

LA PUBLICATION GÉNÉRALISÉE DES AVIS DU CONSEIL D'ÉTAT : « UNE MINE D'OR » DÉSORMAIS À CIEL OUVERT

par

Hélène LEROUXEL

Secrétaire en chef du greffe législation du Conseil d'État,
Assistante à l'Université Saint-Louis – Bruxelles*

1. Au terme d'une monumentale analyse systématique de la jurisprudence qu'il avait coordonnée en 1999, le professeur Jan Velaers décrivait les avis rendus par la section de législation du Conseil d'État comme une « mine d'or constitutionnelle »². Il invitait dès lors le législateur à imposer la publication de ces avis : « ce serait l'expression d'une nouvelle culture politique. L'État de droit y trouverait son compte »³.

S'appuyant sur ce constat, une première proposition de loi fut déposée en 2002, visant à assurer la publication générale des avis de la section de législation du Conseil d'État. Il faudra pourtant attendre la loi du 16 août 2016 modifiant les lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973 (ci-après les lois coordonnées), pour qu'elle soit concrétisée⁴. Cette loi charge le Conseil d'État

lui-même d'assurer cette publication, à l'instar de ce que ses lois coordonnées prévoient depuis le 1^{er} octobre 1996⁵ pour les arrêts de sa section du contentieux⁶. Jusqu'alors, le Conseil d'État ne publiait aucun avis. La confidentialité des avis était la règle et la publication l'exception⁷.

Exception considérable, les avis relatifs à des projets ou des propositions de loi, décret ou ordonnances, déposés devant les différents Parlements, étaient déjà publiés dans les documents parlementaires accompagnés du texte sur lequel ils portaient⁸. « Cette dissémination ne jouait pas de clarté, alors que les avis du Conseil d'État sont précisément l'instrument de clarification de l'interprétation d'une règle juridique au profit des justiciables »⁹. Ce mode de publication ne favorisait plus l'étude systématique de la « jurisprudence »¹⁰. La doctrine s'efforçait de combler le vide en publiant des chroniques de jurisprudence¹¹.

* Membre du Centre Interdisciplinaire de Recherches Constitutionnelles (CIRC).

¹ Je remercie vivement Robert Andersen, Premier Président émérite du Conseil d'État, et Jeroen Van Nieuwenhove, Conseiller d'État, qui ont eu la grande courtoisie non seulement de me communiquer, avant publication, leur commentaire de la loi relative à la publication des avis du Conseil d'État mais aussi leurs commentaires et conseils critiques sur mon manuscrit. Mes remerciements vont tout autant à Jacques Jaumotte, Président du Conseil d'État, pour sa relecture minutieuse et constructive ainsi que pour l'apport de ses références qui ont considérablement enrichi cet article. Je remercie également Xavier Delgrange, premier auditeur chef de section au Conseil d'État pour les discussions passionnantes que nous avons eues lors de la rédaction de cet article ; Alain Christnacht, président de section émérite au Conseil d'État de France pour les explications qu'il m'a données sur le contexte de la publication des avis du Conseil d'État en France ; Luc Detroux, Conseiller d'État, Marc Vander Hulst, Greffier de la chambre des représentants, Pierre-Olivier de Broux, Professeur à l'Université Saint-Louis – Bruxelles, Gregory Delannay Greffier en chef au Conseil d'État et Benny De Sutter, attaché juriste au Conseil d'État, pour leurs apports fructueux tant sur le fond que sur la forme.

² J. VELAERS, *De Grondwet en de Raad van State, afdeling wetgeving. Vijftig jaar adviezen aan wetgevende vergaderingen, in het licht van de rechtspraak van het Arbitragehof*, Antwerpen, Maklu, 1999, p. 13.

³ *Ibid.*, p. 10. Traduction dans la proposition de loi modifiant les lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, en vue de la publication des avis de la section de législation, *Doc. parl.*, Sénat, 2001-02, n° 2-1253/1, p. 3. Avant lui, plusieurs auteurs avaient déjà émis cette suggestion, mais manifestement, avec moins de retentissement : F. DELPÉRIE, « Le Conseil d'État a quarante ans », *A.P.T.*, 1987, p. 129 ; A. ALEN, « De afdeling wetgeving van de Raad van State », *Publiek recht, ruim bekenen*, Antwerpen, Maklu, 1994, p. 3 ; P. POPELIER, « De openbaarheid van de jurisprudentie van de Raad van State », *T.B.P.*, 1997, pp. 225-228 ; M. VAN DAMME, *Raad van State, afdeling wetgeving*, Brugge, die Keure, 1998, pp. 66-76 ; B. JADOT, « La section de législation du Conseil d'État et l'élaboration de la règle de droit », in B. JADOT et F. OST (éds), *Élaborer la loi aujourd'hui, mission impossible ?*, Bruxelles, FUSL, 1999, pp. 191-192.

⁴ Pour un commentaire de cette loi, voy. notamment, P. POPELIER, « De bekendmaking van de adviezen van de Raad van State in tien categorieën :

over de bevoegdheid van de federale wetgever en de twijfels van de Raad van State », *R.W.*, 2016-2017/28, pp. 1082-1089 ; R. ANDERSEN, « Vers une publicité générale et intégrale des avis du Conseil d'État », in *Les visages de l'État. Liber amicorum Yves Lejeune*, Bruxelles, Bruylant, 2017, pp. 74-89 ; J. VAN NIEUWENHOVE, « Openbaarheid van de adviezen van de Raad van State », *T.V.W.*, 2017/1, pp. 3-18 ; Y. LEJEUNE, *Droit constitutionnel belge*, Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 260-270 ; G. NINANE, « Publication des avis de la section de législation du Conseil d'État », *J.T.*, 2017, pp. 101-102 ; Chr. BEHRENDT et Q. PIRONNET, « Publication des avis du Conseil d'État – Réflexions autour de la loi du 16 août 2016 modifiant les lois sur le Conseil d'État, et l'arrêt de la Cour constitutionnelle du 21 décembre 2017 », in S. SOTTIAUX (dir.), *Themis (School voor postacademische opleiding) – Cahier 103 – Publiekrecht*, Brugge, die Keure, 2018, pp. 207-223.

⁵ Loi du 4 août 1996 modifiant les lois coordonnées sur le Conseil d'État. Aujourd'hui, les arrêts rendus par le Conseil d'État sont publiés sur son site internet à partir de septembre 1994 (<http://www.conseildetat.be/?lang=fr&page=caselaw>). Seul l'arrêt sera dès lors référencé en note pour peu qu'il soit postérieur à cette date.

⁶ Article 28, alinéas 3 et 4, des lois coordonnées.

⁷ M. VAN DAMME et B. DE SUTTER, *Raad van State, Afdeling Wetgeving*, Brugge, die Keure, 2013, pp. 59-70. Sur le principe de confidentialité qui prévalait alors, voy. Chr. BEHRENDT et Q. PIRONNET, *op. cit.*, p. 208-211.

⁸ Article 3, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, des lois coordonnées.

⁹ Chr. BEHRENDT et Q. PIRONNET, *op. cit.*, p. 211.

¹⁰ Sur la notion controversée de « jurisprudence », voy. notamment : L. VANCRAVEBECK, « La jurisprudence de la section de législation du Conseil d'État », in I. HACHEZ, Y. CARTUYVELS, H. DUMONT, Ph. GÉRARD, F. OST et M. VAN DE KERCHOVE (dir.), *Les sources du droit revisitées*, volume 2, *normes internes infraconstitutionnelles*, Limal, Anthémis, 2012, pp. 269-302.

¹¹ Ainsi, constatant que les avis sont dispersés, Charles Huberlant et Béatrice Haubert estimèrent qu'il convenait, « dans un esprit didactique », d'exposer l'intervention de la section de législation « dans plusieurs domaines où son activité mérite particulièrement d'être relevée » (« Aperçu du rôle du Conseil

Quant aux avis portant sur des projets réglementaires, seuls ceux, rarissimes¹², relatifs à des arrêtés assortis d'un rapport au Roi ou au Gouvernement étaient publiés sans le projet soumis au Conseil d'État¹³. Pour les arrêtés, la loi du 16 août 2016 constitue un bouleversement : tous les avis portant sur des arrêtés seront publiés accompagnés du projet soumis à la section de législation¹⁴. Plus encore, les projets non aboutis, accompagnés des avis, pourront également être révélés. Le voile sur le travail gouvernemental d'élaboration de la norme sera ainsi désormais levé.

2. Si la publication des avis de la section de législation participe d'une logique proche de celle qui prévaut pour celle des arrêts que le Conseil d'État rend au contentieux, avis et arrêts obéissent cependant à des principes différents. Un arrêt est la traduction de la mission juridictionnelle du Conseil d'État. Et la justice est rendue publiquement¹⁵. C'est là une garantie essentielle de sa qualité et donc de sa légitimité¹⁶. À l'inverse, il

a longtemps été soutenu que le secret des délibérations gouvernementales induisait la confidentialité des avis : « Sans guère soulever de questions, on considérerait qu'une fois envoyé par le Conseil d'État à l'autorité qui en avait fait la demande, l'avis de la section de législation devenait la propriété exclusive de cette autorité »¹⁷. À cet égard, dans la tradition napoléonienne, la culture du secret que cultive l'administration est symbolisée par l'appellation de « secrétaire » pour désigner ses plus hauts fonctionnaires¹⁸. En effet, étymologiquement, le secrétaire est celui qui détient les secrets, « une personne discrète sachant garder les secrets »¹⁹. Est-ce pour cela que le greffe législatif est dirigé par un « secrétaire en chef » ?

Il fallut attendre la fin des années 1990 pour que cette confidentialité soit contestée, notamment par Robert Andersen et Marnix Van Damme, alors respectivement président de chambre et conseiller affectés à la section de législation :

*« Il convient d'avoir à l'esprit que les avis peuvent indubitablement contribuer à accroître l'efficacité du contrôle parlementaire et que dans quantité de cas, ils facilitent l'interprétation des normes sur lesquelles ils portent. En outre, il est un fait que, dans ses avis, la section de législation se limite aux aspects juridiques des projets de texte qui lui sont soumis. Cela signifie que la section de législation ne s'occupe pas des options politiques sur lesquelles se fondent les textes qui sont soumis à son avis et que, sur ce point, le risque est faible qu'en suite de l'avis, certaines options politiques soient revues, pour des motifs autres que strictement juridiques »*²⁰.

Passer du principe de la confidentialité à celui de la publicité constitue une évolution dont on ne mesure pas encore l'incidence. Va-t-elle inciter

d'État, section de législation », *A.P.T.*, 1987, p. 143). Il existe depuis une chronique annuelle initiée par Robert Andersen et Pierre Nihoul dans la *Revue belge de droit constitutionnel* en 1995, qui précisait que « cette chronique serait très incomplète s'il n'était rendu compte des seuls avis publiés. Il ne sera toutefois fait état des autres avis que par extraits, en nous limitant à en rapporter l'enseignement général et à des fins purement scientifiques, étant entendu que le lecteur devra nous faire pleinement confiance quant à leur contenu et leur portée » (« Le Conseil d'État, Chronique de jurisprudence 1994 », *R.B.D.C.*, 1995, p. 71). La dernière chronique en date est l'œuvre de M. JOASSART, L. JANS, Cl. MERTES, C. et M. OSWALD, « Le Conseil d'État – Chronique de jurisprudence 2014 », *R.B.D.C.*, 2016/3, pp. 255-306. Côté néerlandophone, voy. la chronique tenue par Jeroen Van Nieuwenhove dans le *Tijdschrift voor Wetgeving* depuis 2001 (« Behoorlijke wetgeving in de adviespraktijk van de afdeling wetgeving van de Raad van State (2000) », *T.V.W.*, 2001, pp. 3-12. Cet auteur précise également qu'il rend compte d'avis non publiés « in afwachting van een regeling die meer recht doet aan openbaarheid van bestuur » (« Behoorlijke wetgeving in de adviespraktijk van de afdeling wetgeving van de Raad van State (2005) », *T.V.W.*, 2006/2, p. 185).

¹² Voy. J. SALMON, J. JAUMOTTE et É. THIBAUT, *Le Conseil d'État de Belgique*, Volume 1, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 300-301.

¹³ Article 3bis, alinéa 2, des lois coordonnées.

¹⁴ Article 5/2, alinéa 3, des lois coordonnées, inséré par l'article 3 de la loi du 16 août 2016.

¹⁵ Pour les juridictions judiciaires, la publicité des audiences et des décisions est consacrée par les articles 148 et 149 de la Constitution. Voy., J. VAN COMPERNOLLE, « À propos d'une garantie constitutionnelle du procès équitable : la publicité de la justice », in *Liber amicorum Paul Martens – L'humanisme dans la résolution des conflits. Utopie ou réalité ?*, Bruxelles, Larcier, 2007, pp. 512-520, spéc. p. 512. Voy. aussi notamment l'avis n° 51.119/AG. S'agissant des arrêtés du Conseil d'État, l'article 27, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, des lois coordonnées, dispose : « Les audiences de la section du contentieux administratif, siégeant en vertu des articles 11, 11bis, 14, 16, 17, 18 et 36 sont publiques, à moins que cette publicité ne soit dangereuse pour l'ordre ou les mœurs ; dans ce cas, la section le déclare par une décision motivée [...] » tandis que l'article 28, alinéa 1^{er}, des lois coordonnées précise : « Tout arrêt est motivé ; il est prononcé en audience publique ».

¹⁶ Selon Thonissen, « la publicité est, en effet, l'une des garanties les plus efficaces de la bonne administration de la justice. En soumettant le juge lui-même à la censure incessante et incorruptible des justiciables, elle l'oblige à se montrer dévoué à ses devoirs et attentif à rendre des jugements à la fois éclairés et impartiaux » (*La Constitution belge annotée offrant sous chaque article l'état de la doctrine, de la jurisprudence et de la législation*, Bruxelles, Bruylant-Christophe, 1876, 2^e éd., p. 286). Voy. aussi dans le même sens : A. ALEN et K. MUYLLE, *Handboek van het Belgisch Staatsrecht*, Mechelen, Kluwer, 2011, n° 583, p. 653. Selon la Cour européenne également, la publicité de la procédure juridictionnelle est un des aspects essentiels au droit à un procès équitable, qui constitue « l'un des moyens de préserver la confiance » dans la justice (not. arrêt du 22 février 1984, *Sutter c. Suisse*, § 26). *Adde* O. ORBAN, *Le*

droit constitutionnel de la Belgique, Liège (Dessain) et Paris (Giard & Brière) 1908, t. II, pp. 663-664 ; J. ENGLEBERT et B. FRYDMAN, « Le contrôle judiciaire de la presse », *A&M*, 2002, p. 492 ; O. VAN DER HAEGEN, « L'affaire DSK ou l'occasion de réfléchir à la publicité des audiences », *J.T.*, 2011, pp. 474 et 475.

¹⁷ R. ANDERSEN et M. VAN DAMME, « La section de législation du Conseil d'État », in *Conseil d'État, Liber Memorialis, 1948-1998*, Gent, Mys & Breesch, 1999, p. 108. Voy. déjà F. PERIN, « Le contrôle de la constitutionnalité des avant-projets et propositions de loi par la section de législation du Conseil d'État », *J.T.*, 1951, p. 880 ; J. MASQUELIN et Chr. LAMBOTTE, « De la section de législation », in *Novelles, Droit administratif*, VI, Bruxelles, Larcier, 1975, pp. 139-140. *Adde*, J. VAN NIEUWENHOVE, « Commentaar bij de artikelen 2-6bis en 79-85bis R.v.St-Wet », in *Commentaar publiek Procesrecht*, Mechelen, Kluwer, 2004, art. 3, n° 32 ; M. VAN DAMME et B. DE SUTTER, *op. cit.*, pp. 63-64. Voy. encore Chr. BEHRENDT et Q. PIRONNET, *op. cit.*, p. 207.

¹⁸ M. LEROY et É. WILLEMART, « L'accès aux documents administratifs en Région de Bruxelles-Capitale », in P.-O. DE BROUX, B. LOMBAERT et D. YERNAULT (dir.), *Le droit bruxellois, un bilan après 25 ans d'application (1989-2014)*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 143.

¹⁹ A. REY (dir.), *Dictionnaire historique de la langue française*, Paris, Dictionnaires Le Robert, 1995, « secrétaire ».

