dispositions de droit pénal social ».

(223) Avis 49.026/4 du 5 janvier 2011 sur un projet d'arrêté du Gouvernement wallon « relatif à la surveillance, à la déclaration et à la vérification des émissions et des données de tonnes-kilomètres relatives aux activités aériennes ».

(224) Avis 50.548/4 du 28 novembre 2011, cité à la note 4.

(225) Avis 50.319/4 du 10 octobre 2011 sur un avant-projet de décret « portant assentiment à la Convention internationale pour le contrôle et la gestion des eaux de ballast et sédiments des navires, faite à Londres le 13 février 2004 », *Doc.*, Parl. wal., sess. 2011-2012, n° 497/1 ; voy., dans le même sens, l'avis 49.884/2/V du 19 juillet 2011 sur un avant-projet de décret « portant assentiment au Protocole modifiant la Convention relative à l'Organisation Hydrographique Internationale, adopté à Monaco, le 14 avril 2005 », *Doc.*, Parl. Comm. fr., sess. 2011-2012, n° 327/1 et l'avis 49.885/2/V du 19 juillet 2011 sur un avant-projet de décret « portant assentiment au Protocole modifiant la Convention relative à l'Organisation Hydrographique Internationale, adopté à Monaco, le 14 avril 2005 », *Doc.*, Parl. wal., sess. 2011-2012, n° 553/1.

(226) Avis 50.621/3 du 13 décembre 2011, cité à la note 180.

this Jurisquare copy is licenced to UCL - Off campus

de législation estime que pareil procédé fixant des règles par référence à des textes internationaux n'est pas sans soulever d'objections : il s'agit, en effet, de normes qui n'ont pas été édictées par les organes constitutionnellement compétents pour le faire, qui ne sont pas soumises aux garanties régissant la confection de la législation et qui n'ont pas été publiées au Moniteur belge. Le grief concernant la référence faite à un tel texte international s'applique également ici. Pour répondre quelque peu aux objections énoncées ci-dessus, le Conseil d'Etat suggère de préciser qu'il s'agit de la sixième édition du manuel (2008) et d'indiquer le lieu où il peut être consulté(227).

III. La répartition des compétences

A. *Généralités*

106. La Commission communautaire française ne dispose pas de *l'autonomie constitutive*. Aucune disposition de la Constitution ou prise en vertu de celle-ci n'habilite son Collège à fixer le statut de ses membres. Le Collège ne peut dès lors pas imposer de nouvelles incompatibilités pour ses membres(228).

107. Sauf s'il est fait application de l'article 92*ter* de la loi spéciale du 8 août 1980, la représentation des communautés et des régions dans un *organe consultatif fédéral* n'est possible, eu égard à l'autonomie réciproque de l'Etat fédéral, des communautés et des régions, qu'à la condition que cette représentation soit purement facultative, ce qui implique que la circonstance qu'il ne soit pas désigné de représentants ne puisse avoir de répercussion sur leur fonctionnement ni sur la validité de leurs actes(229).

108. Il ressort de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle(230) que la compétence pour régler la *connaissance des langues* est, en principe, le corollaire de la compétence pour régler l'emploi des langues. Il appartient à l'autorité compétente pour régler l'emploi des langues de déterminer également le niveau de connaissance linguistique requis pour pouvoir satisfaire aux obligations en matière d'emploi des langues et de déterminer la manière dont la preuve de la connaissance linguistique exigée peut être

(227) Avis 50.232/3 du 20 septembre 2011 sur un projet d'arrêté royal « portant des mesures de police sanitaire relatives aux encéphalites virales des équidés » ; avis 50.233/3 du 20 septembre 2011 sur un projet d'arrêté royal « relatif à la lutte contre l'anémie infectieuse des équidés ».

(228) Avis 49.041/2 du 5 janvier 2011 sur un projet d'arrêté 2010/1238 du Collège de la Commission communautaire française « portant sur les incompatibilités de ses membres », lequel renvoie intégralement à l'avis 47.384/1 du 24 novembre 2009 sur un projet d'arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale « portant sur les incompatibilités de ses membres et des secrétaires d'Etat ».

(229) Avis 50.417/3 du 25 octobre 2011, cité à la note 115.

(230) C.C., arrêts n° 121/2003, du 24 septembre 2003 et n° 65/2006, du 3 mai 2006.

this Jurisquare copy is licenced to UCL - Off campus

rapportée. Lorsque législateur fédéral est compétent, en vertu de la Constitution, pour régler l'emploi des langues, il l'est également pour régler la connaissance linguistique. De même, lorsque les communautés sont compétentes, en vertu de la Constitution, pour régler l'emploi des langues, elles le sont également pour régler la connaissance linguistique(231). Dès lors, l'autorité fédérale n'est compétente pour régler l'emploi des langues et, corollairement, pour fixer des exigences de connaissance linguistique, que dans les limites de sa compétence territoriale qui résulte de l'article 129, § 2, de la Constitution(232).

109. La *production d'énergie* est une matière qui relève de la compétence fédérale en vertu de l'article 6, § 1er, VII, al. 2, de la loi spéciale du 8 août 1980. Il peut être fait exception à cette compétence uniquement lorsque la production d'énergie est inhérente à une des matières expressément attribuées aux régions par l'article 6, § 1er, VII, al. 1er, a) à h) de cette loi. En dehors de ces cas, l'autorité fédérale est donc compétente sans qu'il faille rechercher si la production d'énergie concernée démontre une indivisibilité technique et économique pouvant être considérée comme formant un aspect régional de la politique de l'énergie. C'est seulement lorsque une matière ne tombe ni dans l'énumération de l'alinéa premier de l'article 6 précité, ni dans l'énumération de son alinéa 2 qu'il faut examiner si l'aspect régional ou national prime(233).

B. *Les compétences des communautés*

1. Les matières culturelles et personnalisables

110. Bien que les *jeux téléphoniques* soient des jeux de hasard relevant, à cet égard, de la compétence de l'autorité fédérale, celle-ci ne peut les réglementer que du point de vue de la protection des joueurs. Les communautés peuvent décider, sur la base de leurs compétences en matière de radiodiffusion et de télévision et, en particulier, en matière de programmation, si de tels programmes peuvent être diffusés. Le fait qu'une disposition d'un décret communautaire interdisant la diffusion de programmes de jeux téléphoniques ait un impact sur la compétence fédérale, ne signifie pas que le législateur communautaire excède ses compétences. Il lui appartient, en effet, d'adopter les mesures qu'il juge utiles à une programmation de qualité pour autant qu'il n'ait pas seulement pour but de protéger le public des dangers des jeux téléphoniques. Le même raisonnement s'applique égale-

(231) Avis 49.490/AV du 24 mai 2011, cité à la note 57.
(232) Avis 49.714/4 du 14 juin 2011, cité à la note 12.
(233) Avis 49.272/3 du 15 mars 2011 sur un avant-projet de décret « houdende machtiging tot oprichting van het privaatrechtelijk vormgegeven extern verzelfstandigd agentschap NV Vlaams Energiebedrijf », *Doc.*, Parl. fl., sess. 2010-2011, n° 1113/1.

this Jurisquare copy is licenced to UCL - Off campus

ment à l'interdiction du téléshopping concernant des services faisant usage de moyens « paranormaux pseudo-scientifiques »(234).

111. La disposition décrétale selon laquelle les tâches et missions de la RTBF s'exercent en tenant compte de la nécessité d'atteindre l'ensemble des francophones de Belgique pose problème au regard de l'enseignement de l'arrêt de la Cour constitutionnelle du 3 octobre 1996, n° 54/96, et de l'arrêt du Conseil d'Etat du 12 février 2008, n° 179.511, selon lequel : « (...) dans le cadre de leur compétence en matière culturelle, les communautés peuvent prendre toute initiative pour la promotion de la culture et pour concrétiser le droit de chacun à l'épanouissement culturel défini à l'article 23, alinéa 3, 5°, de la Constitution ; que la délimitation exclusive de compétence territoriale des communautés en la matière ne signifie pas, en raison de la nature même de la promotion de la culture, que la compétence communautaire en cette matière cesse d'exister au seul motif que les initiatives prises peuvent produire des effets en dehors de la région qui, dans le domaine des matières culturelles, a été confiée aux soins de la communauté concernée conformément à l'article 127 de la Constitution ; que, toutefois, ces effets extraterritoriaux potentiels des mesures de promotion de la culture ne peuvent contrarier la politique culturelle de l'autre communauté ; que la délimitation territoriale n'empêche pas davantage que chacun – indépendamment de la région linguistique où il se trouve – a le droit à l'épanouissement culturel qu'il choisit librement ; (...) qu'une mesure de promotion de la culture ne peut toutefois se confondre avec une mesure de protection des minorités ; qu'il appartient en effet à chaque autorité, dans la limite de ses compétences, d'assurer la protection des minorités, garantie entre autres par l'article 27 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques ; que ni la Constitution, ni les lois de réformes institutionnelles n'instituent les Communautés flamande, française et germanophone protectrices respectivement des néerlandophones, des francophones et des germanophones dans les régions linguistiques unilingues de Belgique dont la langue n'est pas la leur ; qu'elles ne les autorisent pas à intervenir dans ces régions linguistiques, en ce domaine, de façon unilatérale ; que ces règles n'empêchent pas la conclusion, entre les communautés concernées, d'un accord organisant leur coopération sur ces questions (...) »(235).

112. Lorsque le législateur flamand prévoit que des personnes puissent être les sujets d'enquêtes et de signalements pouvant avoir une forte influence sur leur vie privée et familiale, sans que cela soit la conséquence d'une démarche volontaire de leur part ou sans qu'elles y aient consenti, il méconnaît le principe découlant de l'article 128, § 2, de la Constitution selon

(234) Avis 50.256/3 du 11 octobre 2011, cité à la note 36.

(235) Avis 50.379/4 du 24 octobre 2011 sur un avant-projet de décret « modifiant le décret du 14 juillet 1997 portant statut de la Radio-Télévision belge de la Communauté française », *Doc.*, Parl. Comm. fr., sess. 2011-2012, n° 309/1.

this Jurisquare copy is licenced to UCL - Off campus

lequel la réglementation de la Communauté flamande et de la Communauté française dans les matières personnalisables est uniquement applicable, sur le territoire de la région bilingue de Bruxelles-Capitale aux personnes physiques via les institutions auxquelles elles s'adressent volontairement(236).

113. Le fait pour la Commission communautaire commune de déterminer de manière détaillée le contenu des formations que les directeurs des établissements d'accueil ou d'hébergement pour des personnes âgées doivent suivre revient à empiéter sur les compétences communautaires en matière de formation et d'enseignement résultant de l'article 127, § 1er, alinéa 1er, 1°, de la Constitution, combiné avec l'article 4, 12° à 16°, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles et de l'article 127, § 1er, alinéa 1er, 2°, de la Constitution(237).

2. Les matières faisant l'objet des décrets dits de transfert

114. Dans les matières de la *reconversion et du recyclage professionnels*, matières qui comprennent la formation professionnelle et qui ont été transférées à la Région wallonne et à la Commission communautaire française, la Communauté française est restée compétente pour les aspects de l'organisation de l'apprentissage qui entretiennent des rapports étroits avec sa compétence en matière d'enseignement. La Région wallonne n'étant pas compétente sur ce point, elle ne peut conclure, sur ces aspects, un accord de coopération avec la Communauté germanophone sans l'accord de la Communauté française(238).

115. L'*assentiment* à une convention donné par la Communauté française, après l'adoption des décrets dits de transfert, ne peut porter sur des matières dont elle a préalablement transféré l'exercice des compétences à la Région wallonne. Dans ce cas, l'assentiment de la Région wallonne pour les matières transférées reste requis(239).

(236) Avis 49.452/3 du 27 avril 2011 sur un avant-projet de décret « tot wijziging van het decreet van 30 april 2004 tot oprichting van het intern verzelfstandigd agentschap met rechtspersoonlijkheid Kind en Gezin ». Voy. égal. l'avis 49.958/1/V du 2 août 2011, cité à la note 57.

(237) Avis 49.468/3 du 19 avril 2011 sur un projet ministériel du Collège réuni de la Commission communautaire commune « déterminant le contenu des formations que les directeurs des établissements d'accueil ou d'hébergement pour des personnes âgées doivent suivre ».

(238) Avis 49.129/2 du 19 janvier 2011 et avis 49.194/2 du 16 février 2011 sur un avant-projet de décret « portant assentiment à l'accord de coopération relatif à la mobilité des apprenants dans le cadre de la formation en alternance et des indépendants et petites et moyennes entreprises, conclu le 21 octobre 2010 entre la Région wallonne et la Communauté germanophone », citant l'avis 45.025/2 du 8 septembre 2008 sur un avant-projet de décret portant assentiment à l'accord de coopération-cadre relatif à la formation en alternance, conclu à Bruxelles, le 24 novembre 2008 entre la Communauté française, la Région wallonne et la Commission communautaire française, *Doc.*, Parl. wal., 2008-2009, n° 884/1, p. 27.

(239) Avis 49.377/2 du 4 avril 2011 sur un avant-projet de décret « portant assentiment pour ce qui concerne les matières transférées par la Communauté française, à la Convention n° 168 concernant la promotion de l'emploi et la protection contre le chômage adoptée par la Conférence internationale du travail lors de sa soixante-quinzième session à Genève le 21 juin 1988 »,

this Jurisquare copy is licenced to UCL - Off campus

C. *Les compétences des régions*

1. Les travaux publics et le transport

116. Il ressort de l'article 6, § 1er, X, 8°, de la loi spéciale de réformes institutionnelles que les régions sont compétentes pour le transport en commun urbain et vicinal, en ce compris les services réguliers spécialisés, les services de taxis et les services de location de voitures avec chauffeur. Il en résulte que les régions sont devenues compétentes, en 1988, en ce qui concerne le transport en commun urbain et vicinal, pour les services réguliers et les services réguliers spécialisés, tels que ceux-ci sont définis aux articles 3, § 1er, et 11, § 1er, de l'arrêté-loi du 30 décembre 1946 relatif aux transports rémunérés de voyageurs par route effectués par autobus et par autocars. L'autorité fédérale est cependant demeurée compétente pour les « services non réguliers », qui comprennent toutes les formes de transport qui ne répondent pas aux définitions de l'arrêté-loi précité, c'est-à-dire pour les services réguliers transfrontaliers et les services occasionnels (services d'autocar). La notion de « transport pour compte propre » n'étant pas mentionnée dans l'arrêté-loi du 30 décembre 1946, le législateur décrétal ne peut adopter de dispositions en cette matière que « dans la mesure où le champ d'application de celles-ci est limité aux formes de transport qui relèvent de la compétence des régions ». De même, le législateur fédéral peut réglementer le transport pour compte propre pour autant qu'il n'empiète pas sur les compétences attribuées aux régions par l'article 6, § 1er, X, alinéa 1er, 8°, susmentionné(240).

