

LA CRÉATION DE JURIDICTIONS ADMINISTRATIVES PAR LES COM- MUNAUTÉS ET LES RÉGIONS

XAVIER DELGRANGE,

Chargé d'enseignement aux Facultés universitaires Saint-Louis et
Premier auditeur au Conseil d'État

et

NICOLAS LAGASSE,

Assistant aux Facultés universitaires Saint-Louis,
Professeur invité à l'Ises et collaborateur parlementaire

1. Il se murmure que le Conseil d'État de France a toujours soigneusement veillé à ne pas figurer dans la Constitution, craignant que cette consécration soit également son chant du cygne¹. La révision de 1993 a consacré deux catégories d'institutions dans la Constitution belge: le Conseil d'État et les juridictions administratives, respectivement aux articles 160 et 161. Le propos de cette contribution n'est pas de spéculer leurs chances de survie suite à cette inscription. Il est plus modeste et moins pessimiste: comment articuler l'autonomie des Communautés et des Régions avec le maintien du principe de la compétence fédérale en matière d'organisation juridictionnelle? En effet, les articles 160 et 161 ne se sont pas contentés de constitutionnaliser certaines juridictions; ils ont également réservé au législateur fédéral la compétence de les organiser. La compétence fédérale d'organiser les juridictions administratives pourrait être affectée du mal craint par le Conseil d'État de France, à savoir que c'est au moment où elle est consacrée par la Constitution qu'elle est battue en brèche par l'immixtion des législateurs communautaires et régionaux.

Après avoir brièvement rappelé la répartition des compétences en matière de création et d'organisation des juridictions administratives (Chapitre I), l'on verra comment les Communautés et Régions usent des pouvoirs implicites pour créer des juridictions spécialisées (Chapitre II). Il conviendra alors de s'interroger sur le caractère adéquat de cette répartition des compétences (Chapitre III).

¹ Voy. not. Y. GAUDEMET, «La VI^e République? Quel Conseil d'État?», in *La VI^e République*, n° spécial de la *Revue de droit public et de la science politique*, 2002, pp. 377-379.

CHAPITRE I.

LA COMPÉTENCE DE PRINCIPE RÉSERVÉE À L'AUTORITÉ FÉDÉRALE

2. Jusqu'à l'insertion des articles 160 et 161 dans la Constitution par la révision du 18 juin 1993², la compétence de l'autorité fédérale se fondait sur l'article 146 de la Constitution qui, depuis l'origine, requiert l'intervention de la loi pour établir quelque juridiction que ce soit. L'article 160 de la Constitution réserve désormais à la loi la compétence de déterminer la composition, la compétence et le fonctionnement du Conseil d'État, tandis que l'article 161 précise, à l'image de l'article 146, qu'aucune juridiction administrative ne peut être établie qu'en vertu d'une loi.

L'affirmation, par le Constituant lui-même, de la compétence fédérale en matière de création et d'organisation des juridictions administratives n'est toutefois pas exempte d'ambiguïté. La Note explicative déposée par le Gouvernement lors des travaux préparatoires des articles 160 et 161 annonce, en effet, une modification de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, afin d'assouplir les conditions nécessaires à l'utilisation des pouvoirs implicites. Dès lors, les Communautés et les Régions «seront en mesure de régler certains aspects qui concernent leurs compétences»³. L'article 19 de la loi spéciale – lequel doit être lu conjointement avec l'article 10 de la même loi – sera effectivement modifié par la loi spéciale du 16 juillet 1993 afin de permettre désormais le recours aux pouvoirs implicites dans les matières que la Constitution réserve à la loi⁴.

Lors des discussions relatives à l'article 161, le Constituant a fait montre d'une hésitation quant à la compétence des collectivités fédérées de pouvoir créer des juridictions administratives. Sans modifier le texte en projet, l'interprétation qu'il en a donnée a varié plusieurs fois au cours des travaux préparatoires, dans le sens d'une autonomie accrue des collectivités fédérées. À l'entame des travaux, en Commission de la Chambre des représentants, le ministre de l'Intérieur indiquait que «le décret pourrait très bien instituer des possibilités de recours, mais (doutait) qu'il soit possible d'instaurer de nouvelles juridictions administratives»⁵. Il nuança par la suite son propos: les Communautés et les Régions ne pourraient pas, «sur la base de leurs compétences implicites, porter atteinte aux règles que le législa-

² Avant la codification de 1994, leurs dispositions étaient rassemblées dans l'art. 107 *quinquies*.

³ «Note explicative de la proposition du Gouvernement relative à la révision du titre III de la Constitution en vue d'y insérer un chapitre nouveau relatif aux juridictions administratives et au Conseil d'État» (*Doc. parl.*, Ch., 1992-1993, n° 831/1, p. 3).

⁴ Voy., à ce propos, P. LEWALLE, «Les articles 160 et 161 de la Constitution relatifs au Conseil d'État et aux juridictions administratives», *A.P.T.*, 1994, pp. 145-158, spéc. pp. 154-156.

⁵ Rapport de la Commission de la Chambre, *Doc. parl.*, Ch., 1992-1993, n° 831/3, p. 7.

teur fédéral édicterait éventuellement à l'avenir en ce qui concerne les tribunaux administratifs décentralisés (voir la réforme du contentieux administratif) ou pour développer elles-mêmes un réseau de tribunaux administratifs 'communautaires ou régionaux'»⁶. Sans être contredit, un membre déduisit de cette réponse «qu'il n'est pas exclu qu'une Communauté ou une Région puisse établir une juridiction administrative [...]. Les conditions à remplir dans la pratique sont cependant si nombreuses que la création de telles juridictions par les Communautés et Régions est presque impossible»⁷. Les discussions au sein du Sénat firent encore évoluer l'interprétation. Aux termes des travaux de la commission sénatoriale, un membre a résumé de la sorte l'opinion majoritaire: «L'application des compétences implicites ne peut sûrement pas conduire les Communautés ou les Régions à mettre au point un système général de juridictions administratives, voire à créer une juridiction administrative générale. Toutefois, il est possible qu'elles créent des juridictions administratives spécifiques en application de leurs compétences implicites, pour autant que cela soit nécessaire à l'exercice de leurs compétences. Un décret ne pourra toutefois jamais interdire au citoyen l'accès au Conseil d'État lorsque celui-ci aura été garanti par la loi fédérale»⁸. Et le rapport de préciser que le ministre ainsi que plusieurs membres de la Commission s'associent à ce qui venait d'être dit.

Par contre, tout au long des discussions relatives à l'article 160, le Constituant de 1993 a fait montre d'une certitude de point de vue s'agissant de la situation indéboulonnable du Conseil d'État au faîte des juridictions administratives. Les débats

⁶ *O.c.*, p. 9.

⁷ *Ibidem*. Voy., dans le même sens, les discussions en Commission du Sénat, *Doc. parl.*, Sénat, S.E. 1991-1992, n° 100-48/2, pp. 8-11, et les discussions en séance publique du Sénat (Sénat, C.R.A., 2 juin 1993, p. 1060). Dans le même sens également, P. LEWALLE, *o.c.*, pp. 157-158.

⁸ *Doc. parl.*, Sénat, n° 100-48/2, S.E. 1991-1992, p. 11; voy. également pp. 8 à 11 et, notamment: «Le ministre remarque que le Conseil d'État, dont la législation organique est indiscutablement une matière fédérale, constitue, dans de nombreux litiges administratifs, la dernière instance, généralement comme juge de cassation. Il s'agit là d'une nuance importante à apporter dans la discussion, puisqu'un décret ne pourra jamais interdire au citoyen l'accès au Conseil d'État» (p. 10). Voy. également: *Doc. parl.*, Ch., n° 831/1, 1992-1993, pp. 3 et 4; *Doc. parl.*, Ch., n° 831/3 - 1992-1993, pp. 2, 6 à 9. On notera cependant une évolution dans la position du représentant du Gouvernement entre les travaux préparatoires à la Chambre des représentants (la position du ministre est hésitante; il reconnaît la compétence pour les collectivités fédérées d'instituer des possibilités de recours, par le biais de l'art. 10 de la loi spéciale, mais compte tenu de la rigueur des conditions imposées par cet article, il doute «qu'il soit possible d'instaurer de nouvelles juridictions administratives») et - ensuite - au Sénat (le gouvernement y a déposé une note où la possibilité pour les collectivités fédérées de créer des juridictions administratives est reconnue sans ambiguïté). Comme l'illustre l'extrait reproduit, les discussions au Sénat ne laissent plus aucune place au doute: durant la seconde partie des travaux parlementaires ayant abouti à l'adoption des actuels art. 160 et 161, le Constituant a bien à l'esprit le fait que les Régions et les Communautés pourraient créer des juridictions administratives, dans le respect des conditions liées à l'exercice des compétences implicites.

en Commission de la Chambre se concluent par ces mots: «un autre membre retient surtout que, quelles que soient les possibilités de recours administratif qui peuvent être instaurées par décret ou par ordonnance, on ne peut priver aucun citoyen du droit de saisir le Conseil d'État»⁹.

3. La réforme de la Saint-Polycarpe, en 2001, a implicitement consacré la possibilité, pour les Communautés et les Régions, de créer des juridictions administratives. Ainsi, la compétence relative à l'élection des organes décentralisés a été régionalisée, à l'exception toutefois «de la compétence exclusive du Conseil d'État pour statuer par voie d'arrêts sur le recours en dernier ressort en matière électorale»¹⁰. Lors de cette réforme, il fut également décidé que les Régions seraient désormais compétentes pour organiser et exercer «le régime disciplinaire des bourgmestres», étant entendu qu'un bourgmestre pourrait introduire un recours en dernier ressort auprès du Conseil d'État pour faire annuler une décision prise par l'autorité disciplinaire à son encontre¹¹.

Ces deux exceptions insérées par le législateur de 2001 n'ont de portée que dans la mesure où l'on considère que les Régions peuvent organiser les recours juridictionnels de premier degré en matière électorale ou contre les décisions disciplinaires relatives aux bourgmestres.

4. Que conclure de ce qui précède? Sur le fond, tout d'abord, l'analyse de l'évolution des déclarations lors des travaux préparatoires contredit l'interprétation en vertu de laquelle le Constituant aurait clairement fait le choix de réserver à la seule autorité fédérale la compétence de créer des juridictions administratives. Selon cette interprétation, une telle réserve de compétence s'inscrirait dans la perspective du Constituant de regrouper l'ensemble des juridictions administratives au sein d'une grande juridiction unique de première instance, à l'instar du tribunal administratif français. Pour intéressante qu'elle soit dans son principe, cette idée ne s'impose cependant pas à la lecture des documents parlementaires: elle se fonde essentiellement sur des propos tenus à la Chambre des représentants¹² mais qui ont été largement démentis dans la suite des discussions, essentiellement au Sénat.

Plutôt que de prêter au Constituant la volonté de réserver à l'autorité fédérale le soin d'organiser une juridiction administrative générale, ne faut-il pas voir dans son approche une tentative de compromis en réponse à l'ébauche d'une revendication, par le mouvement flamand, d'une défédéralisation de la justice? Dès 1987,

⁹ *Ibidem*. Cette affirmation vient en conclusion des déclarations du Ministre de l'Intérieur (o.c., pp. 6-7 et 9).

¹⁰ Art. 6, § 1^{er}, VIII, 4^o, b) de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles.

¹¹ Art. 6, § 1^{er}, VIII, 5^o de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles.

¹² Voy. P. GILLIAUX, «Les juridictions administratives: de l'oubli à l'inconstitutionnalité», *J.T.*, 2003, p. 126 (note 18).

une proposition de révision de la Constitution tendait à ouvrir à révision les articles constitutionnels relatifs à l'organisation judiciaire en vue de confier aux «États confédérés» la compétence de délimiter le ressort des juridictions, de nommer les magistrats et d'assurer le financement du Pouvoir judiciaire¹³. Les auteurs de la *Proeve van Grondwet voor Vlaanderen*¹⁴ envisageaient, en 1996, de consacrer la compétence des entités fédérées de créer des juridictions administratives, sans devoir recourir aux pouvoirs implicites¹⁵. Ils prévoyaient également que le Parlement flamand désigne des membres du Conseil d'État, de la Cour de cassation et de la Cour constitutionnelle. Au sein de cette dernière, une chambre de juges néerlandophones se prononcerait sur la violation de la Constitution flamande par un décret¹⁶. Aux termes des résolutions adoptées par le Parlement flamand, le 9 mars 1999, les collectivités fédérées devraient prendre une part accrue dans la formation et la nomination des magistrats. Elles devraient également participer activement à la définition ainsi qu'à la coordination de la politique des poursuites, dans les matières pour lesquelles elles sont compétentes. Le texte ajoute que la politique de l'aide sociale judiciaire devrait parvenir aux États fédérés¹⁷. Ces deux textes s'inscrivent dans la lignée des idées promues par le *Vlaamse Juristenvereniging* qui multiplie, depuis une dizaine d'années, les colloques visant à établir une justice flamande dans le cadre d'un État confédéral¹⁸. Certes, ces différents écrits et prises de position sont, pour la plupart, postérieurs à la réforme constitutionnelle de 1993, mais ils prennent place dans un contexte politique qui les a précédés et qui n'était pas absent des discussions parlementaires. Ainsi, lors des débats qui ont

¹³ Proposition déposée par H. COVELIERS et F. BAERTS, *Doc. parl.*, Ch., 1986-1987, n° 919/1.