²⁰ R. ANDERSEN et M. VAN DAMME, *op. cit.*, p. 109. *Adde* J. SALMON, J. JAUMOTTE et É. THIBAUT, *op. cit.*, p. 299.

la section de législation à davantage de prudence, à se laisser tenter par un conformisme frisant l'autocensure ? Il n'est pas exclu qu'elle influera sur la rédaction de ceux-ci²¹. La place de la légisprudence parmi les sources du droit va-t-elle évoluer²² ? Va-t-elle favoriser plus de recours juridictionnels ? Quoi qu'il en soit, l'obligation de publication épouse parfaitement notre époque qui prête à la transparence les meilleures des vertus.

3. Destinée à *Administration publique* qui accueille des articles de droit public mais également de science administrative, cette contribution propose une analyse juridique de la loi du 16 août 2016 accompagnée d'un exposé de la manière dont cette loi a été mise en œuvre par le greffe législation du Conseil d'État.

La loi du 16 août 2016 insère quatre articles dans les lois coordonnées, auxquels s'ajoute une disposition autonome relative à la publication des avis antérieurs à son entrée en vigueur²³. Cette gestation compliquée (I) a finalement débouché sur une publication des avis de la section de législation assez complète (II), validée par la Cour constitutionnelle (III).

I. UNE GESTATION COMPLIQUÉE

4. Si aucune législation n'imposait la publication des avis de la section de législation, ou leur transmission sur demande de particuliers ou d'institutions, aucune ne l'interdisait explicitement. Du rôle de « conseil » du Conseil d'État imposé à l'exécutif, la jurisprudence en déduisit que son avis est confidentiel et qu'il appartenait au demandeur d'avis (1). S'affranchir de cette conception nécessita un long cheminement, entamé au départ de l'exigence de transparence des documents administratifs (2). Il fallut en outre, notamment, surmonter la question de la répartition des compétences : forte de sa compétence relative à l'organisation du Conseil d'État, ancrée dans l'article 160 de la Constitution, l'autorité fédérale peut-elle

unilatéralement décider de la publication des avis ou doit-elle composer avec les entités fédérées, pour les textes soumis par celles-ci (3) ?

1. LES ANNÉES 1990 : LES AVIS DE LA SECTION DE LÉGISLATION DU CONSEIL D'ÉTAT, UNE PROPRIÉTÉ DES DEMANDEURS D'AVIS

5. C'est au cours des années 1990 que la question de l'accès aux avis de la section de législation commence à se poser devant la section du contentieux du Conseil d'État.

Par un arrêt *Noël* n° 38.279 du 9 décembre 1991²⁴, la section du contentieux du Conseil d'État confirme la thèse de la confidentialité : « les avis de la section de législation ont un caractère confidentiel dans les cas où la loi n'impose pas leur publication ». L'espèce est révélatrice des conceptions de l'époque. Le Conseil d'État a annulé un arrêté du Gouvernement wallon relatif à l'évaluation des incidences en matière d'environnement pour défaut de consultation de la section de législation, moyen d'ordre public²⁵. La Ligue belge pour la protection des oiseaux introduit un recours en rétractation contre cet arrêt, au motif que l'arrêté aurait fait l'objet d'un avis de la section de législation²⁶ qui aurait été dissimulé par le gouvernement. Se fondant sur le principe de confidentialité, le Conseil d'État rejette la demande, considérant que « l'existence et le contenu de l'avis ne pouvaient être divulgués que par l'exécutif », si bien que « le Conseil d'État, section d'administration, ne pouvait tenir compte » de cet avis. La transparence n'était pas au goût du jour.

Pourtant, bien vite, elle se retrouve à l'honneur de la révision constitutionnelle de 1993 qui consacre le principe de la transparence administrative à l'article 32 de la Constitution²⁷. Comme le relève François Tulkens, c'est « un nouveau modèle de relation entre l'Administration et l'administré qui s'est mis en place : au secret, à la distanciation, à la relation d'autorité a succédé, par diverses réformes (accès aux documents administratifs, référé administratif, exigence de motivation formelle, etc.), un système de transparence, de proximité et de plus grande égalité entre les droits

²¹ Pour une comparaison édifiante, Jean-Marc Sauvé, alors vice-président du Conseil d'État de France, décrit ainsi l'incidence, quant à la rédaction des avis, de la publication des avis rendus sur des projets de loi par le Conseil d'État de France : « Si la publicité des avis sur les projets de loi a une évidente incidence sur leur forme et leur longueur – qui passe de quelques paragraphes à une vingtaine ou une trentaine de pages dans certains cas –, elle n'a évidemment aucune incidence sur le fond, c'est-à-dire sur la teneur même de nos avis », conclusions des actes du colloque « L'assemblée nationale et les avis du Conseil d'État », Hôtel de Lassay, 25 novembre 2016, <http://www.conseil-etat.fr/Actualites/Discours-Interventions/Les-avis-du-Conseil-d-Etat>. Pour une analyse très critique de la réforme française, voy. notamment : E. LANDROS-FOURNALÈS, « La publicité des avis du Conseil d'État au gouvernement sur les projets de loi. Un dévoiement du principe de transparence », *D.*, 2017, n° 34, p. 1984.

²² Voy. L. VANCRAVEBECK, *op. cit.*, pp. 269-302.

²³ Ci-après, les dispositions seront désignées selon leur numérotation dans les lois coordonnées.

²⁴ Cet arrêt, comme ceux antérieurs à septembre 1994, est consultable dans le *Recueil des arrêts du Conseil d'État* (R.A.C.E.).

²⁵ C.E., 19 juin 1990, arrêt n° 35.209, *État belge c. Région wallonne*.

²⁶ Avis n° 17.463/2 du 16 janvier 1987 rendu sur un projet devenu l'arrêté de l'Exécutif régional wallon du 10 décembre 1987 portant exécution du décret du 11 septembre 1985 organisant l'évaluation des incidences sur l'environnement en Région wallonne.

²⁷ Article 32 de la Constitution : « Chacun a le droit de consulter chaque document administratif et de s'en faire remettre copie, sauf dans les cas et conditions fixés par la loi, le décret ou la règle visée à l'article 134 ».

et devoirs respectifs de l'autorité et du citoyen »²⁸. Depuis l'article 32 de la Constitution, ainsi que le constate le Conseil d'État, « la règle est donc la publicité de l'administration, et le secret l'exception »²⁹. Cela a nécessairement influé sur l'abandon de la conception selon laquelle les avis de la section de législation doivent être confidentiels³⁰.

6. La loi du 11 avril 1994 relative à la publicité de l'administration aura une incidence considérable. Le Conseil d'État considère en effet « qu'un des effets utiles de [cette] loi est de permettre aux personnes qui envisagent d'introduire une action en justice de prendre connaissance du dossier [administratif] avant de saisir la juridiction, et de n'introduire l'action qu'en connaissance de cause »³¹. Or, conformément à l'article 3 des lois coordonnées, l'avis du Conseil d'État « est une étape obligatoire dans la procédure d'élaboration » d'un arrêté réglementaire qui doit dès lors être intégré dans le dossier administratif présenté par l'autorité dans le cas où cet arrêté fait l'objet d'un recours en annulation devant le Conseil d'État³². La question de savoir si l'avis est un document qui appartient exclusivement au demandeur est soulevée par la partie adverse. Le Conseil d'État y répond en considérant que si l'administration ne se soumet pas à l'obligation de verser l'avis au dossier administratif, l'auditeur rapporteur peut « judicieusement » y suppléer dans le cadre de ses pouvoirs d'instruction³³. Si l'avis appartient toujours au demandeur, celui-ci n'en a plus la propriété exclusive et l'avis est une pièce qui doit être versée au débat.

7. En 1998, le Gouvernement de la Communauté française, contre l'avis de la Commission d'accès aux documents administratifs, soutient que « les avis de la section de législation sont secrets » et que la communication de ces avis « pourrait porter atteinte au secret des délibérations gouvernementales »³⁴. Le Conseil d'État, réuni en assemblée générale de la section d'administration, lui répond

que l'avis de la section de législation constitue, pour l'autorité qui l'a saisie, un document administratif, si bien que le principe de la publicité, tel que contenu dans l'article 32 de la Constitution³⁵ lui est applicable. En conséquence, le détenteur de l'avis ne peut refuser d'en transmettre copie à tout demandeur sauf à avancer une des dérogations limitativement énumérées par la législation qui met en œuvre cette disposition constitutionnelle.

8. À la fin des années 1990, hormis ces deux cas de figure bien spécifiques – le contentieux et la demande d'accès aux documents administratifs – qui exigent une démarche pour le moins active de la part de la personne intéressée, les avis qui ne doivent pas être publiés en vertu des lois coordonnées sont toujours considérés comme confidentiels.

2. LA PUBLICATION DES AVIS DE LA SECTION DE LÉGISLATION DU CONSEIL D'ÉTAT, UN PARCOURS SEMÉ D'EMBÛCHES

9. Des tentatives nombreuses et d'origine politique assez variée ont précédé l'adoption de la loi du 16 août 2016³⁶.

10. Inspirée des travaux du professeur Jan Velaers déjà évoqués (voy. ci-avant n° 1), l'idée de la publication des avis est portée dans deux propositions déposées au Sénat par les Écolos et Groen successivement en 2002³⁷ et 2003³⁸.

Toujours en 2002, arrive à la Chambre des représentants une proposition de loi Volksunie modifiant les lois coordonnées sur le Conseil d'État en vue de la publication des avis de la section de législation et de la modification des modalités de la répartition des demandes d'avis adressées à cette section³⁹. Elle entend que « chaque année, les avis du Conseil d'État soient rassemblés et publiés dans un bulletin des avis du Conseil d'État », suivant en cela un souhait émis dès 1987 par le Professeur Delpérée⁴⁰.

11. En 2005, le MR varie sur le même thème⁴¹ en contrant dans les développements accompa-

²⁸ F. TULKENS, « Transparence, qualité et efficacité : nouveaux ou futurs principes de fonctionnement des services publics », in H. DUMONT, P. JADOU, B. LOMBAERT, F. TULKENS et S. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *Le service public*, 2, Les 'lois' du service public, Bruxelles, la Charte, 2009, pp. 299-325, ici pp. 303-304. L'auteur renvoie à J. CHEVALIER, *Science administrative*, 3^e éd., Coll. Themis, Paris, PUF, 2002, p. 443.

²⁹ C.E., 10 octobre 2013, arrêt n° 225.066, *asbl Inter-Environnement Bruxelles c. la Région de Bruxelles-Capitale*. Voy. M. LEROY et É. WILLEMART, *op. cit.*, pp. 143-183.

³⁰ En ce sens, J. VAN NIEUWENHOVE, « Openbaarheid van de adviezen van de Raad van State », *op. cit.*, p. 3. L'auteur relève toutefois que lorsqu'il fut chargé, en 1994, de rédiger un rapport annuel, le Conseil d'État respecta la règle de la confidentialité (*op. cit.*, p. 4).

³¹ Not. C.E., 14 octobre 1996, arrêt n° 62.547, *société anonyme Electrification du Rail*.

³² C.E., 9 décembre 1996, arrêt n° 63.464, *Gerfa*.

³³ Voy. Ph. BOUVIER, R. BORN, B. CUVELIER et F. PIRET, *Éléments de droit administratif*, Bruxelles, Larcier, 2013, p. 309.

³⁴ À l'exception de ceux dont l'article 3, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, des lois coordonnées impose la publication, à savoir ceux qui portent sur des projets qui deviendront des arrêtés publiés avec rapport au Roi ou au Gouvernement.

³⁵ C.E., 31 mars 1998, arrêt n° 72.863, *Jordan*.

³⁶ Voy. J. VAN NIEUWENHOVE, « Openbaarheid van de adviezen van de Raad van State », *op. cit.*, pp. 5-11.

³⁷ Cette proposition est déposée par Meryem Kaçar et Marie Nagy, respectivement sénatrices Groen et Écolo, *Doc. parl.*, Sénat, sess. 2001-2002, n° 2-1253/1.

³⁸ Cette proposition ajoute un article 6ter dans les lois coordonnées : « Art. 6ter. Après leur transmission à l'instance ou à la personne qui les a sollicités, les avis de la section de législation sont publiés le plus rapidement possible par un réseau d'information accessible au public. », *Doc. parl.*, Sénat, sess. 2003, n° 3-95/1.

³⁹ Cette proposition est déposée par le Ministre-Président du Gouvernement flamand, Geert Bourgeois, alors député Volksunie, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2001-2002, n° 50-1644/1.

⁴⁰ F. DELPÉRÉE, « Le Conseil d'État a quarante ans », *A.P.T.*, 1987, p. 129.

⁴¹ Cette proposition est déposée par deux sénateurs MR, Jean-Marie Chefert et Jihane Annane, *Doc. parl.*, Sénat, sess. 2004-2005, n° 3-1253/1, p. 4 :

gnant leur proposition les arguments classiques en faveur de la confidentialité des avis : « Le principal argument invoqué pour justifier le caractère confidentiel des avis sur de tels avant-projets est le risque de dévoiler des données politiques jugées sensibles. En effet, certains craignent que la publication de l'avis soit de nature à révéler les éventuelles modifications que le gouvernement aurait décidé d'apporter à son projet, suite à l'avis du Conseil d'État. La publication de l'avis aurait donc pour conséquence de divulguer d'éventuels changements d'options politiques, au risque pour l'autorité de "perdre la face" »⁴², ce qui notamment « donnerait à l'opposition la possibilité d'obtenir plus facilement des documents dont elle pourrait tirer certains arguments »⁴³.

En faveur de la publication, ces développements soulignent le rôle de la section de législation qui ne contrôle pas l'opportunité politique du projet mais se prononce uniquement sur sa conformité juridique⁴⁴. Ils avancent aussi que « loin d'entraver l'action politique, [la publication des avis] faciliterait celle-ci en donnant libre accès à tout document participant à sa compréhension »⁴⁵. Ils ajoutent encore que les avis peuvent contribuer « à faciliter l'interprétation des textes sur lesquels ils portent, l'efficacité du contrôle parlementaire s'en trouvant accrue »⁴⁶.

12. C'est cependant une cinquième variation sur le thème de la publication généralisée des avis du Conseil d'État⁴⁷ qui arrive en commission puis se retrouve soumise pour avis au Conseil d'État. Elle vise à inclure un article 6ter dans les lois coordonnées : « Après leur transmission à l'instance ou à la personne qui les a sollicités, les avis de la section de législation sont publiés le plus rapidement possible par un réseau d'information accessible au public »⁴⁸.

En commission, le ministre de l'Intérieur de l'époque, Patrick Dewael⁴⁹, tout en se montrant favorable à la publication des avis émis sur les projets d'arrêtés réglementaires, pointe un inconvénient : « il arrive qu'un projet d'arrêté réglementaire proposé par un ministre soit "descendu

en flammes" par le Conseil d'État tant il contient des erreurs ou imprécisions ou tout simplement parce qu'il est dépourvu de fondement légal »⁵⁰.

La commission auditionne, le 27 mai 2008, des représentants du Conseil d'État : M. Vandamme, président de chambre en section de législation, M. Velaers, assesseur au Conseil d'État et les deux chefs de corps du Conseil d'État, M. Bouvier, auditeur général et M. Andersen, premier président. Deux grands problèmes juridiques sont débattus, l'un portant sur la répartition des compétences entre l'autorité fédérale et les entités fédérées, l'autre sur l'étendue de la publication des avis, tant d'un point de vue chronologique que matériel.

13. S'agissant de la répartition des compétences, le législateur fédéral ordinaire peut-il décider de la publication des avis rendus sur des textes qui ne sont pas d'origine fédérale ? Assez rapidement, la réponse est trouvée dans l'article 160 de la Constitution : « Il y a pour toute la Belgique un Conseil d'État, dont la composition, la compétence et le fonctionnement sont déterminés par la loi. [...] Le Conseil d'État statue par voie d'arrêt en tant que juridiction administrative et donne des avis dans les cas déterminés par la loi ». Le législateur fédéral a déjà réglé en partie la publication des avis en ce compris ceux rendus sur des avant-projets de décret ou d'ordonnance et projets d'arrêté réglementaire appartenant à des entités fédérées. Il est donc logique qu'une loi ordinaire en étende la portée.

Plus délicate, survient la question de la publication du texte sur lequel porte l'avis. Sans lui, la compréhension de l'avis peut s'avérer compliquée, et parfois même impossible. Mais la compétence de l'autorité fédérale relative à la publication des avis donnés par le Conseil d'État, institution fédérale, s'étend-elle aux textes émanant des entités fédérées ? Une note est adressée par Patrick Dewael, ministre de l'Intérieur, au comité de concertation, le 5 juin 2008 : « À la demande de la Commission de l'Intérieur du Sénat, les Gouvernements de Communauté et de Région sont dès lors incités à se prononcer sur la question de savoir s'ils peuvent également se rallier à la règle selon laquelle leurs projets de textes réglementaires seraient publiés conjointement avec les avis émis sur ces projets par la section de

« Art. 6ter. Les avis de la section de législation du Conseil d'État sont accessibles au public. Le Conseil d'État en assure la publication dans les cas, les formes et les conditions déterminés par arrêté royal ».