117. Les *règles de circulation en mer* ont trait au déroulement du trafic des navires dans son ensemble et visent à organiser la circulation en manière telle qu'elle soit fluide et ne présente aucun risque pour autrui, ainsi qu'à prévenir l'apparition de situations dangereuses. Dès lors, le fait de soumettre, de manière générale, à une autorisation préalable l'organisation de transports spéciaux et hors normes peut être considéré comme une règle de police du trafic et du transport maritimes, relevant de la compétence fédérale, pour autant que cette autorisation ait pour but de garantir la fluidité et la sécurité du trafic des navires. Par contre, la Région fla-

Doc., Parl. wal., sess. 2010-2011, n° 414/1 et avis 49.375/2 du 4 avril 2011 sur un avant-projet de décret « portant assentiment pour ce qui concerne les matières transférées par la Communauté française à la Convention n° 159 concernant la réadaptation professionnelle et l'emploi des personnes handicapées, adoptée par la Conférence à sa soixante-neuvième session, à Genève le 20 juin 1983 ».

(240) Avis 50.422/4 du 26 octobre 2011 sur un avant-projet de loi « relative au transport de voyageurs par route et portant exécution du règlement (CE) n° 1071/2009 du Parlement européen et du Conseil du 21 octobre 2009 établissant des règles communes sur les conditions à respecter pour exercer la profession de transporteur par route, et abrogeant la directive 96/26/CE du Conseil, et portant exécution du règlement (CE) n° 1073/2009 du Parlement européen et du Conseil du 21 octobre 2009 établissant des règles communes pour l'accès au marché international des services de transport par autocars et autobus, et modifiant le règlement (CE) n° 561/2006 ».

this Jurisquare copy is licenced to UCL - Off campus

mande peut être considérée comme compétente pour instaurer un régime d'autorisation pour ces transports ou activités lorsque cette autorisation a pour but la protection des cours d'eaux et des infrastructures des voies navigables ou portuaires(241).

2. L'économie (énergie)

118. Il ressort de l'article 6, § 1er, VII, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles que le législateur spécial a conçu la *politique de l'énergie* comme une compétence exclusive partagée entre l'autorité fédérale et les régions. En ce qui concerne l'électricité, les régions sont compétentes pour « la distribution et le transport local d'électricité au moyen de réseaux dont la tension nominale est inférieure ou égale à 70.000 volts » en vertu de l'article 6, § 1er, VII, alinéa 1er, a), de la loi spéciale du 8 août 1980. *A contrario*, il en résulte que l'autorité fédérale est demeurée compétente en matière de distribution et de transport local d'électricité au moyen de réseaux dont la tension nominale est supérieure à 70.000 volts. Il s'agit ici du transport sur les réseaux de haute tension et de très haute tension. En outre, la compétence concernant « les matières dont l'indivisibilité technique et économique requiert une mise en œuvre homogène sur le plan national », notamment « le transport et la production de l'énergie », est réservée à l'autorité fédérale en vertu de l'article 6, § 1er, VII, alinéa 2, c), de la loi spéciale du 8 août 1980(242).

En ce qui concerne l'électricité, les réseaux fermés de distribution visent, en principe, la « distribution » d'électricité. Il s'agit donc d'une activité qui, en vertu de l'article 6, § 1er, VII, alinéa 1er, a), de la loi spéciale du 8 août 1980, relève de la compétence régionale. Toutefois, il existe également des réseaux fermés d'une tension supérieure à 70.000 volts qui sont raccordés au réseau de transport. De tels réseaux peuvent être des « réseaux fermés de distribution » au sens de la directive 2009/72/CE selon laquelle la « distribution » peut notamment concerner le transport d'électricité sur des réseaux de distribution à haute tension mais pas sur des réseaux de très haute tension. Cependant, ils relèvent, en droit belge, de la compétence de l'autorité fédérale et sont dénommés, pour éviter toute confusion entre la notion de distribution au sens du droit belge et la notion de distribution au sens du droit européen, « réseaux fermés industriels ». Le régime relatif à l'agrément

(241) Avis 49.678/VR/3 du 14 juin 2011 sur un avant-projet de décret « tot wijziging van diverse bepalingen van het decreet van 16 juni 2006 betreffende de begeleiding van de scheepvaart op de maritieme toegangswegen en de organisatie van het Maritiem Reddings- en Coördinatiecentrum », *Doc.*, Parl. fl., sess. 2011-2012, n° 1418/1.

(242) Avis 49.570/3 du 31 mai 2011 sur un avant-projet de loi « portant modifications de la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité et de la loi du 12 avril 1965 relative au transport de produits gazeux et autres par canalisations », *Doc. parl.*, Ch., sess. 2010-2011, n° 53-1725/1.

this Jurisquare copy is licenced to UCL - Off campus

et à la gestion de tels réseaux fermés industriels dont la tension est supérieure à 70.000 volts relève de la compétence de l'autorité fédérale (243).

En ce qui concerne le gaz, les régions sont compétentes, sans plafond, pour « la distribution publique du gaz » en vertu de l'article 6, § 1er, VII, alinéa 1er, b), de la loi spéciale du 8 août 1980. Les réseaux fermés industriels raccordés à un réseau de distribution entrent également dans la compétence des régions. En effet, le transport de gaz naturel par l'intermédiaire de tels réseaux répond à la définition de « distribution », de la directive 2009/73/CE, et en vertu de l'article 28 de cette directive, les régions peuvent donc exempter ces réseaux de certaines obligations. Par contre, les réseaux fermés industriels raccordés au réseau de transport relèvent de la compétence de l'autorité fédérale. Le transport de gaz naturel par l'intermédiaire de tels réseaux fermés répond à la définition de « transport » de la directive 2009/73/CE et non à celle de « distribution ». Pour les réseaux fermés industriels qui relèvent de sa compétence, l'autorité fédérale ne peut se prévaloir de l'article 28 de la directive pour les exempter de certaines obligations (244).

3. Les pouvoirs subordonnés

119. Ni l'article 9 de la loi du 6 mars 1925 de rattachement des cantons d'Eupen, de Malmédy et de Saint-Vith, ni l'article 63 des lois sur l'emploi des langues en matière administrative, coordonnées le 18 juillet 1966 n'habilitent le Gouvernement wallon à adopter le statut administratif et pécuniaire du commissaire d'arrondissement adjoint d'Eupen-Malmedy-Saint-Vith et du commissaire d'arrondissement à Mouscron. « Or, comme la section de législation du Conseil d'Etat l'a déjà rappelé, en vertu de l'article 162, alinéa 1er, de la Constitution, il revient au pouvoir législatif de régler les institutions provinciales et une disposition décrétale qui confère au Gouvernement le pouvoir de nommer et de révoquer les gouverneurs de province n'autorise pas le Gouvernement, sans habilitation expresse en ce sens, à fixer leur statut administratif et pécuniaire » (245).

120. Il ressort d'une comparaison entre l'article 165 de la Constitution et l'article 6, § 1er, VIII, de la loi spéciale de réformes institutionnelles qu'un doute peut surgir quant à la question du transfert aux régions de la compétence en matière de création et de fixation des limites des *fédérations et agglomérations de communes*. Il n'est, cependant, pas du tout certain que le législateur spécial ait consciemment voulu introduire une différence entre

(243) *Ibid*.
(244) *Ibid*.
(245) Avis 49.417/4 du 11 avril 2011 sur un projet d'arrêté du Gouvernement wallon « fixant le statut des commissaires d'arrondissement et des commissaires d'arrondissement adjoints », lequel cite l'avis 44.148/4, donné le 17 mars 2008, sur un projet devenu l'arrêté du Gouvernement wallon du 18 septembre 2008 « fixant le statut des gouverneurs de province », *M.B.*, 31 octobre 2008.

this Jurisquare copy is licenced to UCL - Off campus

la compétence de créer des fédérations et des agglomérations de communes et de fixer leurs frontières, qui devrait revenir au législateur fédéral, d'une part, et la compétence relative à la composition, l'organisation, la compétence et le fonctionnement des institutions des fédérations et des agglomérations de communes qui appartiendrait aux régions, d'autre part. Par ailleurs, il existe de bonnes raisons de considérer que, malgré l'absence de mention expresse, il découle de la logique de la loi spéciale précitée, que l'intégralité de la matière concernant les fédérations et agglomérations de communes a été transférée aux régions à l'exclusion de la réglementation relative aux communes périphériques, de Comines-Warneton et des Fourons (246).

121. Puisque le Constituant a jugé nécessaire d'insérer, dans la Constitution, l'article 41, alinéa 5, relatif à la *consultation populaire* sur des matières d'intérêts communal et provincial, il lui revient également de rendre possible la consultation populaire au niveau des agglomérations et fédérations de communes (247).

4. L'environnement et la politique de l'eau

122. En ce qui concerne les *normes de produits*, la section de législation considère que :

– une disposition qui ne détermine pas d'une manière contraignante quels sont les effets de la mise sur le marché d'un produit (en l'espèce les biocarburants) qui ne satisfait pas aux conditions imposées (en l'occurrence, les critères de durabilité), ne peut être considérée comme une norme de produit relevant de la compétence fédérale puisqu'un des critères essentiels de ces normes est leur caractère contraignant (248) ;

– un règlement qui subordonne l'octroi d'une aide financière au respect de certains critères ne peut pas être considéré comme une norme de produits (249) ;

– une norme visant à imposer la communication d'informations générales relatives aux risques de l'utilisation de pesticides en tant que telle peut

(246) Avis 49.938/VR/3 du 18 octobre 2011 sur une proposition de décret « houdende instelling van stads- en streekgewesten », *Doc.*, Parl. fl., sess. 2010-2011, n° 943/1.

(247) Avis 49.938/VR/3 du 18 octobre 2011, cité à la note 246.

(248) Avis 49.255/VR/3 du 22 mars 2011 sur un projet d'arrêté royal « concernant les critères environnementaux relatifs aux biocarburants ». Voy. égal. avis 49.492/3 du 27 avril 2011 sur un avant-projet d'ordonnance « modifiant l'ordonnance du 1er avril 2004 relative à l'organisation du marché du gaz en Région de Bruxelles-Capitale, concernant des redevances de voiries en matière de gaz et d'électricité et portant modification de l'ordonnance du 19 juillet 2001 relative à l'organisation du marché de l'électricité en Région de Bruxelles-Capitale », *Doc.*, Parl. Rég. Brux-Cap., sess. 2010-2011, n° A-202/1 ; avis 49.512/3 du 17 mai 2011 sur un avant-projet de décret « betreffende het duurzaam beheer van materiaalkringlopen en afvalstoffen », *Doc.*, Parl. fl., 2010-2011, n° 1233/1 ; avis 49.840/3 du 5 juillet 2011 sur un projet d'arrêté royal « établissant des normes de produits pour les biocarburants ».

(249) Avis 49.255/VR/3 du 22 mars 2011, cité à la note 248.

this Jurisquare copy is licenced to UCL - Off campus

difficilement être regardée comme une norme de produit au sens de l'article 6, § 1er, II, alinéa 2, 1°, de la loi spéciale du 8 août 1980(250)(251).

5. La politique agricole et la pêche maritime

123. Les normes relatives à la qualité des matières premières et des produits végétaux, qui relèvent de la politique agricole et qui n'ont pas pour objectif la sécurité de la chaîne alimentaire, relèvent de la compétence des régions, nonobstant la réserve de compétence au profit de l'autorité fédérale en matière de normes de produits, figurant à l'article 6, § 1er, II, alinéa 2, 1°, de la loi spéciale de réformes institutionnelles(252).

D. *Les compétences de l'Etat fédéral*

124. La présidence du conseil communal peut être rapprochée du *droit de vote passif* de sort que la suppression de la condition de nationalité pour exercer cette présidence doit respecter l'article 8, alinéas 3 et 4, de la Constitution selon lequel cette suppression ne peut avoir lieu que par le biais d'une loi fédérale(253).

125. Les mandataires externes des services du Collège de la Commission communautaire française étant engagés par *contrat* de travail, la détermination des modalités de rupture de leur contrat, y compris l'attribution d'indemnités éventuelles, relève de la compétence exclusive du législateur fédéral(254).

126. L'habilitation donnée à une zone de police d'effectuer une *expropriation* est une mesure de tutelle administrative spécifique pour laquelle chaque autorité est compétente dans le cadre des matières relevant de ses compétences matérielles conformément à l'article 7, § 1er, de la loi spéciale de réformes institutionnelles. Comme le législateur fédéral, compétent pour ce qui concerne les zones de police locales en application de l'article 6, § 1er, VIII, alinéa 1er, 4e tiret de ladite loi spéciale, a prévu une tutelle administrative spécifique en ce qui concerne ces zones, la Région flamande ne

(250) Avis 50.417/3 du 25 octobre 2011, cité à la note 115.

(251) « Les normes de produits sont des règles qui déterminent de manière contraignante les conditions auxquelles un produit doit satisfaire, lors de la mise sur le marché en vue, entre autres, de la protection de l'environnement. Elles fixent notamment des limites en ce qui concerne les niveaux de polluants ou de nuisance à ne pas dépasser dans la composition ou dans les émissions d'un produit et peuvent contenir des spécifications quant aux propriétés, aux méthodes d'essai, à l'emballage, au marquage et à l'étiquetage des produits (Voir par exemple C.C., n° 4/95, 2 février 1995, B.5.3 ; C.C., n° 149/2010, 22 décembre 2010, B.4.1) » (note infrapaginale 4 de l'avis 50.417/3 du 25 octobre 2011, cité à la note 115).

(252) Avis 49.760/VR/4 du 6 juillet 2011 sur un projet d'arrêté ministériel « introduisant certaines dérogations pour la commercialisation des mélanges de semences de plantes fourragères destinés à la préservation de l'environnement naturel ».

(253) Avis 50.556/3 du 29 novembre 2011 sur un avant-projet de décret « tot wijziging van het Gemeentedecreet van 15 juli 2005 », *Doc.*, Parl. fl., sess. 2011-2012, n° 1467/1.

(254) Avis 49.874/2 du 13 juillet 2011, cité à la note 15.

this Jurisquare copy is licenced to UCL - Off campus

peut pas légiférer sur ce point en se fondant sur sa compétence en matière d'organisation et d'exercice de la tutelle administrative sur les pouvoirs locaux(255).

127. Aux termes de l'article 6, § 1er, X, alinéa 1er, 2°*bis*, de la loi spéciale du 8 août 1980, les *voies ferrées* gérées par la Société nationale des chemins de fer belges ne relèvent pas de la compétence des régions en matière de travaux publics et de transport. Sur la base de cette disposition, l'autorité fédérale peut dès lors élaborer un régime spécial pour le réseau de traction des chemins de fer(256). L'autorité fédérale n'est, à cet égard, pas liée par les limitations qui s'appliquent à sa compétence en matière de distribution de l'électricité même si la tension sur le réseau de traction est habituellement bien inférieure à 70.000 volts.

128. Une disposition tendant à éviter que les *communications commerciales* émises par radio contiennent des éléments pouvant tromper les consommateurs concerne la protection des consommateurs et ne tombe donc pas dans le champ de compétence des communautés en matière de radiodiffusion et de télévision(257).

