

LA COUR D'ARBITRAGE ET LES ORDRES PROFESSIONNELS

PAR

ANNE RASSON-ROLAND

CHARGÉE DE COURS À L'U.C.L.
RÉFÉRENDAIRE À LA COUR D'ARBITRAGE

INTRODUCTION

Contribuer à des *Mélanges*, c'est un honneur. C'est l'occasion de rendre un hommage collectif, d'honorer ensemble le parcours d'un professeur que l'on a eu la chance de rencontrer, de côtoyer. L'on se sent pris dans une aventure humaine, avec d'autres auteurs, que l'on ne connaît pas toujours mais que l'on sait attelés à la même œuvre et livrés aux mêmes interrogations. Quel sujet choisir ? Quelles recherches mener ? Quelles préoccupations retenir ?

Contribuer à des *Mélanges*, c'est rendre grâce. C'est témoigner de la reconnaissance à un professeur qui a éveillé l'intérêt et le goût pour des matières qui le passionnent, qui a partagé ses grandes compétences et ses interrogations et qui, surtout, a offert, durant toutes ces années, une présence, une présence bienveillante, ouverte, chaleureuse, une présence qui donne des ailes et de l'enthousiasme pour avancer dans un parcours professionnel. Merci à Jacques van Compernelle pour ces temps de ressourcement, pour son accueil, son écoute, son ouverture et ses encouragements. Merci aussi pour la confiance accordée à travers les années. Merci enfin pour les collaborations nouées et pour le souci d'un droit essentiellement interdisciplinaire et profondément humain.

Contribuer à des *Mélanges*, c'est marquer un temps d'arrêt. C'est l'occasion de repenser aux premières rencontres, de remonter le temps, de mesurer le chemin parcouru depuis un premier cours de droit judiciaire, en deuxième candidature aux Facultés universitaires Saint-Louis, quand j'avais l'âge qu'ont mes enfants aujourd'hui. Les occasions n'ont pas manqué depuis d'échanger sur le rôle

du juge, sur les contentieux, sur les jurisprudences, sur l'enseignement du droit. En regardant en arrière, l'on voit défiler les sujets de recherche. Certains sont restés actuels, présents quotidiennement ; d'autres ont été oubliés. Le temps conduit parfois à abandonner, non sans regret, des recherches qui n'ont pas donné tous leurs fruits. Des choix se sont imposés et choisir, c'est renoncer. L'on pourrait aujourd'hui réveiller la Belle au bois dormant, souffler sur la poussière et reprendre la recherche là où on l'a laissée. Est-ce la bonne démarche ? La Belle a dormi cent années. Le temps qui s'est écoulé ne conduit-il pas à poser un autre regard ? Des évolutions sont intervenues, qui revivifient l'objet de la recherche. C'est peut-être le moment de s'y arrêter.

A la croisée des chemins, il y avait pour moi deux routes, celle du contentieux disciplinaire des ordres professionnels et celle de la Cour d'arbitrage. J'ai choisi la route pour la Cour d'arbitrage et renoncé à l'étude des ordres professionnels. Mais il arrive que les chemins se rejoignent et que la Cour s'intéresse au droit disciplinaire et aux juridictions ordinales. Jacques van Compernelle souligne le rôle novateur que joue le juge constitutionnel, même s'il surprend parfois : « le droit constitutionnel structure toutes les normes du droit et en permet une approche contentieuse sous l'angle et l'éclairage des libertés fondamentales (...). Au plan des principes, l'on ne peut que s'en réjouir » (1).

Dans une première partie, je ferai le point sur les arrêts de la Cour relatifs aux ordres professionnels. Dans une deuxième partie, j'examinerai les pistes qui pourraient s'ébaucher à partir d'arrêts relatifs au contentieux disciplinaire.

I. — LES ARRÊTS DE LA COUR D'ARBITRAGE RELATIFS AUX ORDRES PROFESSIONNELS

La Cour d'arbitrage a été amenée à différentes reprises à se prononcer sur les ordres professionnels. Elle s'est ainsi interrogée sur leur intérêt à agir, sur la notion de groupement de droit public, sur l'interaction avec les règles de concurrence économique et sur les recours juridictionnels contre les règlements et décisions.

(1) J. VAN COMPERNELLE, « Les garanties du procès équitable ou la construction d'un droit processuel commun », *Actualités du droit*, 2003, pp. 17-33, ici, pp. 19 et 21.

A. – *L'intérêt à agir*

L'on sait qu'en dehors des autorités législatives et exécutives spécialement désignées par la loi spéciale du 6 janvier 1989, les personnes physiques et morales ne peuvent introduire un recours en annulation devant la Cour d'arbitrage que pour autant qu'elles justifient d'un intérêt à agir. Cela suppose un lien direct entre le requérant et la norme contestée. Cela suppose aussi que la norme ait une incidence défavorable sur la situation du requérant.

Quelques arrêts s'interrogent sur l'intérêt à agir d'un ordre professionnel (2).

1. *Le droit de plaider pour autrui*

Dans son arrêt n° 24/92 du 2 avril 1992, la Cour se prononce sur deux recours en annulation introduits à l'encontre de la loi du 6 août 1990 relative aux mutualités et aux unions nationales de mutualités. Le second de ces recours est introduit par l'Ordre national des avocats de Belgique et par plusieurs avocats et bâtonniers ou anciens bâtonniers de divers barreaux. Ils attaquent plus précisément l'article 39 de la loi précitée qui confère aux mutualités et aux unions nationales le pouvoir d'ester en justice pour défendre les intérêts de leurs affiliés. Le Conseil des ministres conteste leur intérêt à agir.

La Cour relève d'emblée que la disposition entreprise affecte directement « les intérêts professionnels des avocats qui, par application de l'article 440 du Code judiciaire, ont seuls, sauf exceptions, le droit de plaider pour autrui ». Cela justifie tant l'intérêt à agir de l'Ordre national des avocats, dont le conseil général est chargé de « veiller à la sauvegarde de l'honneur, des droits et des intérêts professionnels communs des avocats » que celui des avocats, qui sont affectés directement et défavorablement dans leur situation individuelle (3).

(2) Pour une étude plus large du sujet, qui aborde, outre l'intérêt à agir, les questions de capacité à agir et de qualité du requérant, voy. A. RASSON-ROLAND, « L'action d'intérêt collectif au regard de la jurisprudence de la Cour d'arbitrage », *Les actions collectives devant les différentes juridictions*, Ed. Formation Permanente CUP, Liège, 2001, pp. 29-83.

(3) Arrêt n° 24/92 du 2 avril 1992, 2.B.1 à 2.B.3. Ce raisonnement conduit aussi la Cour à accepter l'intervention d'un avocat, sur la base de l'article 87, § 2, de la loi spéciale du 6 janvier 1989 (3.B).

L'on ne s'étendra pas sur l'examen des moyens invoqués ; la Cour rejette les recours sous réserves d'interprétation (4). L'on relèvera seulement que, compte tenu du but poursuivi par le législateur, qui est notamment d'« organiser, pour une catégorie de justiciables et pour certaines catégories de litiges, un meilleur accès aux tribunaux », le juge constitutionnel admet que soient traitées de manière identique des catégories de personnes placées dans des situations différentes, les avocats soumis à des obligations professionnelles et déontologiques spécifiques et les représentants des mutualités non soumis à ces obligations. Pour arriver à cette conclusion, il vérifie si l'exception au monopole de plaidoirie n'aboutit pas à créer une inégalité injustifiée. « Compte tenu des contraintes (5) auxquelles le Code judiciaire soumet toute partie à un procès, quel que soit le mode de comparution qu'elle a choisi, il n'apparaît pas qu'en permettant aux mutualités et aux unions nationales d'agir en justice à la place de leurs affiliés, pour les motifs et dans les limites rappelées ci-avant, le législateur aurait accentué de manière disproportionnée une inégalité qui trouve son origine, non dans la disposition entreprise, mais dans les articles 728 et 758 du Code judiciaire » (6).

