

CHRONIQUE NATIONALE

LE CONSEIL D'ÉTAT CHRONIQUE DE JURISPRUDENCE 2001

PAR

ROBERT ANDERSEN,

PIERRE NIHOUL

ET

MARC JOASSART

INTRODUCTION

Cette huitième chronique couvre la période du 1^{er} janvier 2001, date de la chronique précédente (*même revue*, 2002/1, pp. 17-133), au 31 décembre 2001. Cette recension ne vise pas à l'exhaustivité. Elle reprend les mêmes thèmes que ceux abordés précédemment sauf lorsque les arrêts et avis recensés ne justifient pas l'existence de nouveaux développements.

Ainsi, le lecteur ne trouvera pas de rubrique traitant de la répartition des compétences entre la Chambre et le Sénat, de la notion d'affaires courantes, des délégations du législateur vers le pouvoir exécutif dans les matières non réservées et de la rétroactivité.

I. — LIBERTÉS PUBLIQUES ET DROITS DE L'HOMME

A. — *Ingérences : nécessité d'une norme législative*

1. — La primauté réservée au législateur pour arrêter le régime des libertés publiques est dans certains cas expressément reconnue par la Constitution elle-même.

Robert Andersen est Président du Conseil d'Etat et professeur à l'Université catholique de Louvain. Pierre Nihoul est Conseiller d'Etat et maître de conférences invité à l'Université catholique de Louvain. Marc Joassart est auditeur adjoint au Conseil d'Etat et assistant à l'Université catholique de Louvain.



2. — L'article 24, § 5, de la Constitution établit cette primauté dans le domaine de la *liberté d'enseignement*.

Il est désormais de jurisprudence bien établie que l'article 24, § 5, de la Constitution requiert que les éléments essentiels de la législation relative à l'enseignement soient repris dans le décret lui-même et que, dans la formulation du pouvoir réglementaire qui est accordé au Gouvernement, le décret indique les critères tenant lieu de directives pour l'établissement de la réglementation dont il s'agit. Il s'ensuit que lorsqu'une disposition réglementaire contient une norme essentielle en matière d'enseignement, elle ne peut plus être modifiée que par un décret (1).

Ne satisfont pas à ces exigences constitutionnelles les dispositions suivantes qui chargent le Gouvernement de fixer :

- dans le domaine des études : les conditions d'accès aux études, les éléments essentiels du contenu des cours, les conditions générales auxquelles une inscription à un jury d'examen est subordonnée, les éléments essentiels des conditions de réussite, l'établissement de limites à la détermination des droits d'inscription (2); les conditions d'admission et de passage des élèves dans les diverses années, formes et options (3);
- en matière de contrôle : les éléments essentiels du règlement disciplinaire ou les critères du contrôle de qualité (4);
- en ce qui concerne les procédures de concertation : les critères de représentativité et de fonctionnement des fédérations de pouvoir organisateur (5);
- en matière de financement : la détermination annuelle, « en fonction des possibilités budgétaires », du pourcentage du capital périodes qui peut être utilisé ou du pourcentage d'emplois à pourvoir, ce qui a pour effet de déterminer le nombre d'emplois supprimés et, par voie de consé-

(1) Avis L. 31.457/2 du 23 mai 2001 sur un avant-projet de décret « modifiant certaines dispositions relatives au statut administratif des membres du personnel directeur et enseignant, du personnel auxiliaire d'éducation, du personnel paramédical, du personnel psychologique et du personnel social des établissements d'enseignement gardien, primaire, spécial, moyen, technique et artistique de la Communauté française, des internats dépendant de ces établissements et des membres du personnel du service d'inspection chargé de la surveillance de ces établissements », *Doc. CCF*, sess. 2000-2001, n° 187/1.

(2) Avis L. 31.801/2 du 9 juillet 2001 sur un avant-projet de décret « portant application de l'article 27 du décret du 17 mai 1999 relatif à l'enseignement supérieur artistique », *Doc. CCF*, sess. 2001-2002, n° 207/1.

(3) Avis L. 32.002/2 du 28 novembre 2001 sur un projet d'arrêté du Gouvernement « modifiant l'arrêté royal du 29 juin 1984 relatif à l'organisation de l'enseignement secondaire ».

(4) *Ibidem*.

(5) Avis L. 31.709/2 du 23 mai 2001 sur un avant-projet de décret « modifiant l'article 74 du décret du 24 juillet 1997 définissant les missions prioritaires de l'enseignement fondamental et de l'enseignement secondaire et organisant les structures propres à les atteindre », *Doc. CCF*, sess. 2000-2001, n° 1781.

- quence, de fixer le taux d'encadrement des élèves (6); les critères permettant d'identifier les établissements bénéficiaires de la subvention envisagée (7); la réglementation des avantages sociaux, lesquels ont pour objet non pas d'accorder une aide sociale aux élèves mais de régler le financement des établissements scolaires (8); les conditions dans lesquelles des catégories d'élèves peuvent, en dérogation à la règle décrétole de principe, entrer en ligne de compte pour le calcul de subventions (9); le financement et le subventionnement des formations professionnelles en alternance (10); l'octroi de moyens complémentaires par le biais de conventions conclues entre le gouvernement et chaque université, conventions portant sur la restructuration de l'offre des formations académiques et sur l'amélioration de la qualité de l'enseignement universitaire et dont les éléments essentiels sont arrêtés par le gouvernement (11);
- dans le domaine de la santé à l'école : la politique vaccinale, le contenu et la durée minimale et maximale de la formation continuée des membres du personnel des équipes et des centres, les normes minimales d'encadrement, les conditions de qualification du personnel et la durée minimale de prestation, un modèle de convention-cadre sans indiquer les éléments essentiels de cette convention, des sanctions pécuniaires (12);

(6) Avis L. 31.712/2 du 22 juin 2001 sur un projet d'arrêté du Gouvernement de la Communauté française « fixant les pourcentages des capitaux périodes qui peuvent être utilisés dans les établissements d'enseignement spécial, dans les instituts d'enseignement spécial de la Communauté française et dans les homes d'accueil de la Communauté française pour l'année scolaire 2001-2002 »; avis L. 31.713/2 du 22 juin 2001 sur un projet d'arrêté du Gouvernement de la Communauté française « fixant les pourcentages des capitaux périodes qui peuvent être utilisés dans les établissements d'enseignement spécial, dans les instituts d'enseignement spécial de la Communauté française et dans les homes d'accueil de la Communauté française pour l'année scolaire 2002-2003 ».

(7) Avis L. 31.177/2 du 26 mars 2001 sur un avant-projet de décret « relatif au programme de travaux de première nécessité en faveur des bâtiments scolaires de l'enseignement fondamental et de l'enseignement secondaire organisés ou subventionnés par la Communauté française », *Doc. CCF*, sess. 2000-2001, n° 164/1.

(8) Avis L. 30.958/2 du 19 février 2001 sur un avant-projet de décret « relatif aux avantages sociaux », *Doc. CCF*, sess. 2000-2001, n° 154/1.

(9) Avis L. 31.566/1 du 2 mai 2001 sur un avant-projet de décret « betreffende het onderwijs XIII », *Gedr. St. Vl. Parl.*, sess. 2000-2001, n° 729/1.

(10) *Ibidem*.

(11) Avis L. 31.704/1 du 22 mai 2001 sur un avant-projet de décret « betreffende de herziening van de financiering van de universiteiten in de Vlaamse Gemeenschap en begeleidende bepalingen », *Gedr. St. Vl. Parl.*, sess. 2001-2002, n° 838/1 (« waaronder in ieder geval de planning en de programmering van de voorgestelde actie, de in te zetten middelen, de criteria en de voorwaarden van de evaluatie van de actie, de wijze van rapporteren en de voorwaarden van betaling en afrekening »).

(12) Avis L. 31.635/4 du 10 juillet 2001 sur un avant-projet de décret « relatif à la promotion de la santé à l'école », *Doc. CCF*, sess. 2001-2002, n° 208/1.



- en matière de personnel : l'objet et les critères de conclusion d'une convention de reprise d'un centre PMS, laquelle peut énoncer des règles statutaires complémentaires s'imposant aux membres du personnel (13);
- en matière de structure : la réglementation régissant l'activité, la gestion et le régime juridique du personnel des centres techniques mis au service de l'enseignement dispensé par les Instituts supérieur et secondaire technique, agricole et horticole de l'Etat dans la mesure où ce service à gestion séparée, qui est en soi une structure administrative dont le personnel et l'organisation sont régis par des arrêtés du Gouvernement en vertu de l'article 87 de la loi spéciale du 8 août 1980, sera amené à remplir des missions d'enseignement et à travailler en étroite symbiose avec les établissements d'enseignement, tant secondaires que supérieurs (14);
- la réglementation des bourses d'études : celle-ci a pour but d'offrir un correctif social destiné à garantir à chacun le droit effectif à l'enseignement et doit donc être considérée comme un aspect essentiel de l'organisation et du financement de l'enseignement (15).

Pour ce qui est du contenu des études, la section de législation applique également cette exigence constitutionnelle à la procédure de dérogation aux socles de compétences et objectifs de développement instituée par les législateurs communautaires pour respecter la liberté pédagogique conformément à la jurisprudence de la Cour d'arbitrage. Charger le gouvernement d'accorder la dérogation aux établissements d'enseignement concernés, sans prévoir que cette décision sera soumise à la confirmation du législateur

(13) Avis L. 32.243/2, L. 32.244/2 et L. 32.245/2 du 3 décembre 2001 sur : 1° un avant-projet de décret « modifiant certaines dispositions relatives au statut administratif et pécuniaire des membres du personnel technique des centres psycho-médico-sociaux de la Communauté française ainsi que des membres du personnel du service d'inspection chargés de la surveillance de ces centres psycho-médico-sociaux » (32.243/2), 2° un avant-projet de décret « fixant le statut des membres du personnel technique subsidié des centres psycho-médico-sociaux officiels subventionnés » (32.244/2) et 3° un avant-projet de décret « fixant le statut des membres du personnel technique subsidié des centres psycho-medico-sociaux libres subventionnés » (32.245/2), *Doc. CCF*, sess. 2001-2002, n° 230/1, 231/1 et 231/1.

(14) Avis L. 31.247/2 du 18 avril 2001 sur un projet d'arrêté du Gouvernement de la Communauté française « portant création d'un Centre technique horticole de l'enseignement de la Communauté française à Gembloux »; avis L. 31.280/2 du 18 avril 2001 sur un projet d'arrêté du Gouvernement de la Communauté française « portant création d'un Centre des Technologies agronomiques de l'enseignement de la Communauté française » : « l'une des missions du Centre consistera notamment à accueillir, dans le cadre de stages ou d'autres activités pédagogiques et d'intégration professionnelle, les élèves et étudiants qui poursuivent des études en agriculture ou en agronomie. Il contribuera aussi à soutenir la formation continuée des membres du personnel des établissements d'enseignement concernés »; avis L. 31.566/1 du 2 mai 2001 cité à la note 9.

(15) Avis L. 32.329/1 du 22 novembre 2001 sur un projet d'arrêté du gouvernement flamand « tot wijziging van het koninklijk besluit van 23 augustus 1972 tot vaststelling van de minvermogens van de kandidaten van een studietoelage ».

décrétal, méconnaît l'article 24, § 5, de la Constitution (16). N'échappe pas non plus au principe de légalité et dès lors à la confirmation du législateur décrétal la fixation d'objectifs finaux spécifiques pour le dernier degré de l'enseignement secondaire ni en raison de leur contenu — le fait qu'ils développent de manière concrète des objectifs finaux spécifiques fixés par décret, qu'ils sont élaborés à partir de profils professionnels et qu'il sont limités à certaines branches n'enlève rien au fait qu'ils limitent la liberté d'enseignement et qu'ils touchent à des aspects essentiels de l'enseignement — ni en raison de leur mode d'adoption, à savoir la conclusion d'une convention entre le gouvernement et les pouvoirs organisateurs concernés — tout d'abord, eu égard au fait que la convention produit ses effets en-dehors du strict cadre contractuel, soit à l'égard de pouvoirs organisateur qui n'ont pas personnellement approuvé la convention; ensuite, en raison de la large compétence dont dispose le gouvernement en cas de non conclusion dans les délais de la convention (17).

Confrontée à des réglementations relatives à des projets qualifiés de temporaires ou d'expérimentaux, la section de législation a estimé, sur la base de la jurisprudence de la Cour d'arbitrage, que ces réglementations ne pouvaient trouver un fondement juridique valable au regard de l'article 24, § 5, précité dans des dispositions décrétales se contentant d'habiliter le gouvernement communautaire à financer ou à subsidier des projets temporaires sans déterminer le moindre critère de mise en œuvre d'une telle délégation au motif que toute réforme relative à l'organisation de l'enseignement, quel que soit son objectif, même si elle est limitée dans le temps, ne peut être réglée que par décret. En d'autres termes, ces dispositions décrétales doivent être interprétées, pour être considérées comme conformes à l'article 24, § 5, précité, comme ne conférant au Gouvernement qu'un pouvoir réglementaire limité, à savoir faire face à des problèmes urgents ou imprévus ou tenter des expériences sans pouvoir modifier l'organisation ou le financement de l'enseignement (18).

(16) Avis L. 31.675/2 du 17 mai 2001 sur un avant-projet de décret « portant confirmation des socles de compétences visés à l'article 16 du décret du 24 juillet 1997 définissant les missions prioritaires de l'enseignement fondamental et de l'enseignement secondaire et organisant les structures propres à les atteindre et organisant une procédure de dérogation limitée », *Doc. CCF*, sess. 2000-2001, n° 180/1; avis L. 31.610/2/V du 25 juillet 2001 sur un avant-projet de décret « fixant les objectifs de développement pour la section maternelle et les compétences-clés pour l'enseignement primaire et le premier degré de l'enseignement secondaire », *R.D.G.*, sess. 2001-2002, n° 77/1.

(17) Avis L. 31.936/1 du 10 juillet 2001 sur des amendements au projet de décret « betreffende de eindtermen, de ontwikkelingsdoelen en de basiskompetenties in het secundair onderwijs », *Gedr. St. Vl. Parl.*, sess. 2000-2001, n° 535.

(18) Avis L. 31.718/1 du 7 juin 2001 sur un projet d'arrêté du gouvernement flamand « betreffende het tijdelijk project trajectbegeleiding in het deeltijds beroepssecundair onderwijs »; avis L. 32.010/1 du 20 septembre 2001 sur un projet d'arrêté du gouvernement flamand « betreffende het tijdelijk project voor de informatisering van het basis- en het secundair onderwijs »; avis L. 32.085/1 du 8 novembre 2001 sur un projet d'arrêté du gouvernement flamand « houdende

3. — Le principe de *la légalité des incriminations et des peines*, contenu notamment dans les articles 12, al. 2 et 14 de la Constitution, établit une règle de répartition des compétences entre le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif. Ces matières sont donc en principe réservées à la loi.

La section de législation considère que ces dispositions ne vont toutefois pas jusqu'à obliger le législateur à régler lui-même chaque aspect de ces matières : « une délégation conférée au Roi n'est pas contraire au principe de légalité 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. (...) Si le législateur laisse à un autre organe le soin d'établir des peines, cette délégation doit être expresse et ne peut avoir une portée telle qu'elle conduirait le législateur à renoncer complètement à la compétence dont il est investi en matière d'établissement de peines » (19).

Le législateur peut ainsi laisser au Roi le soin de fixer le montant de sanctions pénales pour autant que les taux minima et maxima du montant des sanctions en question soient inscrits dans la loi même; tel n'est pas le cas de la disposition qui donne au Roi le pouvoir de fixer, par arrêté délibéré en Conseil des ministres, « le montant des sanctions administratives et pénales en cas de non-paiement de la somme précitée dans le délai fixé ». De même, est excessive l'habilitation conférée au Roi selon laquelle « le Roi peut, par arrêté délibéré en Conseil des ministres, assurer l'application des dispositions prises en exécution de la loi par des sanctions civiles, administratives et pénales » (20). Appelle la même observation la disposition en projet du Code d'instruction criminelle, qui confère aux ministres de la Justice et de l'Intérieur le pouvoir de prendre, sur la proposition du procureur fédéral, « les mesures organisationnelles spécifiques absolument nécessaires en vue de garantir à tout moment l'anonymat et la sécurité des fonctionnaires de police chargés d'exécuter des méthodes particulières de recherche dans la préparation et l'exécution de leurs missions. Dans ce cadre, les infractions au code pénal et aux lois pénales spéciales ne constituent pas des faits punissables ». Pour le Conseil d'Etat, « d'une part, l'exposé des motifs ne permet pas de comprendre clairement ce qu'il faut entendre par 'mesures organisationnelles spécifiques absolument nécessaires'. D'autre part, il

invoering van experimenteel secundair onderwijs volgens een modulair stelsel »; avis L. 32.281/1/3 des 27 septembre 2001 et 1^{er} octobre 2001 sur un avant-projet de décret « houdende bepalingen tot begeleiding van de begroting 2002 », *Gedr. St. Vl. Parl.*, sess. 2001-2002, n° 865/1.

(19) Avis L. 32.455/1/2/3/4 des 30 et 31 octobre 2001 sur un avant-projet de « loi programme », *Doc. parl.*, Chambre, sess. 2001-2002, n° 1503/1; avis L. 31.262/3 du 13 février 2001 sur un projet d'arrêté royal « organisant les contrôles effectués par l'Agence fédérale pour la Sécurité de la Chaîne alimentaire et modifiant diverses dispositions légales ».

(20) *Ibidem*.



n'appartient pas au Roi de créer le cadre d'une cause de justification » (21). La section de législation s'est également opposée pour les mêmes raisons à l'octroi au ministre de la Justice du pouvoir de prendre l'une des six mesures suivantes d'exécution des peines — l'autorisation de sortir; le congé pénitentiaire; la semi-liberté; la surveillance électronique; la mise en liberté provisoire; l'interruption de la peine —, dès lors que l'avant-projet de loi « donne de ces mesures des définitions fort brèves qui ne font apparaître ni les cas dans lesquels elles peuvent être appliquées, ni la manière dont elles sont organisées, ni la procédure applicable à l'octroi des mesures envisagées : une demande doit-elle être formulée par le détenu? Des avis doivent-ils être demandés avant que le Ministre de la Justice ne se prononce? Le détenu doit-il être entendu? Les décisions rendues peuvent-elles faire l'objet d'un recours? »; pour le Conseil d'Etat, « l'avant-projet de loi et son exposé des motifs doivent être complétés afin de définir et de décrire ces mesures de manière plus précise, d'indiquer les conditions dans lesquelles elles peuvent être accordées ainsi que les règles essentielles concernant leur organisation et la procédure » (22). Enfin, dans le cadre des nouvelles méthodes d'enquête, dont le recours aux indicateurs, est critiquable l'article 47*decies*, en projet, du Code d'instruction criminelle, lequel « reste très imprécis quant aux personnes qui pourront être considérées comme des indicateurs; en sera-t-il ainsi d'un délinquant proche d'un milieu criminel, d'un repentir? Cette disposition est également silencieuse sur les missions qui pourront être confiées à ces indicateurs, sur les modalités de leur collaboration avec la justice, notamment le recours à l'anonymat, ainsi que sur la manière dont seront traitées les informations ainsi recueillies par les services de police. Sur ces différents points, l'article 47*decies* en projet donne une habilitation excessive au Roi qui ne semble pas être compatible avec le principe constitutionnel de la légalité de la procédure pénale (...); il est important que le législateur détermine clairement les conditions de participation des indicateurs dans l'administration de la justice » (23).

A plus forte raison, ne sont pas admissibles des dispositions réglementaires en projet qui prévoient des sanctions pénales en cas d'infractions à leurs dispositions ou aux décisions notamment ministérielles prises en vertu de ces dispositions lorsque la législation ne contient pas de délégation expresse prévoyant l'édiction de dispositions pénales (24).

(21) Avis L. 32.673/2 du 19 décembre 2001 sur un avant-projet de loi « concernant les méthodes particulières de recherche et quelques autres méthodes d'enquête », *Doc. parl.* Chambre, sess. 2001-2002, n° 1688/1.

(22) Avis L. 31.511/2 du 8 octobre 2001 sur un avant-projet de loi « relatif au renforcement du contrôle des détenus condamnés qui quittent la prison, à l'amélioration du statut de la victime quand l'auteur quitte la prison et à l'optimisation de la capacité carcérale », *Doc. parl.* Chambre, sess. 2001-2002, n° 1521/1.

(23) Avis L. 32.673/2 du 19 décembre 2001 cité à la note 21.

(24) Avis L. 31.262/3 du 13 février 2001 cité à la note 19.



Il va sans dire que l'attribution par un texte légal aux fonctionnaires et aux agents désignés par le Gouvernement du pouvoir de rechercher et de constater des infractions n'a de sens que si la méconnaissance des normes dont ces fonctionnaires et ces agents doivent surveiller l'application est érigée en infraction; à défaut, « une telle disposition est sans objet, en ce qui concerne ces normes » (25).

Dans la droite ligne de ses avis antérieurs, la section de législation n'hésite pas à étendre ce principe à la police administrative. Ainsi, à l'égard de dispositions tendant à permettre aux personnes habilitées à rechercher et à constater des infractions de saisir provisoirement des armes et des munitions ainsi que les agréments, les permis et les autorisations mentionnées dans la loi en attendant que le gouverneur compétent prenne une décision définitive, la section de législation a observé que « alors que la saisie en matière pénale est assortie d'un cadre juridique précis, en l'espèce, les conditions, les modalités de la saisie 'administrative' ainsi que les garanties pour les droits des tiers ne sont pas déterminées, en ce compris la délivrance d'un récépissé » (26). La section de législation a également appliqué le principe de légalité aux amendes administratives, ce qui a pour conséquence que le législateur doit expressément prévoir la possibilité d'imposer une telle amende; à défaut, la réglementation prévoyant d'appliquer une telle amende manque de fondement légal (27).

4. — La question s'est posée de savoir si le Roi pouvait s'autoriser, pour déroger au principe de la légalité des peines, de l'article 40, alinéa 2, de la Constitution qui dispose que « les arrêts et les jugements sont exécutés au nom du Roi ». En effet, en vertu de cette disposition constitutionnelle, il appartient au Roi d'organiser l'exécution des peines prononcées par les juges. Le Roi peut-il dès lors arrêter sans cadre légal des dispositions ayant pour objet d'organiser différentes mesures destinées à autoriser les détenus à sortir du milieu carcéral alors qu'ils ont été condamnés à une peine d'emprisonnement, tels que l'autorisation de sortie, le congé pénitentiaire, le régime de la semi-liberté, une mesure de surveillance électronique ou une mise en liberté provisoire? Pour la section de législation, « il est permis de

(25) Avis L. 31.905/4 du 19 décembre 2001 sur un avant-projet de décret « relatif à l'organisation des établissements de soins », *Doc. CRW*, sess. 2001-2002, n° 343/1.

(26) Avis L. 32.227/4 du 22 octobre 2001 sur un avant-projet de loi « modifiant la loi du 3 janvier 1933 relative à la fabrication, au commerce et au port des armes et au commerce des munitions », *Doc. parl.* Chambre, sess. 2001-2002, n° 1598/1.

(27) Avis L. 31.137/3 du 29 mai 2001 sur un projet d'arrêté du gouvernement flamand « betreffende de bepalingen inzake het toekennen van subsidies aan de havenbedrijven ten behoeve van de havenkapiteindiensten die expliciet kunnen worden toegewezen aan de verkeersafwikkeling, de veiligheid en de vrijwaring van het milieu »; avis L. 31.140/3 du 29 mai 2001 sur un projet d'arrêté du gouvernement flamand « betreffende de voorwaarden voor en de procedures tot toekenning, wijziging en intrekking van projectgebonden subsidies en medefinanciering, alsmede betreffende de subsidie- en medefinancieringspercentages ».

douter que certaines mesures préconisées puissent être consacrées par un simple arrêté royal. Ainsi, la surveillance électronique permet au condamné de subir sa peine en dehors de la prison moyennant un contrôle électronique alors même qu'il aurait été condamné à une peine d'emprisonnement. De même, la mise en liberté provisoire permet au condamné d'exécuter sa 'peine' tout en étant à l'extérieur de la prison. Ces deux mesures ne peuvent être considérées comme de simples mesures d'exécution de la peine d'emprisonnement mais bien comme une nouvelle forme de peine. Eu égard à l'article 14 de la Constitution, un tel aménagement de la peine ne peut être organisé que par la loi » (28). A propos de la surveillance électronique, l'intervention du législateur est d'autant plus nécessaire que ce régime déroge à certaines dispositions du code pénal : ainsi, dès lors que l'article 30*bis* du Code pénal dispose que les condamnés à une peine emportant privation de liberté subissent leur peine dans les établissements désignés par le Roi, il appartient au législateur de compléter le Code pénal afin de préciser qu'une peine privative de liberté peut également être subie sous la forme d'une assignation à domicile avec surveillance électronique ; de même, l'article 25, alinéa 2, du Code pénal prévoyant que la durée d'un jour d'emprisonnement est de vingt-quatre heures, il appartient à la loi de déterminer les règles propres au calcul de la durée de la peine en cas d'assignation à domicile avec surveillance électronique (29). Par ailleurs, le Conseil d'Etat n'aperçoit pas comment concilier, d'une part, le régime de la liberté provisoire prévu par l'arrêté en projet et, d'autre part, celui de la libération conditionnelle fixé par la loi du 5 mars 1998 : « Sur la base de quels critères précis le condamné bénéficiera-t-il tantôt de la liberté provisoire, tantôt de la libération conditionnelle ? Ou dans quelle mesure pourrait-il passer d'un régime vers l'autre ? ». La réponse à ces questions ne peut se passer d'une réflexion sur la conciliation de ces régimes et nécessite l'intervention du législateur (30).

5. — Pour la section de législation, « en droit constitutionnel belge, le principe de la légalité reçoit une signification additionnelle. Il y trace aussi les domaines respectifs d'action du pouvoir législatif et du pouvoir judiciaire en matière pénale » (31).

Tout d'abord, seule une disposition expresse de la loi peut autoriser le juge à incriminer un comportement et à lui appliquer une peine. Ainsi, dans

(28) Avis L. 31.343/2 du 28 février 2001 sur un projet d'arrêté royal « relatif au renforcement du contrôle des détenus condamnés qui quittent la prison, à l'amélioration du statut de la victime en cas d'élargissement de l'auteur et à l'optimisation de la capacité carcérale ».

(29) Avis L. 31.511/2 du 8 octobre 2001 cité à la note 22.

(30) Avis L. 31.343/2 du 28 février 2001 cité à la note 28.

(31) Avis L. 31.441/AV-AG et L. 31.442/AV-AG du 20 juin 2001 sur 1° une proposition de loi « relative à l'euthanasie » (31.441/AV-AG), et 2° une proposition de loi « relative aux soins palliatifs » (31.442/AV-AG), *Doc. parl.*, Sénat, sess. 2000-2001, n° 2-244/21.

le domaine du droit des saisies, la section de législation constate, en écho à plusieurs décisions en ce sens des juridictions d'instruction (32), qu'« actuellement, l'article 35 du Code d'instruction criminelle autorise le procureur du Roi à se saisir des choses visées à l'article 42 du Code pénal ainsi que de tout ce qui pourra servir à la manifestation de la vérité, mais ne l'autorise pas à procéder à la saisie d'avoirs équivalents qui peuvent entrer en ligne de compte pour la confiscation spéciale conformément à l'article 43bis, alinéa 2, du Code pénal ». Il en résulte, poursuit le Conseil d'Etat, qu'« actuellement un blocage pur et simple des comptes bancaires de la personne poursuivie sur lesquels se trouvent des sommes d'argent sans lien avec l'infraction mais susceptibles d'être confisquées par équivalent, n'est pas légal. Seule une disposition expresse de la loi peut autoriser le magistrat instructeur ou le procureur du Roi à procéder à la saisie de sommes d'argent passibles de confiscation par équivalent » (33).

Ensuite, rappelant son avis donné le 21 octobre 1996 sur le projet devenu la loi du 10 janvier 1999 relative aux organisations criminelles (34), la section de législation déduit de cette exigence que « même si l'application de la loi pénale comporte immanquablement un élément d'interprétation judiciaire, et que le juge est appelé à préciser en fait la qualification juridique, il ressort de l'ensemble des dispositions constitutionnelles précitées une obligation pour le législateur de circonscrire avec la plus grande précision possible les comportements qu'il entend incriminer, sous peine de générer l'insécurité juridique. Cette obligation vaut spécialement pour les comportements qui sont probablement, d'un point de vue strictement pénal, les plus graves en ce qu'ils touchent au droit à la vie du patient » (35). En d'autres termes, « il incombe au législateur de définir les faits qu'il érige en infraction en des termes suffisamment précis et prévisibles pour permettre aux

(32) Liège (mis. acc.), 10 juin 1999, *J.L.M.B.*, 1999, pp. 1217 et suiv., obs. Ch. Meunier, « La saisie pénale 'par équivalent' : chronique d'une mort annoncée »; Bruxelles (mis. acc.), 19 avril 1999, *J.T.*, pp. 579 et suiv., obs. D. VANDERMEERSCH, « La légalité de la saisie de choses en vue de leur confiscation 'par équivalent' »; Ch. Meunier, Actualités en matière de blanchiment, de confiscation et de saisies pénales, in *Le point sur le droit pénal*, Formation permanente Commission Université-Palais, 2000, pp. 137-143.

(33) Avis L. 31.367/2 du 11 juin 2001 sur un avant-projet de loi « portant extension de la saisie et concernant l'introduction d'une enquête particulière sur les avantages patrimoniaux et la répartition de la charge de la preuve relative à l'origine de choses supposées être le produit de la criminalité grave ou de la criminalité organisée », *Doc. parl.* Chambre, sess. 2001-2002, n° 1601/1.

(34) Avis L. 25.345/2 du 21 octobre 1996, *Doc. parl.*, Chambre, 1996-97, n° 954/1, p. 13.

(35) Avis L. 31.441/AV-AG et L. 31.442/AV-AG du 20 juin 2001 cités à la note 31; avis L. 31.342/2 du 6 juin 2001 sur un avant-projet de loi de « mise en conformité du droit belge avec la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, faite à New York le 10 décembre 1984 », *Doc. parl.* Sénat, sess. 2001-2002, n° 1020/1.



justiciables de savoir quels actes ou omissions engagent leur responsabilité pénale » (36).

Applicant ces principes à un premier cas de figure, à savoir lorsque le législateur entreprend une certaine forme de dépénalisation, la section de législation attire l'attention sur la nécessité pour le législateur d'identifier clairement les actes qui bénéficient d'une immunité pénale, afin de faire ainsi apparaître, par défaut, ceux qui restent punissables. Ainsi, dans le domaine de l'euthanasie dépénalisé partiellement, le Conseil d'Etat relève que les soins destinés à réduire autant que possible les douleurs ressenties par des patients peuvent, dans la pratique, avoir pour effet d'entraîner, voire d'anticiper, le décès. « Lorsque ces soins sont strictement limités à ce qui est nécessaire à la lutte contre la douleur, ils entrent entièrement dans le cadre des soins admissibles et la circonstance qu'ils ont entraîné ou anticipé la mort ne peut en principe être reprochée au médecin. Certaines pratiques médicales peuvent comprendre des actes se rapprochant d'un accompagnement du processus létal, allant au-delà d'un simple traitement de la douleur. Il s'agit en particulier de la sédation contrôlée, au cours de laquelle le patient est endormi pour lui éviter de ressentir les douleurs liées à la maladie. Ces traitements sont procurés dans la phase terminale de la vie. La question se pose de savoir si ces soins sédatifs peuvent être qualifiés de soins palliatifs ou continus et bénéficier à ce titre de l'autorisation de la loi. Ceci requiert une définition plus précise de la notion de soins palliatifs et continus ». D'autre part, « il est difficile de distinguer l'acte consistant à 'mettre fin intentionnellement à la vie', au sens de la proposition de loi relative à l'euthanasie, par l'injection d'une substance létale, de l'acte consistant à soulager la douleur d'une personne en lui administrant une drogue dont il est pratiquement sûr qu'elle aura aussi pour effet de la conduire à la mort. On ignore, sur le vu des deux propositions de loi examinées, si un médecin ayant soigné son patient sans avoir respecté les conditions et les procédures propres à l'euthanasie et qui serait poursuivi pénalement, pourra se défendre en alléguant la permission légale déduite de la loi proposée relative aux soins palliatifs. Si ce type de pratique est qualifié comme comportant une euthanasie, les actes posés par le médecin dans ce cadre doivent répondre aux conditions prévues par la proposition de loi qui y est relative. En revanche, si ces actes sont considérés comme des soins palliatifs et continus, leur licéité est pleinement admise en leur qualité d'actes relevant de l'art de guérir et ils ne sont pas soumis aux conditions de la loi proposée relative à l'euthanasie. Vu l'incertitude pesant sur cette qualification, la précision qui sera apportée à la notion de soins palliatifs

(36) Avis L. 30.538/4 du 26 mars 2001 sur un projet d'arrêté du gouvernement wallon « relatif à la protection de la flore sauvage »; avis L. 30.541/4 du 26 mars 2001 sur un avant-projet de décret « relatif à la désignation et à la conservation des sites natura 2000 en Région wallonne », *Doc. CRW*, sess. 2000-2001, n° 250/1.



et continus à la suite de la première observation formulée plus haut devra dès lors avoir également pour objectif de mieux distinguer les soins palliatifs et continus des actes euthanasiques » (37).

De même, lorsque le législateur transpose dans l'ordre juridique interne une norme de droit international, il a l'obligation de circonscrire avec précision les comportements qu'il entend incriminer. Ainsi, si la volonté de l'auteur du projet est de ne pas s'en tenir à la définition de la torture donnée par la Convention concernée, au motif qu'elle est trop restrictive, il lui incombe de définir les caractéristiques d'un tel comportement. Par contre, si la volonté est d'interpréter ces différents concepts à la lumière de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relative à l'article 3 de la Convention, rien ne s'oppose à ce que le législateur intègre cette interprétation dans l'ordonnancement juridique.

Autre cas de figure : lorsque le législateur entend édicter de nouveaux comportements punissables, ceux-ci doivent être précisément définis d'autant plus lorsque les mêmes faits sont déjà visés par des articles du Code pénal. Dans le domaine de la torture ou des traitements inhumains, le Conseil d'Etat a ainsi observé qu'« à défaut d'une telle définition, il sera parfois très difficile de qualifier pénalement certains faits qui pourront à la fois faire l'objet d'incriminations déjà contenues dans le Code pénal et être qualifiés d'actes de torture ou de traitement inhumain. Il pourrait en être ainsi des articles 398 et suivants du Code pénal qui incriminent les coups et blessures portés volontairement à autrui, des articles 402 à 404 du Code pénal qui ont trait à l'administration de substances qui peuvent donner la mort ou altérer gravement la santé ou de l'article 409 du Code pénal qui incrimine les mutilations des organes génitaux d'une personne de sexe féminin, ou encore des articles 423 et 424 du Code pénal qui concernent le délaissement et l'abandon d'enfants ou d'incapables dans le besoin ainsi que les articles 425 et 426 qui ont trait à la privation d'aliments ou de soins d'un enfant ou d'une personne incapable. La même observation vaut pour la notion de 'traitement dégradant' que l'article 6 du projet tend à insérer dans le Code pénal. En effet, certains comportements déjà punissables pénalement peuvent aussi être qualifiés de 'traitement dégradant'. Ainsi, en va-t-il notamment du harcèlement visé à l'article 422*bis* du Code pénal, des atteintes à l'honneur ou à la considération de personnes prévues aux articles 443 et suivants du Code pénal ou de mesures discriminatoires fondées sur la race, la couleur, l'origine nationale ou ethnique et punies sur la base de la loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme ou la xénophobie. Sans une définition de la torture et des traitements inhumains ou dégradants, l'on assistera à des approches différenciées de la jurisprudence quant à la qualification pénale de ces différents

(37) Avis L. 31.441/AV-AG et L. 31.442/AV-AG du 20 juin 2001 cités à la note 31.

faits ». A ce sujet, la section de législation suggère au législateur « d'apprécier s'il ne convient pas d'opter pour une autre technique législative : celle de faire, d'une part, de la torture et des traitements inhumains et dégradants des circonstances aggravantes qui pourraient trouver leur place dans le Livre I du Code pénal et de faire, d'autre part, référence à la disposition définissant ces circonstances aggravantes dans les dispositions du Livre II du Code pénal, là où le législateur l'estime nécessaire » (38).

6. — Les mesures permettant une ingérence de l'autorité dans le *domicile privé* doivent être prévues de manière explicite par le législateur dans le respect de l'article 15 de la Constitution. Ne rencontre pas cette exigence la disposition qui reste très vague sur les modalités de la surveillance que les officiers de police judiciaire habilités à rechercher et à constater les infractions à la législation sur les armes seront amenés à exercer à titre préventif à l'égard des armuriers et des autres personnes agréées ainsi que des particuliers autorisés à détenir une arme à feu. A cette fin, pourront-ils pénétrer en tout lieu en ce compris des domiciles privés (39) ?

7. — Il en va de même des ingérences de l'autorité publique dans la *vie privée*.

A la suite des attentats du 11 septembre 2001, il est envisagé d'autoriser les forces de police à recourir à des méthodes particulières de recherche comme l'observation, l'infiltration et le recours aux indicateurs, tant dans le cadre d'une information, en ce compris l'enquête proactive telle que définie à l'article 28bis, § 2, du Code d'instruction criminelle, que dans le cadre d'une instruction. La section de législation relève que « les atteintes aux droits fondamentaux des citoyens risquent d'être plus fréquentes et plus significatives que lorsqu'il est fait usage des méthodes classiques d'enquête. La mise en œuvre des méthodes particulières de recherche doit, compte tenu du risque d'atteintes aux droits de l'homme, être clairement circonscrite par le législateur. Dans ses arrêts de principe *Klass* (40) et *Malone* (41) relatifs à la compatibilité des écoutes téléphoniques avec l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme, qui garantit la protection de la vie privée et familiale, la Cour européenne des droits de l'homme a défini le contour des principes qui doivent être transposés à la matière des méthodes particulières de recherche. Ainsi, la base légale doit être suffisamment accessible et prévoir, avec une précision suffisante, dans quelles circonstances et sous quelles conditions les autorités pourront recourir à ce genre de méthodes d'investigation » (42).

(38) Avis L. 31.342/2 du 6 juin 2001 cité à la note 35.

(39) Avis L. 32.227/4 du 22 octobre 2001 cité à la note 26.

(40) Arrêt du 6 septembre 1978, affaire *Klass* et autres contre l'Allemagne.

(41) Arrêt du 2 août 1984, affaire *Malone* contre le Royaume-Uni.

(42) Avis L. 32.673/2 du 19 décembre 2001 cité à la note 21.



Ne répond pas à cette exigence l'article 47^{octies}, § 2, alinéa 2, en projet, du Code d'instruction criminelle qui dispose que le procureur du Roi peut, dans le cadre d'une infiltration, autoriser les services de police à appliquer certaines techniques d'enquête policières que le Roi est habilité à déterminer, sur proposition du ministre de la Justice et sur avis du Collège des Procureurs généraux. « Pareille habilitation est trop imprécise; en outre, en tant que ces techniques d'enquête policières pourraient autoriser une immixtion dans la vie privée des citoyens, elles devraient nécessairement faire l'objet d'une loi en application de l'article 22 de la Constitution » (43). Il en va de même de l'article 47^{decies}, § 4, en projet, du Code d'instruction criminelle, lequel autorise le Roi à préciser, sur proposition du ministre de la Justice et après avis du Collège des Procureurs généraux, « la manière dont les renseignements et données fournis par les indicateurs sont traités au sein du service de police intégré structuré à deux niveaux »; à ce propos, le Conseil d'Etat observe qu'« il n'appartient pas au Roi de déterminer la manière dont les informations fournies par les indicateurs seront traitées par les services de police. Ces informations ayant trait généralement à des individus soupçonnés d'avoir commis des infractions, elles sont de nature à renseigner les services de police sur la vie privée de ceux-ci et doivent, dès lors, conformément à l'article 22 de la Constitution, faire l'objet d'un traitement organisé par la loi » (44).

Dans le domaine carcéral, en vue d'améliorer le statut de la victime en cas d'élargissement de l'auteur de l'infraction qui lui a causé un préjudice, certaines catégories de victimes se verraient reconnaître la possibilité d'être informées des mesures d'élargissement du condamné, c'est-à-dire lorsque le condamné quitte la prison dans le cadre d'un congé pénitentiaire, d'une semi-liberté, d'une interruption de peine, d'une surveillance électronique ou d'une libération provisoire, de même que du décès du condamné ou le fait qu'il ait purgé sa peine, ainsi que de recevoir des informations sur des conditions particulières à imposer éventuellement dans leur intérêt. Quant au condamné, il serait informé par le directeur de l'établissement pénitentiaire dans lequel il subit sa peine de l'identité des victimes qui souhaitent avoir de telles informations le concernant. Pour le Conseil d'Etat, « la problématique de l'information des victimes des mesures de sorties concernant des condamnés nécessite un cadre légal précis. Dès lors que ces informations sont également de nature à porter atteinte à la vie privée des condamnés, il y a lieu de respecter l'article 22 de la Constitution qui dispose que toute dérogation à ce droit fondamental doit être fixée par la loi. En conséquence, le chapitre II n'a pas sa place dans l'arrêté en projet et de telles règles doivent être consacrées par la loi » (45).

