

CHRONIQUE NATIONALE

LES COURS ET TRIBUNAUX CHRONIQUE DE JURISPRUDENCE 1997-1998

PAR

FRANÇOIS TULKENS

ET

JÉRÔME SOHIER

1. — Le contentieux constitutionnel dont sont saisis les Cours et tribunaux de l'ordre judiciaire est loin de se tarir, ce qui explique l'ampleur de cette chronique qui ne porte pourtant, à quelques exceptions près, que sur l'année judiciaire 1997-1998.

Deux traits marquants sont à relever. Tout d'abord, l'« explosion » des litiges en matière de libertés publiques, sous l'influence de la C.E.D.H. et des droits économiques, sociaux et culturels, sans omettre le principe d'égalité. Ensuite, l'imbrication de plus en plus grande des contentieux judiciaires : Cour d'arbitrage, Conseil d'Etat, Cours et tribunaux, sans oublier Luxembourg ou Strasbourg ont leur « mot à dire » en la matière. Les possibilités d'action confinent parfois au dédale, entraînant tantôt des revirements surprenants, des divergences ou encore, mais c'est plus rare, de l'harmonie. La présente ne constitue donc qu'un fragment d'un puzzle bien plus large en train de s'élaborer vaille que vaille.

I. — DES BELGES ET DE LEURS DROITS

Les principes d'égalité et de non discrimination (articles 10 et 11)

2. — Que l'égalité soit un principe cardinal de toute démocratie, personne ne l'ignore depuis 1789 ; que, combinée à l'article 159 de la Constitution, elle est aussi un principe « subversif » permettant aux Cours et tribu-

François TULKENS est chargé d'enseignement aux Facultés Universitaires Saint-Louis.

Jérôme SOHIER est maître de conférences à l'Université Libre de Bruxelles.

L'un et l'autre sont également avocats au barreau de Bruxelles.

naux de remettre en cause, le cas échéant, les textes réglementaires (1) nouveaux ou anciens semble aujourd'hui mieux connu et... pratiqué, surtout dans les domaines où la réglementation foisonne, tels le droit disciplinaire ou le droit social (2).

Le critère servant de référence à toutes les juridictions est le suivant : *« Les règles de l'égalité et de la non discrimination n'excluent pas qu'une différence de traitement soit établie selon certaines catégories de personnes, pour autant que les critères de différenciation soient susceptibles de justification objective et raisonnable. L'existence d'une telle justification doit s'apprécier en tenant compte du but et des effets de la mesure critiquée ainsi que de la nature des principes en cause. Le principe d'égalité est violé lorsqu'il est établi qu'il n'existe pas de rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé ».*

3. En matière disciplinaire, l'article 25, § 1^{er} de l'arrêté royal n° 79 du 10 novembre 1967 relatif à l'Ordre des médecins précisait que l'appel interjeté devant un conseil d'appel contre les décisions prises par le conseil provincial devait être exercé, dans le chef du médecin, dans un délai de 15 jours et, dans le chef d'un assesseur au conseil provincial ou dans le chef du président du conseil national, agissant conjointement avec un vice-président, dans les 30 jours. Par un arrêt prononcé le 20 juin 1997 (3), la Cour de cassation a considéré que cette différence de délai ne reposait sur aucune justification raisonnable, en sorte qu'a été cassée la décision d'un conseil d'appel qui avait déclaré irrecevable le recours exercé par un médecin au-delà du délai de 15 jours, décision qui avait ainsi appliqué au médecin, en violation des articles 10 et 11 de la Constitution, un délai plus court que celui dont bénéficiaient d'autres personnes placées dans une situation comparable.

4. — En droit social, trois décisions retiennent l'attention.

Tout d'abord, la Cour du travail d'Anvers (4) a été amenée à examiner si un arrêté pris le 1^{er} novembre 1989 par le Gouvernement flamand, qui octroyait un montant de 160 frs par demi-journée destiné à couvrir les frais de garderie d'enfant n'ayant pas atteint l'âge de 2 ans et demi était discriminatoire en ce qu'il réservait cet avantage uniquement aux chômeuses qui suivaient la formation fournie par le Forem, excluant ainsi les chômeurs (5). La Cour du travail a considéré que l'ancienne disposition induisait une dis-

(1) Pour les textes légaux, on sait que ce rôle revient, en monopole, à la Cour d'arbitrage.