⁴² *Doc. parl.*, Sénat, 2004-2005, n° 3-1253/1, p. 2.

⁴³ *Ibid.*

⁴⁴ « si le gouvernement modifie son projet suite à l'avis du Conseil d'État, c'est donc pour se conformer aux remarques d'ordre juridico-technique de la section de législation », *Doc. parl.*, Sénat, sess. 2004-2005, n° 3-1253/1, p. 3.

⁴⁵ *Ibid.*

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ Cette proposition est déposée le 9 octobre 2007 par le groupe Ecolo.

⁴⁸ *Doc. parl.*, Sénat, sess. 2007-2008, n° 4-247/1.

⁴⁹ Le ministre de l'Intérieur de l'époque, Patrick Dewael, qualifie à son tour, se référant lui aussi à Jan Velaers, l'ensemble des avis comme une « mine d'or pour les praticiens du droit », *Doc. parl.*, Sénat, sess. 2007-2008, n° 4-247/4, p. 2.

⁵⁰ En outre, « [le ministre de l'Intérieur] pense notamment au projet d'arrêté récemment proposé par son administration en vue de rendre obligatoire la mention au Registre national des attestations d'intégration civique délivrées par la Région flamande dans le cadre de la politique d'intégration citoyenne poursuivie actuellement par cette région. Le Conseil d'État a conclu que ce projet d'arrêté était totalement dépourvu de fondement légal. La publication d'un tel avis pourrait porter préjudice à l'image du ministre auteur du projet. », *Doc. parl.*, Sénat, sess. 2007-2008, n° 4-247/4, p. 3.

législation du Conseil d'État »⁵¹. La Communauté germanophone et la Région de Bruxelles-Capitale répondent favorablement sans réserve. La Communauté française et la Région wallonne s'y rallient tout en pointant une incohérence entre le texte de la proposition et les développements : le texte ne devrait pas être rétroactif, pourtant les développements abordent la question de la publication des 30 000 avis déjà rendus par la section de législation. La Région wallonne ajoute que « la rédaction actuelle du texte peut être source d'insécurité juridique, notamment quant à l'utilisation des termes "le plus rapidement possible" et recommande que la publication des textes et avis interviennent postérieurement à la décision rendue par les autorités concernées en connaissance de l'avis ». Quant à l'autorité flamande, elle est la seule à émettre une réelle réserve : elle souhaite qu'une possibilité puisse être offerte au « normateur » de refuser la publication des avis rendus sur des textes réglementaires dans certains cas concrets⁵².

14. L'étendue de la publication des avis anime aussi le débat sous deux angles : que faire des projets « non aboutis » ? Et faut-il remonter dans le temps ?

Le sort à réserver aux projets « non aboutis », c'est-à-dire abandonnés ou interrompus, embarrasse. Le premier président Andersen estime que « si un avis ne donne pas lieu à un texte définitif, il va de soi que cet avis ne sera jamais publié »⁵³. L'auditeur général Bouvier s'interroge : « Est-il opportun de réserver une large publicité à un avis et au texte en projet qui y correspond, dès lors que l'auteur de ce dernier déciderait ensuite d'y renoncer ou de le repenser de fond en comble ? Il n'y a pas d'avis "officiels" au sens strict, mais certainement des avis émis sur des projets qui finissent par ne jamais aboutir dans l'ordonnancement juridique »⁵⁴. Cela concerne en premier lieu les arrêtés réglementaires bien évidemment mais aussi certains avant-projets législatifs qui peuvent ne pas être déposés sur le bureau des différents parlements. Commentant la loi du 16 août 2016, Christian Behrendt et Quentin Pironnet expriment certaines réticences à l'égard de la publication de projets non aboutis : « on peut en effet raisonnablement penser que les textes non aboutis, par le fait même de ne pas avoir été finalement déposés, sont par essence plus sensibles politiquement. Leur non-dépôt peut, notamment, refléter un désaccord au sein de la majorité, que celle-ci

n'a aucune intention d'étaler sur la place publique [...]. La transparence a des vertus de connaissance et de sécurité juridique incontestables, mais il est également essentiel de ne pas verser dans une situation qui décourage structurellement, au niveau des décideurs politiques, des idées inédites et novatrices : la publicité des avis du Conseil d'État peut en effet, si elle n'est pas, à l'égard de tels projets, bien encadrée, s'avérer contre-productive – il faut préserver, parmi les décideurs, ceux qui ont le courage de faire des propositions qui sortent des sentiers battus, en veillant à ce que d'éventuelles critiques faites par le Conseil d'État ne viennent pas, par une publicité prématurée et induite, tuer dans l'œuf des projets pourtant sensés et juridiquement amendables : l'objectif de transparence ne justifie pas tout »⁵⁵. Quoi qu'il en soit, comme le relève Jeroen Van Nieuwenhove, désormais, « chacun peut regarder par-dessus l'épaule du Ministre »⁵⁶.

Faut-il publier tous les avis rendus par le Conseil d'État, depuis le tout premier donné le 21 septembre 1948⁵⁷ ? Faut-il fixer une date intermédiaire, en fonction notamment des complications techniques que la numérisation de documents d'archive ne manque pas de poser ? La tâche étant colossale, « Inclure dans la proposition les avis antérieurs à cette date nécessiterait du temps, mais surtout d'importants moyens supplémentaires. Ils seraient encore plus importants en y ajoutant les textes sur lesquels ces avis portaient, à supposer que cela soit matériellement possible dans tous les cas (des projets peuvent avoir disparu) »⁵⁸. Publier à rebours posant problème, les débats suggèrent vite l'abandon de cette piste et se focalisent sur la publication des avis rendus après l'entrée en vigueur de la loi.

15. Bizarrement, le Sénat, qui a pourtant auditionné des membres du Conseil d'État qui se sont exprimés à titre personnel, ne consulte pas la section de législation du Conseil d'État⁵⁹. Le texte qu'il adopte est immédiatement transmis par la Chambre des représentants⁶⁰ à la section de

⁵⁵ Chr. BEHRENDT et Q. PIRONNET, « Publication des avis du Conseil d'État – Réflexions autour de la loi du 16 août 2016 modifiant les lois sur le Conseil d'État, et l'arrêt de la Cour constitutionnelle du 21 décembre 2017 », *op. cit.*, pp. 222-223.

⁵⁶ J. VAN NIEUWENHOVE, « Openbaarheid van de adviezen van de Raad van State », *op. cit.*, p. 18 (traduction libre de « nu kan iedereen over de schouder van de minister meekijken »).

⁵⁷ Il s'agissait d'un avis donné sur une proposition de loi modifiant la législation relative au gage, *Doc. parl.*, Sénat, sess. 1947-1948, n° 92/1.

⁵⁸ *Doc. parl.*, Sénat, sess. 2007-2008, n° 4-247/4, p. 8. Voy. pour l'ensemble des détails techniques : les annexes 3 et 4, pp. 27-32.

⁵⁹ Ainsi, entamant son audition, l'auditeur général Bouvier précise-t-il que son intervention est conçue « dans une perspective purement pratique et ne préjuge pas des observations que pourrait faire la section de législation » (*Doc. parl.*, Sénat, sess. 2007-2008, n° 4-247/4, p. 7).

⁶⁰ *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2008-2009, n° 52-1630/001.

⁵¹ *Ibid.*, pp. 33 et 34.

⁵² *Ibid.*, pp. 37-47.

⁵³ *Ibid.*, p. 13. Voy. J. VAN NIEUWENHOVE, « Openbaarheid van de adviezen van de Raad van State », *op. cit.*, p. 5.

⁵⁴ *Doc. parl.*, Sénat, sess. 2007-2008, n° 52-4-247/4, p. 7.

législation du Conseil d'État. Il vise à insérer un article 5bis dans les lois coordonnées :

« La section de législation assure sans délai, par la voie d'un réseau d'information électronique accessible au public, la publication des avis qu'elle donne et qui sont mentionnés au présent titre.

Elle y joint les propositions et amendements aux propositions et projets auxquels ils se rapportent.

Si l'avis se rapporte à un avant-projet, la publication n'intervient qu'au dépôt du projet.

S'il se rapporte à un projet d'arrêté réglementaire, elle n'intervient que si celui-ci est publié au Moniteur belge ».

16. La section de législation se prononce en assemblée générale. Son avis n° 45.646/AG du 13 janvier 2009⁶¹ enterre momentanément le projet. Le fait de savoir avec quelle majorité le législateur fédéral doit organiser la publication occupe toute la discussion. D'une part, une loi ordinaire suffit-elle pour organiser la publication des avis rendus par la section de législation, quel que soit le demandeur d'avis ? D'autre part, une loi ordinaire suffit-elle pour organiser la publication des textes sur lesquels portent lesdits avis ?

La première question reçoit une réponse sans équivoque, tirée de l'article 160 de la Constitution et développée dans la lignée des arguments déjà avancés sur le sujet (cf. ci-avant n° 13)⁶².

C'est la publication des textes soumis pour avis qui complique le système :

« Compte tenu du fait que la publicité des textes sur lesquels les avis sont donnés ne touche pas directement à la compétence, à l'organisation et au fonctionnement du Conseil d'État mais qu'en revanche, lorsque ces textes émanent des communautés et des régions, elle affecte dans une certaine mesure le fonctionnement de leurs organes, la question de la compétence du légis-

lateur fédéral pour régler cette publicité intégrale⁶³ se pose en des termes différents⁶⁴ »⁶⁵.

Or, aux yeux de l'assemblée générale de la section de législation, la lecture des avis ne peut être véritablement utile indépendamment de celle du texte sur lequel il porte. La pierre d'achoppement est là⁶⁶.

Au vu du système de répartition des compétences entre l'autorité fédérale, les communautés et les régions, « le législateur fédéral statuant à la majorité spéciale pourrait régler la publicité intégrale des textes présentés par les Communautés flamande et française, par les trois régions et la communauté communautaire commune à la section de législation du Conseil d'État pour avis, moyennant, le cas échéant, des attributions limitées de compétences en la matière aux niveaux de pouvoir précités quant aux conditions d'exercice de cette publicité »⁶⁷.

17. La publication des avis rendus par la section de législation du Conseil d'État dans son principe reçoit un feu vert inconditionnel puisqu'une loi ordinaire peut l'organiser. La publicité de ceux-ci couplés avec les textes sur lesquels ils portent n'est cependant possible qu'au prix d'un système normatif pour le moins complexe : « La réglementation de la publicité intégrale des textes soumis à l'avis de la section de législation du Conseil d'État devrait être organisée de manière identique, dans ses règles de base, dans la loi ordinaire et dans la loi spéciale à l'égard de l'ensemble des autorités susceptibles de consulter le Conseil d'État »⁶⁸. La Chambre n'a pas le temps de porter le projet plus loin, la dissolution intervenue en 2010 le faisant tomber en caducité⁶⁹.

⁶³ Voy. note de bas de page 5 sous l'avis 45.646/AG : « Il n'est question ici que de la publicité donnée aux textes proprement dits sur lesquels la section de législation du Conseil d'État donne son avis, et non de celle qui résulte de la mention dans les avis de la portée des textes à l'examen ou de la reproduction d'extraits de ces textes. La question de la compétence relative à la publicité donnée à ces derniers procédés se rattache à celle qui concerne les avis eux-mêmes ».

⁶⁴ Voy. note de bas de page 6 sous l'avis n° 45.646/AG : « En vertu de l'article 5bis, alinéa 2, en projet des lois coordonnées sur le Conseil d'État, cette publicité ne porte que sur "les propositions et amendements aux propositions et projets auxquels [les avis publiés] se rapportent". Les alinéas 3 et 4 de la même disposition pourraient être lus comme prescrivant également la publicité des avant-projets de loi, de décret ou d'ordonnance et les projets d'arrêtés réglementaires sur lesquels les avis portent. Compte tenu de l'observation générale faite sous le n° 12, plus bas, la question de compétence ici examinée n'opère pas de distinction selon la nature des textes sur lesquels les avis de la section de législation du Conseil d'État sont donnés, cette distinction apparaissant au demeurant non pertinente pour cette question ».

⁶⁵ Avis n° 45.646/AG, *op. cit.*, p. 5, point 4.

⁶⁶ Avis n° 45.646/AG, *op. cit.*, p. 6, point 7 : « il peut être considéré que la publicité intégrale des textes sur lesquels les avis sont émis se distingue nettement de celle donnée à ces derniers et que cette question touche de manière étroite au fonctionnement même des organes qui ont rédigé les textes en question ».

⁶⁷ *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2008-2009, n° 52-1630/002, p. 9, § 10.2.

⁶⁸ Avis n° 45.646/AG, *op. cit.*, p. 9, § 10.4. Voy. J. VAN NIEUWENHOVE, « Openbaarheid van de adviezen van de Raad van State », *op. cit.*, pp. 6-7.

⁶⁹ Voy. l'exposé introduction de la proposition de loi DOC 54-682/1 fait par son auteur principal, Stefaan Van Hecke, *Doc. parl.*, 2015-16, DOC 54-682/8,

L'objectif est néanmoins poursuivi. Le 29 avril 2009, soit quelques mois après l'avis du Conseil d'État, le premier ministre saisit le Conseil d'État d'une demande tendant à

« – élaborer des amendements au projet de loi “modifiant les lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, en vue de la publication des avis de la section de législation” (Doc. parl., Chambre, 2008-2009, n° 52-1630/1) conformément aux différentes observations que la section de législation du Conseil d'État a formulées dans son avis n° 45.646/AG donné le 13 janvier 2009 sur ce projet (affaire n° 46.552/AG) ;

– rédiger un projet de loi spéciale réglant la publication des textes soumis à l'avis de la section de législation du Conseil d'État par les communautés et les régions, en confiant éventuellement des compétences spécifiques en la matière à ces niveaux de compétence, en ce compris les conditions dans lesquelles cette publicité doit être prévue (affaire n° 46.553/AG) »⁷⁰.

La section de législation du Conseil d'État, réunie en assemblée générale, inspirée de ses propres observations, livre le 20 octobre 2009 les projets de textes demandés et des explications y relatives dans un double avis n° 46.552/AG et 46.553/AG (ci-après avis n° 46.552/AG). S'inscrivant dans la ligne directe de l'avis n° 45.646/AG, l'assemblée générale propose l'adoption de lois ordinaires et spéciales⁷¹. C'est dans cet avis également que figure, en effet, la définition du caractère abouti ou pas d'un texte, qui se révélera décisive. C'est d'elle que découleront les règles principales de l'étendue de la publication (voy. ci-après, n° 20 et 23).

Ces textes rédigés par le Conseil d'État n'ont pas été assumés par le Gouvernement qui ne les a pas adoptés sous la forme de projet de loi et qui

ne les a même pas communiqués au Parlement⁷². Devoir adopter une loi spéciale a-t-il freiné le processus ? C'est plus que probable.

3. LA PUBLICATION RENDUE ENFIN POSSIBLE : LES AVIS N° 57.689/AG ET 57.690/AG DU 6 OCTOBRE 2015

18. Deux propositions visant à généraliser la publication des avis de la section de législation sont à nouveau déposées en 2014⁷³.

La première, d'Olivier Maingain et Véronique Caprasse⁷⁴, reprend à l'identique celle déposée presque 10 ans plus tôt par des sénateurs du MR tout en remaniant totalement les développements qui l'accompagnent⁷⁵.

La seconde, de Stefaan Van Hecke et Zakia Khattabi, est une version très légèrement adaptée de celle qui fit l'objet de l'avis n° 45.646/AG⁷⁶.

Le ministre de l'Intérieur, Jan Jambon, s'il « souscrit à l'objectif de cette dernière proposition, qui contribue à la transparence des avis du Conseil d'État », demande que la section de législation du Conseil d'État soit à nouveau consultée, le précédent avis datant déjà de 2009⁷⁷. Celle-ci, de son propre aveu, se « trouve à nouveau amenée à examiner notamment la question de la compétence de l'autorité fédérale pour régler la publicité intégrale des textes sur lesquels les avis appelés à être publiés ont été rendus »⁷⁸.