2. Les règles de procédure

S'inscrivant dans une même logique, l'arrêt n° 20/93 du 4 mars 1993 n'admet pas l'intérêt à agir de l'Ordre national des avocats pour attaquer une loi qui ne règle pas l'exercice de la profession d'avocat, même si les procédures particulières qu'elle organise sont de nature à influencer la manière dont est exercée la défense des personnes qui y sont visées, soit en l'espèce les candidats-réfugiés. Une telle conséquence est en effet le propre de toute règle de procédure et de toute disposition relative à l'administration des preuves. L'Ordre national des avocats, « organisme soumis au principe de spécialité et dont les missions sont fixées par la loi » n'est donc pas selon la Cour directement affecté par la loi attaquée (7). La Cour

(4) Arrêt n° 24/92, dispositif.

(5) Ces contraintes sont le respect du secret professionnel, l'interdiction de défendre des intérêts contraires, la contradiction de l'instruction et du jugement, les règles en matière de preuve (arrêt n° 24/92, 5.B.4).

(6) Arrêt n° 24/92, 5.B.5.

(7) Arrêt n° 20/93 du 4 mars 1993, B.1.2. La loi attaquée est la loi du 18 juillet 1991 qui modifie certaines dispositions de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers.

admet, en revanche, l'intérêt à agir de plusieurs associations sans but lucratif actives en matière de droits de l'homme (8).

Cette jurisprudence se fonde sur deux principes bien connus des administrativistes, le principe de légalité et le principe de spécialité, principes qui conditionnent l'activité des ordres professionnels (9).

3. *La nomination des magistrats*

C'est encore le principe de spécialité qui conduit la Cour à rejeter dans son arrêt n° 3/2001 du 25 janvier 2001 un recours introduit par l'Ordre des avocats du barreau d'Eupen contre la loi du 22 décembre 1998 « modifiant certaines dispositions de la deuxième partie du Code judiciaire concernant le Conseil supérieur de la justice, la nomination et la désignation de magistrats et instaurant un système d'évaluation pour les magistrats ». Cet ordre ne peut justifier de l'intérêt requis que s'il attaque des dispositions qui touchent aux missions qui lui sont limitativement attribuées par les articles 455 à 471 du Code judiciaire. Les dispositions en cause intéressent sans doute les avocats en ce qu'elles touchent à l'organisation de l'ordre judiciaire, à son fonctionnement et à son contrôle. Elles ne règlent cependant pas l'exercice de la profession d'avocat et sont étrangères à la déontologie et à la discipline des avocats. L'intérêt invoqué est indirect. La Cour n'admet pas davantage l'intérêt à agir d'un avocat et d'un docteur en droit; elle accepte en revanche l'intérêt invoqué par des magistrats et des juges supérieurs (10).

4. *Les compétences des ordres professionnels*

Un dernier arrêt doit retenir l'attention. La Cour est amenée à s'interroger non plus sur le point de savoir si un ordre professionnel peut la saisir, mais sur l'éventuel intérêt à agir contre des dispositions relatives aux ordres professionnels. Un recours en annulation est introduit par plusieurs avocats à l'encontre de la loi du 4 juillet 2001 « modifiant, en ce qui concerne les structures du barreau, le

(8) Les A.S.B.L. Amnesty International-Belgique francophone, Mouvement contre le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie, Ligue des Droits de l'Homme et Syndicat des avocats pour la démocratie. Arrêt n° 20/93, B.1.3 et B.1.4.

(9) Voy. à ce sujet A. RASSON-ROLAND, « Le pouvoir réglementaire des ordres professionnels en matière d'art de guérir », *Présence du droit public et des droits de l'homme, Mélanges offerts à Jacques Velu*, Bruxelles, Bruylant, 1992, t. III, pp. 1855-1870, ici, pp. 1866-1870.

(10) Arrêt n° 3/2001 du 25 janvier 2001, B.25 à B.29.

Code judiciaire et la loi du 13 mars 1973 relative à l'indemnité en cas de détention préventive inopérante ». L'Ordre des barreaux francophone et germanophone intervient dans cette procédure non plus pour attaquer la loi, mais pour la défendre, aux côtés du Conseil des ministres. L'association sans but lucratif « Syndicat des avocats pour la démocratie » intervient pour sa part dans cette procédure pour appuyer l'argumentation des requérants.

Les deux parties adverses contestent l'intérêt des requérants à soulever le premier moyen pris à l'encontre de dispositions qui feraient grief aux seuls avocats-stagiaires. La Cour rejette ces exceptions d'irrecevabilité. Les dispositions attaquées attribuent aux ordres communautaires des compétences en matière de formation des stagiaires et des avocats ; les requérants ont donc intérêt à en demander l'annulation en leur qualité de maîtres de stage et en leur qualité d'avocats (11).

B. – *La liberté d'association*

A l'instar de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour de cassation (12), la Cour d'arbitrage a été amenée à préciser la nature publique intrinsèque d'un ordre professionnel, qui ne peut en aucun cas être considéré comme une émanation de la liberté d'association. Ramassant les traits essentiels des ordres professionnels, Jacques van Compernelle les définit comme étant « des institutions de droit public créées par la loi en vue d'assumer et d'assurer, dans le ressort de certaines professions libérales, une mission d'intérêt général exercée, avec des attributs de puissance publique, sous un régime d'autonomie » (13).

Deux arrêts donnent une définition d'un ordre professionnel. Le premier est rendu sur des demandes de suspension ; la Cour rejette les demandes, parce qu'elle considère que les moyens invoqués ne sont pas sérieux (14). L'on sait que ce premier examen est provi-

(11) Arrêt n° 16/2003 du 28 janvier 2003, B.3 et B.4.

(12) Voy. C. LOUVEAUX, « Ordres et instituts professionnels », *R.P.D.B.*, Compl. VI, p. 540, et H. NYS, *La médecine et le droit*, Kluwer, Diegem, 1995, pp. 48-50.

(13) J. VAN COMPERNELLE, « L'évolution de la fonction de juger dans les ordres professionnels », *Fonction de juger et pouvoir judiciaire – transformations et déplacements*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1983, pp. 391-418, ici, p. 393. Voy. aussi sur la nature juridique des ordres professionnels, C. CAMBIER, *Principes du contentieux administratif*, t. II, Bruxelles, Larcier, 1964, pp. 429 et s.

(14) Arrêt n° 68/93 du 29 septembre 1993.

soire (15). Le second arrêt statue sur les recours en annulation; la Cour confirme son premier examen et rejette les recours (16).

Les requérants sont des personnes morales ou physiques qui exercent des activités de biologie clinique; certains sont médecins ou pharmaciens. Leur recours est pris à l'encontre d'une loi du 30 décembre 1992 qui modifie les conditions auxquelles les laboratoires doivent répondre en vue de l'intervention de l'assurance maladie pour les prestations de biologie clinique. L'objectif du législateur est de promouvoir la transparence dans ce secteur afin de lutter contre la surconsommation croissante.

Une des dispositions attaquées interdit aux associés et aux personnes qui effectuent des prestations de biologie clinique dans un laboratoire d'être membres ou associés d'une autre personne morale dont l'objet social est en rapport avec l'exploitation d'un laboratoire de biologie clinique. Les requérants contestent sa conformité aux règles constitutionnelles d'égalité et de non-discrimination, combinées avec la liberté d'association. Ils affirment notamment que cette disposition les empêcherait d'appartenir à l'Ordre des pharmaciens ou à l'Ordre des médecins.