(2) En matière d'égalité devant l'impôt, voir *infra*, n° 59, le commentaire de l'article 172.

(3) Cass., 20 juin 1997, *J.T.*, 1998, p. 255 ; *R.W.*, 1997-1998, p. 851.

(4) C.T. Anvers, 3 septembre 1997, *J.T.T.*, 1998, p. 274 ; *Chr. D. S.*, 1998, p. 48 et obs. J. JACQMAIN.

(5) Par arrêté du 23 septembre 1992, la réglementation avait été, entre-temps, modifiée. Le litige ne concernait plus que l'année 1991, et portait sur une somme de 21.920 frs réclamée par un chômeur stagiaire de sexe masculin ayant charge d'enfant.

crimination directe à l'encontre des hommes, en violation des articles 10 et 11 de la Constitution, des articles 2 et 4 de la directive européenne 76/207 et de l'article 125 de la loi du 4 août 1978. S'alignant sur la jurisprudence de la Cour de justice, la Cour du travail a estimé que le souci d'action positive en faveur des femmes en matière de garde d'enfant ne pouvait leur être réservé et que les hommes pouvaient dès lors également prétendre à l'indemnité.

Ensuite, c'est l'arrêté royal du 12 janvier 1993 édictant un barème applicable aux experts en matière d'allocations aux handicapés qui a été l'objet d'un contrôle de constitutionnalité exercé par la Cour du travail de Liège (6). Dans une décision longuement et adéquatement motivée, la Cour constate que l'arrêté précité a pour fondement légal l'article 19 de la loi du 27 février 1987 relatif aux allocations aux handicapés qui contient le principe de la barémisation des interventions des experts médicaux désignés par les Cours et tribunaux du travail. Estimant que cette disposition légale ne contient pas en soi de discrimination, la Cour du travail refuse de poser une question préjudicielle à la Cour d'arbitrage et s'attache plutôt à examiner la constitutionnalité de l'arrêté royal précisant le barème voulu par la loi. Après avoir rappelé le but poursuivi par l'instauration d'un barème, à savoir comprimer les frais liés aux expertises compte tenu de la charge qu'elles représentent pour l'institution de sécurité sociale concernée, la Cour du travail vérifie si les moyens utilisés respectent le principe d'égalité et de proportionnalité. A cet égard, si le principe de la tarification ainsi que le montant fixé par le Roi ne peuvent être remis en cause, l'arrêté royal viole les articles 10 et 11 de la Constitution dans la mesure où « *il aurait à tout le moins dû laisser à l'expert — sous le contrôle du juge — la possibilité de tarifier différemment une expertise présentant des particularités rendant l'examen plus difficile ou plus onéreux ou engendrant des frais de secrétariat exceptionnellement élevés* ». Autrement dit, est discriminatoire le fait de prévoir un montant d'honoraires et de frais identique pour tous les experts, alors qu'ils accomplissent parfois des travaux différents, selon les particularités de chaque expertise (7).

Enfin, la règle d'égalité et de non discrimination est également applicable entre personnes privées. Ceci se déduit implicitement mais certainement de l'arrêt prononcé le 12 septembre 1997 par la Cour du travail de Bruxelles (8). En l'espèce, il était reproché à un employeur de traiter différemment des catégories de travailleurs se trouvant dans des sièges d'explo-

(6) C.T. Liège, 29 juin 1998, *J.L.M.B.*, 1998, p. 1687.

(7) Pour la petite histoire, en l'espèce, la Cour du travail a estimé que, dans le cadre du complément de mission qui lui a été demandé, l'expert n'avait pas rencontré de difficulté particulière, en sorte qu'il n'y avait pas lieu de s'écarter du barème applicable !