(43) *Ibidem*.

(44) *Ibidem*.

(45) Avis L. 31.343/2 du 28 février 2001 cité à la note 30.

De même, dès lors qu'il est envisagé de subordonner le port d'une arme à la présentation d'une attestation d'aptitude psychique établie par un médecin, un psychiatre ou un psychologue agréé démontrant que le demandeur d'un permis de port d'arme est apte psychiquement à manipuler une arme en toute sécurité et que l'intention est de procéder à un examen approfondi de la personnalité des candidats au port d'arme, il convient, pour le Conseil d'Etat, « de l'indiquer clairement dans la loi en projet, s'agissant d'une atteinte à la vie privée de l'individu » (46). Pour les mêmes raisons, « il importe que les cas et les conditions dans lesquels les informations contenues dans les registres de la population peuvent être communiquées à des tiers, soient déterminés dans la loi elle-même ou, à tout le moins, que cette dernière fixe les règles essentielles en la matière » (47). Dès lors que l'enquête relative à la personnalité des candidats à une fonction publique constitue une ingérence dans la vie privée des candidats, elle doit être prévue par la loi, conformément à l'article 22 de la Constitution » (48). Dans le cadre de la gestion des centres fermés, il est prévu par la réglementation en projet que les occupants soient soumis à une « fouille approfondie » effectuée par le « personnel de sécurité (du centre) du même sexe que l'occupant ou par un autre membre du personnel du même sexe, auquel cas la fouille est effectuée sous la surveillance du responsable de service »; pour la section de législation, « la fouille corporelle portant atteinte au droit au respect de la vie privée, elle doit être prévue par la loi qui doit en fixer les conditions, conformément à l'article 22, alinéa 1^{er}, de la Constitution. Ainsi, les cas et les conditions dans lesquelles des fonctionnaires de police, ou des personnes agissant sous leur responsabilité, peuvent effectuer des fouilles, ont été fixés par le législateur. En l'état actuel de la législation, 'les membres du personnel de sécurité du centre' n'ont pas été investis d'un tel pouvoir par la loi et ils n'ont pas la qualité de fonctionnaire de police au sens de l'article 3 de la loi du 5 août 1992 précitée. Il est dès lors suggéré de modifier la loi de façon à leur conférer valablement un tel pouvoir. Par la même occasion, le législateur devrait préciser la finalité particulière de la fouille en question » (49).

(46) Avis L. 32.227/4 du 22 octobre 2001 cité à la note 26.

(47) Avis L. 30.938/4 du 16 mai 2001 sur un avant-projet de loi « relative aux registres consulaires de la population et aux cartes d'identité consulaires », *Doc. parl.* Chambre, sess. 2000-2001, n° 1377/1.

(48) Avis L. 30.951/2 du 16 mars 2001 sur un projet d'arrêté royal « portant la position juridique du personnel des services de police »; avis L. 31.921/2 du 4 juillet 2001 sur un projet d'arrêté royal « relatif au fonctionnement et au personnel de l'inspection générale de la police fédérale et de la police locale ».

(49) Avis L. 31.086/4 du 7 février 2001 sur un projet d'arrêté royal « fixant le régime et les règles de fonctionnement applicables aux lieux situés sur le territoire belge, gérés par l'Office des étrangers, où un étranger est détenu, mis à la disposition du Gouvernement ou maintenu, en application des dispositions citées dans l'article 74/8, § 1^{er}, de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers ».

8. — L'ingérence dans la *liberté d'expression* nécessite également une intervention du législateur. Ainsi, le droit à la liberté d'expression des policiers fait l'objet de plusieurs dispositions de la loi du 7 décembre 1998. En prévoyant que la liberté d'expression pour les faits dont le membre du personnel de police a connaissance dans l'exercice de ses fonctions doit être exercée « de manière neutre et désintéressée », le Roi prévoit une autre restriction à la liberté d'expression que celle prévue expressément par la loi, ce qui est donc contraire à l'article 19 de la Constitution (50).

9. — Les matières, telles que *le droit à la sécurité sociale et le droit à la négociation collective*, doivent être garantis par la loi en vertu de l'article 23 de la Constitution. Il résulte de la jurisprudence de la Cour d'arbitrage que « si l'article 23 de la Constitution n'exprime pas un principe de légalité comparable à celui que l'on peut déduire, par exemple, de l'article 24, § 5, en matière d'enseignement, ou des articles 170 et 172, en matière fiscale, il reste, en tout état de cause, que le législateur ne saurait consentir au Roi dans la matière des droits économiques et sociaux, des pouvoirs illimités, dès lors que la Constitution lui assigne la tâche de les garantir. Il convient donc à tout le moins que la loi détermine les principes de base ou fixe certaines limites dans lesquelles le Roi pourra intervenir dans cette matière » (51). Tel n'est pas le cas de l'avant-projet qui donne une très large habilitation au Roi pour régler les relations individuelles de travail entre Belgacom et les membres de son personnel et l'application des lois en matière de sécurité sociale des travailleurs aux membres de ce personnel, ainsi que pour organiser les relations collectives de travail au sein de l'entreprise. Plus précisément, l'article 3, 3°, qui permet au Roi de prendre toutes les mesures utiles en vue de « régler l'application des lois en matière de sécurité sociale des travailleurs aux membres du personnel visés au point 2° » ne fixe aucune limite matérielle à cette attribution de pouvoirs. De même, la limite générale aux pouvoirs du Roi, contenue dans l'exposé des motifs, selon laquelle « la transformation juridique de Belgacom ne pourra avoir pour effet de diminuer les droits des membres de son personnel statutaire en matière de sécurité sociale (y compris en matière de pensions de retraite et de survie) ou leur rémunération nette », « doit, pour les raisons qui viennent d'être indiquées, être inscrite dans le texte même de l'avant-projet ».

10. — L'intervention du législateur est enfin requise en cas de *conflit entre deux droits fondamentaux également protégés par la Constitution ou des normes de droit international*.

(50) Avis L. 30.951/2 du 16 mars 2001 cité à la note 48.

(51) Avis L. 31.834/4 du 19 juin 2001 sur un avant-projet de loi « relative à Belgacom », *Doc. parl.* Chambre, sess. 2000-2001, n° 1317/1.



Ainsi, la dépénalisation partielle de l'euthanasie est-elle contraire au droit à la vie ? Pour le Conseil d'Etat, cette question est du ressort du législateur dès lors que « l'obligation (de protection du droit à la vie) des autorités doit être mise en balance notamment avec le droit à l'autodétermination de l'intéressé. Du point de vue des droits fondamentaux, cela signifie que l'obligation des autorités de protéger le droit à la vie (art. 2 de la CEDH et art. 6 du PIDCP) doit être mise en balance avec le droit de l'intéressé d'être protégé contre les traitements inhumains ou dégradants (art. 3 de la CEDH et art. 7 du PIDCP), et avec son droit au respect de son intégrité physique et morale, qui relève du droit au respect de la vie privée (art. 8 CEDH et art. 17 PIDCP). (...) Par ailleurs, une des caractéristiques essentielles du débat sur l'euthanasie tient en ce qu'il suscite des questions éthiques difficiles et fondamentales, si bien qu'il s'impose de faire un choix entre différentes conceptions éthiques opposées ». Or, constate la section de législation, « ni la CEDH ni le PIDCP n'indiquent comment résoudre ce 'conflit' entre droits (fondamentaux) (52) », ni à qui il appartient de faire ce choix. En se référant à une affaire concernant la législation norvégienne sur l'avortement résolue par la Commission européenne des droits de l'homme (53), le Conseil d'Etat est d'avis que « l'appréciation du caractère légitime ou non d'une proposition de loi visant à dépénaliser l'euthanasie requiert également de partir du principe que c'est au législateur qu'il appartient de concilier des conceptions éthiques opposées. Le juge doit à cet égard respecter le pouvoir d'appréciation du législateur et ne peut se substituer à lui. Il va sans dire que le Conseil d'Etat, section de législation, doit lui aussi observer cette règle. Dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, le législateur peut estimer, en fonction des considérations qu'il juge pertinentes (54), que l'on ne saurait tolérer que l'individu mette lui-même fin à ses jours ou qu'il demande à quelqu'un d'autre de le faire. Pareille interdiction d'accéder à une demande d'euthanasie ne saurait être considérée comme contraire à l'obligation de protéger le droit à la vie. A condition de prévoir que le décès ait lieu dans des circonstances compatibles avec la dignité humaine, il ne pourra pas non plus être estimé que l'interdiction précitée enfreint l'interdiction de traitement inhumain ou dégradant (55). La proposition de loi soumise pour avis vise à atténuer l'interdiction de satisfaire à la demande de mourir. Pareille mesure relève, en principe, de

(52) Comm. eur. dr. h., mai 1984, *X/Allemagne*, n° 10.565/83, *E.H.R.R.*, 1985, (152), p. 153, § 1.

(53) Comm. eur. dr. h., 19 mai 1982, *H./Norvège*, 17.004/90, *D.R.*, vol. 73, (155), pp. 181-182, § 1.

(54) Le législateur peut tenir compte de considérations non seulement d'ordre éthique mais également d'ordre politique concernant, par exemple, la santé publique et l'effet dissuasif du droit pénal en général. Voy. Cour eur. dr. h., 19 février 1997, *Laskey, Jaggard et Brown*, *Rec.*, 1997-1, p. 133, § 44.

(55) Voir, au sujet de l'alimentation forcée d'un prisonnier en grève de la faim, Comm. eur. dr. h., mai 1984, *X/Allemagne*, cité à la note 52.

la marge d'appréciation du législateur. Cette marge d'appréciation n'est toutefois pas illimitée. L'obligation de protéger le droit à la vie implique que des limites soient effectivement posées au pouvoir discrétionnaire du législateur » (56).

B. — *Limites à l'intervention du législateur*

1. *Généralités*

11. — Les normes législatives qui affectent directement ou indirectement les libertés publiques et les droits fondamentaux ne peuvent être éliminatives de ceux-ci et doivent, à tout le moins, être assorties de garanties sérieuses. Leur insuffisance ou leur non pertinence en cas de restrictions graves à l'exercice des droits et libertés suscite régulièrement la réprobation du Conseil d'Etat.

2. *Légalité des infractions et des peines*

12. — Pour la section de législation, « ce principe ne signifie pas seulement que le législateur doit indiquer clairement quels sont les comportements punissables, mais aussi qu'il doit déterminer les peines qui peuvent être infligées pour la violation de chacune des dispositions concernées. En ce qui concerne ce dernier aspect du principe de légalité, le législateur doit se soucier de différencier la sanction pénale (de strafmaat) en tenant compte de la gravité des faits punissables » (57). Ne sont pas conformes à ce principe les dispositions légales qui punissent toutes les infractions prévues par ou en vertu d'une législation de la même peine ou d'une amende uniforme : « le législateur doit examiner s'il n'existe aucun élément de nature à prévoir une différenciation de la sanction pénale ».

D'autre part, le législateur doit être mesuré lorsqu'il institue des causes d'excuse. Ainsi, s'il est en principe interdit aux fonctionnaires de police chargés d'exécuter une méthode particulière de recherche de commettre des infractions dans le cadre de leur mission, il est prévu qu'ils « sont exemptés de peine » lorsque, dans le cadre de leur mission et en vue de la réussite de celle-ci ou afin de garantir leur propre sécurité ou celle d'autres personnes impliquées dans l'opération, ils commettent néanmoins des infractions

(56) Avis L. 31.441/AV-AG et 31.442/AV-AG du 20 juin 2001 cités à la note 31.

(57) Avis L. 31.605/3 du 19 septembre 2001 sur une proposition de décret « houdende het waarborgen en stimuleren van een vegetarisch voedingsaanbod », *Parl. St.*, VI. Parl., 2000-2001, n° 495/2; avis L. 31.576/3 du 18 décembre 2001 sur une proposition de décret « houdende strafbepalingen voor overtredingen van de wetten op het gebruik van de talen in bestuurszaken, gecoördineerd op 18 juli 1966, en van de wet van 30 juli 1963 houdende taalregeling in het onderwijs », *Parl. St.*, VI. Parl., 1999-2000, n° 387-2. Voy. aussi l'avis L. 25.754/8 du 3 décembre 1996 sur le projet devenu le décret du 21 octobre 1997 « betreffende het natuurbewoud en het natuurlijk milieu », *Parl. St.*, VI. Parl., 1996-97, n° 690-1.

absolument nécessaires, mais avec l'accord exprès du procureur du Roi. La section de législation observe que « ainsi que le soulignent certains auteurs, la commission d'infractions dans le cadre des méthodes particulières de recherche est parfois nécessaire. Toutefois, il convient de distinguer deux catégories de faits délictueux. Si la première catégorie ne soulève pas de problème car il s'agira principalement d'infractions ne lésant pas les droits d'autrui, comme le fait pour le policier d'être titulaire de faux papiers d'identité, la seconde catégorie est plus problématique. En effet, elle rassemble toutes les infractions nécessaires pour atteindre les objectifs poursuivis par l'opération, telles que notamment l'intégration dans une organisation criminelle, la réalisation d'un pseudo-achat en pratiquant des achats-tests ou encore le démantèlement d'une association de malfaiteurs en fournissant à ses membres les moyens en vue de réaliser leurs activités ». N'est dès lors pas admissible l'article 47^{quinquies}, en projet, du Code d'instruction criminelle qui vise quant à lui tout type d'infraction. En effet, pour la section de législation, « il paraît difficilement admissible que l'Etat puisse autoriser ses agents à commettre certains types d'infractions, alors qu'en vertu notamment des articles 2, 3 et 4 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme, il doit respectivement protéger le droit à la vie de toute personne, interdire la torture, les traitements inhumains et dégradants ainsi que l'esclavage et le travail forcé. En conséquence, le texte en projet devrait, à tout le moins, préciser les infractions qui ne peuvent jamais être commises ». Une telle observation s'impose avec d'autant plus de rigueur dès lors que la cause d'excuse pourrait également être invoquée par une personne n'ayant pas la qualité de fonctionnaire de police, comme l'expert civil ou l'indicateur (58).

3. *Domicile*

13. — Le respect de l'article 15 de la Constitution implique que la disposition en projet soit beaucoup plus explicite sur les modalités de la surveillance que les officiers de police judiciaire seront amenés à exercer à titre préventif à l'égard des armuriers et des autres personnes agréées ainsi que des particuliers autorisés à détenir une arme à feu, notamment sur le point de savoir si, à cette fin, ils pourront pénétrer en tout lieu en ce compris des domiciles privés (59).

4. *Droit de propriété*

14. — La section de législation a rappelé que les ingérences du législateur dans le droit de propriété doivent être examinées à l'aune de l'arti-

(58) Avis L. 32.673/2 du 19 décembre 2001 cité à la note 21.

(59) Avis L. 32.227/4 du 22 octobre 2001 cité à la note 26.



cle 1^{er}, alinéa 2, du premier Protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme. Suivant cette disposition, les Etats ont le droit de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires, entre autres pour réglementer l'usage de la propriété conformément à l'intérêt général. « Pour qu'une limitation du droit de propriété soit compatible avec cette disposition, il est entre autres exigé qu'il existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre l'ingérence et le but poursuivi d'intérêt général » (60). Saisi d'un projet créant la possibilité qu'un bien, destiné normalement à la construction, à la reconstruction ou à la démolition et pour lequel un permis d'urbanisme a même été délivré, ne peut plus être construit, reconstruit ou démoli à la suite du classement du site concerné, ce qui entraîne une moins-value prévisible du bien, le Conseil d'Etat relève qu'il est prévu, dans la législation en vigueur, le droit à une indemnité en faveur des propriétaires de biens immobiliers situés dans un site protégé dès lors que leur bien immobilier subit une moins-value qui est directement liée aux prescriptions d'un arrêté de classement : « cette réglementation est de nature à ce qu'un équilibre puisse être atteint entre le droit individuel du propriétaire et l'intérêt général poursuivi par le classement ».

5. *Cultes et morale non confessionnelle*

15. — L'article 181, § 2, de la Constitution prévoit qu'il revient à l'Etat de prendre en charge les traitements et pensions des délégués du Conseil central laïque. La section de législation observe que, tout comme pour les ministres des cultes, cette prise en charge est limitée aux traitements et pensions : « c'est en ce sens que le législateur a toujours interprété l'article 181, § 2, de la Constitution, évitant ainsi de s'immiscer dans la relation juridique qui régit les rapports des ministres des cultes reconnus avec leur pouvoir cultuel » (61). Par conséquent, ne sont pas conformes avec l'article 181, § 2, les dispositions :

— prévoyant que les frais de fonctionnement du secrétariat fédéral du Conseil central laïque comprennent notamment les indemnités à verser aux délégués, qui ont trait aux frais de transport, frais de parcours et frais de séjour : l'article 181, § 2, de la Constitution « n'implique pas que l'Etat soit également tenu de prendre directement en charge les indemnités précitées qui ne constituent pas le traitement proprement dit de ces délégués. Ce type de frais doit être pris en charge par l'employeur,

(60) Avis L. 30.930/3 du 26 juin 2001 sur un avant-projet de décret « tot wijziging van het decreet van 16 april 1996 houdende bescherming van landschappen », *VI. St.* VI. Parl., sess. 2001-2002, n° 841/1.

(61) Avis L. 31.986/2 du 8 octobre 2001 sur un avant-projet de loi « relatif au Conseil Central des Communautés philosophiques non confessionnelles de Belgique, aux délégués et aux établissements chargés de la gestion des intérêts matériels et financiers des communautés philosophiques non confessionnelles reconnues », *Doc. parl.* Chambre, sess. 2001-2002, n° 1556/1.



en l'espèce le Conseil central laïque, et ce, dans le cadre de la relation de travail qui le lie aux délégués laïques. C'est pourquoi les ministres des cultes reconnus ne bénéficient pas de ces différentes indemnités »;

- rendant applicable aux délégués du Conseil central laïque certains congés prévus par la réglementation relative aux agents de l'Etat, ainsi que la semaine volontaire de quatre jours et le départ anticipé à mi-temps aux conditions et dans les limites fixées par la loi du 10 avril 1995 relative à la redistribution du travail dans le secteur public : « l'ensemble de ces textes s'applique généralement aux agents de la fonction publique. Or, en vertu de l'article 181, § 2, de la Constitution, les délégués du Conseil central laïque ne peuvent être considérés comme des agents de l'Etat même si leurs traitements et pensions sont pris en charge par l'Etat. Leur employeur est exclusivement le Conseil central laïque qui doit définir la relation de travail qui s'établit entre eux. Cette relation de travail étant actuellement régie par la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail, il y a lieu de se reporter au régime social des travailleurs salariés du secteur privé. Il n'appartient dès lors pas à l'Etat de s'immiscer dans le statut social des délégués du Conseil central laïque, l'article 181, § 2, de la Constitution limitant son intervention à la prise en charge des traitements et des pensions de ceux-ci. L'Etat n'a jamais pris d'initiatives législatives ou réglementaires équivalentes en faveur des ministres des cultes reconnus »;
- octroyant au Conseil central laïque une subvention distincte de la prise en charge des traitements et des pensions de ses délégués et relative aux charges inhérentes au fonctionnement du secrétariat fédéral : « cette manière de procéder n'est pas conforme à l'article 181, § 2, de la Constitution qui limite l'intervention de l'Etat à la prise en charge des traitements et des pensions. Outre que cette disposition viole l'article 181, § 2, de la Constitution, elle pourrait également être critiquée au regard des articles 10 et 11 de la Constitution combinés avec l'article 181, § 1^{er}, de la Constitution, à défaut pour le législateur de pouvoir justifier objectivement cette différence de traitement entre, d'une part, les délégués du Conseil central laïque et, d'autre part, les ministres des cultes reconnus »;
- intégrant dans les subventions au Conseil central laïque « la rémunération du personnel d'entretien et celle des autres membres du personnel nécessaires à la coordination de l'organisation et de l'exercice de l'assistance morale », du fait que ces personnes chargées de fonctions administratives n'ont pas la qualité de délégué du Conseil central laïque;
- interdisant aux délégués du Conseil central laïque le cumul d'activités professionnelles : « en vertu de l'article 181, § 2, de la Constitution, l'Etat ne prend en charge que le traitement lié à l'activité de l'assistance morale non confessionnelle du délégué; quant à l'exercice d'une activité



complémentaire, elle dépendra de la relation de travail existante entre ce délégué et le Conseil Central Laïque ».

5. *Libertés d'expression et de réunion*

16. — A l'encontre de dispositions touchant à l'organisation des services d'assistance morale, le Conseil d'Etat a objecté qu'« en vertu des principes constitutionnels de la liberté d'opinion et de la liberté d'association, il n'appartient pas au législateur de figer dans un texte normatif les différentes catégories de personnes qui pourront prendre part aux activités d'assistance morale non confessionnelle, ni de régler la manière dont le public pourra bénéficier de cette assistance » (62).

Un haut fonctionnaire est déchargé d'une partie importante de ses fonctions, à savoir représenter le département concerné dans les instances nationales ou internationales, à l'heure où se déroulent des négociations importantes sur le mandat d'arrêt européen et ce, aux motifs « qu'il existe un problème de confiance entre le requérant et le cabinet du ministre » et que, vu le caractère éminemment politique du dossier relatif au mandat d'arrêt européen, il est « indispensable, dans ce type de dossiers, que le ministre et ses fonctionnaires parlent d'une même voix ». La section d'administration (63) juge que « tout projet est susceptible de revêtir un caractère politique important en fonction de l'importance que lui accorde le ministre qui le porte ou de la nature des réticences qu'il suscite de la part de ses partenaires ; que ces circonstances ne sont en rien susceptibles de modifier le rôle normal de l'administration ; que celle-ci joue son rôle, non en s'opposant aux volontés politiques du ministre, mais en attirant son attention sur les problèmes juridiques auxquels pourrait se heurter la concrétisation de ces volontés ; qu'en l'espèce, le requérant s'est limité à souligner que les projets en cause posaient des problèmes quant à leur conformité au Traité d'Amsterdam, à la Convention de Genève et à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ; que de telles critiques, pour désagréables qu'elles soient pour l'homme politique qui a initié ou soutenu le projet mis en cause, relèvent de l'essence même de la fonction administrative ; qu'en outre, le requérant a fait des suggestions visant à conférer des garanties permettant d'assurer la validité juridique du projet soutenu par le Ministre de la Justice ; qu'enfin, il n'est pas démontré que le requérant, dans des négociations internationales ou interdépartementales, n'aurait pas respecté un mandat impératif que lui aurait donné son ministre ; que, dans ces conditions, (...) le moyen est incontestablement sérieux ; ».

(62) *Ibidem.*

(63) C.E., *Debrulle*, n° 101.980 du 18 décembre 2001.



6. *Vie privée*

17. — Dans le cadre de la lutte contre le terrorisme, le législateur projette d'autoriser les forces de police de recourir à des méthodes particulières de recherche que sont l'observation, l'infiltration et le recours aux indicateurs. Outre l'intervention nécessaire du législateur en ce domaine (cf. *supra*, n° 7), la section de législation (64) souligne de manière générale que « la mise en œuvre des méthodes particulières de recherche doit, compte tenu du risque d'atteintes aux droits de l'homme, se fonder prioritairement sur les principes de subsidiarité et de proportionnalité ». Le principe de subsidiarité est rencontré par les dispositions en projet qui autorise le juge d'instruction à recourir à l'observation ou à l'infiltration dès lors que les autres moyens d'investigation ne suffisent pas à la manifestation de la vérité (articles 47*series*, § 2, et 47*octies*, § 2, en projet, du Code d'instruction criminelle). Pour sa part, le principe de proportionnalité « implique que la méthode sélectionnée doit être en rapport avec l'objectif et qu'une restriction aux libertés et droits individuels ne peut être tolérée qu'en cas d'atteinte grave à l'ordre public. (...) Il implique également l'existence d'indices suffisants relatifs à une infraction et son imputabilité à une personne donnée. Sans de tels indices, la recherche ne pourrait plus s'inscrire dans le contexte d'une information ou d'une instruction, elle serait purement exploratoire et dépourvue de motif pertinent pour l'accomplissement d'un acte de police judiciaire ». Ce principe est respecté dès lors que les dispositions en projet prévoient, à propos de l'observation et de l'infiltration, qu'elles ne peuvent intervenir que dans le contexte d'indices sérieux d'infractions énumérées limitativement. Par contre, relève le Conseil d'Etat, « en ce qui concerne le recours aux indicateurs, le projet n'impose ni le principe de subsidiarité, ni celui de proportionnalité comme condition à la mise en œuvre de cette méthode particulière de recherche. Il ressort clairement de l'exposé des motifs du projet que la volonté est de permettre un recours plus généralisé aux indicateurs lors des enquêtes judiciaires, tout en créant un cadre légal quant aux relations qu'ils entretiennent avec la police. Dès lors que les principes de subsidiarité et de proportionnalité ne sont pas d'application, il est important que le législateur détermine clairement les conditions de participation des indicateurs dans l'administration de la justice ».

Les innovations ne s'arrêtent pas là. A côté de ces méthodes particulières de recherche, les enquêteurs pourraient désormais recourir à des mesures particulières d'investigation, lesquelles peuvent notamment être mises en œuvre dans le cadre des méthodes particulières de recherche, à savoir l'interception du courrier, des contrôles visuels discrets, des écoutes directes,

(64) Avis L. 32.673/2 du 19 décembre 2001 cité à la note 21.

l'intervention différée ainsi que la collecte de données relatives aux comptes et transactions bancaires. La section de législation relève tout d'abord de manière générale que « compte tenu des atteintes que peuvent engendrer la plupart de ces 'mesures' (particulières) d'investigation à l'égard de la vie privée et familiale, en ce compris la protection de la correspondance, il convient de veiller à ce que ces ingérences soient clairement circonscrites dans la loi ». Elle passe ensuite en revue les différentes mesures envisagées.

A propos de l'interception du courrier d'un suspect, à savoir lorsqu'il existe des indices sérieux que les infractions peuvent donner lieu à un emprisonnement correctionnel principal d'un an ou à une peine plus lourde (article 46^{ter}, en projet, du Code d'instruction criminelle), la section de législation observe que selon le commentaire des articles, le projet de loi vise uniquement à réglementer les « lettres et petits paquets postaux » traditionnels, ce qui semble indiquer que le terme « courrier » a un sens identique à celui de « lettre », mentionné à l'article 29 de la Constitution, alors que l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme se réfère à la notion de « correspondance ». Il s'ensuit que « le texte en projet doit, en conséquence, préciser clairement si la notion de 'courrier' doit être entendue au sens de l'article 29 de la Constitution ou dans un sens plus large, et ce afin de respecter le principe de prévisibilité de l'article 8, § 2, précité. Par ailleurs, cette mesure d'interception du courrier n'est pas limitée dans le temps et peut directement concerner des personnes soumises au secret professionnel. La disposition en projet doit également être complétée sur ces points afin d'apporter plus de garanties quant au respect de la vie privée et professionnelle ».

Pour ce qui est des contrôles visuels discrets, l'article 89^{ter}, en projet, du Code d'instruction criminelle vise à permettre à des policiers, moyennant autorisation du juge d'instruction, de pénétrer en secret dans un lieu privé à des fins d'investigation et d'y installer, notamment dans le cadre d'une observation, un moyen technique (une caméra vidéo, un détecteur de mouvement ou un micro-émetteur), sans devoir recourir à un mandat de perquisition. Pour le Conseil d'Etat, « la mesure ainsi décrite est une atteinte grave à la protection de la vie privée et familiale (article 22 de la Constitution et article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme) et à l'inviolabilité du domicile (article 15 de la Constitution et article 8 de la Convention), de sorte qu'elle doit, en conséquence, être entourée de garanties précises, à l'instar de ce qui existe pour les écoutes téléphoniques ». Ainsi, le Conseil d'Etat « n'aperçoit pas pour quelle raison le principe de subsidiarité ne constitue pas une condition à la mise en œuvre d'une telle mesure d'investigation, alors que tel est le cas pour les écoutes téléphoniques (...) ou lorsque le contrôle visuel discret s'insère dans le cadre d'une méthode particulière de recherche comme l'observation (...) de sorte que la disposition en projet doit être complétée sur ce point ». De même, « alors

que l'article 90^{ter}, § 1^{er}, du Code d'instruction criminelle précise bien les différentes catégories de personnes susceptibles de faire l'objet d'une écoute téléphonique ainsi que les lieux qui peuvent être concernés par un tel dispositif, l'article 89^{ter} en projet n'apporte aucune précision à ce propos, autorisant ainsi une violation du domicile de quiconque. Par ailleurs, le texte en projet est peu précis quant au contenu de l'ordonnance établie par le juge d'instruction, alors que l'article 90^{quater} du Code d'instruction criminelle contient à ce propos des exigences précises. Le texte en projet est aussi silencieux sur la durée pendant laquelle peut s'exécuter une telle mesure, notamment si elle intervient en dehors du contexte d'une méthode particulière de recherche, de même qu'il n'organise pas la manière dont les constatations faites par les services de police seront consignées dans des procès-verbaux, ni les précautions à prendre pour communiquer intacts et complets au juge d'instruction les éventuels enregistrements réalisés au moyen d'une caméra vidéo ou d'un micro. En outre, il ne précise aucunement les circonstances dans lesquelles ces renseignements seront conservés ou détruits en cas d'absence de poursuite. Enfin, le texte en projet est également lacunaire, d'une part, sur les possibilités qu'auront le prévenu, la partie civile ou leurs conseils de prendre connaissance des enregistrements, s'il y en a, ainsi que des procès-verbaux établis dans le cadre de cette mesure d'investigation et, d'autre part, sur l'incidence d'une telle violation du domicile lorsqu'elle concerne une personne soumise au secret professionnel ».

Quant au traitement des données recueillies en application des dispositions en projet, la section de législation est tout d'abord d'avis que celui-ci « se fera conformément aux exigences de la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel, laquelle concerne également le traitement de données à caractère personnel relatives à des suspicions, des poursuites ou des condamnations ayant trait à des infractions ». Elle s'interroge ensuite sur le sort réservé aux données recueillies par le biais des méthodes particulières de recherche lorsque les dossiers sont classés sans suite par le parquet. Certaines informations pourront-elles faire l'objet d'un traitement informatisé à des fins d'analyse criminelle ? « L'article 47^{undecies} en projet du Code d'instruction criminelle est, sur ce point, peu explicite, le procureur du Roi étant simplement tenu de communiquer au procureur général les dossiers classés sans suite afin de « lui permettre d'exercer un contrôle sur la légalité des méthodes utilisées ».

18. — A propos d'une disposition ayant pour but de permettre « l'identification de l'appelant d'un appel d'urgence », le Conseil d'Etat attire l'attention des auteurs du projet sur le fait que « le texte même de l'avant-projet ne garantit pas que l'identification de l'appelant, qui implique le traitement de données personnelles, soit limitée à ces objectifs (d'éviter d'empê-

cher ou d'entraver les écoutes). En outre, l'identification de l'appelant est définie comme étant 'toute donnée, disponible directement ou indirectement, dans les réseaux et services d'un opérateur ou d'un autre fournisseur de services de télécommunications, qui détermine le terminal avec son détenteur (sic) et l'endroit où le terminal se situe au moment de l'appel'. Outre que cette définition doit être réécrite dans une langue correcte, il conviendrait de restreindre son étendue aux seules données qui sont strictement nécessaires à déterminer l'identité de la personne à laquelle le numéro d'appelant a été attribué, ainsi que le lieu d'où l'appel est effectué ». En effet, « en vertu de l'article 22 de la Constitution, c'est à la loi elle-même qu'il appartient de garantir le respect du droit à la vie privée et de déterminer les ingérences dans celle-ci par les utilisateurs des télécommunications qui sont admissibles au regard des objectifs d'intérêt général poursuivis » (65).

19. — En vue de renforcer la lutte contre le racisme, il est envisagé d'habiliter le Centre de l'égalité des chances à avoir accès aux pièces du dossier disciplinaire d'un fonctionnaire poursuivi pour un comportement discriminatoire.

La section de législation (66) relève dans un premier temps que « les pouvoirs accordés au Centre sont exceptionnels et exorbitants, non seulement du droit commun (la loi du 11 avril 1994 relative à la publicité de l'administration) mais également des législations particulières ayant donné des pouvoirs de contrôle à certaines institutions (tels que les médiateurs fédéraux et le Conseil supérieur de la Justice) dont les garanties légales d'indépendance sont pourtant plus développées que celles figurant dans la loi du 15 février 1993 (relative au Centre). Par ailleurs, l'article 458 du Code pénal, relatif à la protection du secret professionnel, n'a pas été formellement rendu applicable au Centre ».

Ensuite, le Conseil d'Etat n'aperçoit pas ce qui pourrait justifier de tels pouvoirs. Tout d'abord, « il convient de rappeler que le Centre n'est ni une autorité disciplinaire, ni un 'parquet spécialisé', ni un service de police exerçant des missions de police judiciaire. En vertu de l'article 2 de la loi du 15 février 1993 précitée, il a pour mission de promouvoir l'égalité des chances et de combattre toute forme de distinction, d'exclusion, de restriction ou de préférence fondée sur la race, la couleur, l'ascendance, l'origine ou la nationalité. S'il peut, pour ce faire, ester en justice, c'est uniquement en tant que partie civile. Dès lors, l'accès du Centre au dossier disciplinaire ne se justifie pas ». L'argument selon lequel le Centre ne pourra utiliser les renseignements obtenus concernant un dossier disciplinaire dans le cadre

(65) Avis L. 32.455/1/2/3/4 des 30 et 31 octobre 2001 cité à la note 19.

(66) Avis L. 31.132/2 du 12 mars 2001 sur un avant-projet de loi « relative au renforcement de la législation contre le racisme », *Doc. parl.* Chambre, sess. 2000-2001, n° 1407/1.

d'une procédure civile ou pénale, le but recherché étant seulement d'exercer une « pression morale » sur les administrations, ne peut être retenu au motif qu'« il n'est pas admissible qu'une autorité externe fasse pression sur l'autorité disciplinaire dont l'action doit s'exercer en toute indépendance sous le seul contrôle des juridictions compétentes ».

En outre, observe la section de législation, « le dossier disciplinaire peut faire apparaître des faits, même non sanctionnés pénalement, commis dans le cadre de la vie privée de l'agent ou d'un tiers, dont le Centre n'a évidemment pas à connaître sous peine de commettre une ingérence dans la vie privée, ce que prohibe l'article 22 de la Constitution ».

Enfin, « si les faits dénoncés constituent une infraction pénale, l'autorité disciplinaire aura prévenu le procureur du Roi conformément à l'article 29 du Code d'instruction criminelle. Il appartiendra, dès lors, au parquet ou au juge d'instruction de se faire communiquer, si nécessaire, le dossier disciplinaire. Le Centre, en tant que partie civile, ne pourra en prendre connaissance que conformément aux dispositions du Code d'instruction criminelle relatives à la consultation du dossier répressif ».

En conclusion, le Haut Conseil est d'avis que « les mécanismes d'intervention du Centre dans les procédures disciplinaires sont critiquables et, en outre, disproportionnés par rapport au seul but admissible qui est de rendre les administrations et les autorités disciplinaires attentives aux objectifs que la loi du 15 février 1993 donne pour mission au Centre de promouvoir. Ce but pourra être poursuivi par des informations, des recommandations, des campagnes de sensibilisation, ainsi que par la dénonciation de faits pouvant constituer des discriminations aux autorités disciplinaires. Celles-ci doivent ensuite pouvoir mener l'action disciplinaire en toute indépendance et à l'abri des pressions. Afin d'assurer l'information du Centre, l'on pourrait tout au plus prévoir que les administrations lui adressent annuellement un rapport relatif aux faits de discrimination éventuellement rencontrés et aux sanctions infligées, sans possibilité d'identifier les agents en cause ».

Dans le même ordre d'idées, à propos de la mission donnée au Centre de publier les décisions jurisprudentielles utiles à l'évaluation des législations applicables en la matière, le Conseil d'Etat souligne que « la publication devra se faire d'une manière qui ne permet pas d'identifier les parties, afin de sauvegarder leur droit au respect de la vie privée. Une telle publicité constituerait, en outre, pour les condamnés, une peine supplémentaire non prévue par la décision de justice et, pour la victime, un risque de représailles » (67).

20. — Dans le domaine de la santé, le patient se voit reconnaître le droit à la protection de sa vie privée lors de toute intervention du prestataire de

(67) *Ibidem*.

soins. Toutefois, ce droit n'est pas inconditionnel, des exceptions manifestement inspirées de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme étant prévues.

Pour le Conseil d'Etat (68), « si l'octroi d'un fonctionnement horizontal aux dispositions de la Convention européenne ne soulève pas d'objection majeure, il faut néanmoins signaler qu'il ne se justifie guère d'exiger qu'une ingérence dans l'exercice du droit en question soit 'prévu(e) par la loi'. Cette exigence s'adresse en effet à l'autorité nationale et c'est par la loi en projet elle-même que l'autorité satisfera à cette exigence. Il semble dès lors préférable de supprimer les termes 'est prévu par la loi et' ».

Plus fondamentalement, la section de législation est d'avis que « l'impossibilité totale du patient de s'opposer à la présence de tiers, fussent-ils praticiens professionnels en formation, lors d'un examen ou d'un traitement est inconciliable avec le texte en projet. Le paragraphe 1^{er} donne en principe au patient le droit précisément de s'opposer à une ingérence dans sa vie privée. Ce principe ne souffre de dérogation que pour autant que les conditions prévues au paragraphe 2 soient remplies. Selon le cas, il faudra donc vérifier si des motifs pertinents et suffisamment sérieux justifient de restreindre le droit du patient et si une telle restriction ne constitue pas pour lui une charge disproportionnée ».

21. — Le respect de la vie privée a aussi un impact sur l'accès à des banques de données.

Ainsi, l'accès aux informations concernant les étrangers inscrits au registre d'attente est limité par la loi, en ce qui concerne la Banque-carrefour de la sécurité sociale et les institutions de sécurité sociale, aux « informations qu'(elles) sont habilité(e)s à connaître en vertu d'une loi ou d'un décret ». Pour le Conseil d'Etat (69), « si on peut admettre une habilitation indirecte à connaître des informations par l'attribution d'une mission (70), il n'en demeure pas moins que le respect du principe de légalité impose au Gouvernement, lorsqu'il se propose de donner l'autorisation prévue par l'article 5 de la loi du 8 août 1983, de vérifier minutieusement si la connaissance de chacune des informations énumérées à l'article 3 de cette loi est nécessaire pour l'accomplissement de sa mission par l'autorité publique en cause et de déterminer avec soin, au préalable, quelles sont les missions sus-

(68) Avis L. 32.299/3 du 4 décembre 2001 sur un avant-projet de loi « relatif aux droits du patient », *Doc. parl.* Chambre, sess. 2001-2002, n° 1642/1.

(69) Avis L. 31.145/2 du 27 juin 2001 sur un projet d'arrêté royal « réglant l'accès au registre d'attente dans le chef de la Banque-carrefour de la sécurité sociale et de certaines autorités administratives et institutions de sécurité sociale ».

(70) La section de législation accepte en effet que « pour la détermination des informations que la Banque-carrefour et les institutions de sécurité sociale sont habilitées à connaître, on peut considérer qu'une telle habilitation, si elle n'est pas exprimée en termes exprès, peut s'induire des missions dont ces autorités publiques sont chargées par la loi ou le décret ou en vertu de la loi ou du décret ».

ceptibles d'être prises en considération. Cette double vérification à laquelle le Gouvernement doit procéder sous le contrôle de la Commission de la protection de la vie privée et de la section de législation, est d'autant plus utile que le Conseil d'Etat ne connaît pas tous les éléments de fait qui lui permettraient d'y procéder lui-même de façon approfondie. Elle doit être d'autant plus minutieuse que l'article 22, alinéa 1^{er}, de la Constitution reconnaît que chacun a droit au respect de sa vie privée et familiale, sauf dans les cas et conditions fixés par la loi. Le rapport au Roi doit révéler de façon concrète le résultat de ces vérifications ». Tel n'est pas le cas du projet qui se borne à renvoyer à dix-neuf arrêtés royaux ou ministériels réglant l'accès au Registre national d'une série d'autorités ou institutions, auxquelles il serait permis, à l'avenir, d'accéder aux informations concernant les personnes inscrites au registre d'attente. En effet, en ce qui concerne cette catégorie de personnes, les informations de base qui sont enregistrées sont complétées par « la situation administrative » des intéressés, telle que déterminée par l'article 2 de l'arrêté royal du 1^{er} février 1995. Il s'ensuit que « le rapport au Roi doit faire apparaître, fût-ce de façon succincte, la nécessité d'élargir aussi considérablement la consultation du registre d'attente, comme le fait le projet en visant implicitement l'intégralité des données qui y sont enregistrées. Le dispositif doit être revu, afin que n'y soient énumérées que les informations nécessaires et que soit évitée la référence indirecte à des développements ultérieurs de la liste des données visées dans l'arrêté royal du 1^{er} février 1995 ».