La Cour ne les suit pas. Elle relève tout d'abord que le législateur a tenu compte en 1992 de son arrêt n° 23/89 du 13 octobre 1989 qui annulait une disposition de la loi du 30 décembre 1988 ayant le même objet, en raison de l'atteinte excessive portée à la liberté d'association. L'interdiction est mieux ciblée, ce qui la rend proportionnée au but poursuivi. La Cour précise ensuite que la disposition en cause n'interdit nullement l'inscription dans un groupement professionnel de droit public. « L'Ordre des médecins et l'Ordre des pharmaciens sont des institutions de droit public créées par la loi et dotées par elle d'attributions qu'ils exercent sous les contrôles prévus par cette loi. Ils ont pour mission de veiller au respect des règles de la déontologie ainsi qu'au maintien de l'honneur, de la discrétion, de la probité et de la dignité des membres de l'Ordre. Ils groupent obligatoirement tous ceux qui exercent la profession de médecin ou de pharmacien. Ils ne peuvent en aucune manière être considérés

(15) F. DELPÉRÉE et A. RASSON-ROLAND, *La Cour d'arbitrage*, Bruxelles, Larcier, 1996, pp. 60-61.

(16) Arrêt n° 37/94 du 10 mai 1994.

comme des associations au sens de l'article (27) de la Constitution » (17).

L'approche de la Cour rejoint celle de la Cour européenne des droits de l'homme qui considère qu'il n'y a pas d'atteinte à la liberté d'association parce que l'ordre n'est pas une association (18). Le juge met ainsi l'accent sur le mouvement institutionnel dont procède l'ordre professionnel (19). Il convient d'en dégager les conséquences : l'affiliation à l'Ordre n'est pas une obligation d'allégeance, « le rite d'initiation à une société secrète au profit de laquelle les adhérents abdiquent leurs droits » (20).

La Cour conclut que les groupements professionnels de droit public ne peuvent pas être considérés comme des personnes morales dont l'objet social est en rapport avec l'exploitation d'un laboratoire de biologie clinique. « S'il est vrai que leur intervention concernant l'exercice de la profession peut avoir une incidence sur l'exploitation des laboratoires de biologie clinique, il s'agit dans ce cas d'une conséquence indirecte de leur activité et nullement de leur 'objet social' ».

C. — *La concurrence économique*

Dans son arrêt n° 23/97 du 30 avril 1997, la Cour est amenée à se prononcer sur la conformité à la règle constitutionnelle d'égalité de dispositions de la loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique (21), interprétées à la lumière des articles 468, 469bis, 477, 502, 610, 611 et 1088 du Code judiciaire, en ce qu'échapperaient à la juridiction du Conseil de la concurrence les règles et usages de la profession d'avocat arrêtés par voie de règlements du Conseil général de l'Ordre national des avocats ou résultant des actes des autorités du barreau, en ce compris les résolutions réglementaires que les conseils de l'Ordre adoptent.

L'affaire a été portée devant la Cour par une question préjudicielle posée par le Conseil de la concurrence, lui-même saisi par un

(17) Arrêts n° 68/93 et n° 37/94, B.7.3.

(18) L'approche de la Cour de cassation se fonde, par contre, sur les restrictions qui peuvent être apportées à la liberté d'association. Voy. H. Nys, *op. cit.*, p. 49.

(19) Voy. C. CAMBIER, *Principes...*, *op. cit.*, p. 431.

(20) J.M. RAINAUD, « Réflexions sur l'arrêt Caro : De l'Ordre à l'ordre ou les dangers de la disparition d'une majuscule », *D.*, 1965, C. XXXIV, 207-212, ici, p. 209.

(21) La question préjudicielle vise notamment les articles 6, § 1^{er}, 10, § 1^{er}, 12, § 5, 16, 23, § 1^{er}, 27 à 33, 35, 36 à 41.

avocat stagiaire, visé par une procédure d'omission de la liste des stagiaires, de pratiques de l'Ordre national des avocats et des ordres des différents barreaux qui seraient anticoncurrentielles.

Lorsqu'elle répond à une question préjudicielle, la Cour contrôle généralement la norme qui lui est soumise dans l'interprétation qui lui est donnée par le juge *a quo* (22). Dans son arrêt, elle constate que les contestations auxquelles donnent lieu les dispositions réglementaires arrêtées par les ordres des avocats sont attribuées par le Code judiciaire, tantôt aux autorités disciplinaires du barreau, tantôt à la Cour de cassation. « A supposer que le Code judiciaire ait ainsi pour effet de faire échapper ces contestations à la compétence du Conseil de la concurrence et que de telles contestations, lorsqu'elles concernent les titulaires d'autres professions libérales, y soient au contraire soumises, une différence de traitement serait opérée par le législateur, dont il est demandé à la Cour d'apprécier l'éventuel caractère discriminatoire ». La Cour ajoute encore qu'elle limite son contrôle à cette seule différence de traitement (23).

La Cour entame ensuite les différentes étapes de son contrôle des règles d'égalité. Elle précise tout d'abord que les autorités des barreaux sont comparables aux autorités d'autres professions libérales « en ce qu'elles établissent des règlements qui ont notamment pour objet de déterminer les conditions auxquelles est subordonnée l'inscription au tableau ou l'admission au stage » (24). Le législateur peut cependant traiter différemment les conseils de l'Ordre des avocats, en raison des règles et principes inscrits dans le Code judiciaire (25). « Les actes des conseils de l'Ordre ont pour but d'assurer la qualité des services de l'avocat et de garantir son indépendance. Le législateur a directement associé la profession d'avocat au service public de la justice et elle se rattache à ce titre à l'ordre judi-

(22) Voy. sur cette question J. VAN COMPERNOLLE et M. VERDUSSEN, « La guerre des juges aura-t-elle lieu ? A propos de l'autorité des arrêts préjudiciels de la Cour d'arbitrage », *J.T.*, 2000, pp. 297-304, et P. VANDERNOOT, « Le mécanisme préjudiciel devant la Cour d'arbitrage : forces et faiblesses », *Rev. Dr. U.L.B.*, 2002, pp. 1-106.

(23) Il s'agit là d'une pratique habituelle de la Cour. Voy. notamment F. DELPÉRÉE, C. HOREVOETS, F. MOLINE et B. RENAULD, « Chronique - Belgique », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 2002, pp. 500 et 501.

(24) Arrêt n° 23/97 du 30 avril 1997, B.4.

(25) « En vertu de l'article 444, alinéa 1^{er}, du Code judiciaire, les avocats doivent exercer librement leur ministère pour la défense de la justice et de la vérité. Ils peuvent être appelés à suppléer les juges et officiers du ministère public (article 442). Ils peuvent être désignés d'office (articles 446 et 455bis, § 1^{er}). Ils doivent pourvoir à l'assistance des personnes dont les revenus sont insuffisants (article 455, § 1^{er}) » (Arrêt n° 23/97, B.5).

ciaire » (26). Cet objectif permet de justifier la différence de traitement. La Cour consacre donc la thèse traditionnelle de l'appartenance de l'Ordre des avocats au pouvoir judiciaire. Le Professeur Cambier souligne : « C'est à la justice, considérée comme revenant et appartenant à l'homme et non à celle que l'Etat dispense, que l'office de l'avocat est directement consacré ». Il met ainsi l'accent tout à la fois sur le caractère privé de la profession d'avocat et sur sa collaboration avec la justice qui fonde son appartenance au judiciaire (27). « La profession s'accomplit dans l'orbite de l'administration publique de la justice : elle relève de l'Ordre judiciaire ... » (28).

La Cour estime enfin que les attributions de compétence opérées par le Code judiciaire ne sont pas disproportionnées parce qu'elles n'impliquent pas la non-application aux activités professionnelles des avocats des règles de concurrence qui sont compatibles avec les règles essentielles du barreau. « Les autorités du barreau ne pourraient organiser ou favoriser des pratiques restrictives de concurrence sans que ces restrictions soient justifiées par la nécessité de garantir l'indépendance des avocats, d'assurer la qualité de leurs services, ou de faire respecter leur déontologie. Mais c'est aux juridictions désignées par la loi qu'il appartiendrait d'annuler ou de refuser d'appliquer les règlements qui porteraient aux règles de concurrence une atteinte injustifiée » (29). La Cour ajoute, encore, qu'« il va de soi que, dans les contestations relatives aux règlements des autorités du barreau, les avocats doivent bénéficier de la protection juridictionnelle qui ne peut être refusée à personne » (30). Comme le relève Pierre Vandernoot, ce considérant ne surprend pas quand on sait le « prix essentiel » qu'attache la Cour à l'existence de recours juridictionnels effectifs contre les actes à caractère administratif au sens large, même s'ils n'émanent pas d'autorités administratives (31).