129. Des règlements concernant exclusivement la *protection et la sécurité au travail*, matière pour laquelle le législateur fédéral est compétent en vertu de l'article 6, § 1er, VI, alinéa final, 12°, de la loi spéciale de réformes institutionnelles ne peuvent être abrogés par une région puisque l'article 99 de la loi du 4 août 1996 relative au bien-être des travailleurs lors de l'exécution de leur travail dispose que : « Les dispositions du Règlement général pour la protection du travail et des arrêtés pris en exécution de la loi du 10 juin 1952 concernant la santé et la sécurité des travailleurs ainsi que la salubrité du travail et des lieux de travail ainsi que des arrêtés pris en exécution des lois sur les mines, minières et carrières, coordonnées le 15 septembre 1919, restent en vigueur jusqu'à leur abrogation expresse ou jusqu'à l'expiration de leur durée de validité »(258).

130. Une disposition, adoptée par un législateur régional, permettant aux communes, d'une part, de déterminer des zones à forte densité de population où, entre des véhicules motorisés et des usagers faibles (comme, par exemple, des enfants, des personnes âgées ou des cyclistes),

(255) Avis 49.997/1/V du 2 août 2011 sur un projet d'arrêté du Gouvernement flamand « inzake onteigeningen ten algemenen nutte ten behoeve van de gemeenten, de provincies, de autonome gemeentebedrijven, de autonome provinciebedrijven, de OCMW's, de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden, de provinciale ontwikkelingsmaatschappijen en de lokale politiezones ».

(256) Avis 49.570/3 du 31 mai 2011, cité à la note 242 ; avis 50.180/1/V du 29 août 2011, cité à la note 205.

(257) Avis 50.256/3 du 11 octobre 2011, cité à la note 36.

(258) Avis 49.662/3 du 14 juin 2011 sur un projet d'arrêté du Gouvernement flamand « tot uitvoering van het decreet van 8 mei 2009 betreffende de diepe ondergrond en tot wijziging van diverse besluiten ».

this Jurisquare copy is licenced to UCL - Off campus

un risque existe d'accidents susceptibles d'entraîner des blessures importantes à ces derniers et, d'autre part, de limiter le nombre de véhicules pouvant avoir accès à ces zones, constitue une règle de police générale en matière de trafic routier relevant de la compétence du législateur fédéral en vertu de l'article 6, § 4, 3°, de la loi spéciale de réformes institutionnelles (259).

E. *Les OIP pararégionaux et paracommunautaires*

131. Eu égard à la portée de l'article 34 de la Constitution, les dispositions des directives 2009/72/CE et 2009/73/CE qui obligent les Etats membres à garantir l'indépendance des instances de régulation, permettent au législateur décrétal de prévoir que, à l'occasion de l'exercice des missions et compétences en qualité de régulateur, ni les administrateurs de la VREG ni son personnel ne peuvent demander ou recevoir des instructions directes au ou du Gouvernement flamand ou d'autres entités publiques ou privées. Ce faisant, il ne méconnaît pas l'article 9, alinéa 2, de la loi spéciale du 8 août 1980 selon lequel le décret règle le contrôle des services décentralisés, des établissements et des entreprises (260).

F. *Les pouvoirs implicites*

132. La section de législation a rappelé que, dans son arrêt n° 8/2011 du 27 janvier 2011, la Cour constitutionnelle avait décidé que « la Constitution réserve à l'autorité fédérale la compétence d'établir des juridictions administratives, de définir leurs attributions et de fixer les règles de procédure qu'elles doivent respecter et que, par conséquent, les entités fédérées ne sont pas, en principe, compétentes pour créer et organiser le fonctionnement d'une juridiction administrative. Elles ne peuvent procéder de la sorte que sur la base de l'article 10 de la loi spéciale du 8 août 1980 "de réformes institutionnelles" » (261).

133. La détermination des compétences des juridictions et des règles de procédure appartient en principe au législateur fédéral. Les communautés et régions ne peuvent légiférer en ce domaine que pour autant que les conditions d'application de l'article 10 de la loi spéciale soient réunies (262). Lorsque le législateur flamand instaure un recours suspensif, auprès du tribunal de première instance, contre une amende administrative à caractère pénal en justifiant sa nécessité par le souci d'offrir un système de protec-

(259) Avis 50.724/3 du 27 décembre 2011 sur une proposition de décret « houdende de invoering van milieuzones en verkeersleefbare zones in gemeenten », *Doc.*, Parl. fl., 2010-11, n° 1103/1.
(260) Avis 49.336/3 du 22 mars 2011, cité à la note 105, faisant référence à l'avis 37.954/AV du 15 février 2008 sur un avant-projet de décret « houdende instemming met het Verdrag tot vaststelling van een Grondwet voor Europa en de Slotakte, ondertekend in Rome op 29 oktober 2004 ».
(261) Avis 50.379/4 du 24 octobre 2011, cité à la note 235.
(262) Avis 49.938/VR/3 du 18 octobre 2011, cité à la note 246.

this Jurisquare copy is licenced to UCL - Off campus

tion juridictionnelle satisfaisant aux exigences de l'article 6, alinéa 1er, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, il ne remplit pas les conditions prévues par l'article 10 précité. En effet, la Cour de cassation a décidé, dans le cadre de sa compétence en matière de conflit d'attribution, que le Conseil d'Etat est compétent pour contrôler les amendes administratives sur la base de sa compétence générale en matière d'excès de pouvoir et que cette compétence ne méconnaît pas l'article 6, alinéa 1er, de la Convention. La Cour constitutionnelle semble avoir confirmé ce point de vue en déclarant que, dans les litiges relatifs à des amendes administratives, le Conseil d'Etat exerce un contrôle de pleine juridiction(263).

G. *La collaboration entre l'Etat fédéral et les entités fédérées et entre entités fédérées*

134. *Accords de coopération*. La conclusion d'un accord de coopération prévu par l'article 92*bis* de la loi du 8 août 1980 de réformes institutionnelles ne peut entraîner un échange, un abandon ou une restitution de compétence ; il s'agirait là d'une violation des règles établies par la Constitution ou en vertu de celle-ci pour déterminer les compétences respectives de l'Etat fédéral, des communautés et des régions. Ne respectent pas ce principe les dispositions d'un accord de coopération relatives aux missions du service fédéral désigné comme « Autorité compétente » pour l'application de l'accord, si et dans la mesure où ces dispositions sont à comprendre en ce sens que ledit service est appelé à être, en droit interne, la seule autorité désignée en qualité d'« Autorité compétente ». Cela reviendrait à charger un service fédéral d'exercer des attributions qui, pour certaines d'entre elles, relèvent des compétences exclusives des régions(264).

135. Un accord de coopération par lequel diverses entités décident de régler conjointement des matières qui relèvent de leurs compétences propres ne peut attribuer à une des parties à l'accord le pouvoir de régler unilatéralement une matière pour laquelle elle n'est pas compétente(265).

(263) Avis 49.739/VR du 28 juin 2011 sur un avant-projet de décret « houdende verplichte melding van risicovolle medische praktijken », *Doc.*, Parl. fl., sess. 2011-2012, n° 1568/1 ; avis 49.958/1/V du 2 août 2011, cité à la note 57.

(264) Avis 49.218/VR du 1er mars 2011 sur un avant-projet de décret « portant assentiment à l'accord de coopération entre l'Etat fédéral, la Région flamande, la Région wallonne et la Région de Bruxelles-Capitale relatif à l'enregistrement, l'évaluation et l'autorisation des substances chimiques, ainsi qu'aux restrictions applicables à ces substances (REACH) », *Doc.*, Parl. wal., sess. 2011-2012, n° 589/1 ; avis 49.842/3 du 5 juillet 2011 sur un avant-projet d'ordonnance « pourtant assentiment à l'Accord de coopération entre l'Etat fédéral, la Région flamande, la Région wallonne et la Région de Bruxelles-Capitale relatif à l'enregistrement, l'évaluation et l'autorisation des substances chimiques ainsi qu'aux restrictions applicables à ces substances (REACH) », *Doc.*, Parl. Rég. Brux-Cap., sess. 2011-2012, n° A-248/1.

(265) Avis 50.000/2/V du 3 août 2011 sur un projet d'arrêté du Gouvernement de la Communauté française « relatif à l'établissement de la correspondance des titres délivrés par l'Institut

this Jurisquare copy is licenced to UCL - Off campus

136. Dans la mesure où les dispositions proposées concernent, de manière générale, des infrastructures de communications électroniques qui sont susceptibles d'être utilisées tant pour la transmission des programmes de radiodiffusion et de télévision, pour lesquels les communautés sont compétentes, que pour les autres services de communications électroniques, qui relèvent de l'autorité fédérale, elles ne peuvent être adoptées unilatéralement par le législateur fédéral et nécessitent une coopération préalable entre les différents niveaux de pouvoir compétents(266).

137. *Concertation entre les gouvernements concernés.* En vertu de l'article 6, § 3*bis*, 5°, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, une concertation associant les gouvernements régionaux concernés et l'autorité fédérale concernée doit avoir lieu pour « les mesures qui ont une incidence sur la politique agricole ». Cette formalité ne s'applique pas aux relations entre les régions entre elles. Le fait que les compétences des régions en matière de politique agricole ont été élargies à la suite de la réforme de l'Etat réalisée en 2001 n'y change rien, dès lors que dans les travaux préparatoires de la loi spéciale du 13 juillet 2001 portant transfert de diverses compétences aux régions et communautés, rien n'indique que le législateur spécial aurait eu l'intention de revenir sur la conception qu'il avait en 1993 de la portée de l'article 6, § 3*bis*, 5°, de la loi spéciale du 8 août 1980(267).

La compétence que le Roi tire des articles 37 et 96, alinéa 1er, de la Constitution lui permet de déterminer quelle composante du pouvoir exécutif est « l'autorité fédérale concernée » au sens de l'article 6, § 3*bis*, 5°, de la loi spéciale du 8 août 1980, de sorte qu'Il est fondé à désigner un ou plusieurs ministres pour mener la concertation visée par cette disposition. Si elle n'est pas expressément prévue par un arrêté royal, « cette désignation peut découler de l'intervention de membres du gouvernement fédéral dans le Comité de concertation ou de la désignation, faite en application de l'article 31*bis* de la loi ordinaire du 9 août 1980 de réformes institutionnelles, d'un ministre chargé de représenter l'autorité fédérale dans la Conférence interministérielle concernée(268) ou, à défaut, de l'arrêté royal

wallon de formation en alternance et des indépendants et petites et moyennes entreprises et le Service Formation petites et moyennes entreprises créé au sein des services du Collège de la Commission communautaire française et leurs réseaux de centres de formation avec les titres délivrés par l'enseignement obligatoire ou de promotion sociale ».

(266) Avis 50.034/2/V du 3 août 2011 sur l'amendement n° 1 et les sous-amendements nos 2 et 3 à la proposition de loi « modifiant la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques en vue de garantir la neutralité des réseaux Internet », *Doc. parl.*, Ch., sess. 2010-2011, n° 53-1467/4.

(267) Avis 49.282/AG/3 du 5 avril 2011, cité à la note 107 (sur cet avis, voy. aussi *supra*, n° 66). *Adde* : avis 49.304/4/AG des 28 mars et 5 avril 2011, cité à la note 156 ; avis 49.305/4/AG des 23 mars et 5 avril 2011 sur un projet d'arrêté du Gouvernement wallon « fixant les conditions d'octroi des subventions relatives aux halls relais agricoles et déterminant les modalités de leur mise à disposition ».

(268) L'article 6 du protocole, adopté le 6 juillet 2005 au sein du Comité de concertation, et réglant les différentes formes de collaboration entre le gouvernement fédéral et les gouverne-

this Jurisquare copy is licenced to UCL - Off campus

qui fixe les attributions des ministres ». Même si l'article 6, § 3*bis*, 5°, précité se réfère aux « gouvernements concernés », les gouvernements régionaux peuvent déléguer, conformément à l'article 69 de la loi spéciale précitée, à leur membres le pouvoir de mener la concertation avec les autres autorités concernées. Cette délégation peut non seulement se déduire de l'arrêté qui fixe les attributions des membres des gouvernements concernés, mais également de l'intervention d'un membre du gouvernement dans le Comité de concertation ou de la désignation, en application de l'article 31*bis* de la loi ordinaire du 9 août 1980, d'un ministre chargé de représenter le gouvernement concerné dans une conférence interministérielle.

Le législateur spécial n'a pas élaboré de règles spécifiques pour le déroulement de la concertation. Il faut, dès lors, examiner dans chaque cas si la procédure de concertation suivie dans les faits s'accorde avec la finalité de l'obligation de concertation. A cet égard, tant la Cour constitutionnelle que le Conseil d'Etat ont souligné que la concertation « va au-delà de la simple opportunité de donner un avis »(269) et qu'elle « a pour but d'obliger l'autorité investie du pouvoir de décision à prendre en considération l'opinion d'une autre autorité »(270). Il y a donc obligation « d'examiner si un échange effectif d'idées a pu avoir lieu ». Lorsqu'un groupe permanent de travail a été instauré dans le cadre d'une conférence interministérielle, il faut que les ministres concernés aient « la possibilité de prendre connaissance des conclusions de la délibération du groupe de travail permanent et d'apprécier s'ils y adhèrent ou bien s'il est nécessaire d'examiner le projet concerné dans le cadre même de la conférence interministérielle »(271).

138. L'article 6, § 3*bis*, 1°, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles dispose que : « Une concertation associant les gouvernements concernés et l'autorité fédérale concernée a lieu pour l'échange d'informations entres les services de formation, de chômage et de placement, ainsi que les initiatives concernant les programmes de remise au travail des demandeurs d'emploi non occupés ».

ments des communautés et des régions prévoit que « la concertation entre le gouvernement fédéral et les gouvernements des communautés et des régions et l'association de ceux-ci aux décisions du gouvernement fédéral, prescrites par les lois de réformes institutionnelles ou par d'autres dispositions légales ou réglementaires ont lieu, selon le cas, au sein du Comité de concertation ou de chaque conférence interministérielle idoine » (note infrapaginale 34 de l'avis 49.282/AG, cité à la note 107).

(269) C.E., arrêt *Région wallonne*, n° 31.587, du 14 décembre 1988 ; voy. égal. C.E., arrêt *Région wallonne*, n° 32.760, du 16 juin 1989 (note infrapaginale 44 de l'avis 49.282/AG, cité à la note 107).

(270) C.C., arrêt n° 2/92, du 15 janvier 1992, 2.B.3 ; voy. égal. C.C., arrêts n° 193/2006, du 5 décembre 2006, B.13.2 et n° 84/2010, du 8 juillet 2010, B.15.1. (note infrapaginale 44 de l'avis 49.282/AG, cité à la note 107).

(271) Avis 49.282/AG, cité à la note 107 ; avis 49.751/3 du 14 juin 2011 sur un projet d'arrêté royal « abrogeant l'arrêté du Régent du 29 mars 1946 relatif à la gale des solipèdes et des bovidés ».

this Jurisquare copy is licenced to UCL - Off campus

La concertation requise en ce qui concerne les programmes de remise au travail doit s'interpréter à la lumière de l'article 6, § 1er, IX, 2°, alinéa 2, de la loi spéciale du 8 août 1980, qui oblige l'autorité fédérale à octroyer une intervention financière correspondant à une indemnité de chômage pour chaque chômeur complet indemnisé ou toute personne assimilée en vertu de la loi, placés par contrat de travail dans un programme de remise au travail (272).