19. L'assemblée générale de la section de législation du Conseil d'État, dans un double avis n° 57.689/AG et 57.690/AG du 6 octobre 2015⁷⁹

⁷² *Ibid.* L'avis n'a donc pas été publié dans les travaux parlementaires. Il est cependant disponible sur le site du Conseil d'État. Ces deux demandes étaient accompagnées d'une troisième qui portait sur un projet d'arrêté d'exécution « concernant notamment le réseau d'information électronique proposé dans le projet de loi modifiant les lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, en vue de la publication des avis de la section de législation », enrôlée sous le numéro 46.554. Elle est rayée du rôle le 6 février 2017, « la publication des avis par voie électronique ayant été organisée par la loi du 16 août 2016, publiée au *Moniteur belge* le 14 septembre 2016 ».

⁷³ Une première mouture de ces propositions sera déjà déposée en 2010. Elles ne seront toutefois pas discutées. Voy. J. VAN NIEUWENHOVE, « Openbaarheid van de adviezen van de Raad van State », *op. cit.*, p. 7.

⁷⁴ *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. extr. 2014, n° 54-144/001.

⁷⁵ *Cf. supra* : *Doc. parl.*, Sénat, sess. 2004-2005, n° 3-1253/1.

⁷⁶ Pour prendre en compte cet avis qui critiquait notamment le fait que l'entrée en vigueur soit abandonnée à l'appréciation du Roi (avis n° 57.689/AG-57.690/AG, point 28), la proposition est complétée d'une disposition qui encadre l'habilitation et qui se retrouve dans la loi adoptée, à l'article 5/4 (voy. ci-après, n° 35).

⁷⁷ Rapport de la Commission de l'Intérieur, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2015-2016, n° 54-682/8, p. 3.

⁷⁸ Avis n° 57.689/AG et 57.690/AG, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2014-2015, n° 54-0682/002.

⁷⁹ Ironie du moment, cet avis fondamental sur la publication des avis rendus par la section de législation du Conseil d'État n'est pas encore publié à ce jour sur le site du Conseil d'État. Il est cependant accessible dans les travaux parlementaires. Des passages de cet avis, notamment quant à la compétence du législateur ordinaire pour organiser la publication de ses avis sont cités dans d'autres avis, entre autre l'avis n° 61.267/2/AG rendu le 27 juin 2017

pp. 4-5. Comme le remarquent Christian Behrendt et Quentin Pironnet, « [à] cette date, on remarquera d'ores et déjà que la conception de la confidentialité des avis a évolué, tant du côté du monde politique que du côté de la section de législation du Conseil d'État elle-même, et que ceux-ci sont prêts à mener à bien la réforme. Et dépit de cette volonté, la proposition ne sera toutefois pas relevée de caducité », Chr. BEHRENDT et Q. PIRONNET, « Publication des avis du Conseil d'État – Réflexions autour de la loi du 16 août 2016 modifiant les lois sur le Conseil d'État, et l'arrêt de la Cour constitutionnelle du 21 décembre 2017 », *op. cit.*, p. 212.

⁷⁰ Ce n'est pas une demande d'avis classique mais une demande de rédaction, fondée sur l'article 6 des lois coordonnées qui dispose : « Le Premier Ministre, les présidents des gouvernements communautaires ou régionaux et ceux qui président le Collège de la Commission communautaire française ou le Collège réuni, visés respectivement aux alinéas 2 et 4 de l'article 60 de la loi spéciale du 12 janvier 1989 relative aux institutions bruxelloises, peuvent, chacun pour ce qui le concerne, charger la section de rédiger le texte d'avant-projets de lois, de décrets, d'ordonnances, d'arrêtés, de règlements ou d'amendements dont ils déterminent la matière et l'objet ».

⁷¹ Voy. J. VAN NIEUWENHOVE, « Openbaarheid van de adviezen van de Raad van State », *op. cit.*, p. 7.

(ci-après avis n° 57.689/AG) reprend le raisonnement posé six ans plus tôt. Se faisant plus conciliante⁸⁰, elle s'en écarte toutefois, considérant désormais « pouvoir conclure de manière plus certaine à la compétence du législateur fédéral agissant à la majorité ordinaire⁸¹ » (point 11). Pour sortir de l'incertitude créée par son avis précédent⁸², l'assemblée générale insiste sur l'indissociabilité entre les avis et les textes sur lesquels ils portent :

« Dès lors que, dans bon nombre d'hypothèses, la consultation des textes sur lesquels sont donnés les avis de la section de législation est nécessaire pour comprendre ceux-ci et qu'il semble impossible de déterminer ces hypothèses a priori par la voie de dispositions générales et abstraites, il est permis de soutenir que des mesures garantissant la publicité des textes soumis à l'avis de la section de législation peuvent raisonnablement être considérées comme nécessaires pour assurer l'efficacité d'un dispositif qui organise la publicité des avis eux-mêmes » (point 13).

S'appuyant sur l'arrêt n° 106/2004 de la Cour constitutionnelle relatif à la publication électronique du *Moniteur belge*⁸³ (point 14), l'assemblée générale considère désormais qu'une loi ordinaire organisant la publication tant des avis que des textes sur lesquels ils portent ne règle pas le fonctionnement des entités auteurs desdits textes mais « tend plutôt à mettre en œuvre d'une manière complète et effective la compétence fédérale de régler le fonctionnement du Conseil d'État » (point 15).

Elle fait ainsi appel à deux principes de répartition des compétences ; celui qui veut qu'en cas de compétences entremêlées, l'on tente d'identifier l'autorité qui détient le cœur de la compétence⁸⁴ ;

sur un avant-projet de loi « réformant la Commission de la protection de la vie privée » publié sur le site du Conseil d'État, 6 4.2., pp. 15 et 16.

⁸⁰ Chr. BEHRENDT et Q. PIRONNET, « Publication des avis du Conseil d'État – Réflexions autour de la loi du 16 août 2016 modifiant les lois sur le Conseil d'État, et l'arrêt de la Cour constitutionnelle du 21 décembre 2017 », *op. cit.*, p. 212.

⁸¹ Note 21 sous les avis n°s 57.689/AG-57.690/AG : « Dès lors que, dans la matière considérée, l'article 160 de la Constitution ne requiert pas de majorité spéciale pour sa mise en œuvre ».

⁸² Patricia Popelier souligne que cette attitude est tout à son honneur (« De bekendmaking van de adviezen van de Raad van State in tien categorieën : over de bevoegdheid van de federale wetgever en de twijfels van de Raad van State », *op. cit.*, p. 1088).

⁸³ C. const., 16 juin 2004, n° 106/2004 (à propos de cet arrêt, voy. ci-après, n° 42). Voy. J. VAN NIEUWENHOVE, « Openbaarheid van de adviezen van de Raad van State », *op. cit.*, pp. 8-9 ; Y. LEJEUNE, *op. cit.*, p. 428.

⁸⁴ Selon la Cour constitutionnelle, « La répartition des compétences entre l'État fédéral et les communautés repose sur un système de compétences exclusives qui implique que toute situation juridique soit en principe réglée par un seul législateur. Lorsqu'une réglementation a, comme en l'espèce, des liens avec plusieurs compétences, la Cour doit rechercher où se trouve l'élément prépondérant de la relation juridique réglée » (arrêt n° 184/2002 du 11 décembre 2002, B.7.). Voy. J. VAN NIEUWENHOVE, « Openbaarheid van de adviezen van de Raad van State », *op. cit.*, p. 9.

et le principe de proportionnalité en vertu duquel, conformément à la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, « l'autorité fédérale ne peut pas porter atteinte de manière disproportionnée aux compétences des entités fédérées et doit à ce titre veiller à ne pas rendre impossible ou exagérément difficile la mise en œuvre des compétences des communautés et des régions, notamment en matière d'organisation et de mode de fonctionnement de l'administration » (avis n° 57.689/AG, point 14)⁸⁵. Concrètement, dans la première étape de son raisonnement, l'assemblée générale recourt à ce premier principe pour justifier que la publication des avis soit organisée par une loi ordinaire. Immédiatement après, elle recourt au second principe énoncé et selon lequel lorsque les textes sur lesquels portent les avis ne sont pas aboutis, la compétence du législateur fédéral doit s'incliner devant celle des entités fédérées. C'est là que se situe le deuxième élément important de l'avis n° 57.689/AG précité.

L'assemblée générale de la section de législation a encore rappelé ce dernier avis pour considérer que le législateur fédéral, intervenant à la majorité ordinaire, est bien compétent pour décider quelle publicité sera assurée aux avis de l'Autorité de protection des données, qui succède à la Commission de la vie, même lorsque ceux-ci portent sur des textes émanant des entités fédérées⁸⁶.

20. Le premier obstacle ayant été dépassé, restait la question de l'étendue de la publication des avis, notamment lorsqu'ils portent sur des textes des communautés et régions qui ne sont finalement pas adoptés. La solution se loge dans les notions de textes « aboutis » ou « non aboutis », qui apparaît dans les avis n°s 46.552/AG et 46.553/AG (voy. ci-avant, n° 14). Les premiers seront publiés par le Conseil d'État sans autre formalité, les seconds restent la propriété des entités fédérées, leur publication dépendant de leur bon vouloir.

La définition des textes « aboutis » et « non aboutis » sera arrêtée dans l'avis n° 57.689/AG du 6 octobre 2015, reprise par la Cour constitutionnelle dans son arrêt n° 149/2017 du 21 décembre 2017 :

« Par textes “aboutis”, on entend, d'une part, les propositions de norme législative publiées dans les documents parlementaires, les avant-projets de norme législative déposés sous la

⁸⁵ Voy. J. VANPRAET, *De latente staatshervorming – De bevoegdheidsverdeling in de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof en, de adviespraktijk van de Raad van State*, Brugge, Bruges, die Keure, 2011, pp. 171 à 173 ; Y. LEJEUNE, *op. cit.*, pp. 434-437, et les références citées par ces auteurs.

⁸⁶ Avis n° 61.267/AG du 27 juin 2017 sur un avant-projet devenu la loi du 3 décembre 2017 portant création de l'Autorité de protection des données, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2016-2017, n° 54-2648/1, pp. 117-118, observation générale 4.2.

forme de projets, les projets de loi adoptés par une des assemblées du Parlement fédéral, ainsi que les amendements – d’initiative parlementaire ou gouvernementale – et, d’autre part, les textes réglementaires adoptés et publiés. À l’inverse, les textes “non aboutis” concernent, d’une part, les propositions de norme législative non publiées dans les documents parlementaires, les avant-projets de norme législative non déposés sous la forme de projets ainsi que les projets d’amendement non déposés sous la forme d’amendements et, d’autre part, les textes réglementaires non adoptés ni publiés »⁸⁷.

À lire cette définition, l’on s’étonne que la qualification d’« abouti » ou de « non abouti » ait été retenue. En effet, en français, aboutir signifie « avoir finalement un résultat » ou « se développer jusqu’à son terme »⁸⁸. Or, il ne suffit pas qu’un projet ou une proposition de loi soit déposé sur le bureau d’une assemblée pour qu’il aboutisse. Il doit encore subir tout le parcours parlementaire et être finalement adopté par cette assemblée puis sanctionné par l’exécutif. La véritable distinction porte en vérité sur les textes selon qu’ils sont « publiés » ou « non publiés »⁸⁹. Le terme choisi en français est sans doute une traduction malheureuse de l’expression néerlandaise « *doorgang vinden* », de « *doorgang hebben gevonden* » ou « *geen doorgang hebben gevonden* », qui n’exprime pas nécessairement cette idée d’achèvement, et peut simplement évoquer celle de poursuite ou de passage.

Le caractère indissociable de la publication des avis et des textes sur lesquels ils portent s’avère défavorable à la compétence de l’autorité fédérale : « eu égard au principe de proportionnalité en matière de répartition des compétences, le législateur fédéral ne peut pas régler unilatéralement la publicité des avis du Conseil d’État donnés sur des textes non aboutis des communautés et des régions, pas plus que la publicité des textes eux-mêmes »⁹⁰.

II. LA LOI DU 16 AOÛT 2016 : UNE ÉCLOSION RÉUSSIE

21. La proposition est adoptée à l’unanimité, tant par la Commission de l’Intérieur de la

Chambre⁹¹ que par l’assemblée plénière⁹². La loi du 16 août 2016 modifiant les lois sur le Conseil d’État, coordonnées le 12 janvier 1973, en vue de la publication des avis de la section de législation, est adoptée selon la procédure bicamérale optionnelle, sans être évoquée par le Sénat⁹³, puis publiée au *Moniteur belge* du 14 septembre 2016.

Le principe qu’elle porte est clair et particulièrement généreux : en application de l’article 5/1 des lois coordonnées, le Conseil d’État assure la publication des avis qu’il donne « et qui sont mentionnés au présent titre ». Il doit le faire « sans délai », « par voie d’un réseau d’information électronique accessible au public » et y joindre « l’ensemble des textes sur lesquels ces avis portent ». Au vu des nombreuses exceptions prévues, peu voire pas d’avis seront effectivement publiés « sans délai ».

Le législateur a souhaité en effet que la publication soit la plus complète possible (1) via un réseau d’information électronique accessible au public (2)

1. UNE PUBLICATION QUI A VOCATION À L’EXHAUSTIVITÉ⁹⁴

22. Fidèle à l’avis rendu le 6 octobre 2015 par le Conseil d’État, la loi du 16 août 2016 organise la publication de tous les avis pour lesquels le législateur fédéral ordinaire est reconnu compétent. Seuls sont exclus du champ d’application de la loi « les avis qui portent sur des avant-projets de décret ou d’ordonnance non déposés, sur des amendements à ceux-ci et sur des projets d’arrêtés communautaires et régionaux qui n’ont pas été publiés au *Moniteur belge*, ainsi que les textes de ces avant-projets, amendements et projets d’arrêtés [lesquels] ne peuvent être publiés qu’avec l’accord de la région ou de la communauté concernée »⁹⁵. Par ailleurs, de très nombreuses exceptions décalent dans le temps la publication. C’est la différence de traitement fondamentale entre les textes « aboutis » (B) et ceux que ne le sont pas qui apparaît comme l’élément clef de compréhension de la loi (A). Même si l’exhaustivité n’est encore que relative, le progrès est immense, ainsi que le révèle une brève comparaison avec la situation qui prévaut actuellement en France (C).

⁸⁷ Avis n° 57.689/AG et 57.690/AG du 6 octobre 2015, n° 16 ; C. const., 21 décembre, n° 149/2017, B. 2.2.

⁸⁸ *Le Robert électronique*.

⁸⁹ Que cette publication ait lieu dans les travaux parlementaires pour les textes législatifs ou dans les pages du *Moniteur belge* pour les textes réglementaires.

⁹⁰ Voy., avis n° 57.689/AG-57.690/AG, point 19, 3°, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2014-2015, n° 54-0682/002, p. 19.

⁹¹ Rapport de la Commission de l’Intérieur, *op. cit.*, p. 13.

⁹² Séance plénière de la Chambre du 16 juin 2016, C.R.I., 2015-16, CRIV 54 PLEN 115, p. 92.

⁹³ *Doc. parl.*, Sénat, sess. 2015-2016, n° 6-279/1.

⁹⁴ Parmi les quelques 62 000 avis rendus par la section de législation du Conseil d’État, l’écrasante majorité d’entre eux seront publiés. Voy. en ce sens, J. VAN NIEUWENHOVE, *op. cit.*, p. 11.

⁹⁵ Article 5/3, § 2, des lois coordonnées.

A. La publication des textes « non aboutis », l'épineuse question de l'article 5/3 des lois coordonnées

23. Même si la question fut un temps débattue (voy. ci-avant, n° 14), la loi du 16 août 2016 prévoit la publication des avis rendus sur des textes non aboutis émanant de l'autorité fédérale⁹⁶. Conformément à l'article 5/3, § 1^{er}, des lois coordonnées, ces avis sont publiés après la dissolution de la Chambre des représentants. Le compromis ainsi trouvé entre respect de la sérénité du travail du « normateur » et transparence démocratique mérite d'être souligné.

En revanche, en vertu de l'article 5/3, § 2, des lois coordonnées, les avis rendus sur les textes non aboutis des autorités fédérées « ne peuvent être publiés qu'avec l'accord de la région ou communauté concernée ». Cette disposition résulte d'un amendement⁹⁷ visant à prendre « en compte les observations formulées par le Conseil d'État à l'égard de la compétence limitée du législateur fédéral ordinaire en matière de publicité des textes non aboutis des communautés et des régions »⁹⁸. Le Conseil d'État avait notamment relevé que, si la publication des textes aboutis des entités fédérées pouvait être unilatéralement décidée par le législateur fédéral ordinaire, il n'en allait pas de même pour les textes non aboutis :

« s'agissant de textes non aboutis des entités fédérées, il y a lieu de constater que la généralisation de leur publicité en dépit précisément du fait que leurs auteurs aient fait le choix de ne pas poursuivre le processus menant à son adoption, porterait atteinte de manière disproportionnée aux compétences des entités fédérées quant à la définition de leurs règles de fonctionnement et à l'indispensable marge de manœuvre dont elles doivent disposer dans la mise en œuvre de leurs politiques. Intervenant sur la base de l'article 160 de la Constitution, le législateur fédéral ne peut donc pas prescrire la publicité intégrale de tels textes sans que cela ne soulève des inconvénients majeurs au regard du principe de proportionnalité »⁹⁹.