Dans le même ordre d'idées, le Conseil d'Etat a souligné que « les informations auxquelles ont accès les membres des différents Conseils pour l'exercice de leur mandat doivent être précisées de manière à éviter toute immixtion dans la vie privée des personnes éventuellement concernées par ces données » (71).

22. — Enfin, la section de législation a eu connaître de diverses conventions de coopération policière entre la Belgique et des pays non membres de l'Union européenne prévoyant notamment des « échanges d'informations concernant les domaines ressortissant à la compétence des services de police et de l'immigration ».

Pour la section de législation (72), « dans la mesure où ces échanges d'informations peuvent porter sur des données à caractère personnel, la loi qui

(71) Avis L. 31.801/2 du 9 juillet 2001 cité à la note 2.

(72) Avis L. 31.838/2/V du 22 août 2001 sur un avant-projet de loi « portant assentiment aux actes internationaux suivants : a) Convention entre le Royaume de Belgique et la République de Bulgarie en matière de coopération policière, faite à Ostende le 24 juin 1998; b) Protocole, fait à Sofia le 27 novembre 2000, relatif à l'article 1 de la Convention entre le Gouvernement du Royaume de Belgique et le Gouvernement de la République de Bulgarie relative à la coopération

autorise ces échanges doit également garantir, en vertu de l'article 22 de la Constitution, qu'ils ne méconnaissent pas le droit au respect de la vie privée », ce qui implique, selon l'article 21, § 1^{er}, de la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel, tel que modifié par la loi du 11 décembre 1998, que ce transfert « ne peut avoir lieu que si le pays en question assure un niveau de protection adéquat ». Plusieurs hypothèses sont envisagées.

Lorsque le pays contractant n'a pas encore ratifié la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel, signée à Strasbourg le 28 janvier 1981, et ne dispose pas en outre d'une législation propre en matière de traitement des données personnelles, il y a lieu de vérifier si la Convention approuvée stipule que la transmission de données à caractère personnel qu'elle prévoit ne pourra avoir lieu que lorsque les dispositions garantissant la protection de ces données seront entrées en vigueur et, à défaut, si « les autres dispositions de la Convention suffisent à protéger la vie privée des personnes concernées, en garantissant que les données à caractère personnel ne fassent l'objet d'un traitement que pour des finalités déterminées, explicites et légitimes, qu'elles soient utilisées de manière conforme à ces finalités, qu'elles soient adéquates, pertinentes et non excessives par rapport à ces finalités, qu'elles soient exactes, et qu'elles ne soient pas conservées plus longtemps que nécessaire ». A cet égard, le Conseil d'Etat relève deux insuffisances :

- d'une part, la Convention prévoit que les données peuvent être utilisées à d'autres fins que celles pour lesquelles la présente Convention prévoit la transmission de ces données « après autorisation de la Partie contractante qui transmet les données et dans le respect de la législation de la Partie contractante destinataire ». Compte tenu de l'absence de législation garantissant la protection des personnes contre les traitements de données à caractère personnel, cette disposition n'offre pas la garantie que les données ne seront traitées que pour des finalités déterminées, explicites et légitimes ;
- d'autre part, la Convention prévoit l'obligation pour chaque Partie contractante de désigner « une autorité de contrôle chargée dans le res-

policie, signée à Ostende, Belgique, le 24 juin 1998 », *Doc. parl.* Chambre, sess. 2001-2002, n° 1934/1 ; avis L. 31.876/2/V du 22 août 2001 sur un avant-projet de loi « portant assentiment à la Convention entre le Gouvernement du Royaume de Belgique et le Gouvernement de Roumanie relatif à la coopération policière, et à l'Annexe, faites à Bucarest le 14 avril 1999 », *Doc. parl.* Chambre, sess. 2001-2002, n° 1767/1 ; avis L. 31.842/2/V du 22 août 2001 sur un avant-projet de loi « portant assentiment à l'Accord entre le Gouvernement du Royaume de Belgique et le Gouvernement de la République slovaque relatif à la coopération policière, fait à Bruxelles le 29 juin 2000 », *Doc. parl.* Chambre, sess. 2001-2002, n° 1725/1 ; avis L. 31.875/2/V du 22 août 2001 sur un avant-projet de loi « portant assentiment à la Convention entre le Gouvernement du Royaume de Belgique et le Gouvernement de la République de Hongrie relative à la coopération policière et à la coopération en matière de lutte contre la criminalité organisée, faite à Bruxelles le 4 novembre 1998 », *Doc. parl.* Chambre, sess. 2001-2002, n° 1619/1.

pect du droit national, d'exercer sur son territoire un contrôle indépendant des traitements de données à caractère personnel effectués sur base de la présente Convention et de vérifier si lesdits traitements ne sont pas attentatoires aux droits de la personne concernée ». Dès lors qu'il n'existe pas actuellement dans le pays contractant de législation organisant la protection des personnes contre les traitements de données à caractère personnel, que la disposition examinée conditionne pourtant l'activité de l'autorité de contrôle au respect du droit national des Parties contractantes, et qu'en outre, il n'est pas précisé que la transmission de données à caractère personnel ne pourra avoir lieu que lorsque cette autorité de contrôle aura été désignée, la Convention n'offre pas de garantie suffisante que les données à caractère personnel que les services de police belges auront transmises ne seront traitées que sous le contrôle d'une autorité indépendante.

Le Conseil d'Etat est dès lors d'avis que « tant que le pays contractant n'aura pas adopté de dispositions garantissant sur son territoire la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel, ce genre de Convention n'offre pas aux personnes concernées par les données qui seraient transmises à l'autre Partie contractante, un niveau de protection équivalent à celui assuré par la législation belge » (73). Cette conclusion s'impose d'autant plus lorsque « l'assistance mutuelle entre les services de police n'est pas limitée aux délits graves relevant de la criminalité organisée, (...) mais a également pour objet la 'prévention et la recherche de faits punissables' (art. 6, § 1^{er}), ainsi que la 'prévention de menaces pour l'ordre et la sécurité publics' (art. 6, § 2) » (74).

Par contre, lorsque le pays contractant a signé et ratifié la Convention de Strasbourg précitée et a adopté une législation relative à la protection des données et que la Convention garantit le respect des principes selon lesquels les données à caractère personnel ne font l'objet d'un traitement que pour des finalités déterminées, explicites et légitimes, qu'elles sont utilisées de manière conforme à ces finalités, qu'elles sont adéquates, pertinentes et non excessives par rapport à ces finalités, qu'elles sont exactes, et qu'elles ne sont pas conservées plus longtemps que nécessaire, un tel Accord ne soulève pas d'objection au regard des articles 22 de la Constitution et 21, § 1^{er} de la loi précitée du 8 décembre 1992 (75).

(73) Avis L. 31.838/2/V et L. 31.876/2/V du 22 août 2001 cités à la note précédente.

(74) Avis L. 31.876/2/V du 22 août 2001 cité à la note 72.

(75) Avis L. 31.842/2/V et L. 31.875/2/V du 22 août 2001 cités à la note 72.



7. *Liberté d'enseignement*

23. — Il y va notamment de la *liberté d'organiser un enseignement*.

En écho à la jurisprudence bien établie de la Cour d'arbitrage, la section de législation rappelle que « la liberté d'enseignement connaît des limites et n'empêche pas que le législateur décrétal impose des conditions de financement et de subventionnement qui restreignent l'exercice de cette liberté, pour autant qu'il n'y soit pas porté d'atteinte essentielle. Il résulte de cette jurisprudence qu'une restriction à la liberté d'enseignement (...) ne peut être apportée que si elle est justifiée par des exigences tenant à l'intérêt général » (76).

Une de ces restrictions consiste en la détermination par le gouvernement communautaire des socles de compétences ou autres objectifs pédagogiques, laquelle limite d'autant la liberté pédagogique des pouvoirs organisateurs. Confrontée à de telles réglementations, la section de législation a à plusieurs reprises objecté que ces objectifs « sont à ce point vastes et détaillés qu'ils ne peuvent raisonnablement être considérés comme des objectifs minimaux, de sorte que ces objectifs ne laissent pas suffisamment de latitude pour pouvoir réaliser les objectifs d'un projet pédagogique propre. Il est ainsi porté atteinte à la liberté d'enseignement. » (77). Un des remèdes imaginés à la suite des arrêts 76/96 et 49/2001 de la Cour d'arbitrage consiste à organiser une procédure de dérogation à ces socles ou objectifs par trop détaillés. La section de législation (78) s'est à ce sujet penchée sur deux questions :

— d'une part, « est-il possible de pallier la violation de la liberté d'enseignement résultant de socles de compétences très étendus et détaillés en organisant une procédure de dérogations limitées » ? Pour le Conseil d'Etat, « il convient de considérer que plus les socles de compétences sont attentatoires à la liberté d'enseignement, plus les possibilités de dérogations doivent être larges. L'avant-projet de décret prévoit que les dérogations seront accordées à deux conditions. D'une part, il faut que le pouvoir organisateur concerné dispense un enseignement qui s'inspire de conceptions pédagogiques particulières. D'autre part, cet enseigne-

(76) Avis L. 32.500/2 du 13 novembre 2001 sur un avant-projet de décret-programme « portant diverses mesures concernant les fonds budgétaires, le passage à l'euro, l'enseignement et les bâtiments scolaires », *Doc. CCF*, sess. 2001-2002, n° 214/1.

(77) Avis L. 31.012/2 du 17 janvier 2001 sur un projet d'arrêté du Gouvernement de la Communauté française « déterminant les compétences terminales et savoirs requis en sciences à l'issue de la section de transition » ; avis L. 31.013/2 du 17 janvier 2001 sur un avant-projet de décret « portant confirmation des compétences terminales et savoirs requis en sciences à l'issue de la section de transition », *Doc. CCF*, sess. 2000-2001, n° 145/1 ; avis L. 31.127/2 du 19 février 2001 sur un projet d'arrêté du Gouvernement de la Communauté française « déterminant les profils de formation de technicien/technicienne en agriculture (...) » ; avis L. 31.128/2 du 19 février 2001 sur un avant-projet de décret « portant confirmation des profils de formation de technicien/technicienne en agriculture (...) », *Doc. CCF*, sess. 2000-2001, n° 157/1.

(78) Avis L. 31.675/2 du 17 mai 2001 cité à la note 16.

ment doit être donné dans le respect des libertés et des droits fondamentaux et sans porter atteinte, ni à la qualité de l'enseignement, ni au contenu de base, ni à l'équivalence des certificats et diplômes. Il appartient aux auteurs du projet de justifier, dans l'exposé des motifs, que les dérogations prévues sont suffisamment larges, compte tenu du fait que les socles de compétence sont définis de façon particulièrement étendue et détaillée »;

- d'autre part, un gouvernement communautaire peut-il reprendre sans rien modifier les socles de compétences annulés par la Cour d'arbitrage au motif que la seule mise en place d'une procédure de dérogation suffit à répondre aux griefs d'inconstitutionnalité relevés par la Cour d'arbitrage ? « La question se pose, dès lors, de savoir si la simple organisation d'une procédure de dérogation suffit ou s'il ne convient pas plutôt que la Communauté française, adopte, à l'instar de la Communauté flamande, des socles de compétences moins contraignants, afin d'assurer la conformité du décret en projet avec l'article 24, § 1^{er}, de la Constitution tel qu'il a déjà été interprété par la Cour d'arbitrage. Il appartient aux auteurs du projet de donner la réponse à cette question dans l'exposé des motifs et de justifier leur choix au regard de l'article 24 de la Constitution ».

De même, la liberté pédagogique est concrétisée par le fait que les établissements d'enseignement disposent d'un volume d'heures réservées à des activités d'enseignement qu'elles déterminent en toute autonomie. Dès lors que « le projet examiné limite ce volume d'heures à un pourcentage très minime du nombre global d'heures, il aboutit à violer la liberté d'enseignement consacré par l'article 24 de la Constitution. Le projet doit être revu en aménageant plus de place aux heures dont les pouvoirs organisateurs peuvent librement déterminer le contenu » (79).

En matière d'horaires des élèves, l'article 6 de la loi du 29 mai 1959 modifiant certaines dispositions de la législation de l'enseignement dispose qu'à la condition de respecter un horaire minimum légalement fixé, chaque pouvoir organisateur jouit de la liberté d'aménager ses horaires. Il est toutefois envisagé de préciser, d'une part, que dans l'enseignement primaire, les périodes de cours sont étalées sur neuf demi-jours du lundi matin au vendredi soir et que, d'autre part, ces périodes de cours sont insécables, sauf dérogation accordée par le ministre à la demande du directeur de l'école ou du pouvoir organisateur, de l'avis du Conseil de participation et des organisations syndicales représentatives. Le Conseil d'Etat (80)

(79) Avis L. 31.407/2 du 2 mai 2001 sur un projet d'arrêté du Gouvernement de la Communauté française « fixant le volume des activités d'enseignement mentionnées dans les articles 4 à 12 du décret du 12 décembre 2000 définissant la formation initiale des instituteurs et des régents et les années d'études dans lesquelles elles sont organisées ».

(80) Avis L. 32.500/2 du 13 novembre 2001 cité à la note 76.

« n'aperçoit pas, et l'exposé des motifs n'expose pas, en quoi le principe de l'insécabilité des périodes de cours répondrait à une telle exigence. Les auteurs de l'avant-projet doivent donc exposer les exigences tenant à l'intérêt général qui justifient cette nouvelle limitation à la liberté d'enseignement. Il convient également de justifier la lourdeur de la procédure de dérogation ».

Enfin, il est envisagé, en prévision d'une réforme importante de l'enseignement fondamental, d'instituer de manière temporaire « l'interdiction d'admettre de nouvelles écoles fondamentales au financement ou aux subventions de même que d'effectuer des modifications de structure qui conduiraient à la programmation d'écoles » (art. 194^{quinquies} du décret Enseignement XIII). Pour la section de législation (81), « un tel arrêt de la programmation touche à la liberté d'enseignement protégée par la Constitution. La question est dès lors de savoir si l'arrêt projeté de la programmation ne porte pas atteinte à l'essentiel de la liberté d'enseignement et est justifié suffisamment par les exigences de l'intérêt général. En l'occurrence, l'arrêt de la programmation vaut seulement pour les années scolaires 2001-2002 et 2002-2003 et est justifié par le fait que des réformes fondamentales dans l'enseignement fondamental sont en préparation ». En se référant à des avis antérieurs (82), la section de législation observe que « l'arrêt temporaire d'une programmation dans l'attente d'une réforme de l'enseignement n'est pas en soi contraire à l'article 24, § 1^{er}, de la Constitution. Toutefois, dans ce cas, il est exigé que l'introduction d'un tel arrêt soit en relation suffisante avec la réalisation de la réforme de l'enseignement poursuivie. A cet égard, la justification de l'amendement ne contient pas la démonstration suffisante d'un tel lien. A défaut d'une justification suffisante, la section de législation ne peut que constater que la mesure projetée n'est pas conforme à l'article 24, § 1^{er}, de la Constitution. (...) Il devrait également être démontré pourquoi il est nécessaire de déjà faire entrer en vigueur cet arrêt de la programmation au 1^{er} septembre 2001 et par conséquent pourquoi les procédures en cours de scission d'écoles fondamentales ne peuvent plus être finalisées ».

(81) Avis L. 31.806/1 du 12 juin 2001 sur des amendements à un projet de décret « betreffende het onderwijs XIII », *Parl. St.* VI. Parl., sess. 2000-2001, n° 729.

(82) Avis L. 22.206/1 du 24 février 1993 sur un avant-projet de décret « betreffende het onderwijs IV », *Parl. St.*, VI. R., 1992-93, n° 292/1; avis L. 22.873/1 du 25 octobre 1993 sur un avant-projet de décret « betreffende de hogescholen in de Vlaamse Gemeenschap », *Parl. St.*, VI. R., 1993-1994, n° 546/1; avis L. 24.977/1 du 11 mars 1996 sur un avant-projet de décret « houdende tijdelijke beperking inzake organisatie en vaste benoeming in sommige onderwijssectoren », *Parl. St.*, VI. P., 1995-1996, n° 248/2; avis L. 25.034/8 du 1 avril 1996 sur des « amendementen op een ontwerp van decreet houdende tijdelijke beperking inzake programmatie en benoeming in sommige onderwijssectoren », *Parl. St.*, VI. P., 1995-1996, n° 248/7; avis L. 27.612/1 du 30 avril 1998 sur un avant-projet de décret « betreffende het secundair onderwijs », *Parl. St.*, VI. P., 1997-1998, n° 1058/1.

24. — Il y va également de *la liberté de choix de l'école*.

La réglementation des avantages sociaux est à cet égard primordiale. La section de législation (83) relève deux atteintes aux principes de libre choix et d'égalité.

D'une part, il résulte de l'article 3, alinéa 1^{er}, de l'avant-projet de décret que, lorsqu'elles accordent des avantages sociaux aux élèves fréquentant les écoles qu'elles organisent, les provinces et la Commission communautaire française ne sont tenues d'octroyer les mêmes avantages qu'aux élèves fréquentant « des écoles de même catégorie situées sur le territoire de la même commune ». Se référant à un précédent avis (l'avis 27.790/2 — cf. notre chronique 1998, *même revue*, 2000/1, p. 70), la section de législation invite les auteurs du projet à « justifier pourquoi les provinces et la Commission communautaire française ne sont pas tenues d'octroyer des avantages sociaux à tous les établissements de même catégorie de leur ressort territorial ». Celle-ci tient en deux éléments : « au-delà d'une certaine distance, la concurrence entre les établissements est beaucoup plus influencée par le facteur de la proximité que par d'autres facteurs. De plus, en ce qui concerne les provinces, prévoir l'obligation d'octroyer des avantages sociaux aux établissements situés sur tout leur territoire (lorsque les conditions fixées par l'avant-projet de décret sont remplies) serait de nature à grever leurs finances de manière disproportionnée par rapport à l'objectif poursuivi, ce qui pourrait d'ailleurs avoir comme conséquence un désinvestissement des provinces en matière d'avantages sociaux. Par ailleurs, une telle disposition ne manquerait pas de remettre en question les principes de l'avant-projet de décret en excluant les écoles communales du bénéfice des avantages sociaux octroyés par une province. ». Pour le Conseil d'Etat, « cette justification ne peut convaincre. En effet, le critère du territoire de la commune n'est pas adéquat pour apprécier le rapport concurrentiel entre des établissements scolaires. Le Conseil d'Etat observe, en effet, que les provinces et la Commission communautaire française organisent essentiellement un enseignement secondaire ou spécial, dont la spécificité accroît le pouvoir d'attractivité. En outre, la distance raisonnable déterminée en application de l'article 4 de la loi dite du Pacte scolaire pour considérer que les parents ont la possibilité de disposer d'une école correspondant à leur choix est fixée, pour l'enseignement secondaire, selon les années, à 12 et 20 kilomètres, ce qui excède la plupart du temps le rayon du territoire d'une commune ».

D'autre part, la même réglementation permet aux pouvoirs locaux de moduler l'octroi d'avantages sociaux en fonction du fait que l'élève est domicilié ou non dans la commune. Le Conseil d'Etat est d'avis que « force est de constater que l'article 5, § 2, du projet de décret introduit une discri-

(83) Avis L. 30.958/2 du 19 février 2001 cité à la note 8.

mination entre les élèves domiciliés dans la commune (ou province ou Région de Bruxelles-Capitale, selon le cas) et ceux qui ne sont pas domiciliés sur son territoire (respectif) ».

25. — Il y va enfin de *l'accès à l'enseignement*.

Le principe en ce domaine est la gratuité de l'accès à l'enseignement fondamental et secondaire. Qu'en est-il dès lors de l'interdiction projetée de demander dans l'enseignement fondamental des contributions aux frais liés à l'enseignement qui sont nécessaires pour réaliser un objectif final ou pour poursuivre un objectif de développement, ou de l'interdiction prévue de demander un droit d'inscription direct ou indirect dans l'enseignement secondaire, ou encore du droit d'inscription dans l'enseignement artistique à temps partiel ? La section de législation (84) confronte de telles dispositions à l'article 24, § 3, alinéa 1^{er}, de la Constitution, à l'article 13 du pacte international relatif aux droits économiques et sociaux et à l'article 28.1. de la Convention relative aux droits de l'enfant. De manière générale, « il ressort de la lecture de ces trois dispositions qu'une double distinction doit être faite. Une première distinction est la différence entre les différents niveaux d'enseignement, à savoir l'enseignement maternel, primaire et secondaire. Une deuxième distinction doit être faite entre la gratuité de l'accès à l'enseignement et la gratuité de l'enseignement ».

Pour ce qui est de l'article 24, § 3, alinéa 1^{er}, le Conseil d'Etat relève que « cette disposition implique que seul l'accès à l'enseignement est gratuit, en d'autres termes que l'accès à l'enseignement ne peut être limité d'aucune manière, que ce soit par un minerval direct ou indirect ou par l'imposition de conditions financières équivalentes. Cette disposition n'exclut cependant pas qu'une contribution puisse être demandée pour le matériel didactique et pour certaines activités, sans excéder le coût des biens ou prestations nécessaires et fournies ». Il s'ensuit que les dispositions précitées sont conformes au prescrit constitutionnel, l'enseignement artistique à temps partiel n'étant pas un enseignement soumis à l'obligation scolaire (85).

Pour ce qui est des dispositions de droit international, il convient de faire une distinction entre l'enseignement primaire et l'enseignement secondaire, ces dernières n'étant pas applicables à l'enseignement maternel. Pour l'enseignement primaire, le Conseil d'Etat constate que « tout comme la Constitution, l'article 13.2, a), du Pacte prévoit l'accès gratuit à l'enseignement fondamental, mais pas la gratuité de cet enseignement. Par contre, l'article 28.1, a), de la Convention relative aux droits de l'enfant prévoit que les parties contractantes doivent instituer un enseignement primaire disponible gratuitement pour chacun ». Il s'ensuit que sur pied de l'article 28.1,

(84) Avis L. 31.566/1 du 2 mai 2001 cité à la note 9.

(85) Voy. C. Arb., arrêt n° 40/94, du 19 mai 1994, consid. B.2.8.

a), précité, auquel il peut être reconnu un effet direct, « aucune contribution ne peut être demandée pour les activités obligatoires, celles-ci étant les activités auxquelles les élèves doivent participer. En couplant seulement la gratuité aux frais liés à l'enseignement qui sont nécessaires pour réaliser un objectif final ou pour poursuivre un objectif de développement, la réglementation en projet contrevient à cette disposition ». Pour l'enseignement secondaire, l'article 13.2, b), du Pacte et l'article 28.1, b), de la Convention relative aux droits de l'enfant imposent aux parties contractantes l'introduction progressive de l'enseignement gratuit. Pour la section de législation, « ces deux dispositions n'ont il est vrai aucun effet direct dans l'ordre juridique interne et ne font par conséquent naître par eux-mêmes aucun droit à la gratuité de l'enseignement secondaire. Par contre, elles s'opposent à ce que la Communauté prenne des mesures qui iraient à l'encontre de l'objectif d'institution progressive de la gratuité de l'enseignement secondaire, tenant compte des possibilités économiques et de la situation des finances publiques. (...) La situation issue du projet en matière de droits d'inscription et de coûts doit donc être comparée avec celle qui existait le 21 juillet 1983 et le 15 janvier 1992, dates d'entrée en vigueur (des dispositions précitées). (...) L'obligation de standstill emporte que la Communauté ne peut pas autoriser les pouvoirs organisateurs à demander une contribution pour les biens et services qui étaient gratuits jusqu'alors (...). Elle interdit donc que les pouvoirs organisateurs puissent faire payer à l'avenir des contributions pour des services obligatoires ou des biens, à tout le moins pour les livres scolaires et les besoins scolaires pour lesquels les coûts doivent être couverts par la dotation ou les subventions. En prévoyant pour l'enseignement secondaire seulement une interdiction de demander un droit d'inscription direct ou indirect et en abrogeant l'article 12, § 1^{er}, du pacte scolaire contenant le principe de la gratuité, le projet n'est par conséquent pas conforme avec les obligations issues pour la Communauté » des dispositions précitées de droit international.

8. *Liberté d'association*

26. — Dans le domaine de l'enseignement, la concertation prévue par la législation entre le gouvernement et les pouvoirs organisateurs pose des problèmes pratiques en raison de la multitude de pouvoirs organisateurs dans l'enseignement subventionné. Il est dès lors prévu de limiter cette concertation à des organes de représentation et de coordination de ces divers pouvoirs organisateurs. Le Conseil d'Etat relève (86) qu'il conviendrait de « permettre la reconnaissance de plusieurs organes de représentation et de coordination au sein des différents 'réseaux', afin de mieux garantir la liberté d'association des pouvoirs organisateurs ». En outre, il y

(86) Avis L. 31.709/2 du 23 mai 2001 cité à la note 5.

a lieu de « prévoir une procédure de désignation des organes de représentation et de coordination qui en assure le caractère représentatif, afin de mieux garantir le respect du principe d'égalité et la liberté d'association ».

A l'égard d'une disposition n'autorisant la chasse de trois espèces de gibier, en l'occurrence le cerf boisé, la perdrix grise et le lièvre, que « sur les territoires associés en un conseil cynégétique agréé », la section de législation s'est demandée si l'avantage ainsi réservé aux titulaires du droit de chasse, membres d'un conseil cynégétique agréé, n'a pas pour effet de peser sur la liberté de choix des personnes qui souhaitent s'adonner à la chasse aux trois espèces de gibier indiquées, et ce à un point tel qu'il en résulterait une atteinte au principe de la liberté d'association (87)? « A cet égard, il faut s'assurer que l'avantage donné aux catégories de chasseurs indiquées est non seulement justifié par des considérations d'intérêt général en rapport avec les objectifs que poursuit la législation relative à la chasse, mais aussi qu'il est compensé par l'existence d'obligations particulières auxquelles ses bénéficiaires sont tenus » (88). Il résulte d'une note, rédigée en des termes particulièrement circonstanciés, qu'« en limitant aux territoires relevant d'un conseil cynégétique agréé la faculté de chasser le cerf boisé, la perdrix grise et le lièvre, l'arrêté en projet entend satisfaire à diverses exigences biologiques ou autres considérations de gestion cynégétique ». En outre, « l'arrêté du Gouvernement wallon du 30 mai 1996 fixant les conditions et la procédure d'agrément des conseils cynégétiques impose à ces conseils et à leurs membres un certain nombre d'obligations qui, pour certaines d'entre elles, sont propres au cerf ou à toutes autres espèces pour lesquelles les membres des conseils bénéficient d'un régime spécial d'ouverture et de fermeture de la chasse. Ainsi, l'avantage que l'arrêté en projet procure aux membres des conseils est compensé par l'existence d'obligations à leur charge ».

Prévoir que « les membres d'un organisme qui a conclu une convention environnementale ne peuvent se soustraire à leurs obligations en renonçant à leur affiliation à l'organisme », donne à penser que les membres d'un organisme ne peuvent renoncer à leur affiliation à celui-ci. « Si elle était interprétée en ce sens, la disposition à l'examen s'exposerait à critique au regard du principe de la liberté d'association. Il est suggéré d'écrire que l'entreprise dont prend fin l'affiliation à un organisme lié par une convention environnementale, reste tenue par les obligations qui lui incombent en vertu de la convention » (89).

(87) Cette liberté emportant celle de ne pas s'associer.

(88) Avis L. 31.459/4 du 2 mai 2001 sur un projet d'arrêté du Gouvernement wallon « fixant les dates de l'ouverture, de la clôture et de la suspension de la chasse, du 1^{er} juillet 2001 au 30 juin 2006 ».

(89) Avis L. 31.079/4 du 6 juin 2001 sur un avant-projet de décret « relatif aux conventions environnementales », *Doc. CRW*, sess. 2001-2002, n° 264/1.

Dans le cadre de la rationalisation des établissements hospitaliers, il est en principe interdit d'exploiter un même service, fonction ou programme de soins sur différents sites d'un hôpital fusionné. Si de ce fait la liberté d'association des pouvoirs organisateurs est limitée, cette interdiction de principe et l'établissement de normes spéciales qui y sont applicables résultent de la volonté des pouvoirs publics de rationaliser la pratique hospitalière dans l'intérêt de la santé publique, ce qui n'apparaît nullement incompatible avec la liberté d'association (90).

En Région de Bruxelles-Capitale, le Gouvernement est tenu d'entamer la procédure de classement d'un bien lorsqu'il est saisi d'une proposition émanant notamment d'une association sans but lucratif qui a recueilli la signature de cent cinquante personnes âgées de dix-huit ans au moins et domiciliées dans la Région. Cette disposition signifie-t-elle que seules ces personnes auraient qualité pour agir en annulation contre un arrêté refusant de classer un bien ? Pour la section d'administration (91), la réponse est négative : « si elle ne peut pas saisir directement le Gouvernement d'une demande officielle de classement qui aurait pour ce dernier un effet contraignant, la personne physique (et pas seulement l'association) qui a pris une part active à la protection du monument, a un intérêt direct à agir en annulation d'un arrêté qui, mettant fin à la procédure de classement, rend impossible la conservation de l'immeuble faisant partie du patrimoine culturel de la Région et de ses habitants. Réserver l'action en justice à l'égard d'une décision mettant fin à la procédure de classement aux seules associations dont l'objet social consiste à assurer la défense du patrimoine immobilier, aboutirait à une violation de la liberté d'association, en donnant à ceux qui s'associent un privilège qu'ils n'auraient pas en agissant seuls ».

9. Droits économiques et sociaux

27. — La *liberté de commerce et d'industrie* est mise en cause par l'institution d'un moratoire sur certaines installations d'élevage, lesquels, « dans l'attente de l'établissement par le gouvernement du cadastre des épandages pour la Région wallonne, (...) ne peuvent pas faire l'objet d'un permis d'environnement ». Outre le fait qu'« il n'est pas au pouvoir du Gouvernement de prendre une telle disposition (car) il ressort du décret du 11 mars 1999 que toute demande de permis d'environnement introduite pour l'exploitation d'un établissement doit faire l'objet d'un examen cas par cas », le Conseil d'Etat (92) est d'avis que « pour éviter de porter atteinte au prin-

(90) C.E., *A.S.B.L. « Coordination bruxelloise d'institutions sociales et de santé » et consorts*, n° 99.743, du 12 octobre 2001.

(91) C.E., *Rastelli*, n° 101. 950, du 18 décembre 2001.

(92) Avis L. 31.261/2/V du 23 juillet 2001 sur un projet d'arrêté du Gouvernement wallon « arrêtant la liste des projets soumis à étude d'incidences et des installations et activités classées ».

cipe constitutionnel de l'égalité devant la loi, ainsi qu'à la liberté de commerce et d'industrie, consacrée par l'article 6, § 1^{er}, VI, alinéa 3, de la loi spéciale précitée du 8 août 1980, le législateur doit veiller à ce que la mesure envisagée soit dûment justifiée par d'impérieuses considérations d'intérêt général et à ce qu'elle soit dans un rapport raisonnable de proportionnalité avec le but poursuivi ».

28. — Parmi les droits économiques et sociaux protégés par l'article 23 de la Constitution, figurent « *le droit au travail ..., ainsi que le droit d'information, de consultation et de négociation collective* » (alinéa 3, 1^o). « Dès lors que les prérogatives reconnues aux organisations syndicales participent à l'exercice de ces droits d'information, de consultation et de négociation collective, le Roi ne pourrait, sans méconnaître cette disposition constitutionnelle, restreindre les prérogatives qui étaient reconnues à ces organisations par les dispositions légales et réglementaires fixant le statut syndical des membres du personnel des corps de police qui ont été incorporés dans les services de la police intégrée, à moins que la restriction de ces prérogatives ne soit raisonnablement justifiée par un motif impérieux » (93).

Ainsi, à propos des dispositions soumettant désormais à l'agrément préalable toutes les catégories de « délégués syndicaux », et non plus seulement les « délégués syndicaux permanents », le Conseil d'Etat se demande « si un motif impérieux justifie bien que soit désormais soumis à un agrément préalable le membre du personnel d'un service de police qui désire exercer une quelconque prérogative syndicale, même celle consistant dans la participation aux travaux des commissions ou comités créés au sein de ces organisations syndicales » (94). Il en va de même du droit à la négociation collective, le Roi ne pouvant supprimer l'obligation de soumettre à la négociation syndicale les projets de réglementation qui étaient auparavant soumis à cette formalité; toutefois, dès lors que seules les modalités de paiement des traitements et des pensions ne seront désormais plus soumises à la négociation syndicale dans la police intégrée, alors qu'elles l'étaient dans le statut syndical de la gendarmerie, « il n'y a pas lieu de considérer que le projet réduit le droit à la négociation collective d'une manière incompatible avec l'article 23 de la Constitution compte tenu du caractère marginal de la matière soustraite à la négociation, et du fait qu'elle restera, en tout état de cause, soumise à la procédure de la concertation » (95).

(93) Avis L. 31.185/2 du 25 janvier 2001 sur un projet d'arrêté royal « portant exécution de la loi du 24 mars 1999 organisant les relations entre les autorités publiques et les organisations syndicales du personnel des services de police »; avis L. 31.186/2 du 25 janvier 2001 sur un projet d'arrêté royal « déterminant les réglementations de base au sens de l'article 3, alinéa 1^{er}, 1^o, de la loi du 24 mars 1999 organisant les relations entre les autorités publiques et les organisations syndicales du personnel des services de police ».

(94) Avis L. 31.185/2 du 25 janvier 2001 cité à la note 93.

(95) Avis L. 31.186/2 du 25 janvier 2001 cité à la note 93.

29. — A propos du *droit à la protection d'un environnement sain* consacré par l'article 23, al. 3, 4°, de la Constitution, il est prévu, dans le cadre de l'« optimisation » du C.W.A.T.U.P., d'abroger l'article 46, alinéa 2, 3°, qui prévoit que l'inscription, dans un plan de secteur, de nouvelles zones d'activité économique mixte ou industrielle doit être globalement compensée par la réaffectation de sites d'activité économique désaffectés dans les cinq ans de l'adoption définitive de la révision du plan de secteur, disposition justifiée lors de son introduction dans le C.W.A.T.U.P. par le souci d'« éviter la création, par laxisme, de toute une série de nouvelles zones sans qu'il n'y ait décision du Gouvernement de réaffecter des zones d'activité économique actuellement à l'état de chancres en Wallonie ». Pour le Conseil d'Etat (96), « une garantie importante pour la protection de l'environnement est ainsi supprimée. La question se pose de savoir s'il n'en résulte pas une violation de l'article 23 de la Constitution, en tant que cette disposition s'oppose à l'adoption de mesures tendant à réduire le niveau de protection des droits qu'elle reconnaît — ici, le 'droit à la protection d'un environnement sain' — par rapport aux garanties précédemment acquises dans l'ordonnement juridique, sauf si une telle diminution du niveau de protection existant est raisonnablement justifiée par un motif impérieux (97) ». Si les explications avancées sont de nature à justifier que le législateur renonce à maintenir telle quelle la règle consacrée par l'article 46, alinéa 2, 3°, le Conseil d'Etat est toutefois d'avis que le fait d'abroger purement et simplement cette disposition est disproportionné par rapport à l'objectif poursuivi et risque, ce faisant, de conduire à violer l'article 23 de la Constitution.

En ce qui concerne les régimes de décision implicite, la section de législation a répété que non seulement « la mise en œuvre d'un tel régime a pour effet d'écarter l'application de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, (ce qui) ne peut être admis que si une

(96) Avis L. 31.683/4 du 3 décembre 2001 sur un avant-projet de décret « modifiant le Code wallon de l'Aménagement du Territoire, de l'Urbanisme et du Patrimoine », *Doc. CRW*, sess. 2001-2002, n° 309/1.

(97) Sur l'obligation de « standstill » qui résulte de l'article 23 de la Constitution, voir *Doc. parl.*, Sénat, sess. extr. 1991-1992, n° 100-2/3°, p. 13, et 100-2/4°, pp. 85 et sv.

En doctrine, lire notamment P. MARTENS, « L'insertion des droits économiques, sociaux et culturels dans la Constitution », *même revue*, 1995, pp. 8 et 18; R. ERGEC, « Introduction générale », in *Les droits économiques, sociaux et culturels dans la Constitution*, Bruylant, 1995, pp. 15-16; A. ALEN, *Handboek van het Belgisch Staatsrecht*, Kluwer, 1995, n° 664; I. HACHEZ, « L'effet de *standstill* : le pari des droits économiques, sociaux et culturels ? », *A.P.T.*, 2000, pp. 30 et sv.; F. DELPÉRÉE, *Le droit constitutionnel de la Belgique*, Bruylant et L.G.D.J., 2000, n° 271.

Plusieurs avis de la section de législation du Conseil d'Etat reconnaissent également cet effet à l'article 23 de la Constitution : voir notamment l'avis L. 25.689/9 des 26 février et 5 mars 1997 sur l'avant-projet devenu le décret de la Région wallonne du 27 novembre 1997 modifiant le C.W.A.T.U.P. (*Doc. parl. w.*, sess. 1996-1997, n° 233/1, p. 65) et l'avis L. 31.185/2 du 25 janvier 2001 cité à la note 93.

En jurisprudence, voir C.E., *Jacobs*, n° 80.018, du 29 avril 1999.



disposition de nature législative l'autorise » (98), mais aussi qu'« en tout état de cause, un régime d'autorisation tacite est, en matière d'environnement, critiquable au regard de l'article 23 de la Constitution » (99). Plus particulièrement, à l'égard de la mise en place d'un régime de permis modificatif établissant notamment l'octroi d'un permis tacite lorsque l'autorité est en défaut de respecter les délais qui lui sont impartis, la section de législation (100) n'a pas retenu la circonstance que le texte à l'examen s'applique seulement dans des hypothèses où ont été commises des « infractions légères au regard du bon aménagement du territoire » : elle n'est pas « de nature à assurer sa compatibilité avec le principe de l'égalité devant la loi et l'article 23 de la Constitution. En effet, à défaut, pour le législateur, de déterminer de manière suffisamment complète, précise et prévisible ce qu'il y a lieu d'entendre par là, l'appréciation de 'la légèreté' ou de 'l'absence de légèreté' d'une infraction 'au regard du bon aménagement du territoire' est trop empreinte de subjectivité pour que l'on puisse voir dans cette circonstance une justification satisfaisante au regard des principes constitutionnels en cause. En conclusion, le dispositif en projet doit être fondamentalement repensé ».

Enfin, dans le cadre de l'entrée en vigueur de la nouvelle législation wallonne relative au permis d'environnement, la section de législation (101) s'est opposée à ce que certaines des installations ou activités qu'il est envisagé de répertorier en classe 3 ne soient pas classées tant que le Gouvernement n'a pas fixé de conditions intégrales à leur propos au motif qu'« il est paradoxal de ne pas soumettre, pour l'heure, lesdites installations ou activités au décret du 11 mars 1999, alors que l'auteur du projet a manifestement conscience de la nécessité de les soumettre à certains éléments du régime qu'organise ce décret, lequel tend, comme l'indique son article 2, à assurer la protection de l'homme et de l'environnement contre les dangers, nuisances ou inconvénients qu'un établissement est susceptible de causer. La Région wallonne s'expose, dès lors, à méconnaître, en ce qui concerne les dangers, nuisances et inconvénients des installations et activités en question, l'obligation que lui impartit l'article 23 de la Constitution de garantir le droit à la protection d'un environnement sain. On peut se demander si, en attendant l'adoption d'éventuelles conditions intégrales, il

(98) Avis L. 31.203/1 du 8 mars 2001 sur un projet d'arrêté du gouvernement flamand « tot vaststelling van de voorwaarden en de regels inzake de toekenning van subsidies voor exportbevorderende activiteiten »; avis L. 32.157/4 du 19 septembre 2001 sur un projet d'arrêté du Gouvernement wallon « relatif à l'octroi d'une subvention aux propriétaires particuliers pour l'élagage à grande hauteur »; avis L. 31.254/4 du 1^{er} octobre 2001 sur un projet d'arrêté du Gouvernement wallon relatif à la procédure d'octroi du permis d'environnement et du permis unique, aux déclarations et aux mesures de police administrative ».

(99) Avis L. 31.254/4 du 1^{er} octobre 2001 cité à la note 98; avis L. 31.683/4 du 3 décembre 2001 cité à la note 96.

(100) Avis L. 31.683/4 du 3 décembre 2001 cité à la note 96.

(101) Avis L. 31.261/2/V du 23 juillet 2001 cité à la note 92.

ne se serait pas plus indiqué, pour garantir au mieux le droit constitutionnel précité, de répertorier ces installations et activités en classe 2 ».

10. *Transparence et publicité*

30. — Certaines précisions ont pu être apportées en ce qui concerne *le champ d'application de l'article 32 de la Constitution*.