¹⁴ J. CLEMENT, W. PAS, B. SEUTIN, G. VAN HAEGENDOREN et J. VAN NIEUWENHOVE, *Proeve van Grondwet voor Vlaanderen*, Brugge, die Keure, 1996, pp. 199-210.

¹⁵ «Le décret instaure des collèges juridictionnels administratifs. Il définit la composition, la compétence et le fonctionnement du collège juridictionnel, de même que le statut de ses membres».

¹⁶ L'essai de Constitution pour la Flandre consacre trois articles au «Pouvoir judiciaire» (art. 78 à 80). On notera que, sous ce titre, il est essentiellement question d'institutions qui ne relèvent pas, à l'heure actuelle, du Pouvoir judiciaire.

¹⁷ «Het Vlaams Parlement, [...] formuleert nog volgende specifieke aandachtspunten: [...] 3^o de deelstaten moeten betrokken worden bij de voordrachten van leden van de hoogste controleorganen: Arbitragehof, Raad van State en Rekenhof; [...] 5^o gelet op de bevoegdheden van de Hoge Raad voor Justitie, is het aangewezen dat de deelstaten mede verantwoordelijkheid dragen voor de benoeming en vorming van magistraten. Aan de problematiek van de handhaving van het deelstatelijk recht, kan onder meer een oplossing gegeven worden via een versoepeling van de impliciete bevoegdheden, of door meer gebruik te maken van samenwerkingsakkoorden. De deelgebieden moeten betrokken worden bij de bepaling en de coördinatie van het vervolgingsbeleid, voor de aangelegenheden waarvoor ze regelgevend bevoegd zijn. Het volledige justitiële welzijnsbeleid komt toe aan de deelstaten» (*Doc. parl.*, Parl. fl., n° 1343/2-1998/1999).

¹⁸ Voy. not. M. TAEYMANS (ed.), *Defederalisering van Justitie*, Bruxelles, Larcier, 2003.

présidé à l'adoption de l'article 161, certains sénateurs ont fait état de leur nette préférence pour un texte qui aurait conféré explicitement la compétence aux collectivités fédérées de créer des juridictions administratives¹⁹.

Sur la forme, ensuite, force est de constater que la voie empruntée par le Constituant laisse perplexe. Le texte de l'article 161 de la Constitution semble consacrer une réserve de compétence au profit de l'autorité fédérale mais, par ailleurs, on apprend, à la lecture des travaux préparatoires, qu'il est question d'organiser des dérogations par le biais des compétences implicites.

Certes, cette faculté laissée aux collectivités fédérées de créer des juridictions administratives s'intègre parfaitement dans la logique de la structure fédérative belge, laquelle repose sur l'exclusivité de compétences: elle ne contrarie nullement la structure institutionnelle. Néanmoins, il y a un décalage apparent – et délibéré – entre la formulation de l'article 161 et l'intention réelle du Constituant. Si ce dernier avait en vue de permettre aux Régions et aux Communautés de créer des juridictions administratives, pourquoi avoir eu recours à la voie détournée des compétences implicites? En leur attribuant expressément cette compétence, il aurait pu l'encadrer des conditions de forme et de procédure nécessaires, de même que bétonner le recours en cassation auprès du Conseil d'État²⁰.

Il semble que le choix du Constituant ait été guidé par la crainte de voir les Régions et les Communautés user avec excès de cette nouvelle compétence²¹. En modifiant l'article 19 de la loi spéciale du 8 août 1980 au cours de la même réforme de l'État, les parlementaires – qui faisaient œuvre de constituant et de législateurs dans le même moment – savaient que la réserve de compétence au profit de l'autorité fédérale n'était pas «hermétique». Dans l'article 161 de la Constitution, la référence à la «loi» apparaît alors comme une forme de balise: elle permet d'affirmer la compétence fédérale de principe.

Ce choix du Constituant s'avère regrettable car l'absence de clarté dessert le souhait du Constituant davantage qu'elle ne le sert. Dans une certaine mesure, elle permet de contenir les éventuelles velléités fédérées: la nécessité de recourir aux compétences implicites est supposée contraindre les législateurs décréteurs et ordonnantiels à demeurer dans les limites strictes imposées par l'article 10 de la loi spéciale du 8 août 1980, dont le respect est, le cas échéant, soumis au contrôle de

¹⁹ Voy., notamment, *Doc. parl.*, Sénat, 1991-1992, n° 100-48, p. 11.

²⁰ La régionalisation de la compétence relative aux pouvoirs locaux, opérée en 2001, a connu les mêmes avatars. Contrainte d'y procéder par loi spéciale, la réforme de 2001 n'a pas pu l'entourer de garanties constitutionnelles (voy., à ce propos, X. DELGRANGE, «Les matières réservées. Faut-il choisir entre rationalité et constitutionnalité?», in *Les lois spéciales et ordinaire du 13 juillet 2001, la réforme de la Saint-Polycarpe*, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 65-66).

²¹ *Doc. parl.*, Sénat, 1991-1992, n° 100-48, pp. 8 à 11.

la Cour d'arbitrage. Cependant, en contraignant les Régions et les Communautés à créer des juridictions administratives par le truchement des compétences implicites, le Constituant prive les acteurs de la fédération de balises claires dans la mise sur pied de pareilles juridictions: il entretient un flou et confie délibérément à la jurisprudence constitutionnelle le soin de l'éclaircir²². En l'absence de critères préétablis, les collectivités fédérées n'ont pour seul repère que les conditions de mise en œuvre de l'article 10 de la loi spéciale du 8 août 1980. L'on sait que ces conditions sont fort générales dans leur formulation – elles ne sont pas spécifiques à la matière qui nous occupe – et, partant, sujettes à interprétations. Le cas échéant, il revient à la Cour d'arbitrage d'assurer seule le rappel à l'ordre ou, plus précisément, d'établir les balises constitutionnelles – de, littéralement, «faire sortir les règles de l'ombre» – au gré des litiges portés à sa connaissance. Pour autant qu'un recours soit introduit, le contrôle jurisprudentiel n'intervient qu'*a posteriori*, pour corriger les interprétations extensives.

Or, il est sans doute dans la nature même d'un organe, quel qu'il soit, de vouloir tirer tout le profit possible d'une compétence donnée. Les collectivités fédérées ont donc tendance à tenter leur chance et à promouvoir une interprétation large des compétences implicites: en pratique, elles n'hésitent pas à susciter une tension dans la dynamique institutionnelle, qu'il appartient à la Cour de juguler le cas échéant. Dans ce contexte, les divergences d'interprétations paraissent inévitables. En procédant de la sorte, le Constituant a créé les conditions d'une insécurité juridique qui, faute de précision de sa part sur la nature des balises imposées aux Régions et aux Communautés, ne trouve de réponse que de manière itérative, au gré du dialogue que les collectivités fédérées entretiennent avec la Cour d'arbitrage.

²² La lecture des travaux préparatoires révèle que c'est délibérément que le Constituant s'est déchargé de sa tâche de régler la matière, en en confiant l'entière responsabilité à la Cour d'arbitrage. Voy. *Doc. parl.*, Sénat, n° 100-48 - 1991-1992, p. 10.

CHAPITRE II.

LA CRÉATION DE JURIDICTIONS ADMINISTRATIVES PAR LES COMMUNAUTÉS ET LES RÉGIONS

5. Les Communautés et les Régions n'ont pas tardé à s'engouffrer dans la brèche créée par la révision concomitante de la Constitution et de l'article 19 de la loi spéciale. À vrai dire, elles avaient même discrètement et peut-être inconsciemment devancé celle-ci²³.

6. On vient de le voir, lors des travaux préparatoires de la révision constitutionnelle de 1993, le Constituant s'en remettait en définitive à la Cour d'arbitrage pour apprécier la validité de la création de juridictions administratives communautaires ou régionales. La Cour n'a pas manqué de prendre en compte la modification apportée, en 1993, à l'article 19 de la loi spéciale.

Ainsi, dans son arrêt n° 25/97 du 30 avril 1997, rendu sur question préjudicielle, la Cour déclare inconstitutionnels les articles 43 et 44 du décret de la Communauté flamande du 27 juin 1990 portant création d'un Fonds flamand pour l'intégration sociale des personnes handicapées, au motif que ces dispositions, adoptées avant la réforme de l'article 19 de la loi spéciale du 8 août 1980, créaient une juridiction administrative alors qu'à l'époque les Communautés n'étaient pas compétentes pour ce faire. Dans ses considérants, la Cour laisse clairement entendre que sa décision n'aurait pas été la même si ces deux articles avaient été adoptés après la réforme de l'article 19 de la loi spéciale²⁴.

En 1997 toujours, l'assemblée générale de la section de législation du Conseil d'État rendit un avis réservé quant à la possibilité pour les Communautés et les Régions d'intervenir dans l'organisation des juridictions administratives. Après avoir rappelé que la Constitution confiait, dans nombre de ses dispositions, à la seule autorité fédérale, la compétence relative à «la création, l'organisation, la compétence, le fonctionnement et la procédure des autorités de justice, en particulier des institutions de justice administrative», elle concédait que la combinaison des articles 10 et 19 de la loi spéciale ouvrait la voie des pouvoirs implicites, tout en précisant aussitôt que celle-ci ne pouvait être empruntée qu'aux conditions «définies de manière restrictive par la Cour d'arbitrage». Elle admettait alors que la Région wallonne, exerçant des compétences communautaires, modifie certains aspects de la procédure juridictionnelle de révocation des conseillers de C.P.A.S.

²³ L'on mentionne généralement le décret de la Communauté française du 1^{er} juillet 1982 modifiant la loi du 19 juillet 1971 relative à l'octroi d'allocations et de prêts d'études, comme ayant créé la première juridiction fédérée. Le Conseil d'État a, en effet, reconnu le caractère juridictionnel du Conseil d'appel des allocations et prêts d'études qu'il instituait (arrêt n° 32.151 à 32.154 du 8 mars 1989, Waillez). Voy., à ce propos, M. LEROY, «L'avenir des matières réservées», *Rev. dr. ULB*, 1990, pp. 42-44.

²⁴ Voy. notamment les considérants B.4 et B.9.

devant la députation permanente. Elle excluait toutefois une immixtion de la Région dans l'organisation de la procédure devant le Conseil d'État: «il faut, en l'occurrence, avoir égard à l'insistance toute particulière avec laquelle le Constituant, à l'article 160 de la Constitution, a souligné le caractère unique et fédéral du Conseil d'État et le rôle du pouvoir législatif dans son organisation, ses attributions, son fonctionnement et la procédure applicable»²⁵. Cet avis s'inscrivait dans la droite ligne des travaux préparatoires de la révision constitutionnelle, tant quant à la possibilité d'interventions dans l'organisation des juridictions administratives de premier degré que quant à l'exclusion de toute immixtion dans l'organisation du Conseil d'État.

La Cour d'arbitrage confirma cet avis en vérifiant si les conditions de recours aux pouvoirs implicites étaient rencontrées par les décrets intervenant dans les procédures juridictionnelles, en l'espèce judiciaires, qui lui étaient soumis²⁶.

7. Suite à l'avis de principe rendu en assemblée générale, la section de législation du Conseil d'État rendit ponctuellement des avis plus pragmatiques, allant jusqu'à suggérer d'initiative aux collectivités fédérées la création de juridictions administratives en recourant aux pouvoirs implicites²⁷.

La Cour d'arbitrage a confirmé la validité de cette démarche par son arrêt n° 49/2003 du 30 avril 2003. La question préjudicielle portait une nouvelle fois sur la validité d'une juridiction intervenant en matière de handicap, plus précisément la commission d'appel instituée par le décret de la Région wallonne du 6 avril 1995 relatif à l'intégration des personnes handicapées. Cette commission, qualifiée de juridiction administrative, est chargée de statuer sur les recours introduits contre les décisions de l'Agence wallonne pour l'intégration des personnes handicapées. Elle fut cette fois validée, la Cour prenant en compte la modification apportée à

²⁵ Avis 26.610/AG du 31 octobre 1997 sur un avant-projet devenu le Décr. du 2 avril 1998 modifiant la loi du 8 juillet 1976 organique des Centres publics d'aide sociale, *Doc. C.R.W.*, 1997-1998, n° 332/1.

²⁶ La Cour admit ainsi l'immixtion de la Région flamande dans la détermination du juge compétent, estimant que le législateur décretaal avait pu considérer que la sécurité juridique requérait cette intervention (arrêt n° 19/2001 du 14 février 2001, B.6.3.). Dans une autre espèce, elle a, par contre, estimé qu'une disposition similaire ne se justifiait pas: «dès lors qu'un recours existe auprès d'autres juridictions, en application de l'attribution générale de compétences conférée aux juridictions civiles par le législateur fédéral», la Communauté flamande aurait dû justifier - quod non - de la nécessité de déroger à la règle générale (arrêt n° 33/2001 du 13 mars 2001, B.5.5.4.). Voy., à propos de ces arrêts, D. DE BRUYN, «Les compétences implicites en matière d'organisation des juridictions» (obs sous C.A., arrêts n° 19/2001 et 33/2001), *J.T.*, 2002, pp. 8 et s.