24. Alors qu'en 2009, l'assemblée générale avait conclu à la nécessité d'une loi spéciale pour

organiser la publicité des textes présentés par les entités fédérées¹⁰⁰, dans son dernier avis n° 57.689/AG du 6 octobre 2015, elle ne se prononce plus sur la manière dont l'intervention des entités fédérées doit être organisée.

En principe, ce devrait être par un accord de coopération que les communautés et les régions pourraient autoriser ou charger le Conseil d'État de publier leurs textes non aboutis¹⁰¹. Dans une espèce particulière, tout en rappelant que « sauf exception prévue par la Constitution ou une loi à majorité spéciale, les règles répartitrices de compétence s'opposent en principe à ce qu'une loi ordinaire subordonne à la conclusion d'un accord de coopération l'exercice d'une compétence fédérale, et *a fortiori* une compétence communautaire » la Cour constitutionnelle a admis que le législateur fédéral, se prononçant à la majorité ordinaire, prévoit la conclusion d'un accord de coopération afin de donner « suite à l'exigence de coopération qui est imposée pour l'exercice des compétences en vertu du principe de proportionnalité »¹⁰².

Dans la logique de cet arrêt, puisque l'intervention des entités fédérées ne consiste pas en l'adoption de normes mais en la simple expression d'un *nihil obstat*, le législateur a estimé pouvoir se dispenser de la lourde procédure d'un accord de coopération et opter pour la formule plus vague de l'article 5/3, § 2, des lois coordonnées. Il s'inscrit en outre dans la ligne de l'avis n° 57.689/AG (voy. ci-avant, n° 20 *in fine*) lorsque celui-ci estime qu'il : « se peut qu'un gouvernement de communauté ou de région considère que les avis du Conseil d'État sur des textes non aboutis de même que ces textes peuvent être rendus publics dans certains cas ou même de manière générale. Si ces gouvernements peuvent bien entendu décider de procéder eux-mêmes à la publication de ces avis et textes, ils peuvent également marquer

¹⁰⁰ Avis n° 46.552/AG et 46.553/AG, I.F.4. et I.F.5.1., pp. 65-66, rappelé dans l'avis 57.689/AG-57.690/AG, points 7 et 10.

¹⁰¹ Ainsi, très récemment, les chambres réunies de la section de législation ont-elles rappelé, à propos de propositions tendant à l'organisation de la distribution de « pack contraception », que le législateur fédéral ne peut prévoir ni même permettre l'intervention des centres de planning familial, qui sont des institutions communautaires, pas davantage que les autorités communautaires ne peuvent faire intervenir des médecins dans cette distribution, ceux-ci relevant de la compétence de l'autorité fédérale. Dès lors, seul un accord de coopération pourrait organiser l'intervention conjuguée des centres de planning et des médecins en cette matière (avis n° 58.553/VR du 5 janvier 2016 sur une proposition de loi « modifiant l'arrêté royal n° 78 du 10 novembre 1967 relatif à l'exercice des professions des soins de santé, afin de permettre la distribution gratuite de moyens contraceptifs et de la pilule du lendemain via les Centres de planning familial au moyen d'un "Pass contraception" », *Doc. parl.*, Ch. repr. sess. 2015-2016, n° 54-1456/1 ; avis n° 62.811/4 rendu le 7 février 2018 sur une proposition de décret de la Région wallonne « insérant le livre VI/1 dans le Code wallon de l'action sociale et de la santé relatif à l'aide à la vie affective et sexuelle des jeunes », *Doc. parl.*, Parl. w., sess. 2017-2018, n° 975/2).

¹⁰² C. const., 23 juin 2011, arrêt n° 112/2011, B.4. et B.6.2. Voy. Y. LEJEUNE, *Droit constitutionnel belge*, Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 876-878.

leur accord sur leur publication par le Conseil d'État »¹⁰³. En séance plénière de la Chambre, l'auteur principal de la proposition, le député Van Hecke, souligne qu'il « est intéressant de noter que le Conseil d'État nous autorise également à régler la publication des textes des Communautés et des Régions, pour autant que celles-ci soient d'accord »¹⁰⁴.

25. Comme le relève Patricia Popelier, il appartenait dès lors au Conseil d'État de mettre en œuvre cet article 5/3 des lois coordonnées¹⁰⁵. Selon la justification de l'amendement à l'origine de cet article, l'accord des entités fédérées « pourra par exemple être obtenu en comité de concertation ou via un protocole d'accord conclu entre le Conseil d'État et l'entité qui le souhaite ».

La nature et la forme de l'accord demeurent donc assez floues. Ce terme est sans doute choisi à dessein. Il permet de considérer qu'une réglementation formelle n'est pas nécessaire. L'expression de la volonté des autorités concernées devrait suffire pour peu qu'elle soit claire. Revers de la médaille, un tel accord est fragile, révisable et peu transparent : un changement d'avis au sein d'un gouvernement ou lors d'un renouvellement de celui-ci est toujours possible.

Afin d'exécuter la loi qui le charge désormais de publier ses avis, le Conseil d'État s'est adressé aux différents gouvernements en vue d'obtenir leur accord requis par l'article 5/3, § 2, des lois coordonnées pour ce qui concerne les textes « non aboutis ». Tous ces gouvernements ont donné leur accord par courrier adressé au Premier Président du Conseil d'État, à part le Gouvernement flamand qui a exprimé cet accord dans un arrêté. En effet, par un arrêté du 5 mai 2017 modifiant l'arrêté du 25 juillet 2014 fixant les attributions des membres du Gouvernement flamand, pour ce qui est de la publication active des documents du Gouvernement flamand¹⁰⁶, l'autorité flamande a organisé la publication systématique de ses décisions et des documents « y afférents » sur le site central de l'Autorité flamande¹⁰⁷. Cet arrêté autorise, par ailleurs, le Conseil d'État, à publier les avis et textes y relatifs après la dissolution du

Parlement flamand¹⁰⁸. Cette manière de procéder assure davantage de transparence qui fait bon ménage évidemment avec les préceptes de la loi. S'agissant des accords des autres gouvernements, il est permis de considérer qu'il serait préférable d'en faire mention par exemple sous forme d'une brève incise sur le site du Conseil d'État. Selon les règles de l'art documentaire, l'utilisateur doit en effet pouvoir connaître l'étendue du fond documentaire qu'il s'apprête à consulter.

Plus prosaïquement, force est de constater que l'organisation de la publication par le Conseil d'État est tributaire du contenu de l'accord que chaque région ou communauté peut formuler librement¹⁰⁹. Pour sa mise en œuvre en interne, la menace d'un système kafkaïen de publication de ces avis si particuliers est bien réelle. Un dialogue entre les différentes entités concernées et le Conseil d'État pourrait permettre de trouver une solution homogène qui facilitera sa mise en œuvre et limitera le risque d'erreur.

26. Quoi qu'il en soit, la loi est entrée en vigueur et n'a pas été contestée sur ce point devant la Cour constitutionnelle. Que le Parlement ait opté pour une loi ordinaire conforte le caractère fédéral du Conseil d'État puisque la publication trouve son fondement dans l'article 160 de la Constitution, qui dispose qu'il « y a pour toute la Belgique un Conseil d'État ». En définitive, la loi du 16 août 2016 incarne un parfait équilibre entre la transparence réclamée par tous et la nécessité pour les « normateurs », Gouvernement et Parlement, de pouvoir continuer à avancer dans la première phase de leur travail, dans le confort du secret, le point de non-retour étant le moment où le texte devient « abouti ».

B. La publication des textes aboutis, le principe postposé ?

27. En principe, selon la loi du 16 août 2016, la publication des avis se fait « sans délai »¹¹⁰, c'est-à-dire dès qu'ils sont rendus. Les exceptions sont cependant telles qu'il s'en trouve réduit à une déclaration d'intention : l'écrasante majorité des avis rendus est mise à disposition du public bien après sa transmission au demandeur d'avis¹¹¹.

¹⁰³ Voy., avis n° 57.689/AG-57.690/AG, point 20, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2014-2015, n° 54-0682/002, p. 19. Voy. en ce sens J. VAN NIEUWENHOVE, « Openbaarheid van de adviezen van de Raad van State », *op. cit.*, p. 9, n° 14.3. et p. 15, n° 24 ; P. POPELIER, « De bekendmaking van de adviezen van de Raad van State in tien categorieën : over de bevoegdheid van de federale wetgever en de twijfels van de Raad van State », *op. cit.*, p. 1089.

¹⁰⁴ Séance plénière, *op. cit.*, pp. 73-74.

¹⁰⁵ P. POPELIER, « De bekendmaking van de adviezen van de Raad van State in tien categorieën : over de bevoegdheid van de federale wetgever en de twijfels van de Raad van State », *op. cit.*, p. 1086. Voy. ci-après, n° 27.

¹⁰⁶ Voy. l'arrêté en question publié au *Moniteur belge* du 20 juin 2017.

¹⁰⁷ Voy. l'article 16/1, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, de l'arrêté du 25 juillet 2014 précité ainsi modifié.

¹⁰⁸ Voy. l'article 16/1, § 2, de l'arrêté du 25 juillet 2014 précité ainsi modifié.

¹⁰⁹ Voy. à cet égard J. VAN NIEUWENHOVE, « Openbaarheid van de adviezen van de Raad van State », *op. cit.*, p. 16 ; P. POPELIER, « De bekendmaking van de adviezen van de Raad van State in tien categorieën : over de bevoegdheid van de federale wetgever en de twijfels van de Raad van State », *op. cit.*, p. 1084.

¹¹⁰ Article 5/1 des lois coordonnées.

¹¹¹ Voy. à cet égard J. VAN NIEUWENHOVE, « Openbaarheid van de adviezen van de Raad van State », *op. cit.*, p. 11 ; P. POPELIER, « De bekendmaking van de adviezen van de Raad van State in tien categorieën : over de bevoegdheid

L'article 5/2 des lois coordonnées prévoit plusieurs régimes dérogatoires pour les avis et textes y relatifs rendus après le 1^{er} janvier 2017 sur des textes « aboutis ». Par facilité, pour les publications postérieures à cette date, il ne sera plus fait mention que des avis, la loi étant sans ambiguïté sur le fait qu'ils sont accompagnés des textes sur lesquels ils portent.

28. Première exception, selon le premier alinéa de cette disposition, lorsque l'avis porte sur un avant-projet de norme législative, la publication a lieu après le dépôt du texte concerné sur le bureau de l'assemblée législative. L'alinéa suivant prévoit la même procédure pour les amendements à un projet ou une proposition. Dès qu'il est évident qu'un tel texte est « abouti » au sens de la section de législation du Conseil d'État, l'avis est publié sur le site internet du Conseil d'État.

Concrètement, la publication assurée par le Conseil d'État subit un décalage de 48 heures maximum par rapport à celle opérée par les parlements. La date du dépôt officiel d'un projet, quel que soit le parlement concerné, n'est connue qu'en consultant leurs sites respectifs. Le bureau de coordination du Conseil d'État n'ayant pas d'information privilégiée quant à la date du dépôt, c'est en dépouillant quotidiennement les travaux parlementaires que le dépôt d'un texte ayant fait l'objet d'un avis est détecté, enclenchant la publication organisée par le Conseil d'État.

La suggestion faite par le Conseil d'État dans l'avis n° 46.552/AG d'exiger une « notification par le président de l'assemblée au premier président du Conseil d'État » lors du dépôt sur le bureau du parlement d'un texte ayant fait l'objet d'un avis visait à prévenir cette difficulté : « À défaut, ce serait aux services du Conseil d'État qu'il reviendrait de procéder à la consultation systématique et régulière de l'ensemble des nombreux documents parlementaires publiés par les diverses assemblées composant le paysage politique belge, ce qui alourdirait le fonctionnement administratif du Conseil d'État, nécessiterait des moyens budgétaires et en personnel nouveaux, et apparaîtrait donc comme disproportionné »¹¹². Le fait qu'elle n'ait pas été suivie alourdit la tâche quotidienne du Conseil d'État mais lui laisse fort heureusement le contrôle de la publication.

29. Exception à cette première exception et retour au principe : en vertu de l'article 5/2, alinéa 2, des lois coordonnées, si l'avis « est demandé postérieurement au dépôt » d'un amendement, la publication intervient « lorsque l'avis

est remis à l'assemblée qui l'a demandé », donc sans attendre qu'il soit publié sur le site de cette assemblée. Dans ce cas, la publication s'effectue « sans délai ». C'est concrètement le seul cas où la publication obéit à l'article 5/1 des lois coordonnées¹¹³.

30. Deuxième exception, en ce qui concerne les textes réglementaires : la publication du texte finalement adopté et publié déclenche celle de l'avis par le Conseil d'État¹¹⁴. En pratique, c'est encore au départ du dépouillement quotidien du *Moniteur belge* par les services du bureau de coordination du Conseil d'État que la publication est assurée. Comme on l'a déjà dit, c'est dans ces trois lignes que se loge la révolution portée par la loi du 16 août 2016. Comme le relève Jeroen Van Nieuwenhove, le fonctionnement secret de l'administration est altéré puisque le citoyen pourra comparer le projet soumis au Conseil d'État avec la version finalement adoptée¹¹⁵. S'il vient spontanément à l'esprit que cette transparence nouvelle peut fragiliser les gouvernements, il ne faut pas sous-estimer son incidence sur le rôle du Conseil d'État : sa mission confortable de conseiller discret des gouvernements cède le pas à celle beaucoup plus risquée d'obligé du citoyen qui ne l'épargnera certainement pas de ses critiques¹¹⁶.

31. Autre cas de figure particulièrement singulier : celui des propositions de loi, décrets ou ordonnances. Aucune dérogation au principe de la publication sans délai n'est prévue les concernant¹¹⁷. En conséquence, depuis le 1^{er} janvier 2017, c'est le régime de l'article 5/1 qui s'applique : les avis rendus sur des propositions de lois, décrets ou ordonnances sont publiés le lendemain de leur envoi aux différents présidents demandeurs des parlements. En pratique, ils sont accessibles dans les vingt-quatre heures de leur envoi aux différents présidents demandeurs des parlements. L'arrêt de la Cour constitutionnelle n° 149/2017 rendu le 21 décembre 2017 semble contredire cette interprétation.

Qu'a réellement voulu viser le législateur en concevant l'article 5/1 ? A-t-il entendu se contenter d'une simple déclaration de principe dans cette disposition ? En effet, si les propositions devaient

¹¹³ Deux autres cas peuvent être mentionnés : celui des propositions pour lesquelles un doute a plané jusqu'à l'arrêt de la Cour constitutionnelle n° 149/2017, du 21 décembre 2017, et celui des textes qui sont soumis par erreur à la section de législation en tête desquels certains accords de coopération et les circulaires.

¹¹⁴ Article 5/2, alinéa 3, des lois coordonnées.

¹¹⁵ Voy. J. VAN NIEUWENHOVE, « Openbaarheid van de adviezen van de Raad van State », *op. cit.*, p. 13.

¹¹⁶ Voy. notamment sur la fonction consultative du Conseil d'État, L. VANCRAVEBECK, « La jurisprudence de la section de législation du Conseil d'État », *op. cit.*, pp. 269-301, ici pp. 270-277.

¹¹⁷ Comp. J. VAN NIEUWENHOVE, « Openbaarheid van de adviezen van de Raad van State », *op. cit.*, p. 12.

van de federale wetgever en de twijfels van de Raad van State », *op. cit.*, pp. 1083-1085.

¹¹² Avis n° 46.552/AG-46.553/AG, I.E.2.3, b), pp. 54-55.

finalement elles aussi figurer parmi les exceptions à l'article 5/1 des lois coordonnées, quels cas de figure obéiraient encore au principe ? La question théorique est généralement sans conséquence – puisqu'en principe, toutes les propositions soumises à l'avis du Conseil d'État sont publiées par les différentes assemblées – elle est d'une importance capitale au regard de l'État de droit (voy. ci-après n° 44).