La Cour n'examine pas la conformité de l'article 1088 du Code judiciaire qui réserve au Procureur général la possibilité d'introduire

(26) Arrêt n° 23/97, B.6.

(27) C. CAMBIER, *Principes* ..., *op. cit.*, pp. 439 et 440.

(28) C. CAMBIER, *Droit judiciaire civil*, t. I, Bruxelles, Larcier, 1974, p. 689. Voy. aussi pp. 725 et s.

(29) Arrêt n° 23/97, B.7.2.

(30) Arrêt n° 23/97, B.8.

(31) P. VANDERNOOT, « La Cour d'arbitrage de Belgique et le droit d'accès aux juridictions », *Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire - Mélanges en hommage à Pierre Lambert*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 961 à 989, ici, p. 973.

un pourvoi en cassation contre une décision réglementaire de l'Ordre des avocats. Comme le souligne Eric Brewaeys (32), cette question n'était pas posée; la Cour a esquissé toutefois une avancée, qui va d'ailleurs se concrétiser ultérieurement.

L'arrêt du 30 avril 1997 s'inscrit à double titre dans la jurisprudence de la Cour. Dans son arrêt n° 33/94 du 26 avril 1994, la Cour reconnaît la spécificité de la fonction de greffier qui justifie l'application d'un statut disciplinaire différent de celui des fonctionnaires relevant du pouvoir exécutif et l'incompétence du Conseil d'Etat au profit du pouvoir judiciaire. La jurisprudence du Conseil d'Etat n'est pas remise en cause. Puis, dans ce même arrêt, la Cour affirme tout aussi nettement que les greffiers ont droit à la protection juridique comme les autres fonctionnaires. Le juge *a quo*, le Conseil d'Etat, comprend les articles 610 et 1088 du Code judiciaire en ce sens que la décision par laquelle le procureur général près d'une Cour d'appel avertit ou censure un greffier ne peut faire l'objet d'aucun autre recours qu'une demande en annulation introduite par le Procureur général à la Cour de cassation sur les instructions du ministre de la Justice. Cette interprétation est condamnée : elle viole les articles 10 et 11 de la Constitution. L'arrêt tente encore de consacrer plus effectivement le droit à un juge pour effacer l'inconstitutionnalité. Son raisonnement sur ce point ne convainc pas les auteurs (33). La Cour consacre également, dans l'arrêt n° 31/96 du 15 mai 1996, le droit des fonctionnaires des assemblées législatives à introduire un recours à l'encontre des actes qui leur causent grief. « Le Conseil d'Etat a été institué en tant que juridiction spécifique en vue d'offrir une protection juridictionnelle supplémentaire à celle des cours et tribunaux, contre les actes administratifs entachés d'illegalité ». Le droit à la protection juridique est une nouvelle fois affirmé mais son effectivité fait défaut puisque la Cour conclut à une lacune législative : il ne peut être remédié à la discrimination que par « une intervention du législateur lors de laquelle il puisse envisager, par égard à l'indépendance qui doit être assurée aux assemblées législatives, de prévoir des garanties spécifiques aux-

(32) E. BREWAEYS, « Rechtsbescherming van de advocatuur », Note sous l'arrêt n° 23/97 du 30 avril 1997, *Tijdschrift voor procesrecht en bewijsrecht - Revue de droit judiciaire et de la preuve*, 1997, pp. 72 à 77.

(33) Voy. M. DUMONT, « Le droit à la protection juridique », Note sous l'arrêt n° 33/94 du 26 avril 1994, *Rev. trim. dr. h.*, 1995, pp. 493-522, ici, p. 520, et H. SIMONART, « L'annulation pour excès de pouvoir des actes des officiers du ministère public, Note sous Cass., 17 novembre 1994 », *A.P.T.*, 1996, 60-70, ici p. 69.

quelles il n'a pas dû veiller lors de l'élaboration des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat » (34). Le législateur a mis fin à cette discrimination en étendant les compétences du Conseil d'Etat aux actes qui émanent des assemblées législatives ou de leurs organes (35).

L'arrêt du 30 avril 1997 va susciter des controverses devant le Conseil d'Etat. La protection juridique reconnue dans son principe pose problème puisque l'on sait que le Code judiciaire ne reconnaît pas le droit au recours individuel. « Le problème résidait dans le fait que si, certes, le législateur a entendu confier ce contentieux aux juridictions judiciaires, les recours organisés n'en demeurent pas moins limités, tant du point de vue des organes habilités à introduire un recours que du point de vue des illégalités qui peuvent être invoquées » (36). Le Conseil d'Etat est dès lors saisi d'un recours en annulation à l'encontre d'un règlement adopté par un conseil de l'Ordre local. Dans son avis, l'auditeur défend la compétence du Conseil d'Etat, malgré la thèse traditionnelle du rattachement de l'Ordre des avocats au pouvoir judiciaire, consacrée par le Conseil d'Etat et par la Cour d'arbitrage. Il se fonde sur l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et démontre l'absence de tout recours avéré. « En prétendant soustraire à la compétence générale du Conseil d'Etat les décisions prises par les conseils de l'Ordre des avocats même lorsqu'ils agissent en tant qu'autorités administratives, sans organiser à tout le moins de manière claire et fiable une autre voie de droit, le législateur belge a manqué à ses engagements internationaux. Il ne peut dès lors être tenu compte de cette intention, mais il vous revient, au contraire, de donner aux termes de votre compétence, et spécialement au concept d'autorité administrative, une interprétation suffisamment conciliante pour remédier à cette lacune » (37). Cet avis ne sera pas suivi. Le Conseil d'Etat confirme sa jurisprudence traditionnelle et se déclare incompétent. Bien plus, se fondant sur l'arrêt de la Cour d'arbitrage du 30 avril 1997, il refuse de poser la question préjudicielle formulée par le requérant qui invoque l'absence de toute possibilité de recours.

(34) Arrêt n° 31/96 du 15 mai 1996, B.5.

(35) Voy. la loi du 25 mai 1999 (*Monit. belge*, 22 juin).

(36) C. HOREVOETS et P. BOUCQUEY, *Les questions préjudicielles à la Cour d'arbitrage - Aspects théoriques et pratiques*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 327.

(37) C.E., Misson, n° 68.116, 15 septembre 1997, *J.T.*, 1997, pp. 820 et s., avis de P. GILLIAUX, obs. D. LAGASSE, « Devant quelle juridiction un avocat peut-il demander l'annulation d'un règlement de son conseil de l'Ordre? », ici, p. 823.

Cet arrêt déçoit les commentateurs et nie la question de l'effectivité de la garantie juridictionnelle reconnue par le B.8 de l'arrêt n° 23/97, que le Conseil d'Etat reproduit pourtant fidèlement. Christine Horevoets et Pascal Boucquey regrettent que le Conseil d'Etat ait refusé de poser une question préjudicielle. D'abord, il y était tenu; ensuite il se réfère à un arrêt de la Cour qui ne semble pas rencontrer la même hypothèse que celle soumise au Conseil d'Etat (38). Si elle avait été saisie, la Cour aurait sans doute eu l'occasion de vérifier plus nettement si la garantie juridictionnelle était ou non effective. « La question ne manquait pourtant pas d'intérêt. Elle aurait, en effet, permis au juge constitutionnel de se prononcer sur l'origine d'une éventuelle discrimination, dès l'instant où une catégorie de justiciables semble privée d'un droit de recours à l'encontre d'un acte qui leur cause grief » (39). Cette critique est aussi formulée par Dominique Lagasse (40) qui reproche en outre au Conseil d'Etat de ne pas tenir compte des enseignements des arrêts n° 33/94 et n° 31/96 de la Cour déjà évoqués (41).