²⁷ Voy., p. ex., l'avis 31.905/4 du 19 décembre 2001 sur un avant-projet devenu le Décr. Rég. w. du 13 juin 2002 relatif à l'organisation des établissements de soins, *Doc. C.R.W.*, 2001-2002, n° 343/1; l'avis 34.410/2 du 5 février 2003 sur un avant-projet devenu l'Ord. du 17 juillet 2003 modifiant la nouvelle loi communale, *Doc. C.R.B.*, 2002-2003, n° 4-430/1.

l'article 19 de la loi spéciale. Après avoir rappelé que les articles 146 et 161 de la Constitution «réservent à l'autorité fédérale la compétence d'établir des juridictions administratives et d'en définir leurs attributions» (B.6.), la Cour a, en effet, considéré qu'en l'espèce, les trois conditions permettant de recourir aux pouvoirs implicites étaient rencontrées. La Cour admet prudemment la nécessité de la mesure, eu égard à la nature des décisions à prendre qui «exigent une appréciation comportant des aspects techniques»: «le législateur décréto a pu estimer nécessaire en cette matière, sans que son appréciation soit manifestement inexacte, de créer une juridiction administrative composée de manière pluridisciplinaire» (B.8.3.). Ensuite, «l'impact de la disposition en cause sur la compétence du législateur fédéral peut être jugé marginal puisqu'il n'est pas porté atteinte à la compétence des juridictions ordinaires, lesquelles ne connaissent d'ailleurs pas des demandes en cause à l'époque où cette matière relevait encore de la compétence de l'autorité fédérale» (B.8.4.). «Enfin, la matière se prête à un traitement différencié, l'autorité fédérale ayant elle-même soumis les recours à des règles spécifiques à l'époque où cette matière relevait encore de sa compétence» (B.8.5.).

8. Cet arrêt a évaporé les dernières hésitations quant à la compétence des Communautés et des Régions de créer des juridictions administratives²⁸. La section de législation du Conseil d'État ne s'y est pas opposée, se contentant désormais de rappeler, presque pour la forme, qu'il convenait de rencontrer les trois conditions permettant de mettre en œuvre les pouvoirs implicites.

Deux contentieux particuliers permettent d'illustrer l'ampleur qu'a rapidement prise l'intervention des Communautés et des Régions dans l'organisation juridictionnelle, ainsi que les difficultés qui en résultent. Le premier intervient dans la matière communautaire de l'enseignement (A). Le second est apparu tout récemment dans la matière régionale des élections locales (B). Ces deux exemples permettront d'envisager certaines perspectives relatives à l'intervention des Communautés et des Régions dans le domaine du contentieux administratif (C).

²⁸ L'on notera que les questions se sont même inversées, la Cour d'arbitrage devant se prononcer sur la compétence de l'autorité fédérale d'encore organiser les juridictions lorsque celles-ci tranchent des litiges ayant pour objet des matières régionales ou communautaires. Dans son arrêt 168/2004 du 28 octobre 2004, la Cour énonce: «bien que la détermination des mesures qu'un juge peut ordonner revienne en principe à l'autorité compétente pour la matière sur laquelle porte cette mesure, le fait de faire cesser ou d'éviter des actes illégaux en général relève de l'essence des attributions des tribunaux, pour laquelle le législateur fédéral est compétent» (B.5.3.). Pour des commentaires de cet arrêt, voy. P. VANDEN HEEDÉ, «Hoe homogeen zijn homogene bevoegdheidspakketten?», *R.W.*, 2004-2005, pp. 1215-1216; J. VAN YPERSELE, «L'action en cessation et les mesures de remise en état: une compétence concurrente?», *Amén.*, 2005, pp. 144-147.

A. Le contentieux de l'enseignement

9. Dès 1989, Paul Martens plaide pour une meilleure protection des élèves contre l'arbitraire du milieu scolaire²⁹. Cet appel a été entendu, mais il a reçu une réponse différente de part et d'autre de la frontière linguistique.

10. En Communauté française, le décret «missions» du 24 juillet 1997 a mis en place des conseils de recours, qui sont des autorités administratives habilitées à réformer les délibérations des conseils de classe dans l'enseignement secondaire³⁰. Les décisions des conseils de recours peuvent elles-mêmes être entreprises devant le Conseil d'État.

L'option d'un recours administratif a été récemment confirmée par le décret du 2 juin 2006 relatif à l'évaluation externe des acquis des élèves de l'enseignement obligatoire et au certificat d'études de base au terme de l'enseignement primaire. Celui-ci institue en effet, en son article 31, un Conseil de recours contre les décisions de refus d'octroi du certificat d'études de base au terme de l'enseignement primaire, qui peut octroyer le certificat préalablement refusé par jury.

11. La Communauté flamande a, quant à elle, décidé d'instituer un «collège juridictionnel administratif», sobriement dénommé le «Conseil de règlement des différends en matière de décision sur la progression des études», qui connaît des recours introduits, dans l'enseignement supérieur, contre les décisions des jurys d'examen³¹. Ce Conseil peut annuler la décision d'un jury, à charge pour celui-ci de se prononcer à nouveau³².

²⁹ «Les droits de l'homme: à l'école aussi?», *A.P.T.*, 1989, pp. 225-243.

³⁰ Art. 97 du décret «missions». Sur cette procédure, voy. J. SAMBON, «Les nouveaux droits des élèves en matière d'inscription, d'exclusion et de sanction des études», in H. DUMONT et M. COLIN, *Le décret du 24 juillet 1997 définissant les missions prioritaires de l'enseignement, approche interdisciplinaire*, Bruxelles, FUSL, 1999, pp. 349-360; L. DEMEZ et J. SAMBON, «La motivation en matière d'enseignement», in P. JADOUL et S. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *La motivation formelle des actes administratifs*, Bruxelles, la Charte, 2005, pp. 191-216; L. DEMEZ, «Les recours en matière d'enseignement», in P. NIHOUL (dir.), *L'administration contestée, les recours administratifs internes*, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 146-164.

³¹ Art. II.15 du décret du 19 mars 2004 relatif au statut de l'étudiant, à la participation dans l'enseignement supérieur, l'intégration de certaines sections de l'enseignement supérieur de promotion sociale dans les instituts supérieurs et l'accompagnement de la restructuration de l'enseignement supérieur en Flandre, tel que modifié par le décret du 30 avril 2004 (voy. J. NEUTS, «Rechtsbescherming bij examenbeslissingen in het hoger onderwijs: de Raad voor Examenbetwistingen. De Raad van State gebuisd?», *T.O.R.B.*, 2004-05, pp. 263-278; B. VERBEECK, «Examenbetwistingen in het hoger onderwijs in Vlaanderen: exit de Raad van State?», *CDPK*, 2005, pp. 648-654; J. GORIS, «Georganiseerde bestuurlijke beroepen tegen examenbeslissingen in het secundair en het hoger onderwijs in Vlaanderen», *R.W.*, 2006-2007, pp. 82-94).

Se fondant principalement sur l'arrêt de la Cour d'arbitrage n° 49/2003, la section de législation du Conseil d'État a considéré que la Communauté flamande pouvait invoquer les pouvoirs implicites pour instituer pareille juridiction. Elle a considéré que la nécessité invoquée dans l'exposé des motifs, à savoir le souci de permettre à l'étudiant d'être rapidement fixé sur son sort, n'était pas manifestement inexacte³³. Elle n'a pas estimé devoir s'appesantir sur les deux autres conditions de mise en œuvre des pouvoirs implicites qui, selon elle, en l'espèce, ne posaient pas de problème.

Se conformant à la jurisprudence de la Cour d'arbitrage, la section de législation s'est cantonnée dans un contrôle très marginal de la nécessité. L'expérience dira si l'intervention de la nouvelle juridiction permettra effectivement aux étudiants d'être plus rapidement fixés sur leur sort. À cet égard, deux éléments entreront en ligne de compte. D'une part, aucune procédure d'urgence n'est prévue, ni devant le collège juridictionnel, ni devant le jury appelé à reconsidérer le cas de l'étudiant. Le collège peut toutefois ordonner l'inscription provisoire de l'étudiant dans l'année supérieure³⁴. D'autre part, les décisions du collège peuvent être à leur tour entreprises en cassation devant le Conseil d'État. Cependant, le Conseil d'État ne peut pas suspendre un arrêt d'une juridiction administrative ou prendre des mesures provisoires dans le cadre d'un tel litige³⁵. Dans l'hypothèse, qui n'est

.../...

L'institution de juridictions administratives est également envisagée dans l'enseignement obligatoire, pour connaître des décisions des conseils de classe (voy. F. CHARLIER, «De rechtspositie van leerling en student. Een boeiende kwestie, op zoek naar een zinvolle inbedding in de onderwijsregelgeving», *T.O.R.B.*, 2003-2004, p. 55).

³² Art. II.22 du décret précité.

³³ Avis n° 35.979/1 du 30 octobre 2003, *Doc. VI. R.*, 2003-2004, n° 1960/1, pp. 180-183. Selon l'exposé des motifs, «de oprichting van een rechtsschool, bevoegd voor examenbetwistingen, noodzakelijk is om een oplossing te bieden voor een zeer specifieke onderwijsgebonden problematiek: de zorg om studenten op zeer korte termijn zekerheid te bieden omtrent het al dan niet kunnen vervolgen van het studietraject. De maatregel heeft daarenboven slechts een marginale weerslag op de federale justitiële bevoegdheid, daar zij - uiteraard - geen afbreuk doet aan de functie van de Raad van State als administratieve cassatierechter en niet raakt aan de mogelijkheid om zich te wenden tot de gewone rechtbanken» (*Doc. VI. R.*, 2003-2004, n° 1960/1, p. 20).

³⁴ Art. II.22, al. 2, du décret du 19 mars 2004.

³⁵ Voy. les art. 17 et 18 des lois coordonnées sur le Conseil d'État, qui n'envisagent la suspension et les mesures provisoires que comme l'accessoire à un recours introduit contre un acte administratif visé à l'art. 14, § 1^{er}, des lois coordonnées, et non à un recours introduit contre une décision contentieuse, visé à l'art. 14, § 2, de ces mêmes lois (voy., p. ex., l'arrêt n° 136.960 du 3 novembre 2004, Schaffel et al., où était demandée la suspension d'une décision de la commission pour le dédommagement des membres de la Communauté juive de Belgique). L'affaire ayant mené à l'arrêt de la Cour d'arbitrage n° 49/2003 avait déjà le même objet. Le requérant initial demandait au Conseil d'État de suspendre la décision de la commission d'appel. Le Conseil d'État ne pouvait faire droit à cette demande que s'il qualifiait la commission d'autorité et non de juridiction administrative, d'où la question préjudicielle posée à la Cour d'arbitrage (voy. l'arrêt n° 100.813 du 14 novembre 2001, Colard. À ce jour, l'arrêt de suspension n'a pas été rendu).

pas un cas d'école, où un établissement d'enseignement, contraint par le collège de laisser passer un étudiant, introduirait un recours en annulation devant le Conseil d'État, il est très probable que la décision définitive interviendrait alors que l'étudiant serait déjà bien établi dans la vie professionnelle.

B. Le contentieux des élections locales

12. Les Régions ont pleinement exercé les compétences relatives aux pouvoirs locaux qui leur ont été dévolues lors de la réforme de la Saint-Polycarpe³⁶. Dans le cadre de cette étude, l'on se concentrera sur le sort réservé à la compétence contentieuse de la députation permanente. Celle-ci est généralement décrite par la doctrine, qui relève la difficulté d'attribuer pareille mission à une institution politique³⁷. Ici encore, les options retenues diffèrent radicalement suivant les Régions.

13. En 1993, lorsque la Région bilingue de Bruxelles-Capitale a été extra-provincialisée, le Constituant et le législateur spécial ont pris en compte les importantes missions juridictionnelles exercées par la députation permanente.

L'article 163, alinéa 2, de la Constitution prévoit que la loi spéciale règle les modalités selon lesquelles la Région de Bruxelles-Capitale ou «toute institution dont les membres sont désignés par celle-ci» exerce les compétences exercées dans les Régions wallonne et flamande par des organes provinciaux élus, lorsque ces compétences «ne relèvent pas des matières visées à l'article 39» de la Constitution, c'est-à-dire ne sont pas des matières régionales. Les développements de la proposition à l'origine de cette disposition constitutionnelle rangent, parmi ces matières, «les compétences juridictionnelles de la députation permanente»³⁸. Les travaux préparatoires renvoient également à l'article 83quinquies, § 2 de la loi spéciale du 12 janvier 1989 relative aux institutions bruxelloises, alors en projet, qui attribue les missions juridictionnelles de la députation permanente à un «collège de 9 membres désignés par le Conseil de la Région de Bruxelles-Capitale, sur proposi-

³⁶ Art. 6, § 1^{er}, VIII de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, tel que modifié par la loi spéciale du 13 juillet 2001.

³⁷ Ainsi, Philippe De Bruycker note qu'il «convient de s'interroger sur l'incohérence d'un système qui confie des compétences juridictionnelles à un organe politique» («L'avenir des provinces dans la Belgique fédérale», in *L'avenir des communes et des provinces dans la Belgique fédérale*, Bruxelles, Bruylant, 1997, p. 201). De même, Michel Leroy relève que «ce collège, à première vue si peu fait pour rendre la justice», «appelle des réserves» du point de vue de sa composition: «sur le plan des principes, il ne se justifie pas d'ériger des hommes politiques en juges» (*Contentieux administratif*, Bruxelles, Bruylant, 2004, éd. 4, pp. 123-126).

³⁸ *Doc. parl.*, Ch., 1992-1993, n° 722/1.

tion de son gouvernement»³⁹. Ce collège s'est vu reconnaître la qualité de juridiction⁴⁰.