(8) *Chr. D. S.*, 1998, p. 224 ; *A.J.T.*, 1998-1999, p. 473 et note Y. STEVENS et B. VAN BUGGENHOUT, « Categoriele selectiviteit in aanvullende werknemerspensioen ».

tation distincts d'une même entreprise. La Cour rejette le grief en considérant que les sièges distincts, respectivement situés à Bruxelles et à Anvers sont le fruit d'une fusion de deux sociétés qui, à l'origine, les géraient forcément de manière différente, sièges qui restent autonomes malgré la fusion, en sorte que le personnel occupé dans l'un de ces sièges peut bénéficier d'une assurance de groupe et d'une pension complémentaire, contrairement au personnel de l'autre siège, sans qu'il n'y ait discrimination. Il s'agirait plutôt, en quelque sorte, d'un héritage du passé, maintenu pour une entreprise qui peut être considérée comme distincte d'une autre appartenant pourtant à un même groupe, sans obligation d'étendre ces avantages à la seconde, et sans pour autant méconnaître l'article 45 (9) de la loi du 27 juin 1969 révisant l'arrêté-loi du 28 décembre 1944 concernant la sécurité sociale des travailleurs.

La légalité des incriminations et des peines
(articles 12 et 14)

5. — L'article 12, al. 3 de la Constitution garantit, hors le cas de flagrant délit, que nul ne puisse être arrêté qu'en vertu d'une ordonnance motivée d'un juge, ordonnance qui doit être signifiée au moment de l'arrestation ou au plus tard dans les 24 heures.

Dans un arrêt prononcé le 17 décembre 1997 (10), la Cour de cassation a considéré qu'un « *mandat d'amener indiquant l'infraction du chef de laquelle il a été délivré, signifié dans les 24 heures de la privation de liberté, constitue une ordonnance motivée du juge au sens de l'article 12, al. 3 de la Constitution* » (11).

6. — Par ailleurs, les juridictions pénales ont été amenées à examiner la légalité des délits et des peines en matière sociale et en matière environnementale.

Ainsi, les dirigeants de la s.a. Renault Industrie Belgique, cités devant le tribunal correctionnel de Bruxelles en raison des conditions dans lesquelles est intervenue la fermeture du site de Renault-Vilvorde, considéraient que les dispositions légales servant de base aux poursuites ne satisfaisaient pas à l'exigence de clarté et donc au principe de la légalité des délits et des peines, principe consacré par l'article 7.1 de la C.E.D.H., l'article 15.1 du Pacte international du 19 décembre 1966 relatif aux droits civils et politiques, par l'article 14 de la Constitution et l'article 2 du Code

(9) L'article 45 dispose, en son alinéa 1, que « *tout employeur qui accorde volontairement à son personnel des avantages d'ordre social complémentaire de ceux qui résultent de la présente loi doit les accorder sans distinction à tous les travailleurs de son entreprise appartenant à une même catégorie* ».

(10) *Revue de droit pénal crim.*, 1998, p. 709.

(11) La Cour confirme ainsi sa jurisprudence antérieure (voir Cass., 3 janvier 1990, *Pas.*, I, p. 521).

pénal. En réponse, le tribunal correctionnel de Bruxelles (12) a tout d'abord rappelé que « *l'exigence de la sécurité de la loi ne saurait signifier que les faits concrets engageant la responsabilité pénale soient exposés en détail dans la loi concernée. Il est satisfait à cette exigence lorsqu'il est possible de définir, à partir de la disposition légale pertinente, quels actes ou omissions engagent la responsabilité pénale, même si cette définition est donnée par les tribunaux qui interprètent la disposition en cause* » (13). Appliquant ces principes en l'espèce, le tribunal considère que la citation fait référence non seulement aux infractions, mais également aux articles des législations en vigueur au moment de la perpétration des faits, en sorte que le moyen a été rejeté pour défaut de fondement.

Dans le même ordre d'idées, la Cour d'appel de Gand a considéré que le décret de la Région flamande du 28 juin 1985 relatif à l'autorisation anti-pollution, en ce qu'il oblige l'exploitant à prendre de manière permanente, indépendamment du permis octroyé, les mesures nécessaires pour prévenir les dommages, nuisances et accidents graves, est certes susceptible d'interprétation, mais décrit néanmoins de façon suffisamment précise le comportement délictueux qui est assorti d'une sanction pénale. Tel que libellée, cette infraction est compatible avec l'article 7 de la C.E.D.H. et les autres dispositions qui garantissent le principe de la légalité des incriminations et des peines (14).