139. Pour que la formalité préalable que constitue l'association des gouvernements de régions prévue par l'article 6, § 4, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles puisse être considérée comme valablement accomplie, il convient que le gouvernement qui a formulé des observations soit informé des suites réservées à ces dernières. Si elles entraînent la modification du texte initial, les deux autres gouvernements de région doivent également en être informés (273).

140. Selon l'article 11, alinéa 2, de la loi spéciale du 8 août 1980, « l'avis conforme du Conseil des ministres est requis pour toute délibération au sein du gouvernement de communauté ou de région sur un avant-projet de décret reprenant une peine ou une pénalisation non prévue au livre Ier du Code pénal ». Une disposition qui reprend, pour partie, le système de confiscation de la loi du 1er juillet 1954 sur la pêche fluviale mais qui en diffère cependant fondamentalement en ce qu'il prévoit « d'office la confiscation des objets ayant servi à commettre l'infraction » sans que cette sanction soit prononcée par le juge répressif, consacre une peine nouvelle qui n'est visée ni par le livre Ier du Code pénal ni par la loi du 1er juillet 1954 précitée ; elle requiert donc l'avis conforme préalable du Conseil des ministres (274).

IV. La fonction juridictionnelle

A. *Généralités et organisation*

141. *Contrôle juridictionnel*. Charger une juridiction d'examiner des décisions à la lumière de « l'intérêt général », des « lignes directrices » et des « objectifs du gouvernement » est difficilement compatible avec le principe

(272) Avis 49.943/1/V du 24 août 2011 sur un avant-projet d'ordonnance « relative à l'économie sociale et à l'agrément des entreprises d'insertion et des initiatives locales de développement de l'emploi en vue de l'octroi de subventions », *Doc.*, Parl. Rég. Brux-Cap., sess. 2011-2012, A-247/1.

(273) Avis 49.153/4 du 2 février 2011 sur un projet d'arrêté royal « fixant les modalités gouvernant le fonctionnement du Service de médiation pour les voyageurs ferroviaires durant la période transitoire visée aux articles 17, § 6, 18 et 20 de la loi du 28 avril 2010 portant des dispositions diverses » ; avis 50.538/4 du 28 novembre 2011 sur un projet d'arrêté royal « modifiant l'arrêté royal du 5 juin 2002 organisant la vérification des conditions d'aptitude physique et mentale des membres d'équipage de conduite des aéronefs civils ».

(274) Avis 49.697/4 du 8 juin 2011, cité à la note 4.

this Jurisquare copy is licenced to UCL - Off campus

qui veut que des juridictions ne se prononcent pas sur l'opportunité d'une décision administrative et se bornent à vérifier la conformité de celle-ci avec des règles de droit et des principes généraux du droit. Si les critères de contrôle précités sont admis dans le cadre d'un recours administratif formé contre la décision d'un organe administratif déterminé, qui peut prendre une nouvelle décision sur la base d'autres conceptions politiques, ils ne sont pas à leur place dans le cadre d'un recours juridictionnel formé auprès d'une juridiction telle que la cour d'appel(275).

142. *Droits civils.* A propos de la création d'un « Service des litiges » censé traiter les demandes d'indemnisation de divers types de dommages, la section de législation rappelle qu'en vertu de l'article 144 de la Constitution, les contestations qui, comme en l'espèce, ont pour objet des droits civils sont exclusivement du ressort des tribunaux de l'ordre judiciaire. L'article 144 de la Constitution ne s'oppose pas à un système dans lequel une autorité administrative tranche des litiges portant sur des droits civils mais, dans ce cas, un recours de pleine juridiction doit être organisé devant un tribunal de l'ordre judiciaire(276).

143. *Nouvelle compétence.* L'attribution d'une nouvelle compétence aux tribunaux du travail règle une matière visée à l'article 77, alinéa 1er, 9°, de la Constitution. La procédure bicamérale intégrale doit dès lors s'appliquer(277).

144. *Action publique.* Un dispositif légal permettant à des fonctionnaires de proposer aux auteurs de certaines infractions le paiement d'une somme qui éteint l'action publique heurte les principes généraux qui régissent l'intervention du ministère public, dès lors que, contrairement aux magistrats du ministère public, les fonctionnaires ne peuvent pas être considérés comme étant indépendants de l'autorité hiérarchique du ministre. La section de législation admet qu'une transaction puisse être proposée, mais uniquement après que le ministère public a eu la possibilité de décider, dans un délai déterminé, qu'il n'y a pas lieu, compte tenu de la gravité du délit ou des circonstances dans lesquelles il a été commis, de poursuivre l'intéressé pénalement(278).

145. *Serment.* Un gouvernement ne peut définir la formule du serment qui doit être prononcé par des témoins ou des experts devant une juridiction,

(275) Avis 49.570/3 du 31 mai 2011, cité à la note 242.

(276) Avis 49.491/3 du 27 avril 2011, cité à la note 154 ; avis 49.492/3 du 27 avril 2011, cité à la note 248 ; avis 50.721/3 du 13 décembre 2011, cité à la note 7 ; avis 50.590/3 du 6 décembre 2011 sur un projet d'arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale « relatif au captage et au transport de dioxyde de carbone aux fins de son stockage géologique ».

(277) Avis 49.695/1 du 17 mai 201, cité à la note 135.

(278) Avis 50.133/2/V du 26 août 2011, cité à la note 40 ; avis 49.521/1 du 3 mars 2011 sur un avant-projet de loi « relative à la protection des consommateurs en matière de contrats d'utilisation de biens à temps partagé, de produits de vacances à long terme, de revente et d'échange », *Doc. parl.*, Ch., sess. 2010-2011, n° 53-1458/1.

this Jurisquare copy is licenced to UCL - Off campus

dès lors que cette compétence est confiée au législateur par l'article 192 de la Constitution (279).

146. *Décisions des instances des organisations sportives – compétence.* Le Conseil d'Etat, section du contentieux administratif, s'était déclaré compétent, dans son arrêt n° 206.618 du 14 juillet 2010, pour connaître d'une décision disciplinaire pour les sportifs d'élites prise par le « Vlaams Doping tribunaal ». Cet arrêt a cependant été cassé par la Cour de cassation le 30 mai 2011. Cette annulation étant prononcée sur la base de l'article 33 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, il faut dès lors considérer que ce sont les juridictions judiciaires qui sont compétentes pour connaître des décisions des instances des organisations sportives (280).

147. *Force probante des procès-verbaux.* Une règle qui prévoit que des procès-verbaux font foi jusqu'à preuve du contraire constitue une exception à la règle générale selon laquelle un procès-verbal vaut comme simple renseignement et, par conséquent, comme la Cour constitutionnelle l'a observé, également au régime de la libre administration de la preuve en matière répressive, selon lequel le juge apprécie, en fonction de sa propre conviction, la valeur probante d'un élément déterminé, de sorte que la différence de traitement qui en résulte doit être raisonnablement justifiée et ne peut restreindre les droits du prévenu d'une manière disproportionnée. Compte tenu, cependant, du caractère très technique que peut revêtir une législation et de la difficulté corrélative de constater les infractions à celle-ci, il n'est pas déraisonnable d'attribuer aux procès-verbaux rédigés par les agents commissionnés une force probante particulière (281).

148. *Conciliation.* Relevant qu'un projet de décret subordonne le dépôt d'une plainte auprès de l'autorité de régulation à une tentative de conciliation (sauf en cas d'urgence), le Conseil d'Etat rappelle que la Cour de justice admet que l'accès au juge n'est pas limité d'une manière contraire au droit de l'Union quand est imposée une conciliation préalable. Le Conseil d'Etat note aussi que, selon la Cour, la mise à disposition d'un mode alternatif complet de règlement des différends peut améliorer la protection juridictionnelle visée à l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (282).

(279) Avis 49.478/3 du 26 avril 2011 sur un projet d'arrêté du Gouvernement flamand « houdende vaststelling van de rechtspleging voor het Milieuhandhavingscollege ».

(280) Avis 49.716/4 du 15 juin 2011, cité à la note 51.

(281) Avis 50.117 du 22 septembre 2011 sur un avant-projet de décret « betreffende de in-, uit-, doorvoer en overbrenging van defensiegerelateerde producten, ander voor militair gebruik dienstig materiaal, ordehandhavingsmateriaal, civiele vuurwapens, onderdelen en munitie », *Doc.*, Parl. fl., sess. 2011-2012, n° 1371/1 ; avis 50.133/2/V du 26 août 2011, cité à la note 40 ; avis 50.721/3 du 13 décembre 2011, cité à la note 7.

(282) Avis 49.336/3 du 22 mars 2011, cité à la note 105.

this Jurisquare copy is licenced to UCL - Off campus

B. *Garanties du justiciable*

149. *Impartialité du juge.* Lorsque, afin d'assurer le respect des principes fondamentaux que sont l'indépendance et l'impartialité du juge ainsi que la bonne administration de la justice, le législateur prévoit une légère restriction au droit de choisir son avocat, il ne porte pas atteinte à l'article 6, § 3, c), de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. En effet, le droit de choisir son avocat n'est pas absolu, comme le montre l'exemple des avocats *pro deo* (283).

Par ailleurs, le Conseil d'Etat se demande si, en décidant lui-même de se saisir d'un litige, le juge ne compromet pas *ipso facto* ou, à tout le moins, ne risque pas de compromettre l'exigence d'impartialité – appréciée sous un angle objectif – qui pèse sur lui. Sinon par son existence même, du moins en raison de la motivation concrète de l'acte de procédure qui en concrétise l'exercice, la saisine d'office révélerait un « préjugement », avant tout débat contradictoire, de la part du juge appelé à trancher la cause. La section de législation relève qu'il n'existe à ce jour pas de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qui se serait prononcée de manière générale et abstraite sur cette question, c'est-à-dire pour condamner ou, au contraire, pour valider le procédé de la saisine d'office. En outre, lorsqu'aucun dispositif spécifique n'est prévu quant à la procédure à laquelle obéirait la saisine d'office (mode d'introduction de l'instance, identité des parties à la cause ainsi que des personnes à convoquer de manière supplémentaire et mode de convocation), des difficultés pourraient naître au regard du principe de la légalité de la procédure et du principe du contradictoire, tous deux garantis par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme (284).

150. *Droit à l'assistance d'un avocat – portée.* L'article 6, § 3, c), de la Convention européenne des droits de l'homme garantit en termes très généraux le droit à l'assistance d'un avocat. Cette disposition ne précise pas les conditions de l'exercice de ce droit. La Cour européenne en déduit que les Etats ont le choix des moyens pour garantir ce droit, étant entendu que le droit doit être garanti de façon concrète et effective. Les législateurs nationaux disposent donc d'une certaine liberté d'appréciation pour déterminer les conditions dans lesquelles on peut bénéficier du droit à l'assistance et pour fixer le contenu de ce droit, dans les cas où il est d'application.

Il ressort, par ailleurs, du texte de l'article 6, § 3, c), précité, que le droit à l'assistance d'un avocat revient à toute personne accusée d'avoir commis une infraction. La Cour européenne estime que ce droit doit, non seulement, être garanti au stade du procès devant la juridiction de jugement

(283) Avis 50.005/2/V du 10 août 2011 sur une proposition de loi interprétative « de l'article 304 du Code judiciaire », *Doc. parl.*, Ch., sess. 2010-2011, n° 53-1416/001.

(284) Avis 50.186/2 et 50.187/2 du 12 octobre 2011, cités à la note 77.

this Jurisquare copy is licenced to UCL - Off campus

mais déjà aux premiers stades de l'enquête, et en particulier à la phase initiale des interrogatoires de police, du moins si, selon le droit national applicable, une valeur probante peut être attachée aux déclarations que fait le prévenu à ces premiers stades de la procédure. Les raisons de l'application de la garantie visée aux stades précédant le procès proprement dit sont, d'une part, l'importance de la recherche des preuves au cours de l'enquête précédant l'examen au procès même et, d'autre part, la situation particulièrement vulnérable dans laquelle se trouve l'accusé au début de la procédure. En revanche, selon la Cour européenne, la circonstance que l'accusé soit privé de sa liberté ne paraît pas être un motif déterminant.

D'une manière générale, les garanties de l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales valent d'ailleurs pour tous les prévenus et inculpés, qu'ils soient privés ou non de leur liberté. Il n'empêche que, dès qu'une personne est privée de sa liberté, le droit à l'assistance d'un avocat s'applique de toute façon, indépendamment du moment où elle sera interrogée. Dans le cas d'une privation de liberté, l'application de ce droit ne découle pas du fait de la privation de liberté proprement dite (le droit à l'assistance d'un avocat n'est pas inscrit à l'article 5 de la Convention précitée qui énumère les droits qui s'appliquent aux personnes privées de leur liberté), mais du fait qu'un procès équitable (devant les juges de fond) doit être garanti à l'intéressée. La Cour européenne entend ainsi souligner qu'il s'agit, non seulement, de l'assistance lors d'un interrogatoire mais, également, de toutes sortes d'autres aspects qui, à partir de la privation de liberté, importent pour une défense effective de l'accusé.

L'arrêt *Zaichenko c. Russie* du 18 octobre 2010 de la Cour européenne des droits de l'homme soulève la question de savoir à partir de quel moment l'interrogatoire d'une personne peut être considéré comme une « audition » pouvant ouvrir le droit à l'assistance d'un avocat. Il faut considérer, à cet égard, que l'assistance d'un avocat, au cours de l'audition et même préalablement à celle-ci, vise plus particulièrement à assurer qu'il ne soit pas porté atteinte au droit de l'inculpé de ne pas s'incriminer lui-même. Ce droit a son importance lorsque les services de police ou les autorités judiciaires cherchent à obtenir des déclarations de celui-ci mais pas lorsqu'ils recherchent des éléments, éventuellement même en recourant à des pouvoirs coercitifs, pouvant être obtenus sans la coopération de l'inculpé. La fouille de celui-ci ne suffit donc pas, par exemple, pour que s'applique le droit à l'assistance d'un avocat. En outre, l'arrêt *Zaichenko* semble indiquer qu'une audition pour laquelle l'assistance d'un avocat peut être invoquée est une audition qui vise spécifiquement à obtenir des informations de l'inculpé(285).

(285) Avis 49.413/AG du 19 avril 2011 sur un projet de loi « modifiant la loi du 20 juillet 1990 relative à la détention préventive et le Code d'instruction criminelle, afin de conférer des droits

this Jurisquare copy is licenced to UCL - Off campus

151. *Droit à l'assistance d'un avocat – Champ d'application de la jurisprudence dite « Salduz »*(286). Dès lors que la jurisprudence *Salduz* se fonde sur l'article 6, §§ 1er et 3, de la Convention précitée, qui envisage la situation de « l'accusé », et non sur l'article 5 de cette même Convention, qui traite de la privation de liberté, l'arrestation administrative n'est pas concernée par cette jurisprudence. Le même raisonnement peut être tenu à l'égard des privations de liberté administratives d'étrangers, en vertu de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers. La Cour de cassation a par ailleurs considéré que l'article 12 de la Constitution ne s'applique pas à la privation de liberté administrative d'un étranger, le législateur ayant, en application de l'article 191 de la Constitution, par les dispositions pertinentes de la loi du 15 décembre 1980, dérogé expressément à la règle de l'intervention obligatoire du juge. En ce qui concerne la privation de liberté de mineurs, tant l'article 12 de la Constitution que la jurisprudence *Salduz* s'appliquent aux mineurs.