La loi spéciale renvoie, s'agissant des incompatibilités et de la procédure, aux règles régissant le fonctionnement des députations permanentes. Celles-ci divergeant désormais d'une Région à l'autre, l'on ne sait à quel saint le collège devra se vouer.

Quoi qu'il en soit, le législateur régional bruxellois se voit imposer un carcan en matière de contentieux électoral local, dont ont été libérés les deux autres législateurs régionaux⁴¹.

14. La Région wallonne a tout d'abord, par un décret du 12 février 2004 organisant les provinces wallonnes, introduit une réforme *a priori* étrangère à notre sujet: la motion de défiance constructive à l'égard de la députation permanente.

Contrairement à la réforme de 1993, celle de 2001 n'a pas pris en compte les missions juridictionnelles des députations permanentes, cette question n'étant même pas évoquée lors des travaux préparatoires de la loi spéciale du 13 juillet 2001. Dans son avis sur l'initiative wallonne, la section de législation relevait néanmoins que, dans l'exercice de ses nouvelles compétences relatives aux pouvoirs locaux, la Région devait avoir égard à la qualité de juridiction administrative de la députation permanente. Or, elle constatait qu'il n'était pas possible, concrètement, de réserver l'application de la motion de défiance aux missions politiques de la députation puisque l'on ne pouvait éviter le risque «qu'une telle motion ne soit, en tout ou en partie, de manière directe ou déguisée, fondée sur des motifs liés à l'exercice juridictionnel de la fonction». Elle considérait, dès lors, que le caractère partiellement juridictionnel de la députation permanente ne permettait pas de l'assortir d'un mécanisme de défiance constructive: «la possibilité offerte à un organe politique – le conseil provincial – de démettre, pour des motifs pouvant être de pure opportunité, un ou plusieurs juges, ou même l'ensemble des membres d'une juridiction – la députation permanente devenant le collège provincial dans l'avant-projet – priverait cette institution de l'indépendance et de l'impartialité requises

³⁹ Voy. notamment le rapport de la Commission de la Chambre, *Doc. parl.*, 1992-1993, n° 722/13, *Pasin.*, p. 1247.

⁴⁰ La Cour de justice des Communautés européennes a été ainsi amenée à se prononcer sur le caractère de juridiction du Collège juridictionnel de la Région de Bruxelles-Capitale, condition de recevabilité de la question préjudicielle posée par celui-ci. La Cour a qualifié ce collège de juridiction, notamment pour la raison que ses membres «sont nommés pour une période illimitée et qu'ils ne peuvent être révoqués» (arrêt du 29 novembre 2001, *De Coster*, aff. C-17/00, *Rec.*, 2001, I-9497, considérant 21).

⁴¹ Voy., à cet égard, l'avis de la section de législation du Conseil d'État n° 34.402/2 donné le 5 février 2003 sur un avant-projet devenu l'Ord. du 17 juillet 2003 modifiant la nouvelle loi communale, *Doc. C.R.B.*, 2002-2003, n° A-430/1.

pour qu'elle puisse encore être qualifiée de juridiction»⁴². La Cour d'arbitrage n'a toutefois pas partagé ce point de vue. Elle considère, en effet, que la députation permanente, rebaptisée «collège provincial» par le décret, ne pourrait «se voir appliquer de manière permanente, dans sa composition et dans son fonctionnement, les exigences relatives aux juridictions (...). Dès lors, ce n'est que lorsqu'il exerce des fonctions juridictionnelles que le collège doit être indépendant et impartial. Il conviendra d'apprécier, lors de chaque application particulière des règles relatives à la responsabilité des membres du collège, si elles ont été appliquées de manière telle qu'il est porté atteinte à ces exigences, et d'en tirer à ce moment les conséquences»⁴³. Elle ne précise toutefois pas la méthode que l'on pourra employer pour sonder les reins et les cœurs des membres du collège.

Par ailleurs, le même décret du 12 février 2004 reproduit, parfois en les modifiant, les dispositions de la loi provinciale relatives à l'organisation et au fonctionnement de la députation permanente lorsqu'elle intervient en matière juridictionnelle. La section de législation a estimé qu'en l'espèce les conditions permettant de recourir aux pouvoirs implicites n'étaient pas réunies. D'une part, l'incidence n'est pas marginale, puisque le décret fixe l'ensemble des règles applicables, même lorsque le collège provincial intervient dans des matières ne relevant pas des compétences régionales. D'autre part, «il n'apparaît pas non plus que la réglementation envisagée soit nécessaire à l'exercice des compétences de la Région et que la matière se prête effectivement à un régime différencié par rapport à celui déjà établi, de manière générale, par le législateur fédéral. Le Conseil d'État n'aperçoit notamment pas pour quelle raison il pourrait être nécessaire de reproduire, dans un texte décretaal, des dispositions de la loi provinciale qui seraient abrogées dans le même temps. Le souci de la sécurité juridique par l'accessibilité des textes ne saurait être invoqué. En effet, l'avant-projet de décret n'abroge pas toute la loi provinciale et ne pourrait d'ailleurs le faire». Ces dispositions ont néanmoins été maintenues dans le décret et la Cour d'arbitrage n'a pas été saisie de ce moyen⁴⁴.

⁴² Avis des chambres réunies de la section de législation du Conseil d'État n° 35.831/VR donné le 18 septembre 2003 sur un avant-projet devenu le Décr. du 12 février 2004 organisant les provinces wallonnes, *Doc. C.R.W.*, 2003-2004, n° 613/1.

⁴³ C.A., arrêt n° 95/2005 du 25 mai 2005, B.19 et B.20.

⁴⁴ La section de législation a réitéré ces observations à propos de l'avant-projet devenu le Décr. du 1^{er} juin 2006 modifiant le Livre I^{er} de la quatrième partie du Code de la démocratie locale et de la décentralisation (avis 39.980/4 donné le 27 mars 2006, *Doc. P.R.W.*, 2005-2006, n° 357/1). La Région de Bruxelles-Capitale a davantage pris en compte le morcellement des compétences. Le Ministre-Président s'en explique: «Étant donné que certains aspects de la législation électorale communale, et principalement les dispositions relatives au vote et à l'éligibilité des citoyens étrangers restent du ressort des autorités fédérales, il est impossible de rédiger une ordonnance réglementant l'ensemble de la matière. Suite à l'avis de la section de législation du Conseil d'État, le Gouvernement a opté pour la rédaction d'un "projet d'ordonnance modifiant la loi électorale communale", y

15. La Région wallonne semble hésiter dans son appréciation de la pertinence de confier des missions juridictionnelles au collège provincial. Réformant l'organisation des élections locales, un avant-projet de décret supprimait l'intervention de l'ancienne députation permanente, intervenant en tant que juridiction administrative, dans divers contentieux, notamment en matière de déchéance ou d'incompatibilité. Ces compétences étaient reprises par le Gouvernement, agissant comme autorité administrative. Les compétences du Conseil d'État en étaient affectées, celui-ci n'intervenant plus au contentieux de pleine juridiction (art. 16 des lois coordonnées sur le Conseil d'État) mais sur la base de sa compétence générale d'annulation des actes administratifs (art. 14, § 1^{er} des lois coordonnées)⁴⁵. La section de législation a estimé qu'en l'espèce, les conditions requises pour pouvoir recourir aux pouvoirs implicites n'étaient pas remplies: «À supposer que la nécessité d'adopter les mesures à l'examen soit établie, force est de constater qu'en ce qu'elles modifient fondamentalement la nature du contrôle exercé par le Conseil d'État dans ces matières, elles ne peuvent être considérées comme ayant un caractère marginal»⁴⁶. Elle ajoutait que «cette conclusion est renforcée par l'obligation faite par l'article 6, § 1^{er}, VIII, alinéa 1^{er}, 4^o, b) de la loi spéciale du 8 août 1980 précitée, de respecter «la compétence exclusive du Conseil d'État pour statuer par voie d'arrêt sur les recours en dernier ressort en matière électorale», exception qui doit se lire à la lumière de l'article 16, 1^o, des lois coordonnées sur le Conseil d'État». S'agissant de la suppression de l'intervention du collège provincial en tant que juridiction administrative, la section de législation invitait l'auteur du projet à démontrer qu'elle était justifiée au regard des conditions de recours aux pouvoirs implicites.

Le Gouvernement wallon a entendu prendre cet avis en compte. S'il a maintenu, dans son projet, la suppression du «caractère juridictionnel de la procédure en

.../...

intégrant certaines des dispositions reprises dans le Code électoral et la loi électorale provinciale qui relèvent désormais de la compétence de la Région» (*Doc. C.R.B.C.*, 2005-2006, n° A-198/2, p. 3). Sur la difficulté de légiférer en cette matière au vu de la répartition des compétences, voy. l'avis de la section de législation du Conseil d'État n° 38.960/2 du 19 septembre 2005 sur un avant-projet devenu l'Ord. du 16 février 2006 modifiant la loi électorale communale, *Doc. C.R.B.C.*, 2005-2006, n° A-198/1, pp. 56 à 58.

⁴⁵ Voy. le commentaire des articles de l'avant-projet de décret, *Doc. P.R.W.*, 2004-2005, n° 204/1, p. 51. Sur le contentieux de pleine juridiction, voy., dans le présent volume, la contribution de P. BOUCQUEY et P.-O. DE BROUX, «Les recours juridictionnels contre les décisions des autorités de régulation», sp. n°s 61-64 et 84-98.

⁴⁶ Avis n° 38.567/4 donné le 11 juillet 2005 sur un avant-projet devenu le Décr. du 8 décembre 2005 modifiant certaines dispositions du Code de la démocratie locale et de la décentralisation, *Doc. P.R.W.*, 2004-2005, n° 204/1, pp. 40-41.

amont du Conseil d'État»⁴⁷, il précise dans le dispositif que celui-ci interviendra toujours en pleine juridiction⁴⁸.

Par contre, rejoint en cela par le Gouvernement flamand⁴⁹, il ne partage pas le point de vue de la section de législation quant à la nécessité de recourir aux pouvoirs implicites pour supprimer la compétence juridictionnelle du collège provincial:

«L'article 146 de la Constitution – disposition antérieure à l'entrée en vigueur de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980, et même au 24 décembre 1970, date de la création des Communautés et des Régions – prévoit qu'une loi peut créer – et partant supprimer une juridiction, et donc une compétence juridictionnelle. Or, en l'occurrence, il n'est pas contestable que le législateur régional est compétent pour régler les matières relatives à la déchéance, au désistement, à la démission et aux incompatibilités. À l'estime du Gouvernement, cette compétence inclut le droit d'organiser à ce propos un système de recours, et cela d'autant plus que la compétence juridictionnelle du Conseil d'État, en dernier ressort, est préservée»⁵⁰.

Cette argumentation fait l'impasse sur l'article 161 de la Constitution, inséré en 1993, qui réserve à la loi la compétence de créer des juridictions administratives⁵¹.

⁴⁷ Exposé des motifs, *Doc. P.R.W.*, 2004-2005, n° 204/1, p. 5.

⁴⁸ Voy. les art. L1122-4, L1122-5, L1122-7, L1122-9, L1123-17, L1125-7, L2212-7 et L2215-45 du Code de la démocratie locale et de la décentralisation, tels que modifiés par le Décr. du 8 décembre 2005. Le Décr. Comm. germ. du 2 mai 1995 modifiant la loi du 8 juillet 1976 organique des centres publics d'aide sociale avait déjà adopté cette solution pour le contentieux relatif à l'élection et à la discipline des membres du conseil de l'aide sociale (voy. R. ANDERSEN, B. LOMBAERT et S. DEPRÉ, «Les contentieux méconnus», in B. BLERO (ed.), *Le Conseil d'État de Belgique*, Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 306-307).

⁴⁹ Voy. l'exposé des motifs du projet devenu le Décr. du 10 février 2006 «houdende wijziging van de Gemeentekieswet gecoördineerd op 4 augustus 1932, de wet van 19 oktober 1921 tot regeling van de provincieraadsverkiezingen, de wet tot organisatie van de geautomatiseerde stemming van 11 april 1994 en het decreet van 7 mei 2004 houdende regeling van de controle van de verkiezingsuitgaven en de herkomst van de geldmiddelen voor de verkiezing van het Vlaams Parlement», *Doc. Vl. P.*, 2005-2006, n° 637/1, pp. 6-7. Voy., à cet égard, L.M. VENY, I. CARLENS et N. DE VOS, «Het 'Kiesdecreet': rechtsgrond, constitutionele bedenkingen, krachtlijnen, innovaties en knelpunten», in J. DUJARDIN (ed.), *Gemeente- en Provinciedecreet*, Brugge, die Keure, 2006, pp. 314-318; L. VENY, «De regelgevende bevoegdheid van het Vlaamse Gewest voor de komende gemeenteraads-verkiezingen», *TGEM*, 2006/2, pp. 40-41; L. VENY, «De nieuwe spelregels van 8 oktober 2006 in het Vlaamse Gewest», *TGEM*, 2006/3, pp. 13-14.

⁵⁰ Exposé des motifs, *o.c.*, p. 5.

⁵¹ Voy., ci-avant, n° 2 et, ci-après, n° 16. Voy. également, outre ceux déjà cités, l'avis n° 38.240/3 donné le 26 avril 2005 sur un avant-projet devenu le Gemeentedecreet du 15 juillet 2005, *Doc. Vl. P.*, 2004-2005, n° 347/1.

.../...