Comme l'exposait la section de législation dans son avis n° 57.689/AG du 6 octobre 2015 (voy. ci-avant, n° 19), « bien que le cas soit très rare, il arrive que la section de législation du Conseil d'État soit saisie d'une proposition de norme législative, remette un avis sur cette proposition et qu'ensuite la proposition ne soit finalement pas publiée dans les documents parlementaires, par exemple en raison des remarques juridiques formulées dans l'avis »¹¹⁸. La Cour constitutionnelle, dans son arrêt n° 149/2017 du 21 décembre 2017, répond à cette hypothèse en reprenant la distinction entre textes « aboutis » et « non aboutis » établie par la section de législation du Conseil d'État dans son avis du 6 octobre 2015 précité. Elle range parmi les textes non aboutis, « les propositions de norme législative non publiées dans les documents parlementaires, [...] »¹¹⁹. Elle conclut que « cette distinction se retrouve dans les articles 5/2 et 5/3 des lois coordonnées » (B.2.2.). Ce faisant, elle offre aux présidents des parlements – qui ont la maîtrise de la distribution des propositions à leurs membres – une dimension secrète que la loi ne leur avait pas accordée.

32. Une exception aux exceptions : conformément au principe de la publication sans délai visée à l'article 5/1 des lois coordonnées, le Conseil d'État publie immédiatement les avis donnés sur des textes relativement auxquels la section de législation n'est pas compétente : les circulaires, certains accords de coopération et tout autre texte inclassable et non répertorié par les articles 3 et suivants des lois coordonnées...

33. Dernière exception : la publication des avis rendus antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi du 16 août 2016, soit avant le 1^{er} janvier 2017, subit nécessairement un décalage dans le

temps. Texte autonome¹²⁰, son article 6 dispose que les « avis rendus par le Conseil d'État antérieurement à l'entrée en vigueur de la présente loi sont publiés, au plus tard le 1^{er} janvier 2019, selon les modalités définies par arrêté royal délibéré en Conseil des ministres ». Pour savoir à quel régime appartient un avis, il suffit donc de regarder la date à laquelle il a été rendu, qui figure en première page. Si cette date est antérieure au 1^{er} janvier 2017, la publication de l'avis suit le prescrit de l'article 6. Cette interprétation n'a pas été si aisée à mettre en pratique car la date de l'avis n'est pas automatisée. Recourir à un contrôle humain fastidieux fut donc bien nécessaire.

34. L'article 6 de la loi du 16 août 2016 appelle plusieurs remarques plus fondamentales.

Premièrement, la logique qui prévaut pour les avis rendus antérieurement au 1^{er} janvier 2017 (désignés ci-après par « avis anciens »), ne fait pas de distinction entre ceux qui portent sur des projets aboutis ou non aboutis. Ils doivent donc tous être publiés. Il s'ensuit également qu'en plein milieu de la législature au cours de laquelle entre en vigueur la loi du 16 août 2016, deux logiques vont nécessairement coexister pour les textes « non aboutis ». Une partie sera publiée au 1^{er} janvier 2019 au plus tard, tandis que le reste le sera ultérieurement, soit à la fin de la législature, soit selon les modalités annoncées par les communautés ou régions, soit encore pas du tout si ces dernières ne donnent pas leur accord à la publication.

Deuxièmement, les termes de l'article 6 de la loi ne sont pas précis quant au fait de savoir si les avis doivent être publiés avec ou sans les textes sur lesquels ils portent¹²¹. Publier les avis anciens sans les textes sur lesquels ils portent s'écarte de l'esprit général de l'article 5/1 des lois coordonnées, alinéa 2, et selon lequel, rappelons-le : « (Le Conseil d'État) y joint l'ensemble des textes sur lesquels ces avis portent ». La situation qui prévaut pour les avis anciens est assez ironique. En effet, si la publication n'a pas pu aboutir en 2009 lors de la première demande d'avis soumise au Conseil d'État concernant la publication des avis (voy. ci-avant, n° 16), c'est parce que les avis ne pouvaient être compris sans l'accès aux textes sur lesquels ils portaient. Dans l'avis n° 57.689/AG du 6 octobre 2015 précité, c'est en faisant évoluer son argumentation sur ce point que la section de législation a pu débloquent la situation et que la loi du 16 août 2016 a finalement pu voir le jour. Pour

¹¹⁸ Avis n°s 57.689/AG et 57.690/AG du 6 octobre 2015, note de bas de page n° 27, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2014-2015, n° 54-0682/002, p. 16. Voy. X. DELGRANGE, « Le président du parlement et les briseurs de grève – Commentaire sous l'avis n° 52.360/4/AG, donné le 26 novembre 2013 sur une proposition d'ordonnance "modifiant l'ordonnance du 19 juillet 1990 portant création de l'Agence Bruxelles-Propreté en vue d'instaurer un service d'urgence d'enlèvement des immondices en cas de conflit social au sein de Bruxelles-Propreté" », *A.P.T.*, 2015/1, pp. 84-91. L'avis n'est toujours pas publié sur le site du Parlement, en revanche, il est aujourd'hui accessible sur le site du Conseil d'État.

¹¹⁹ Avis n°s 57.689/AG-57.690/AG du 6 octobre 2015, § 16, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2014-2015, n° 54-0682/002, p. 16.

¹²⁰ C'est la seule disposition substantielle de la loi du 16 août 2016 qui ne modifie pas les lois coordonnées.

¹²¹ Selon J. Van Nieuwenhove, la loi ne prévoit pas la publication des textes (« Openbaarheid van de adviezen van de Raad van State », *op. cit.*, p. 17). Pour l'heure, c'est cette interprétation qui a été suivie puisque les avis publiés l'ont été seuls.

ce faire, la section de législation renforçait, dans son argumentaire, le lien indissociable entre l'avis et le texte sur lequel il porte. Pour ces raisons, il serait logique de considérer que les textes sur lesquels portent les avis donnés avant le 1^{er} janvier 2017 devraient également être publiés. Il reste que pareille solution implique un travail colossal au niveau du traitement des archives du Conseil d'État qui ne pourrait pas, et certainement pas en quelques mois ou même années, donner l'accès à des documents dont l'archivage n'a pas été conçu dans l'optique d'une telle publication. Un dossier administratif, quel qu'il soit, comporte plusieurs natures de documents. Chaque feuillet est donc rangé, que ce soit dans une version papier ou une version numérique, dans une pochette correspondant à sa nature. Les anciens dossiers n'ont tout simplement pas été organisés de manière à dissocier les textes *stricto sensu* des projets de tous les autres documents permettant leur analyse. Il faudrait donc faire d'abord ce tri dans un peu plus de 60 000 dossiers avant de pouvoir publier les documents pertinents et aucun autre. C'est un travail titanesque autant que fastidieux qui nécessiterait des moyens supplémentaires ! Et ce, alors même qu'aucun moyen, ni en termes de budget, ni en terme de personnel, n'a déjà été accordé au Conseil d'État afin d'assurer l'exécution de la loi du 16 août 2016 à laquelle il est actuellement déjà procédé. En revanche, se limiter à ne publier que les avis rendus ne pose pas de problème dans la mesure où ils sont tous conservés dans des livres reliés à la suite les uns des autres, sans oubli. C'est ce qui permettra à terme de tous les mettre à disposition.

Dernier point mais non des moindres, la publication des anciens avis doit être organisée par arrêté royal délibéré en Conseil des ministres. Cet arrêté n'a pas encore vu le jour. La Cour constitutionnelle, dans son arrêt n° 149/2017 du 21 décembre 2017, a formulé une remarque à ce sujet. Elle relève ainsi que « l'obligation de publication est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2017 (article 7 de la loi du 16 août 2016). Les avis rendus par le Conseil d'État antérieurement à l'entrée en vigueur sont publiés, au plus tard le 1^{er} janvier 2019, selon les modalités définies par arrêté royal en Conseil des ministres (article 6 de la même loi) »¹²². Rien n'obligeait la Cour à souligner cette disposition de la loi : « les griefs des parties requérantes ne portent pas sur ces dispositions », s'empresse-t-elle de préciser dans la foule de ce qui s'apparente malgré tout à un *obiter dictum* dans son expression la plus pure. La doc-

trine ne s'en est toutefois pas formalisée¹²³ et la publication régulière des archives suit son cours. Tout porte à croire aujourd'hui que les quelques 60 000 anciens avis seront bien mis à la disposition du public dans le délai imparti¹²⁴.

C. Bref détour par la France pour mesurer le chemin accompli

35. Si avec la loi du 16 août 2016, la Belgique rejoint un État comme les Pays-Bas, dont la réforme date déjà des années 1980¹²⁵ en adoptant un système comparable, elle va beaucoup plus loin que la France en matière d'accessibilité des avis de la section de législation du Conseil d'État.

En France, le principe voulait que les avis étaient laissés à la discrétion du gouvernement, qui seul pouvait décider de leur conférer la publicité qui lui seyait. Le Conseil d'État de France était le conseil du seul gouvernement. Il fallut attendre la révision constitutionnelle de 2008 pour que le Parlement puisse le saisir¹²⁶.

Le principe du secret fut secoué le 20 janvier 2015 lorsque le Président de la République, François Hollande, présentant ses bons vœux adressés aux assemblées parlementaires et aux corps constitués, prenait tout le monde de court, en ce compris le Conseil d'État lui-même, en annonçant la publicité prochaine des avis du Conseil d'État sur les projets de loi, immédiatement après leur délibération en Conseil de ministres. Cette réforme entendait « répondre à une demande de transparence et à une volonté de mieux informer les citoyens sur les sujets d'intérêt public. Son objectif a aussi et surtout été de mieux éclairer les débats parlementaires »¹²⁷. Gagnée aussi par la nécessité de transparence propre à notre époque¹²⁸, la France a donc

¹²³ J. VAN NIEUWENHOVE, « Openbaarheid van de adviezen van de Raad van State », *op. cit.*, p. 17 ; P. POPELIER, « De bekendmaking van de adviezen van de Raad van State in tien categorieën : over de bevoegdheid van de federale wetgever en de twijfels van de Raad van State », *op. cit.*, p. 1085 ; Chr. BEHRENDT et Q. PIRONNET, « Publication des avis du Conseil d'État – Réflexions autour de la loi du 16 août 2016 modifiant les lois sur le Conseil d'État, et l'arrêt de la Cour constitutionnelle du 21 décembre 2017 », *op. cit.*, p. 218.

¹²⁴ À ce jour, près de 55 000 avis donnés avant le 1^{er} janvier 2017 sont déjà consultables, et donc sans les textes auxquels ils se rapportent.

¹²⁵ Voy. R. ANDERSEN, *op. cit.*, pp. 76-78. Les avis du Conseil d'État des Pays-Bas peuvent être consultés sur le site de cette institution : <https://www.raadvanstate.nl/adviezen.html>.

¹²⁶ Révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 modifiant l'article 39 de la Constitution : « dans les conditions prévues par la loi, le président d'une assemblée peut soumettre pour avis au Conseil d'État, avant son examen en commission, une proposition de loi déposée par l'un des membres de cette assemblée, sauf si ce dernier s'y oppose ». Voy. R. ANDERSEN, *op. cit.*, p. 76.

¹²⁷ J.-M. SAUVÉ, conclusions des actes du colloque « L'assemblée nationale et les avis du Conseil d'État », Hôtel de Lassay, 25 novembre 2016, II.B.2., <http://www.conseil-etat.fr/Actualites/Discours-Interventions/Les-avis-du-Conseil-d-Etat>.

¹²⁸ Sur les réflexions menées sur ce sujet, voy. notamment : « la simplification administrative », Rapport d'information de l'assemblée nationale, n° 2268, 9 octobre 2014, <http://www2.assemblee-nationale.fr/documents/liste/%28type%29/rapports-information/%28legis%29/15>.

¹²² C. const., 21 décembre 2017, n° 149/2017, B.1.4.

opéré une révolution dans son principe puisque les avis sur les projets de lois désormais publiés n'étaient jusqu'alors connus que du gouvernement, en aucun cas du parlement et encore moins du citoyen¹²⁹. L'ampleur de celle-ci demeure toutefois très limitée. Entre la publication du premier avis, le 19 mars 2015, et le 7 septembre 2017, « seuls quarante-cinq avis » ont été rendus publics selon ces nouvelles modalités¹³⁰. La méthode rédactionnelle a cependant changé drastiquement passant « de quelques paragraphes à une vingtaine ou une trentaine de pages dans certains cas »¹³¹. Les avis rendus sur les propositions ne sont pas visés et restent la propriété du parlement. Il peut en être conclu que les deux pays répondent certes à la même exigence de transparence mais de manière très différente. Un parallèle entre la France et la Belgique requiert dès lors une réelle vigilance et beaucoup de prudence.

2. LA NÉCESSITÉ D'UN RÉSEAU D'INFORMATION ÉLECTRONIQUE ACCESSIBLE AU PUBLIC

36. L'article 5/4 des lois coordonnées dispose que « Le Roi fixe, par arrêté pris après avis conjoint du premier président et de l'auditeur général du Conseil d'État, les modalités concrètes de conception et d'établissement du réseau d'information électronique visé à l'article 5/1. Si aucun avis n'a été formulé six mois après la demande d'avis dont question au présent article, le Roi peut édicter l'arrêté sans recueillir l'avis concerné ».

Encore que pareil arrêté fut suggéré par le Conseil d'État lui-même dans son avis 45.646/AG¹³², et bien qu'aucun arrêté d'exécution n'ait été pris, le Conseil d'État s'est d'initiative attelé à l'application de la loi. Selon Patricia Popelier, il y était tenu puisqu'en vertu de son article 7, la loi du 16 août 2016 entrerait en vigueur au plus tard le 1^{er} janvier 2017. L'absence d'arrêté royal d'exécution ne dispensait, en conséquence, pas le Conseil d'État de cette obligation¹³³.

¹²⁹ Pour une analyse de cette évolution, voy. notamment : L.-A. BOUVIER, « Vers la fin du secret des avis du Conseil d'État sur les projets de loi ? », *A.J.D.A.*, 10/2015, pp. 558-562.

¹³⁰ Voy. E. LANDROS-FOURNALÈS, « La publicité des avis du Conseil d'État au gouvernement sur les projets de loi », *D.*, 2017, n° 34, p. 1984. Voy. également le site du Conseil d'État de France : <http://www.conseil-etat.fr/Decisions-Avis-Publications/Avis>.

¹³¹ J.-M. SAUVÉ, conclusions des actes du colloque « L'assemblée nationale et les avis du Conseil d'État », Hôtel de Lassay, 25 novembre 2016, II.B.2., <http://www.conseil-etat.fr/Actualites/Discours-Interventions/Les-avis-du-Conseil-d-Etat>.

¹³² Voy. avis n° 45.646/AG. Jeroen Van Nieuwenhove regrette que la consultation des chefs de corps, telle que souhaitée par les auteurs de la proposition, afin d'organiser concrètement la publication, n'ait pas été suivie (J. VAN NIEUWENHOVE, *op. cit.*, p. 16).

¹³³ « Dat de wet niet voorziet in een sanctiemechanisme, doet geen afbreuk aan die verplichting. Dat betekent dat de Raad van State op eigen kracht het informatienetwerk moest klaarstomen om aan de bekendmakingsplicht te vol-

37. Si la loi du 16 août 2016 était attendue par bon nombre de juristes et de politiques, elle était aussi redoutée par les services administratifs du Conseil d'État. Publier 60 000 documents qui ont toujours été conçus comme devant rester confidentiels, c'est vertigineux ! Dès le 1^{er} janvier 2017, le système était pourtant opérationnel. Fin mars 2018, un peu plus de 55 000 avis étaient déjà disponibles. Ce rythme laisse à penser que le Conseil d'État, tout en subissant les restrictions budgétaires bien connues, et sans aucune aide pour ce faire, aura réussi à mettre à disposition du public son entière collection d'avis pour le 1^{er} janvier 2019. C'est en grande partie dû à la très bonne tenue de ses registres et de ses archives. Une documentation à jour répond depuis la création du Conseil d'État au besoin de consultation constant des magistrats dans le but de servir la cohérence de la jurisprudence. Une tâche d'une telle ampleur ne peut s'appuyer que sur l'existant. Et pour le moment, il n'y a pas de numéro d'avis investigué qui n'ait trouvé son avis ou une explication administrative à son inexistence. La saga qu'a été l'adoption de cette loi s'est prolongée en interne par une réelle aventure en termes d'organisation du travail. La législation a été à nouveau passée au crible pour réévaluer chaque norme susceptible d'être soumise à l'analyse de la section de législation. À titre d'exemple, les normes conjointes constituent désormais une catégorie à part de normes. Une catégorie « varia » a été créée pour regrouper les textes, inclassables, soumis par erreur à la section de législation du Conseil d'État (voy. ci-avant, n° 32). Il a fallu trouver des solutions tant techniques qu'humaines, pour scanner sans dommage du papier vieillissant, parfois dégradé, pour recadrer ces mêmes avis dont les marges étaient fantaisistes, pour découper les recueils d'avis – ceux-ci ayant pour certains disparu des archives – qui étaient les seuls témoins encore vivants de leur existence. Le rapport d'activité 2015-2016 du Conseil d'État consacre d'ailleurs deux pages entières à détailler les mérites de chacun¹³⁴.