Le Conseil d'Etat s'interroge également sur le point de savoir si des dispositions n'accordant le droit à l'assistance lors de l'audition qu'à certaines catégories d'inculpés, en particulier à des inculpés privés de leur liberté, et donc pas à des inculpés non privés de leur liberté, se concilient avec la jurisprudence *Salduz*.

Selon l'article 6, § 3, c), de la Convention précitée, tout accusé a droit à avoir « l'assistance » (en anglais : « legal assistance ») d'un avocat. Cette terminologie est ambiguë, dès lors que « l'assistance » peut aussi bien définir une aide et un soutien qu'une présence physique. Dans l'affaire *Salduz*, la Cour européenne considère qu'un accusé doit avoir « accès » à un avocat dès le premier interrogatoire. Deux juges mettent en garde, dans une opinion séparée, qu'il ne saurait se déduire des considérations en question qu'il suffit que l'accusé soit assisté lors de l'interrogatoire. Selon eux, le droit à être assisté d'un avocat implique au contraire également que, si l'accusé est détenu, il doit pouvoir recourir aux services d'un avocat, indépendamment des interrogatoires, pour la vaste gamme d'activités qui sont propres au conseil. Ces juges soulignent donc que la présence physique d'un avocat lors d'un interrogatoire est certes nécessaire mais pas suffisante. Dans un certain nombre d'arrêts ultérieurs, la Cour européenne semble s'être ralliée à cette conception dans la mesure où elle considère qu'un accusé détenu doit pouvoir bénéficier de l'assistance d'un avocat dès l'instant où il est privé de sa liberté, indépendamment des interrogatoires auxquels il est soumis, et que cette assistance porte sur la vaste gamme d'activités qui sont propres au conseil. Dans ces dernières affaires, il s'agissait toutefois d'accusés déte-

à toute personne auditionnée et à toute personne privée de liberté, et en particulier le droit de consulter un avocat et d'être assistée par lui » *Doc. parl.*, Ch., sess. 2010-2011, n° 53-1279/1.

(286) Voy. C.E.D.H. (G.C.), arrêt *Salduz c. Turquie*, du 27 novembre 2008 (req. n° 36391/02).

this Jurisquare copy is licenced to UCL - Off campus

nus. La jurisprudence de la Cour européenne concernant ce type d'accusé ne permet pas en soi de tirer de conclusions claires à propos des droits des accusés qui ne sont pas privés de leur liberté.

Aussi longtemps que la Cour européenne n'aura pas clairement statué autrement, il est sans doute permis d'avancer que, si le droit à être assisté d'un avocat s'applique également aux accusés qui ne sont pas détenus, l'exercice de ce droit pour ces accusés peut être limité à un droit de concertation préalable avec un avocat.

Par ailleurs, la section de législation relève que la doctrine défend la position selon laquelle l'exclusion du droit de consultation pour certaines infractions est difficilement conciliable avec la jurisprudence *Salduz*, qui ne ferait pas de distinction selon la gravité des faits. Dans cet arrêt, la Cour européenne considère que l'accès à un avocat doit en principe être garanti dès le premier interrogatoire de police et qu'il ne peut être dérogé à ce principe que s'il existe, à la lumière des circonstances particulières de l'espèce, des raisons impérieuses de restreindre ce droit. L'accent mis sur les circonstances concrètes de l'affaire donne à penser qu'une restriction n'est possible qu'*in concreto*, et non *in abstracto* en faisant référence à certaines catégories d'infractions. Ceci ne signifie pas nécessairement que des règles identiques doivent s'appliquer à toutes les infractions, même aux moins graves. La jurisprudence de la Cour européenne semble ne pas exclure, en effet, que la teneur du droit de consultation puisse varier selon la gravité de l'infraction dont une personne est suspectée (287).

152. *Droit à l'assistance d'un avocat – Sanctions en cas de méconnaissance de ce droit.* La Cour européenne a encore jugé, dans l'arrêt *Salduz*, précité, qu'il y a en principe violation du droit à l'assistance lorsque des déclarations faites sans l'assistance d'un avocat sont utilisées pour condamner une personne. Tel était le cas dans l'affaire du requérant : la Cour européenne constata que le juge pénal avait utilisé les déclarations du requérant, faites sans l'assistance d'un avocat, comme preuve essentielle pour justifier sa condamnation. Dans des arrêts ultérieurs, la Cour s'est encore montrée plus claire.

Dans l'affaire *Dayanan c. Turquie* (288), elle considère qu'une interdiction légale d'assistance d'un avocat pendant la privation de liberté constitue par elle-même une violation de l'article 6 de la Convention précitée, même s'il apparaît que l'inculpé n'a fait aucune déclaration. Dans l'affaire *Leonid Lazarenko c. Ukraine* (289), la Cour estime que l'impact précis qu'une déclaration faite sans l'assistance d'un avocat a sur la condamnation importe peu : dès que la déclaration a exercé une quelconque influence, il faut

(287) Avis 49.413/AG du 19 avril 2011, cité à la note 285.
(288) C.E.D.H., arrêt *Dayanan c. Turquie*, du 13 octobre 2009 (req. 7377/03).
(289) C.E.D.H., arrêt *Leonid Lazarenko c. Ukraine*, du 28 octobre 2010 (req. 22313/04).

this Jurisquare copy is licenced to UCL - Off campus

conclure à une violation de l'article 6 de la Convention précitée. Inversement, si la loi nationale interdit que la juridiction de jugement utilise à titre de preuve des déclarations faites lors de l'interrogatoire de police, l'absence d'assistance d'un avocat pendant cette audition ne donne pas lieu à une violation de l'article 6 de la Convention précitée. Compte tenu de cette jurisprudence, la loi devrait disposer que des déclarations faites en violation des garanties formelles qui ressortent de l'arrêt *Salduz*, ne peuvent en aucun cas être utilisées pour condamner l'intéressé(290).

153. *Droit à l'assistance d'un avocat – renonciation*. La Cour européenne a reconnu, dans son arrêt *Salduz*, précité, la possibilité de renoncer au droit à l'assistance. Le Conseil d'Etat observe toutefois que pour apprécier le caractère « volontaire et réfléchi » de la renonciation, il faudra tenir compte des circonstances concrètes. Il ressort, en effet, de la jurisprudence de la Cour européenne que la particulière vulnérabilité d'un inculpé peut impliquer qu'il ne pourra pas faire une renonciation valable(291).

154. *Recours administratif*. Il est inhabituel et, par ailleurs, difficilement conciliable avec le principe d'impartialité que le Gouvernement, après que le Collège d'environnement a déjà statué sur recours à propos d'une décision initiale du Gouvernement, doive prendre une nouvelle décision en sa qualité d'organe de recours administratif du deuxième degré(292).

155. *Droits de la défense*. L'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés ne s'applique pas à l'autorité administrative qui inflige une sanction lorsque sa décision peut être déférée à une juridiction qui présente toutes les garanties du procès équitable. L'administration n'est donc pas tenue de respecter, comme telles, les garanties de l'article 6 de la Convention. Il n'empêche que le respect des droits de la défense, comme principe général de droit qui n'a cependant que valeur législative, s'applique en toute matière et notamment lors de l'infliction d'une sanction administrative à caractère répressif(293).

156. *Droit de ne pas s'auto-incriminer*. Le droit de ne pas s'auto-incriminer, garanti par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, fait par principe obstacle à ce qu'une personne, « pénalement accusée » au sens de cette disposition, puisse être sanctionnée pour avoir refusé de prêter son concours à l'établissement de sa propre culpabilité. La jurisprudence la plus récente de la Cour européenne des droits de l'homme admet certes des exceptions à cette interdiction de « coercition directe » exercée sur le droit de ne pas s'auto-incriminer, mais lesdites exceptions sont envisagées de manière relativement restrictive(294).

(290) Avis 49.413/AG du 19 avril 2011, cité à la note 285.
(291) *Ibid.*
(292) Avis 49.136/1 du 8 février 2011, cité à la note 120.
(293) Avis 50.077/2/V du 17 août 2011, cité à la note 93.
(294) Avis 50.421/4 du 26 octobre 2011, cité à la note 59.

this Jurisquare copy is licenced to UCL - Off campus

157. *Sanctions administratives – Non bis in idem*. Le cumul de sanctions administratives à caractère pénal et de sanctions pénales n'est pas compatible avec le principe *non bis in idem* consacré à l'article 4 du Protocole n° 7 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ainsi que dans l'article 14, § 7, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et qui constitue, en droit interne, une règle essentielle de procédure pénale laquelle constitue en droit belge un principe général du droit. Selon ce principe, nul ne peut être poursuivi ou puni pénalement en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné(295).

158. *Sursis – Égalité devant la loi*. Lorsqu'un dispositif à caractère pénal est adopté avec cette conséquence que le sursis à l'exécution des peines peut être appliqué aux personnes poursuivies devant les juridictions pénales, il n'est pas compatible avec le principe constitutionnel de l'égalité devant la loi qu'une mesure identique ne puisse être appliquée aux personnes qui exercent un recours juridictionnel contre la décision d'infliger une amende administrative(296).

V. Les pouvoirs locaux

159. *Partenariats Publics-Privés locaux – Association de communes*. L'ordonnance régionale qui entend faciliter les PPP locaux et offrir ainsi des conditions plus favorables aux communes qui souhaiteraient créer une société, une association, ou y prendre des participations, règle une matière d'intérêt communal et relève donc bien du champ d'application de l'article 41 de la Constitution.

La création de telles structures locales peut, cependant, donner lieu à plusieurs cas de figure, impliquant ou non l'intervention du législateur, selon l'article 162, alinéa 4, de la Constitution et l'article 6, § 1er, VIII, 1°, devenu 8°, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, qui est la mise en œuvre de la disposition constitutionnelle précitée.

Ces dispositions n'ont vocation à s'appliquer que dans l'hypothèse où, parmi les membres de l'association ou de la société concernée, figurent au moins deux communes. Cette hypothèse est rencontrée lors de « la création, par plusieurs communes, d'une association ou d'une société conformément aux règles du droit privé, celle de la prise de participation de plusieurs communes à une telle association ou société, et celle de la participation d'une

(295) La section de législation cite, à cet égard, l'arrêt rendu par la Cour européenne des droits de l'homme le 10 février 2009, lequel précise que l'article 4 du Protocole n° 7 doit être compris comme interdisant de poursuivre ou de juger une personne pour une seconde « infraction » pour autant que celle-ci a pour origine des faits identiques ou des faits qui sont en substance les mêmes (C.E.D.H. (G.C.), arrêt *Zolotoukhine c. Russie*, 10 février 2009 (req. 14939/03) (§§ 81et 82).

(296) Avis 50.141 du 21 septembre 2011, cité à la note 82.

this Jurisquare copy is licenced to UCL - Off campus

seule commune à une association ou à une société dans laquelle une autre commune est déjà associée. Dans ces hypothèses, l'opération concernée aura pour effet que plusieurs communes se retrouveront associées au sein d'une même société ou association constituée selon les règles du droit privé, et ce, dans le cadre de projets locaux ». Conformément à l'article 162, alinéa 4, précité, le législateur régional doit alors veiller à régler « les conditions et le mode suivant lesquels [...] plusieurs communes peuvent s'entendre ou s'associer ». Ces éléments doivent apparaître avec une précision suffisante dans le texte.

A l'inverse, lorsqu'une seule commune intervient, il n'y a pas d'« association de communes » au sens de l'article 162, alinéa 4, de la Constitution, ni au sens de l'article 6, § 1er, VIII, 8°, de la loi du 8 août 1980 de réformes institutionnelles. « Dans cette hypothèse, la question de savoir si l'intervention spécifique du législateur régional est requise pour qu'une et une seule commune puisse participer à la création d'une société ou d'une association selon les règles du droit privé ou, puisse ou prendre une participation dans une telle société ou association, est controversée ». Si, *a priori*, l'article 162, alinéa 4, de la Constitution ne s'applique pas à pareille hypothèse, la question demeure de savoir si la participation d'une commune à la création d'une personne morale ou la prise de capital au sein d'une telle personne morale, ne nécessite pas, dans tous les cas et indépendamment de l'article 162 précité, l'intervention du législateur. La doctrine récente tend à considérer, à cet égard, que « la participation à la constitution de sociétés ou associations de pur droit privé et la prise de participation dans de telles sociétés participe de la capacité juridique naturelle des personnes morales de droit public, en ce compris les communes, de sorte qu'aucune habilitation du législateur ne serait requise pour de telles opérations »(297). Vu les incertitudes qui subsistent en la matière, la section de législation du Conseil d'Etat recommande qu'une disposition législative expresse intervienne aux fins de lever toute ambiguïté sur la capacité des communes à participer aux opérations précitées(298).

160. *Provinces, agglomérations et fédérations de communes.* Siégeant en chambres réunies, la section de législation a émis de vives objections au sujet d'une proposition de décret flamand visant à instituer des « sous-régions urbaines et rurales » (stads- en streekgewesten)(299). Selon cette

(297) En doctrine, voy. not. D. Déom, « Les instruments du droit administratif à l'épreuve des 'partenariats public-privé' (P.P.P.) », in B. Lombaert (dir.), *Les partenariats public-privé (P.P.P.) : Un défi pour le droit des services publics*, Bibliothèque de droit administratif, Bruxelles, La Charte, 2005 ; S. De Keyser et B. Lombaert, *op. cit.*, p. 553 ; D. D'Hooghe et F. Vandendriessche, *Publiek-Private samenwerking*, Die Keure, 2003, pp. 191 et s. ; voy. égal. P. Blondiau, « Les communes peuvent-elles participer à une société commerciale ? », *Mouv. comm.*, 1998/11, pp. 584 et s. (note infrapaginale 40 de l'avis 49.775/4 du 11 juillet 2011 sur un avant-projet d'ordonnance « relative au partenariat public-privé en Région de Bruxelles-Capitale »).

(298) Avis 49.775/4 du 11 juillet 2011, cité à la note 297.

(299) Avis 49.938/VR/3 du 18 octobre 2011, cité à la note 246.

this Jurisquare copy is licenced to UCL - Off campus

proposition, il s'agirait des nouveaux noms donnés aux agglomérations et fédérations de communes, lesquelles serviraient de niveaux de pouvoir intermédiaires entre la Région flamande et ses trois cent huit communes et seraient ainsi vouées à se substituer, à terme, aux provinces flamandes dont elles reprendraient les attributions. Ces provinces ne conserveraient plus, dans un premier temps du moins, qu'une existence virtuelle, tandis que ces agglomérations et fédérations de communes pourraient enfin se développer.

Selon le Conseil d'Etat, outre les problèmes de compétences (300), ces mesures se heurtent aux dispositions constitutionnelles qui consacrent formellement l'existence des provinces (art. 5, 6 et 7) (301) et qui en fixent les compétences (art. 41, al. 1er, et 162, al. 2, 3°). La circonstance que le texte en projet ne les supprime pas formellement, de même que la mention dans l'exposé des motifs que ce sera au Constituant d'opérer ces modifications ne privent pas la critique de son fondement : même sans révision de la Constitution, les auteurs du texte en projet entendent les rendre inactives au profit des nouvelles « sous-régions urbaines et rurales », tandis que des dispositions transitoires règlent le transfert progressif des compétences provinciales vers ces structures. Pour la section de législation du Conseil d'Etat, ces mesures sont en violation flagrante avec les articles 41 et 162 de la Constitution.