Tout d'abord, la section d'administration (102) a jugé, à propos d'un arrêté délimitant la publication des arrêts du Conseil d'Etat (en l'occurrence, l'arrêté royal du 7 juillet 1997), que « l'article 32 de la Constitution, qui institue pour chacun le droit de consulter chaque document administratif et de s'en faire remettre copie, est étranger aux jugements et arrêts rendus par les juridictions. Aucun principe général de droit constitutionnel ne consacre une obligation générale de publier tant les arrêts et jugements des cours et tribunaux que les décisions contentieuses des juridictions administratives ».

Ensuite, les pièces issues d'un dossier répressif et communiquées à l'administration constituent-elles des documents administratifs au sens de l'article 32 de la Constitution ? La réponse de la section d'administration à cette question est contrastée. Dans une première espèce relative à l'accès à un dossier établi à partir de pièces d'une procédure pénale et sur lequel l'inspection spéciale des impôts (I.S.I.) avait basé les avis de rectification, le Conseil d'Etat (103) a annulé la décision de l'I.S.I. de n'accorder aux contribuables que l'accès « aux passages des pièces du dossier répressif qui (les) concernent exclusivement et qui ont servi à l'établissement du projet d'imposition » aux motifs que « les pièces issues d'un dossier répressif, communiquées à l'administration fiscale aux fins d'établir l'impôt, sont des documents administratifs, qu'elles aient été utilisées ou non par la susdite administration pour prendre les décisions fiscales. Dès lors, les pièces issues de ce dossier répressif mais n'ayant pas servi à l'administration pour établir les projets d'imposition ne sont pas couvertes par le secret de l'instruction et leur consultation ne nécessite pas que les intéressés obtiennent à leur tour une autorisation du procureur général. La distinction opérée par la partie adverse pour refuser l'accès aux pièces concernant les contribuables concernés mais n'ayant pas servi à établir les projets d'imposition ne repose sur aucune disposition de la loi du 11 avril 1994 relative à la publicité de l'administration ». Ce premier arrêt a été confirmé un peu après dans une affaire similaire relative cette fois au refus d'accès de l'ensemble du dossier fiscal des requérants : « les copies des pièces d'un dossier judiciaire constitué à la suite d'une plainte déposée à l'encontre d'un contribuable par l'Etat

(102) C.E., *A.S.B.L. Association pour la défense du droit des étrangers et Picard*, n° 99.587 du 9 octobre 2001, *J.T.*, 2002, p. 24.

(103) C.E., *Swartenbroekx et Vercruysse*, n° 94.419, du 28 mars 2001.



belge (inspection spéciale des impôts) acquièrent le statut de document administratif entrant dans le champ d'application de la loi du 11 avril 1994 à la suite de l'autorisation d'accès et de copie donnée par le procureur général à l'administration fiscale » (104). Par contre, dans une deuxième espèce, le Conseil d'Etat (105) n'a pas annulé la décision refusant la communication, sous forme de copies, des documents notamment répressifs à partir desquels le ministère concerné avait établi un dossier disciplinaire à charge du requérant, aux motifs qu'« il se déduit à la fois de la définition du 'document administratif' et de celle d'autorité administrative', figurant à l'article 1^{er} de la loi précitée du 11 avril 1994, ainsi que du principe constitutionnel de la séparation des pouvoirs que les informations utilisées par les organes de l'ordre judiciaire dans le cadre de la recherche ou de la poursuite de faits punissables ne constituent pas des 'documents administratifs', pas plus que le Procureur général, le Procureur du Roi ou le juge d'instruction ne peuvent être considérés comme des 'autorités administratives' lorsqu'ils constituent et gèrent un dossier répressif. Dès lors, des informations provenant d'un dossier judiciaire à l'instruction ne peuvent être obtenues sur la base de la loi relative à la publicité de l'administration ». Et le Haut Collège d'ajouter : « la circonstance que l'autorité disciplinaire a pu consulter un dossier répressif n'entraîne pas pour autant un changement de la nature de ce dossier qui continue à échapper à la définition du 'document administratif'. Il s'ensuit en l'occurrence qu'il n'appartient pas à l'autorité administrative de se substituer à l'organe compétent du ministère public pour accorder à un de ses agents un accès au dossier répressif égal à celui qu'elle a pu obtenir du Procureur général. Si cet agent veut être autorisé à consulter l'intégralité du dossier répressif et à en prendre copie, il doit s'adresser, tout comme l'administration, à l'organe compétent du ministère public ».

Enfin, ont été jugés comme constituant des documents administratifs les renseignements cadastraux (106) et les logiciels de vote automatisé, ce qui comprend les codes sources et les mesures de sécurité (107). Il en va de même de l'établissement de statistiques anonymes, consolidées à l'échelon d'une société immobilière de service public, d'une commune ou de la Région, par la Société du Logement de la Région bruxelloise à partir des données à caractère personnel concernant les candidats locataires, rassem-

(104) C.E., *Tassin*, n° 97.056 et *S.C.R.L. « AS »*, n° 97.057, du 27 juin 2001.

(105) C.E., *Michel*, n° 94.759, et *Rosoux*, n° 94.760, du 18 avril 2001.

(106) Avis L. 32.760/4 du 21 décembre 2001 sur un projet d'arrêté royal « fixant les rétributions dues et les modalités à appliquer pour la délivrance d'extraits et de renseignements cadastraux ».

(107) C.E., *Antoun*, n° 95.677, du 21 mai 2001, *J.L.M.B.*, 2001/37, p. 1599.

blées dans la base de données régionale; pour la section de législation (108), « l'accessibilité limitée à ces données consolidées semble contraire au droit que garantissent à tout citoyen l'article 32 de la Constitution et l'ordonnance du 30 mars 1995 relative à la publicité de l'administration, en ce qui concerne l'accès aux documents publics » et doit dès lors être « remaniée de manière à permettre à tout un chacun de consulter les informations concernées ».

31. — Dès lors que les documents visés sont de ceux qui sont soumis à l'obligation de publicité prévue par l'article 32 de la Constitution, l'autorité peut néanmoins s'y soustraire sur la base des *exceptions* prévues par les législations adoptées en vertu de l'article 32 précité. Comme l'a rappelé la section d'administration, « l'exception à une disposition établissant un droit fondamental doit être interprétée restrictivement » (109).

Ainsi, il est exigé que le demandeur justifie d'un intérêt lorsqu'il s'agit de « documents à caractère personnel ». Or, il résulte d'autres dispositions de la législation concernée (en l'occurrence, l'article 2 de la loi du 11 avril 1994) que les documents ainsi visés sont ceux qui concernent des tiers de sorte qu'« en refusant au contribuable l'accès à son propre dossier fiscal au motif qu'il n'y avait pas intérêt aussi longtemps qu'un avis de rectification ou d'imposition ne lui avait pas été adressé, l'administration fiscale a ajouté à l'article 4 de la loi du 11 avril 1994 une condition qui n'y figure pas et en a méconnu la portée » (110). A cet égard, aucun argument ne peut être tiré de l'article 19 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat en tant qu'il limite la possibilité d'introduire un recours en annulation aux personnes qui justifient d'un intérêt ou d'une lésion dans la mesure où « les dispositions de l'article 32 de la Constitution et de la loi du 11 avril 1994 prirent sur l'article 19 ». La section d'administration a également jugé que « l'exception relative au caractère personnel de certains documents n'est pas recevable, faute d'avoir été opposée dans la décision refusant l'accès partiel au dossier fiscal et ne fait d'ailleurs pas obstacle à une communication partielle de ces documents rendus éventuellement anonymes » (111).

Un refus d'accès peut également se baser sur la violation du secret professionnel. Confrontée à une telle exception, le Conseil d'Etat (112) a d'abord jugé que cette exception « ne s'entend que dans les limites d'une obligation légale de secret ». Or, en ce qui concerne le secret professionnel fiscal invo-

(108) Avis L. 31.108/3 du 3 avril 2001 sur un projet d'arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale « modifiant l'arrêté du 26 septembre 1996 organisant la location des habitations gérées par la société du logement de la Région Bruxelloise ou par les sociétés immobilières de service public — Mise en place du système d'inscriptions multiples ».

(109) C.E., *Tassin*, n° 97.056 et S.C.R.L. « AS », n° 97.057, du 27 juin 2001.

(110) C.E., *Louis*, n° 94.082, du 16 mars 2001.

(111) C.E., *Swartenbroeckx et Vercruysse*, n° 94.419, du 28 mars 2001.

(112) C.E., *Tassin*, n° 97.056 et S.C.R.L. « AS », n° 97.057, du 27 juin 2001.

qué en l'espèce pour refuser l'accès à un dossier fiscal, il apparaît que « les alinéas 2 et 3 de l'article 337 du CIR 92 dérogent à l'article 458 du Code pénal (de sorte que) cette disposition ne peut constituer le fondement légal du refus d'accès au dossier fiscal » et qu'en vertu de l'article 337, alinéa 1^{er}, du CIR 92, celui-ci « ne vaut qu'en dehors de l'exercice des fonctions ». Par conséquent, « lorsqu'ils exercent leurs fonctions, les fonctionnaires de l'administration des contributions directes peuvent, voire doivent, selon le cas, communiquer les renseignements figurant dans les dossiers fiscaux à d'autres administrations, à des juridictions et aux contribuables pour ce qui concerne leur dossier fiscal ». Ensuite, en tout état de cause, « la présence, dans les documents dont la communication était sollicitée, d'informations couvertes par le secret professionnel, ne peut justifier le refus global de communication, étant donné que la loi du 11 avril 1994, en son article 6, § 4, porte que lorsque, en application des §§ 1^{er} à 3, un document administratif ne doit ou ne peut être soustrait que partiellement à la publicité, la consultation, l'explication ou la communication sous forme de copie est limitée à la partie requérante. Finalement, si l'Etat belge veut protéger les informateurs de l'administration fiscale, ce n'est pas le secret professionnel qui doit être invoqué mais bien l'article 6, § 1^{er}, 8^o, de la même loi ».

Par ailleurs, l'autorité peut invoquer à l'appui d'un refus d'accès la protection d'un intérêt économique ou financier. Pour la section d'administration (113), « la perception des impôts constitue un intérêt économique ou financier fédéral. Il peut se justifier, par exception à la règle de la publicité inscrite dans la Constitution, de refuser la communication de documents administratifs si elle est de nature à nuire à cet intérêt. (...) Cet intérêt ne peut être invoqué systématiquement à l'appui de tout refus de communication d'un dossier fiscal sans vider le principe de la publicité des actes administratifs de toute portée à l'égard des administrations fiscales ce qui irait à l'encontre des objectifs poursuivis par le Constituant et n'a jamais été l'intention du législateur. Par contre, si l'Etat belge indique concrètement les motifs pour lesquels il estime que l'intérêt de la publicité ne justifie pas une communication prématurée des informations — *in casu*, en provenance d'administrations fiscales étrangères — et si la mise en balance des intérêts effectuée n'est pas déraisonnable, la motivation du refus d'accès aux pièces étant par ailleurs conforme à l'observation de la commission d'accès aux documents administratifs, le moyen, pris notamment de la violation de l'article 6, § 1, 6^o, de la loi du 11 avril 1994, n'est pas fondé ».

Par contre, « lorsque des documents constituant une partie d'un dossier fiscal ne contiennent plus de données afférentes à la recherche ou à la poursuite de faits punissables au sens de l'article 6, § 1^{er}, de la loi du 11 avril 1994, ce motif de refus d'accès au dossier fiscal du contribuable n'est pas

(113) C.E., *Tassin*, n° 97.056 et *S.C.R.L. « AS »*, n° 97.057, du 27 juin 2001.

légal ». De même, « les motifs de refus d'accès à un dossier fiscal pour inculpation et enquête judiciaire en cours ne font pas partie des exceptions prévues par la loi du 11 avril 1994 et ces motifs de refus ne sont dès lors pas légalement admissibles » (114).

32. — L'obligation de publicité prévue par l'article 32 de la Constitution peut aussi se trouver en *conflit avec un autre droit fondamental*.

A cet égard, le cas le plus éclairant est celui du *droit au respect de la vie privée*. Ainsi, à propos des renseignements cadastraux, la section de législation (115) relève que « la doctrine et la jurisprudence sont aujourd'hui quasiment unanimes pour admettre que l'information relative au patrimoine est un des éléments reconnus comme faisant partie intégrante de la vie privée de l'individu ». Elle en déduit fort logiquement que « les renseignements cadastraux dont l'arrêté royal en projet organise l'accès, lorsqu'ils sont nominatifs, relèvent à la fois du champ d'application des mesures protectrices de la vie privée (...) et de la publicité passive de l'administration ». Il s'ensuit que les dispositions en projet « doivent pouvoir se concilier avec les articles 22 et 32 de la Constitution, qu'il convient de combiner en partant des principes inscrits dans la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel et la loi du 11 avril 1994 relative à la publicité de l'administration, en particulier ceux que consacrent l'article 4, alinéa 2, et l'article 6 ». Ainsi, il est requis que l'administration soit en mesure de se prononcer sur autre chose que des apparences de sorte que « le texte sera revu, afin que le demandeur précise le but dans lequel la demande d'information est introduite ». De même, en permettant qu'une sélection des renseignements fournis soit effectuée sur la base des données personnelles des propriétaires, à savoir leurs nom, prénoms, sexe, âge, état civil et adresse, lorsque le demandeur est une administration publique, le projet abandonne à l'administration demanderesse des renseignements, l'appréciation du caractère juridiquement admissible de la demande et est « de nature à permettre à une administration publique d'avoir accès à des informations autres que celles qui sont fournies par le Registre national, ce qui ne serait admissible que dans le respect de la loi du 8 décembre 1992, précitée ».

Tel est également le cas du *secret du vote*. Saisie d'un recours en annulation d'une décision de refus d'accès aux documents administratifs relatifs au vote automatisé, le Conseil d'Etat (116) a jugé que « s'il résulte de la combinaison des articles 32 et 62 de la Constitution que la consultation d'un document administratif, notion englobant les logiciels de vote automatisé, peut être refusée lorsqu'elle met en péril le secret du vote, c'est-à-dire

(114) C.E., *Tassin*, n° 97.056 et *S.C.R.L. « AS »*, n° 97.057, du 27 juin 2001.

(115) Avis L. 32.760/4 du 21 décembre 2001 cité à la note 106.

(116) C.E., *Antoun*, n° 95.677, du 21 mai 2001, *J.L.M.B.*, 2001/37, p. 1599.



s'il existe le risque que soit révélé comment une personne a émis son suffrage, l'article 62 n'impose cependant pas un secret de l'ensemble des opérations électorales — en l'espèce, le requérant ne demandait qu'à prendre connaissance du fonctionnement global du système électronique afin de s'assurer que n'existe aucun risque de fraude ou de manipulation des résultats du vote. En effet, la limitation de la publicité des documents administratifs ne peut se concevoir que d'une manière restrictive et uniquement en présence d'un risque suffisamment concrétisé de violation du secret du vote. (...) On aperçoit difficilement comment un citoyen pourrait porter atteinte à la fiabilité du système alors qu'il ne pourrait disposer que d'une copie des logiciels et que les opérations électorales se déroulent en circuit fermé c'est-à-dire sans que les données ne transitent par un réseau accessible à d'autres personnes et donc en principe sans aucune possibilité de piratage informatique et parce que l'électeur, dans un bureau de vote automatisé, ne dispose que d'une carte magnétique qui lui est remise par le président du bureau de vote qui doit au préalable l'initialiser et qu'il n'a accès qu'au lecteur de cartes magnétiques, au crayon optique et à l'écran ». Pour le surplus, « la loi du 11 avril 1994 organisant le vote automatisé n'apporte aucune restriction à la loi du même jour relative à la publicité de l'administration en sorte qu'elle ne peut servir de fondement à une décision de refus d'accès aux documents administratifs relatifs au vote automatisé. Surabondamment, la mission dévolue aux experts par l'article 5*bis* de la loi du 11 avril 1994 organisant le vote automatisé, ne supprime pas la possibilité qu'a tout citoyen de s'assurer lui-même de la fiabilité des systèmes de vote et de dépouillement automatisés ».

11. *Citoyenneté et droits politiques*

33. — L'année 2001 a été marquée par des discussions relatives au *droit de vote et d'éligibilité des résidents non européens*. L'extension du droit de vote pour les ressortissants non européens lors des élections communales peut-elle également concerner les conseils de district au sens du titre XVI de la nouvelle loi communale, tel qu'inséré par la loi du 19 mars 1999? En vertu de l'article 86 de la loi électorale communale, tel que modifié par la loi du 9 juin 2000, les citoyens de l'Union européenne non belges jouissent déjà du droit de vote pour les conseils de district. Pour la section de législation (117), il faut partir de l'alinéa 4 de l'article 8 de la Constitution selon lequel le droit de vote visé à l'alinéa 3 de cet article, à savoir le droit de vote qui doit être accordé aux citoyens de l'Union européenne n'ayant pas la nationalité belge, conformément aux obligations internationales et supra-

(117) Avis L. 32.153/VR/2V/1V du 4 septembre 2001 sur une proposition de loi « relative à l'extension du droit de vote et d'éligibilité aux élections communales aux ressortissants non européens résidant en Belgique », *Doc. parl.*, Sénat, sess. 2000-2001, n° 2-548/2.



nationales de la Belgique, peut être étendu aux résidents en Belgique qui ne sont pas des ressortissants d'un Etat membre de l'Union européenne. « Il découle de ces dispositions constitutionnelles que la constitutionnalité de l'extension du droit de vote pour les conseils de district aux étrangers qui ne sont pas des ressortissants de l'Union européenne est subordonnée à celle de l'octroi de ce droit de vote aux citoyens de l'Union européenne qui n'ont pas la nationalité belge, laquelle dépend elle-même de l'existence d'une obligation internationale ou supranationale. Il y a dès lors lieu de vérifier s'il existe une telle obligation en ce qui concerne le droit de vote pour les conseils de district ». A cet effet, le Conseil d'Etat relève qu'en vertu de l'article 2, § 1, a), de la directive 94/80/CE du Conseil du 19 décembre 1994, le droit de vote et d'éligibilité aux élections municipales consacré par l'article 19 du Traité CE porte sur les élections d'une « collectivité locale de base », à savoir les « entités administratives » figurant à l'annexe de cette directive, et qu'en vertu de l'article 2, § 2, de cette directive, un Etat membre doit notifier à la Commission qu'une collectivité locale de base visée à l'annexe de la directive est remplacée, à la suite d'une modification de la loi nationale, par une autre collectivité ayant les compétences visées au § 1, a), de l'article 2, ou que, à la suite d'une telle modification, une collectivité locale de base est supprimée ou créée, après quoi la Commission européenne adapte la directive. Or, poursuit la section de législation, « en ce qui concerne la Belgique, l'annexe de la directive susvisée qualifie uniquement les communes de collectivités locales de base. Cela s'explique toutefois par le fait que les conseils de district n'existaient pas encore au moment de l'adoption de cette directive, le 19 décembre 1994. Étant donné que les conseils de district exercent des compétences communales, en lieu et place des communes, la Belgique aurait toutefois dû, en application de l'article 2, § 2, de la directive 94/80/CE, aviser la Commission européenne de la création des conseils de district, en vue de l'adaptation de l'annexe à cette directive. Il n'appert toutefois pas que la notification et l'adaptation visées à l'article 2, § 2, précité ont eu lieu. Il convient de remédier le plus rapidement possible à l'éventuelle méconnaissance de cette obligation formelle ».

34. — L'année 2001 a également été marquée par de *nouvelles réformes institutionnelles*, dont celles *relatives au Conseil de la Région de Bruxelles-Capitale*. Plusieurs questions sont examinées par la section de législation (118).

Tout d'abord, en ce qui concerne la répartition figée des 89 sièges du Conseil de la Région de Bruxelles-Capitale en 72 sièges pour les groupe-

(118) Avis L. 31.644/AG du 14 mai 2001 sur les amendements n^{os} 95 à 115 sur un projet de loi spéciale « portant transfert de diverses compétences aux régions et communautés », *Doc. parl.*, Sénat, sess. 2000-2001, n^o 2-709/2.

ments de listes des candidats du groupe linguistique français, et 17 sièges pour les groupements de listes des candidats du groupe linguistique néerlandais : « la règle proposée a pour conséquence que le Conseil de la Région de Bruxelles-Capitale ne sera plus composé suivant le système de la représentation proportionnelle. Il n'est certes pas possible de déterminer à l'avance combien de personnes donneront leur suffrage aux listes respectives des deux groupes linguistiques, de sorte qu'il n'est pas possible, non plus, de déterminer dans quelle mesure le système de la représentation proportionnelle s'en trouve affecté. Il est un fait, toutefois, que le système proposé comporte le risque de fausser gravement la proportionnelle ». Un tel système est-il compatible avec l'article 3 du 1^{er} Protocole à la Convention européenne des droits de l'homme et avec les articles 10 et 11 de la Constitution ?

L'article 3 du 1^{er} Protocole n'impose pas, en ce qui concerne la désignation des membres d'une assemblée législative, de système déterminé. « L'essentiel, toutefois, est que le système choisi permette 'la libre expression de l'opinion du peuple'. Suivant la Cour européenne des droits de l'homme, cette expression fait référence au principe de l'égalité de traitement de tous les citoyens dans l'exercice de leur droit de vote et de leur droit de se présenter aux suffrages. Il ne s'ensuit cependant pas que tous les bulletins doivent avoir un poids égal quant au résultat de l'élection, ni que chaque candidat doit avoir des chances égales de l'emporter (119). Pour qu'une limitation du droit de vote, en ce qui concerne, entre autres, le poids du suffrage émis par l'électeur, puisse se concilier avec l'article 3 du 1^{er} Protocole, il faut que cette limitation poursuive notamment un but légitime (120) et que les moyens mis en œuvre ne soient pas disproportionnés par rapport à ce but (121). En l'occurrence, le rapport de 3562 votes contre 5086 équivaut à un rapport de 0,70 contre 1. La question est de savoir si un tel rapport — encore qu'il ne soit pas sûr que tel serait le rapport lors des prochaines élections, et encore moins que cela serait également le cas pour toutes les élections suivantes — résisterait au contrôle au regard du principe de la proportionnalité ».

Poursuivant son analyse, la section de législation se réfère à deux affaires tranchées par la Cour d'arbitrage : d'une part, l'arrêt n° 26/90 du 14 juillet 1990 relatif à la répartition des sièges à l'époque en Belgique en vue des élections du Parlement européen; d'autre part, l'arrêt n° 90/94 du

(119) Cour eur. D.H., 2 mars 1987, *Mathieu-Mohin et Clerfayt*, Publ. Cour, série A, vol. 113, pp. 23-24, § 54.

(120) La protection des minorités linguistiques peut représenter un tel but légitime (Com. eur. dr. hom., décision sur la recevabilité, 15 septembre 1997, *Polacco et Garofalo/Italie*, n° 23.450/94, D.R., vol. 90-A, (5), 10).

(121) Cour eur. D.H., 2 mars 1987, *Mathieu-Mohin et Clerfayt*, susvisé, p. 23, § 52. Voir C. Arb., 22 décembre 1994, n° 90/94, cons. B.5.8-B.5.9.

22 décembre 1994 relatif au maintien de l'arrondissement de Bruxelles-Hal-Vilvorde pour l'élection des Chambres fédérales et du Parlement européen. Dans ces deux affaires, la Cour d'arbitrage a jugé que la mesure contestée induisant un rapport défavorable aux flamands ne pouvait pas être regardée comme disproportionnée. Toutefois, le Conseil d'Etat est d'avis que, dans la première affaire, la Cour d'arbitrage « se fondait sur deux circonstances très spécifiques : d'une part, la loi contestée, qui entérinait la règle existante s'insérait dans une réforme du système institutionnel général de la Belgique qui était en cours et qui, dans une phase ultérieure (troisième phase) devait apporter une solution définitive au problème de la répartition des sièges pour le Parlement européen, couplé à celui de l'arrondissement électoral de Bruxelles-Hal-Vilvorde ; d'autre part, il s'agissait d'une loi de circonstance qui ne valait que pour les élections de 1989 ». Pour le Conseil d'Etat, les circonstances spécifiques dont la Cour d'arbitrage a tenu compte ne se présentent pas en l'espèce : « Il ne s'agit pas en l'occurrence de perpétuer un système existant dans l'attente d'une réforme définitive, mais d'instaurer un tout nouveau système ; en outre, il ne s'agit pas d'une loi de circonstance, mais d'une loi qui serait en vigueur pendant une durée indéterminée. Il faut observer, en outre, que la disproportion qui était en cause dans l'affaire devant la Cour d'arbitrage, portait sur une différence entre deux collèges électoraux distincts. Dans le système à l'examen, les candidats briguent le suffrage des mêmes électeurs, puisque les électeurs ne sont pas répartis auparavant en groupes linguistiques. La différence de poids du suffrage des électeurs apparaît ici donc d'une manière nettement plus claire ». Quant à la seconde affaire, le Conseil d'Etat estime qu'« en l'occurrence également, la situation est différente en ce qui concerne l'amendement à l'examen. Les électeurs qui votent pour un candidat du groupe linguistique néerlandais, pourraient avoir (proportionnellement) bien plus d'influence que les électeurs qui votent pour un candidat du groupe linguistique français, et les candidats du groupe linguistique néerlandais pourraient de fait avoir (proportionnellement) bien plus de chances d'être élus que les candidats du groupe linguistique français ». La section de législation conclut qu'« il y a lieu, dès lors, de formuler de sérieuses réserves quant à la compatibilité du système proposé avec le droit de vote, tel qu'il est interprété par la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour d'arbitrage ».

Ensuite, quant à la composition du groupe linguistique néerlandais du Conseil de la Région de Bruxelles-Capitale pour les compétences que la Commission communautaire flamande exerce seule : celui-ci se verrait adjoindre cinq membres désignés parmi les candidats non élus au Conseil de la Région de Bruxelles-Capitale, sur la base des résultats électoraux enregistrés pour le Conseil flamand. Pour la section de législation, « le régime proposé est contraire à l'article 136 de la Constitution, (lequel) dis-



pose que le Conseil de la Région de Bruxelles-Capitale comprend des groupes linguistiques qui sont compétents pour les matières communautaires ».

Certes, l'article 136 habilite en outre le législateur spécial à régler entre autres la composition de ces groupes linguistiques. « Le législateur spécial ne peut, toutefois, à cet égard porter atteinte à la règle, inscrite dans la Constitution même, selon laquelle les groupes linguistiques du Conseil de la Région de Bruxelles-Capitale sont les organes pour les matières communautaires à Bruxelles-Capitale, ce qui implique, du côté flamand, que le groupe linguistique néerlandais est l'organe de ce que le législateur spécial a appelé la Commission communautaire flamande. En d'autres termes, la Constitution introduit un parallélisme entre les groupes linguistiques au sein du Conseil de la Région de Bruxelles-Capitale et ce qu'il est convenu d'appeler les 'assemblées' des commissions communautaires. En adoptant le régime proposé, le législateur spécial ajouterait, uniquement pour l'exercice des compétences de la Commission communautaire flamande, des membres au groupe linguistique néerlandais, sans ajouter ces membres au groupe linguistique néerlandais (au sein du Conseil de la Région de Bruxelles-Capitale) proprement dit. Une modification de la Constitution est nécessaire pour rompre de la sorte le parallélisme visé à l'article 136 de la Constitution ». Ce n'est pas tout. Indépendamment de l'objection juridico-technique développée ci-dessus, la section de législation formule une autre objection : « le régime proposé implique que des candidats (non élus) au conseil régional sont désignés pour un organe d'une commission communautaire, sur la base des voix émises par des citoyens qui ne présentent aucun lien avec l'institution à composer » et ce, « afin d'assurer le bon fonctionnement des composantes communautaires des institutions bruxelloises et d'éviter le blocage de celles-ci ». Ce dispositif « n'est pas conforme au principe démocratique fondamental selon lequel la désignation d'un organe représentatif doit être assumée par ceux qui peuvent être concernés par les décisions de cet organe. En d'autres termes, il revient aux citoyens pouvant être touchés par les décisions obligatoires d'un organe, et non à d'autres citoyens, de désigner des représentants pour cet organe ». Il s'ensuit qu'« une modification de la Constitution est requise pour qu'une véritable dérogation au principe précité soit possible ».

Pour les mêmes raisons et sur la base des mêmes principes, la section de législation critique le système de présentation et d'élection des ministres régionaux bruxellois, lequel requiert, lorsque la majorité absolue des membres du Conseil n'est pas atteinte, selon le cas, la majorité absolue des membres du groupe linguistique français ou la majorité absolue des membres de l'Assemblée de la Commission communautaire flamande « élargie » aux cinq membres précités : outre le fait que « pareil procédé serait contraire au principe démocratique selon lequel le gouvernement d'une col-

lectivité politique doit constituer l'émanation directe ou indirecte de l'assemblée devant laquelle il est responsable », pareille construction n'est pas conciliable avec un certain nombre de principes constitutionnels contenus dans les articles 39 et 122 de la Constitution.

C. — *L'expropriation*

35. — En vertu de l'article 17 de la Constitution, « la peine de la confiscation des biens ne peut être établie ». En vue d'améliorer la lutte contre la criminalité grave ou autorisée, le ministère public ne devrait plus apporter la preuve que les avantages patrimoniaux visés sont tirés directement de l'infraction ; de surcroît, la confiscation pourrait aussi porter sur des avantages patrimoniaux résultant de « faits identiques commis dans le cadre d'une organisation criminelle visée à l'article 324bis, de biens et de valeurs qui leur ont été substitués ou de revenus de ces avantages investis », c'est-à-dire de faits pour lesquels la personne intéressée n'a pas encore été jugée. Pour le Conseil d'Etat (122), « en permettant une telle confiscation d'avantages patrimoniaux (...), le projet met gravement en péril les principes fondamentaux. L'extension du pouvoir de confiscation aura pour conséquence que la plupart des biens contenus dans le patrimoine de la personne poursuivie pourraient être considérés comme ayant une origine suspecte. La confiscation ne pouvant plus être strictement qualifiée de spéciale, elle pourrait constituer une violation de l'article 17 de la Constitution. (...) Pour demeurer compatible avec l'article 17 de la Constitution, un lien nécessaire doit exister entre les biens confisqués et l'infraction constatée par le juge. En autorisant une telle confiscation d'avantages patrimoniaux (...), l'article 43quater en projet dénature la notion de confiscation spéciale au-delà de ce que permet l'article 17 de la Constitution ».

Il en va de même de la possibilité qui serait ouverte de confisquer les biens qui se trouvent dans le patrimoine d'un tiers si ces biens ont abouti dans le patrimoine de celui-ci à la suite de paiements ou d'actes à titre onéreux « pour autant que ceux qui ont obtenu une chose du condamné ou qui ont traité avec lui, savaient ou ont dû savoir l'intention du condamné de se soustraire à la confiscation spéciale » : « les termes 'ont dû savoir' permettent de prononcer la peine de confiscation à l'encontre de ce tiers sur la base d'une présomption. Un tel mécanisme est cependant incompatible avec l'article 6, § 2, de la Convention qui consacre la présomption d'innocence ». En outre, « la confiscation porte sur des biens qui se trouvent dans le patrimoine du tiers peu importe que ces biens constituent des avantages patrimoniaux tirés d'une activité criminelle. Ces biens sont en réalité identifiés par rapport à des actes qui ont été accomplis par le condamné dans le

(122) Avis L. 31.367/2 du 11 juin 2001 cité à la note 33.

but d'échapper à la confiscation spéciale. Telle qu'elle est rédigée, la disposition en projet autorise une confiscation par équivalent de biens qui étaient au départ dans le patrimoine de la personne poursuivie et dont l'origine illicite n'a pas nécessairement été établie. Le but recherché par la disposition en projet est principalement d'éviter que la personne poursuivie n'organise son insolvabilité avec l'aide de tiers, sans que la règle n'établisse le lien entre ces biens qui ont disparu de son patrimoine et les infractions pour lesquelles elle est condamnée. La confiscation dans cette hypothèse ne peut plus être qualifiée de spéciale et méconnaît l'article 17 de la Constitution ».

36. — En vue d'assurer l'effectivité de la nouvelle législation sur les armes, il est prévu que celui qui, à la date d'entrée en vigueur de la loi en projet, possédera une arme prohibée pourra abandonner son arme auprès d'un service de police locale sous couvert de l'anonymat et sans s'exposer à une peine pour autant que l'arme concernée ne soit pas recherchée ou signalée. Or, relève le Conseil d'Etat (123), « il se peut que l'arme possédée par une personne soit, jusqu'à présent, une arme soumise à autorisation et qu'en vertu de la nouvelle classification consacrée par la loi en projet, elle devienne une arme prohibée. Si le propriétaire de cette arme disposait d'une autorisation de détention pour ce type d'arme, il est disproportionné de lui imposer l'abandon de cette arme sans aucune contre-partie pécuniaire. Selon l'article 16 de la Constitution, il appartient donc au législateur et non au Roi de déterminer les conditions dans lesquelles une arme à feu détenue légalement jusqu'à présent, sera abandonnée et ensuite détruite. De même qu'il convient de fixer une juste et préalable indemnité pour la perte de ce bien ».

37. — Peut-on invoquer l'article 16 de la Constitution à l'encontre de l'ouverture d'une procédure de classement d'un immeuble ? Pour la section d'administration (124), « les mesures administratives restreignant l'exercice du droit de propriété, ne constituent pas en principe une expropriation au sens de l'article 16 de la Constitution s'il n'y a pas appropriation du bien par l'autorité. A défaut d'expropriation, de droit ou de fait, c'est au législateur qu'il appartient de déterminer les cas dans lesquels une limitation à l'exercice du droit de propriété peut donner lieu à une indemnité et les conditions auxquelles cette indemnité peut être octroyée, sous réserve du contrôle exercé par la Cour d'arbitrage quant au caractère raisonnable et proportionné de la mesure prise. Si l'article 16 de la Constitution a consacré d'une manière générale le principe de l'indemnisation de toute privation forcée de la propriété, l'article 544 du Code civil réserve au législateur le

(123) Avis L. 32.227/4 du 22 octobre 2001 cité à la note 26.

(124) C.E., *Simon et Hennebicq*, n° 100.286, du 25 octobre 2001.



droit d'ordonner ou de faire ordonner par l'autorité compétente, sans qu'il soit nécessairement prévu d'indemnisation, les restrictions au mode de jouissance qui peuvent être requises par l'intérêt général. Le droit à l'indemnité, qui est la règle dans le cas de l'article 16 de la Constitution, devient une exception en dehors du champ d'application de cette disposition. Il doit alors être reconnu par une disposition légale spéciale ». Or, « l'ouverture, en Région de Bruxelles-Capitale, d'une procédure de classement partiel d'un monument n'équivaut pas à une privation de propriété, ni en droit ni en fait. La procédure de classement n'interdit pas au propriétaire de disposer de son immeuble ou de le louer, ni de l'utiliser conformément à la destination qui est la sienne au moment de l'ouverture de cette procédure. (...) Une simple diminution de la valeur vénale de l'immeuble en cause ne suffit pas à établir l'existence d'une telle privation de propriété ». Quant au fait que, dans le régime organisé par l'ordonnance du 4 mars 1993 relative à la conservation du patrimoine immobilier, les restrictions apportées aux droits du propriétaire du bien faisant l'objet d'une mesure de protection ne s'accompagnent pas d'une indemnisation, le Conseil d'Etat n'a pas eu l'occasion de se prononcer sur cette question, la requête ne contenant « aucun moyen dénonçant la violation du principe de proportionnalité, du principe d'égalité ou de l'article 544 du Code civil »

II. — LA FONCTION NORMATIVE

A. — *La fonction législative*

1. *Les assemblées*

38. — L'exercice de certaines prérogatives est réservé par la loi spéciale elle-même aux seules assemblées régionales ou communautaires. L'intervention du décret, en tant qu'œuvre collégiale, est exclue dans ces domaines. Encore faut-il pouvoir déterminer ce qui relève de l'un ou de l'autre.

Ainsi, l'article 44 de la loi spéciale du 8 août 1980 prescrit que chaque conseil de région ou de communauté fixe son règlement. La question se pose de savoir quelle matière doit faire l'objet d'un décret ou bien d'un règlement. En effet, souligne le Conseil d'Etat (125), « si la matière concernée a sa place dans le règlement, elle ne peut être réglée par le législateur décréteil. L'établissement du règlement appartient aux compétences que le parlement doit pouvoir exercer en toute indépendance. (...) Or, la loi spéciale ne détermine pas ce qui peut faire l'objet du règlement d'assemblée. Il peut être accepté que les réglementations qui concernent exclusivement le fonc-

(125) Avis L. 31.049/3 du 13 mars 2001 sur une proposition de décret « houdende controle op grote projecten », *Parl. St.*, VI. Parl., sess. 2000-2001, n° 493-2.

tionnement interne du parlement relèvent d'un tel règlement. Toutefois, il appartient au législateur décréteur, et non au parlement, d'adopter les règles qui certes ont trait au fonctionnement du parlement, mais qui ont aussi un lien avec d'autres affaires. C'est le cas spécialement lorsque des obligations juridiques sont mises à charge de personnes ou d'institutions qui ne relèvent pas du parlement ». En l'occurrence, l'obligation serait imposée au gouvernement de réaliser des informations ou des rapports préalables, de la façon déterminée dans le règlement du parlement, sur des gros projets en préparation ou en cours d'exécution, que le parlement désigne. Pour le Conseil d'Etat, « la réunion de ces informations et la rédaction de ces rapports par le gouvernement n'ont pas directement trait au fonctionnement interne du parlement, indépendamment de leur éventuelle discussion par le parlement. (...) Le fait qu'il est prévu des obligations juridiques contraignantes à charge de tiers, en l'espèce des organismes publics, suffit à conclure à ce que cette réglementation fasse l'objet d'un décret ».

2. *Loi de validation*

39. — La confirmation par le législateur de normes réglementaires par ailleurs entreprises en justice par le biais de recours en annulation pendants devant la section d'administration du Conseil d'Etat emporte que ces dispositions doivent être regardées comme des dispositions législatives, de sorte qu'elles sont soustraites, pour le passé également, au contrôle juridictionnel des cours et tribunaux (article 159 de la Constitution) et de la section d'administration du Conseil d'Etat (article 14 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat).

Ce procédé est dans certains cas admissible. Ainsi, observe la section de législation (126), « il y a lieu d'attirer l'attention sur la jurisprudence de la Cour d'arbitrage, selon laquelle une disposition législative, adoptée en application d'une disposition d'une loi d'habilitation ou d'une loi de pouvoirs spéciaux prévoyant explicitement la confirmation des arrêtés d'exécution, ne peut être considérée comme ayant pour objet de paralyser le contrôle de légalité par le juge. La circonstance qu'une disposition réglementaire soit contestée en justice ou qu'elle puisse l'être, ne peut, en d'autres termes, priver le législateur de l'exercice d'une compétence qu'il s'était expressément réservée ».

Par contre, tel n'est pas le cas de la confirmation d'un certain nombre de recrutements effectués sur la base d'un arrêté royal annulé par la suite

(126) Avis L. 31.302/3 du 16 février 2001 sur un avant-projet de loi « confirmant les dispositions relatives aux cotisations obligatoires de l'arrêté royal du 15 octobre 2000 relatif aux cotisations obligatoires et contributions volontaires dues par le secteur de l'alimentation animale au Fonds pour l'indemnisation d'entreprises agricoles touchées par la crise de la dioxine », *Doc. parl.* Chambre, sess. 2000-2001, n° 1159/1.

par le Conseil d'Etat. Dans ce cas, les personnes qui ont invoqué l'illégalité des recrutements visés (ou qui entendraient l'invoquer ultérieurement) seraient privées de la protection juridique qui revient en principe à tous les justiciables sans distinction. Il en résulterait donc une différence de traitement entre ces personnes et les autres citoyens, lesquels bénéficient, quant à eux, des garanties juridictionnelles offertes par l'article 14 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat et par l'article 159 de la Constitution. La section de législation (127) insiste sur le fait qu'« une telle différence de traitement ne serait compatible avec les articles 10 et 11 de la Constitution, que si des circonstances exceptionnelles la justifient. En l'espèce, l'exposé des motifs précise que les agents ne devraient pas subir de conséquences fâcheuses d'une situation créée à leur insu. Cette justification ne fait toutefois aucunement mention de circonstances exceptionnelles, et ne peut donc pas être considérée comme adéquate. Si les auteurs du projet entendent confirmer les arrêtés royaux (de nomination), ils devront préciser que cette confirmation s'applique sous réserve de la possibilité pour des tiers d'en contester la légalité en droit. Ceci permet en fait d'éviter aux agents concernés tout problème avec la Cour des comptes, mais maintient aussi le droit de tiers de demander l'annulation de ces arrêtés ou la constatation de leur illégalité. Sans une telle réserve, la disposition en projet va à l'encontre des articles 10 et 11 de la Constitution ».