L'inviolabilité du domicile (article 15)

7. — En matière de stupéfiants, l'article 7, § 3 de la loi du 24 février 1921 contient diverses mesures permettant aux officiers de police judiciaire ou aux agents désignés par le Roi de pénétrer dans différents lieux. Tantôt, cette autorisation n'existe que pendant les heures où ces lieux sont ouverts ou non au public (article 7, § 3, al. 1 et 2) ; de manière plus exceptionnelle, il est également prévu que ces agents « *peuvent, à toute heure, pénétrer dans les locaux qui servent à la fabrication, à la préparation, à la consommation ou à l'entreposage* » de substances prohibées. Dans un arrêt prononcé le 1^{er} octobre 1996 (15), la Cour de cassation a été amenée à examiner la compatibilité de cette disposition avec l'article 15 de la Constitution qui garantit l'inviolabilité du domicile. L'arrêt est laconiquement motivé, puisqu'il constate que la disposition précitée détermine les cas et les formes dans lesquels ces visites domiciliaires peuvent avoir lieu. En la matière, la Cour de cassation

(12) Corr. Bruxelles, 20 mars 1998, *J.L.M.B.*, 1998, p. 870.

(13) Le tribunal cite en ce sens J. VELU et R. ERGEC, *R.P.D.B.*, complément VII, 1990, p. 330, v° Convention européenne des droits de l'homme, n° 628.

(14) Gand, 7 janvier 1997, *T.M.R.*, 1998, p. 126.

(15) *Recente arresten van het Hof van cassatie*, 1998, p. 49.

semble donc admettre une forme de recherche proactive des infractions, indépendamment de tout cas de flagrant délit, et en dehors du contrôle d'un juge d'instruction, puisque les officiers de police judiciaire et les agents compétents apprécieront seuls, en cas d'urgence, s'il y a lieu de procéder à une visite domiciliaire qui peut s'effectuer à toute heure (16).

8. — Par ailleurs, à propos de la notion de domicile, la Cour de cassation a eu l'occasion de préciser qu'elle ne recouvrait pas les chambrées d'une caserne militaire ! Après avoir rappelé que « le terme 'domicile', au sens de l'article 15 de la Constitution, désigne le lieu, en ce compris les dépendances propres y encloses, occupé par une personne en vue d'y établir sa demeure ou sa résidence réelle et où elle a droit, à ce titre, au respect de son intimité, de sa tranquillité et, plus généralement, de sa vie privée », la Cour poursuit en indiquant que « dès lors qu'aucune disposition légale ne confère aux militaires ou à d'autres personnes le droit d'établir dans une caserne militaire ou dans un autre quartier militaire, y compris dans les chambrées, leur domicile au sens de l'article 15 de la Constitution, le contrôle de ces chambrées par les responsables compétents à cet égard ne constitue pas une violation du caractère inviolable du domicile, garanti par la disposition précitée » (17).

La liberté d'expression (article 19)

9. En matière de liberté d'expression, les juges ont confirmé leur volonté de faire prévaloir la liberté sur les restrictions, spécialement quand cette liberté est exercée par des particuliers. Ainsi, il est généralement rappelé que le droit à la liberté d'expression englobe celui de manifester des opinions et des critiques. Le caractère fondamental de ce droit requiert que les sanctions en cas d'abus de la liberté d'expression n'interviennent que de manière particulièrement circonspecte et à la condition que la critique ait été émise à la légère ou simplement dans un but de nuire.

10. — A cet égard, n'ont pas été considérées comme incompatibles avec l'article 19 de la Constitution ni avec l'article 10 de la C.E.D.H., les critiques émises par une asbl de protection de défense des animaux à l'encontre d'un parc privé d'animaux, critiques portant sur le manque de sécurité du parc ainsi que sur les conditions d'hébergement des animaux. La demande de dommages et intérêts formulée par l'exploitant du parc a dès lors été rejetée (18).

(16) On renverra à cet égard aux réflexions critiques formulées par I. ONSÉA, « De toepassing van huiszoeking in gevallen van hoogdringendheid », *Recente arresten van het Hof van cassatie*, 1998, p. 45.

(17) Cass., 21 avril 1998, *Larcier Cass.*, 1998, n^o 1046 et 1047.

(18) Civ. Gand, 17 octobre 1997, *R.W.*, 1997-1998, p. 750.