L'on signalera encore que par un arrêt du 7 juin 1999, le Conseil d'Etat réinterroge la Cour d'arbitrage sur la conformité aux articles 10 et 11 de la Constitution de dispositions du Code judiciaire applicables aux huissiers de justice, dont l'article 610 combiné à l'article 1088 et de l'article 14, alinéa 1^{er}, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, interprétés comme privant les huissiers de justice, auxquels le conseil de la chambre d'arrondissement inflige une peine de discipline prévue à l'article 531 du Code judiciaire, de la possibilité d'introduire un recours en annulation devant le Conseil d'Etat. La Cour ne répond pas à la question à défaut de comparaison pertinente (42). Elle relève seulement au passage la double nature de l'huissier de justice, « officier ministériel, et, en tant que tel, auxiliaire tant du pouvoir exécutif que du pouvoir judiciaire », par ailleurs « titulaire d'une profession libérale ». La synthèse des mémoires des parties montre pourtant que la question de l'effectivité de la garantie juridictionnelle était bien posée. L'occasion est donc manquée une nouvelle fois.

(38) C. HOREVOETS et P. BOUCQUEY, *op. cit.*, p. 328.

(39) *Idem*, p. 329.

(40) *Op. cit.*, p. 827.

(41) *Idem*, p. 825.

(42) Arrêt n° 54/2000 du 17 mai 2000. Voy. *infra*, II.

Cette affaire va revenir devant la Cour, suite à de nouvelles questions préjudicielles du Conseil d'Etat. La Cour considère cette fois expressément que l'absence de recours juridictionnel pose problème et elle conclut à une violation ; elle n'accepte cependant pas l'interprétation conforme, qui admettrait la compétence du Conseil d'Etat parce que « le régime disciplinaire des huissiers de justice fait partie, dans le Code judiciaire, d'une réglementation plus large concernant le pouvoir judiciaire, dans laquelle la procédure disciplinaire est confiée soit à un organe d'appel propre, soit au pouvoir judiciaire. La loi du 6 avril 1992 a du reste remédié à l'absence d'une possibilité de recours en insérant une nouvelle règle dans le Code judiciaire, créant des organes d'appel propres. De ce qui précède, il n'apparaît pas que la Cour puisse envisager une autre lecture des dispositions en cause que celle mentionnée dans la décision de renvoi » (43). A nouveau, la question de l'effectivité de la garantie peut être posée puisque la question préjudicielle portait sur la situation antérieure à la loi de 1992.

« Il importe relativement peu, dans un Etat de droit, qu'un litige soit porté devant tel ou tel juge. Mais il est essentiel qu'il ne demeure pas sans juge, et que celui-ci soit facilement accessible sans que les intéressés doivent exposer des frais sans proportion avec l'importance de l'affaire » (44). Une nouvelle affaire oblige la Cour à trancher cette question, en statuant non plus sur question préjudicielle mais sur recours en annulation. L'effectivité du droit à un juge sera-t-elle garantie ?

D. – *Les recours contre les règlements*

Un dernier arrêt doit retenir l'attention : l'arrêt n° 16/2003 du 28 janvier 2003. La Cour est saisie de recours en annulation à l'encontre de la loi du 4 juillet 2001 « modifiant, en ce qui concerne les structures du barreau, le Code judiciaire et la loi du 13 mars 1973 relative à l'indemnité en cas de détention préventive inopérante ». L'intérêt à agir des requérants a déjà été examiné (45). L'on aborde ici l'examen des moyens.

(43) Arrêt n° 3/2002 du 9 janvier 2002, B.7.

(44) M. DUMONT, *op. cit.*, p. 521.

(45) Voy. *supra*, A.

La loi entreprise met fin à l'Ordre national des avocats de Belgique et crée deux nouveaux Ordres, l'Ordre des barreaux francophone et germanophone et l'*Orde van Vlaamse balies*.

Dans un premier moyen, les requérants reprochent aux articles 495 et 496 nouveaux du Code judiciaire d'octroyer une habilitation trop large aux ordres communautaires pour réglementer l'accès à la profession, ce qui discriminerait les avocats-stagiaires. Ce moyen est pris de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution, lus en combinaison avec l'article 6, § 1^{er}, VI, alinéa 5, 6°, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, la liberté du commerce et de l'industrie, l'article 23 de la Constitution et les articles 10 et 81 du Traité C.E.

La Cour établit, tout d'abord, la compétence du législateur fédéral à intervenir dans cette matière : « il appartient au législateur fédéral de régler l'accès à la profession et d'assurer le droit au travail dans le respect de la liberté du commerce et de l'industrie et des conditions énumérées dans l'article 23 de la Constitution » (46).

La Cour recentre ensuite la compétence des ordres en matière d'aide juridique, de stage et de formation professionnelle. Cette compétence doit s'exercer, aux termes de l'article 495 du Code judiciaire, dans le cadre de la « mission de veiller à l'honneur, aux droits et aux intérêts professionnels communs de leurs membres ». La même disposition précise encore que les ordres prennent les initiatives et les mesures utiles notamment en matière de règles disciplinaires et de loyauté professionnelle ainsi que pour la défense des intérêts de l'avocat et du justiciable. « Le législateur a ainsi clairement défini la mission qu'il entendait attribuer aux deux ordres communautaires ainsi que celle qu'il entendait que les avocats assurent au sein de la société » (47).

La loi attaquée a prévu deux types de recours contre les règlements adoptés par les ordres communautaires, un recours en annulation pour excès de pouvoir, illégalité ou irrégularité auprès de la Cour de cassation (48), réservé au procureur général près la Cour de cassation (49), et un recours en annulation auprès d'un tribunal

(46) Arrêt n° 16/2003 du 28 janvier 2003, B.6.2.1. La Cour se fonde sur l'article 23 de la Constitution et l'article 6, § 1^{er}, VI, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles.

(47) Arrêt n° 16/2003, B.6.2.2.

(48) Voy. l'article 611 du Code judiciaire.

(49) Voy. l'article 501 du Code judiciaire.

arbitral, réservé à chacun des deux ordres communautaires contre les règlements adoptés par l'autre ordre. Le législateur a donc prévu un « contrôle minimum » des règlements adoptés par les ordres.

Quel est le fondement de ces dispositions propres aux avocats ? Elles ont pour but « d'assurer la qualité des services de l'avocat et de garantir son indépendance » et s'inscrivent dans le prolongement des règles législatives qui associent la profession d'avocat au service public de la justice et rattachent cette profession à l'ordre judiciaire. La disposition attaquée est en rapport avec cet objectif qui permet encore de fixer des conditions d'accès différentes pour la profession d'avocat et les autres professions libérales. La Cour rappelle les règles et principes propres à la profession d'avocat (50).

Le contrôle de proportionnalité intervient en dernier ordre. « Les mesures attaquées seraient disproportionnées par rapport à l'objectif poursuivi si elles aboutissaient à faire échapper les activités professionnelles des avocats à toute forme de contrôle », ce qui n'est pas le cas en l'espèce en raison du cadre tracé par le législateur et du contrôle minimum prévu. Le premier moyen est rejeté.

La Cour juge, en revanche, fondé le deuxième moyen qui reproche aux dispositions attaquées de ne pas prévoir de recours individuel contre un règlement illégal ou contraire à la déontologie.

Ce moyen dénonce une différence de traitement résultant de dispositions législatives. Il ne s'agit pas d'apprécier l'opportunité ou le caractère souhaitable de l'instauration d'un recours ou de donner une injonction quelconque au législateur de remédier à une carence législative. Les avocats et ceux qui souhaitent le devenir sont traités différemment des titulaires d'autres professions libérales qui disposent, quant à eux, d'un recours devant le Conseil d'Etat.