Elles méconnaissent également la place que la Constitution réserve aux agglomérations et fédérations de communes, en ce que ces dernières y apparaissent comme un niveau de pouvoir intermédiaire entre les provinces et les communes, ce qui ne serait plus possible vu que les « stads- en streekgewesten » devraient en fait les remplacer. Les agglomérations et fédérations de communes seraient même « dénaturées » dans la proposition de décret, dans la mesure où les nouvelles structures y trouveraient leur base légale.

La section de législation du Conseil d'Etat considère encore que, selon l'article 165, § 1er, alinéa 3, de la Constitution, « [l]e président du collège exécutif [des agglomérations et fédérations de communes] est élu par le conseil, en son sein ; son élection est ratifiée par le Roi ; la loi règle son statut ». Le président des « sous-régions urbaines et rurales » ne peut, dès lors, être simplement élu par leur conseil, sans que le Gouvernement flamand ne soit autorisé à ratifier un tel choix, fût-ce par une prestation de serment. C'est, par ailleurs, au législateur régional que revient la fixation du statut du président, de sorte que le Gouvernement ne peut se voir habilité à intervenir quant à ce, à moins que les aspects essentiels de cette régle-

(300) Voy. *supra*, nos 120 et 121.

(301) « In de rechtsleer is uit artikel 5 van de Grondwet afgeleid dat de gewesten de provincies niet kunnen afschaffen en dat ze ook geen nieuwe provincies kunnen creëren. Zie J. Vande Lanotte en G. Goedertier, *Inleiding tot het publiekrecht*, *Handboek Belgisch publiekrecht*, Brugge, 2010, p. 1053, voetnoot 12 » (note infrapaginale 3 de l'avis 49.938/VR/3 du 18 octobre 2011, cité à la note 246).

this Jurisquare copy is licenced to UCL - Off campus

mentation et les critères déterminants avec lesquels le Gouvernement flamand devrait œuvrer pour la fixation de ce statut, soient fixés au préalable par un décret. Une insécurité juridique découle aussi de la circonstance que la proposition ne règle pas le rapport entre le texte en projet et la loi du 26 juillet 1971 alors que celle-ci règle la création, les attributions, les organes, le personnel, les finances et les biens, et la tutelle administrative, des agglomérations et des fédérations de communes.

Enfin, le texte en projet supprime la tutelle administrative de la Région flamande sur les « sous-régions urbaines et rurales », de sorte que la proposition est en contradiction avec l'article 162, alinéa 2, 6°, de la Constitution qui dispose que la loi, en l'espèce le décret, doit garantir l'intervention de l'autorité de tutelle pour empêcher que la loi ne soit violée ou l'intérêt général blessé.

161. *Autonomie provinciale.* Selon la jurisprudence constante de la Cour constitutionnelle, « [l]'atteinte à la compétence des provinces, et par voie de conséquence, au principe de l'autonomie locale que comporte toute intervention, qu'elle soit positive ou négative, de l'Etat fédéral, des communautés ou des régions, dans une matière qui relève de leurs compétences, ne serait contraire aux [articles 41 et 162, alinéa 2, 2°, de la Constitution et l'article 6, § 1er, VIII, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles] qui garantissent la compétence des provinces pour tout ce qui concerne l'intérêt provincial, que si elle était manifestement disproportionnée. Tel serait le cas, par exemple, si elle aboutissait à priver les provinces de tout, ou de l'essentiel de leurs compétences, ou si la limitation de la compétence ne pouvait être justifiée par le fait que celle-ci serait mieux gérée à un autre niveau de pouvoir »(302). La section de législation en a déduit que des compétences provinciales ne peuvent être retirées ou attribuées dans le cadre d'une convention entre le gouvernement régional et les provinces, alors que, en vertu de l'article 162, alinéa 1er, de la Constitution, les institutions provinciales sont réglées par la loi et que, dès lors, seul un décret peut se livrer à cet exercice. Est également sujet à critique le fait de citer, parmi ces compétences, des missions de soutien à d'autres autorités car ces tâches se placent dans un contexte qui n'a rien à voir avec les intérêts provinciaux au sens de l'article 41 de la Constitution(303).

162. *Commission communautaire française.* Lorsque la Commission communautaire française agit en tant qu'autorité décentralisée, conformément aux articles 136 et 166, § 3, de la Constitution, la section de législation du Conseil d'Etat n'est pas compétente pour examiner le projet qui lui est soumis, et ce, en application de l'article 3, § 1er, alinéa 3, des lois coordonnées

(302) C.C., arrêts n° 95/2005, du 25 mai 2005, B.26. ; n° 7/2009, du 15 janvier 2009, B.6.3. ; n° 89/2010, du 29 juillet 2010, B.18.4. ; n° 109/2011, du 16 juin 2011, B.8.3.

(303) Avis 50.557/3 du 29 novembre 2011, cité à la note 137. Pour un commentaire de cet avis, voy. égal. *supra*, n° 76.

this Jurisquare copy is licenced to UCL - Off campus

sur le Conseil d'Etat, qui dispose qu'« en ce qui concerne le Collège de la Commission communautaire française, seuls les arrêtés qui concernent des matières transférées en application de l'article 138 de la Constitution sont soumis à l'avis de la section de législation »(304). Au cours de la période écoulée, il s'en est suivi que cette dernière n'a pu connaître de projets en matière d'enseignement(305) puisque, dans de telles hypothèses, l'Assemblée et le Collège de la Commission communautaire française exercent une mission prévue par l'article 83*quinquies*, § 3, de la loi spéciale du 12 janvier 1989 relative aux institutions bruxelloises, en vertu de l'article 163 de la Constitution.

VI. Les finances publiques

A. *La fiscalité*

1. Généralités

163. *Impôt et redevance – Notion.* Une contribution obligatoire imposée par l'autorité régionale ne peut être considérée comme une redevance dès lors qu'il ne s'agit pas d'une contribution payée en contrepartie d'un service rendu par l'autorité. Il s'agit plutôt d'un impôt dont les éléments essentiels peuvent uniquement être fixés par le législateur régional en vertu de l'article 170, § 2, de la Constitution(306).

Par ailleurs, pour qu'une taxe puisse être qualifiée de rétribution (ou de cotisation ayant le caractère d'une rétribution), il est non seulement requis qu'il s'agisse de la rémunération d'un service accompli par l'autorité au bénéfice du redevable considéré isolément, mais également qu'elle ait un caractère purement indemnitaire, de sorte qu'un rapport raisonnable doit exister entre le coût ou la valeur du service fourni et le montant dû par le redevable. La nature substantielle d'une redevance détermine si elle doit être considérée comme une rétribution (art. 173 de la Constitution : principe de légalité modéré) ou comme un impôt (art. 170 de la Constitution :

(304) Avis 49.921/2/V du 18 juillet 2011 sur un projet d'arrêté 2011/446 du Collège de la Commission Communautaire française « fixant les modalités de mise en application de l'assurance volontariat en faveur des associations bruxelloises francophones ».

(305) Avis 50.230/2 du 26 septembre 2011 sur un projet d'arrêté 2010/893 du Collège de la Commission communautaire française « portant statut pécuniaire du personnel enseignant non-subventionné de la Commission communautaire française et octroyant des compléments de traitement à certains membres du personnel enseignant subventionné des établissements d'enseignement de la Commission communautaire française » ; avis 50.231/2 du 26 septembre 2011 sur un projet d'arrêté 2009/653 du Collège de la Commission communautaire française « fixant les congés du personnel enseignant non subventionné de la Commission communautaire française ».

(306) Avis 50.052 du 9 août 2011 sur un projet d'arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale « portant sur la part des recettes générées par la tarification de l'eau à affecter à des fins de solidarité internationale ».

this Jurisquare copy is licenced to UCL - Off campus

principe de légalité strict)(307). Quoi qu'il en soit, conformément à l'article 173 de la Constitution, le principe de la redevance doit être prévu par le législateur(308). Enfin, étant donné qu'une rétribution est une rémunération d'un service accompli par l'autorité au bénéfice du redevable considéré isolément, elle ne peut, pour pouvoir conserver son caractère de rétribution, qu'être à la charge de celui qui a effectivement bénéficié de ce service(309).

164. *Redevance et égalité de traitement*. Il ne revient pas au décret de s'immiscer dans les rapports de nature financière qui se nouent librement entre les fédérations sportives reconnues et leurs affiliés en habilitant les fédérations à réclamer, si elles le souhaitent, une « participation financière » pour le travail presté par ces fédérations dans le cadre de la délivrance des licences. Si la Communauté française est d'avis que le coût de ce travail, qui est en réalité effectué par les fédérations en lieu et place de l'administration, doit être en tout ou en partie mis à la charge des demandeurs ou des bénéficiaires des licences, elle doit établir une redevance dont elle fixe elle-même le montant, redevance qui devra être payée par chaque personne qui demande ou obtient une licence. Une égalité de traitement sera ainsi assurée entre les diverses personnes appelées à financer la gestion du coût administratif du traitement et de la délivrance des licences(310).

165. *Principe de légalité*. La section de législation rappelle qu'il ressort du principe de légalité en matière fiscale que le législateur doit fixer lui-même tous les éléments essentiels permettant de déterminer la dette d'impôt du contribuable, tels que les catégories de contribuables, l'assiette de l'impôt, le taux d'imposition ou le tarif, et les exemptions ou modérations éventuelles. Une délégation de pouvoir au gouvernement – et *a fortiori* à un ministre – portant sur la détermination d'un ou de plusieurs de ces éléments est, en principe, inconstitutionnelle(311).

Toutefois, l'attribution au Gouvernement du pouvoir d'établir les éléments essentiels d'un impôt n'est pas dans tous les cas inconstitutionnelle.

(307) Avis 50.266/3 du 27 septembre 2011 sur un projet d'arrêté royal « fixant les rétributions et cotisations dues au Fonds budgétaire des matières premières et des produits » ; avis 49.492/3 du 27 avril 2011, cité à la note 248 ; avis 50.421/4 du 26 octobre 2011, cité à la note 59 ; avis 49.269/3 du 8 mars 2011, cité à la note 97.

(308) Avis 49.830/4 du 6 juillet 2011 sur un projet d'arrêté du Gouvernement de la Communauté française « portant application du décret du 30 avril 2009 relatif au développement des pratiques de lecture organisé par le Réseau public de la Lecture et les bibliothèques publiques ».

(309) Avis 50.384/3 du 18 octobre 2011 sur un projet d'arrêté royal « relatif aux rétributions concernant l'identification et l'enregistrement des animaux ».

(310) Avis 49.505/4 du 9 mai 2011 sur un avant-projet de décret « organisant la pratique du tir sportif en Communauté française », *Doc.*, Parl. Comm. fr., sess. 2011-2012, nº 287/1.

(311) Avis 49.569/4 du 16 mai 2011, cité à la note 198 ; avis 49.863/4 du 13 juillet 2011 sur un avant-projet de décret « portant assentiment à l'Accord de siège entre le Royaume de Belgique et l'Organisation de la Conférence Islamique, fait à Bruxelles le 4 février 2011 », *Doc.*, Parl. germ., sess. 2011-2012, n° 90/1 ; avis 50.365/1 du 6 octobre 2011 sur un avant-projet de décret « houdende de wijziging van diverse bepalingen van het wetboek van de met de inkomstenbelastingen gelijkgestelde belastingen betreffende de belasting op de inverkeerstelling op grond van milieukenmerken », *Doc.*, Parl. fl., sess. 2011-2012, n° 1375/1.

this Jurisquare copy is licenced to UCL - Off campus

Abstraction faite des cas dans lesquels pareille délégation de compétence peut être justifiée par la circonstance que la portée véritable d'une telle habilitation est limitée, par exemple parce qu'elle permet seulement de transposer dans le droit interne des obligations qui ne font que découler du droit international, il peut être admis que le législateur habilite le pouvoir exécutif à établir les éléments essentiels lorsque le législateur se trouve dans l'impossibilité de le faire lui-même parce que le respect de la procédure parlementaire ne lui permettrait pas d'agir avec la promptitude voulue pour réaliser un objectif d'intérêt général. En outre, la constitutionnalité d'une délégation de compétence au Gouvernement exige en tout cas que l'habilitation soit explicite et sans équivoque et que les mesures prises par le Gouvernement soient examinées par le pouvoir législatif dans un délai relativement court, fixé dans le décret d'habilitation. Il est encore requis que le législateur décrétal prévoie qu'à défaut de confirmation dans le délai requis, ces arrêtés seront abrogés de plein droit avec effet rétroactif(312).

166. Par ailleurs, une concession de service public et l'octroi au concessionnaire d'un tel service du droit de percevoir des redevances requièrent l'intervention expresse du législateur. Plus précisément, le législateur doit, d'une part, ériger une activité déterminée en service public et, ensuite, le concéder ou habiliter le Gouvernement à le faire. Enfin, s'il l'estime opportun, il peut prévoir le paiement d'une redevance par le concessionnaire à la Région, le cas échéant, ou y habiliter le Gouvernement. Il en va de même en ce qui concerne les redevances dues aux concessionnaires par les usagers(313).

167. *Principe d'égalité*. L'article 172 de la Constitution affirme le principe d'égalité et de non-discrimination en matière fiscale. Cette disposition constitue une application particulière du principe général d'égalité contenu à l'article 10 de la Constitution(314).

2. Fiscalité fédérale et fédérée

168. *Procédure administrative*. En vertu de l'article 5, § 3, alinéa 1er, de la loi spéciale du 16 janvier 1989 relative au financement des Communautés et des Régions et à moins que la région n'en décide autrement, l'Etat

(312) Avis 49.749/4 du 21 juin 2011 sur un avant-projet de décret « relatif à la promotion d'une agriculture de qualité et des produits agricoles » ; avis 49.806/3 du 28 juin 2011 sur un projet d'arrêté royal « relatif aux cotisations obligatoires au Fonds budgétaire de la santé et de la qualité des animaux et des produits animaux fixées d'après les risques sanitaires liés aux exploitations où sont détenus des porcs ».

(313) Avis 49.946/2/V du 2 août 2011 sur un projet d'arrêté royal « modifiant l'arrêté royal du 20 juillet 2001 relatif à l'immatriculation de véhicules », qui cite l'avis 22.331/9 du 20 septembre 1993 sur un projet d'arrêté du Gouvernement wallon « portant fixation des redevances à percevoir pour l'utilisation des aéroports et aérodromes publics situés en Région wallonne », ainsi que l'avis 47.929/4 du 29 mars 2010 sur un projet devenu l'arrêté royal du 6 novembre 2010 modifiant l'arrêté royal du 20 juillet 2001 relatif à l'immatriculation de véhicules ».

(314) Avis 50.365/1 du 6 octobre 2011, cité à la note 311.

this Jurisquare copy is licenced to UCL - Off campus

assure gratuitement, dans le respect des règles de procédure qu'il fixe, le service des impôts régionaux pour le compte de la région concernée et « en concertation avec » celle-ci. L'Etat fédéral est dès lors resté compétent pour modifier les règles de procédure administrative relatives au précompte immobilier, en ce qui concerne les régions pour lesquelles il assure encore toujours le service des impôts(315).