Confrontée à une substitution de dispositions législatives avec effet rétroactif à des dispositions réglementaires en vue de « donner une base juridique plus sûre » au régime de la redevance contestée par un certain nombre de redevables, le Conseil d'Etat (128) passe en revue les diverses conditions mises à l'admissibilité d'un tel procédé. Ainsi, il est relevé que « l'exposé des motifs indique que la technique de la validation législative est inspirée 'par le souci (1) de garantir la sécurité juridique, (2) d'assurer la seule source de financement de l'ONDRAF pour la mission concernée, (3) de garantir la continuité et le bon fonctionnement d'un service public, et (4) de faire exercer, par le législateur lui-même, un pouvoir que ce dernier avait délégué au Roi'. En effet, l'introduction, avec effet rétroactif, d'un régime légal peut en l'espèce être considérée comme indispensable au bon fonctionnement et à la continuité du service public assuré par l'ONDRAF. Il semble ainsi que l'on se trouve en présence de 'circonstances exceptionnelles' pouvant justifier l'effet rétroactif ». Ensuite, le recours introduit par certains redevables l'est auprès du ministre ayant l'énergie dans ses attributions de sorte qu'« il ne semble donc pas y avoir d'ingérence dans des instances pendantes en justice ». En outre, pour ce qui est du principe général relatif à la sécurité juridique, « les articles en projet reproduisent les disposi-

(127) Avis L. 31.521/1/3 des 22 et 31 mai 2001 sur un avant-projet de loi « portant des mesures en matière de soins de santé », *Doc. parl.* Chambre, sess. 2000-2001, n° 1322/1.

(128) Avis L. 32.455/1/2/3/4 des 30 et 31 octobre 2001 cité à la note 19.



tions ayant déjà fait l'objet de l'arrêté royal du 31 mai 2000 (de sorte que) les sujets de droit soumis à l'application de la réglementation en projet ne seront donc pas surpris par les dispositions concernées. La sécurité juridique n'est dès lors pas compromise ». Enfin, quant au respect du principe de proportionnalité, « la réintroduction, avec effet rétroactif, des dispositions ayant déjà fait l'objet de l'arrêté royal du 31 mai 2000 vise uniquement à renforcer le fondement légal. Les parties estimant pouvoir faire valoir des objections de fond à l'encontre de ces dispositions, notamment en ce qui concerne le montant de la redevance, pourront toujours le faire, notamment en introduisant un recours auprès de la Cour d'arbitrage. La rétroactivité ne doit dès lors pas non plus être considérée comme disproportionnée ».

B. — *La fonction réglementaire*

1. *Pouvoir réglementaire autonome*

40. — Dans le domaine des *services publics*, « le Roi tire des articles 37 et 107, alinéa 2, de la Constitution, le pouvoir d'organiser les services fédéraux d'administration générale » (129); « l'organisation des services administratifs de l'Etat constitue, en vertu des articles 37 et 107, alinéa 2, de la Constitution, une prérogative du pouvoir exécutif » (130). Dans ce cadre, il revient au Roi « de créer, maintenir, ou supprimer les services administratifs qui en relèvent, et d'organiser l'exercice de l'autorité sur ces services, en ce compris la répartition des attributions ministérielles à leur égard, les modalités de leur exercice, éventuellement conjoint, la constitution à cet effet de comités ministériels ou d'organes administratifs de coordination » (131). Deux conséquences en découlent.

Tout d'abord, le Roi ne peut exercer cette prérogative qu'à l'égard des services fédéraux d'administration générale. Ainsi, « sauf si la loi L'y habilite, le Roi n'a aucun pouvoir en ce qui concerne les organismes publics. Dans la mesure où le projet d'arrêté prévoit le transfert de membres du personnel d'organismes d'intérêt public vers des services publics fédéraux, une habilitation légale est dès lors nécessaire » (132). De même, une habilitation du législateur est requise pour imposer des obligations, en l'espèce apporter sa collaboration aux inspecteurs nucléaires, aux parquets et aux greffes, aux provinces, aux agglomérations et aux fédérations de communes, aux communes, aux associations dont elles font partie, et aux insti-

(129) Avis L. 31.640/1 du 31 mai 2001 sur un projet d'arrêté royal « portant diverses dispositions concernant la mise en place des services publics fédéraux et des services publics fédéraux de programmation ».

(130) Avis L. 32.227/4 du 22 octobre 2001 cité à la note 26.

(131) *Ibidem*.

(132) Avis L. 31.640/1 du 31 mai 2001 cité à la note 129.

tutions publiques qui dépendent des autorités précitées (133). En ce qui concerne l'assistance des services de police aux inspecteurs nucléaires, « l'article 44 de la loi du 5 août 1992 sur la fonction de police dispose, certes, que les services de police prêtent main-forte lorsqu'ils y sont légalement requis. Aucune disposition légale n'habilite toutefois le Roi à accorder aux inspecteurs nucléaires le droit de requérir main-forte » (134).

Ensuite, le Roi est le seul titulaire de cette prérogative. Ainsi, le Conseil d'Etat a-t-il fait observer que « la décision d'entreprendre une action extérieure urgente revient au Roi, éventuellement sous la forme d'un arrêté délibéré en Conseil des ministres, et non au Conseil des ministres comme le prévoit cette disposition, le Conseil des ministres n'étant pas constitutionnellement investi d'un tel pouvoir » (135).

Enfin, le législateur ne peut en principe intervenir dans ce domaine. Ainsi, à propos de la création d'un service fédéral des armes auprès du ministre de la Justice par le législateur qui détermine les missions de ce service, sa composition et son mode de fonctionnement, la section de législation a objecté que « le pouvoir législatif ne pourrait faire siennes ces dispositions, sans empiéter sur les pouvoirs que la Constitution réserve au Roi; le pouvoir exécutif méconnaîtrait, en l'y invitant, ses propres attributions » (136). Une intervention du législateur relativement à ces matières ne peut être admise que dans des circonstances exceptionnelles; dans ce cas, l'exposé des motifs devra indiquer les circonstances qui, en l'espèce, justifient une intervention du législateur (137).

41. — Pour sa part, l'article 40, alinéa 2, de la Constitution réserve au Roi le pouvoir d'exécuter les peines prononcées par le pouvoir judiciaire. En vue d'améliorer la gestion des prisons, le législateur habilite le Roi à arrêter selon des critères précisés un quota national, qui comprend la capacité d'accueil maximale dans les prisons, et des quotas locaux qui comprennent la capacité d'accueil maximale des différentes prisons. Outre le fait que la capacité carcérale « ne peut devenir la clef de voûte du système répressif et pénitentiaire, sous peine de confondre la fin et les moyens de celui-ci », la section de législation (138) est d'avis que « le quota national ne

(133) Avis L. 31.003/3 du 27 février 2001 sur un projet d'arrêté royal « portant sur les attributions et la désignation des membres du Département contrôle et surveillance de l'Agence fédérale de contrôle nucléaire chargés de veiller à l'application 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 ».

(134) *Ibidem*.

(135) Avis L. 31.300/4 du 7 mai 2001 sur un projet d'arrêté royal « portant création d'un conseil de coordination pour les interventions d'urgence à l'étranger en cas de catastrophe ou de calamité et d'un service permanent de soutien B-F.A.S.T. (Belgian first aid and support team) ».

(136) Avis L. 32.227/4 du 22 octobre 2001 cité à la note 26.

(137) Avis L. 32.455/1/2/3/4 des 30 et 31 octobre 2001 cité à la note 19.

(138) Avis L. 31.511/2 du 8 octobre 2001 cité à la note 22.

peut avoir pour objectif de dispenser le Gouvernement d'exécuter les peines prononcées par le pouvoir judiciaire, conformément à l'article 40, alinéa 2, de la Constitution. Il ne peut donc qu'être un outil statistique permettant au Gouvernement d'adopter en connaissance de cause une politique pénitentiaire. Dès lors, il n'appartient pas au législateur de régler cette question car, ce faisant, il s'immiscerait dans les prérogatives que le même article 40, alinéa 2, de la Constitution réserve au Roi ».

42. — Enfin, à défaut d'habilitation légale donnée au Roi, ce dernier ne peut imposer une prestation de serment ni une formule de serment à des fonctionnaires. En effet, selon l'article 192 de la Constitution, aucun serment ne peut être imposé qu'en vertu de la loi, laquelle en détermine la formule (139).

2. Pouvoir réglementaire dérivé

43. — En l'absence d'éléments réellement nouveaux, il y a lieu de se référer aux principes dégagés par le Conseil d'Etat et exposés dans nos chroniques précédentes. Nous épinglons toutefois les points suivants :

- l'article 108 de la Constitution implique que le Roi ne peut indéfiniment retarder l'entrée en vigueur de dispositions légales (140);
- le pouvoir général d'exécution des décrets reconnu par l'article 20 de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles permet au gouvernement régional ou communautaire de dégager d'un décret une conséquence qui en dérive naturellement et ce, sans une habilitation particulière dans le décret. Toutefois, à défaut d'y être expressément habilité, le Gouvernement n'a pas le pouvoir de suspendre des délais qui, comme c'est le cas des délais d'instruction des demandes de certains des permis soumis au système d'évaluation des incidences sur l'environnement — tels, par exemple, le permis d'environnement et le permis unique —, sont fixés par des dispositions législatives (141);
- que ce soit l'article 108 de la Constitution ou l'article 20 précité, la réglementation doit être conforme à la loi ou au décret qui en constitue le fondement légal. Ainsi, lorsqu'un décret institue un régime de subventions qui sont accordées par le Gouvernement par des décisions unilatérales, leur octroi pouvant être subordonné au respect d'un certain nombre de conditions déterminées, elles aussi, de manière unilatérale, et

(139) Avis L. 32.060/1/V du 6 septembre 2001 sur un projet d'arrêté royal « organisant l'enquête socio-économique générale de l'année 2001 ».

(140) Avis L. 31.691/2 du 18 mai 2001 sur un projet d'arrêté royal « fixant la date d'entrée en vigueur de certaines dispositions de la loi du 12 août 2000 portant diverses dispositions relatives à l'organisation des marchés financiers et diverses autres dispositions ».

(141) Avis L. 31.257/4 du 1^{er} octobre 2001 sur un projet d'arrêté du Gouvernement wallon « organisant l'évaluation des incidences sur l'environnement dans la Région wallonne ».

qu'en aucune de ses dispositions, le décret n'habilite le Gouvernement à faire dépendre l'octroi des aides et interventions de la conclusion préalable avec leurs bénéficiaires d'une « convention » ou d'un « contrat » déterminant les obligations respectives « des parties », la section de législation constate qu'« en l'absence de disposition conférant un tel pouvoir au Gouvernement, les articles du projet qui font référence à une convention sont donc dépourvus de fondement légal en tant qu'ils se réfèrent à pareille convention. Le mécanisme de la convention ne peut, en effet, ni se substituer à l'acte unilatéral d'octroi de la subvention (lequel doit être conforme à la disposition d'habilitation), ni ajouter aux obligations qui s'imposent au bénéficiaire » (142). De même, ne sont pas admissibles des dispositions en projet qui renvoient à des contrats de gestion qui seraient conclus avec les écoles de police alors que les articles 142*bis* et 142*ter* de la loi du 7 décembre 1998, qui prévoient respectivement la création ou l'agrément des écoles de police, ne prévoient nullement la conclusion de contrats de gestion : « selon la doctrine et la jurisprudence constante de la section de législation, des mécanismes contractuels ne peuvent se substituer à l'exercice, par l'administration, de ses prérogatives d'action unilatérale, que lorsque la loi l'autorise » (143) ;

- la référence à des « directives ayant une portée générale réglementaire » dans un projet d'arrêté réglementaire doit être omise : « le pouvoir d'adopter des règles de droit ne peut s'exercer que de la manière établie par la Constitution. Or, celle-ci ignore la technique des 'directives'. Les 'directives' ou les circulaires administratives ne peuvent se concevoir que comme des mesures d'organisation interne d'une administration ou, le cas échéant, comme l'énoncé de la manière dont un pouvoir d'appréciation peut être exercé par une autorité à l'égard d'une autre, par exemple dans le cadre de la tutelle, ou, plus généralement, par une autorité à l'égard de tout administré » (144).

(142) Avis L. 31.540/4 du 24 avril 2001 sur un projet d'arrêté « d'exécution du décret relatif aux bourses de préactivité ».

(143) Avis L. 32.671/2 du 12 décembre 2001 sur un projet d'arrêté royal « relatif à la mise à disposition de formateurs de la police fédérale au sein des écoles de police agréées et aux modalités d'octroi d'une intervention financière pour l'organisation d'épreuves de sélection et de formations professionnelles par les écoles de police agréées ».

(144) Avis L. 31.281/2 du 15 février 2001 sur un projet d'arrêté royal « portant exécution des articles 13, 27, alinéas 2 et 5, et 53 de la loi du 27 décembre 2000 portant diverses dispositions relatives à la position juridique du personnel des services de police et portant d'autres dispositions transitoires diverses ».



C. — *Délégations et habilitations*1. *Du pouvoir législatif vers le pouvoir exécutif*

a) les matières réservées

44. — Les matières réservées expressément au législateur par la Constitution ou les lois spéciales de réformes institutionnelles ne se prêtent pas à l'octroi de délégations de pouvoir. Seul un pouvoir d'exécution limité peut être accordé au titulaire du pouvoir exécutif.

45. — Tel est le cas de l'*emploi des langues* en vertu de l'article 30 de la Constitution.

Dans ce domaine, l'exigence constitutionnelle de légalité implique que « la loi, qui règle l'emploi des langues dans l'administration générale, ne doit pas renvoyer à des services déterminés, tels qu'ils ont été créés par le Roi, — en l'occurrence 'les services publics fédéraux créés par l'arrêté royal du 7 novembre 2000' —, mais bien à des catégories de services, définies *in abstracto* par la loi elle-même. Ces catégories doivent être déterminées par des définitions légales rédigées de manière univoque et ne peuvent être soumises à des règles différenciées que pour des motifs justifiés » (145). Raisonner autrement revient à donner au Roi l'habilitation de compléter la liste des administrations soumises à la loi en fixant de la sorte le champ d'application de celle-ci. Le Conseil d'Etat formule la même objection à propos de la règle de répartition égale entre les deux cadres linguistiques « des emplois correspondant aux fonctions de management fixées par le Roi » et des « emplois de président du Comité de direction » : « il ne se conçoit pas que le Roi soit chargé de déterminer lui-même le champ d'application de cette règle générale. Si certes il revient au Roi, en vertu de l'article 107 de la Constitution, de déterminer les différents emplois d'administration générale, le régime linguistique de ces emplois relève de la compétence du législateur. La loi doit donc faire référence à des catégories d'emploi *in abstracto* et non pas à des emplois ou à des catégories d'emplois fixées par le Roi » (146).

« Imposer des conditions de connaissances linguistiques à des fonctionnaires des services publics fédéraux est une matière que la Constitution réserve au législateur et qui est actuellement réglée par les lois sur l'emploi des langues en matière administrative, coordonnées le 18 juillet 1966. Ce

(145) Avis L. 32.045/2 du 17 septembre 2001 sur un avant-projet de loi « modifiant l'article 43 et insérant les articles 43^{ter}, 44^{bis}, 46^{bis} et 69 dans les lois sur l'emploi des langues en matière administrative, coordonnées le 18 juillet 1966 et modifiant l'article 43^{quinquies} de la loi du 15 juin 1935 concernant l'emploi des langues en matière judiciaire », *Doc. parl.* Chambre, sess. 2001-2002, n° 1458/1.

(146) *Ibidem*.

n'est que par une modification de ces lois que des conditions supplémentaires en matière de connaissances linguistiques — en l'occurrence, la connaissance fonctionnelle de la deuxième langue — peuvent être imposées aux candidats à une fonction de management » (147).

Est également incompatible avec l'article 30 de la Constitution l'obligation édictée par arrêté royal d'employer une langue déterminée dans la communication orale entre acteurs de la vie économique, celle-ci ne constituant pas une mesure de protection des consommateurs échappant au champ d'application de l'article 30 précité : « hormis les matières pour lesquelles l'emploi des langues peut être réglementé par les communautés, l'article constitutionnel précité ne permet de réglementer l'emploi des langues qu'en ce qui concerne les actes de l'autorité et les affaires judiciaires, et habilite en outre le seul législateur à cet effet » (148).

46. — En ce qui concerne la *justice*, il appartient, en vertu de l'article 146 de la Constitution, au législateur de fixer les compétences des tribunaux. Le Roi ne peut dès lors empiéter sur les attributions dévolues au législateur en vertu de la disposition constitutionnelle précitée, que ce soit en confirmant les règles de compétence générales édictées par le Code judiciaire (149), en attribuant une nouvelle compétence ou de surcroît en dérogeant aux règles de compétences inscrites dans le Code judiciaire (150).

Selon l'article 160, alinéa 1^{er}, de la Constitution, la compétence et le fonctionnement du Conseil d'Etat sont également déterminés par la loi ; toutefois, contrairement au pouvoir judiciaire, la Constitution autorise la loi à attribuer au Roi le pouvoir de régler la procédure conformément aux principes qu'elle fixe. Rappelant son avis L. 29.781/2 du 14 janvier 2000 sur un avant-projet devenu la loi du 18 avril 2000 modifiant les lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973, ainsi que la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, la section de législation observe que « les lois coordonnées sur le Conseil d'Etat contiennent un certain nombre de dispositions fixant soit des principes soit des règles secondaires concernant la procédure. Dans un souci de conformité avec l'article 160, § 1^{er}, précité, et de sécurité juridique, il est préférable d'habiliter le Roi expressément à déroger aux articles des lois

(147) Avis L. 31.372/1 du 22 mars 2001 sur un projet d'arrêté royal « relatif à la désignation et à l'exercice des fonctions de management et d'encadrement dans les services publics fédéraux » ; C.E., *Jadot*, n° 98.735, du 7 septembre 2001.

(148) Avis L. 32.137/1 du 6 décembre 2001 sur un projet d'arrêté royal « relatif à la location de produits ».

(149) Avis L. 31.415/1 du 22 mars 2001 sur un projet d'arrêté royal « portant exécution de l'article 59 de la loi du 2 janvier 2001 portant des dispositions sociales, budgétaires et diverses, en ce qui concerne les mesures de réduction du temps de travail et de fin de carrière ».

(150) Avis L. 31.110/1 du 28 décembre 2000 sur un projet d'arrêté royal « réglant le droit de réquisition d'immeubles abandonnés, visé à l'article 66 de la loi du ... portant des dispositions sociales, budgétaires et diverses ».



coordonnées sur le Conseil d'Etat auxquels les auteurs du projet entendraient apporter une dérogation dans l'arrêté d'exécution ». A défaut d'une telle habilitation expresse, « lors de la fixation de règles particulières de procédure, le Roi doit en principe respecter les dispositions du titre V des lois coordonnées relatif à la procédure devant la section d'administration du Conseil d'Etat » (151).

Il est envisagé d'exécuter l'article 15^{ter} de la loi du 4 juillet 1989 relative à la limitation et au contrôle des dépenses électorales engagées pour les élections des Chambres fédérales ainsi qu'au financement et à la comptabilité ouverte des partis politiques, qui permet de réduire voire de supprimer la dotation aux partis politiques liberticides. Or, l'article 15^{ter} précité détermine, en son §§ 1^{er} et 2, de façon très sommaire certaines règles procédurales et, pour le surplus, se contente, en son § 3, d'habiliter le Roi à arrêter le règlement de procédure relatif à ce type de requêtes. Appliquant les principes dégagés ci-dessus, la section de législation est confrontée à deux difficultés. D'une part, plusieurs règles procédurales en projet sont difficilement conciliables ou ne sont pas conciliables du tout avec certaines dispositions des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, telles que la suppression des mémoires en réplique et ampliatif et la réduction des délais d'intervention. Pour le Conseil d'Etat, il est possible, « en vertu des principes selon lesquels la loi particulière déroge à la loi générale et la loi postérieure à la loi antérieure », de « surmonter ces contradictions en tirant argument du délai de deux mois que la loi du 4 juillet 1989 a imposé au Conseil d'Etat pour prononcer son arrêt (et dès lors) d'écarter les dispositions des lois coordonnées qui sont manifestement incompatibles avec ce délai, alors même que cette dérogation aux lois coordonnées n'a pas été expressément formulée dans la loi du 4 juillet 1989 ». La difficulté devient cependant insurmontable, lorsque les règles procédurales en projet dérogent à certaines dispositions des lois coordonnées sans que la dérogation ne soit prévue dans la loi du 4 juillet 1989 et sans qu'elle ne soit indispensable pour assurer le respect du délai de deux mois pour prononcer l'arrêt : tel est le cas de la suppression des recours en opposition et en tierce opposition et des demandes de révision, de sorte que « ces recours doivent être maintenus ». Une deuxième difficulté naît de ce que l'article 15^{ter}, § 3, de la loi du 4 juillet 1989 reste en défaut de définir certains principes essentiels de la procédure et de ce que les règles correspondantes qui figurent dans les lois coordonnées sur le Conseil d'Etat ne peuvent être appliquées parce que le législateur a omis de les rendre applicables aux plaintes introduites dans le cadre de l'article 16^{bis} des lois

(151) Avis L. 31.335/2 du 18 avril 2001 sur un projet d'arrêté royal « déterminant la procédure devant la section d'administration du Conseil d'Etat et devant la Cour de cassation en cas de plainte prévue par l'article 15^{ter} de la loi du 4 juillet 1989 relative à la limitation et au contrôle des dépenses électorales engagées pour les élections des Chambres fédérales, ainsi qu'au financement et à la comptabilité ouverte des partis politiques ».

coordonnées. Il s'ensuit qu'« en l'absence d'une règle ou, à tout le moins, d'un principe fixé soit dans l'article 15^{ter} de la loi du 4 juillet 1989 soit dans les lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, le projet ne peut régler ni le déni de justice, ni la récusation, ni le délai dans lequel le Conseil d'Etat doit être saisi, ni la procédure après cassation de l'arrêt du Conseil d'Etat. Il convient de remédier à ces lacunes par une modification législative ». En conclusion, « dans un souci de sécurité juridique, il serait préférable de donner un fondement légal plus certain au projet par une modification de l'article 15^{ter} de la loi du 4 juillet 1989 qui habiliterait le Roi à déroger à certains articles des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, et de fixer dans la loi les principes essentiels de la procédure qui font actuellement défaut ».

47. — Quant au *service de police intégré*, l'article 184 de la Constitution impliquait jusqu'au 30 mars 2001 que l'organisation et les attributions du service de police intégré structuré à deux niveaux, organisé par la loi du 7 décembre 1998, et dans lequel sont repris, notamment, les membres du personnel de la gendarmerie, fassent l'objet d'une loi. Il s'ensuivait que le statut des membres du personnel de cette police intégrée relevant de l'organisation de celle-ci, les éléments essentiels de ce statut devaient, dès lors, être réglés par la loi elle-même, ce qui a donné lieu à certaines difficultés (voy. notre chronique précédente, *même revue*, 2002/1, p. 73). A la suite de sa révision le 30 mars 2001, le nouvel article 184 de la Constitution contient désormais une disposition transitoire libellée comme suit : « Le Roi peut toutefois fixer et exécuter les éléments essentiels du statut des membres du personnel du service de police intégré, structuré à deux niveaux, pour autant que cet arrêté soit confirmé, quant à ces éléments, par une loi adoptée avant le 30 avril 2002. ».

De manière générale, souligne la section de législation, cette disposition constitutionnelle transitoire, qui confère « de manière inédite » au Roi des pouvoirs spéciaux, « doit être interprétée strictement. Ce texte, s'il habilite le Roi, à titre transitoire, à fixer les éléments essentiels du statut du personnel de la police intégrée, structurée à deux niveaux, ne l'habilite cependant pas à déroger aux dispositions légales existantes qui règlent, pour partie, ce statut, ni, *a fortiori*, à régler des matières qui sont réservées à la loi en vertu d'autres dispositions constitutionnelles » (152).

Ainsi, si l'institution d'un congé pour l'exercice d'une fonction dans un cabinet ministériel trouve bien un fondement dans la disposition transitoire de l'article 184, alinéa 2, de la Constitution, ce congé ne peut toutefois être prévu qu'au bénéfice des seuls membres du cadre administratif et logistique eu égard à l'article 134, alinéa 1^{er}, 2^o, de la loi du 7 décembre 1998, qui établit une incompatibilité entre « la qualité de membre du personnel du cadre

(152) Avis L. 30.951/2 du 16 mars 2001 et avis L. 31.921/2 du 4 juillet 2001 cités à la note 48.

opérationnel » et l'exercice « d'une fonction, d'une charge ou d'un mandat public » (153). La même observation vaut également *mutatis mutandis* pour le congé exceptionnel pour accomplir un stage ou une période d'essai pour exercer un autre emploi dans un service public ou dans l'enseignement subventionné, et pour le congé pour mission d'intérêt général.

En outre, cette disposition transitoire ne concerne que « les éléments essentiels du statut des membres du personnel du service de police intégré ». Tel n'est pas le cas de l'organisation de la formation des policiers, qu'ils dépendent de la police locale ou fédérale, laquelle peut être assurée par des écoles de police agréées ou instituées par le ministre de l'Intérieur ou par le ministre de la Justice : elle « ne constitue par un élément du statut mais est relatif à l'organisation du service de police intégré. Les règles (y relatives) doivent, dès lors, être fixées par la loi » (154). Il convient toutefois d'être attentif à ce que « certains éléments relatifs à la formation font partie du statut des membres du personnel du service de police, comme, par exemple, l'obligation de formation, les conditions de brevets et de titres requis pour être nommés ou promus. Ces éléments-là peuvent être fixés, quant à leurs éléments essentiels, par le Roi sous le bénéfice de la disposition transitoire de l'article 184 de la Constitution » (155). Par contre, la récusation des membres de la chambre saisie du conseil de discipline est un des éléments essentiels du statut disciplinaire des policiers, qui doit être normalement réglée par la loi en vertu de l'article 184 de la Constitution, mais qui peut trouver un fondement dans la disposition transitoire inscrite sous l'article 184 de la Constitution (156).

48. — Enfin, l'article 114 de la Constitution réserve au Roi le droit de conférer *les ordres militaires* et au législateur la compétence d'en fixer les conditions d'octroi. Cette disposition concernant également *les distinctions civiles*, il est jugé que « le Conseil des ministres est, au regard de l'article 114 de la Constitution, incompétent pour adopter un règlement relatif à l'attribution de distinctions honorifiques dans les Ordres nationaux aux fonctionnaires et agents des administrations publiques et organismes assimilés. La matière réglée par l'acte attaqué ressortit à la compétence du législateur et

(153) Avis L. 30.951/2 du 16 mars 2001 cité à la note 48.

(154) Avis L. 30.951/2 du 16 mars 2001 cité à la note 48; avis L. 32.671/2 du 12 décembre 2001 cité à la note 143.

(155) Avis L. 31.464/2 du 5 avril 2001 sur un projet de loi « modifiant la loi du 13 mai 1999 portant le statut disciplinaire des membres du personnel des services de police et la loi du 7 décembre 1998 organisant un service de police intégré, structuré à deux niveaux », *Doc. parl.*, Sénat, sess. 2000-2001, n° 1-173/1.

(156) Avis L. 32.350/2 du 30 octobre 2001 sur un projet d'arrêté royal « portant exécution de la loi du 13 mai 1999 portant le statut disciplinaire des membres du personnel des services de police ».



les délégations éventuelles de pouvoir dont le Roi pourrait le cas échéant se prévaloir sont d'interprétation restrictive » (157).

b) les matières non réservées

49. — En l'absence d'éléments nouveaux sur ce point, il y a lieu de se référer aux principes dégagés par le Conseil d'Etat et exposés dans nos chroniques précédentes.

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

50. — Avant de se prononcer sur l'admissibilité d'une telle délégation, il convient d'abord de préciser la nature juridique de l'autorité ou de l'institution concernée. En effet, « il est inconcevable qu'une institution publique ne soit pas clairement identifiée dans l'organisation constitutionnelle des pouvoirs. Par ailleurs, dans un Etat de droit, il faut savoir qui assume politiquement et civilement la responsabilité des décisions » (158) de cette institution. Ainsi, à propos de l'institution d'une « Commission de protection des témoins » dont la nature juridique n'est pas déterminée par le texte en projet et qui, selon les explications des représentants du ministre, serait en réalité une « commission *ad hoc* », la section de législation (159) a objecté qu'« une qualification aussi vague n'est pas admissible. Les auteurs du projet doivent, dès lors, clairement indiquer si la Commission doit être identifiée comme un service du parquet, ou une autorité administrative dépendante du ministère de la Justice, ou encore une juridiction ».

51. — Les réticences constitutionnelles à l'attribution de pouvoirs réglementaires à des *institutions ou organismes autonomes* subsistent dans le chef de la section de législation du Conseil d'Etat (cf. notre précédente chronique, *même revue*, 2002/1, p. 77-79) : « selon l'article 108 de la Constitution, il appartient en principe au Roi de faire les règlements nécessaires pour l'exécution des lois. Les dérogations à cette règle de principe, qui permettraient par exemple au Roi de déléguer son pouvoir réglementaire à un organisme public, qui n'a aucune responsabilité politique à l'égard de la Chambre des représentants, ne sont admissibles que pour les réglementations très accessoires » (160).

(157) C.E., *Nachtergaele*, n° 101.156 du 23 novembre 2001.

(158) Avis L. 31.410/2 du 25 juin 2001 sur un avant-projet de loi « réglant la protection des témoins menacés », *Doc. parl.* Chambre, sess. 2001-2002, n° 1483/1.

(159) Avis L. 31.410/2 du 25 juin 2001 cité à la note 158.

(160) Avis L. 31.521/1/3 des 22 et 31 mai 2001 cité à la note 127; avis L. 30.809/3 du 22 juin 2001 sur un projet d'arrêté royal « portant règlement général de la protection de la population, des travailleurs et de l'environnement contre le danger des rayonnements ionisants »; avis L. 32.087/1 du 4 octobre 2001 sur un projet d'arrêté du gouvernement flamand « betreffende de erkenning en de subsidiëring van de centra voor vorming van zelfstandigen en kleine en middelgrote ondernemingen, bedoeld bij het decreet van 23 januari 1991 betreffende de vorming en de



Au regard de ces principes, ne sont pas admissibles :

- le pouvoir d'arrêter un règlement d'ordre intérieur conféré au médiateur parlementaire : « dès lors qu'un tel règlement entend établir un ensemble de règles de procédure susceptibles d'affecter les droits des réclamants, c'est au législateur décréteur qu'il appartient de fixer de telles règles. Cette disposition est admissible si le règlement d'ordre intérieur se borne à déterminer les modalités de fonctionnement du service qu'il dirige » (161);
- la détermination par l'Office de contrôle des mutualités des « principes » auxquels les « systèmes de contrôle interne et d'audit interne » (compétence qui revient au Roi) doivent répondre (162);
- la subdélégation à l'Agence fédérale de contrôle nucléaire du pouvoir réglementaire d'imposer « le recours à des méthodes scientifiquement plus à jour, par circulaire publiée au *Moniteur belge* » : « certes, cette délégation concerne, selon le fonctionnaire délégué, une matière très technique qui ne touche pas à la norme mais bien à la méthode de mesure, laquelle est sujette à une évolution constante. Il convient néanmoins de relever que pareille subdélégation est trop étendue, parce qu'elle implique qu'un arrêté royal pourra en fait être modifié par un règlement de l'Agence » (163);
- la subdélégation à la même Agence du pouvoir de déterminer la composition et les règles de fonctionnement de la commission, constituée auprès de l'Agence afin d'évaluer la compétence des pharmaciens qui souhaitent être agréés pour exercer le contrôle prévu au chapitre V du projet : « la fixation de ces règles ne peut guère être considérée comme la réglementation d'une matière très accessoire » (164);
- le pouvoir conféré à la Société wallonne du logement d'arrêter à l'égard des sociétés de logement de service public des mesures de contrôle et autres obligations de nature à permettre à cette société d'exercer efficacement la mission d'agrément et de contrôle des sociétés de logement de service public que lui confie le Code (165);

begeleiding van de zelfstandigen en de kleine en middelgrote ondernemingen »; avis L. 32.442/1 du 20 décembre 2001 sur un projet d'arrêté royal « portant exécution de l'article 74, § 1^{er}, 3^o, de la loi du 28 juillet 1992 portant des dispositions fiscales et financières et modifiant l'arrêté royal de 22 décembre 1992 réglant l'organisation et le fonctionnement du Fonds de Participation ».

(161) Avis L. 31.461/2 du 19 septembre 2001 sur un avant-projet de décret « portant création du service du médiateur de la Communauté française », *Doc. CCF*, sess. 2001-2002, n° 249/1.

(162) Avis L. 31.521/1/3 des 22 et 31 mai 2001 cité à la note 127.

(163) Avis L. 30.809/3 du 22 juin 2001 cité à la note 160.

(164) *Ibidem*.

(165) Avis L. 30.860/4 du 17 janvier 2001 sur un projet d'arrêté du Gouvernement wallon « établissant les conditions d'agrément et les modalités de placement des disponibilités des sociétés de logement de service public ».

- la disposition qui charge la Société wallonne du logement de fixer diverses règles relatives au placement des disponibilités des sociétés de logement de service public (166);
- le pouvoir entièrement discrétionnaire donné au Centre régional d'aide aux communes, pour décider, parmi les investissements subsidiés en vertu de la législation à laquelle il est fait référence, quels sont ceux pour lesquels le Centre assure le financement, ainsi que pour déterminer les modalités de financement : « un tel pouvoir discrétionnaire accordé à un service décentralisé n'est pas admissible. Certes le Centre est placé sous l'autorité hiérarchique du Gouvernement wallon, mais l'article 13 du décret prévoit que des délégations peuvent être accordées aux fonctionnaires dirigeants du Centre. Par conséquent, il convient que l'article 5 en projet détermine les conditions et les modalités de l'intervention du Centre, ou, à tout le moins, charge le Gouvernement de les déterminer » (167);
- la reconnaissance d'un pouvoir réglementaire dans le chef de la Commission bancaire et financière en vue de substituer à un système de règles d'incompatibilité un système qui confère un très large pouvoir d'appréciation à cette Commission (168) ou pour déterminer des règles visant à assurer la gestion autonome des organismes de placement collectif et à éviter des conflits d'intérêts (169). Qu'en est-il du recours à l'approbation ministérielle pour satisfaire à la nécessité d'une relation de légitimité politique du règlement en question? Pour le Conseil d'Etat (170), « ce palliatif n'est toutefois pas sans inconvénient : 1°) c'est déjà par un dépassement du texte constitutionnel que l'on a admis l'attribution d'un pouvoir réglementaire aux ministres, seulement pour régler des questions de détail, telles que la forme de certains formulaires, les heures d'ouverture de bureaux de douane. On a parfois dérogé à ces limites, non sans échapper aux critiques. Le règlement de la Commission bancaire et financière pourrait contenir des dispositions allant au-delà de ces limites. En ce cas, l'approbation ministérielle ne garantirait pas la légalité du règlement de la commission; 2°) il est, par ailleurs, peu heureux d'attribuer au même organe le pouvoir d'édicter des règles normatives, contraignantes et sanctionnées et le pouvoir de les appliquer

(166) *Ibidem*.

(167) Avis L. 31.116/4 du 28 mars 2001 sur un avant-projet de décret « modifiant le décret du 23 mars 1995 portant création d'un Centre régional d'aide aux communes chargé d'assurer le suivi et le contrôle des plans de gestion des communes et provinces et d'apporter son concours au maintien de l'équilibre financier des communes et des provinces de la Région wallonne », *Doc. CRW*, sess. 2000-2001, n° 237/1.

(168) Avis L. 31.153/2 du 12 février 2001 sur un avant-projet de loi modifiant le régime des incompatibilités applicable aux dirigeants d'établissements de crédit et d'entreprises d'investissement », *Doc. parl. Chambre*, sess. 2000-2001, n° 1570/1.

(169) C.E., *S.A. Petercam*, n° 91.998, du 8 janvier 2001, *I.D.J.*, 2001/8, p. 3.

(170) Avis L. 31.153/2 du 12 février 2001 cité à la note 168.



- aux cas d'espèce ; 3°) le système de règlement de la Commission bancaire et financière fait échapper des dispositions normatives, publiées au *Moniteur belge*, à l'avis de la section de législation du Conseil d'Etat » ;
- la mission du Service fédéral des armes de s'occuper de « l'élaboration des épreuves d'aptitudes technique, théorique, pratique et psychique prévues par la présente loi et de l'organisation de l'examen d'aptitude professionnelle pour les armuriers » : « cette subdélégation est excessive en ce qu'elle n'apporte aucune précision sur les matières qui feront l'objet de ces différentes épreuves. Un tel pouvoir réglementaire doit être mieux circonscrit et doit revenir au Roi » (171) ;
 - l'habilitation conférée au conseil d'administration du Fonds de participation d'exclure certaines activités du bénéfice d'un prêt de lancement, ce qui est « un aspect essentiel de la réglementation » (172) ;
 - le pouvoir reconnu à l'Agence fédérale d'accueil des réfugiés, organisme d'intérêt public classé dans la catégorie A au sens de l'article 1^{er} de la loi du 16 mars 1954, d'agir « de façon autonome sous le contrôle du ministre » en vue de « la préparation, la conception et l'exécution de la politique » en la matière : « il serait contraire aux principes constitutionnels d'attribution des pouvoirs de confier à un organisme paraétatique » de tels pouvoirs (173) ;
 - l'attribution au(x) fonctionnaire(s) dirigeant(s) désignés par le Gouvernement à cet effet de la compétence reconnue à ce dernier par cette même disposition, à savoir mettre en demeure le pouvoir organisateur qui ne se conforme pas aux dispositions légales et réglementaires relatives au statut administratif des membres du personnel de l'enseignement subventionné en vue de se conformer aux-dites dispositions légales et réglementaires et de rétablir la légalité : « même s'il ne s'agit pas dans le cas d'espèce d'une délégation d'un pouvoir réglementaire, on ne peut admettre que la mise en demeure du pouvoir organisateur par un fonctionnaire ait pour conséquence, en cas de non-respect de celle-ci, de déboucher d'office sur la perte temporaire du bénéfice de la subvention-traitement. En effet, une telle décision ne peut être prise par une autorité administrative qui n'est pas politiquement responsable » (174) ;
 - la subdélégation conférée au Conseil flamand de la santé d'arrêter des normes en matière de soins de santé (175).

52. — Même lorsqu'il s'agit de conférer à de telles autorités des pouvoirs de décision individuelle, les principes constitutionnels précités impliquent

(171) Avis L. 32.227/4 du 22 octobre 2001 cité à la note 26.

(172) Avis L. 32.442/1 du 20 décembre 2001 cité à la note 160.

(173) Avis L. 31.615/1/2/3/4 des 8, 9 et 10 mai 2001 sur un avant-projet de « loi programme », *Doc. parl.* Chambre, sess. 2000-2001, n° 1262/1.

(174) Avis L. 32.500/2 du 13 novembre 2001 cité à la note 76.

(175) Avis L. 31.605/3 du 19 septembre 2001 cité à la note 57.



de prévoir un mécanisme de contrôle du fonctionnement de ces autorités administratives par le ministre politiquement responsable devant l'assemblée parlementaire concernée. Encore faut-il ne pas confondre deux notions juridiques distinctes, à savoir l'attribution de compétence par la loi à une autorité déterminée et la délégation de compétence, qui est le transfert par une autorité à qui le pouvoir est attribué, de l'exercice de ce pouvoir à une autre autorité, qui lui est subordonnée.

Ainsi, confrontée au statut de l'administrateur fédéral de l'asile, la section de législation (176) constate que celui-ci est foncièrement ambigu : « alors que les textes soumis au Conseil d'Etat donnent, en général, à penser que l'administrateur fédéral de l'asile prend, en toute indépendance et sans devoir en référer au ministre, les décisions sur les demandes d'asile, (d'autres éléments) créent, au contraire, l'impression que l'administrateur fédéral de l'asile n'est que le délégué du ministre, lequel, en sa qualité de titulaire du pouvoir, peut lui donner des instructions et même intervenir dans tel ou tel dossier ». Pour le Conseil d'Etat, « le législateur doit clairement prendre attitude et mettre fin à cette ambiguïté, qui ne peut être que la source d'une profonde insécurité juridique ». Soit l'administrateur fédéral de l'asile ne peut agir qu'en qualité de délégué du ministre : « il convient d'attribuer la compétence à ce dernier et de l'autoriser à déléguer cette compétence à l'administrateur fédéral de l'asile. Dans cette hypothèse, le ministre qui consent à la délégation, garde en principe le pouvoir de la révoquer, de donner des instructions générales quant à son exercice, voire, selon la jurisprudence de la section d'administration du Conseil d'Etat (177), de substituer sa propre décision à celle de son délégué ». Soit l'administrateur fédéral de l'asile a le pouvoir de prendre en toute indépendance des décisions sans devoir en référer au ministre : il y a lieu « d'omettre les mots 'en sa qualité de délégué du Ministre' ; une telle formule se heurterait cependant à des objections de constitutionnalité si le texte de l'avant-projet restait en défaut de prévoir un mécanisme de contrôle du fonctionnement d'une telle autorité administrative par le ministre politiquement responsable devant la Chambre des représentants ».

53. — Qu'en est-il de l'octroi de pouvoirs coercitifs individuels à des personnes privées ?