La compétence de la Cour de cassation et du tribunal arbitral ne pose pas de problème en soi puisque le but poursuivi la justifie. Est par contre inconstitutionnelle l'absence de recours organisé au bénéfice de l'avocat ou de celui qui souhaite le devenir, qui s'estimerait personnellement lésé par le règlement d'un ordre communautaire. Le législateur porte une atteinte injustifiée au principe constitutionnel d'égalité et de non-discrimination « en vertu duquel tous les citoyens ont un droit égal à une protection juridictionnelle » (51).

(50) La Cour reproduit au B.7.2. de l'arrêt n° 16/2003 un passage de l'arrêt n° 23/97. Voy. *supra*, note 25.

(51) Arrêt n° 16/2003, B.14.

La Cour annule les articles 501 et 502 nouveaux du Code judiciaire; elle en maintient toutefois les effets, pour une durée d'un an à compter de la publication de l'arrêt au *Moniteur belge*. L'annulation est en effet « motivée uniquement par l'absence d'un recours dans le chef de l'avocat ou de celui qui souhaite le devenir, sans mettre en cause d'un autre point de vue ces mêmes articles » (52).

Le constat est net : le droit à la protection doit être garanti mais sa reconnaissance effective est encore subordonnée à une intervention du législateur, incité à intervenir rapidement par l'annulation qui n'est que différée dans le temps. C'est à lui qu'il revient de corriger la loi en opérant des choix (53).

II. — LA JURISPRUDENCE DE LA COUR EN MATIÈRE DISCIPLINAIRE

Dans cette deuxième partie, j'examinerai la jurisprudence de la Cour en matière disciplinaire en dégageant des pistes ou des enseignements qui pourraient trouver à s'appliquer au contentieux des ordres professionnels.

Dans deux arrêts, la Cour admet la différence de principe entre *poursuites pénales* et *procédures disciplinaires*. « L'action publique a pour but de faire réprimer des atteintes à l'ordre public et est exercée dans l'intérêt de la société dans son ensemble; elle est de la compétence des juridictions pénales; elle ne peut porter que sur des faits que la loi qualifie d'infractions et elle donne lieu, en cas de condamnation, aux peines prévues par la loi ou en vertu de celle-ci. L'action disciplinaire a pour objet de rechercher si le titulaire d'une fonction publique ou d'une profession a enfreint les règles de déontologie ou de discipline ou a porté atteinte à l'honneur ou à la dignité de sa fonction ou de sa profession; elle s'exerce dans l'intérêt d'une profession ou d'un service public; elle concerne des manquements qui ne font pas nécessairement l'objet d'une définition précise; elle peut donner lieu à des sanctions touchant l'intéressé dans l'exercice de sa fonction ou de sa profession et qui sont prononcées

(52) Arrêt n° 16/2003, B.18. La possibilité de maintenir les effets des dispositions annulées est prévue par l'article 8, alinéa 2, de la loi spéciale du 6 janvier 1989. La Cour rejette encore le troisième moyen invoqué parce qu'il est étranger aux dispositions attaquées qui ne traitent en rien des mesures individuelles que le Bâtonnier prendrait en sa qualité de chef de l'Ordre (B.17).

(53) Voy. à cet égard les questions évoquées par F. GLANSDORFF dans son commentaire de l'arrêt (*Journal des Procès*, 21 février 2003, pp. 30-31).

par un organe propre à chaque profession concernée, par une autorité administrative ou par une juridiction » (54). Ceci n'exclut pas toute comparaison entre les deux types de procédure, comme nous le verrons plus loin. L'autonomie du droit disciplinaire n'en est pas moins consacrée nettement (55). Des conséquences en résultent : « Eu égard à la nature et à la finalité propres de ces procédures, le principe d'égalité n'exige pas que le législateur établisse une *prescription* de l'action disciplinaire s'il en prévoit une pour l'action publique. Le législateur peut estimer qu'il convient de laisser l'autorité disciplinaire apprécier, dans chaque cas, si l'action a été poursuivie conformément au principe de bonne administration qui impose de la traiter dans un délai raisonnable. A cet égard, lorsque les faits peuvent aussi être qualifiés d'infractions, il peut, selon les particularités de chaque espèce, être justifié d'attendre le résultat de l'action publique avant de prendre une décision sur le plan disciplinaire » (56).

L'on sait qu'en dehors du contentieux de la répartition des compétences et de l'enseignement, le contrôle de la Cour en matière de droits et libertés transitait toujours, jusqu'à la réforme intervenue en 2003 (57), par les articles 10 et 11 de la Constitution qui consacrent les *règles d'égalité et de non-discrimination*. Ceci explique que les griefs portés devant la Cour procèdent le plus souvent d'une comparaison entre des régimes différents.

Il arrive que la Cour estime qu'il n'y a pas lieu de répondre à une question préjudicielle parce qu'aucune *comparaison* pertinente n'est indiquée dans la question posée ou dans la motivation de l'arrêt de renvoi (58).

Le législateur peut traiter de manière différente des situations différentes. La Cour vérifie si la *différence de traitement* peut se justifier objectivement et raisonnablement. Est ainsi fondée sur un critère objectif une différence entre les magistrats et les fonctionnaires qui font l'objet d'une procédure disciplinaire. « Vu les pouvoirs importants dont disposent les magistrats, la confiance que la justice doit

(54) Arrêts n° 129/99 du 7 décembre 1999, B.4 et n° 54/2001 du 8 mai 2001, B.14.1.

(55) Voy. sur cette autonomie, J. VAN COMPERNOLLE, « L'évolution de la fonction de juger dans les ordres professionnels », *op. cit.*, pp. 404-405, et J. DU JARDIN, *Le contrôle de légalité exercé par la Cour de cassation sur la justice disciplinaire au sein des ordres professionnels*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 26 et s.

(56) Arrêt n° 129/99, B.6.

(57) Voy. la loi spéciale du 9 mars 2003 (*Moniteur belge*, 11 avril).

(58) Arrêt n° 54/2000 du 17 mai 2000. Voy. *supra*, I, C.

inspirer au citoyen, le discrédit qu'une faute disciplinaire grave d'un magistrat peut jeter sur le corps tout entier, le principe d'égalité n'exige pas que le législateur arrête pour les magistrats, en ce qui concerne l'effacement et la réhabilitation, des mesures qui soient identiques à celles prévues pour les personnes qui font l'objet de poursuites pénales ou pour les fonctionnaires qui font l'objet d'une procédure disciplinaire » (59). Une différence de traitement résultant de l'application de statuts disciplinaires distincts n'est pas en soi discriminatoire; elle ne le serait que si elle n'était pas raisonnablement justifiée (60).

Une des facettes des règles d'égalité et de non-discrimination impose de traiter de manière différente des *situations essentiellement différentes*. La Cour n'impose cette règle au législateur que lorsqu'il est avéré que les différences entre les catégories de personnes sont fondamentales (61).

Amenée régulièrement à comparer des *différences de régimes disciplinaires*, la Cour va rapidement considérer qu'une différence ne pose pas en soi un problème de constitutionnalité. « La différence de traitement entre certaines catégories de personnes qui découle de l'application de règles procédurales différentes dans des circonstances différentes n'est pas discriminatoire en soi. Il ne pourrait être question de discrimination que si la différence de traitement qui découle de l'application de ces règles de procédure entraînait une limitation disproportionnée des droits des personnes concernées » (62). Le juge constitutionnel admet encore de manière générale que deux régimes disciplinaires distincts devant des autorités différentes soient organisés, l'un plus rapide et plus simple pour les manquements mineurs, l'autre, plus protecteur pour les transgressions disciplinaires lourdes. Une telle différence repose sur un critère objectif, « la nature de la sanction disciplinaire potentielle » (63).