De même, si les mots contiennent des critiques, les dessins peuvent parfois être encore plus acerbes. Le rapprochement entre le Front National de 1995 et le nazisme de 1940 effectué par le dessin d'une jeune étudiante participe d'une liberté d'expression toute personnelle, certes subjective, mais dont il n'est aucunement démontré qu'elle procéderait d'une intention délibérée et gratuite de nuire à l'honneur du demandeur, en l'espère le président du Front National (19). Ici également, la demande en réparation a été déclarée non fondée.

La séparation de l'église et de l'Etat
(article 21)

11. — L'interdiction pour l'Etat d'intervenir en matière de nomination et de révocation des ministres d'un culte, en raison de l'autonomie organisationnelle de chaque confession, interdiction confirmée par un arrêt de la Cour de cassation du 20 octobre 1994 (20), a donné lieu à des arrêts portant sur les deux questions suivantes : le juge des référés peut-il néanmoins intervenir en la matière à titre provisoire ? Quelle est par ailleurs la portée de cette interdiction au plan de la responsabilité civile, et notamment dans les rapports entre un évêque et un curé ?

12. — La première question a reçu une réponse un peu surprenante de la part de la Cour d'appel de Liège qui, le 4 novembre 1997, a rétabli, à titre provisoire, un prêtre dans ses droits, moyennant obligation de saisir le juge du fond compétent dans un certain délai (21). En dépit de l'arrêt de la Cour de cassation du 20 octobre 1994, la Cour d'appel de Liège a considéré qu'au provisoire, elle pouvait constater qu'un prêtre avait été privé par son évêque d'un droit auquel il pouvait apparemment prétendre, tant au regard du droit canon qu'au regard de la Convention européenne des droits de l'homme. Cet arrêt a toutefois fait l'objet d'un pourvoi en cassation. A suivre donc.

13. — La seconde question a défrayé la chronique en raison de procédures menées devant diverses juridictions contre les plus hautes autorités de l'Eglise. D'un point de vue constitutionnel, toutes les décisions recensées ont confirmé que les Cours et tribunaux peuvent, sans violer le principe constitutionnel de l'indépendance réciproque de l'Etat et de l'Eglise, exami-

(19) Civ. Namur, 1^{er} décembre 1997, *J.T.*, 1998, p. 279 ; *J.L.M.B.*, 1998, p. 127 ; *J. Procès*, 1998, n° 340, p. 30.

(20) Cass., 20 octobre 1994, *R.C.J.B.*, 1996, p. 124 et note F. RIGAUX, « Le respect des droits fondamentaux par les institutions non étatiques » ; H. VUYE, « Hoe gescheiden zijn Kerk en Staat ? Interpretatie mogelijkheden omtrent artikel 21 van de grondwet. Het arrest van het Hof van cassatie van 20 oktober 1994 », *Recente arresten van het Hof van cassatie*, 1995, pp. 49-58.

(21) Liège, 4 novembre 1997, *J.L.M.B.*, 1998, p. 680 et note M. WESTRADE, « La Constitution est-elle applicable en référé ? Le cas de la séparation des Eglises et de l'Etat ».

ner les règles internes régissant les rapports entre les membres de l'Eglise, en déduire les conséquences, notamment sur les droits civils (22). Pour le surplus, le droit constitutionnel ne fournit aucune indication sur la manière dont doivent être appréciées les relations entre commettant et préposé au sein de l'église, pour autant que ce type de relations existe. La matière relève en effet exclusivement du droit civil et l'on peut renvoyer aux commentaires formulés sur le sujet (23).

Le respect de la vie privée et familiale
(article 22)

14. — La portée du droit à la vie privée continue à être définie, au cas par cas, par les Cours et tribunaux. On verra ci-après que si les époux ont à ce titre le droit de se rejoindre, cela n'autorise pas tous les comportements dans les relations intimes. Par ailleurs, la vie privée doit parfois céder le pas devant d'autres droits concurrents.