Le Roi serait habilité à étendre « aux membres du personnel en charge de l'inspection aéroportuaire de l'exploitant de l'aéroport de Bruxelles-National » les compétences qui sont attribuées à des fonctionnaires de l'ins-

(176) Avis L. 31.171/4 et L. 31.172/4 du 16 mars 2001 sur 1° un avant-projet de loi « réformant la procédure d'asile » (31.171/4) et 2° un avant-projet de loi « complétant la réforme de la procédure d'asile et modifiant les lois coordonnées sur le Conseil d'Etat » (31.172/4).

(177) C.E., arrêts *A.S.B.L. Discothèque nationale de Belgique*, n° 15.988, du 20 juillet 1973 ; *De Brabandere*, n° 22.669 du 19 novembre 1982 ; *S. A. Nabais*, n° 63.579 du 13 décembre 1996.

pection aéronautique, lesquelles comprennent notamment la constatation des infractions par des procès-verbaux faisant foi jusqu'à preuve du contraire, la rétention des aéronefs, la remise des explosifs, armes munitions de même que tous les objets trouvés en contravention aux prescriptions légales ou réglementaires, le contrôle de sûreté de personnes, le contrôle de sûreté du fret et, en cas de refus de contrôle, l'interdiction du transport de fret, le pouvoir de pénétrer librement, à toute heure du jour et de la nuit, sans avertissement préalable, dans les lieux où la loi du 27 juin 1937 est applicable, ainsi que dans les aéronefs et y procéder à des contrôles de sûreté. Pour le Conseil d'Etat (178), « il en résulte que des pouvoirs de police judiciaire pourront être attribués à des membres du personnel d'une entreprise privée ». Compte tenu de la nature des infractions pouvant être constatées et des pouvoirs qui leur sont conférés, la section de législation a réitéré une observation déjà émise antérieurement, à savoir qu'« il n'apparaît pas acceptable que dans une société démocratique des missions d'une telle importance, susceptibles d'affecter les libertés individuelles des citoyens, puissent être confiées à un organisme qui, bien que soumis à un mécanisme de tutelle, ne serait pas placé directement sous l'autorité d'un ministre responsable devant une assemblée législative. La remarque se justifie, d'autant plus, que l'organisme en question est une société anonyme ».

54. — Un pas supplémentaire est franchi lorsqu'il est prévu de conclure des *conventions* entre l'autorité ou l'institution publique et des personnes privées, voire même lorsque la réglementation est issue de conventions à conclure entre personnes privées.

Tout d'abord, le recours à la convention n'a aucune raison d'être, dès lors que toutes les règles relatives à l'octroi de l'aide régionale en cause sont fixées par décret et qu'il n'appartient pas aux parties d'y déroger par convention (179).

Ensuite, le fait qu'une telle convention pourrait avoir vocation à créer des droits et obligations à l'égard de tiers à ces conventions, telles qu'en l'occurrence énoncer des règles statutaires complémentaires applicables au personnel enseignant, doit résulter du dispositif légal : « dès lors que les auteurs de ces conventions ne sont pas des autorités habilitées à produire des normes et donc à imposer des obligations aux tiers, une telle possibilité requiert, soit que le décret en projet étende la portée obligatoire des

(178) Avis L. 32.455/1/2/3/4 des 30 et 31 octobre 2001 cité à la note 19, qui se réfère à l'avis L. 27.168/2 du 14 janvier 1998 sur un avant-projet devenu la loi du 8 juin 1998 relatif aux radio-communications des services de secours et de sécurité (ASTRID), *Doc. parl.* Chambre, sess. 1997-1998, n° 1435/1.

(179) Avis L. 32.047/2 du 7 novembre 2001 sur un avant-projet de décret « relatif aux aides visant à favoriser l'engagement de demandeurs d'emploi inoccupés par les pouvoirs locaux, régionaux et communautaires, par certains employeurs du secteur non marchand, de l'Enseignement et du secteur marchand », *Doc. CRW*, sess. 2001-2002, n° 289/1.



conventions conclues par la Communauté française et les pouvoirs organisateurs à des tiers déterminés, soit que le législateur habilite le Gouvernement à rendre ces conventions obligatoires à la demande des pouvoirs organisateurs » (180).

Essuie les mêmes critiques la disposition légale qui laisse au gouvernement et à l'institution publique sociale concernée le soin de fixer, par la conclusion d'un contrat d'administration, les règles et les conditions particulières auxquelles cette institution publique accomplit les missions qui lui sont confiées par la loi : « une délégation légale aussi large devrait toutefois — pour qu'elle soit admissible — être mieux circonscrite en indiquant dans la loi même un certain nombre de ses aspects essentiels, au lieu d'abandonner d'une manière générale au contrat d'administration la question de régler la totalité de la matière » (181). Il en va de même de l'octroi par le gouvernement de moyens spécifiques à des projets temporaires dans les centres d'enseignement pour adultes pour lesquelles une convention est passée entre ces centres et la région flamande : « étant donné que le gouvernement doit en principe conférer exécution aux décrets par arrêté, les éléments de base des différents projets temporaires qui sont reconnus par le gouvernement flamand doivent être fixés par arrêté et non au moyen de conventions. De telles conventions peuvent néanmoins être retenues pour détailler les projets déterminés par arrêté » (182).

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

55. — Les mêmes objections sont formulées à l'encontre de la délégation de compétences réglementaires par le Roi à des *commissions* ou à des *organismes publics autonomes*.

Ainsi, la section de législation s'oppose à :

- l'octroi au fonctionnaire dirigeant du Service des soins de santé de l'Institut national d'assurance maladie-invalidité de déterminer les modes de communication de certaines données : une telle délégation de pouvoir « ne peut être admise que dans la mesure où les 'modalités' de 'communication' des données fixées par ce fonctionnaire ont une portée limitée et technique » (183);
- l'établissement par le Comité de l'assurance de l'INAMI de « directives » et d'« instructions » : « pareille délégation à un organe d'un organisme public ne saurait être admise que si les 'directives' et les 'instructions' »

(180) Avis L. 32.243/2, 32.244/2 et 32.245/2 du 3 décembre 2001 cités à la note 13.

(181) Avis L. 31.615/1/2/3/4 des 8, 9 et 10 mai 2001 cité à la note 173.

(182) Avis L. 32.281/1/3 du 27 septembre 2001 et du 1 octobre 2001 cité à la note 18.

(183) Avis L. 31.415/1 du 22 mars 2001 cité à la note 149.



- qu'il appartient à cet organe d'établir ont une portée limitée et technique » (184);
- l'attribution à une commission du soin de définir la notion de « remise tardive de prescriptions de médicaments » en vue de la majoration par les offices de tarification agréés de 0,25 pour cent au maximum par mois de retard de la redevance à payer par les adhérents à titre d'intervention dans les frais de fonctionnement des dits offices (185);
 - la fixation par la commission d'évaluation et le gestionnaire des banques de données ADN de la « structure de l'information à transférer », ainsi que la compétence de déterminer, par voie de directives obligatoires, la méthode suivie et les techniques utilisées pour l'analyse ADN ainsi que pour l'établissement et la comparaison des profils ADN (186);
 - dans le cadre du règlement d'un litige lié à la conclusion ou la modification d'un contrat de roaming national, l'habilitation conférée à l'Institut belge des Postes et Télécommunications pour décider d'un autre mode de calcul du tarif de l'offre de roaming national que celui établi selon la méthode de calcul que le Roi détermine : « la disposition critiquée ne serait admissible que si le Roi déterminait Lui-même les cas dans lesquels une autre méthode de tarification peut être appliquée par l'Institut et fixait les lignes essentielles de la méthode de sorte que la compétence de l'Institut serait liée et non laissée à son appréciation » (187).

Par contre, a été admise la compétence conférée à l'Institut belge des Postes et Télécommunications pour fixer la procédure de mesurage : « cette délégation de pouvoir réglementaire est assurément donnée à l'I.B.P.T. en raison du caractère spécifiquement technique de la procédure de mesurage visée. Pour que cette mission puisse toutefois être réputée compatible avec les dispositions constitutionnelles concernant l'exercice du pouvoir réglementaire, il conviendrait de prévoir une approbation de la réglementation fixée par l'I.B.P.T. par le Roi ou le ministre compétent » (188).

(184) Avis L. 31.420/1 du 22 mars 2001 sur un projet d'arrêté royal « déterminant les données relatives aux fournitures à tarifier que les offices de tarification doivent transmettre aux organismes assureurs »; avis L. 31.264/1 du 29 mars 2001 sur un projet d'arrêté royal « déterminant les critères d'agrégation des offices de tarification ».

(185) Avis L. 31.264/1 du 29 mars 2001 cité à la note 184.

(186) Avis L. 32.262/2 du 14 novembre 2001 sur un projet d'arrêté royal « pris en exécution de la loi du 22 mars 1999 relative à la procédure d'identification par analyse ADN en matière pénale ».

(187) Avis L. 31.122/4 du 9 janvier 2001 sur un projet d'arrêté royal « fixant le cahier des charges et la procédure relative à l'octroi d'autorisations pour les systèmes de télécommunications mobiles de la troisième génération ».

(188) Avis L. 31.144/3 du 13 février 2001 sur un projet d'arrêté royal « fixant la norme pour les antennes émettant des ondes électromagnétiques entre 10 Mhz et 10 GHz ».

D. — *La rétroactivité*

56. — En l'absence d'éléments nouveaux sur ce point, il y a lieu de se référer aux principes dégagés par le Conseil d'Etat et exposés dans nos chroniques précédentes.

E. — *Rapports entre Constitution et droit international*

57. — L'article 167, § 3, de la Constitution réserve la procédure d'assentiment par le ou les conseils concernés aux seuls traités. Est-ce le cas des accords de siège conclus avec la Croix-Rouge ? Pour le Conseil d'Etat (189), l'avant-projet de décret d'assentiment à un tel accord a bien un objet visé à l'article 167 de la Constitution : « la doctrine admet que le Comité international de la Croix-Rouge jouit de la personnalité juridique internationale (190), notamment pour les raisons indiquées dans l'exposé des motifs, et sa capacité de conclure des accords avec des Etats a été mise en pratique dans une soixantaine d'accords de siège. Ces accords de siège, du point de vue constitutionnel, ont été assimilés par les Etats en cause à des traités internationaux, note Paul Reuter pour qui 'il s'agit d'actes conventionnels régis par le droit international public et non par un droit national ou une combinaison de droits nationaux quelconques. En effet, les accords qui portent sur l'exercice d'une fonction internationale à propos de laquelle l'autonomie et la pleine indépendance des parties doivent être respectées, ne peuvent être soumis à la souveraineté législative d'un Etat ; ils appellent donc l'application de ces règles à base de consensualisme égalitaire qui constituent le droit des traités internationaux.' ».

58. — De plus en plus de traités prévoient, dans un protocole, une procédure d'amendement simplifiée des dispositions ou des annexes d'une convention, telle que l'adoption d'un amendement par une « consultation » multilatérale, à la majorité des deux tiers des parties contractantes et l'entrée en vigueur de cet amendement douze mois plus tard, à moins qu'un tiers des parties n'aient émis des objections. La section de législation (191) formule trois observations au regard de l'article 167 de la Constitution.

(189) Avis L. 31.607/2/V du 14 août 2001 sur un avant-projet de décret « portant assentiment par le Conseil régional wallon à l'Accord de siège entre le Royaume de Belgique et le Comité international de la Croix-Rouge, fait à Bruxelles le 19 avril 1999 », *Doc. CRW*, sess. 2001-2002, n° 353/1.

(190) Voy. e.a. Paul REUTER, « La personnalité juridique internationale du Comité international de la Croix-Rouge », in Christophe Swinarski (éd.), *Etudes et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge en l'honneur de Jean Pictet*, Genève — La Haye, Martinus Nijhoff, 1984, pp. 782-791, ici p. 787.

(191) Avis L. 30.223/3 du 3 avril 2001 sur un avant-projet de loi « portant assentiment au Protocole d'amendement à la Convention européenne sur la protection des animaux vertébrés utilisés à des fins expérimentales ou à d'autres fins scientifiques, fait à Strasbourg le 22 juin 1998 », *Doc. parl. Chambre*, sess. 2001-2002, n° 1935/1.



Tout d'abord, « le procédé d'acceptation tacite d'amendements à un traité international ne soulève pas d'obstacle constitutionnel. En effet, l'article 167, § 2, de la Constitution ne fixe pas les formes dans lesquelles le Roi peut exercer le pouvoir de conclure des traités. Les traités (ou les amendements à un traité) conclus tacitement ne sont donc pas exclus ». Ensuite, poursuit le Haut Collège, ce procédé « ne Le (le Roi) dispense pas de l'obligation de principe de soumettre les éventuels amendements à la convention à l'approbation des Chambres, pour que ces amendements puissent sortir leur effet en application de l'article 167, § 2, de la Constitution. Il peut toutefois être admis que, dans certaines conditions, le législateur peut donner son assentiment préalable à un traité. Pour qu'un tel assentiment préalable soit compatible avec l'article 167, § 2, de la Constitution, il faut néanmoins que les Chambres législatives 'connaissent et énoncent les limites dans lesquelles il est donné'. Si l'intention des auteurs du projet est d'obtenir un assentiment préalable, il y aurait lieu de compléter le projet par une disposition expresse dans ce sens. Enfin, relève le Conseil d'Etat, à propos d'amendements sur lesquels, le cas échéant, les Chambres législatives ne peuvent marquer leur accord, « afin de permettre aux Chambres de notifier au gouvernement qu'elles n'approuvent pas un amendement donné, il vaudrait mieux compléter le projet par une disposition qui prévoit l'obligation pour le gouvernement de communiquer aux Chambres dans un délai déterminé tout amendement approuvé par une 'consultation' multilatérale. Si les Chambres législatives n'approuvent pas l'amendement, le gouvernement sera obligé de s'opposer à cet amendement au nom de la Belgique. Si l'amendement entre en vigueur malgré l'opposition, il reste la possibilité de dénoncer la convention elle-même ».

Par ailleurs qu'en est-il de l'assentiment qui intervient postérieurement au dépôt de l'instrument de ratification du traité ? Au regard du droit international en général et vis-à-vis des parties contractantes en particulier, la Belgique est actuellement liée par ces actes. « En vertu de l'article 167 de la Constitution, les Traités n'ont toutefois d'effet qu'après avoir reçu l'assentiment des Chambres. (...)Même s'il convient en principe de soumettre un traité à assentiment avant qu'il ne soit ratifié afin d'éviter que la Belgique ne soit engagée par un Traité que les Chambres n'approuveraient pas, l'article 167 de la Constitution, qui ne précise pas à quel moment doit intervenir l'assentiment, ne s'oppose pas à ce que l'assentiment à un Traité soit donné postérieurement à sa ratification » (192).

(192) Avis L. 31.878/2/V du 22 août 2001 sur un avant-projet de loi « portant assentiment aux Actes internationaux suivants : 1. Instrument d'amendement à la Constitution de l'Union Internationale des Télécommunications; 2. Instrument d'amendement à la Convention de l'Union Internationale des Télécommunications, faits à Minneapolis le 6 novembre 1998 », *Doc. parl.* Chambre, sess. 2001-2002, n° 1766/1; avis L. 31.462/1 du 10 mai 2001 sur un avant-projet

59. — Lorsqu'un traité contient deux dispositions alternatives entre lesquelles les Etats membres ont la faculté de choisir et que la Belgique compte se prononcer sur ce point par le biais d'une déclaration qui serait déposée concomitamment avec l'instrument de ratification, la question se pose de savoir si, en soumettant le traité à l'assentiment des Chambres, le Gouvernement doit également leur soumettre le choix qu'il se propose de faire? Pour la section de législation (193), « il importe que les Chambres puissent également porter assentiment à cette déclaration, qui devrait être préalablement déposée et ce aussi bien en application de l'article 77, alinéa 1^{er}, 6^o, que de la combinaison des article 77, alinéa 1^{er}, 3^o, et 77, alinéa 1^{er}, 9^o, de la Constitution ».

F. — *La sécurité juridique*

60. — Affecter par la loi des dispositions contractuelles existantes, en l'occurrence limiter le droit de l'affilié au rachat de ses réserves acquises ou à la liquidation de ses prestations au moment de sa retraite ou à partir du moment où il a atteint l'âge de soixante-cinq ans alors que des contrats autorisent le rachat ou la liquidation avant cette date, déroge au « principe de la sécurité juridique en vertu duquel, notamment, le contenu du droit doit être prévisible, en sorte que chacun puisse prévoir, dans une mesure raisonnable, les conséquences d'un acte déterminé — en l'espèce, la convention de pension conclue dans le cadre légal qui existait à l'époque — au moment où cet acte se réalise. Pareille dérogation nécessite une justification raisonnable qui, de surcroît, doit pouvoir soutenir le contrôle au regard du principe de proportionnalité. L'exposé des motifs devra être complété de manière à faire ressortir qu'en l'espèce, il y a une justification adéquate de

de décret « houdende instemming met de overeenkomst tussen de regering van het koninkrijk België en de regering van het Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland inzake het vervoer van aardgas door middel van een pijpleiding tussen het koninkrijk België en het Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland, ondertekend in Brussel op 10 december 1997 », *Parl. St.* VI. P., sess. 2001-2002, n° 901/1.

(193) Avis L. 31.304/2 du 26 mars 2001 sur un avant-projet de loi « portant assentiment aux actes internationaux suivants : 1° La Convention, établie sur la base de l'article K.3 du Traité sur l'Union européenne, relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes, faite à Bruxelles le 26 juillet 1995; 2° Le Protocole, établi sur la base de l'article K.3 du Traité sur l'Union européenne, à cette Convention, fait à Dublin le 27 septembre 1996; 3° Le deuxième Protocole, établi sur la base de l'article K.3 du Traité sur l'Union européenne, à cette Convention, et la déclaration conjointe, faits à Bruxelles le 19 juin 1997; 4° Le Protocole, établi sur la base de l'article K.3 du Traité sur l'Union européenne, concernant l'interprétation, à titre préjudiciel, par la Cour de justice des Communautés européennes de cette Convention, et la déclaration, faits à Bruxelles le 29 novembre 1996; 5° La Convention, établie sur la base de l'article K.3, paragraphe 2, point C), du Traité sur l'Union européenne, relative à la lutte contre la corruption impliquant des fonctionnaires des Communautés européennes ou des fonctionnaires des Etats membres de l'Union européenne, faite à Bruxelles le 26 mai 1997, *Doc. parl.* Sénat, sess. 2000-2001, n° 885/1.



l'intervention dans les relations contractuelles qui vient d'être évoquée » (194).

La sécurité juridique est également invoquée au nom de l'accessibilité et de la lisibilité du droit. A cet égard, le Conseil d'Etat rappelle qu'« il n'est pas de bonne législation d'utiliser des figures juridiques existantes lorsqu'on ne peut le faire qu'en y apportant des déformations touchant à l'essentiel qui finalement dénaturent les figures en question » (195). Tel est le cas du mariage de personnes de même sexe. En effet, « il appartient au législateur de tenir compte de ce que la figure juridique du mariage est définie comme étant l'union entre un homme et une femme. Cette définition est, en effet, consacrée par différentes conventions internationales : l'article 23, § 2, du pacte international relatif aux droits civils et politiques ainsi que l'article 12 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et l'article 16, § 1^{er}, de la déclaration universelle des droits de l'homme disposent qu'à partir de l'âge nubile, l'homme et la femme ont le droit de se marier et de fonder une famille (196). La question qui se pose dès lors est de savoir s'il est admissible que le législateur adopte la figure juridique du mariage pour y faire entrer une conception nouvelle qui en diffère fondamentalement et de grouper dans un même concept juridique deux conceptions radicalement différentes de l'institution. Une telle méthode est préjudiciable à l'homogénéité du système juridique dont il est bon que le législateur garde le souci. Il faut se souvenir que le système juridique belge reste un système qui n'est pas clos et qu'il y a donc place pour des constructions nouvelles. Mieux vaut se donner la peine, certes parfois un peu rude, de les entreprendre plutôt que de voir le but anéanti parce que l'on aura cru qu'une figure ancienne peut être indéfiniment dénaturée pour répondre à l'intention de l'auteur du projet ».

III. — LA RÉPARTITION DES COMPÉTENCES

A. — *Les compétences des collectivités fédérées* *Généralités*

61. — Des dispositions relatives aux dépenses électorales concernant les élections des conseils de communauté et de région portent sur les élections de ces conseils proprement dites. Des dispositions relatives au contrôle des

(194) Avis L. 31.338/1 du 10 mai 2001 sur un avant-projet de loi « relative aux pensions complémentaires », *Doc. parl.* Chambre, sess. 2000-2001, n° 1340/1.

(195) Avis L. 32.008/2 du 12 novembre 2001 sur un avant-projet de loi « ouvrant le mariage à des personnes de même sexe et modifiant certaines dispositions du Code civil », *Doc. parl.*, Chambre, sess. 2001-2002, n° 1692/1.

(196) Voir également l'article 21, alinéa 2, de la Constitution qui prescrit que le mariage civil devra toujours précéder la bénédiction nuptiale, laquelle implique l'union entre un homme et une femme.

communications gouvernementales ont trait au fonctionnement des gouvernements. Conformément aux articles 118, § 1^{er}, et 123, § 1^{er}, de la Constitution, ces dispositions doivent, en principe, faire l'objet d'une loi spéciale, du moins en ce qui concerne la Communauté française et la Région wallonne, ainsi que la Communauté flamande et la Région flamande. Dans le cadre de l'autonomie constitutive des communautés et régions précitées, le législateur spécial peut également confier les compétences dont il est question aux conseils de communauté et de région concernés. Dans ce cas, il est requis que ces conseils exercent, par la voie de décrets, eux-mêmes adoptés à une majorité spéciale, les compétences qui leur sont ainsi confiées (articles 118, § 2, et 123, § 2, de la Constitution) (197).

Dans le cadre de l'autonomie constitutive qui lui est reconnue par les articles 123, § 2, de la Constitution et 49, § 1^{er}, de la loi spéciale du 8 août 1980, le Parlement flamand peut instituer de nouveaux instruments de contrôle de la responsabilité politique du Gouvernement, notamment en prévoyant une obligation d'information sur les grands projets (198).

62. — En vue de réglementer l'octroi de subsides en matière de formation professionnelle, la Communauté flamande doit, pour respecter la répartition territoriale des compétences, prévoir comme critère de rattachement, soit la localisation du siège d'exploitation de l'entreprise sur le territoire de la région de langue néerlandaise, soit, dans la région bilingue de Bruxelles-Capitale, les institutions demanderesse de subsides qui, en raison de leurs activités, doivent être considérées comme appartenant exclusivement à la Communauté flamande (199).

B. — *Les compétences des Communautés*

1. *L'enseignement*

63. — Contrairement à ce que sa dénomination pourrait laisser penser, la réglementation des avantages sociaux relève de la compétence des com-

(197) Avis L. 31.594/2 du 7 mai 2001 sur un avant-projet de loi « modifiant la loi du 31 décembre 1983 de réformes institutionnelles pour la communauté germanophone », *Doc. parl.*, Sénat, sess. 2000-2001, n° 783/1.

(198) Avis L. 31.049/3 du 13 mars 2001 sur une proposition de décret « houdende controle op grote projecten », *Gedr. St.*, VI. R., sess. 2000-2001, n° 493/2.

(199) Avis L. 31.665/1 du 5 juillet 2001 sur un projet d'arrêté du Gouvernement flamand « tot vaststelling van de nadere voorwaarden en regels volgens welke subsidies worden verleend voor permanente vorming en opleiding voor werkenden en bedrijven, luik 'hefboomkrediet — vernieuwende arbeidsorganisatie' »; avis L. 31.666/1 du 5 juillet 2001 sur un projet d'arrêté du Gouvernement flamand « tot vaststelling van de nadere voorwaarden en regels volgens welke subsidies worden verleend voor permanente vorming en opleiding voor werkenden en bedrijven, luik 'hefboomkrediet — flankerend beleid' »; avis L. 31.667/1 du 20 septembre 2001 sur un projet d'arrêté du Gouvernement flamand « tot vaststelling van de nadere voorwaarden en regels volgens welke subsidies worden verleend voor permanente vorming en opleiding voor werkenden en bedrijven, luik 'hefboomkrediet — loopbaanadvisering' ».



munautés au titre de l'enseignement et non de la matière personnalisable de l'aide aux personnes. Le siège de la matière réside en effet dans l'article 33 de la loi du 29 mai 1959 modifiant certaines dispositions de la législation de l'enseignement, dite loi du Pacte scolaire. L'objet de cette disposition n'est pas d'accorder une aide sociale aux élèves mais de régler le financement des établissements scolaires. Il revient, dès lors, au législateur communautaire de régler cette matière (200).

64. — Selon l'article 127, § 2, de la Constitution, les décrets communautaires en matière d'enseignement « ont force de loi respectivement dans la région de langue française et dans la région de langue néerlandaise, ainsi qu'à l'égard des institutions établies dans la région bilingue de Bruxelles-Capitale qui, en raison de leurs activités, doivent être considérées comme appartenant exclusivement à l'une ou à l'autre communauté ». Comme le relève Francis Delpérée, « ... les termes (les institutions) sont particulièrement vagues; ils peuvent viser des institutions privées ou publiques, des entités autonomes ou des services distincts, etc. » (201).

Une école organisée par une commune de la région bilingue de Bruxelles-Capitale et dont la langue d'enseignement est le français est donc une institution qui, en raison de son activité, doit être considérée comme appartenant exclusivement à la Communauté française. L'article 5, alinéa 2, de la loi du 30 juillet 1963 concernant le régime linguistique dans l'enseignement permet, d'ailleurs, aux communes de cette région d'organiser des sections d'enseignement unilingue pour autant que les sections de régime linguistique différent ne soient pas placées sous une même direction et relèvent de l'inspection de leur régime linguistique. Par contre, en tant que telle, une commune de la région bilingue de Bruxelles-Capitale ne peut évidemment pas être considérée comme appartenant exclusivement à l'une des commu-

(200) Avis L. 30.958/2 du 19 février 2001 cité à la note 8. Voir également en ce sens, *Chronique de jurisprudence* 1996, *cette revue*, 1997/2, p. 198, n° 41. Sur le fait que la matière d'enseignement englobe les avantages sociaux, voir également les avis L. 30.037/2 du 24 mai 2000 sur un avant-projet devenu le décret de la Communauté française du 20 juillet 2000 portant assentiment à l'accord de coopération du 21 mars 2000 entre la Communauté française et la Région wallonne portant sur le refinancement de la Communauté française par la Région wallonne pour un montant de 900 millions de francs par la coopération dans le cadre de politiques croisées, sur la détermination des modalités de décision dans le cadre des programmes afférents aux Fonds structurels européens et sur le développement des entreprises culturelles, *Doc. C.C.F.*, sess. 1999-2000, n° 95/1, et L. 30.102/2 du 24 mai 2000 sur un avant-projet devenu le décret régional wallon du 18 juillet 2000 portant assentiment au même accord de coopération, *Doc. C.R.W.*, sess. 1999-2000, n° 124/1.

(201) F. Delpérée, *Le droit constitutionnel de la Belgique*, Bruxelles/Paris, Bruylant/L.G.D.J., 2000, p. 328. Dans le même sens, pour P. de Stexhe, « par 'institution' on n'entend pas seulement les personnes morales de droit public ou de droit privé, mais également les organismes établis dans la Région de Bruxelles-Capitale qui relèvent de personnes morales de droit public ou de droit privé » (*La révision de la Constitution belge 1968-1971*, Namur/Bruxelles, Société d'études morales, sociales et juridiques/Larcier, 1972, p. 104).

nautés (202). Dans cette région, l'article 33 de la loi du 29 mai 1959 dite du Pacte scolaire demeure d'application et il appartient au législateur fédéral, au titre de sa compétence dans les matières « biéducatives », de modifier éventuellement cette disposition (203).

Pour leur part, les écoles européennes sont établies tant dans la région bilingue de Bruxelles-Capitale que dans la région de langue néerlandaise. Dès lors qu'il s'agit d'établissements d'enseignement, ces institutions relèvent en principe de la compétence des communautés. En vertu de l'article 127, § 2, précité, l'école européenne établie dans la région de langue néerlandaise relève de la compétence de la Communauté flamande; par contre, les écoles européennes établies dans la région bilingue de Bruxelles-Capitale ne peuvent pas être regardées, en raison de leurs activités, comme appartenant exclusivement à l'une ou à l'autre communauté, si bien qu'elles relèvent de l'autorité fédérale (204).

65. — Les Communautés ne sont compétentes, en matière d'interruption de carrière professionnelle, que pour régler les aspects touchant à la situation administrative des membres du personnel de l'enseignement et des centres psycho-médico-sociaux, à l'exclusion de tous les aspects touchant à l'indemnité d'interruption et à l'obligation de remplacement par un chômeur indemnisé, qui relèvent de la compétence fédérale. Dans l'exercice de cette compétence, les Communautés ne pourraient accorder plus de droits qu'il n'en est prévu par la législation fédérale, notamment en matière d'indemnité d'interruption de carrière (205).

2. *Les matières culturelles*

66. — Selon la jurisprudence de la Cour d'arbitrage, l'autorité fédérale est compétente en ce qui concerne les normes techniques relatives à l'attribution des fréquences et à la puissance des émetteurs, mais uniquement dans la mesure où ces normes doivent rester communes pour l'ensemble des radiocommunications quelle que soit leur destination, notamment pour permettre l'intégration de chacune des ondes radioélectriques dans le réseau de toutes celles qui sont émises sur le territoire national et pour éviter les perturbations mutuelles. Ce sont toutefois les communautés qui, en dehors des

(202) Voir en ce sens les avis L. 19.045/8 du 18 septembre 1990 sur un avant-projet devenu le décret du 24 juillet 1991 « houdende organisatie van het overleg en inspraak gemeentelijk cultuurbeleid », *Gedr. St.*, VI. R., 1990-1991, n° 522/1, L. 21.568/2/9 du 11 mai 1992 sur un avant-projet devenu le décret-programme du 26 juin 1992, *Doc. CCF*, sess. extr. 1992, n° 39/1, et L. 30.878/4 du 11 décembre 2000 sur un projet d'arrêté du Gouvernement de la Communauté française « fixant les conditions d'octroi des subventions pour l'achat de matériel sportif ».

(203) Avis L. 30.958/2 du 19 février 2001 cité à la note 8.

(204) Avis L. 32.455/1/2/3/4 des 30 et 31 octobre 2001 cité à la note 19.

(205) Avis L. 31.609/2/V du 8 août 2001 sur un projet d'arrêté du Gouvernement « modifiant l'arrêté du Gouvernement de la Communauté germanophone du 9 novembre 1994 relatif à l'interruption de la carrière professionnelle dans l'enseignement et les centres psycho-médico-sociaux ».



normes techniques susvisées, sont en principe compétentes pour édicter des règles concernant la puissance d'émission d'antennes de radiodiffusion et de télévision (206). De même, les communautés ont la compétence de régler les aspects techniques qui sont spécifiques à la matière de la radiodiffusion et d'attribuer les fréquences. Ainsi, un avant-projet de décret, qui entend fixer un cadre de référence pour l'élaboration d'un plan des fréquences attribuables aux services de radiodiffusion sonore en modulation de fréquence dans la bande 87.5-108 MHz, relève des compétences des communautés, dès lors qu'il s'agit là d'un aspect technique accessoire à la matière de la radiodiffusion et qui est spécifique à celle-ci (207).

3. *Les matières personnalisables*

67. — Selon l'article 5, § 1^{er}, I, 1^o, de la loi spéciale du 8 août 1980, les communautés sont compétentes, en ce qui concerne la politique de santé, pour la politique de dispensation des soins dans et au dehors des institutions de soins. Dans ce domaine, l'autorité fédérale n'est demeurée compétente que pour la législation organique (article 5, § 1^{er}, I, 1^o, a) ainsi que pour un certain nombre de matières qui concernent le financement ou l'assurance maladie-invalidité (article 5, § 1^{er}, I, 1^o, b à g). Il ne peut être considéré que des dispositions réglant la manière dont les institutions de soins de santé doivent traiter leurs patients, en tenant compte des règles relatives à la protection de la vie privée et au droit à l'autodétermination, ainsi que des dispositions relatives à la médiation et au traitement des plaintes, à l'information et à la participation du patient, relèvent de la législation organique. La législation organique s'étend au contraire aux réglementations à « caractère organisationnel » et se limite, en outre, aux règles de base relatives à des types déterminés d'institutions de soins de santé. Il s'agit incontestablement des hôpitaux et des services énumérés à l'article 5 de la loi du 27 juin 1978 modifiant la législation sur les hôpitaux et relative à certaines autres formes de dispensation de soins. Outre les institutions qui sont demeurées de la compétence de l'autorité fédérale, il y a toutefois d'autres institutions qui relèvent de la compétence des communautés (208).

(206) Avis L. 31.144/3 du 13 février 2001 sur un projet d'arrêté royal « fixant la norme pour les antennes émettant des ondes électromagnétiques entre 10 MHz et 10 GHz ».

(207) Avis L. 31.867/4 du 27 juin 2001 sur un avant-projet de décret « fixant le cadastre initial de référence de la Communauté française pour la radiodiffusion sonore en modulation de fréquence dans la bande 87.5-108 MHz », *Doc. CCF*, sess. 2000-2001, n° 202/1.

(208) Ainsi, à l'époque des travaux préparatoires de la loi spéciale du 8 août 1980, l'idée de base était que les communautés étaient compétentes pour les services de soins intégrés à domicile, les maisons de repos pour personnes âgées s'occupant de dispensation de soins et les services de santé mentale (rapport fait au nom de la commission du Sénat, *Doc. parl.*, Sénat, 1979-80, n° 434-2, p. 124; déclaration de M. Califice, Ministre de la Santé publique et de l'Environnement, *Ann. parl.*, Sénat, 20 juillet 1980, p. 2319; rapport fait au nom de la commission de la Chambre, *Doc. parl.*, Chambre, 1979-80, n° 627-10, p. 52).

Les dispositions relatives à la structuration de l'activité médicale et infirmière dans un hôpital relèvent en principe de la compétence des communautés comme faisant partie de la politique de dispensation de soins dans les institutions de soins. A titre exceptionnel, ces dispositions peuvent néanmoins relever des matières restées de la compétence du pouvoir fédéral en vertu de l'article 5, § 1^{er}, I, 1^o, b) à f), de la loi spéciale. Cela peut notamment être le cas lorsque ces dispositions instaurent des mesures pouvant être jugées utiles pour mener une politique efficace et cohérente en ce qui concerne le financement de l'exploitation, l'assurance maladie-invalidité ou la programmation, ou lorsqu'il s'agit de normes d'agrément qui ont une répercussion sur le financement ou sur l'assurance maladie-invalidité (209).

L'autorité fédérale n'est pas non plus compétente pour tous les aspects de l'administration de soins palliatifs. Il résulte de la répartition des compétences que l'autorité fédérale n'est pas compétente pour élaborer une réglementation générale à propos de l'administration de soins palliatifs (210) et qu'elle doit au contraire se limiter à ces aspects de la réglementation qui peuvent s'inscrire dans le cadre de l'une des matières réservées à l'autorité fédérale par l'article 5, § 1^{er}, I, 1^o, de la loi spéciale du 8 août 1980 (211) ou qui concernent l'exercice d'une profession dans le domaine des soins de santé (212).

68. — L'accueil et l'intégration des immigrés relèvent de la politique de l'aide aux personnes et constituent essentiellement des matières personnalisables qui relèvent de la compétence des communautés (article 5, § 1^{er}, II, 3^o, de la loi spéciale du 8 août 1980). Il n'appartient pas au législateur fédéral de confier au Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme des missions dans des matières communautaires (213).

69. — Si les communautés peuvent légiférer en ce qui concerne les services qui interviennent dans l'adoption des enfants à l'intérieur du pays, elles ne peuvent créer des obligations dans le chef du candidat adoptant. En effet, la capacité d'adopter et la procédure d'adoption sont des matières restées fédérales et qui sont régies par le Code civil (214). Les communautés ne peuvent pas non plus régler directement les relations entre un handicapé et un tiers responsable de l'indemnisation de son dommage dans la mesure

(209) Avis L. 32.299/3 du 4 décembre 2001 cité à la note 68. Voir dans le même sens, C.A., arrêt n° 71/97 du 20 novembre 1997, cons. B.3.3. Voir également C.A., arrêt n° 108/2000 du 31 octobre 2000, cons. B.4.4.

(210) Ainsi, les communautés sont compétentes pour organiser les soins palliatifs à domicile.

(211) Voir à propos de l'ampleur de cette compétence, notamment, C.A., arrêts n° 83/98 du 15 juillet 1998 et n° 108/2000 du 31 octobre 2000.

(212) Avis L. 31.441/AV-AG et 31.442/AV-AG du 20 juin 2001 cités à la note 31.

(213) Avis L. 31.132/2 du 12 mars 2001 cité à la note 66.

(214) Avis L. 32.038/3 du 18 décembre 2001 sur un projet d'arrêté du Gouvernement flamand « betreffende adoptiediensten die bemiddelen voor binnenlandse kinderen ».



où cette relation est basée sur des règles fédérales telles que la responsabilité civile, des dispositions concernant les assurances et les accidents du travail, ainsi que d'autres réglementations fédérales similaires (215).

La protection de la jeunesse est une matière qui a été confiée aux communautés dans le cadre de leurs compétences en matière d'aide aux personnes. Comme l'a indiqué la Cour d'arbitrage (216), elle revêt toujours essentiellement une finalité d'aide et d'assistance, même lorsqu'elle présente un caractère contraignant. Bien qu'il puisse, dans la définition des mesures de protection de la jeunesse susceptibles d'être prises à l'égard de mineurs ayant commis un fait qualifié d'infraction — — matière relative à la protection de la jeunesse restée par voie d'exception de la compétence fédérale — être, dans une certaine mesure, tenu compte du souci de préserver la sécurité publique, encore faut-il que ces mesures se caractérisent néanmoins de manière substantielle par la finalité évoquée ci-dessus, pour pouvoir être qualifiées de mesures s'inscrivant dans le cadre de la protection de la jeunesse au sens de l'article 5, § 1^{er}, II, 6^o, de la loi spéciale du 8 août 1980. Seule cette finalité peut en effet justifier que ces mesures définies par le législateur fédéral soient exécutées dans des structures relevant de la compétence des communautés en vertu de la compétence qui leur est dévolue en matière de protection de la jeunesse dans le cadre de l'aide aux personnes (217).

Les observations ci-dessus ne permettent toutefois pas de conclure que l'autorité fédérale ne serait pas habilitée à concevoir la réponse de la société à la délinquance juvénile autrement que par l'adoption de mesures de protection de la jeunesse, notamment par la mise en place d'un système de sanctions pour jeunes ou de mesures axées sur la réparation. Dans ce cas, ce n'est plus en vertu de la compétence dont il est, par dérogation à la compétence de principe des communautés, investi en ce qui concerne la détermination des mesures qui peuvent être prises à l'égard des mineurs ayant commis un fait qualifié d'infraction (article 5, § 1^{er}, II, 6^o, d), de la loi spéciale du 8 août 1980), que le législateur intervient, mais en vertu de la compétence résiduaire qui lui revient aussi longtemps que l'article 35 de la Constitution n'est pas entré en vigueur (218).

C'est précisément parce qu'une telle intervention est étrangère à la matière de la protection de la jeunesse que les sanctions ou mesures de réparation à prendre par le tribunal de la jeunesse ne peuvent être exécutées.

(215) Avis L. 31.749/3 du 23 octobre 2001 sur un avant-projet de décret « tot wijziging van artikel 6 van het decreet van 27 juni 1990 houdende oprichting van een Vlaams fonds voor de sociale integratie van personen met een handicap », *Gedr. St.*, VI. R., sess. 2001-2002, n° 1041/1.

(216) Voir C.A., arrêt n° 66 du 30 juin 1988, cons. 2.B.

(217) Avis L. 32.467/VR du 9 novembre 2001 sur une proposition de loi « modifiant la loi du 8 avril 1965 relative à la protection de la jeunesse », *Doc. parl.*, Chambre, sess. 2000-2001, n° 942/4.

(218) *Ibidem*.

tées dans des structures relevant des communautés ou ne peuvent y faire l'objet d'un accompagnement et que, le cas échéant, il conviendra à cet effet de faire intervenir des structures relevant de l'autorité fédérale. Dans le prolongement de ce qui vient d'être relevé, l'obligation de concertation visée à l'article 6, § 3*bis*, 4°, ne s'applique pas, étant donné que les sanctions ou mesures de réparation définies par le législateur fédéral ne sont pas des mesures au sens de cette disposition (219), ce qui entraîne également la disparition de la raison d'être de cette obligation de concertation qui vise à aligner la politique relative à ces mesures sur la politique concernant les structures dans lesquelles elles doivent être exécutées (220).