Le Gouvernement prend d'ailleurs soin de justifier, à titre supplétif, dans l'exposé des motifs, le respect des conditions du recours aux pouvoirs implicites. Il estime notamment «qu'il est nécessaire de simplifier et de rationaliser les procédures et d'éviter que le collège provincial, organe politique par excellence, ne doive, quand ce n'est pas utile, être appelé à remplir une mission juridictionnelle»⁵².

Le cœur du contentieux électoral local demeure néanmoins de la compétence du collège provincial dont les décisions sont susceptibles de recours devant le Conseil d'État⁵³.

16. La Région flamande a, quant à elle, institué, dans chaque province, une juridiction administrative, le Conseil des contestations électorales⁵⁴. Contrairement à ce que sa dénomination pourrait laisser accroire, ses compétences ne se limitent pas aux élections mais embrassent d'autres aspects du contentieux local, tels que le contrôle des connaissances linguistiques des mandataires ou la responsabilité comptable du secrétaire communal⁵⁵.

La section de législation s'est prononcée sur cette institution en assemblée générale⁵⁶. Elle rappelle tout d'abord que l'article 161 de la Constitution réserve au législateur fédéral la compétence d'ériger des juridictions administratives et que, dès lors, les Régions ne peuvent empiéter sur cette compétence qu'à la condition de satisfaire aux conditions d'application des pouvoirs implicites. Elle relève ensuite que le Conseil des contestations électorales est exclusivement compétent pour trancher des litiges relevant de matières régionales. Elle ajoute que le législateur décentralisé pouvait raisonnablement estimer qu'il est nécessaire de confier le contentieux électoral à une juridiction qui offre plus de garanties en termes d'indépendance, d'impartialité et de compétence que la députation permanente. L'impact sur la compétence fédérale peut être considéré comme marginal au regard du contentieux administratif envisagé dans son ensemble. Enfin, elle estime qu'il n'y a pas de raison de considérer que cette matière ne se prête pas à un règlement différencié.

.../...

Cette thèse méconnaîtrait également l'art. 163, al. 2 Const. Comme on l'a vu (ci-avant, n° 13), cette disposition désigne l'institution compétente, en Région bilingue de Bruxelles-Capitale, pour l'exercice des compétences non régionales, aux rangs desquelles figure le contentieux électoral local.

⁵² Exposé des motifs, *o.c.*, p. 5.

⁵³ Voy. les art. L4126-1 et s. du Code de la démocratie locale et de la décentralisation. Voy. not. C.E., arrêt n° 166.147 du 20 décembre 2006, élections communales de la commune de Tubize; arrêt n° 166.980 du 22 janvier 2007, élections communales de Charleroi.

⁵⁴ Titre VIbis de la loi électorale communale, inséré par le Décr. du 10 février 2006; art. 18, 20ter et 20quinquies de la loi du 8 juillet 1976 organique des centres publics d'aide sociale, modifiés par le Décr. du 7 juillet 2006.

⁵⁵ Voy. notamment les art. 10, 13, 44, 60, 169 et 175 du Gemeentedecreet du 15 juillet 2005; les art. 25quater et 90 de la loi du 8 juillet 1976, modifiés par le Décr. du 7 juillet 2006.

⁵⁶ Avis n° 39.080/AG donné le 18 octobre 2005, *Doc. VI. P.*, 2005-2006, n° 578/1.

C. Les perspectives

17. Les exemples qui viennent d'être donnés apportent une confirmation mais laissent planer une incertitude.

La répartition des compétences en matière de contentieux administratif est confirmée par les avis du Conseil d'État, dans des raisonnements dessinés par l'assemblée générale. S'agissant de la création de juridictions administratives, le siège de la matière réside bien dans l'article 161 de la Constitution, qui réserve cette compétence au législateur fédéral. Les Communautés et les Régions peuvent toutefois investir la place, par le biais des pouvoirs implicites. Le schéma est théoriquement le même s'agissant de l'organisation du Conseil d'État, mais il s'avère cette fois très difficile pour les Communautés et Régions de réunir les conditions de recours aux pouvoirs implicites.

L'incertitude porte sur l'ampleur de l'immixtion des Communautés et Régions dans la création de juridictions de premier degré. La section de législation a admis la création de juridictions dont la compétence, pour être spécialisée, n'est pas insignifiante. La Cour d'arbitrage n'a pas encore eu l'occasion de se prononcer sur le degré de souplesse ou de rigidité qu'elle confèrera aux conditions de recours aux pouvoirs implicites. Elle a certes admis la validité de la création d'une juridiction intervenant dans l'appréciation du handicap. Le champ d'intervention de cette commission est toutefois sans commune mesure avec celui des juridictions récemment créées en Flandre en matière d'enseignement ou de contentieux local. L'évolution très bienveillante de la jurisprudence de la Cour à l'égard d'une interprétation extensive des compétences des Communautés et des Régions peut toutefois inciter celles-ci à l'optimisme.

18. Il est, dès lors, permis de s'attendre à ce que les Communautés et les Régions usent encore à l'avenir des pouvoirs implicites pour instituer des juridictions administratives, qui seront éventuellement dotées de larges compétences, ne serait-ce que pour pallier les lenteurs des procédures devant le Conseil d'État⁵⁷.

La matière de l'environnement et de l'urbanisme semble notamment promise à de pareils développements. La section de législation a ainsi suggéré elle-même la création d'une juridiction administrative habilitée à trancher des litiges relatifs au droit d'accès à l'information en matière d'environnement⁵⁸. Le législateur wallon

⁵⁷ C. BEX, *Rechtsbescherming van de burger tegen de overheid. Een analyse van het systeem van administratieve rechtspraak in België*, Antwerpen-Groningen, Intersentia Rechtswetenschappen, 2000, pp. 216 et 217.

⁵⁸ Avis n° 38.943/2/V, donné le 5 septembre 2005 sur un avant-projet devenu le Décr. du 16 mars 2006 modifiant le Livre I^{er} du Code de l'Environnement pour ce qui concerne le droit d'accès du public à l'information en matière d'environnement, *Doc. P.R.W.*, 2005

.../...

n'a pas emprunté cette voie, estimant qu'elle contrarierait la simplification administrative⁵⁹.

Le Gouvernement flamand, pour sa part, semble travailler à un projet beaucoup plus ambitieux, à savoir la création de juridictions régionales compétentes pour tout le contentieux de l'urbanisme⁶⁰.

19. Une question pourrait poindre au cas où les Communautés et les Régions multiplieraient les juridictions administratives: pourrait-on encore parler d'une incidence marginale sur la compétence fédérale en matière de contentieux administratif?

La réponse devrait prendre en compte une autre difficulté, certes plus théorique, résultant de l'interprétation des fameux articles 144 et 145 de la Constitution. Ces articles réservent, en effet, au ressort exclusif des juridictions judiciaires les contestations ayant pour objet des droits civils, ne permettant d'attribuer à d'autres juridictions, par une exception établie par la loi, que les contestations qui ont pour objet des droits politiques⁶¹. Dans les travaux préparatoires des décrets évoqués plus haut, nous n'avons trouvé nulle trace d'une interrogation relative au caractère civil ou politique du litige que le législateur envisageait de confier à une juridiction régionale ou communautaire⁶². Certes, la réponse tombe sous le sens pour le contentieux électoral. Elle est bien moins immédiate pour le contentieux de l'enseignement, notamment lorsqu'un étudiant et un établissement libre se font face⁶³.

.../...

2006, n° 309/1, pp. 29-30. Voy., dans ce volume, la contribution de B. JADOT, «Protection juridictionnelle du citoyen face à l'administration et droit d'accès à la justice en matière d'environnement», n° 56.

⁵⁹ Commentaire des articles, *Doc. P.R.W.*, 2005-2006, n° 309/1, p. 10.

⁶⁰ Dirk Van Mechelen, Ministre flamand de l'Aménagement du territoire, répondait ainsi à une question parlementaire relative au contentieux de l'urbanisme: «Ik ben voorstander van een nieuwe administratieve rechtbank. De teksten hiervoor zijn uitgeschreven. De Vlaamse Regering zal oordelen of ze voor bespreking aan het parlement worden voorgelegd. Dan zal iedereen in dit parlement zijn of haar verantwoordelijkheid mogen, maar ook moeten nemen» (*Handelingen*, C268-LEE41, 1^{er} juin 2006, p. 9).

⁶¹ Sur ces dispositions et la distinction entre droits civils et politiques, voy. B. BLERO, «L'article 145 de la Constitution comme solution aux conflits de compétence entre le juge de l'excès de pouvoir et le juge judiciaire», in B. BLERO (ed.), *Le Conseil d'État de Belgique, o.c.*, pp. 226-241 et, dans le présent ouvrage, la contribution de B. LOMBAERT, F. TULKENS et A. VAN DER HAEGEN, «Cohérence et incohérences de la théorie de l'objet véritable et direct du recours».

⁶² La section de législation a par contre estimé que le contentieux relatif à la sanction de sportifs professionnels pour cause de dopage était difficilement qualifiable de contentieux politique (avis n° 20.094/8 donné le 20 novembre 1990 sur un avant-projet devenu le décret flamand du 27 mars 1991 relatif à la pratique du sport dans le respect des impératifs de santé, *Doc. VI. R.*, 1990-1991, n° 448/1).

⁶³ Voy. X. DELGRANGE, «S.O.S. Bonheur», note sous Cass., 6 septembre 2002, *R.C.J.B.*, 2005, pp. 26-82.

En reviendrait-on à la solution proposée par André Mast⁶⁴, à savoir tout simplement qu'en confiant un contentieux à une juridiction non judiciaire, le législateur le qualifie de politique? Cette théorie, privilégiant le critère organique sur le critère matériel pour distinguer les droits civils des droits politiques, n'a cependant pas été consacrée par la Cour d'arbitrage, celle-ci privilégiant une application souple du critère matériel⁶⁵. Sous peine de méconnaître les articles 144 et 145 de la Constitution, les Communautés et les Régions doivent dès lors, préalablement à l'attribution d'une compétence à une juridiction qu'elles créent, s'assurer que celle-ci, ce faisant, tranchera une contestation relative à un droit qui peut être qualifié de politique.

⁶⁴ A. MAST, A. ALEN et J. DUJARDIN, *Précis de droit administratif*, Bruxelles, Story-Scientia, 1989, pp. 505-509.

⁶⁵ Voy. notamment les arrêts n°s 14/97 du 14 juillet 1997, 23/2003 du 12 février 2003, B.13., et les commentaires de B. BLERO, *o.c.*, p. 227; X. DELGRANGE, *o.c.*, pp. 71-72. Voy. également A. ALEN et K. MUYLLE, *Compendium van het Belgisch Staatsrecht, Deel II*, éd. 2, Antwerpen, Kluwer, 2004, n°s 569-570; N. BANNEUX, «La Cour d'arbitrage: juge de l'attribution des litiges?», *Rev. fac. dr. Liège*, 2006, pp. 375-384.

CHAPITRE III. LA DIFFICILE ARTICULATION DES COMPÉTENCES FÉDÉRALES ET FÉDÉRÉES

20. Nous avons vu que, de peur de donner l'impression de permettre le développement d'une défédéralisation de la Justice, le Constituant de 1993 s'est avancé à reculer dans la reconnaissance aux collectivités fédérées de la compétence d'organiser les juridictions administratives: par le truchement des compétences implicites, les Régions et les Communautés organisent effectivement l'encadrement juridictionnel de certaines de leurs compétences matérielles.

Cette situation est source d'insécurité juridique, préjudiciable au citoyen. Celui-ci doit pouvoir disposer de voies de recours claires, dont l'existence ne puisse être contestée. Comment, dès lors, améliorer la protection des droits du justiciable?

L'on sait que notre fédéralisme en mouvement perpétuel cherche sans cesse une répartition cohérente des compétences. L'argument de la cohérence est avancé tant par les tenants d'une défédéralisation plus poussée que par les chantres du maintien voire du renforcement d'une autorité centrale consistante. La difficulté réside dans le fait que les cohérences sont multiples. Faut-il privilégier une concentration «verticale» des compétences juridictionnelles entre les mains de l'autorité fédérale? Faut-il, au contraire, favoriser un rassemblement «horizontal» des compétences, les aspects contentieux étant considérés comme l'accessoire des matières, relevant donc des titulaires de celles-ci? La réponse sera nécessairement influencée par la coloration centrifuge ou centripète que l'on entend apporter au fédéralisme belge.

Plusieurs solutions ont été avancées par des auteurs de doctrine ou des acteurs politiques. Elles peuvent être regroupées selon deux axes. La première, s'agrippant à l'ordonnée, consiste à centraliser les juridictions administratives au niveau fédéral (A). La seconde, s'appuyant sur l'abscisse, prône une réforme fondamentale en deux mouvements: l'ensemble des juridictions judiciaires et administratives seraient unifiées pour permettre la défédéralisation de la Justice (B).

Enfin, nous avancerons une troisième piste qui, partant en diagonale, tente de concilier les cohérences verticales et horizontales. Elle vise à consacrer explicitement la compétence des collectivités fédérées en matière juridictionnelle dans le texte constitutionnel mais en l'entourant de balises (C).

A. La centralisation des juridictions administratives dans le giron de l'autorité fédérale

21. Dans un article publié en 2003, Pascal Gilliaux pose la question: «Le Conseil d'État est en péril. Sa section d'administration s'épuise à affronter un contentieux qui la dépasse. Son sauvetage viendrait-il d'une redécouverte des articles 160 et 161 de la Constitution?»⁶⁶. Le constat posé est le suivant: la section d'administration de la Haute juridiction croule sous un arriéré dont la résorption est loin d'être certaine. Les délais habituels ne sont plus raisonnables et la cohérence de la jurisprudence est sans cesse plus aléatoire.