169. *Compétence – Traité mixte*. Un traité qui s'applique à l'impôt des personnes physiques, l'impôt des sociétés, l'impôt des personnes morales, l'impôt des non-résidents et la taxe sur la valeur ajoutée ne peut être qualifié de mixte en ce qui concerne les communautés étant donné que ces impôts ne relèvent pas de la compétence de celles-ci(316). A l'inverse, constitue un traité mixte en ce qui concerne les régions un accord qui organise un échange de renseignements portant notamment sur le précompte immobilier, lequel est un impôt régional au sens de l'article 3, alinéa 1er, 5°, de la loi spéciale du 16 janvier 1989 de financement des Communautés et des Régions(317). Enfin, les régions et communautés doivent donner leur assentiment à un protocole, en réalité un traité mixte, qui entend organiser un échange de renseignements portant sur l'ensemble des impôts susceptibles d'être levés en Belgique(318).

170. *Matière imposable*. Selon l'article 3, alinéa 1er, 12°, de la loi spéciale du 16 janvier 1989, l'eurovignette est un impôt régional mais la compétence régionale est limitée à la fixation du taux d'imposition, de la base d'imposition et des exonérations d'impôts (art. 4, § 4, de la loi spéciale de financement). L'autorité fédérale est restée compétente pour modifier la matière imposable, que la Cour constitutionnelle définit comme suit : « La matière imposable est l'élément générateur de l'impôt, la situation ou le fait qui donne lieu à la débition de l'impôt. La matière imposable se distingue de la base imposable, qui est le montant sur lequel est calculé l'impôt »(319) Toute modification de la matière imposable doit donc être inscrite dans une loi spéciale(320).

(315) Avis 49.495/1 du 28 avril 2011 sur un projet d'arrêté royal « complétant l'article 133 de l'AR/CIR 92 concernant les immeubles appartenant à plusieurs propriétaires en indivision ».

(316) Voy., not., l'avis 49.878/2 du 11 juillet 2011 sur un avant-projet de décret « portant assentiment à l'Accord, fait à Bruxelles le 23 octobre 2009, entre le Gouvernement du Royaume de Belgique et le Gouvernement de la Principauté d'Andorre en vue de l'échange de renseignements en matière fiscale ».

(317) Avis 49.879/2 du 11 juillet 2011 sur un avant-projet de décret « portant assentiment à l'Accord, fait à Bruxelles le 23 octobre 2009, entre le Royaume de Belgique et le Gouvernement de la Principauté d'Andorre en vue de l'échange de renseignements en matière fiscale », *Doc.*, Parl. wal., sess. 2011-2012, n° 548/1.

(318) Avis 49.880/2 du 11 juillet 2011, cité à la note 180.

(319) C.C., arrêt n° 44/2008, du 4 mars 2008, B.6

(320) Avis 50.203/1 du 29 septembre 2011 sur un avant-projet de loi « portant assentiment au Protocole modifiant l'accord du 9 février 1994 relatif à la perception d'un droit d'usage pour l'utilisation de certaines routes par des véhicules utilitaires lourds, aux fins de satisfaire à la Directive 2006/38/CE du Parlement européen et du Conseil du 17 mai 2006

this Jurisquare copy is licenced to UCL - Off campus

171. *Exemption et libre circulation des capitaux*. Au regard de la libre circulation des capitaux entre les diverses entités qui composent l'Etat belge, telle qu'elle résulte de l'article 6, § 1er, VI, alinéa 3, de la loi spéciale du 8 août 1980, il faut considérer que le fait pour l'article 55 du Code des droits de succession, tel qu'il s'applique en Région wallonne, de prévoir une exemption des droits de succession pour les legs effectués en faveur de la Région wallonne, de la Communauté française et de la Communauté germanophone sans prévoir pareille exemption pour les legs faits en faveur de l'Etat fédéral ou d'une entité fédérée a pour conséquence de dissuader le testateur d'effectuer un legs en faveur d'une de ces autres entités comparables, ce qui porte atteinte à la libre circulation des capitaux entre les diverses entités qui composent l'Etat belge (321).

172. *Compétence du Gouvernement flamand*. Le Gouvernement flamand n'est pas compétent pour fixer des augmentations d'impôts au titre de sanctions administratives en ce qui concerne la taxe de circulation et la taxe de mise en circulation. Il est par contre compétent pour ce faire en ce qui concerne l'eurovignette, en se fondant sur l'article 13 de la loi du 27 décembre 1994 portant assentiment de l'Accord relatif à la perception d'un droit d'usage pour l'utilisation de certaines routes par des véhicules utilitaires lourds, signé à Bruxelles le 9 février 1994, entre les Gouvernements de la République fédérale d'Allemagne, du Royaume de Belgique, du Royaume du Danemark, du Grand-Duché de Luxembourg et du Royaume des Pays-Bas et instaurant une Eurovignette, conformément à la directive 93/89/CEE du Conseil des Communautés européennes du 25 octobre 1993 (322).

modifiant la Directive 1999/62/CE relative à la taxation des poids lourds pour l'utilisation de certaines infrastructures et de convenir, entre les Gouvernements du Royaume de Belgique, du Royaume de Danemark, de la République fédérale d'Allemagne, du Grand-Duché de Luxembourg, du Royaume des Pays-Bas et du Royaume de Suède, de l'introduction d'un système de "paperless vignette" dans leur système commun pour la perception du droit d'usage, fait à Bruxelles le 21 octobre 2010, et modifiant les articles 3, 9, 10, 11 et 12 de la loi du 27 décembre 1994 portant assentiment de l'accord précité et instaurant une Eurovignette, conformément à la Directive 93/89/CEE du Conseil des Communautés européennes du 25 octobre 1993 », *Doc. parl*, Sén., sess. 2011-2012, n° 1709/1. Le même raisonnement vaut pour la taxe de mise en circulation : avis 50.365/1 du 6 octobre 2011, cité à la note 311.

(321) Avis 50.692/2 du 19 décembre 2011 sur un avant-projet de décret « portant des dispositions fiscales diverses », *Doc.*, Parl. wal., sess. 2011-2012, n° 581/1 ; voy. aussi C.C., arrêt n° 107/2005, du 22 juin 2005, B.8.1. Le même raisonnement vaut pour l'article 55 du Code des droits de succession, tel qu'il s'applique en Région de Bruxelles-Capitale : avis 49.458/2 du 11 avril 2011 sur un avant-projet d'ordonnance « modifiant le Code des droits de succession », *Doc.*, Parl. Rég. Brux-Cap., sess. 2010-2011, n° A-198/1.

(322) Avis 49.149/1 du 10 février 2011 sur un projet d'arrêté du Gouvernement flamand « tot vaststelling van de schalen van de administratieve boete op het stuk van de verkeersbelastingen ».

this Jurisquare copy is licenced to UCL - Off campus

3. Fiscalité locale

173. *Autonomie*. Conformément à l'article 170, § 4, de la Constitution, le conseil communal établit les charges et les impositions. Sur la base du deuxième alinéa de cette disposition, la « loi » détermine les exceptions dont la nécessité est démontrée. Comme il peut être déduit des travaux préparatoires de l'article 170 de la Constitution, l'autorité fédérale est compétente pour limiter éventuellement la compétence fiscale des communes. Les régions qui, sur la base de l'article 6, § 1er, VIII, alinéa 1er, 1°, de la loi spéciale du 8 août 1980, tel que remplacé par la loi spéciale du 13 juillet 2001, sont compétentes en ce qui concerne les pouvoirs subordonnés, ne peuvent prendre de mesures qui limiteraient l'autonomie fiscale des communes(323).

B. *L'organisation budgétaire et financière*

1. Budgets

174. *Principes budgétaires – Annualité*. L'article 174 de la Constitution consacre le principe de l'annualité budgétaire. Ce principe est transposé au niveau des communautés et des régions par les articles 13, § 1er, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles et 50, § 1er, de la loi spéciale du 16 janvier 1989 relative au financement des communautés et des régions. Suivant ces dispositions, les budgets sont votés chaque année et ne valent que pour un an, de sorte qu'il n'appartient pas au législateur décrétal de déroger à cette règle de l'annualité budgétaire en déterminant les affectations pour les années à venir(324). Par ailleurs, le principe de l'annualité budgétaire s'oppose à ce que les résultats d'une enquête réalisée, très probablement, en 2012 puissent être utilisés pour fixer des montants relatifs à une année budgétaire antérieure(325).

175. *Principes budgétaires – Légalité*. Il n'est pas admissible, au regard du principe de la légalité budgétaire, que ce soit le Gouvernement qui soit habilité à ouvrir les crédits sans être couvert par le Parlement(326).

176. *Principes budgétaires – Universalité – Exception*. Pour se conformer à l'article 45 des lois coordonnées sur la comptabilité de l'Etat, lequel permet de déroger au principe de non-affectation des recettes, le législateur décré-

(323) Avis 49.512/3 du 17 mai 2011 sur un avant-projet de décret « betreffende het duurzaam beheer van materiaalkringlopen en afvalstoffen », *Doc.*, Parl. fl., sess. 2010-2011, n° 1233/1.
(324) Avis 50.306/2 du 19 septembre 2011, cité à la note 49.
(325) Avis 49.285/AG du 26 avril 2011 sur une proposition de loi « visant à fixer un critère objectif de répartition du budget finançant les cultes et la laïcité », *Doc. parl.*, Ch., sess. 2010-2011, n° 53-1214/1.
(326) Avis 50.466/2 du 9 novembre 2011, cité à la note 96 ; avis 50.467/2 du 9 novembre 2011 sur un avant-projet de décret « portant organisation du budget et de la comptabilité des services du Gouvernement de la Région wallonne », *Doc.*, Parl. wal., sess. 2011-2012, n° 488/1.

this Jurisquare copy is licenced to UCL - Off campus

tal doit, s'il désire qu'une recette soit affectée à des dépenses déterminées, définir l'objet de ces dépenses dans un décret organique(327).

177. *Garantie*. Lorsque le législateur entend autoriser le pouvoir exécutif à octroyer la garantie de la Région, il lui appartient de fixer le plafond à concurrence duquel cette garantie peut être octroyée, eu égard à l'incidence de cette garantie sur le budget de la Région(328).

178. *Budget des cultes et de la laïcité*. Même si l'article 181, § 1er, de la Constitution ne le précise pas de manière expresse, il est traditionnellement admis, tant par la doctrine que par la jurisprudence, que cette disposition ne vise que les cultes « reconnus ». L'article 6, § 1er, VIII, alinéa 1er, 6°, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, tel que modifié par l'article 4 de la loi spéciale du 13 juillet 2001, se réfère d'ailleurs de manière expresse à cette notion.

Il faut déduire, par ailleurs, de l'article 181 de la Constitution, que le législateur budgétaire fédéral ne peut pas fixer d'une manière discrétionnaire les sommes qui doivent être portées au budget. Cet article impose, en effet, au législateur budgétaire de porter annuellement au budget les sommes qui sont « nécessaires » aux « traitements et pensions des ministres des cultes » (§ 1er), d'une part, et aux « traitements et pensions des délégués des organisations reconnues par la loi qui offrent une assistance morale selon une conception philosophique non confessionnelle » (§ 2), d'autre part.

Le calcul des sommes visées à l'article 181 de la Constitution se fait actuellement, en tout cas en ce qui concerne les cultes reconnus, sur la base de critères divers, qui manquent certes d'objectivité et de transparence, mais qui visent à satisfaire les besoins de chaque culte reconnu, tels que ces besoins sont déterminés dans le cadre de la reconnaissance. Étant donné que le montant revenant à chaque culte correspond aux traitements du cadre que chaque culte se voit attribuer lors de sa reconnaissance, on peut en principe considérer que le système actuel de prise en charge par l'Etat des traitements des ministres du culte est conforme à l'article 181 de la Constitution. Il en est de même en ce qui concerne les délégués des organisations reconnues par la loi qui offrent une assistance morale selon une conception philosophique non confessionnelle, dès lors que le montant qui est porté au budget pour ces organisations en vertu de l'article 181, § 2, de la Constitution, correspond aux traitements du cadre que le Roi fixe en exécution de la loi du 21 juin 2002 relative au Conseil central des Communautés philosophiques non confessionnelles de Belgique, aux délé-

(327) Avis 49.197/4 du 16 février 2011 sur un projet d'arrêté du Gouvernement de la Région wallonne « établissant les conditions d'octroi de subventions provenant du bénéfice de la Loterie Nationale réparti à la Région wallonne » et avis 49.198/4 du 16 févier 2011 sur un projet d'arrêté du Gouvernement de la Communauté française « établissant les conditions d'octroi de subventions provenant du bénéfice de la Loterie Nationale réparti à la Communauté française ».
(328) Avis 49.775 du 11 juillet 2011, cité à la note 297.

this Jurisquare copy is licenced to UCL - Off campus

gués et aux établissements chargés de la gestion des intérêts matériels et financiers des communautés philosophiques non confessionnelles reconnues (art. 58 et 70).

Le Conseil d'Etat rappelle(329) cependant qu'à ses yeux, l'Etat dispose d'une certaine marge d'appréciation dans le cadre de l'application de l'article 181 de la Constitution : cette disposition ne s'applique qu'aux cultes et organisations reconnues et le financement public n'est pas sans limite, notamment quant aux montants des traitements et au nombre de personnes qui en bénéficient. Il faut donc admettre que tous les ministres ne peuvent pas prétendre à une rémunération, mais seulement ceux qui sont utiles et nécessaires pour les besoins religieux de la population(330).

2. Subventions

179. *Définition.* Constitue une subvention toute contribution, tout avantage ou toute aide, quelles qu'en soient la forme ou la dénomination, en ce compris les avances de fonds récupérables consenties sans intérêts, octroyées en vue de promouvoir des activités utiles à l'intérêt général(331).

180. *Fondement légal.* C'est au législateur qu'il appartient de déterminer les règles essentielles relatives aux conditions de demande et d'octroi des subventions, ainsi que les règles essentielles relatives à la détermination du montant de ces subventions(332). Par ailleurs, la seconde phrase de l'article 12, alinéa 3, des lois coordonnées sur la comptabilité de l'Etat prévoit qu'« en l'absence d'une loi organique tout subside doit faire l'objet dans le budget général des dépenses d'une disposition spéciale qui en précise la nature ; ces subsides peuvent être octroyés aux conditions fixées par le Roi ». Par voie de conséquence, est dépourvu de fondement légal un projet d'arrêté royal qui, sans se baser sur une disposition organique en vertu de laquelle des subventions pourraient être octroyées, entend instituer un cadre juridique permettant l'octroi permanent de subventions(333). En outre, l'inscription d'une « disposition spéciale » dans le budget général des dépenses ne suffit pas à procurer un fondement légal à un arrêté octroyant

(329) Le Conseil d'Etat se réfère ainsi à son avis 44.351/2 du 21 avril 2008 sur un avant-projet de loi devenu la loi du 24 juillet 2008 portant des dispositions diverses (I), *Doc. parl.*, Ch., 2007-2008, n° 1200/1, ainsi que les références citées.

(330) Avis 49.285/AG du 26 avril 2011, cité à la note 140. Pour un commentaire de cet avis, voy. égal. *supra*, n° 77.