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

70. — Le Conseil de l'éducation et de la formation ne relève plus exclusivement de la Communauté française puisqu'il accomplit une partie de ses missions pour le compte de la Région wallonne et de la Commission communautaire française. En effet, en vertu des articles 78 et 83 de la loi spéciale du 8 août 1980, rendus applicables par l'article 4, 1°, des décrets de transfert, il y a lieu de considérer que, en matière de formation, par exemple, le Conseil de l'éducation et de la formation transmet son rapport au Gouvernement de la Région wallonne et au Collège de la Commission communautaire française, qui le transmettent respectivement au Conseil de la Région wallonne et à l'Assemblée de la Commission communautaire française (221). Partant, la Communauté française n'est plus compétente pour définir les missions et les règles de fonctionnement du Conseil de l'éducation et de la formation en matière de formation professionnelle. Toutefois, ce conseil ayant été créé dans le but de « réunir les mondes de l'enseignement et de la formation et assurer leur collaboration en tenant compte à la fois de leur importance relative et de leur spécificité », on ne peut pas distinguer, dans ses missions, sa composition et son fonctionnement, les aspects relatifs à l'enseignement des aspects relatifs à la formation, de sorte que seule la conclusion d'un accord de coopération permet de répondre utilement à cette préoccupation (222).

(219) Cette disposition fait elle-même référence à la notion de mesures telle qu'elle figure à l'article 5, § 1^{er}, II, 6°, de la loi spéciale du 8 août 1980.

(220) Avis L. 32.467/VR du 9 novembre 2001 cité à la note 217.

(221) Comparez, par analogie, l'avis L. 28.283/4 du 9 novembre 1998 sur un avant-projet devenu le décret de la Région wallonne du 25 février 1999 « relatif aux subventions octroyées à certains investissements en matière d'infrastructures sportives » où la section de législation du Conseil d'Etat a considéré que pour légiférer en matière sportive, la Région wallonne devait consulter au préalable le Conseil supérieur de l'éducation physique, des sports et de la vie en plein air, conformément à l'article 2, § 1^{er}, du décret du 23 décembre 1988 (*Doc. CRW*, sess. 1998-1999, n° 439/1).

(222) Avis L. 31.087/2 du 24 janvier 2001 sur un avant-projet de décret « modifiant le décret du 12 juillet 1990 créant le Conseil de l'éducation et de la formation de la Communauté française », *Doc. CCF*, sess. 2000-2001, n° 163/1.

C. — *Les compétences des Régions*

1. *L'aménagement du territoire*

71. — Il est contraire au devoir d'assistance et de conseil auquel l'architecte est tenu à l'égard de son client, de charger l'architecte d'adresser aux autorités administratives un certificat de conformité ou de non-conformité au permis d'urbanisme des actes ou des travaux accomplis. En effet, ce faisant, l'architecte méconnaîtrait l'un des aspects essentiels du devoir d'assistance et de conseil, à savoir le fait de veiller aux intérêts de son client. Certes, l'architecte doit s'assurer que les actes ou les travaux accomplis sont conformes au permis délivré et doit avertir son client des éventuels éléments de non-conformité; en outre, si son client ne veut pas se conformer au permis, il appartient à l'architecte de mettre fin à sa mission ou de ne la poursuivre que moyennant des réserves. Mais son rôle ne consiste pas à adresser aux autorités administratives un certificat dans lequel il devrait faire mention d'éventuelles infractions. La Région wallonne n'est pas compétente pour prendre des dispositions heurtant les devoirs qui viennent d'être évoqués. En effet, la détermination des devoirs professionnels et la déontologie des architectes sont des matières qui relèvent des compétences résiduelles de l'autorité fédérale. En outre, l'atteinte que les dispositions à l'examen portent au devoir d'assistance et de conseil est trop importante pour que l'on puisse admettre que les autorités régionales adoptent ces dispositions en se fondant sur le pouvoir que leur reconnaît l'article 10 de la loi spéciale du 8 août 1980 de prendre des mesures relatives à des matières pour lesquelles elles ne sont pas compétentes (223).

2. *L'environnement et la politique de l'eau*

72. — En ce qui concerne les centrales nucléaires et autres réacteurs nucléaires et les installations destinées à l'élimination définitive ou au stockage de plus de dix ans de combustibles nucléaires irradiés, la compétence de la Région wallonne ne s'étend pas aux incidences sur l'environnement qui sont à mettre en rapport avec la protection contre les radiations ionisantes, matière attribuée à l'autorité fédérale. Mais, pour le surplus, et singulièrement pour les aspects des incidences sur l'environnement qui relèvent de l'urbanisme et de l'aménagement du territoire, la compétence régionale n'est pas discutable (224).

73. — Pour ce qui concerne la politique de l'eau, la compétence des régions se limite aux matières relatives à la production et à la distribution

(223) Avis L. 31.683/4 du 3 décembre 2001 cité à la note 96.

(224) Avis L. 31.261/2/V du 23 juillet 2001 cité à la note 92. Voir, sur cette question, C.A., arrêts n° 54 du 24 mai 1988 et n° 57/95 du 12 juillet 1995.

d'eau. Selon les travaux préparatoires de la loi spéciale du 8 août 1980, l'objet de la loi du 14 août 1933 concernant la protection des eaux de boisson fait partie des matières en question (225). Il s'ensuit que les régions ont le pouvoir de prendre diverses mesures, et en particulier de fixer « la réglementation technique relative à la qualité de l'eau potable ». La compétence fédérale relative à l'établissement de « normes de produits » (article 6, § 1^{er}, II, alinéa 2, 1^o, de la loi spéciale) n'est en l'occurrence pas opposable à la compétence des régions.

Par contre, les aspects qui concernent effectivement la qualité de l'eau de boisson, mais qui n'ont aucun rapport avec la production ou la distribution d'eau, ne relèvent pas des compétences transférées aux régions et sont, par conséquent, demeurés de la compétence résiduelle dont le pouvoir fédéral dispose toujours à l'heure actuelle, notamment dans le domaine des eaux. Ainsi, l'autorité fédérale demeure compétente pour édicter des normes relatives au conditionnement des eaux destinées à la vente au consommateur, à l'utilisation des eaux dans les établissements alimentaires et à la distribution d'eau à des établissements alimentaires au moyen d'un camion-citerne ou d'un bateau-citerne (226).

3. *La politique agricole*

74. — Selon l'article 6, § 1^{er}, V, alinéa 1^{er}, de la loi spéciale du 8 août 1980, remplacé par la loi spéciale du 13 juillet 2001, les régions sont compétentes, à partir du 1^{er} janvier 2002, pour « la politique agricole ..., sans préjudice de la compétence fédérale afférente ... 4^o au Bureau d'intervention et de restitution belge, étant entendu que les régions disposent en son sein d'une représentation garantie et significative ». Lorsque la loi spéciale fait état d'une compétence fédérale en ce qui concerne le BIRB, tout en ménageant une représentation « significative » des régions (227), cela signifie que la position dominante de l'autorité fédérale doit continuer à résulter de la composition des organes de gestion. Renoncer à cette position dominante

(225) Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Sénat, sess. 1979-1980, n° 434/1, p. 21.

(226) Avis L. 31.421/3 du 18 octobre 2001 sur un projet d'arrêté royal « relatif à la qualité des eaux destinées à la consommation humaine qui sont conditionnées ou qui sont utilisées dans les établissements alimentaires pour la fabrication et/ou la mise dans le commerce de denrées alimentaires » et avis L. 32.098/3 du 3 décembre 2001 sur un avant-projet de décret « betreffende water bestemd voor menselijke aanwending », *Gedr. St.*, VI. R, sess. 2001-2002, n° 1045/1.

(227) Les travaux préparatoires de la loi spéciale du 13 juillet 2001 ne précisent aucunement ce qu'il faut entendre par une « représentation garantie et significative » des régions. C'est ainsi qu'au Sénat, le ministre compétent a renvoyé, à propos du mot « significatif », à la définition qu'en donne le dictionnaire van Dale, à savoir « permettant des conclusions fondées » et a déclaré que le terme serait explicité dans le projet de loi connexe (rapport, *Doc. parl.*, Sénat, sess. 2000-2001, n° 709/7, p. 173).



viderait en réalité la compétence fédérale de sa substance. Il n'est pas au pouvoir du législateur ordinaire d'édicter une telle règle (228).

4. *La politique de l'énergie*

75. — Dans le cadre de leur compétence en matière d'énergie électrique, les régions peuvent prévoir la fourniture minimale d'électricité gratuite. Ce faisant, même si elles peuvent exercer une influence indirecte à cet égard, elles ne portent pas atteinte à la compétence fédérale en matière de politique des prix (229).

5. *Les pouvoirs subordonnés*

76. — La tutelle ordinaire organisée par les régions peut trouver à s'appliquer à l'égard des actes pris par les autorités communales compétentes en matière d'organisation et de gestion du corps de police locale, pour autant qu'elle n'ait pas pour objet de vérifier le respect des dispositions prises par ou en vertu de la loi du 7 décembre 1998 organisant un service de police intégré, structuré à deux niveaux (230).

6. *La politique de l'emploi*

77. — Depuis l'entrée en vigueur de l'article 49 de la loi spéciale du 13 juillet 2001, les régions sont désormais compétentes, en ce qui concerne la politique de l'emploi, pour « ... les programmes de remise au travail des demandeurs d'emploi inoccupés » (article 6, § 1^{er}, IX, 2^o, alinéa 1^{er}, de la loi spéciale du 8 août 1980). En remplaçant les mots « chômeurs complets indemnisés ou des personnes assimilées » par les mots « demandeurs d'emploi inoccupés », le législateur spécial a entendu : « ... intégrer dans la notion de demandeur d'emploi inoccupé non seulement les chômeurs complets indemnisés, mais également les personnes sans emploi qui en cherchent un : les demandeurs d'emploi inoccupés en période de stage d'attente; les demandeurs d'emploi inoccupés librement inscrits; les autres demandeurs d'emploi inoccupés obligatoirement inscrits. La notion de demandeur d'em-

(228) Avis L. 32.012/3 du 4 décembre 2001 sur un amendement du gouvernement en remplacement des articles 1^{er} et 2 d'un projet de loi « modifiant la loi du 10 novembre 1967 portant création du Bureau d'intervention et de restitution belge », *Doc. parl.*, Chambre, sess. 2000-2001, n° 1289/3.

(229) Avis L. 31.935/1 du 27 septembre 2001 sur un projet d'arrêté du Gouvernement flamand « houdende het gratis vervoer en de gratis levering van een hoeveelheid elektriciteit als sociale openbare dienstverplichting ».

(230) Avis L. 31.373/2 du 7 mai 2001 sur un projet d'ordonnance « organisant la tutelle administrative sur les zones de police de la Région de Bruxelles-Capitale », *Doc. CRBC*, sess. 2000-2001, n° A-195/1.

ploi inoccupé est ainsi conforme à la notion de chômeur telle qu'elle est utilisée au niveau de l'Union européenne. » (231).

D. — *Les compétences de l'Etat fédéral*

1. *La sécurité sociale*

78. — Un nouveau système d'allocations peut uniquement être considéré comme un régime de sécurité sociale lorsqu'il s'agit d'allocations qui sont accordées à des personnes appartenant ou ayant appartenu à un groupe professionnel déterminé ou à leurs ayants droit et, corrélativement, qui sont cofinancées par les cotisations des personnes appartenant au groupe professionnel concerné et celles de leurs employeurs éventuels. Ce dernier élément explique d'ailleurs pourquoi les réserves faites dans le domaine de la sécurité sociale ont été introduites dans l'article 6, § 1^{er}, VI, de la loi spéciale du 8 août 1980 à titre d'exception à la compétence des régions en matière économique, même si elles s'appliquent également aux compétences des communautés et aux autres compétences des régions : un système qui repose sur les cotisations versées par les travailleurs et les employeurs et les cotisations versées par les indépendants a en effet une incidence sur le coût de production et, de ce fait, également sur le niveau des prix et porte dès lors atteinte à l'union économique, fondement de la structure étatique belge (232).

2. *Les compétences résiduelles*

79. — Aucune disposition constitutionnelle ou législative ne transfère aux régions la matière du transport en commun par chemin de fer. En ce qui concerne le transport en commun, seul « 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 » a été attribué aux régions. L'article 6, § 3bis, 3°, de la loi spéciale confirme cette répartition des compétences puisqu'il prescrit une concertation entre les gouvernements régionaux concernés et l'autorité fédérale concernée pour « la coopération entre les chemins de fer, d'une part, et les sociétés de transport urbain et vicinal, d'autre part ». En outre, en vertu de l'article 6, § 1^{er}, X, alinéa 1^{er}, 2° bis, de la loi spéciale, les régions sont compétentes, en ce qui

(231) Avis L. 32.047/2 du 7 novembre 2001 sur un avant-projet de décret « relatif aux aides visant à favoriser l'engagement de demandeurs d'emploi inoccupés par les pouvoirs locaux, régionaux et communautaires, par certains employeurs du secteur non marchand, de l'Enseignement et du secteur marchand », *Doc. CRW*, sess. 2001-2002, n° 289/1. Voy. l'exposé des motifs du projet devenu la loi du 13 juillet 2001 (*Doc. parl.*, Chambre, sess. 2000-2001, n° 1183/1, p. 27).

(232) Dans le même sens, voir *Chronique de jurisprudence 2000, cette revue*, 2002/1, pp. 104-106, n° 96.



concerne les travaux publics et le transport, pour « le régime juridique de la voirie terrestre et des voies hydrauliques, quel qu'en soit le gestionnaire, à l'exclusion des voies ferrées gérées par la Société nationale des chemins de fer belges ». Le chemin de fer est donc demeuré dans la sphère de compétence fédérale, qui inclut notamment les modalités d'organisation et de contrôle de ce service public, actuellement géré par la S.N.C.B. Comme la section de législation du Conseil d'Etat l'a rappelé à plusieurs reprises, « [...] 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 institutions de droit public ou de droit privé, 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 spéciale » (233).

80. — Selon, l'article 6, § 1^{er}, III, 5^o, de la loi spéciale du 8 août 1980, les régions sont compétentes pour « la chasse à l'exception de la fabrication, du commerce et de la détention d'armes de chasse et de la tenderie ». L'Etat fédéral est donc bien compétent pour élaborer une réglementation relative aux armes ayant trait notamment aux conditions de leur détention et de leur utilisation. Cependant, le législateur fédéral ne peut, en exerçant sa compétence résiduelle, porter atteinte de façon excessive aux compétences attribuées aux communautés et aux régions par la Constitution ou en vertu de celle-ci, notamment en rendant l'exercice de celles-ci impossible ou exagérément difficile (234).

Imposer aux communautés de demander l'avis du Conseil des ministres avant d'adopter une réglementation relative à la licence de tireur sportif « afin de vérifier la concordance de cette réglementation avec les exigences de la présente loi » n'est pas compatible avec les règles de répartition des compétences. En matière de sport, les communautés sont compétentes pour édicter des règles qui leur sont propres sans devoir consulter au préalable l'autorité fédérale. Compte tenu de la compétence résiduelle de l'Etat fédéral pour ce qui concerne la réglementation des armes à feu, les communautés devront respecter ce cadre juridique lorsqu'elles établiront une régle-

(233) Avis L. 32.367/VR du 18 octobre 2001 sur un avant-projet de décret « portant assentiment à l'accord de coopération entre l'Etat, la Région flamande, la Région wallonne et la Région de Bruxelles-Capitale relatif au plan d'investissement pluriannuel 2001-2012 de la S.N.C.B. », *Doc. CRW*, sess. 2001-2002, n° 269/1; avis L. 32.371/VR du 23 octobre 2001 sur un avant-projet de loi portant assentiment au même accord de coopération, *Doc. parl.*, Chambre, sess. 2001-2002, n° 1463/1; avis L. 32.529/3 du 14 novembre 2001 sur un avant-projet de décret portant assentiment au même accord de coopération, *Parl. St.*, VI. Parl., sess. 2001-2002, n° 938/1; avis L. 32.499/4 du 13 novembre 2001 sur un avant-projet d'ordonnance portant assentiment au même accord de coopération, *Doc. CRBC*, sess. 2001-2002, n° A-239/1.

(234) Avis L. 32.227/4 du 22 octobre 2001 sur avant-projet de loi « modifiant la loi du 3 janvier 1933 relative à la fabrication, au commerce et au port des armes et commerce des munitions », *Doc. parl.*, Chambre, sess. 2001-2002, n° 1598/1.

mentation relative au tir sportif, à l'instar des régions lorsqu'elles fixent les règles de la chasse. Seul un accord de coopération pris sur la base de l'article 92*bis*, § 1^{er}, de la loi spéciale du 8 août 1980 pourrait intervenir pour assurer une certaine cohérence entre, d'une part, les règles fédérales touchant aux armes à feu et, d'autre part, les normes communautaires en matière de tir sportif (235).

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

81. — Il n'existe en soi aucune objection constitutionnelle à ce que le législateur spécial transfère une matière aux communautés et aux régions à condition de conclure un accord de coopération relatif à cette matière ou à l'un de ses aspects. Le législateur spécial peut en effet lier le transfert de compétences aux communautés et aux régions à la condition qu'elles les exercent conjointement (236).

La question se pose de savoir si l'autorité fédérale peut subordonner l'exercice de sa propre compétence à la conclusion d'un accord de coopération avec la Communauté française et la Communauté flamande. En principe, le législateur fédéral peut disposer que le Roi ne peut exercer la compétence qui lui est attribuée que si certaines conditions ont été remplies. Ces conditions doivent toutefois être compatibles avec la Constitution et avec les règles répartitrices de compétences. Tel n'est pas le cas en l'espèce. En effet, « la conclusion d'un accord de coopération prévu par l'article 92*bis* (de la loi spéciale 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 ». Or, en subordonnant la désignation des projets pour lesquels l'autorité fédérale est seule compétente, à l'accord des deux communautés visées, l'autorité fédérale abandonnerait en partie sa compétence (237).

82. — « Les grands axes de la politique énergétique nationale » doivent faire l'objet d'une concertation associant les gouvernements concernés et l'autorité fédérale compétente. Compte tenu des options fondamentales qui sont à la base de la libéralisation du marché de l'énergie — notamment en ce qui concerne le choix d'un accès réglementé au lieu d'un accès négocié et l'accélération du calendrier de l'ouverture du marché du gaz naturel —,

(235) *Ibidem*.

(236) Avis L. 31.227/VR du 21 février 2001 sur un avant-projet de loi spéciale « portant refinancement des communautés et extension des compétences fiscales des régions », *Doc. parl.*, Chambre, sess. 2000-2001, n° 1183/1.

(237) *Ibidem*.



il convient que le projet de loi en cause fasse l'objet d'une concertation avec les gouvernements régionaux. Conformément à l'article 124*bis* de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage, la méconnaissance de l'obligation de concertation doit être considérée comme une violation d'une règle répartitrice de compétences pouvant conduire à l'annulation de la loi (238).

Tout comme la formalité de l'association, la concertation implique un véritable dialogue. Celui qui initie la concertation ne peut donc se contenter de recueillir des avis; il doit aussi dialoguer avec ses partenaires au sujet de ces avis, et notamment répondre aux observations qui lui ont été adressées (239). En effet, il est de jurisprudence constante qu'« associer un organe à l'élaboration d'un règlement implique non seulement l'action de recevoir et d'examiner d'éventuelles suggestions, mais, en outre, celle d'en débattre avec lui, c'est-à-dire, au moins, de lui exposer, avant de prendre la décision, les raisons pour lesquelles il n'est pas jugé opportun de les suivre, si tel est le cas, de sorte que cet organe puisse obtenir une garantie que son point de vue ne sera pas écarté sans motif admissible » (240).

83. — Il résulte du principe de l'autonomie respective de l'autorité fédérale, des régions et des communautés, qu'une communauté ne peut prévoir la représentation d'autres niveaux de pouvoirs dans les organes qu'elle institue qu'en respectant l'une des deux manières de procéder ci-après : 1° soit la représentation des autres niveaux de pouvoirs est purement facultative; en ce cas, le texte sera rédigé en conséquence; 2° soit la représentation des autres niveaux de pouvoirs présente un caractère obligatoire; en ce cas, la communauté est tenue de respecter l'article 92*ter*, alinéa 2, de la loi spéciale du 8 août 1980 (241).

En vertu de cette disposition, c'est par arrêté royal pris, non seulement après délibération en Conseil des ministres, mais aussi « de l'accord des Gouvernements compétents », que peut être réglée « la représentation des communautés et des régions, selon le cas, dans les organes de gestion ou de déci-

(238) Avis L. 31.126/1 du 1^{er} février 2001 sur un avant-projet de loi « portant modification de la loi du 12 avril 1965 relative au transport de produits gazeux et autres par canalisations », *Doc. parl.*, Chambre, sess. 2000-2001, n° 1242/1.

(239) Avis L. 31.018/2 du 4 janvier 2001 sur un avant-projet de loi « modifiant les articles 49, alinéa 2 et 52, alinéa 4 de la loi du 8 avril 1965 relative à la protection de la jeunesse », *Doc. parl.*, Chambre, sess. 2001-2002, n° 1557/1.

(240) Avis L. 31.926/2/V du 8 août 2001 sur un projet d'arrêté royal « relatif au transport de choses par route ».

(241) Avis L. 31.105/4 du 23 mai 2001 sur un avant-projet de décret « relatif à l'aide sociale aux détenus en vue de leur réinsertion sociale », *Doc. CCF*, sess. 2000-2001, n° 186/1; dans le même sens, voir l'avis L. 31.337/4 du 25 juin 2001 sur un projet d'arrêté « modifiant l'arrêté du 3 février 1994 portant exécution de l'ordonnance du 7 octobre 1993 organique de la revitalisation des quartiers ».

sion des institutions et organismes nationaux, notamment consultatifs et de contrôle », que le Roi désigne (242).

Les régions ne peuvent attribuer unilatéralement une mission déterminée à des services ou organismes fédéraux. Un accord de coopération est nécessaire pour prévoir qu'une procédure de décision relevant des compétences régionales comprend ou peut comprendre, au titre d'une formalité substantielle, la consultation d'un service ou d'un organisme fédéral (243).

En l'absence d'un accord de coopération, la représentation des sociétés régionales de transport dans les organes de la S.N.C.B. doit être purement facultative, ce qui implique : 1° que les représentants de ces niveaux de pouvoirs ne disposent pas d'une voix délibérative ; 2° que soit indiqué clairement que la circonstance qu'il n'est pas proposé de représentant ou que, dans l'hypothèse où une telle proposition intervient effectivement, les membres concernés n'assistent pas aux réunions de l'organe, ne peut avoir de répercussion sur le fonctionnement de celui-ci, ni sur la validité des actes qu'il accomplit (244).

IV. — EXERCICE DE LA FONCTION JURIDICTIONNELLE

A. — *Compétence des organes juridictionnels*

84. — L'arrêt par lequel le Conseil d'Etat se déclare compétent ou incompetent est-il contraire à l'article 13 de la Constitution dès lors qu'il peut s'avérer par la suite que c'est à tort que le Conseil d'Etat s'est prononcé dans tel sens ? Répondant à cet argument, la section d'administration a jugé que « l'article 13 de la Constitution, d'où il résulte que toutes les personnes se trouvant dans la même situation ont le droit d'être jugées selon les mêmes règles en matière de compétence et de procédure, constitue une garantie contre l'ingérence du pouvoir exécutif dans l'exercice de la justice. Ne peut être contraire à la garantie offerte par cet article, l'arrêt par lequel le Conseil d'Etat se déclarerait, à tort, compétent ou incompetent, puisqu'il est soumis à l'appréciation finale de la Cour de cassation qui, conformément à l'article 158 de la Constitution et aux articles 33 et 34 des

(242) Avis L. 32.069/2/V du 27 juillet 2001 sur un projet d'arrêté royal « portant modification de l'arrêté royal du 20 juin 1989 relatif au Conseil Supérieur des Finances, modifié par l'arrêté royal du 10 août 1998 ».

(243) Avis L. 31.261/2/V du 23 juillet 2001 sur un projet d'arrêté du Gouvernement wallon « arrêtant la liste des projets soumis à étude d'incidences et des installations et activités classées ».

(244) Avis L. 32.166/2/V du 12 septembre 2001 sur un avant-projet de loi « modifiant la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques », *Doc. parl.*, Chambre, sess. 2000-2001, n° 1422/1.



lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, se prononce sur les conflits d'attributions » (245).

La nature de la relation de travail entre une université libre subventionnée et son personnel procède en principe d'un contrat de sorte que le rapport de droit entre les parties est de nature contractuelle et ce, même si leur liberté contractuelle a été limitée sévèrement par des dispositions générales et impersonnelles auxquelles elles ne peuvent librement déroger. Il en résulte une différence de protection juridique entre le personnel des universités libres et celui des universités de la Communauté. Pour la section d'administration, cette différence « trouve directement sa justification dans l'article 144 de la Constitution qui dispose que les contestations qui ont pour objet des droits civils — comme les contestations concernant une relation contractuelle — sont exclusivement de la compétence du juge ordinaire ». En effet, « la relation juridique entre le membre du personnel et l'institution universitaire étant de nature contractuelle, il s'agit de contestations portant sur des droits civils qui relèvent de la compétence des juridictions du travail conformément à l'article 578 du Code judiciaire. Par rapport au Conseil d'Etat, les tribunaux du travail n'offrent pas la même protection juridique, mais bien une protection équivalente, en ce qui concerne les contestations entre des établissements d'enseignement et les membres de leur personnel » (246).

Comme on le sait, du fait de sa confirmation par une loi, un arrêté royal doit être considéré, depuis son entrée en vigueur, comme un acte du pouvoir législatif, ce qui a pour effet que le Conseil d'Etat n'est plus, en principe, compétent pour en connaître. Toutefois, afin de restaurer cette compétence, les requérants tentent dans certaines cas de mettre à mal la loi de confirmation pour que le Conseil d'Etat en refuse l'application. A cet égard, le Conseil d'Etat rappelle qu'il ne peut refuser l'application que d'arrêtés contraires aux lois, terme englobant la Constitution, mais ne peut, sous réserve des dispositions de droit international conventionnel directement applicables et de normes belges déclarées contraires aux dispositions dont le contrôle est confié à la Cour d'arbitrage, refuser l'application d'une loi prétendument contraire à la Constitution (246bis). Lorsque, pour ce faire, ces derniers se fondent à la fois sur la violation par le législateur d'une norme de droit international directement applicable (comme l'article 6 de la C.E.D.H.) et sur celle des articles 10 et 11 de la Constitution, combinés avec d'autres dispositions de celle-ci, que doit faire la section d'administration? Doit-elle privilégier le contrôle de conventionnalité ou le contrôle de constitutionnalité? La réponse à cette question n'est pour l'instant pas uni-

(245) C.E. (A.G.), *Missorten*, n° 93.104, du 6 février 2001, *J.L.M.B.*, 2001/24, p. 1028.

(246) *Ibidem*.

(246bis) C.E., *Wets*, n° 100.489, du 31 octobre 2001.

voque. Dans certaines arrêts, le Conseil d'Etat a décidé de d'abord examiner la constitutionnalité de la loi de confirmation en posant une question préjudicielle à la Cour d'arbitrage avant d'en contrôler éventuellement sa conventionnalité au terme d'une application analogique de l'article 159 de la Constitution et ce, au terme d'un considérant fort bref libellé comme suit : « L'article 26, § 1^{er} et § 2, de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage prévoit notamment que lorsque la violation par une loi des articles 10 et 11 de la Constitution est soulevée devant une juridiction, celle-ci doit demander à la Cour d'arbitrage de statuer sur cette question. Il y a lieu, dès lors, de poser à la Cour d'arbitrage les questions qui suivent » (247). Il s'ensuit que la compétence du Conseil d'Etat de se prononcer, par le biais d'une application analogique de l'exception d'illégalité prévue par l'article 159 de la Constitution, sur la violation par une loi de normes de droit international directement applicables ou de normes constitutionnelles échappant à la compétence de la Cour d'arbitrage lui apparaît comme étant subsidiaire à l'obligation résultant de l'article 26 précité de la loi spéciale du 6 janvier 1989. Par contre, dans d'autres arrêts, le Conseil d'Etat a jugé que « lorsque, dans le cadre d'un moyen dirigé contre une loi, le requérant invoque, dans une première branche, la violation des articles 10 et 11 de la Constitution et postule qu'une question préjudicielle soit posée à la Cour d'arbitrage, et qu'il invoque, dans une seconde branche, la violation directe par la loi de diverses dispositions de droit international, il y a lieu d'examiner en premier lieu les critiques formulées dans la seconde branche ». Cette deuxième solution est dictée par la considération selon laquelle « une demande de question préjudicielle ne doit être examinée que dans la mesure où la réponse à la question peut être utile à la solution du litige (247bis).

B. — *Droit à un recours juridictionnel effectif*

85. — Une première atteinte à ce droit consiste en *la privation ou en l'inexistence d'un recours juridictionnel*.

Dans le cadre du renforcement de la lutte contre le crime organisé, il est envisagé d'étendre les possibilités de saisie et de confiscation aux avantages patrimoniaux équivalents ou à ceux résultant de faits identiques, ce qui a pour conséquence que la plupart des biens contenus dans le patrimoine de la personne poursuivie pourraient être considérés comme ayant une origine suspecte (cf. *supra*, n° 35) de sorte que les droits des tiers risquent d'être

(247) C.E., *A.S.B.L. Fédération des maisons de repos et de soins de Belgique et S.P.R.L. « Dubeci »*, n° 91.594, du 13 décembre 2000; *A.S.B.L. Fédération des chambres syndicales des médecins et consorts*, n° 93.607, 93.608 et 93.609, du 28 février 2001; *A.S.B.L. Fédération des maisons de repos privées de Belgique et S.P.R.L. « Le Foyer Espérance »*, n° 95.367, du 15 mai 2001.

(247bis) C.E., *Deteye*, n° 95.628 et *Deschauwer*, n° 95.629, du 21 mai 2001; *Seeuws*, n° 100.521, du 5 novembre 2001.

souvent atteints. Or, constate le Conseil d'Etat (248), « aucune indication n'est apportée sur la manière dont les tiers pourront faire valoir leurs droits sur les choses dont on requiert la confiscation (...). La question se pose tout particulièrement lorsque le tiers, habitant à l'étranger par exemple, n'a pas pu se manifester durant le procès par une intervention volontaire au motif qu'il ignorait tout de la procédure en cours. Pourra-t-il encore à ce stade de la procédure apporter la preuve de l'origine licite de la chose confisquée, alors que par un jugement coulé en force de chose jugée il aura été décidé le contraire ? ». Il s'ensuit que le projet « doit être complété pour organiser le recours de ce tiers, eu égard notamment à l'article 1^{er} du Protocole additionnel à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales qui garantit le respect des biens ».

De même, la section de législation a rappelé que l'institution d'un mécanisme de saisie ne peut porter atteinte à la protection juridique prévue à l'article 28^{sexies} du Code d'instruction criminelle dans le cas d'une personne lésée par un acte d'information relatif à ses biens, tel que la saisie. En effet, « au regard de l'article 6, § 1, de la C.E.D.H. et de l'article 14, § 1, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, un mécanisme de contrôle judiciaire est une condition de validité du régime instauré » (249).

Dès lors que des sanctions administratives ont indubitablement un caractère pénal au sens de l'article 6 de la C.E.D.H., eu égard au fait qu'elles peuvent avoir des conséquences économiques importantes pour le contrevenant, qu'elles sont susceptibles d'être infligées à des personnes n'ayant pas de lien particulier avec l'administration et qu'elles poursuivent un but répressif, et que de telles sanctions peuvent être infligées par des personnes n'ayant pas la qualité de juge indépendant et impartial, la section de législation (250) insiste sur le fait qu'« il convient d'organiser un recours de pleine juridiction. Dans son arrêt 128/99 (du 7 décembre 1999), la Cour d'arbitrage a en outre précisé que le juge statuant sur le recours contre la décision administrative doit avoir un pouvoir d'appréciation égal à celui de l'administration. Il convient que le législateur qui instaure de telles sanctions administratives prévoie également ce recours juridictionnel. (...) il appartient à la loi de fixer les éléments essentiels de la procédure administrative, en garantissant, notamment, l'exercice des droits de la défense ».

86. — Une autre atteinte provient de *la limitation du droit d'accès au juge*.

(248) Avis L. 31.367/2 du 11 juin 2001 cité à la note 33.

(249) Avis L. 32.053/1 du 6 décembre 2001 sur un avant-projet de loi « sur la recherche et la constatation des délits économiques » ; J. VELU, conclusions avant Cass., 21 mars 1985, *Pas.* 1985, I, 925, note de bas de page 49 ; M. BOES, « De administratiefrechtelijke bepalingen van de nieuwe wet op de handelspraktijken », dans *De nieuwe wet op de handelspraktijken*, Anvers, 1992, 342-343.

(250) Avis L. 32.455/1/2/3/4 du 31 octobre 2001 cité à la note 19.

Comme on l'a vu lors de notre chronique précédente (*même revue*, 2002/1, p. 120), cette limitation peut consister en l'institution d'une procédure d'admissibilité des recours. Elle doit toutefois être entourée de certaines garanties. Ainsi, prévoir une procédure d'admissibilité des recours introduits par les demandeurs d'asile devant la juridiction administrative de l'asile doit, pour le Conseil d'Etat (251), « laisser la place, le cas échéant dans un très bref délai, à une procédure contradictoire »; en outre, « une telle procédure accélérée n'est admissible que si les pouvoirs présidentiels au sein de la juridiction administrative de l'asile sont strictement circonscrits aux cas manifestes dans lesquels le président se limiterait à déduire sa décision d'un constat purement matériel d'un événement évident et certain, ne pouvant donner lieu quant à son existence à aucune appréciation » de sorte que « ces pouvoirs devraient se limiter, dans les conditions qui viennent d'être énoncées, à l'examen de l'irrecevabilité manifeste du recours ». Qu'en est-il alors, en ce qui concerne le recours en cassation devant le Conseil d'Etat des décisions de la juridiction administrative de l'asile, de l'instauration d'une phase d'admission préalable, privée d'une instruction et d'un débat contradictoires ? La réponse de la section de législation est nuancée : « si, comme il vient d'être suggéré, (les pouvoirs présidentiels au sein de la juridiction administrative de l'asile) étaient modifiés pour y insérer une procédure d'irrecevabilité manifeste assortie du respect du principe du contradictoire, il y aurait lieu de tenir compte de l'objectif consistant, semble-t-il, à écarter du prétoire du Conseil d'Etat les affaires ne pouvant raisonnablement aboutir au vu d'un examen sommaire et préalable à une cassation de la décision attaquée au profit de celles nécessitant un examen sérieux. Comme, aux termes de l'article 19, alinéa nouveau, en projet des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, le recours en cassation doit désormais être signé par un avocat, on pourrait admettre devant cette juridiction une restriction au principe du contradictoire, mais à la condition qu'outre les garanties déjà exprimées dans la disposition en projet (opinion conforme d'un membre de l'Auditorat et d'un membre du Conseil, motivation objective), la décision d'inadmissibilité ne soit rendue possible que pour constater le défaut d'objet, l'irrecevabilité ou le non-fondement ayant un caractère manifeste, que ces causes soient énumérées de manière précise et limitative dans la loi elle-même et que les éléments fondamentaux de la procédure soient mieux circonscrits par le législateur. Même si une pareille restriction au principe du contradictoire est admissible dans ces strictes conditions, il serait souhaitable que, fût-ce par une procédure sommaire, le demandeur en cassation puisse se voir offrir la possibilité de s'expliquer devant le Conseil d'Etat sur les motifs de défaut d'objet, d'irrecevabilité ou de non-fondement manifestes qui lui sont opposés ».

(251) Avis L. 31.171/4 et 31.172/4 du 16 mars 2001 cités à la note 176.



Une autre limitation de l'accès au juge peut provenir de l'existence d'une sanction civile ou administrative même si la cause à l'origine de cette sanction fait l'objet d'une contestation devant un juge. Tel est le cas de l'interdiction faite aux membres ou aux établissements relevant du secteur d'activités concerné de continuer à mener leurs activités au terme du délai qui y est stipulé en cas de non-paiement, de paiement incomplet ou tardif des cotisations obligatoires dues au Fonds instauré par le projet, même si le paiement fait l'objet d'une contestation devant les tribunaux. Dans la droite ligne d'un avis antérieur (252) à propos d'une disposition similaire liant la suspension de l'agrément de l'établissement concerné au non-paiement de cotisations obligatoires en matière d'expertise, même en cas de contestation de ces cotisations devant les tribunaux, la section de législation (253) a élevé de sérieuses objections à l'encontre d'un tel système qui équivaut à « une limitation disproportionnée du droit d'accès au juge » : d'une part, « cette disposition déroge de manière importante à la 'sanction' normale prévue lorsqu'une obligation de paiement n'est pas remplie dans les délais, sanction qui prévoit que, en réparation du dommage subi par le créancier, le débiteur est redevable des intérêts légaux à partir de la mise en demeure (article 1153 du Code civil) » ; d'autre part, dans la mesure où la personne concernée qui conteste les cotisations qui lui sont réclamées a certes la possibilité de porter cette contestation devant le juge et d'attendre sa décision mais que, entre-temps, elle ne peut exercer son activité et ce pour le simple motif qu'elle n'a pas payé, du moins pas à temps, la somme demandée — mais contestée, « la conséquence qui est attachée à l'exercice de ce droit porte atteinte à l'effectivité de son droit d'accès au juge ». Une telle limitation du droit d'accès peut-elle se justifier ? Si le but de la limitation paraît en soi être légitime (« améliorer la perception des redevances et réduire les arriérés de paiement »), l'interdiction de plein droit de continuer à exercer son activité, « dans un cas où, selon le droit commun, le paiement d'intérêts légaux est considéré comme une réparation adéquate du dommage subi par le créancier, s'analyse en l'espèce en une sanction disproportionnée, eu égard, notamment, à la place primordiale que les droits de la défense et le principe de la prééminence du droit ont dans une société démocratique. Force est de conclure que la disposition en projet, qui est contraire aux principes reconnus en droit national et international, ne peut être maintenue dans la forme proposée ».

(252) Avis L. 23.766/1/2/8/9 des 10, 11, 12 et 13 octobre 1994, *Doc. parl.*, Sénat, 1994-95, n° 1218/1, cité dans notre chronique 1994 (2° partie), *même revue*, 1995/2.

(253) Avis L. 30.980/1 du 18 janvier 2001 sur un avant-projet de loi « modifiant la loi du 5 juillet 1998 relative au règlement collectif de dettes et à la possibilité de vente de gré à gré des biens immeubles saisis », *Doc. parl.*, Chambre, sess. 2000-2001, n° 1285/1.

Dans certains cas, la transaction peut se présenter comme une limitation du droit d'accès au juge. En effet, souligne la section de législation (254), « le système de la transaction ne se concilie avec l'article 6 de la C.E.D.H. que si l'intéressé renonce en toute liberté à ce que l'affaire soit examinée par un tribunal ». Ceci implique tout d'abord que « l'acceptation de la transaction s'opère en connaissance de cause », ce qui nécessite que l'intéressé « doit être mis à même de consulter, le cas échéant, le dossier relatif à l'infraction qui lui est imputée ». Ensuite, si l'organisation de la renonciation au droit de faire apprécier par un juge pénal le bien-fondé du grief d'infraction à la loi pénale qui lui est fait, notamment par un système de transactions, n'est en soi pas illicite, il est impératif toutefois qu'il soit souscrit à la transaction sans contrainte dans le chef du justiciable ; ainsi, « la saisie ne peut être utilisée ni par le fonctionnaire concerné ni par le ministère public comme un moyen de faire pression sur le commerçant concerné pour qu'il accepte la transaction proposée par l'administration ou le parquet. Ainsi qu'il résulte de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, la menace d'une sanction lourde et disproportionnée — et, *a fortiori*, l'application effective d'une telle sanction — risque d'avoir pour conséquence, de fait, que le commerçant concerné n'a d'autre choix que d'accepter la proposition de transaction ».

87. — Le droit à une protection juridictionnelle effective requiert aussi *le droit d'accès à un tribunal impartial et indépendant*.

Ainsi, en matière d'asile, le droit à un recours juridictionnel effectif pour la personne qui sollicite la qualité de réfugié découle de l'article 16, 1, de la Convention de Genève relative au statut des réfugiés qui consacre l'obligation d'assurer à tout réfugié « libre et facile accès devant les tribunaux » et implique nécessairement l'obligation de garantir des voies de recours effectives (255). Dès lors que, dans le cadre de la réforme de la procédure d'asile, il est envisagé de confier les recours introduits par les demandeurs d'asile à la « Juridiction administrative de l'asile » et de n'ouvrir contre les décisions rendues par celle-ci qu'une possibilité limitée de pourvoi en cassation devant le Conseil d'Etat, la section de législation (256) estime indispensable de « veiller à ce qu'au-delà de sa dénomination, la nature juridictionnelle de cette instance soit consacrée par les dispositions légales qui l'organisent ».

Une telle nature suppose tout d'abord de garantir suffisamment l'indépendance de la future juridiction administrative de l'asile. Tel n'est pas le

(254) Avis L. 32.053/1 du 6 décembre 2001 cité à la note 201.

(255) Voir en ce sens l'avis L. 21.792/2 du 14 octobre 1992 sur un avant-projet de loi, devenu la loi du 6 mai 1993 modifiant la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers.