15. — La Cour d'appel de Bruxelles, dans un arrêt prononcé le 9 septembre 1998 (24) a englobé sous l'article 22 de la Constitution, combiné avec les articles 8.1 de la C.E.D.H. et 23.1 et 2 du Pacte de New-York du 19 décembre 1966 relatif aux droits civils et politiques, le droit pour les époux de vivre ensemble. La protection de ce droit subjectif fondamental revient aux Cours et tribunaux de l'ordre judiciaire, en ce compris les juges des référés pour, le cas échéant, prononcer des mesures provisoires. En l'espèce, constatant qu'un ressortissant pakistanais, après avoir résidé de 1991 à 1995 sur le territoire belge en qualité de candidat réfugié, qualité qui lui a finalement été refusée et a entraîné son rapatriement au Pakistan, s'était ensuite marié dans son pays avec une ressortissante belge qu'il avait précédemment rencontrée lors de son séjour (par hypothèse illégal) en Belgique, la Cour a considéré qu'il pouvait bénéficier des règles en matière de regroupement familial, en sa qualité d'époux d'une ressortissante belge qui veut se fixer dans le Royaume, étant ainsi assimilé à un ressortissant de l'Union européenne (25), sans que les motifs d'interdiction d'accès au territoire (raison de sécurité, d'ordre ou de santé publique) ne puissent utilement être invoqués par l'Etat belge. En conséquence, l'Etat belge a été condamné,

(22) En ce sens, Corr. Termonde, 10 juin 1998, *R.G.D.C./T.B.B.R.*, 1998, p. 339 ; Bruxelles, 25 septembre 1998, *J.T.*, 1998, p. 712.

(23) La décision de la Cour d'appel de Bruxelles visée à la note précédente réforme une décision prononcée par le tribunal correctionnel le 9 avril 1998, *J. Procès*, 1998, n° 348, p. 22 et obs. de J. et F. MESSINE. L'arrêt de la Cour d'appel a par ailleurs été commenté par Monsieur Jean-Luc FAGNART, *Journal des procès*, 1998, n° 357, p. 24.

(24) R.G. 1997/KR/550, inédit.

(25) Voir article 40 de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers.

sous peine d'astreinte, à délivrer au demandeur un visa de type D, relatif au regroupement familial.

Après la Cour de Strasbourg (26), la Cour de cassation a, sans doute bien malgré elle, été contrainte de se prononcer sur la validité de poursuites pénales intentées en raison de faits de sadomasochisme (27). L'arrêt, très longuement motivé, et rédigé en néerlandais (28), a été résumé dans le Rapport de la Cour de cassation 1998 dans les termes suivants, qui méritent d'être intégralement reproduits :

« Les pratiques sadomasochistes ne sont pas qualifiées par la loi pénale comme constituant un comportement punissable autonome ; par leur nature, elles répondent à la qualification du délit de coups et blessures volontaires prévus par les articles 392, 398 et suivants du Code pénal. Outre les griefs relatifs à l'existence des éléments constitutifs de l'infraction, tels que l'absence d'intervention malveillante et de tout dommage, le prévenu soulevait que cette forme de vie sexuelle relève de la vie privée qui en tant que telle bénéficie de la protection de l'article 8, § 1^{er}, de la Convention des droits de l'homme et ne serait pas punissable.

Dans son arrêt du 6 janvier 1998, la Cour rappelle tout d'abord que l'infraction d'infliger volontairement des blessures ou de porter des coups à autrui ne requiert comme élément moral qu'un dol général, à savoir le fait de commettre sciemment l'acte interdit par la loi qui consiste dans l'atteinte à l'intégrité physique de la personne à laquelle les blessures ont été infligées ou les coups portés. L'intention malveillante, c'est-à-dire le dol spécial, n'est pas requis, de sorte que l'intention des personnes concernées, spécialement l'intention de promouvoir le bien-être psychophysique de la personne qui a subi les actes ou encore leur consentement ne porte pas atteinte à l'existence de l'infraction. La Cour précise que relativement à l'infraction de blessures et de coups volontaires le dommage visé par les articles 392 et 398 du Code pénal, à savoir l'atteinte portée à l'intégrité physique de la personne existe, sans avoir égard à d'autres dommages qui peuvent éventuellement résulter de ces coups et blessures volontaires et qui, le cas échéant, sont qualifiés de circonstance aggravante.