Selon l'auteur, les articles 160 et 161 de la Constitution, perdus de vue, peuvent offrir une solution. Il rappelle, d'une part, que l'article 160, rédigé à l'image de l'article 147 relatif à la Cour de cassation, postule l'unicité de la Haute juridiction administrative⁶⁷. Les travaux préparatoires de cette disposition le confirment en précisant que les législateurs régionaux et communautaires ne peuvent, en aucun cas, intervenir dans son organisation et dans son fonctionnement⁶⁸, de sorte que toute différenciation en son sein est impossible. D'autre part, selon l'auteur, l'adoption de l'article 161 aurait dû inciter le législateur fédéral à créer de véritables juridictions administratives de première instance⁶⁹.

Pascal Gilliaux suggère, dès lors, de créer des juridictions administratives territoriales généralisées au niveau fédéral, à l'image du modèle mis en œuvre en France, tout en réservant une juridiction spécialisée au contentieux des étrangers et en envisageant une procédure succincte d'admission au pourvoi – c'est-à-dire un filtre⁷⁰. Répondant, à ses yeux, aux vœux du constituant de 1993, la création d'un véritable système de juridictions administratives générales de première instance, susceptibles de couvrir tous les domaines du contentieux administratif, contribuerait à une plus grande qualité de la jurisprudence⁷¹. La réforme pourrait tout d'abord permettre d'assurer la cohérence de la jurisprudence administrative, notamment en simplifiant l'organigramme des juridictions; ce qui serait hautement

⁶⁶ P. GILLIAUX, «Les juridictions administratives: de l'oubli à l'inconstitutionnalité», *J.T.*, 2003, pp. 125 à 129.

⁶⁷ Voy., dans le même sens, F. DELPÉRÉE, «La Constitution et le Conseil d'État», in *Liber Amicorum Baeteman*, Bruxelles, Story-Scientia, 1997, pp. 463-464.

⁶⁸ *Doc. parl.*, Ch., 1992-1993, n° 831/3, pp. 6 et 7.

⁶⁹ Voy., à cet égard, ci-avant, n° 2.

⁷⁰ Voy. déjà les suggestions faites en 1990 par le Premier président émérite du Conseil d'État, Féli-M. Rémon, pour résorber l'arriéré (*Le Conseil d'État, ses compétences, son avenir*, Bruxelles, Bruylant, 1990, pp. 83-84). Voy. également F. DELPÉRÉE, *o.c.*, pp. 264-265.

⁷¹ Voy. notamment Ph. BOUVIER, *Éléments de droit administratif*, Bruxelles, De Boeck, 2002, pp. 198-200.

profitable à la sécurité des plaideurs⁷². Elle allégerait également la charge de travail des juridictions supérieures, leur permettant de garantir le respect du droit dans son application à tous les échelons et l'unité de la jurisprudence. Enfin, ce double degré serait de nature à contraindre les juridictions à mieux motiver leurs décisions et, partant, à accroître la sécurité juridique et la transparence.

La loi du 15 septembre 2006 réformant le Conseil d'État et créant un Conseil du Contentieux des Étrangers a concrétisé une partie de ces suggestions, celles relatives à la création d'une juridiction administrative spécialisée dans le contentieux des étrangers et à l'instauration d'un filtre sont acquises⁷³.

22. Le second volet des suggestions de Pascal Gilliaux, la création d'un système généralisé de juridictions administratives de premier degré sortira-t-il des limbes? Le législateur fédéral en sera-t-il l'auteur?

La pertinence de la suggestion n'est pas contestable. Il ne fait pas davantage de doute que, au vu de l'article 161 de la Constitution, il reviendrait au législateur fédéral de la mettre en œuvre. Lors des travaux préparatoires de la révision constitutionnelle, le Ministre de l'Intérieur annonçait d'ailleurs comme imminent le dépôt du rapport d'un groupe de travail constitué à cet effet⁷⁴. Dès la législature 1995-1999, deux propositions portant création de pareils tribunaux administratifs furent déposées⁷⁵. Lors des travaux préparatoires de la loi du 4 août 1996 modifiant les lois sur le Conseil d'État, le Ministre de l'Intérieur de l'époque, Johan Vande Lanotte, répétait que le Gouvernement envisageait favorablement l'idée de création de tribunaux administratifs mais que, compte tenu de la complexité de la matière, il préférerait recueillir d'abord l'avis de spécialistes, qui risquaient de ne pas être unanimes. D'où la réforme du Conseil d'État, puisque «le

⁷² Michel Leroy dénonce «le désordre juridictionnel administratif»: «À l'exception du Conseil d'État, le contentieux administratif ne répond à aucune ligne directrice. Le contentieux dit de "premier degré", bien qu'il comprenne parfois plusieurs niveaux de juridiction, est né au hasard des besoins, plus par empirisme politique que par souci juridique, quand le législateur a créé, au détour de l'une ou l'autre loi dont l'objet principal est de réglementer un secteur bien délimité de l'activité publique, un organe chargé de statuer sur des réclamations ou des recours qui lui sont adressés» (*Contentieux administratif*, o.c., p. 115).

⁷³ Voy., dans cet ouvrage, la contribution de Michel KAISER, «La réforme du contentieux des étrangers».

⁷⁴ Rapport de la Commission du Sénat, o.c., p. 7. Voy. à cet égard, dans cet ouvrage, les conclusions générales de Philippe Bouvier.

⁷⁵ Proposition de loi relative à la création, l'organisation, la compétence et le fonctionnement des tribunaux administratifs, déposée par J. Milquet, *Doc. parl.*, Sénat, n° 1-305/1 - 1995/1996; proposition de loi relative à la création de tribunaux administratifs de première instance, déposée par J. Daras et E. Boutmans, *Doc. parl.*, Sénat, n° 1-382/1 - 1995/1996. Les deux propositions visent à créer cinq tribunaux administratifs dont le ressort serait identique à celui des cours d'appel.

Gouvernement a estimé devoir prendre des mesures afin de résorber de toute façon l'arriéré existant avant de démarrer avec de nouveaux tribunaux»⁷⁶.

On le constate, pour cohérente qu'elle soit, cette suggestion ne semble plus être dans l'air du temps. Le maintien de l'ensemble de l'organisation juridictionnelle aux mains de la seule autorité fédérale n'apparaît plus compatible avec l'arrivée à maturité du fédéralisme belge, que ce soit d'un point de vue juridique ou politique.

Dès 1990, Michel Leroy se prononçait en faveur de la prise en compte de la nécessaire interaction entre le règlement d'une matière et l'organisation du contentieux qui s'y rapporte: «Quelle autorité est mieux placée que le législateur qui crée les règles nouvelles pour apprécier si les contestations que leur application suscitera peuvent être jugées selon le droit commun ou si des dispositions particulières s'imposent? Dans le cas où de telles dispositions sont jugées nécessaires, on imagine mal le législateur communautaire ou régional s'en remettre sur ce point aux institutions nationales»⁷⁷. Certes, l'auteur plaidait ainsi pour le système que l'on connaît actuellement, qui voit les collectivités fédérées recourir en la matière aux pouvoirs implicites. Mais il est difficilement envisageable de proposer à la fois la multiplication de procédures particulières et la mise en place de juridictions administratives de premier degré à compétences générales. En outre, le système prôné inscrirait davantage le fédéralisme belge dans le modèle enseigné par le droit comparé, dont il résulte que la plupart des États fédéraux octroient aux entités fédérées de larges compétences juridictionnelles⁷⁸.

L'improbabilité d'une initiative fédérale en la matière croît encore lorsque l'on prend en compte la dimension politique du débat. L'on a vu que toutes les entités fédérées, tant flamandes que francophones, sont intervenues en matière juridic-

⁷⁶ Rapport de la Commission du Sénat, *Doc. parl.*, Sénat, 1995-1996, n° 1-321/6, p. 4. Le Ministre de l'Intérieur relevait notamment la difficulté relative à la répartition des compétences des juridictions à créer. Si l'on opte pour une compétence territoriale, il y aurait un «méga-tribunal» à Bruxelles, siège de la plupart des institutions, et «différents petits tribunaux en dehors de Bruxelles. Comment alors fournir du travail à ces derniers?». Il envisage alors d'opter pour des tribunaux spécialisés, un pour le «contentieux des fonctionnaires, un pour les étrangers...». Ce raisonnement était déjà tenu lors des travaux préparatoires de la révision constitutionnelle (Rapport de la Commission du Sénat, o.c., p. 6).

⁷⁷ M. LEROY, «L'avenir des matières réservées», *Rev. dr. U.L.B.*, 1990, p. 47. Dans le même sens, P. LEWALLE, o.c., p. 154.

⁷⁸ Voy., en ce sens, A. RASSON-ROLAND, «Les autorités de justice», in F. DELPÉRIE, *La Belgique fédérale*, Bruxelles, Bruylant, 1994, pp. 186-190; K. RIMANQUE, «De organisatie van de rechtsbedeling in federale staten: een bevoegdheid voor de deelstaten? Vergelijking overzicht en mogelijkheden in België», in M. TAEYMANS (ed.), *Defederalisering van Justitie*, Staasrechtconferentie 2002, Vlaamse Juristenvereniging, Bruxelles, Larcier, 2003, pp. 1 à 32; M. STORME, «Een Vlaamse Justitie?», *R.W.*, 2000-2001, pp. 1113 à 1120; du même auteur, «De defederalisering van het gerecht in België. Een model voor bevoegdheidsverdeling», in M. TAEYMANS, o.c., pp. 55 à 104.

tionnelle. En outre, les acteurs politiques flamands ne font pas mystère de leur souhait de poursuivre plus avant la défédéralisation des fonctions juridictionnelles, ainsi que l'on va le voir dans l'examen de la deuxième piste.

B. L'intégration de l'ensemble des juridictions judiciaires et administratives, dans la perspective de la défédéralisation de la Justice

23. Parmi les partis politiques flamands, le CD&V est le seul à avoir développé une proposition structurée en matière d'organisation de la Justice, avec en ligne de mire sa défédéralisation. Il propose un modèle «intégré» de protection des droits du citoyen, animé à la fois par un souci de proximité et de rapidité, qui repose en grande partie sur les collectivités fédérées⁷⁹. Cette proposition s'inspire davantage du modèle allemand ou néerlandais, moniste, que du modèle français, dualiste.

Les sociaux-chrétiens flamands partent du constat que le Conseil d'État connaît un arriéré important et que le système actuel, fondé sur une partition entre recours administratif et recours judiciaire n'est ni logique pour le citoyen, ni efficace. Dès lors, dans le prolongement des accords octopartites de 1998, ils suggèrent d'intégrer, au sein du Pouvoir judiciaire, l'ensemble des organes juridictionnels et d'inclure les tribunaux de premier degré, notamment en matière administrative, dans un tribunal de grande instance comprenant différentes sections (dédiées à un contentieux spécifique: droit civil, famille et droit de la jeunesse, droit administratif, droit du travail, droit du commerce, droit pénal, droit fiscal). Les compétences du juge de paix seraient maintenues en l'état. Les compétences de cassation administrative et d'annulation des actes administratifs réglementaires seraient attribuées à une section du contentieux administratif auprès de la Cour de cassation ou à une Cour des contentieux administratifs fédéraux, au sein du Pouvoir judiciaire. Pour éviter les jurisprudences divergentes au sujet de matières telles que le contentieux des étrangers, les sociaux-démocrates flamands suggèrent de confier le règlement des litiges y relatifs à une section «contentieux des étrangers» spécialisée au sein de la cour d'appel, à l'instar de ce qui se pratique aux Pays-Bas.

⁷⁹ Les propositions du CD&V en la matière sont notamment exposées sous la double signature de Jo Vandeurzen (président du parti) et de Cathy Berx (députée flamande), sur le site de cette dernière: www.cathyberx.be/top.aspx?cid=589; www.cathyberx.be/top.aspx?cid=590; www.cathyberx.be/top.aspx?cid=600. Cette approche a également été développée par des parlementaires, dans le cadre des discussions qui ont débouché, le 10 avril 2003, sur l'adoption de la déclaration de révision de la Constitution. Jo Vandeurzen (alors député et, aujourd'hui, président du parti) avait plaidé pour que l'art. 155 soit ouvert à révision, afin, d'une part, d'assurer une répartition plus équilibrée du nombre de cours d'appel et, d'autre part, de les rapprocher davantage du justiciable (*Doc. parl.*, Ch., n° 50-2389/003, p. 29). Dans le cadre de ces mêmes discussions, les parlementaires CD&V avaient également exposé le souhait de leur parti de soumettre à révision les art. 40, 144, 145 et 146, en vue d'étendre la responsabilité des «entités confédérées» en matière de justice (*Doc. parl.*, Ch., n° 50-2389/003, p. 19; *Doc. parl.*, Sénat, n° 2-1549/3, p. 9).

De la sorte, un seul juge serait habilité à connaître du contentieux administratif et du contentieux des dommages et intérêts pouvant en résulter: le justiciable ne devrait plus, après avoir eu gain de cause devant la juridiction administrative, se tourner ensuite vers le juge ordinaire de premier degré pour obtenir réparation des dommages occasionnés par l'acte administratif annulé. Aux yeux de ses auteurs, ce modèle assure une meilleure protection des droits du citoyen puisqu'il présente avec lui une plus grande proximité et permet de rendre des décisions dans un délai plus bref.