(256) Avis L. 31.171/4 et 31.172/4 du 16 mars 2001 cités à la note 176.



cas de la composition de cette juridiction, laquelle comprend des membres permanents, sans toutefois en fixer le nombre minimum, et des assesseurs temporaires, désignés par le Roi pour un mandat d'une durée ne pouvant être inférieure à un an ni supérieure à trois ans « lorsque les nécessités du service le justifient ou pour faire face à des circonstances exceptionnelles » : « rien ne s'opposerait à ce que la juridiction soit composée essentiellement d'assesseurs temporaires, que la brièveté du mandat, dont il n'est pas exclu qu'il soit renouvelable, rendrait dépendants du pouvoir exécutif ». Il en va de même du statut des assesseurs permanents. D'une part, ceux-ci doivent effectuer un stage de trois ans, au terme duquel leur nomination devient définitive sauf décision contraire prise par le Roi, sur avis de l'assemblée générale de la juridiction administrative : du fait que, pendant cette période de stage, ils peuvent prendre des décisions en siégeant seuls, « afin de sauvegarder leur indépendance vis-à-vis de l'exécutif, il serait justifié qu'une décision négative au terme du stage ne puisse être prise que de l'avis conforme de l'assemblée générale ». D'autre part, après leur nomination définitive, ils sont soumis à une procédure d'évaluation pouvant déboucher sur « la perte pendant six mois, de la dernière augmentation barémique intercalaire » : le texte en projet « s'abstient de déterminer qui seront les évaluateurs, laissant ainsi au Roi, à qui est confié la détermination des critères et de la procédure d'évaluation, le soin de les désigner » alors que « le statut des évaluateurs des juges est un élément essentiel pour apprécier l'indépendance de ceux-ci ». Il s'ensuit que « le texte devrait être revu afin de mieux asseoir l'indépendance des membres de la juridiction administrative de l'asile ».

Cette nature juridictionnelle implique aussi l'organisation d'un débat contradictoire. Que penser à cet égard de la disposition permettant dans certaines hypothèses au président d'une des chambres de la juridiction de siéger seul et sans entendre les parties ? Sur le plan des principes, pour la section de législation (257), « une pareille exception au principe fondamental du contradictoire, inhérent à l'exercice de la juridiction, suscite les plus nettes réserves. Dès lors en effet que la loi en projet entend mettre sur pied une procédure à caractère juridictionnel devant la juridiction administrative de l'asile, il y a lieu d'y attacher l'ensemble des garanties en la matière. Il n'y a actuellement aucun précédent dans l'ordre juridique interne par lequel l'appréciation d'un droit subjectif par une juridiction pourrait faire l'objet d'une procédure soustraite à la garantie de la contradiction des débats ». Une autre objection tient au fait que les hypothèses retenues débordent le cadre d'un examen limité à l'irrecevabilité manifeste du recours. D'une part, le président d'une des chambres de la juridiction pourrait, sans entendre les parties, décider qu'une requête est irrecevable pour

(257) *Ibidem.*

le seul motif qu'elle contiendrait un élément qu'il jugerait nouveau et pour lequel ne seraient pas exposées les raisons pour lesquelles il n'aurait pas été porté en temps utile à la connaissance de l'administration fédérale de l'asile : « il va de soi que le caractère nouveau d'un élément est sujet à appréciation et qu'il ne peut faire l'objet d'une décision juridictionnelle sans que les parties aient pu s'expliquer ». D'autre part, le président de la chambre saisie du recours pourrait, sans débat, statuer sur le fondement du recours lorsqu'« il n'y a pas lieu de statuer pour des motifs de droit ou de procédure indépendants de l'appréciation du bien-fondé du recours » : « à nouveau, il pourrait s'agir d'éléments nécessitant une appréciation ou pouvant être contestés. Le commentaire de l'article donne comme exemple le désistement, l'acquisition d'une autre nationalité, ou le décès, mais cette liste n'est pas limitative ».

Pour les mêmes raisons tenant au caractère fondamental du principe du contradictoire d'une procédure juridictionnelle, la section de législation (258) a insisté sur le fait, à propos de la possibilité pour le président du tribunal d'ordonner à un opérateur de technique de communication, lorsque celui-ci est en mesure de le faire, de mettre fin aux pratiques non conformes aux dispositions de la loi relative aux contrats à distance, qu'« il va de soi que cette condamnation ne peut avoir lieu que si ce dernier est partie à la cause et si sa condamnation a été demandée par une autre partie. En décider autrement serait contraire au principe du contradictoire qui constitue tout à la fois un principe général de droit et une exigence du droit au procès équitable consacré par l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme. Le texte doit être modifié de manière à préciser les conditions des modalités selon lesquelles l'opérateur de technique de communication sera mis à la cause devant le président du tribunal de manière à lui permettre de formuler ses observations ».

La section de législation (259) a également condamné « l'absence de toute précision dans les dispositions en projet quant à la manière dont les personnes poursuivies pourraient, fût-ce moyennant des garanties d'anonymat ou le recours à des procédures particulières, contester la régularité des preuves obtenues dans le cadre du recours à des méthodes particulières de recherche et à des mesures particulières d'investigation, de même que l'impossibilité qu'elles auraient de faire entendre des membres des services de police ou des indicateurs couverts par l'anonymat » : de telles lacunes « posent problème au regard des exigences de l'article 6 de la C.E.D.H. quant au respect du droit à un procès équitable. Il appartient à l'auteur du projet de veiller à assurer la compatibilité des dispositions en projet avec

(258) Avis L. 31.114/2 du 26 février 2001 sur un avant-projet de loi « relative à la publicité, aux clauses abusives et aux contrats à distance en ce qui concerne les professions libérales », *Doc. parl.* Chambre, sess. 2001-2002, n° 1469/1.

(259) Avis L. 32.673/2 du 19 décembre 2001 cité à la note 21.

les exigences minimales que la Cour européenne des droits de l'homme a fixées en la matière ». Il faut notamment que « les obstacles auxquels peuvent se heurter les droits de la défense soient compensés par le recours à une procédure au cours de laquelle les avocats de la défense doivent avoir la possibilité de poser des questions à ces indicateurs et de mettre en doute leur fiabilité » de même que par la possibilité pour le juge d'instruction d'avoir un accès à l'identité des indicateurs.

D'autres garanties liées à l'exercice de la fonctionnelle juridictionnelle sont prévues par la Constitution, telles que la motivation de la décision de justice et son prononcé en audience publique. A cet égard, la section d'administration (260) a rappelé que « l'article 149 de la Constitution ne s'applique pas de plein droit aux juridictions administratives » de sorte que de telles garanties doivent être, en ce qui les concerne, expressément prévues par un texte spécifique.

Enfin, s'il peut être admis qu'une affaire soit soumise à l'assemblée générale d'une juridiction pour assurer l'unité de la jurisprudence, le fait que les membres de la juridiction seraient ultérieurement liés dans d'autres affaires par la décision de principe soulève des objections fondamentales dans le chef de la section de législation (261) : « en effet, de deux choses, l'une : ou bien la décision de principe porte sur une question d'interprétation de la loi, ou bien, sur une question d'appréciation de fait. Dans le premier cas, il n'appartient pas au juge de prononcer des arrêts de règlement, car ce serait là porter atteinte à l'équilibre constitutionnel des pouvoirs et à l'exercice par le législatif et l'exécutif de la fonction normative. Dans le second cas, la disposition se heurte au principe qui découle des conventions internationales liant la Belgique et selon lequel les demandes d'asile doivent en tout état de cause faire l'objet d'une appréciation individuelle ».

C. — *Séparation des pouvoirs*

88. — La section de législation a eu l'occasion à plusieurs reprises d'insister sur l'indépendance du ministère public dans l'exercice des recherches et poursuites individuelles, garantie par l'article 151, § 1^{er}, de la Constitution.

Tout d'abord, en ce qui concerne leur régime disciplinaire. Ainsi, le régime disciplinaire des peines majeures est organisé de manière très différente selon qu'il s'agit d'un magistrat du siège ou d'un magistrat du ministère public. Pour les magistrats du siège, les peines majeures sont prononcées au premier degré par les premières chambres des Cours d'appel et des Cours du travail ou encore par la première chambre de la Cour de cassa-

(260) C.E., *A.S.B.L. Association pour la défense du droit des étrangers et Picard*, n° 99.587 du 9 octobre 2001, *J.T.*, 2002, p. 24.

(261) Avis L. 31.171/4 et L. 31.172/4 du 16 mars 2001 cités à la note 176.



tion; l'appel de ces décisions peut être formé devant les chambres réunies de la Cour de cassation. En revanche, pour les membres du ministère public, le ministre de la Justice et le Roi sont exclusivement compétents pour infliger les peines majeures; les décisions prononçant ces peines ne sont point susceptibles d'appel; le Roi et le ministre de la Justice étant des autorités administratives au sens de l'article 14 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, le magistrat du ministère public sanctionné disposera du droit d'introduire un recours en annulation devant le Conseil d'Etat, lequel, statuant au contentieux objectif, ne pourra cependant que soit annuler l'acte attaqué, soit rejeter le recours; il ne pourra pas substituer à la peine disciplinaire prononcée une autre peine disciplinaire qu'il jugerait plus adéquate par rapport aux faits reprochés. Pour la section de législation (262), « si la rédaction différente des articles 152 et 153 de la Constitution autorise incontestablement le législateur à aménager un régime disciplinaire différencié pour les membres du ministère public et pour les magistrats du siège, il importe cependant de rappeler que l'article 151 de la Constitution consacre l'indépendance du ministère public. Il s'agit d'un texte nouveau qui, dans la Constitution, renforce la qualité de magistrat reconnue aux membres du ministère public. L'article 153 de la Constitution réserve formellement au Roi le pouvoir de prononcer la révocation des membres du ministère public. Ce texte ne fait pas obstacle à ce que d'autres sanctions — ainsi la retenue de traitement ou encore le retrait de mandat — puissent être prononcées y compris par des organes juridictionnels. Il appartient au législateur d'apprécier si, compte tenu du principe d'indépendance consacré par l'article 151 de la Constitution, il ne serait pas souhaitable que certaines sanctions majeures applicables au ministère public puissent être prononcées tant au premier qu'au second degré par des organes de l'ordre judiciaire ».

Ensuite, en ce qui concerne leur pouvoir de surveillance des fonctionnaires chargés des tâches de recherche et de constatation de délits. La section de législation (263) a souligné qu'« il est évident que les supérieurs hiérarchiques de ces fonctionnaires désignés dans les lois particulières ne peuvent porter atteinte à la surveillance exercée sur ces fonctionnaires par le procureur général ou, à l'avenir, également par le procureur fédéral sur le plan de la recherche et de la constatation des délits. Une ingérence de fonctionnaires dans l'exercice de cette surveillance est en effet incompatible avec l'indépendance du ministère public dans l'exercice des recherches et poursuites individuelles, garantie par l'article 151, § 1^{er}, de la Constitution. Etant donné que le segment de phrase 'sans préjudice de leur subordination

(262) Avis L. 32.373/2 du 29 octobre 2001 sur un avant-projet de loi « modifiant la deuxième partie, livre II, titre V du Code judiciaire relatif à la discipline et rapportant la loi du 7 mai 1999 modifiant le Code judiciaire en ce qui concerne le régime disciplinaire applicable aux membres de l'Ordre judiciaire », *Doc. parl.* Chambre, sess. 2001-2002, n° 1553/1.

(263) Avis L. 32.053/1 du 6 décembre 2001 cité à la note 201.

à l'égard de leurs supérieurs dans l'administration' pourrait prêter à confusion quant aux principes qui viennent d'être rappelés, il est préférable de supprimer ce segment ».

Enfin, au regard du système de la transaction administrative, selon lequel les fonctionnaires commissionnés à cette fin par le ou les ministres compétents peuvent, sur le vu des procès-verbaux constatant une infraction, proposer au contrevenant d'éteindre l'action publique en payant une somme d'argent. Dans la procédure transactionnelle, les fonctionnaires compétents ont le pouvoir de statuer sur l'action publique étant donné que l'acceptation par le contrevenant du règlement transactionnel éteint l'action publique. Il s'ensuit que « le ministère public se voit 'couper la route', dès lors qu'il est privé de son pouvoir d'apprécier s'il y a lieu ou non d'exercer l'action publique, lequel est conféré à des fonctionnaires sans aucune forme de contrôle du ministère public ». Répétant ses critiques antérieures d'un tel système (264), la section de législation rappelle que « ces dispositions ne sont guère conciliables avec les principes généraux qui régissent l'intervention du ministère public. En effet, (...) contrairement aux magistrats du ministère public, les fonctionnaires ne peuvent pas être considérés comme étant indépendants de l'autorité hiérarchique du ministre. (...) Si un fonctionnaire de l'administration peut empêcher ou faire s'éteindre l'action publique au moyen d'une transaction, cette faculté du ministère public s'en trouve amputée, en ce qui concerne les faits punissables en question. Dans ce cas, l'administration se substitue au pouvoir judiciaire et, plus généralement, les missions de l'administration et celles des parquets sont, toujours en ce qui concerne les faits en question, mises sur le même plan. Cette situation irait à l'encontre de la répartition des compétences qui caractérise un système étatique tel que le nôtre, qui admet que les membres des parquets agissent auprès des cours et tribunaux en qualité de membres du pouvoir judiciaire et non en qualité de fonctionnaires de l'administration » (265). Le Haut Collège souligne avec force que « ces observations s'imposent d'autant plus si l'on tient compte de l'article 151, § 1^{er}, deuxième phrase, de la Constitution, remplacé par la disposition constitutionnelle du 20 novembre 1998, en vertu de laquelle le ministère public est indépendant dans l'exercice des recherches et poursuites individuelles ». Il en conclut qu'« eu égard aux objections qui viennent d'être exposées, il est suggéré d'instaurer un système permettant aux fonctionnaires compétents de proposer une transaction, 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

(264) Voir nos chroniques 1997, *même revue*, 1998/3, p. 320, et 2000, *même revue*, 2002/1, p. 114-115.

(265) Avis L. 32.333/1 du 8 novembre 2001 sur un avant-projet de décret « houdende wijziging van het decreet van 18 mei 1999 houdende de organisatie van de ruimtelijke ordening », *VL St. VI. P.*, sess. 2001-2002, n° 968/1; avis L. 32.053/1 du 6 décembre 2001 cité à la note 201.

gravité du délit ou des circonstances dans lesquelles il a été commis, de poursuivre l'intéressé pénalement ».

89. — La séparation des pouvoirs se marque également à propos de l'intervention d'organismes ou de commissions.

Par exemple, dans le cadre du déroulement d'une procédure pénale. Ainsi, il est prévu que le recours à des laboratoires étrangers ne peut se faire qu'en cas d'avis favorable de la commission d'évaluation. La section de législation (266) objecte que « compte tenu de la séparation des pouvoirs, il ne peut être admis que la Commission d'évaluation prenne des décisions ou même rende obligatoirement des avis qui concernent le déroulement d'une procédure pénale dont seuls les magistrats sont responsables. L'avis de la commission d'évaluation doit être limité aux cas où un magistrat le lui demande ».

Autre cas de figure : la subordination du maintien d'un régime d'agrément ou de l'octroi d'un régime d'exemption à l'absence d'infraction à une ou plusieurs législations spécifiées. Ainsi, une exemption fiscale en faveur des héritiers, légataires ou donataires d'un site Natura 2000 est subordonnée au respect par le défunt et à la mise en œuvre par les ayants droits du plan de conservation du site, ces conditions étant établies par la production par les ayants droits d'une attestation de la commission de conservation concernée. La section de législation (267) attire l'attention sur le fait qu'« il ne se conçoit pas que la commission de conservation établisse elle-même qu'une infraction visée à l'article 63 de la loi du 12 juillet 1973 a ou n'a pas été commise. L'existence d'une telle infraction ne peut être établie que, soit par une condamnation pénale passée en force de chose jugée, soit par une décision du fonctionnaire compétent infligeant une amende administrative ou la décision passée en force de chose jugée de la juridiction du travail saisie d'un recours en la matière ».

V. — POUVOIRS LOCAUX

A. — *La définition des matières d'intérêt provincial et communal*

90. — Si le législateur, fédéral ou fédéré, peut, dans les limites de ses compétences, décréter qu'une matière ne relève pas de l'intérêt exclusivement provincial et en conséquence régler lui-même cette matière ou régler l'exercice par les provinces de leurs attributions dans cette matière, il ne saurait, sans violer l'article 41 de la Constitution, vider de sa subs-

(266) Avis L. 32.262/2 du 14 novembre 2001 cité à la note 186.

(267) Avis L. 30.541/4 du 26 mars 2001 cité à la note 36.

tance le contenu de l'intérêt provincial en faisant rentrer dans la sphère générale tout ce qui relève des matières régionales. Le législateur régional ne pourrait donc décider que toutes les actions provinciales dans des matières relevant des compétences régionales seraient désormais soumises à un « contrat de partenariat », ni réduire le financement non-lié à ce « contrat » dans une proportion telle que les provinces seraient désormais privées de toute possibilité d'encore régler de manière autonome des intérêts provinciaux dans ces matières (268).

B. — *L'intervention du pouvoir législatif*

1. *Les compétences du législateur fédéral*

91. — Selon la section de législation du Conseil d'Etat, la thèse selon laquelle il existerait une possibilité de régionaliser la législation organique relative aux provinces et aux communes par une loi spéciale, sans révision préalable de la Constitution, a été clairement contredite, à trois reprises, par le Constituant et postérieurement à l'arrêt n° 44 de la Cour d'arbitrage invoqué dans l'exposé des motifs du projet. Pour affirmer qu'une loi spéciale suffit pour régionaliser la législation organique relative aux pouvoirs locaux, il ne suffit donc pas de dire que l'intervention du Constituant n'était pas nécessaire pour permettre les régionalisations partielles de 1980, 1993 et 1997. Il faudrait encore considérer que le Constituant s'est trompé et a persévéré dans son erreur. Elle en a conclu que le projet de loi spéciale ne pourra conduire à une régionalisation de la législation organique relative aux provinces, aux communes et aux organes intracommunaux, ce qui est l'essentiel de son objet, que lorsque l'article 162 de la Constitution aura été révisé (269).

92. — L'autorité fédérale a le pouvoir de subventionner les collectivités locales moyennant le respect de deux conditions : l'attribution, par l'autorité fédérale, de missions ou tâches aux pouvoirs subordonnés et un lien apparent entre ces missions ou tâches et les compétences de l'autorité fédérale (270).

(268) Avis L. 32.553/4 du 17 décembre 2001 sur un avant-projet de décret « relatif au financement général des provinces wallonnes », *Doc. CRW*, sess. 2001-2002, n° 317/1.

(269) Avis L. 31.226/VR du 20 février 2001 sur un avant-projet de loi spéciale « portant transfert de diverses compétences aux Régions et Communautés », *Doc. parl.*, Sénat, sess. 2000-2001, n° 709/1. *Contra* C.A., arrêts n° 35/2003 du 25 mars 2003 et 36/2003 du 27 mars 2003.

(270) Avis L. 30.978/4 du 22 janvier 2001 sur un projet de loi « tendant à assurer la sécurité routière aux abords des écoles », *Doc. parl.*, Chambre, sess. 2000-2001, n° 817/2.



2. *Les compétences des entités fédérées*

93. — Il résulte de l'article 6, § 1^{er}, VIII de la loi spéciale du 8 août 1980 qu'une distinction est opérée entre, d'une part, les réserves de compétences au profit de l'autorité fédérale, clairement indiquées par la référence à des « exceptions » aux compétences transférées aux régions, et, d'autre part, l'obligation faite aux régions d'exercer certaines compétences « sans préjudice » de dispositions précises, notamment les articles 279 et 280 de la Nouvelle loi communale et 23*bis* de la loi électorale communale. La question se pose de savoir quel est le législateur compétent pour régler la matière faisant l'objet de ces dernières dispositions, non mentionnées sous la forme d'une réserve formelle de compétence. S'agit-il du législateur fédéral agissant à la majorité spéciale ou du même législateur agissant à la majorité ordinaire, voire du législateur régional dans certaines limites ? L'ambiguïté de la rédaction de la loi spéciale ne permet pas de répondre de manière certaine à cette question. La précision des règles posées par les articles 279 et 280 de la Nouvelle loi communale et 23*bis* de la loi électorale communale ne laisse toutefois guère d'espace à la compétence régionale en la matière (271).

94. — Il appartient certes au législateur régional de fixer comme il l'entend le financement général des provinces. Il doit toutefois exercer cette compétence dans le respect de l'article 41 de la Constitution (cf. *supra*, n° 90). En outre, l'article 162 de la Constitution prévoit que les conseils provinciaux règlent ce qui relève de l'intérêt provincial « sans préjudice de l'approbation de leurs actes, dans les cas et suivant le mode que la loi détermine » (alinéa 2, 2°) et sauf « l'intervention de l'autorité de tutelle ou du pouvoir législatif fédéral, pour empêcher que la loi ne soit violée ou l'intérêt générale blessé » (alinéa 2, 6°). La région ne pourrait donc soumettre à la conclusion préalable d'une convention l'exercice par le conseil provincial de ses attributions qui relèvent de l'intérêt exclusivement provincial (272).

95. — L'article 46 de la loi ordinaire du 8 août 1980 permet aux communautés et aux régions de charger les provinces, les communes, les agglomérations et les autres autorités administratives de l'exécution de leur décrets et règlements. Toutefois, dans le cadre de l'exécution d'un décret, le Gouvernement ne peut pas, en l'absence d'une disposition décrétable le

(271) Avis L. 31.741/VR du 29 mai 2001 sur une proposition de loi « portant diverses réformes institutionnelles relatives aux institutions locales de la Région de Bruxelles-Capitale », *Doc. parl.*, Sénat, sess. 2000-2001, n° 740/3.

(272) Avis L. 32.553/4 du 17 décembre 2001 cité à la note 268.

prévoyant expressément, créer une obligation d'information pour les provinces et les communes (273).

96. — Aux termes de l'article 170, § 4, de la Constitution, les communes disposent d'une large autonomie fiscale. Le législateur est seul compétent pour interdire d'établir certains impôts. L'intervention de l'autorité de tutelle en matière de fiscalité communale ne peut prendre la forme de règles générales et abstraites exprimées notamment dans des « circulaires » qui en réalité constituent de véritables règlements destinés à limiter l'autonomie fiscale des communes. L'autorité de tutelle doit se prononcer au cas par cas (274).

VI. — LES FINANCES PUBLIQUES

A. — *La fiscalité*

97. — Les redevances ont pour caractéristique qu'elles constituent la contrepartie d'un service accompli par l'autorité au bénéfice du redevable considéré isolément, d'une part, et qu'il existe un rapport raisonnable entre la valeur du service fourni et la redevance demandée, d'autre part. A défaut d'un tel rapport, la redevance perd son caractère rémunératoire et devient un impôt qui, en vertu de l'article 170 de la Constitution, ne peut être instauré que par le législateur compétent qui, en outre, doit régler lui-même les éléments essentiels de l'impôt, tels que ceux relatifs à son assiette et à son taux (275).

98. — En vertu du principe de la légalité de l'impôt consacré par les articles 170 et 172 de la Constitution, le Roi ne saurait « modaliser » l'entrée en vigueur « progressive » de dispositions législatives modifiant le Code des impôts sur les revenus lorsque le fait générateur de l'impôt, sa base ou son taux, sont en cause. Tout au plus pourrait-il être habilité par le législateur à fixer la date de l'entrée en vigueur de séries prédéterminées d'articles (chacun demeurant indivisible), dont le regroupement serait le fait de la loi

(273) Avis L. 30.532/3 du 30 janvier 2001 sur un projet d'arrêté du Gouvernement flamand « tot wijziging van het besluit van de Vlaamse regering van 5 maart 1996 houdende vaststelling van het Vlaams reglement betreffende de bodemsanering ».

(274) C.E., *D'Aoust et alii*, n° 99.385, du 2 octobre 2001.

(275) Avis L. 30.900/1 du 31 mai 2001 sur un projet d'arrêté royal « modifiant l'arrêté royal du 15 juin 1976 établissant le taux de la redevance à percevoir pour la délivrance de certificats d'origine »; avis L. 31.032/3 du 27 février 2001 sur un projet d'arrêté royal « fixant le montant et le mode de paiement des redevances perçues en application de la réglementation relative aux rayonnements ionisants »; avis L. 31.521/1/3 des 22 et 31 mai 2001 cité à la note 127; avis L. 31.923/3 du 25 septembre 2001 sur un projet d'arrêté royal « modifiant l'arrêté royal du 20 juillet 1993 fixant le montant des rétributions visées à l'article 13bis de la loi du 25 mars 1964 sur les médicaments »; avis L. 32.455/1/2/3/4 des 30 et 31 octobre 2001 cité à la note 19. C.E., *Association générale de l'industrie du médicament*, n° 100.555, du 7 novembre 2001.

elle-même, selon un ordre et dans le respect de délais également fixés par le législateur (276).

99. — Appelée à donner un avis sur une proposition de décret qui subordonne l'application du tarif préférentiel des droits de succession à la condition que le *de cuius* ait exprimé dans un testament sa volonté de faire bénéficier l'enfant accueilli de ce tarif, la section de législation a considéré qu'il est sans précédent dans le Code des droits de succession que le tarif des droits de succession applicable à un héritier ou à un légataire puisse dépendre de la volonté du testateur. Ce système se heurte au caractère d'ordre public de l'impôt. En outre, il établit une discrimination qui pourrait être jugée contraire au principe constitutionnel d'égalité entre les enfants qui remplissent les conditions de fond de l'application du tarif préférentiel selon que le défunt a stipulé ou non dans son testament que ce tarif est applicable (277).

B. — *L'organisation budgétaire et financière*

100. — L'article 3 des lois coordonnées sur la comptabilité de l'Etat (278) dispose que « l'ensemble des recettes s'applique à l'ensemble des dépenses ». L'article 45, § 1^{er}, de ces mêmes lois permet toutefois de déroger à ce principe de non-affectation des recettes par la création de fonds budgétaires. La part du bénéfice de la Loterie nationale, qui, à partir de l'année budgétaire 2002, est versée aux communautés française et flamande en vertu de l'article 62^{ter} de la loi spéciale, constitue une recette générale de ces communautés, à qui il revient, conformément à l'article 175, alinéa 2, de la Constitution, de décider de l'affectation (279). Par conséquent, pour se conformer à l'article 45 précité, le législateur décréte doit, s'il désire que la recette constituée par la part du bénéfice de la Loterie nationale soit affectée à des dépenses déterminées, définir l'objet de ces dépenses dans un décret organique (280).

En vertu de l'article 174, alinéa 1^{er}, de la Constitution, la Chambre des représentants vote chaque année le budget. Les lois coordonnées sur la

(276) Avis L. 31.393/2 du 19 avril 2001 sur un avant-projet de loi « portant réforme de l'impôt des personnes physiques », *Doc. parl.*, Chambre, sess. 2000-2001, n° 1270/1.

(277) Avis L. 31.330/2 du 5 décembre 2001 sur une proposition de décret « visant à compléter l'article 48 du Code des droits de succession défini par l'arrêté royal n° 308 du 31 mars 1936, dans le but de réduire les inégalités en ce qui concerne les droits de succession à acquitter existant entre les enfants majeurs ou mineurs élevés au sein d'une famille recomposée », *Doc. CRW*, sess. 2000-2001, n° 176/2.

(278) En vertu de l'article 71 de la loi spéciale du 16 janvier 1989 relative au financement des communautés et des régions, les lois coordonnées sur la comptabilité de l'Etat sont applicables aux communautés et régions, jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi déterminant les dispositions générales applicables à leurs budgets et à leur comptabilité.

(279) Voir l'avis 31.227/VR du 21 février 2001 cité à la note 236.

(280) Avis L. 32.500/2 du 9 novembre 2001 cité à la note 76.



comptabilité de l'Etat, notamment ses articles 12 et 14, règlent en détail la procédure budgétaire et la confection des budgets. Compte tenu de ces dispositions, il n'appartient pas au Roi de fixer dans une disposition réglementaire quelle doit être la structure du budget de la police fédérale (281).

En vertu de l'article 12, alinéa 3, des mêmes lois, « 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 ». Il en résulte que toute disposition visant à créer un cadre juridique permanent, qui, dépasse, par nature, la portée annuelle d'une disposition budgétaire, doit avoir pour fondement une norme ayant force de loi (282). Une disposition budgétaire ne peut être invoquée au titre de fondement légal qu'à l'égard d'un régime se rapportant à l'exercice budgétaire concerné. Un régime de subvention dont la durée de validité excède un exercice budgétaire ne peut continuer à puiser son fondement légal dans une disposition budgétaire que si l'autorisation d'octroi des subventions concernées est renouvelée d'année en année dans les budgets successifs. Aucune garantie ne pouvant être donnée par avance quant à la reconduction annuelle effective de cette autorisation par le législateur, il est déconseillé de fonder simplement de tels régimes sur une disposition budgétaire. Mieux vaut, au contraire, leur donner un fondement légal d'une durée de validité indéterminée, au moyen d'une loi organique (283).

101. — Selon un avant-projet de loi, le Roi détermine chaque année par arrêté en Conseil des ministres le montant qui sera versé au Fonds de Vieillesse, ce montant pouvant consister « en recettes non-fiscales, en excédents de la sécurité sociale et en des surplus budgétaires ». S'agissant des recettes non-fiscales et des « surplus budgétaires », cette disposition de l'avant-projet n'est pas admissible au regard de l'article 174, alinéa 1^{er}, de la Constitution lu conjointement avec l'article 180, alinéa 2. En autorisant le Roi à procéder annuellement à de tels transferts ou à de telles affecta-

(281) Avis L. 31.932/2 du 6 juillet 2001 sur un projet d'arrêté royal « déterminant les conditions d'exercice des missions de l'organe de contrôle visé à l'article 44/7 de la loi du 5 août 1992 sur la fonction de police ».

(282) Avis L. 31.431/4 du 28 mars 2001 sur un projet d'arrêté du Gouvernement de la Communauté française « modifiant l'arrêté ministériel du 18 mars 1974 d'exécution de l'arrêté royal du 13 mars 1974 relatif à l'agrément des services de dépistage des anomalies congénitales métaboliques et à l'octroi de subventions à ces services », avis L. 31.472/4 du 10 avril 2001 sur un projet d'arrêté du Gouvernement wallon « modifiant l'arrêté du Gouvernement wallon du 27 janvier 1998 octroyant des subventions aux centres publics d'aide sociale dans le cadre de l'intégration professionnelle des personnes bénéficiaires du droit à un minimum de moyens d'existence ».

(283) Avis L. 32.498/3 du 13 novembre 2001 sur un projet d'arrêté royal « accordant une autorisation au Ministre qui a l'Intégration sociale et l'Economie sociale dans ses attributions d'octroyer des subventions », avis L. 31.776/4 du 10 juillet 2001 sur un projet d'arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale « relatif à la mise en service de cinq véhicules taxis adaptés pour le transport des personnes moins valides ».

tions, le législateur actuel déposséderait les Chambres futures de leurs prérogatives constitutionnelles en matière de vote du budget et de contrôle du gouvernement. Dans cette perspective, la section de législation du Conseil d'Etat croit utile de relever que le calcul des « surplus budgétaires » sur la base du dépôt du « budget unique » qui introduit l'exposé général du budget ou sur la base du vote du budget des voies et moyens ou de celui du budget général des dépenses se révélerait problématique puisque, d'une manière générale, le premier vote autorise le gouvernement à lever l'impôt ou à recourir à l'emprunt et le second vote l'autorise à effectuer les dépenses qui y sont spécifiées par programmes. Les « surplus budgétaires » ne peuvent être calculés au plus tôt que lors de la préfiguration des résultats de l'exécution du budget ou, de manière certaine, lors du vote de la loi des comptes (284).

102. — En principe, seules des dépenses que l'Etat exécute pour le compte d'un tiers (285) peuvent être mises à charge exclusivement d'un compte de trésorerie. Les pensions des membres de la police fédérale ainsi que des membres de l'inspection générale de la police fédérale et de la police locale sont à charge de l'Etat, dès lors que celui-ci est leur employeur. Ces dépenses doivent donc figurer au budget de l'Etat, en vertu de l'article 174, alinéa 2, de la Constitution. Cette disposition constitutionnelle ne s'oppose toutefois pas à ce que le législateur crée des services particuliers, financés par des crédits inscrits au budget de l'Etat, et appelés à supporter des dépenses déterminées. Mais lorsque ces services ne sont pas dotés d'une personnalité juridique distincte de l'Etat, leur budget et leur compte doivent également être soumis chaque année à l'approbation de la Chambre des représentants, conformément à l'article 174, alinéa 1^{er}, de la Constitution (286).

103. — La section de législation du Conseil d'Etat a insisté à plusieurs reprises sur le fait que « [...] 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 institutions de droit public ou de droit privé, 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 spé-

(284) Avis L. 30.999/4 du 14 mars 2001 sur un avant-projet de loi « portant garantie d'une réduction continue de la dette publique et création d'un fonds de vieillissement », *Doc. parl.*, Chambre, sess. 2000-2001, n° 1269/1.

(285) Ainsi en va-t-il, par exemple, lorsque l'Etat assure le paiement des pensions des communes ou des organismes d'intérêt public.

(286) Avis L. 31.955/2/V du 10 septembre 2001 sur un avant-projet de loi « portant création du Fonds des pensions de la police intégrée et portant des dispositions particulières en matière de sécurité sociale », *Doc. parl.*, Chambre, sess. 2001-2002, n° 1519/1.

ciale » (287). En effet, le financement d'une politique relève de l'acte même de « régler » la matière à laquelle cette politique ressortit (288). Une autorité ne peut affecter des moyens financiers à des projets qui ne sont pas de sa compétence (289). Un accord de coopération ne peut dès lors avoir pour effet d'autoriser une autorité à financer une politique qui n'est pas de sa compétence (290).

Il résulte de ce qui précède que la politique d'assainissement du sol étant de la compétence des régions, son financement relève également de leur compétence et non de celle de l'autorité fédérale, et qu'un accord de coopération ne peut confier ce financement à l'autorité fédérale. L'accord de coopération tient en cela que les produits d'une « cotisation » perçue sur la base d'une compétence fédérale sont transférés aux régions par l'intermédiaire d'un Fonds, de manière à pouvoir être utilisés pour mener une politique qui relève de la compétence exclusive des régions. Conformément à l'article 177 de la Constitution, pareille réglementation ne peut être édictée que par une loi adoptée à la majorité fixée à l'article 4, dernier alinéa, de la Constitution (291).

En vertu de l'article 92*bis*, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, de la loi spéciale du 8 août 1980, les accords de coopération peuvent notamment porter sur l'exercice conjoint de compétences propres. Lorsque le législateur spécial impose la conclusion d'un tel accord de coopération, il ne peut porter atteinte à des normes juridiques supérieures et notamment pas aux règles consacrées dans la Constitution même à propos de la répartition des compétences entre l'Etat fédéral, les communautés et les régions. Le législateur spécial, notamment, ne peut pas laisser aux communautés ou aux régions agissant conjointement, par la voie d'un accord de coopération, le souci d'exercer la compétence qui lui appartient en vertu des articles 175, alinéa 1^{er}, et 177,

(287) Voir Chronique de jurisprudence 1998, *cette revue*, 2000/1, p. 156, n° 81. Voyez également l'avis L. 29.645/2 du 17 novembre 1999 sur un avant-projet de décret-programme « portant diverses mesures concernant les fonds budgétaires, l'enseignement, l'enfance et les fonds structurels » (*Doc. CCF*, sess. 1999-2000, n° 32-1); les avis L. 30.037/2 du 24 mai 2000 et L. 30.102/2 du 24 mai 2000 cités à la note 200.

(288) Avis L. 31.341/VR du 28 février 2001 sur un projet de loi « modifiant la loi du 30 mars 1995 concernant les réseaux de distribution d'émissions de radiodiffusion et l'exercice d'activités de radiodiffusion dans la région bilingue de Bruxelles-Capitale », *Doc. parl.*, Chambre, sess. 2000-2001, n° 774/1.

(289) *Ibidem*.

(290) *Ibidem*; avis L. 30.037/2 et L. 30.102/2 du 24 mai 2000 cités à la note 200; avis L. 32.367/VR du 18 octobre 2001, L. 32.371/VR du 23 octobre 2001, L. 32.499/4 du 13 novembre 2001 et L. 32.529/3 du 14 novembre 2001 cités à la note 233.

(291) Avis L. 31.460/3 du 30 octobre 2001 sur un avant-projet d'ordonnance « portant approbation de l'accord de coopération relatif à l'exécution et au financement de l'assainissement du sol des stations-service », *Doc. CRBC*, sess. 2001-2002, n° A-337/1 et avis L. 32.123/3 du 30 octobre 2001 sur un projet de loi « 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'exécution et au financement de l'assainissement du sol des stations-service », *Doc. parl.*, Sénat, sess. 2002-2003, n° 1473/1.



alinéa 1^{er}, de la Constitution pour fixer le régime de financement des communautés et des régions. Ce système, qui reviendrait à ce qu'une compétence fédérale devant être exercée par une loi spéciale soit transformée en une compétence communautaire ou régionale, ne serait évidemment pas compatible avec la règle, découlant de la Constitution même, qui prescrit que les accords de coopération ne peuvent jamais entraîner un abandon, un échange ou une restitution de compétence (292).

Si, en vertu de l'article 175, alinéa 1^{er}, de la Constitution, une loi adoptée à la majorité prévue à l'article 4, dernier alinéa, fixe le système de financement pour la Communauté française et pour la Communauté flamande, l'alinéa 2 de la même disposition constitutionnelle dispose que les Conseils de la Communauté française et de la Communauté flamande règlent par décret, chacun en ce qui le concerne, l'affectation de leurs recettes. Il en résulte qu'il n'appartient pas au législateur spécial de déterminer lui-même l'affectation future de la partie des bénéfices de la Loterie nationale qu'il transfère aux communautés (293).

104. — Si l'on suit l'enseignement de l'arrêt de la Cour d'arbitrage n° 4/91 du 21 mars 1991, l'article 22, § 1^{er}, de la loi spéciale du 16 janvier 1989 oblige la Région de Bruxelles-Capitale à prélever sur les moyens qui lui sont attribués, la part anciennement réservée dans le Fonds des communes au financement des centres publics d'aide sociale, tandis que cette part doit être répartie entre ces centres par la Commission communautaire commune. La loi spéciale n'habilite toutefois nullement les régions à augmenter cette part. L'arrêt n° 4/91 a en effet déduit l'obligation de prélèvement en question du fait que les montants fixés l'article 22, § 1^{er}, de la loi spéciale, correspondaient aux parts attribuées antérieurement à chaque région dans le Fonds des communes, et que, dans ces parts régionales, était comprise celle destinée aux centres publics d'aide sociale en vertu de l'article 105 de la loi du 8 juillet 1976 organique des centres publics d'aide sociale. Il ne peut donc être inféré de l'article 22, § 1^{er}, de la loi spéciale, lu à la lumière de cet arrêt de la Cour d'arbitrage, que les régions pourraient fixer librement cette part et participer ainsi à un financement complémentaire des centres publics d'aide sociale. Ces centres relèvent en effet, dans la Région de Bruxelles-Capitale, de la compétence de la Commission communautaire commune (294).

(292) Avis L. 31.227/VR du 21 février 2001 cité à la note 236.

(293) *Ibidem*.

(294) Avis L. 31.512/2 du 23 mai 2001 sur un avant-projet d'ordonnance « modifiant l'ordonnance du 21 décembre 1998 fixant les règles de répartition de la dotation générale aux communes de la Région de Bruxelles-Capitale à partir de l'année 1998 », *Doc. CRBC*, sess. 2000-2001, n° A-213/1.



105. — Les régions ne sont pas compétentes pour prévoir qu'en cas de non-respect de leurs dispositions d'exemption fiscale, l'ayant droit est tenu au paiement d'un intérêt moratoire. Il s'agit là, en effet, d'une mesure qui se rapporte à la procédure de perception des droits de succession (ou des droits de mutation par décès), matière qui, en vertu de l'article 5, § 4, de la loi spéciale du 16 janvier 1989, relève de la compétence du législateur fédéral. Elles ne sont pas davantage compétentes pour déterminer les personnes ayant la qualité de débiteur des droits de succession (ou des droits de mutation par décès) (295). Par contre, dans le cadre de la compétence d'exemption qui leur est reconnue, les régions peuvent prévoir un remboursement si l'impôt a déjà été payé (296).

106. — L'article 180, alinéa 2, de la Constitution, définit les compétences de la Cour des comptes. Cette énumération des attributions doit être regardée comme limitative, et il n'est pas au pouvoir du législateur d'attribuer des compétences plus étendues à la Cour des comptes sans l'habilitation du constituant (297).

(295) Avis L. 30.541/4 du 26 mars 2001 cité à la note 36.

(296) Avis L. 32.639/VR/1 des 6 et 13 décembre 2001 sur un avant-projet de décret « tot wijziging van het Wetboek der registratie-, hypotheek- en griffierechten », *Gedr. St.*, VI. R, sess. 2001-2002, n° 693/1.

(297) Avis L. 31.227/VR du 21 février 2001 cité à la note 236.