La Cour reconnaît que le sadomasochisme constitue une forme de sexualité qui, en principe, relève de la vie privée, que le droit au respect de celle-ci est garanti par l'article 8, § 1^{er}, Conv. D.H. et que l'ingérence du législateur n'est autorisée qu'exceptionnellement en vertu de l'article 8, § 1^{er}, Conv. Dr. H si elle est nécessaire à la protection de la santé ou de la morale, ce qui est le cas pour les articles 392 et suivants du Code pénal. Lorsque ce motif d'ingérence n'existe pas le sadomasochisme constitue toutefois toujours une infraction qui ne se justifie pas

(26) C. Eur. Dr. h., 19 février 1997, *Laskey et al.*, Rev. Trim. Dr. H., 1997, p. 733 et obs. M. LEVINET, « La légitimité de la répression par l'Etat des pratiques sadomasochistes ». Pour une note critique, cfr. P. DE HERT et S. GUTWIRTH, « Privacy, seksuele vrijheid en sadomasochisme », *Panopticon*, 1998, pp. 279-286.

(27) Voy. également, Gand, 23 septembre 1997, *A.J.T.*, 1997-98, p. 260 ; Anvers, 30 septembre 1997, *R.W.*, 1997-1998, p. 749.

(28) Cass., 6 janvier 1998, *R.W.*, 1998-1999, p. 290.

par le consentement de la victime mais qui peut être excusable. La cause d'excuse ne peut résulter que de la loi qui rend certains comportements non punissables (voir art. 462 C.P.). En l'espèce, le caractère non punissable résulte de l'article 8, § 1^{er}, Conv. D.H. en vertu duquel la vie sexuelle, dans les limites de l'acceptable, doit être considérée comme faisant partie de la vie privée dont le respect requiert, en vertu de l'article 8, § 1^{er}, qu'elle ne soit pas punissable, en d'autres termes, qu'elle soit excusable.

L'arrêt précise que 'ceci est le cas lorsque (les coups et blessures) ne sont pas de nature à porter atteinte à la santé de la personne qui les subit ni à la moralité publique et lorsqu'ils sont commis à l'égard d'une personne qui y consent légalement'. La Cour suit ainsi la distinction faite par les juges d'appel entre le sadomasochisme léger, qui ne porte pas atteinte à la santé, et le 'sodomasochisme grave' qui équivaut à la torture ».

16. — Par ailleurs, la Cour de cassation a mis fin à la querelle relative à la validité de l'arrêté royal du 26 octobre 1966 rendant obligatoire la vaccination anti-poliomyélitique (29). Constatant non seulement que l'arrêté royal avait été régulièrement édicté, la Cour de cassation (30) rappelle qu'une ingérence des autorités publiques dans la vie privée et familiale est autorisée à la double condition qu'elle soit légale et qu'elle constitue une mesure nécessaire à la protection de la santé. A cet égard, l'obligation vaccinale contre la poliomyélite ne constitue pas en une immixtion illégale ou arbitraire dans la vie privée et familiale de l'enfant, mais rentre dans le cadre de mesures appropriées pour lutter contre la maladie et est destinée à assurer le développement des soins de santé préventifs auxquels les Etats se sont engagés en vertu de l'article 24 de la Convention relative aux droits de l'enfant.

17. — Enfin, la protection de la vie privée ne peut l'emporter lorsque les faits « révélés » l'ont été à l'occasion d'une audience publique. Un traiteur bruxellois, poursuivi mais finalement acquitté pour proxénétisme, reprochait à un journaliste d'avoir écrit des articles signalant qu'il donnait des flats à louer à des personnes douteuses, dont des prostituées. La Cour d'appel de Bruxelles (31) considère certes que la gestion d'un patrimoine locatif relève de la vie privée, mais que ce genre de fait n'a rien d'intime, et est devenu public par le fait même des poursuites dont la mention ne constitue aucunement une atteinte à la vie privée.

(29) Sur cette controverse, voir notre précédente chronique, *R.B.D.C.*, spécialement n^{os} 15 et 39.

(30) Cass., 1^{er} octobre 1997, *J.L.M.B.*, 1998, p. 796 et note C. MEUNIER, « Vaccination obligatoire et vie privée ».

(31) Bruxelles, 3 décembre 1997, *A & M*, 1998, p. 255 et obs. D. VOORHOOF.

*Les droits économiques et sociaux
(article 23)*

18. — Petit à petit, les droits économiques et sociaux prennent place dans le paysage des droits subjectifs constitutionnellement garantis.