24. Dans le cadre de la structure «confédérale» de l'État⁸⁰, telle que préconisée par le CD&V, la mise en œuvre de cette réforme de l'Ordre judiciaire irait de paire avec de nouveaux transferts de compétences aux profits des Communautés: celles-ci régleraient l'organisation, la compétence et le fonctionnement des juridictions inférieures, les juridictions supérieures étant, quant à elles, organisées par l'autorité fédérale. Une telle réforme passerait donc par la modification des articles 77, 145, 146, 160 et 161 de la Constitution⁸¹.

Si tous les partis flamands ne présentent pas des modèles aussi développés en termes de révision de l'organisation judiciaire, certains parlementaires d'autres partis néerlandophones stigmatisent également la distinction – à leurs yeux – artificielle opérée entre le contentieux subjectif et le contentieux objectif⁸². Cette dernière critique est partagée par un certain nombre d'auteurs de doctrine qui, sans

⁸⁰ S'agissant de la structure confédérale telle que défendue par le CD&V, voy. notamment le programme du parti (*Voor mensen en waarden. Programma voor de federale Parlementsverkiezingen van 18 mei 2003*, point 5.2.2., pp. 78 à 80) et l'intervention de M. Luc Van den Brande dans le cadre des travaux préparatoires à la déclaration de révision de la Constitution, adoptée le 10 avril 1994 (*Doc. parl.*, Sénat, n° 2-1549/3, pp. 7 à 9). En substance, l'on rappellera que le CD&V préconise le développement d'une structure «confédérale», au sein de laquelle les deux grandes Communautés (en fait, la Région flamande et la Région wallonne) disposeraient de l'essentiel des compétences. La Région bruxelloise et la Communauté germanophone jouiraient d'un statut inférieur et perdraient leur statut de collectivité fédérée à part entière. Ces deux Régions seraient gérées pour partie par les deux grandes Communautés. Dans ce schéma, les Régions, telles qu'on les connaît actuellement, disparaîtraient: les Communautés (ou «deelstaten», selon les textes) exerceraient les actuelles compétences régionales et communautaires ainsi que de nouvelles compétences.

⁸¹ L'organisation d'un pouvoir judiciaire flamand est déjà esquissée: P. VAN ORSHOVEN, «Wat we zelf beslechten, beslechten we beter! Enkele krachtlijnen voor een Vlaams gerechtelijk decreetboek», in M. TAEYMANS, o.c., pp. 105-131.

⁸² Plusieurs députés fédéraux du VLD ont exposé leur point de vue sur le sujet dans le cadre des développements de la proposition de loi modifiant le Code civil et les lois coordonnées sur la comptabilité de l'État en ce qui concerne la prescription (*Doc. parl.*, Ch., 51-2529 - 2005/2006, pp. 3 et 4).

plaider pour une défédéralisation partielle de la Justice⁸³, promeuvent l'idée d'un système juridictionnel moniste et non plus dualiste⁸⁴.

D'autres auteurs, par contre, défendent, de manière à notre estime convaincante, l'idée d'un dualisme rénové qui, par une meilleure définition des compétences entre les juridictions judiciaires et administratives, permettrait une simplification des procédures au bénéfice du justiciable⁸⁵.

C. Les juridictions administratives, objets de compétences parallèles exercées dans un cadre fédéral?

25. La première solution envisagée, le développement de juridictions administratives de premier degré dans le seul cadre fédéral, présente l'inconvénient de couper le droit matériel généré par les Communautés et les Régions de l'organisation du contentieux sur lequel il porte. La deuxième solution nous semble source de difficultés en ce qu'elle fait relever les juridictions inférieures et supérieures d'autorités différentes. Cette ligne de démarcation risque de se révéler rapidement artificielle. Les Communautés et les Régions seront immanquablement tentées d'intervenir dans l'organisation des juridictions supérieures tandis que l'autorité fédérale peinera à prendre en compte la diversité d'organisation des juridictions inférieures pour gérer les juridictions supérieures.

Une illustration de ces difficultés peut être trouvée dans la loi du 15 septembre 2006 réformant le Conseil d'État et créant un Conseil du Contentieux des Étran-

⁸³ Sans envisager une réforme aussi fondamentale, les auteurs de l'Essai de Constitution admettaient eux-mêmes que leur projet ne pourrait recueillir l'assentiment général des Francophones, ni même faire l'unanimité en Flandre (cf. l'introduction de la traduction française de leur ouvrage: J. BRASSINE, «La Constitution flamande. Essai de constitution pour la Flandre», *Courrier hebdomadaire du C.R.I.S.P.*, n°s 1569-1570, 1970, p. 6).

⁸⁴ Voy. notamment P. VAN ORSHOVEN, «Administratieve rechtbanken? Ja en neen. Pleidooi voor jurisdictioneel monisme», *R.W.*, 1994-1995, n° 27, pp. 897 à 908; A. COPPENS, «De volmaakte rechtsstaat», *R.W.*, 2002-2003, pp. 1241-1254. Pour un exposé du débat entre monisme et dualisme, voy. A. MAST, *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, éd. 17 mise à jour par J. DUJARDIN, M. VAN DAMME et J. VANDE LANOTTE, Antwerpen, Kluwer, 2006, pp. 790-795.

⁸⁵ Voy. notamment B. et L. CAMBIER, «Compétences concurrentes ou complémentaires des juridictions au contentieux administratif», in *Mélanges Jacques van Compernelle*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 47-66; P. GOFFAUX, «De l'échec du modèle moniste à la création du Conseil d'État», in B. BLERO (ed.), *Le Conseil d'État de Belgique, o.c.*, pp. 56-63; P. LEWALLE, «La place de la justice administrative dans la Constitution: la répartition des compétences entre le pouvoir judiciaire et le Conseil d'État», in B. BLERO (ed.), *Le Conseil d'État de Belgique, o.c.*, pp. 199-202; D. VERBIEST, «Jurisdictionele rechtsbescherming tegen de overheid: is monisme de remedie?», *R.W.*, 2003-2004, pp. 1241-1259.

gers. L'une des mesures destinées à combattre l'arriéré au sein de la section d'administration du Conseil d'État est d'instituer un mécanisme de filtrage des recours en cassation administrative⁸⁶. Ce filtre fonctionnera non seulement à l'égard des décisions prises par le Conseil du Contentieux des Étrangers créé par la même loi mais également à l'égard des décisions contentieuses de toutes les juridictions administratives. Dans une première version, le filtre fonctionnait avec une intensité variable, plus hermétiquement à l'égard des décisions du Conseil du Contentieux des Étrangers, plus perméable à l'égard des autres décisions. Le Gouvernement justifiait cette distinction par les caractéristiques propres au contentieux des étrangers, notamment le nombre de pourvois prévisible, mais également par le fait que la compétence et la composition du Conseil du Contentieux des Étrangers garantirait «une approche de haute qualité et impartialité des litiges»⁸⁷.

L'assemblée générale de la section de législation du Conseil d'État a reconnu que «tant les modalités de fonctionnement du Conseil du Contentieux des Étrangers que les règles de procédure applicables devant lui, aussi bien dans le cadre de sa compétence de pleine juridiction que dans le cadre de sa compétence d'annulation – qui, comme le précise l'exposé des motifs, a le même contenu que la compétence d'annulation conférée au Conseil d'État –, permettent de considérer que le recours juridictionnel organisé devant le Conseil du Contentieux des Étrangers répond *prima facie* aux exigences du «recours juridictionnel effectif», au sens de l'article 13 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, de l'article 16 de la Convention de Genève relative aux réfugiés et de l'article 39 de la directive 2005/85/CE». Elle ajoutait que le contrôle des «exigences imposées par l'article 13 de la Convention peut être opéré à la lumière de l'ensemble des recours offerts par le droit interne de l'État membre dans un contentieux donné et une procédure d'admission au pourvoi devant la juridiction supérieure, à savoir le Conseil d'État, peut être d'autant plus stricte que la procédure organisée devant la juridiction de premier degré, en l'occurrence le Conseil du Contentieux des Étrangers, répond déjà, par elle-même, aux exigences du recours juridictionnel effectif». Elle a néanmoins estimé que la différence de traitement engendrée par l'adoption de deux filtres différents devait être «dûment justifiée» au regard du principe d'égalité⁸⁸. En conséquence de quoi, le législateur a uniformisé le filtre, n'en retenant que la version plus perméable⁸⁹.

⁸⁶ Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch., 2005-2006, DOC 51-2479, pp. 14-15. Voy. à cet égard, dans cet ouvrage, la contribution de Michel Kaiser.

⁸⁷ Exposé des motifs initial, cité par l'avis de l'assemblée générale de la section de législation du Conseil d'État n° 39.717/AG, donné le 21 février 2006, *Doc. parl.*, Ch., 2005-2006, DOC 51-2479/1, p. 282.

⁸⁸ Avis n° 39.717/AG, *o.c.*, p. 294.

⁸⁹ Voy. M. KAISER, art. cit. Voy. également l'avis de l'assemblée générale du Conseil d'État n° 40.784/AG donné le 28 juin 2006 sur un amendement au projet de loi, *Doc. parl.*, Ch., 2005-2006, DOC 51-2479/9.

Ce n'est pas le lieu de discuter de la qualité du filtre qu'il convient de mettre en place pour assurer un *optimum* entre deux exigences de justice, le délai raisonnable et les droits de la défense. Il est, par contre, intéressant de relever l'impasse devant laquelle se trouve le législateur fédéral.

D'un côté, il n'était pas illogique de faire varier l'intensité du filtre en fonction de caractéristiques propres aux juridictions de premier degré à l'égard desquelles il est appelé à fonctionner, notamment les garanties que celles-ci présentent. L'appréciation des garanties présentées par les juridictions est toutefois périlleuse, tant les facteurs influençant l'indépendance et l'impartialité d'une juridiction sont multiples, et le paysage juridictionnel varié. À titre de simple exemple, comment le législateur fédéral pourrait-il formater un filtre ou tout autre élément de procédure devant le Conseil d'État applicable au contentieux des élections locales? Le mode de désignation de ces juges varie, en effet, d'une Région à l'autre⁹⁰. Les Wallons se sont contentés de rebaptiser les députations permanentes, peu réputées pour leur apparence d'indépendance et d'impartialité; les autorités bruxelloises ont toute latitude dans la désignation des neuf membres du collège juridictionnel; les conseils des contestations électorales institués dans chaque province flamande comprennent chacun trois membres désignés par le Gouvernement flamand pour six ans, période renouvelable une fois⁹¹. Ces membres doivent être titulaires d'un grade académique et faire la preuve d'une compétence dans le domaine du droit public, des sciences politiques ou des sciences administratives. On le voit, les différentes législations fixent des standards très différents d'objectivation des nominations et de garanties d'indépendance. La plus exigeante d'entre elles place cependant la barre bien moins haut que la loi du 15 septembre 2006 à propos des juges du Conseil du Contentieux des Étrangers, qui calque les conditions et la procédure de nomination sur celles des conseillers d'État⁹² et qui précise que ces juges sont nommés à vie⁹³.

D'un autre côté, la solution finalement retenue, à savoir un filtre uniforme, renonce à prendre en compte la qualité de la juridiction de premier degré.

26. Partant de ce cas concret, il est permis d'envisager, de manière pragmatique, une troisième piste qui se présenterait comme une approche intermédiaire à ces deux premiers modèles. Le Constituant pourrait reconnaître aux collectivités fédérées la compétence de principe de créer et d'organiser des juridictions admi-

⁹⁰ Voy., ci-avant, nos 12 à 16.

⁹¹ Art. 85bis de la loi électorale communale.

⁹² Sans que l'on puisse prétendre que celle-ci est un modèle du genre. Voy. Ph. DE BRUYCKER, «Indépendance et organisation du Conseil d'État», in B. BLERO (ed.), *Le Conseil d'État de Belgique*, o.c., pp. 65-97; Bruxelles, 5 octobre 2006, État belge c. Jongen, inédit.

⁹³ Art. 39/19, § 3 de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers.

nistratives dans le cadre de leurs compétences propres, tout en l'assortissant de balises.

À l'instar de l'article 162 de la Constitution, qui impose le respect de certains principes au législateur – fédéral dans un premier temps, régional, depuis 2002 – lorsqu'il organise les institutions communales et provinciales, l'article 161 de la Constitution pourrait reconnaître la compétence des collectivités fédérées de créer des juridictions administratives, tout en accompagnant cette attribution de compétences de certaines garanties relatives à la composition et au fonctionnement de la juridiction, ainsi qu'à la procédure menée devant elle. Sans aller jusqu'à définir l'ensemble des caractéristiques d'une juridiction administrative⁹⁴, le Constituant ou le législateur spécial en énumérerait les plus essentielles, qui constitueraient le socle minimum commun à toute juridiction administrative⁹⁵. Les décisions de ces juridictions seraient susceptibles de recours auprès de la Haute juridiction administrative, dont le caractère paritaire et fédéral serait consacré dans le texte constitutionnel.

27. Un équilibre serait ainsi réalisé entre les différents niveaux de pouvoir.

La Constitution jouerait pleinement son rôle d'organisation des pouvoirs en définissant les caractéristiques essentielles des juridictions administratives, comme elle le fait déjà partiellement pour les cours et tribunaux.