(59) Arrêt n° 54/2001, B.15.

(60) Arrêt n° 164/2002 du 13 novembre 2002, B.12.

(61) Arrêt n° 4/2001 du 25 janvier 2001, B.9.4.

(62) Arrêts n° 3/2002 du 9 janvier 2002, n° 66/2002 du 28 mars 2002, n° 164/2002 et n° 141/2003 du 29 octobre 2003. Voy. aussi les arrêts n° 113/98 du 4 novembre 1998 et n° 123/2000 du 29 novembre 2000.

(63) Arrêt n° 4/2001, B.8.4.5. Voy. aussi l'arrêt n° 54/2001, B.9 : « Rien n'empêche le législateur de prévoir une procédure différente en fonction du degré de la peine disciplinaire pouvant être prononcée ».

L'essentiel du contrôle porte sur la *proportionnalité* (64). Une mesure qui procure un avantage pour la défense de la personne poursuivie ne peut dès lors être considérée comme discriminatoire à son endroit (65).

Dans son contrôle de proportionnalité, la Cour vérifie si les *droits de la défense* sont garantis à suffisance dans la procédure disciplinaire (66). Elle va encore plus loin en précisant que le principe général du droit de la défense est un dénominateur commun aux procédures disciplinaires et pénales. « S'il est vrai qu'entre les procédures disciplinaires et les procédures pénales il existe des différences objectives qui peuvent en principe justifier un traitement distinct pour certains aspects, il n'en demeure pas moins qu'en matière disciplinaire comme en matière pénale, le droit de défense doit être respecté en tant que principe général de droit et qu'il convient d'avoir égard au principe en vertu duquel la charge de la preuve incombe à l'autorité » (67). L'on observe avec intérêt ce mouvement qui va des règles constitutionnelles aux principes généraux alors que devant la Cour de cassation, en matière disciplinaire, « la référence à des principes généraux du droit, qui était traditionnellement le fondement des moyens invoqués à l'appui des pourvois en cassation, s'est déplacée pour se focaliser sur les dispositions de la Convention européenne, à effet direct dans notre droit interne » (68).

Porte atteinte à ces principes fondamentaux une disposition législative qui prescrit à un membre du personnel de collaborer loyalement à l'enquête disciplinaire, de répondre de manière précise à toute question et de produire toute pièce en sa possession. « Le silence et l'inaction de l'intéressé dans sa propre affaire ne sauraient en soi entraîner une sanction disciplinaire ou une aggravation de celle-ci » (69). L'on sait que la Cour de cassation, pour sa part, fait primer l'*obligation de loyauté* et de sincérité envers les autorités de l'Ordre sur le *droit au silence* (70).

Le droit de la défense implique encore qu'aucun élément pouvant déterminer la décision ne soit soustrait à la *contradiction des débats*.

(64) Voy. aussi l'arrêt n° 54/2001, B.9.

(65) Arrêt n° 123/2000, B.4.1.

(66) Arrêt n° 123/2000, B.4.2 et 3. Voy. aussi l'arrêt n° 113/98, B.8.

(67) Arrêt n° 4/2001, B.5.5.

(68) J. DU JARDIN, *op. cit.*, p. 25.

(69) Arrêt n° 4/2001, B.5.5.

(70) Voy. sur cette question J. DU JARDIN, *op. cit.*, pp. 45-46.

Un avis peut constituer une garantie supplémentaire, mais lorsqu'il propose une sanction disciplinaire plus lourde, une défense n'est possible que si l'avis, qui doit indiquer les motifs retenus et la sanction envisagée, est porté à la connaissance de l'intéressé et que la procédure permet à ce dernier d'y répondre (71).

« La *révision* est une mesure exceptionnelle en matière disciplinaire, de sorte qu'en principe, il n'est pas possible de comparer la situation des magistrats condamnés disciplinairement à d'autres catégories de personnes qui leur seraient comparables » (72). La Cour accepte en revanche de comparer à cet égard les procédures pénale et disciplinaire applicables aux magistrats. Des exigences moins lourdes ou identiques en matière disciplinaire ne posent pas problème. En revanche, une disposition incohérente ou sans équivalent en droit pénal et sans justification apparente est jugée inconstitutionnelle (73).

L'on ne reviendra pas sur la question de l'applicabilité de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme aux procédures disciplinaires puisque la question a été tranchée par la Cour européenne des droits de l'homme pour les ordres professionnels (74). En tout état de cause, la Cour d'arbitrage n'hésite pas à juger applicables aux procédures disciplinaires certaines des garanties contenues dans cet article, fût-il jugé inapplicable (75). Ces garanties s'imposent en tant que *principes généraux du droit* ou encore en tant que *principes de bonne administration de la justice*. Une autorité qui inflige une peine disciplinaire, non pas en tant que juridiction mais en tant qu'organe de l'administration active, n'est pas soumise à ces principes; elle doit néanmoins « respecter les prin-

(71) Arrêt n° 4/2001, B.8.4.4.

(72) Arrêt n° 54/2001, B.18.1.

(73) Arrêt n° 54/2001, B.18.1 à 5. Une des mesures annulées n'exigeait l'audition ou la convocation de l'intéressé que si l'organe disciplinaire estimait la demande en révision fondée et l'autre ne permettait de réintroduire une nouvelle demande de révision qu'après l'expiration d'un délai de six ans.

(74) Voy. notamment Cour. Eur. D.H., 23 juin 1981, arrêt *Le Compte, Van Leuven et De Meyere* et 10 février 1983, arrêt *Albert et Le Compte*, que j'ai commentés, « Les procédures disciplinaires devant les ordres professionnels sont-elles soumises à l'article 6, § 1^{er}, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme? », *Adm. Publ.*, 1983, pp. 211-240. Voy. aussi J. VAN COMPERNOLLE, « L'évolution ... », *op. cit.*, pp. 410-418.

(75) « La circonstance que les garanties inscrites à l'article 6.1 de la Convention européenne des droits de l'homme sont considérées comme ne s'appliquant pas aux litiges qui opposent les pouvoirs publics et les fonctionnaires de police n'empêche pas que certaines garanties offertes par cette disposition conventionnelle se justifient en matière disciplinaire, sans perdre de vue la spécificité de ce contentieux » (arrêt n° 4/2001, B.5.3).

cipes de bonne administration, en ce compris le principe d'impartialité, dans la mesure où le permettent la nature propre et la structure particulière de l'administration » (76).

L'*impartialité du juge* est un de ces principes (77). La Cour vérifie donc son respect effectif. Elle relève que « l'intervention d'un organe indépendant en matière disciplinaire (avec une compétence d'avis, en l'espèce) a pour but de réaliser un meilleur équilibre entre, d'une part, l'exigence d'une instance impartiale et indépendante et, d'autre part, la circonstance que, dans le domaine de la fonction publique, les personnes qui sont responsables du bon fonctionnement du service sont mieux placées pour se prononcer sur des manquements à l'honneur ou à la dignité de la fonction ». C'est en principe une garantie pour l'intéressé. La Cour ne trouve dès lors aucune justification au fait que l'autorité disciplinaire ne peut imposer une sanction plus légère que celle qui a été proposée par le conseil de discipline, dont l'avis devient ainsi partiellement contraignant, ce que dénonçaient les requérants (78). Elle n'admet pas davantage que l'individu soit privé de la protection liée à cette intervention entourée de garanties, élément essentiel du régime disciplinaire, pour le motif que l'avis n'est pas rendu dans le bref délai prévu (79). La Cour estime par ailleurs, à propos de la composition des commissions d'appel du service de contrôle médical de l'INAMI, que le fait que des non-magistrats siègent dans un organe juridictionnel en raison de leur compétence ne porte pas atteinte, en lui-même, à l'indépendance et à l'impartialité de cet organe (80). Cet enseignement peut être rapproché des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme relatifs à l'Ordre des médecins (81).