(331) Avis 50.466/2 du 9 novembre 2011 et avis 50.467/2 du 9 novembre 2011, cités à la note 326.

(332) Avis 49.697/4 du 8 juin 2011, cité à la note 4.

(333) Avis 49.138/2 du 28 décembre 2010 sur un projet d'arrêté royal « portant l'octroi aux communes concluant avec l'Etat une convention prézone opérationnelle de subsides pour les frais de personnel, d'infrastructure, de matériel et d'équipement et de coordination » ; avis 49.198/4 du 16 févier 2011, cité à la note 327.

this Jurisquare copy is licenced to UCL - Off campus

une subvention dès lors que les conditions débordent de l'exercice budgétaire (334).

181. *Convention – Limites.* Dès lors qu'une loi prévoit que la reconnaissance et la subsidiation d'institutions doivent intervenir par décret, les modalités de contrôle de l'octroi des subsides ne peuvent être définies dans une convention entre l'autorité et l'institution. Seules des modalités pratiques qui concrétisent des règles contenues dans le décret pourraient être reprises dans une telle convention (335).

De manière plus générale, la section de législation rappelle que la subvention est un mode d'action unilatérale de l'administration même si la définition plus complète de son objet ou certaines modalités d'octroi sont précisées dans des actes accessoires en forme synallagmatique. Entre les allocataires, les règles d'octroi des subventions doivent satisfaire au respect des articles 10 et 11 de la Constitution, ce qui implique que la nature de la subvention et ses conditions d'octroi soient, pour l'essentiel, fixées dans le décret. Une juxtaposition de « conventions » ou de « contrats-programmes » au cours d'un même exercice budgétaire ou au cours d'une plus longue période ne satisfait pas au respect de la règle constitutionnelle. A la lecture du décret, les candidats doivent en effet savoir s'ils répondent aux conditions d'octroi de la subvention et pouvoir raisonnablement en évaluer le montant, notamment en vue de rechercher d'autres sources de financement, au lieu de s'interroger sur les arguments d'une négociation qui pourrait leur valoir un montant lui-même objet de cette négociation. Cette exigence est renforcée en matière culturelle par l'article 10, alinéa 1er, de la loi du Pacte culturel qui prévoit que « les règles d'agréation et d'octroi de subsides en espèces ou en nature en faveur d'activités culturelles régulières ne peuvent être établies selon les cas qu'en vertu d'une loi, d'un décret ou d'une délibération de l'assemblée représentative de l'autorité publique » (336).

(334) Avis 50.493/4 du 16 novembre 2011 sur un projet d'arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale « relatif à l'octroi de subsides au bénéfice d'associations ou regroupements d'associations oeuvrant à un programme de développement local intégré en matière de rénovation urbaine durable ». Le Conseil d'Etat applique donc ainsi, pour la Région de Bruxelles-Capitale, une jurisprudence constante relative à l'article 12, alinéa 3, des lois coordonnées sur la comptabilité de l'Etat que remplace la loi du 16 mai 2003 fixant les dispositions générales applicables aux budgets, au contrôle des subventions et à la comptabilité des communautés et des régions, ainsi qu'à l'organisation du contrôle de la Cour des comptes et l'ordonnance organique du 23 février 2006 portant les dispositions applicables au budget, à la comptabilité et au contrôle. Voy. aussi l'avis 49.395/4 du 13 avril 2011 sur un projet d'arrêté du Gouvernement de la Communauté française « modifiant l'arrêté royal du 21 mars 1961 déterminant les modalités de la lutte médico-sociale contre la tuberculose, octroyant des subventions en faveur de cette lutte et fixant les conditions de cet octroi ».

(335) Avis 50.091/1/V du 6 septembre 2011, cité à la note 144.

(336) Avis 49.744 du 20 juin 2011 sur un avant-projet de décret « portant certaines adaptations du décret coordonné le 26 mars 2009 sur les services de médias audiovisuels », *Doc.*, Parl. Comm. fr., sess. 2011-2012, n 270/1, qui cite l'avis 33.745/4 du 30 octobre 2002 sur un avant-projet devenu le décret-cadre du 10 avril 2003 « relatif à la reconnaissance et au subventionnement du secteur professionnel des Arts de la Scène » ; avis 49.386 du 30 mars 2011, cité à la note 99.

this Jurisquare copy is licenced to UCL - Off campus

182. *Egalité et non-discrimination.* A propos de projets d'arrêtés qui prévoient que l'autorité « peut accorder » des subventions, le Conseil d'Etat se demande s'il faut en déduire que les personnes qui, *a priori*, sont susceptibles de bénéficier des subventions en question, ne disposent pas d'un droit à l'obtention de celles-ci, et ce même lorsqu'elles remplissent toutes les conditions d'octroi desdites subventions. Si tel était le cas, il conviendrait de déterminer, dans le respect des articles 10 et 11 de la Constitution, les critères qui encadreront le pouvoir discrétionnaire reconnu à l'autorité(337).

183. *Contrôle.* En vertu des articles 50, § 2, et 71, § 1er, de la loi spéciale du 16 janvier 1989 de financement des Communautés et des Régions, tels qu'éclairés par les travaux parlementaires, celles-ci ne peuvent fixer des dispositions générales concernant le contrôle et l'octroi de subventions. Elles ne sont compétentes que pour adopter des règles plus sévères, mais qui ne dérogent pas à celles prévues aux articles 55 à 58 des lois sur la comptabilité de l'Etat, coordonnées le 17 juillet 1991(338). Dans ce cas de figure, l'intervention du législateur décrétal est requise(339).

Par ailleurs, si larges que soient les habilitations que le Code wallon du logement donne au Gouvernement en vue de régler l'octroi de subventions aux personnes morales et aux sociétés de logement de service public, ces habilitations ne lui permettent pas de soumettre à des formes de contrôle relevant de la tutelle administrative – ou s'y apparentant – les décisions par

(337) Avis 50.696/4 à 50.703/4 du 27 décembre 2011 sur un projet d'arrêté du Gouvernement wallon « relatif à l'octroi par la Région d'une aide aux pouvoirs locaux et régies autonomes en vue de la construction de logements sociaux » (50.696/4), sur un projet d'arrêté du Gouvernement wallon « relatif à l'octroi par la Région d'une aide aux pouvoirs locaux et régies autonomes en vue de l'acquisition, la réhabilitation, la restructuration ou l'adaptation d'un bâtiment améliorable pour y créer un ou plusieurs logements sociaux » (50.697/4), sur un projet d'arrêté du Gouvernement wallon « relatif à l'octroi par la Société wallonne du Logement d'une aide aux sociétés de logement de service public en vue de la construction de logements sociaux » (50.698/4), sur un projet d'arrêté du Gouvernement wallon « relatif à l'octroi par la Société wallonne du Logement d'une aide aux sociétés de logement de service public en vue de l'acquisition, la réhabilitation, la restructuration ou l'adaptation d'un bâtiment améliorable pour y créer un ou plusieurs logements sociaux » (50.699/4), sur un projet d'arrêté du Gouvernement wallon « relatif à l'octroi par la Région d'une aide aux personnes morales en vue de la création de logements de transit » (50.700/4), sur un projet d'arrêté du Gouvernement wallon « relatif à l'octroi par la Région d'une aide aux personnes morales en vue de la création de logements d'insertion » (50.701/4), sur un projet d'arrêté du Gouvernement wallon « relatif à l'octroi par la Société wallonne du Logement d'une aide aux sociétés de logement de service public en vue de la création de logements de transit » (50.702/4), sur un projet d'arrêté du Gouvernement wallon « relatif à l'octroi par la Société wallonne du Logement d'une aide aux sociétés de logement de service public en vue de la création de logements d'insertion » (50.703/4).

(338) Avis 50.144/1/V du 6 septembre 2011 sur un avant-projet de décret « betreffende het economisch ondersteuningsbeleid », *Doc.*, Parl. fl., sess. 2011-2012, n° 1411/1 ; avis 49.087/3 du 11 janvier 2011, cité à la note 155. Sur l'adoption de règles moins sévères : avis 50.088/1/V du 24 août 2011, cité à la note 209.

(339) Avis 50.043/1/V du 6 septembre 2011, cité à la note 127. Sur l'adoption de règles moins sévères, voy. l'avis 50.088/1/V du 24 août 2011, cité à la note 209, et l'avis 49.136/1 du 8 février 2011, cité à la note 120.

this Jurisquare copy is licenced to UCL - Off campus

lesquelles les personnes morales et les sociétés de logement de service public attribuent les marchés à conclure pour la réalisation des opérations en vue desquelles elles demandent une subvention. C'est au législateur, conformément à l'article 9 de la loi spéciale du 8 août 1980 « de réformes institutionnelles » qu'il appartient de prévoir des dispositions en ce sens(340).

3. Compétences des collectivités fédérées

184. *Fédéralisme financier*. La Communauté française ne pourrait octroyer ses propres recettes à la Région wallonne sans méconnaître le principe du fédéralisme financier qui constitue l'un des principes essentiels qui caractérisent la réforme de l'Etat belge(341).

La section de législation du Conseil d'Etat définit ce principe comme suit : « Selon les règles du fédéralisme financier belge, les pouvoirs dont sont investis l'Etat fédéral, les communautés ou les régions pour effectuer des dépenses dans le cadre de leur politique publique ou sous la forme de subventions octroyées à des personnes publiques ou privées sont subordonnés à la compétence matérielle à laquelle ces moyens financiers sont affectés, sous la réserve des exceptions éventuelles prévues par la Constitution ou la loi de réformes institutionnelles »(342). S'appuyant sur la jurisprudence de la Cour constitutionnelle(343), le Conseil d'Etat estime que, tout comme l'affectation de fonds appartenant à l'autorité fédérale aux communautés ne peut se faire qu'en exécution d'une loi spéciale, l'affectation de fonds appartenant à la Communauté française à la Région wallonne ne pourrait se faire qu'en exécution d'une loi spéciale ou d'un autre mécanisme organisé par la Constitution. Comme la cession de recette doit s'interpréter comme constituant un abandon de compétences, la piste d'un accord de coopération mène à une impasse(344). Il en résulte que les modalités et la nature de la rétrocession de recettes de la Communauté française vers la Région wallonne doivent être prévues dans un décret prenant la forme d'un « décret de transfert » au sens de l'article 138 de la Constitution.

(340) Avis 50.696/4 à 50.703/4 du 27 décembre 2011, cités à la note 337.

(341) Avis 49.197/4 du 16 février 2011, cité à la note 327.

(342) Voy., not., l'avis 32.371/VR du 23 octobre 2001 sur un avant-projet devenu la loi du 22 mars 2002 « portant assentiment à l'accord de coopération du 11 octobre 2001 entre l'Etat fédéral, les Régions flamande, wallonne et de Bruxelles-Capitale relatif au plan d'investissement pluriannuel 2001-2012 de la S.N.C.B », *Doc. parl.*, Ch., 2001-2002, n° 1463/1.

(343) C.C., arrêt n° 63/2005, du 23 mars 2005, B.4 à B.6.

(344) Sur ce point, la section de législation s'appuie sur l'arrêt n° 17/94 du 3 mars 1994 de la Cour constitutionnelle : « B.5.3. Bien que toute forme de coopération implique inévitablement une limitation de l'autonomie des autorités concernées, la conclusion d'un accord de coopération prévu par l'article 92*bis* ne peut entraîner un échange, un abandon ou une restitution de compétence ; il s'agirait là d'une violation des règles établies par la Constitution ou en vertu de celle-ci pour déterminer les compétences respectives de l'Etat fédéral, des Communautés et des Régions ».

this Jurisquare copy is licenced to UCL - Off campus

185. *Responsabilité des comptables.* L'article 10, § 3, de la loi du 16 mai 2003 fixant les dispositions générales applicables aux budgets, au contrôle des subventions et à la comptabilité des communautés et des régions, ainsi qu'à l'organisation du contrôle de la Cour des comptes énonce que les dispositions de la loi du 29 octobre 1846 relative à l'organisation de la Cour des Comptes qui concernent la compétence juridictionnelle de la Cour à l'égard des comptables de l'Etat s'appliquent aux comptables des communautés et des régions. Il n'appartient donc pas au législateur décrétal de qualifier la nature de la responsabilité qui est celle des comptables devant cette Cour en les rendant responsables devant elle de « leur faute grave, de leur négligence grave et de leur faute légère à caractère répétitif, ayant facilité ou permis la survenance d'un déficit »(345).

186. *Contrôle administratif et budgétaire.* Il n'appartient pas au décret de s'immiscer dans le rôle dévolu aux inspecteurs des finances, même en se bornant à rappeler quelles sont leurs prérogatives, puisque le contrôle administratif et budgétaire est un contrôle interne aux services du Gouvernement qui échappe par conséquent à la compétence du législateur. Les inspecteurs des finances font partie d'un corps interfédéral organisé par un arrêté royal délibéré en Conseil des ministres pris de l'accord des gouvernements et les modalités de leur intervention au sein des services de la Communauté française sont déterminées dans un arrêté du Gouvernement de la Communauté française relatif au contrôle administratif et budgétaire(346).

187. *Cour des comptes.* L'article 180 de la Constitution décrit de manière limitative les compétences de la Cour des comptes. Le législateur fédéral, communautaire ou régional ne peut étendre celles-ci sans habilitation du Constituant(347). Il n'est pas non plus du pouvoir de la Communauté française de s'immiscer dans les modalités d'organisation de la Cour des Comptes(348).

Par ailleurs, l'article 50, § 2, de la loi spéciale du 16 janvier 1989 confie aux communautés et aux régions la compétence d'établir des règles en rapport avec le contrôle de la Cour des comptes sur les budgets et la comptabilité des communautés, des régions et des organismes d'intérêt public qui en dépendent. L'exercice de cette compétence est cependant subordonné au respect des dispositions générales définies par la loi, lesquelles sont reprises à l'article 10 de la loi du 16 mai 2003, précitée(349).

(345) Avis 50.466/2 du 9 novembre 2011 et avis 50.467/2 du 9 novembre 2011, cités à la note 326.
(346) *Ibid.*
(347) Avis 49.597/AV du 7 juin 2011 sur une proposition de décret « houdende het toezicht van het Rekenhof op grote infrastructuurprojecten waarvoor de Vlaamse overheid verantwoordelijkheid draagt », *Doc.*, Parl. fl., sess. 2010-2011, n° 1002/1.
(348) Avis 50.466/2 du 9 novembre 2011 et avis 50.467/2 du 9 novembre 2011, cités à la note 326.
(349) *Ibid.*

this Jurisquare copy is licenced to UCL - Off campus

188. *Prescription*. Ni l'article 50, § 2, de la loi spéciale du 16 janvier 1989 relative au financement des Communautés et des Régions, ni la loi du 16 mai 2003 fixant les dispositions générales applicables aux budgets, au contrôle des subventions et à la comptabilité des communautés et des régions, ainsi qu'à l'organisation du contrôle de la Cour des comptes, n'ont pour effet de rendre les Communautés compétentes pour instaurer une nouvelle cause de suspension de la prescription d'une créance(350).

(350) Avis 49.744 du 20 juin 2011, cité à la note 336.

this Jurisquare copy is licenced to UCL - Off campus