Le législateur fédéral conserverait l'intégralité de sa compétence relative à la juridiction administrative suprême. Il aurait les mêmes compétences que les Communautés et Régions dans l'organisation des juridictions administratives de premier degré, chacun intervenant dans le cadre de ses compétences matérielles.

Les Communautés et les Régions verraient leur autonomie accrue. Dans le système actuel, le recours aux compétences implicites n'autorise en principe que des entorses limitées à la compétence fédérale de principe. En établissant un parallélisme entre la compétence d'organiser un recours juridictionnel administratif et une compétence matérielle, le Constituant ouvrirait des perspectives nouvelles pour les Régions et les Communautés sans perturber l'économie institutionnelle actuelle: l'organisation de la structure juridictionnelle de chaque ordre de gouver-

⁹⁴ L'exercice ne semble pas indispensable et est très difficile (voy. P. LEWALLE, *Contentieux administratif*, coll. Faculté de droit de l'Université de Liège, Bruxelles, Larcier, éd. 2, 2002, pp. 344 à 366).

⁹⁵ Les art. 145, 146 et 161 Const. devraient être modifiés. L'art. 77 Const. pourrait être modifié aux fins de préciser que le bicaméralisme ne concerne que les lois portant création de juridictions administratives dans le cadre des compétences fédérales. L'art. 160 pourrait également être modifié en vue d'y prévoir explicitement que le recours en cassation auprès du Conseil d'État demeure ouvert contre toute décision d'une juridiction administrative fédérée.

nement serait laissée au choix de leur législateur respectif. Une Région pourrait décider de créer une juridiction administrative disposant d'une compétence générale dans un certain nombre de matières énumérées par décret ou par ordonnance, dans le cadre des compétences régionales, voire de la doubler d'un degré d'appel, tandis qu'une autre pourrait préférer créer des juridictions spécialisées par matière.

Revenons sur les différents éléments qui intègrent ce troisième modèle.

1. Le cadre constitutionnel

28. Le Constituant énumérerait un certain nombre de principes essentiels dont le respect s'imposerait aux juridictions administratives – quel que soit d'ailleurs l'ordre de gouvernement à l'origine de leur création. Le Constituant pourrait aussi charger le législateur spécial de préciser ces principes: compte tenu des critères procéduraux imposés par l'article 195 pour toute révision constitutionnelle, la liste des garanties pourra être modifiée ou complétée moins difficilement. La formule permettrait également de privilégier une rédaction courte de l'article constitutionnel.

S'agissant des balises proprement dites, la Constitution pourrait, à tout le moins, étendre aux juridictions administratives (mais également à la Cour d'arbitrage) les garanties qu'elle accorde au Pouvoir judiciaire.

Par ailleurs, la jurisprudence constitutionnelle et celle de Strasbourg mettent lumière un certain nombre de critères qui pourraient utilement inspirer le Constituant ou le législateur spécial. Sans aucunement prétendre à l'exhaustivité, l'on peut relever les exigences suivantes:

- la juridiction doit être établie par la loi, le décret ou l'ordonnance⁹⁶;
- la juridiction doit présenter des garanties d'impartialité et d'indépendance par rapport au Pouvoir exécutif et aux parties⁹⁷. Le législateur doit s'attacher à

⁹⁶ Art. 6 Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales. Cour DH, arrêt *Sramek c. Autriche*, 22 octobre 1984, série A n° 84, § 36.

⁹⁷ Art. 6 Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales. Voy. notamment: Cour DH arrêt *Le Compte, Van Leuven et De Meyere* du 23 juin 1981, série A n° 43, § 57 (mode de désignation et durée du mandat des membres de la juridiction); Cour DH, arrêt *De Wilde, Ooms et Versyp («vagabondage»)* c. Belgique, 18 juin 1971; Cour DH, arrêt *Delcourt c. Belgique* du 17 janvier 1970, série A n° 11, § 31 (apparence d'indépendance); Cour DH, arrêt *Piersack* du 1^{er} octobre 1982, série A n° 53, § 27 (existence de garanties contre des pressions extérieures); Cour DH, arrêt .../...

renforcer l'indépendance de la juridiction lorsque l'organe exerce par ailleurs également des fonctions en tant qu'autorité administrative: en pareille occurrence, le législateur doit s'employer à distinguer cette fonction de sa fonction juridictionnelle⁹⁸;

- la juridiction doit mener une instruction rigoureuse, la procédure devant notamment lui permettre de se faire communiquer tous les éléments utiles⁹⁹;
- la juridiction doit être présidée par un magistrat¹⁰⁰;
- la procédure est pensée en manière telle qu'elle assure l'équilibre des armes entre les parties (consultation du dossier par le requérant et son avocat, ...) ¹⁰¹;
- les parties sont entendues en audience¹⁰²;
- le débat doit être contradictoire;
- les audiences sont publiques, sauf exceptions à préciser¹⁰³;
- obligation est faite à la juridiction de statuer. La solution doit être de nature juridictionnelle et non en opportunité: la juridiction tranche des questions de droit, sur la base de normes de droit¹⁰⁴, et ce même si elle est aussi amenée à trancher en fait¹⁰⁵;

.../...

Sramek c. Autriche, 22 octobre 1984, § 37 (nomination des membres de la juridiction, impossibilité de les révoquer sauf pour des motifs fixés par la loi, durée de leur mandat, existence de normes interdisant expressément de donner des instructions aux membres de la juridiction, absence de lien fonctionnel et organique entre le contrôleur et les membres fonctionnaires); C.A., arrêts n° 14/2006, du 25 janvier 2006, (B.8); C.A., arrêt n° 67/98, du 10 juin 1998 (qualification des membres de la juridiction). Voy. également la note sous l'arrêt: M. BALTUS, *J.T.*, 1998, pp. 674 et s.

⁹⁸ C.A., arrêt n° 14/2006, du 25 janvier 2006 (B.9). Voy. également C.A., arrêt n° 95/2005, du 25 mai 2005 (B.16 à B.20).

⁹⁹ C.A., arrêt n° 14/2006, du 25 janvier 2006 (B.10).

¹⁰⁰ C.A., arrêt n° 14/2006, du 25 janvier 2006 (B.8).

¹⁰¹ Art. 6 de la Convention européenne des droits de l'homme; C.A., arrêt n° 14/2006, du 25 janvier 2006 (B.10).

¹⁰² C.A., arrêt n° 14/2006 du 25 janvier 2006 (B.10).

¹⁰³ Art. 6 de la Convention européenne des droits de l'homme.

¹⁰⁴ Cour européenne des droits de l'homme, arrêt *Campbell et Fell c. Royaume-Uni*, 28 juin 1984, série A n° 80, § 76; arrêt *Sramek c. Autriche*, 22 octobre 1984, § 36; arrêt *Bentham c. Pays-Bas*, 23 octobre 1985, série A n° 97, § 40.

¹⁰⁵ P. LEWALLE, *Contentieux administratif, o.c.*, p. 358.

- la juridiction a l'obligation de motiver la décision en répondant aux moyens dont elle est saisie¹⁰⁶;
- les décisions sont prononcées en audience publique¹⁰⁷.

29. Le Constituant devrait-il imposer un double degré de juridiction? Aucune norme internationale ne l'impose en matière administrative. Aux termes de la jurisprudence de la Cour d'arbitrage, un tel recours ne s'impose pas: «Hormis en matière pénale, il n'existe pas de principe général qui impose l'existence d'un double degré de juridiction. Toutefois, le droit à un procès équitable suppose que la décision d'une autorité administrative subisse le contrôle ultérieur d'un organe juridictionnel disposant d'une compétence de pleine juridiction»¹⁰⁸.

2. La compétence fédérale relative à l'organisation du Conseil d'État, à sa compétence et à la désignation de ses membres

30. En revanche, le Constituant pourrait imposer un recours en cassation auprès du Conseil d'État contre toute décision d'une juridiction administrative, sur pied de l'article 14, § 2, des lois coordonnées sur le Conseil d'État. Il suivrait, en cela, le législateur spécial, qui a imposé ce recours aux Régions lorsque celles-ci règlent le contentieux électoral local¹⁰⁹. En aucun cas, les législateurs fédérés ne pourraient user des compétences implicites pour limiter cette voie de recours.

La Haute juridiction administrative se verrait ainsi confortée dans le rôle qui est d'ores et déjà le sien de préserver la cohérence de la jurisprudence administrative et de de la mise en œuvre des principes de bonne administration.

31. De la même manière, l'autorité fédérale conserverait la compétence pleine et entière d'organiser le Conseil d'État et d'en désigner les membres. À ce titre, l'on suggérera que la Constitution prévoie expressément à l'avenir le caractère paritaire de cette institution¹¹⁰.

¹⁰⁶ Art. 149 de la Constitution. C.A., arrêt n° 14/2006 du 25 janvier 2006 (B.10); C.E., 7 septembre 1988, *Leiser, Beelen et Kirschen c. Commission d'appel des bourses de fonds publics du Royaume et État belge*, n° 30.637, U.G.A., cité par P. LEWALLE, *Contentieux administratif, o.c.*, p. 344.

¹⁰⁷ Art. 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et art. 149 Const.

¹⁰⁸ C.A., arrêt n° 14/2006 du 25 janvier 2006 (B.7). Voy. aussi C.A., arrêt n° 107/2001 du 13 juillet 2001 (B. 1.3 à B.7). Dans le même sens, l'avis de l'assemblée générale de la section de législation du Conseil d'État n° 37.748/AG donné le 23 novembre 2004 sur un avant-projet devenu la loi du 3 mai 2005 modifiant la loi du 11 décembre 1998 relative à la classification et aux habilitations de sécurité, *Doc. parl.*, Ch., 2004-2005, n° 1598/1.

¹⁰⁹ Voy., ci-avant, n° 3.

¹¹⁰ *Contra*: M. STORME, «Een Vlaamse Justitie?», *o.c.*, n° 30, p. 1117.

Comme la précédente, cette proposition s'inscrit tout à la fois dans la structure institutionnelle et dans le prolongement des débats parlementaires qui ont présidé à l'adoption des articles 160 et 161 de la Constitution: à cette occasion, le Constituant a clairement affirmé son intention de maintenir un Conseil d'État unique à la tête de la structure juridictionnelle en charge du contentieux administratif, dont les règles d'organisation et de fonctionnement seraient arrêtées par l'autorité fédérale.

3. La compétence fédérale de régler la procédure devant les juridictions administratives

32. Le Constituant pourrait enfin réserver au législateur fédéral ordinaire la compétence d'établir un code de procédure contentieuse commun à toutes les juridictions administratives, fédérales ou fédérées¹¹¹.

¹¹¹ Sans se prononcer sur la question de la répartition des compétences en matière de contentieux administratif, Philippe Bouvier plaide pour un tel code (Ph. BOUVIER, *Éléments de droit administratif, o.c.*, p. 263).

POUR CONCLURE

33. L'interprétation de la Constitution est périlleuse, même lorsque son texte est clair. C'est au moment où le Constituant a réservé à l'autorité fédérale la compétence d'organiser les juridictions administratives que le législateur spécial a permis aux Communautés et aux Régions d'effectuer des incursions dans ce domaine.

L'espoir, qui perdura jusqu'au début des années nonante, de rationaliser le contentieux administratif n'a pas survécu à l'enchevêtrement des compétences. En l'état actuel du droit, aucune autorité n'est, en effet, en mesure de créer, sur une base territoriale, des juridictions administratives de premier degré ayant une compétence générale. Cette option est toutefois celle qui offrirait les meilleures garanties au justiciable, tant en termes de sécurité juridique que de qualité de la justice rendue. Vu les forces centrifuges qui pèsent sur notre État, est-il toutefois réaliste de prôner un retour vers la compétence exclusive du législateur fédéral en matière de contentieux administratif? Serait-il concevable de construire une sorte d'auberge espagnole des juridictions de premier degré créées et organisées territorialement par l'autorité fédérale, mais où les entités fédérées pourraient venir mettre leur grain de sel?

La solution moniste ne nous paraît pas convaincante, même en faisant abstraction des visées confédérales qui l'inspirent. Il serait certes possible au Constituant de supprimer les juridictions administratives et charger le Pouvoir judiciaire du contentieux objectif. Cela supposerait toutefois une révolution des mentalités dans le chef des juges judiciaires, qui prendrait un temps et une énergie considérables. Certes, l'objectif de rationalisation serait atteint. Mais il se ferait aux dépens des équilibres que le système belge aménage au sein des pouvoirs juridictionnels, qui en définitive protègent davantage le citoyen qu'ils ne le desservent.

À défaut de la première solution, nous suggérons une organisation moins séduisante mais qui nous semble avoir plus de chances de rallier un consensus. La Constitution, assistée de la loi spéciale, tracerait un cadre dans lequel les différents législateurs devraient s'inscrire lorsqu'ils voudraient créer une juridiction administrative. Le gros défaut de cette proposition est qu'il ne permet pas de réaliser la rationalisation souhaitable du contentieux administratif. Mais, si l'heure de la rationalisation semble passée, il est encore temps d'améliorer la composition et le fonctionnement des juridictions administratives existantes et futures.

LES CONSÉQUENCES DU MAINTIEN DES EFFETS DE LA NORME ANNULÉE PAR LA COUR D'ARBITRAGE

KOEN MUYLLE,

Référendaire à la Cour d'arbitrage et collaborateur scientifique volontaire,
KU Leuven¹

BIBLIOTHEQUE DE DROIT

administratif

6.

*La protection
juridictionnelle du
citoyen face à
l'administration*