Relèvent encore des *garanties de procédure* l'exigence de motivation des peines infligées et le droit d'exercer un recours (82). Relève d'un principe de bonne administration applicable en matière disciplinaire l'obligation pour l'autorité disciplinaire de respecter, aux différents stades de la procédure, l'exigence du *délai raisonnable* (83).

(76) Arrêt n° 141/2003 du 29 octobre 2003, B.4.1. et 2.

(77) Arrêt n° 74/2001 du 31 mai 2001, B.9.3.

(78) Arrêt n° 4/2001, B.8.4.6.

(79) Arrêt n° 4/2001, B.8.4.7.4.

(80) Arrêt n° 133/2001 du 30 octobre 2001, B.7.

(81) Voy. les arrêts du 23 juin 1981 et du 10 février 1983 cités *supra*.

(82) Arrêt n° 113/98, B.5.2.

(83) Arrêt n° 129/99, B.7.

Plusieurs arrêts se prononcent sur le *droit de recours*. La Cour reconnaît le droit « à un examen juridictionnel par une instance indépendante et impartiale, qui puisse vérifier tant la matérialité de la transgression disciplinaire que la conformité de la peine disciplinaire aux dispositions législatives et aux principes généraux du droit » (84). Elle vérifie si l'intéressé peut soumettre la mesure disciplinaire à un juge qui procède à un contrôle de pleine juridiction. Le contrôle exercé par le Conseil d'Etat satisfait à ces exigences (85), puisqu'il examine si la décision de l'autorité soumise à son contrôle est fondée en fait et si la sanction infligée n'est pas manifestement disproportionnée par rapport au fait établi. « Certes, le Conseil d'Etat ne peut substituer sa décision à celle de l'autorité concernée, mais lorsqu'il annule cette décision, l'autorité est tenue de se conformer à l'arrêt du Conseil d'Etat : lorsque l'autorité prend une nouvelle décision, elle ne peut méconnaître les motifs de l'arrêt annulant la première décision ; si elle s'en tient à l'annulation, l'intéressé est réputé ne pas avoir fait l'objet d'une sanction disciplinaire » (86). Lorsqu'une demande de suspension peut être introduite, il n'est pas requis par la présomption d'innocence que le recours soit suspensif (87).

Le *droit au contrôle juridictionnel* est essentiel lorsqu'une atteinte est portée à un droit fondamental. C'est le cas lorsqu'une personne fait l'objet d'une mesure pénale ou disciplinaire ou encore d'une mesure purement administrative grave, en l'occurrence une suspension préventive. Une telle mesure « doit donc toujours être fondée sur des motifs qui sont appréciés *in concreto* au regard des intérêts supérieurs en cause, ici plus particulièrement les intérêts des enfants et de l'enseignement. Le contrôle du juge sur ces motifs – ainsi que sur la régularité de la procédure – est une garantie fondamentale pour l'intéressé » (88).

Dès lors que le droit au recours juridictionnel est effectivement garanti, d'autres possibilités de recours ne sont pas requises. Il n'existe pas de principe général de droit du double degré de juridic-

(84) Arrêt n° 54/2001, B.10.1. Voy aussi l'arrêt n° 3/2002, B.7, déjà évoqué *supra*, I, C.

(85) Arrêt n° 4/2001, B.8.4.7.1.

(86) Arrêts n° 54/2001, B.10.3, n° 66/2002 du 28 mars 2002, B.6, n° 164/2002 du 13 novembre 2002, B.6 et n° 141/2003, B.5.

(87) Arrêt n° 4/2001, B.8.4.7.2.

(88) Arrêt n° 2/2000 du 19 janvier 2000, B.4.5.

tion (89). La Cour précise encore : « abstraction faite du droit pénal (voy. article 14.5 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques), il n'existe point de principe général de droit assurant un double degré de juridiction. Il n'existe pas non plus de principe général de droit qui garantirait la possibilité d'introduire un recours administratif contre une sanction disciplinaire » (90). Cependant si le législateur organise un recours, il ne peut le faire de manière discriminatoire (91).

Le législateur peut soumettre une demande de *réhabilitation* à des conditions de recevabilité, en particulier en ce qui concerne le délai d'attente qui n'est pas en l'espèce déraisonnablement long. « La demande de réhabilitation n'est pas une voie de recours. La décision d'accorder la réhabilitation ne met pas à néant la peine disciplinaire. Elle tend seulement à supprimer pour l'avenir tous les effets de la sanction » (92).

C'est au législateur qu'il appartient d'apprécier s'il y a lieu ou non de prévoir que puisse être accordé le *sursis*, comme modalité de l'exécution d'une peine disciplinaire. Le choix de la règle la plus rigoureuse peut se justifier si des motifs sont invoqués en ce sens (93).

Le *prononcé en audience publique* des décisions administratives en matière disciplinaire n'est pas requis par l'article 149 de la Constitution et ne résulte pas de la possibilité de demander le traitement public devant le conseil de discipline (94).

Lorsque les garanties procédurales sont accordées, il ne revient pas au juge constitutionnel de s'immiscer dans le pouvoir d'appréciation du législateur « à qui il appartient de désigner les autorités qui, dans les différents services publics, sont les plus qualifiées pour exercer l'action disciplinaire ». Cela relève du choix politique (95).

(89) Arrêt n° 4/2001, B.8.4.7.1.

(90) Arrêts n° 66/2002, B.4 et n° 164/2002, B.4.

(91) Arrêt n° 99/2002 du 19 juin 2002, B.3. Il s'agissait dans cette affaire d'un recours devant l'autorité de tutelle contre des sanctions disciplinaires infligées au personnel communal.

(92) Arrêt n° 12/2002 du 16 janvier 2002, B.4.

(93) Arrêt n° 164/2002, B.13. En l'espèce, le fait que les forces de police sont « en permanence un acteur essentiel pour le fonctionnement et le maintien de l'ordre juridique interne ».

(94) Arrêt n° 4/2001, B.8.4.7.3.

(95) Arrêt n° 113/98, B.4.2. et B.5.

CONCLUSION

L'apport du juge constitutionnel au contentieux disciplinaire ne peut être nié ou ignoré. La Cour d'arbitrage fixe un cadre général, crée des liens entre les règles de droit et nous incite à ouvrir le regard. Les droits fondamentaux sont au cœur du débat. Le droit est « nourri » de « garanties substantielles » (96). Ces évolutions se font en douceur, par touches successives. Il n'y a pas de bouleversements. Le juge constitutionnel tient compte des réalités, des conceptions traditionnelles, des jurisprudences affirmées, mais il en cherche le sens, le fondement. La Cour juxtapose, plus qu'elle n'oppose. Au lecteur de l'arrêt d'associer, de tenter d'accorder, parfois, l'eau et le feu. Au plaideur de persévérer. On l'a vu, l'effectivité d'un droit reconnu peut y perdre.

La démarche est celle de la prudence; elle procède du souci d'éviter les écueils. Le juge constitutionnel n'est pas tout-puissant. Il ne gagne rien à jouer sa partition en solo. L'autorité de ses arrêts sera davantage assurée si d'autres interprètes, le législateur, le juge judiciaire ou administratif, trouvent leur place dans l'orchestre. L'œuvre comportera sans doute plusieurs mouvements. Symphonie inachevée, aurorale (97), concertante ... Osons le pari de l'harmonie!

(96) Pour reprendre les mots de Jacques van Compernelle : « La constitutionnalisation de la procédure, de toutes les procédures, a pu se réaliser parce que la Cour d'arbitrage a, très naturellement, révélé que le droit processuel n'est pas étranger à l'exercice des libertés et que, derrière une apparence de technique et de formalisme, ce droit se nourrit de garanties substantielles » (« Les garanties du procès équitable ... », *op. cit.*, p. 21).

(97) « ... le vent, ce ménétrier de la noce éternelle, essayait dans les arbres les premières notes de cette grande symphonie aurorale que les vieux poètes appelaient le renouveau » (V. Hugo).