38. Aujourd'hui, et grâce au dévouement de nombreux membres du personnel – ce que se plaît à mettre en avant Monsieur Jacques Jaumotte, actuel président du Conseil d'État, par ailleurs responsable de la section de législation –, le Conseil d'État peut s'enorgueillir d'offrir au public un triple accès à ses avis et textes y relatifs.

doen » (P. POPELIER, « De bekendmaking van de adviezen van de Raad van State in tien categorieën : over de bevoegdheid van de federale wetgever en de twijfels van de Raad van State », *op. cit.*, p. 1086).

¹³⁴ Voy. le Rapport d'activité du Conseil d'État, 2015-2016, pp. 50 et 51, http://www.raadvst-consetat.be/?page=about_annualreports&lang=fr.

Le premier accès est celui du site du Conseil d'État dédié aux avis de la section de législation du Conseil¹³⁵. Il regroupe tous les avis, qu'ils suivent le régime des anciens avis ou celui des avis postérieurs au 1^{er} janvier 2017, à une différence notable près : les premiers sont publiés seuls, les seconds accompagnés des textes sur lesquels ils portent. Les possibilités de recherche sont à la fois simples d'utilisation et quelque peu limitées. Simples parce qu'il suffit de connaître le numéro de l'avis recherché ou quelques mots figurant dans celui-ci pour que la recherche puisse déboucher sur un résultat, grâce à un scannage le permettant¹³⁶. Un peu limitées parce qu'il ne s'agit pas d'un moteur de recherche doté d'une arborescence et de mots-clés. Pareil outil aurait exigé une toute autre organisation en interne et des moyens considérables.

En effet, conformément à l'article 76, § 2, des lois coordonnées, la charge de tenir et de mettre à disposition, « sous la forme de fichiers automatisés, la documentation relative à la jurisprudence et aux avis du Conseil d'État » relève, au sein de celui-ci, de l'auditorat. Or la publication des avis a été assurée par le greffe législation. De son côté, l'auditorat concentre l'essentiel de ses forces documentaires à la tenue de banques de données relatives à la jurisprudence¹³⁷, lesquelles sont également accessibles sur le site du Conseil d'État¹³⁸. Or, recenser et relier à des mots-clés bientôt près de 63 000 avis ne peut s'organiser sans personnel dûment formé et dédié quotidiennement à cette tâche. Ce personnel fait actuellement défaut.

Le second accès obéit à une logique plus « journalistique ». Sur les douze derniers mois écoulés, les avis et textes y relatifs sont triés et accessibles en fonction de leur mois de publication : http://www.raadvst-consetat.be/?lang=fr&page=avis_recent_e_adviezen. Elle permet en somme de mesurer le moment pivot à partir duquel un texte devient « abouti ». Elle a vocation à faciliter le travail de ceux qui scrutent très régulièrement la publication des avis ou attendent un avis particulier. Comme cela a été exposé (voy. ci-avant, n^{os} 27 à 32), ces avis sont bien évidemment publiés dans des laps de temps très variables par rapport à leur envoi au demandeur. En consultant cette fonction, il est donc permis de surveiller cette donnée. Il va de soi que les avis anciens ne sont pas accessibles via cet outil.

Le troisième accès est déjà bien connu du public puisqu'il s'agit d'une nouvelle fonction qui a été ajoutée à la banque de donnée RefLex du Conseil d'État. Pour le moment cependant, seul l'avis est accessible sous chaque norme pour laquelle un avis a été rendu. L'accès au texte y relatif n'a pas encore été rendu possible à ce jour même si ce dossier avance également¹³⁹.

39. Le « greffe législation » du Conseil d'État manque encore de recul aujourd'hui pour évaluer la fréquentation du site et la nature du public intéressé. Il peut néanmoins déjà être conclu à un succès certain : ce site est, en effet, régulièrement sollicité par des avocats évidemment, des chercheurs mais aussi du personnel des ministères, des étudiants ou encore de simples citoyens parfois militants qui souhaitent accéder aux avis de « la mine d'or » qui ne sont pas encore à découvert. Avant l'entrée en vigueur de la loi du 16 août 2016, face à pareille demande, le Conseil d'État ne transmettait pas l'avis mais donnait tous les renseignements utiles pour que l'intéressé puisse le trouver, soit en allant visiter le site parlementaire pertinent, le *Moniteur belge* dans les quelques cas où l'arrêté était accompagné d'un rapport au Roi ou au gouvernement, et le plus souvent en donnant les coordonnées de la personne de contact du cabinet ministériel concerné, renseignées dans le dossier archivé au Conseil d'État.

Ce faisant, la législation découlant de l'article 32 de la Constitution était respectée. Seulement, si la section du contentieux administratif a considéré que les avis du Conseil d'État étaient des documents administratifs et pouvaient donc être régis par les normes relatives à la publicité de l'administration (voy. ci-avant n^{os} 5 à 8), il faut d'emblée souligner que les cabinets ministériels, principaux demandeurs d'avis, ne sont pas des administrations classiques. Les personnes renseignées scrupuleusement par les services du greffe sont rarement en poste plus d'une législature. Les contacter devait, en conséquence, s'avérer bien peu fructueux¹⁴⁰. Il n'est d'ailleurs pas rare que le demandeur d'avis lui-même s'adresse au greffe législation pour obtenir un avis qui lui a pourtant été adressé quelques mois ou années auparavant.

¹³⁹ À titre d'exemple, voici le résultat de la recherche pour la loi du 16 août 2016, via refLex, http://reflex.raadvst-consetat.be/reflex/index.reflex?page=chrono&c=detail_get&d=detail&docid=134199.

¹⁴⁰ « Il y a peu de chance, par exemple, à la suite du récent changement de majorité en Région wallonne que le personnel présent dans les cabinets des ministres – qui ont alors été déplacés – ait été maintenu en poste par leurs successeurs ou ait pris soin de transmettre les avis de la section de législation du Conseil d'État demandés et reçus pendant leurs fonctions ». Très concrètement, il arrive que, dans un même cabinet ministériel, des délégués quittent leur poste et que leurs remplaçants eux-mêmes quémangent les avis auprès du greffe législation. Les cabinets n'ont, en effet, pas le même souci de l'archivage que les administrations classiques.

¹³⁵ www.raadvst-consetat.be/?lang=fr&page=adv_search.

¹³⁶ Certaines techniques de scannage de documents peuvent consister en une simple copie d'image. Un système plus sophistiqué d'ocrisation permet de capter les mots contenus dans les documents et de ce fait de faciliter la recherche.

¹³⁷ Voy. le Rapport d'activité 2015-2016, *op. cit.*, p. 65.

¹³⁸ Pour accéder à la banque de données « juriDict », cliquer sur l'onglet « Chercher » puis « juriDict ».

Relativement aux avis non publiés, l'article 32 de la Constitution consacrait donc un droit bien théorique pour qui voulait obtenir un avis du Conseil d'État.

40. Même si le système demeure évidemment perfectible, il permet un accès effectif, systématique et structuré aux avis de la section de législation du Conseil d'État. Au final, trois logiques de recherche différentes sont offertes à l'utilisateur par le Conseil d'État. Elles complètent celles offertes tant par les différents parlements du pays *via* leurs sites respectifs que par le *Moniteur belge*. En effet, la loi de 2016, faut-il le rappeler, ne remet pas en cause les obligations de publication des avis rendus par la section de législation sur les sites des parlements¹⁴¹ comme dans les pages du *Moniteur belge*¹⁴².

41. Restait une dernière étape dans cette saga sans laquelle l'aventure aurait manqué de piment : un recours devant la Cour constitutionnelle.

III. LA PUBLICATION DES AVIS DE LA SECTION DE LÉGISLATION VALIDÉE PAR LA COUR CONSTITUTIONNELLE

42. Un recours en annulation de la loi du 16 août 2016 est introduit devant la Cour constitutionnelle, non pas pour contester la publication des avis ou certaines modalités de celle-ci, mais pour lever les restrictions qu'elle contient. Il est l'œuvre de citoyens et d'associations qui invoquent « le fait que la possibilité de consulter les avis de la section de législation du Conseil d'État influence le statut de tous les justiciables et que la publicité de l'administration est un droit fondamental qui est accordé à toute personne en vertu de l'article 32 de la Constitution »¹⁴³.

Ce recours concerne plus précisément les articles 5/2, alinéa 3, et 5/3 des lois coordonnées, qui instaurent un régime d'exception au principe consacré par l'article 5/1 des mêmes lois coordonnées, selon lequel l'avis est publié sans délai. En somme, les requérants revendiquaient encore plus de transparence que n'en donne la loi du 16 août 2016.

Pour un des deux articles attaqués, l'article 5/3 des lois coordonnées, la Cour considère que les requérants ne justifient pas de l'intérêt requis. C'est d'ailleurs sur la question de la recevabilité que l'enseignement de la Cour se fait le plus riche. De la différence entre les notions d'« État

de droit » et d'« État de droit démocratique » découle une vision assez restrictive du citoyen (1). Son enseignement sur le fond, relatif au seul l'article 5/2 des lois coordonnées, prolonge sa définition du citoyen (2).

1. L'INTÉRÊT DU CITOYEN D'UN ÉTAT DE DROIT ACCEPTÉ

43. L'arrêt du 21 décembre 2017 s'inscrit parfaitement dans le prolongement de celui qu'elle a rendu le 16 juin 2004 à propos de la mise en ligne du *Moniteur belge* : « Compte tenu de ce que la publication est une condition essentielle de la force obligatoire des textes officiels, la faculté pour chaque personne d'en prendre connaissance en tout temps est un droit inhérent à l'État de droit puisque c'est cette connaissance qui permettra à chacun de s'y conformer »¹⁴⁴. Il reproduit cette formule à l'identique : « la faculté pour chaque personne de prendre connaissance en tout temps des règles édictées est un droit inhérent à l'État de droit puisque c'est cette connaissance qui permettra à chacun de s'y conformer »¹⁴⁵.

Selon la Cour, le principe de transparence permet avant tout au citoyen de comprendre la norme pour mieux la respecter. Le citoyen est donc perçu ici uniquement comme le destinataire de la norme. Il n'est aucunement envisagé comme un acteur de sa confection. La connaissance des différents documents, en ce compris l'avis rendu par la section de législation du Conseil d'État, n'a pas pour but premier de lui permettre de donner son propre avis en commentant ou critiquant la norme en devenir, mais plutôt de faire de lui une personne bien informée de l'état du droit. La Cour précise d'ailleurs que l'avis de la section de législation du Conseil d'État « constitue en principe une composante intrinsèque de l'élaboration des règles concernées. Il fait par conséquent partie des documents qui permettent, le cas échéant, de préciser le contenu et la portée des règles juridiques à respecter »¹⁴⁶. C'est d'ailleurs assez régulièrement que la Cour elle-même recourt à des avis du Conseil d'État pour lever une ambiguïté laissée par le législateur. Elle le fait dans cet arrêt en complétant par les propositions la liste des textes « non aboutis »¹⁴⁷.

¹⁴⁴ C. const., 16 juin 2004, arrêt n° 106/2004, B.3.2. Voy. P. POPELIER et J. VAN NIEUWENHOVE, « De elektronische publicatie van het Staatsblad : over de bevoegdheid van de federale wetgever en de toegankelijkheidsvereiste », *R.W.*, 2004-2005/11, pp. 408-414 ; V. THIRY, « La Cour d'arbitrage au chevet des non-surfeurs », *J.L.M.B.*, 2004/26, pp. 1135-1137 ; F. TULKENS, « L'article 190 de la Constitution », *R.B.D.C.*, 2006/3, pp. 299-304.

¹⁴⁵ C. const., 21 décembre 2017, arrêt n° 149/2017, B. 3.

¹⁴⁶ *Ibid.*, B.3.5.

¹⁴⁷ C. const., 21 décembre 2017, arrêt n° 149/2017, B.2.2. Voy. C. const., arrêt n° 148/2017 : la Cour cite plus de 10 avis de la section de législation du Conseil d'État. Voy. également ci-avant n° 31.

¹⁴¹ Article 3, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, quatrième phrase des lois coordonnées.

¹⁴² Article 3bis des lois coordonnées.

¹⁴³ C. const., 21 décembre 2017, arrêt n° 149/2017, B.3.3.

Cette conception de l'intérêt du citoyen pour la norme rejoint celle développée par la Cour européenne des droits de l'homme. En effet, lorsque celle-ci exige qu'une restriction à une liberté soit l'œuvre d'une loi, elle vise une « norme énoncée avec assez de précision pour permettre au citoyen de régler sa conduite ; en s'entourant au besoin de conseils éclairés, il doit être à même de prévoir, à un degré raisonnable dans les circonstances de la cause, les conséquences de nature à dériver d'un acte déterminé »¹⁴⁸. Le citoyen doit donc être éclairé, notamment par l'avis du Conseil d'État, afin de pouvoir régler sa conduite.

44. Dans cette logique, l'intérêt du requérant ne peut porter que sur l'avis accompagnant un texte « abouti ». L'intérêt requis se situe donc bien là, dans la volonté supposée du requérant de se comporter en bon citoyen soucieux du respect des règles. Seul subsiste en conséquence le moyen déduit de la discrimination gisant dans l'article 5/2, alinéa 3, des lois coordonnées en ce qu'il n'y aurait pas de justification raisonnable qu'il faille attendre la publication au *Moniteur* d'un arrêté pour que l'avis relatif à celui-ci soit publié sur le site du Conseil d'État, car il arrive qu'un citoyen puisse puiser des droits d'un règlement non encore publié (B.8.).

La Cour ne fait cependant pas droit aux requérants. Elle écarte l'argument en considérant que le moment de cette publication est lié à l'article 190 de la Constitution, qui précise qu'un arrêté n'est obligatoire qu'à partir du moment de sa publication (B.9.).

2. L'INTÉRÊT DU CITOYEN D'UN ÉTAT DE DROIT DÉMOCRATIQUE REFUSÉ

45. Le citoyen a intérêt à prendre connaissance des avis portant sur des textes « aboutis ». Selon la Cour, « en revanche, dans la mesure où les avis portent sur des textes qui n'ont pas abouti ou sur des textes qui n'ont pas encore donné lieu à une règle publiée, les dispositions attaquées ne portent pas directement atteinte à un aspect de l'État de droit démocratique qui est à ce point essentiel que sa protection intéresse tous les citoyens. De plus, ces dispositions ne portent pas atteinte à la législation sur la publicité qui donne exécution à l'article 32 de la Constitution »¹⁴⁹. Les requé-

rants n'ont dès lors pas d'intérêt à l'annulation de l'article 5/3 des lois coordonnées qui porte sur la publication ou non des avis relatifs à des textes non aboutis.

La définition donnée par la Cour du caractère abouti ou pas des textes constitue bien évidemment une pièce essentielle du puzzle. C'est cette définition qui assure une phase secrète à la confection de toutes les normes, qu'elle soit d'essence gouvernementale ou d'essence parlementaire.

Pour les arrêtés, la gestation demeure secrète : les avis ne sont publiés qu'une fois ceux-ci parus au *Moniteur belge*. Pour ceux qui portent sur des projets d'arrêtés, textes non aboutis, la publication n'intervient qu'à la dissolution de la chambre des représentants pour les textes fédéraux ou à la meilleure convenance des entités fédérées pour les textes qui les concernent. Quoi qu'il arrive, la sérénité du travail gouvernemental est garantie (voy. ci-avant, n° 23).

Pour les normes législatives, deux cas de figure doivent être distingués. Les unes sont considérées comme abouties à partir du moment où elles sont déposées sous la forme de projet. Le secret du travail gouvernemental qui a précédé à leur confection est garanti. Les autres, les propositions, doivent-elles être tenues au secret entre le moment où, le parlementaire s'en dessaisissant, les remet au Président du Parlement et celui où ce dernier en décide la publication ? Les propositions non publiées sont des textes « non aboutis » précise la Cour. Ce faisant elle ajoute à la loi du 16 août 2016¹⁵⁰.

C'est la définition de texte « abouti » qui finalement est le vecteur de l'intérêt du requérant. Pour les textes non aboutis, le travail de l'élaborateur de la norme est protégé, le citoyen n'a pas son mot à dire ni même la possibilité de s'informer.

46. Pour Patricia Popelier, si plusieurs conceptions de l'État démocratique existent, « une idée centrale et commune à ces diverses conceptions peut cependant être dégagée, selon laquelle l'État démocratique est essentiellement “un mode de gouvernement dans lequel les personnes qui sont soumises aux décisions prises par les autorités publiques sont également impliquées dans l'élaboration de ces décisions, en vertu de la liberté” ». Le principe de légalité offre donc la garantie juridique que les sujets de droit ne pourront être soumis qu'aux décisions à l'élaboration desquelles ils auront été associés »¹⁵¹. Elle en déduit que « la signification exacte du principe de légalité dépend de la manière dont “l'implication” des sujets de

¹⁴⁸ Jurisprudence constante depuis l'arrêt du 26 avril 1979, *Sunday Times c. Royaume Uni*, §§ 46-53. Sur cette définition de la légalité, voy. P. POPELIER, « La loi aujourd'hui (le principe de légalité) », in I. HACHEZ, Y. CARTUYVELS, H. DUMONT, Ph. GÉRARD, F. OST et M. VAN DE KERCHOVE (dir.), *Les sources du droit revisitées*, volume 2, *normes internes infraconstitutionnelles*, Limal, Anthemis, 2012, pp. 17-54, ici pp. 26-28 ; X. DELGRANGE, « Une nouvelle source du droit : le dress-code », à paraître dans les *Mélanges Ost*, n° 3.

¹⁴⁹ *Ibid.*, B.3.5., 63.

¹⁵⁰ Voy. ci-avant n° 31.

¹⁵¹ Voy. P. POPELIER, « La loi aujourd'hui (le principe de légalité) », *op. cit.*, § 29, p. 32.

droit est conçue »¹⁵². Dans l'arrêt commenté, c'est la légalité en lien avec l'État de droit qui est privilégiée alors que son lien avec l'État démocratique est exclu, même si la Cour recourt à l'expression « d'État de droit démocratique » (B.3.5.).

Dans un arrêt n° 62/2016 du 28 avril 2016 relatif à un recours en annulation à l'encontre de la loi d'assentiment au Traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance au sein de l'Union économique et monétaire (ci-après T.S.C.G.), la Cour avait laissé entrevoir la possibilité d'une action populaire lorsque « les dispositions attaquées portent directement atteinte à un autre aspect de l'État démocratique qui est à ce point essentiel que sa protection intéresse tous les citoyens »¹⁵³. L'on a pu considérer pareille incise comme « une victoire platonique pour les requérants, mais qui pourrait servir dans des recours ultérieurs »¹⁵⁴. Ce ne sera cependant pas pour cette fois. Aux yeux de la Cour, la notion d'État démocratique ne recouvre ni les limites que le T.S.C.G.¹⁵⁵ apporte « aux prérogatives budgétaires des parlementaires et aux transferts de l'exercice de pouvoirs qu'il implique »¹⁵⁶ ni la participation du citoyen à la confection de la norme.

47. Il est regrettable que la Cour ne se soit pas prononcée au fond sur l'accès aux avis rendus sur des textes non aboutis, fut-ce pour rejeter le recours. Le secret ménagé aux « normateurs » dans la première phase de l'élaboration de la réglementation est déjà fortement réduit au profit de la transparence. Et c'est sans compter, que pour ce faire, elle aurait dû se prononcer sur la validité de l'article 5/3 des lois coordonnées et de l'accord des communautés et régions, ce qui eut pu être périlleux¹⁵⁷...

¹⁵² Voy. P. POPELIER, « La loi aujourd'hui (le principe de légalité) », *op. cit.*, § 30, p. 32.

¹⁵³ C. const., 28 avril 2016, n° 62/2016, B.8.2.

¹⁵⁴ Voy. M. EL BERHOUMI, L. DETROUX, J. CLARENNE, P.-O. DE BROUX, H. LEROUXEL, Y. MOSSOUX, C. NENEN, C. RIZCALLAH, N. TULKENS, S. VAN DROOGHENBROECK, D. VAN ECKHOUTTE et J. VAN MEERBEECK, « La Cour constitutionnelle face au Pacte budgétaire européen : un arrêt sans intérêt ? », *J.T.*, 2017, pp. 565-582, ici p. 582.

¹⁵⁵ « Le T.S.C.G. s'inscrit dans un ensemble de réformes comprenant notamment un volet "solidarité" autour du Mécanisme européen de stabilité (M.E.S.) institué en 2012, et un volet "discipline" où se rangent les *six pack* de 2011 et de 2013. Face à la crise des dettes publiques européennes depuis 2010, qui a notamment frappé de plein fouet la Grèce, la réaction des États membres de la zone euro a consisté à renforcer la discipline budgétaire, en prescrivant notamment l'inscription dans leur ordre juridique d'une "règle d'or" de limitation des déficits publics », M. EL BERHOUMI, L. DETROUX, J. CLARENNE, P.-O. DE BROUX, H. LEROUXEL, Y. MOSSOUX, C. NENEN, C. RIZCALLAH, N. TULKENS, S. VAN DROOGHENBROECK, D. VAN ECKHOUTTE et J. VAN MEERBEECK, *op. cit.*, p. 565.

¹⁵⁶ *Ibid.*, p. 571.

¹⁵⁷ Voy. ci-avant n° 23 à 25.

CONCLUSION

48. Du point de vue de la Cour constitutionnelle, la publication des avis de la section de législation du Conseil d'État offre au citoyen une norme précise, claire et accessible. C'est une vision bien réductrice. Il y a fort à parier que le citoyen lui-même trouve à la publication de bien d'autres atouts, au titre desquels la possibilité de mieux faire valoir ses droits. En outre, le dessein du Constituant, lorsqu'il adopta l'article 32 de la Constitution, était bien plus ambitieux. Selon Vincent de Coorebyter, le droit fondamental de consulter les documents « n'est pas le corollaire du lien qui soumet une personne physique ou une personne morale à une autorité qui peut prendre des décisions obligatoires à son égard, mais le corollaire du lien qui subordonne l'autorité publique, en démocratie, à la volonté populaire, qui pour s'exercer doit pouvoir participer non seulement à l'élaboration de la loi, via l'élection de ses représentants, mais aussi contrôler ses conditions d'application et, partant, se donner la possibilité de réclamer quelle que réforme que ce soit. L'accès aux documents administratifs n'est pas la compensation d'une subordination mais l'exercice d'un droit de contrôle et de contestation – même s'il peut aussi servir, dans des cas d'espèce, à protéger un administré »¹⁵⁸.

Le secret maintenu pendant la première phase d'élaboration de la norme ne permet certes pas au citoyen de participer à la confection de la norme, elle lui offre cependant bien plus qu'une notice explicative de celle-ci : la possibilité de la contester plus facilement, celle de devenir un justiciable vigilant, apte à traquer les défauts de la norme qui lui est imposée. Certes, les recours à l'encontre des lois, décrets et ordonnances ne devraient guère évoluer, les avis y relatifs étant déjà accessibles dans les travaux parlementaires. En revanche, la question se pose ouvertement pour les arrêtés réglementaires qui représentent l'écrasante majorité des textes soumis à la sagacité de la section de législation. La publication débouchera-t-elle sur une augmentation du contentieux de l'annulation à l'encontre des arrêtés réglementaires ? Cela ne serait que logique et par ailleurs compréhensible.

Depuis le 1^{er} janvier 2017, l'accès à l'avis de la section de législation et au texte sur lequel il porte se fait en quelques clics, gratuitement et dans les 24 heures de la publication de l'arrêt au *Moniteur belge*. Les éventuels plaideurs se forgeront une idée rapidement, d'autant plus qu'ils auront accès au projet soumis à la section de législation, et donc à l'effort investi par le gouvernement pour intégrer

¹⁵⁸ V. DE COOREBYTER, « D'un droit à l'autre », préface à V. MICHIELS (dir.), *La publicité de l'administration – Vingt ans après, bilan et perspectives*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 11-12.

dans l'arrêté final les observations formulées par le Conseil d'État. Le dossier administratif offrait déjà accès à l'avis mais certainement pas avec le même confort puisque sa communication au titre de la loi du 11 avril 1994 relative à la publicité de l'administration n'offrait pas un accès dans des délais compatibles avec celui d'un recours devant le Conseil d'État¹⁵⁹. L'apport de la publication est à cet égard considérable. Certains plaideurs seront sur cette base sans doute découragés d'intenter un recours, d'autres au contraire pourraient s'y voir encouragés. Par ailleurs, l'accès aux avis plus anciens pourrait également servir de base à une utilisation plus importante de l'article 159 de la Constitution devant les prétoires. Le recul manque pour le moment pour tirer des éléments de réponse à ce qui n'est pour l'instant que conjecture. Nul doute que des chercheurs s'y pencheront dans les années à venir...

49. L'apport de la publication des avis de la section de législation du Conseil d'État est énorme pour le citoyen comme pour le plaideur. Il l'est aussi pour le chercheur. La centralisation de tous les avis permettra à n'en pas douter de dégager les grandes lignes d'une légisprudence, d'en percevoir les évolutions éventuelles, parfois même les omissions ou les contradictions, ces dernières pouvant être taxées de « légisprudence isolée » et couvertes ou compensées par une « légisprudence majoritaire »¹⁶⁰. Les chroniques de légisprudence jouaient en partie déjà ce rôle mais comme leurs auteurs le disaient « il fallait leur faire confiance ». Désormais, ces avis pourront être véritablement versés au débat *in extenso*. La publication des avis permettra-t-elle de redéfinir la place de la « légisprudence » parmi les sources de droit¹⁶¹ ? La question mérite à tout le moins d'être posée. Cette source, « de droit ? », n'a en tout cas pas fini de livrer toutes ses richesses.

50. Quant au pouvoir « normateur », en sort-il fragilisé ? Pas nécessairement car le système réus-

sit à concilier le secret nécessaire à sa mission et la transparence offerte à tous. Le pouvoir garde quoi qu'il arrive la possibilité de dialoguer en toute confiance avec le Conseil d'État en ne prenant pas le risque de voir des projets fortement critiqués divulgués avant l'heure, la date limite étant la dissolution des différents parlements. Déjà utilisé dans les débats sur un texte en gestation¹⁶², l'avis gagnera certainement en importance, la volonté du normateur de l'avoir bien compris également. Il n'est pas impossible que la transparence puisse lui être favorable quand elle montre qu'il a bien suivi les enseignements de la rue de la Science.

La vue plongeante offerte par la loi du 16 août 2016 sur les pratiques de la section de législation du Conseil d'État permettra notamment de mettre en évidence la teneur de certains avis et plus particulièrement celle des avis qui n'en sont cependant pas *stricto sensu* : ce sont particulièrement des « avis » d'irrecevabilité, qui n'épuisent pas la compétence du Conseil d'État, le demandeur devant revenir une fois sa demande d'avis corrigée¹⁶³. Il n'est pas rare que lors de la publication de l'arrêté au *Moniteur belge*, le préambule ne soit pas complet et fasse référence à une décision d'irrecevabilité de la demande d'avis, ou d'incompétence de la section de législation du Conseil d'État, en la mentionnant comme un avis. La banque de données RefLex est extrêmement précise sur ce point puisque tous les avis et autres « décisions » de la section de législation rendus sur un texte donné sont mentionnés et liés de manière électronique à celui-ci, indépendamment des mentions figurant au préambule. Même si ces oublis ou erreurs étaient signalés par le Conseil d'État lui-même au demandeur, ils n'étaient pas toujours corrigés. À l'avenir, le citoyen ne pourra plus être dupe d'une référence erronée, il pourra la vérifier.

¹⁵⁹ Voy. très récemment C.E., 30 mars 2018, arrêt n° 241.197, *Association sans but lucratif SANTHEA*, ici p. 23 : « [...] à défaut de circonstances particulières au cas d'espèce, il ne peut être reproché à une partie requérante, sous peine de la priver dans la plupart des cas d'un recours juridictionnel effectif au sens, notamment, de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, de ne pas avoir fait usage des possibilités que lui offre la loi du 11 avril 1994 sur la publicité de l'administration, et ce avant même d'avoir introduit son recours en annulation devant le Conseil d'État ».

¹⁶⁰ C'est ainsi que François Belleflamme et Jean Bourtembourg ont pu consulter la nouvelle fonction du site du Conseil d'État pour effectuer une recherche sur la légisprudence de la section de législation en matière de contrôle des principes de proportionnalité et du raisonnable (« L'égalité, motivation, proportionnalité », in *Les principes généraux de droit administratif*, Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 445-492, sp. p. 447).

¹⁶¹ Voy. notamment, I. HACHEZ, « Balises conceptuelles autour des notions de 'sources du droit', 'force normative' et 'soft law' », *R.I.E.J.*, vol. 65, 2010, pp. 1-64, ici p. 41 ; L. VANCRAVEBECK, « La légisprudence de la section de législation du Conseil d'État », in I. HACHEZ, Y. CARTUYVELS, H. DUMONT, Ph. GÉRARD, F. OST et M. VAN DE KERCHOVE (dir.), *Les sources du droit revisitées, volume 2, normes internes infraconstitutionnelles*, Limal, Anthemis, 2012, pp. 269-302.

¹⁶² L'anecdote suivante en est l'illustration. Jean-Marc Nollet s'adressant au Premier ministre à propos de l'avant-projet de loi relatif à la taxe sur les comptes-titres s'exprime en ces termes : « Nous avons dû déposer une motion pour que vous veniez vous exprimer ici. Franchement, cet avis du Conseil d'État revêt une importance capitale pour pouvoir juger de la confiance ou de la méfiance que vous méritez. Et je ne parle pas seulement des partis de l'opposition, mais également des partenaires de la majorité qui se sont déjà exprimés dans ce dossier » (*Doc. parl.*, Chambre, CRIV 54 PLEN 190, p. 2) et le premier ministre, Charles Michel de répondre : « Je vous demande, chers collègues parlementaires de l'opposition, de respecter les procédures parlementaires démocratiques, ni plus ni moins, et les textes que vous avez vous-mêmes votés en 2016 pour confirmer qu'un texte passe d'abord en première lecture, avant de faire l'objet d'un avis juridique du Conseil d'État que l'on prendra en considération, par un travail minutieux avec les experts du gouvernement, pour que les décisions soient crédibles sur les plans politique et juridique » (p. 6).

¹⁶³ Le cas le plus classique est celui d'une demande portant sur un arrêté d'exécution dont le fondement légal n'est pas encore adopté. Le Conseil d'État la déclare invariablement prématurée. Dès que ce fondement est voté, le demandeur doit revenir pour accomplir une formalité préalable obligatoire : solliciter l'avis de la section de législation. D'autres cas existent aussi, notamment les décisions d'irrecevabilité de demandes introduites en 5 jours ouvrables au motif d'une urgence qui ne s'avère pas correctement motivée. Dans ce cas, le demandeur d'avis reviendra avec la même demande dans un délai plus classique, à savoir celui de 30 ou de 60 jours.

51. Pour la section de législation du Conseil d'État elle-même, nul doute que la mise en lumière de son travail va lui imposer de prendre la mesure de son nouveau rôle. Elle n'est plus seulement le « conseil » des gouvernements et des parlements, elle devient l'obligée du citoyen. Cela pourrait avoir une incidence sur sa méthode rédactionnelle. Il n'y a toutefois déjà pas nécessairement de différence de rédaction entre les avis qui étaient traditionnellement publiés et les autres. Beaucoup sont déjà très pédagogiques¹⁶⁴. Il n'est

pas évident que l'évolution soit nette sur ce point, et certainement pas dans les proportions constatées en France (voy. ci-avant, n° 2). Sur le fond, en revanche, il est encore trop tôt pour mesurer l'incidence de la loi.

52. La loi du 16 août 2016 contribue assurément à l'État de droit. Quant à l'État de droit démocratique, même si elle ne comble pas tous les espoirs des citoyens en quête de plus participation dans l'élaboration de la norme, elle leur donne déjà beaucoup plus de possibilités pour la comprendre, et la critiquer au besoin.

La « mine d'or » est désormais à ciel ouvert, elle ne demande qu'à être exploitée car elle n'a certainement pas encore livré tous ses trésors.

¹⁶⁴ À titre d'exemple, les avis rendus par le Conseil d'État sur les différentes demandes liées à la publication ont une rédaction particulièrement soignée, claire et intelligible.