Ces multiples droits (au travail, à la protection de la santé, à l'aide sociale, médicale et juridique, à un logement décent, à la protection d'un environnement sain, etc.) ont pour tronc commun l'alinéa 1^{er} de l'article 23 selon lequel « *chacun a le droit de mener une vie conforme à la dignité humaine* ». Cette disposition générale fait écho à la disposition plus particulière, inscrite de longue date à l'article 1^{er} de la loi du 8 juillet 1976 relative aux CPAS, selon laquelle toute personne a droit à l'aide sociale qui a pour but de permettre à chacun de mener une vie conforme à la dignité humaine. Interprétant cette disposition, et en conséquence, implicitement mais certainement, l'article 23, al. 1, la Cour du travail de Mons (32) a considéré que « *le respect de la dignité humaine implique le respect de la personne humaine* ». A l'aune de ce critère, généreux mais imprécis, l'on comprend mieux les divergences de jurisprudence qui apparaissent des divers droits économiques et sociaux plus particuliers.

19. — Ainsi, en matière de *droit à l'aide sociale*, la saga relative à l'aide sociale accordée aux étrangers, et notamment aux illégaux, a connu de nouveaux développements. Outre les réformes législatives qui se sont succédées pour définir les limites des droits conférés en la matière aux différentes catégories d'étrangers, il faut tenir compte de deux importants arrêts de la Cour d'arbitrage (33), ainsi que de décisions divergentes des juridictions de l'ordre judiciaire. Si l'on ajoute à cela le caractère parfois rétroactif de certaines interventions législatives ou d'arrêts de la Cour d'arbitrage, il est bien risqué de se livrer au moindre commentaire, tant la matière connaît des évolutions rapides en sens très divers. Minimale, on indiquera néanmoins que l'unanimité règne entre juridictions pour conférer à l'article 23 un effet de *stand still* (34). En revanche, et avant que la Cour d'arbitrage ne se prononce s'agissant d'apprécier la validité de l'article 57, § 2 de la loi du 8 juillet 1976 organique des CPAS, des décisions en sens divers ont été prononcées. D'une part, la Cour du travail de Liège (35) a considéré que cette loi ne méconnaissait pas les normes de droit supranational, et notamment la Convention européenne des droits de l'homme. En sens radicalement inverse, le tribunal du travail de Bruxelles (36) a pour sa part considéré que la même disposition était incom-

(32) C.T. Mons, 14 janvier 1997, *J.L.M.B.*, 1998, p. 1786.

(33) C.A., 22 avril 1998, n° 43/98, *J.L.M.B.*, 1998, p. 884 et obs. A. SIMON et C.A., 21 octobre 1998, n° 108/98.

(34) En ce sens, C.T. Liège, 16 septembre 1997, *J.L.M.B.*, 1998, p. 906 ; T.T. Bruxelles, 24 septembre 1997, *Revue du droit des étrangers*, 1997, n° 94, p. 388.

(35) *Op. cit.*

(36) *Op. cit.*

patible avec l'article 26 du Pacte International du 19 décembre 1966 relatif aux droits civils et politiques dans la mesure où, de manière déraisonnable et disproportionnée, elle privait les étrangers ayant reçu un ordre de quitter le territoire de toute aide sociale, et ce au mépris de l'effet de *stand still* qui s'attache à l'article 23 de la Constitution qui reconnaît à chacun le droit de mener une vie conforme à la dignité humaine, notamment en matière d'aide sociale. Il faut ici souligner la manière dont certaines juridictions, soit pour échapper à une question préjudicielle qui devrait être adressée à la Cour d'arbitrage, soit pour ne pas tenir compte des arrêts prononcés par la même Cour, opèrent elles-mêmes un contrôle de la validité des normes législatives non pas au regard de la Constitution mais directement par rapport aux normes supranationales, restaurant ainsi une forme de contrôle diffus, parallèle au contrôle de constitutionnalité exercé en monopole par la Cour d'arbitrage notamment vis-à-vis des articles 10 et 11 de la Constitution. Si cette tendance devait se développer, une intervention constitutionnelle ou législative semble nécessaire pour clarifier dans un sens ou dans l'autre cette concurrence de compétences qui ne favorise pas la sécurité juridique.

20. — En matière de *droit à un logement décent*, on relèvera un arrêt de la Cour d'appel de Liège (37) qui implicitement met à charge d'un CPAS une obligation positive de fournir un logement à un demandeur d'aide sociale. Engage sa responsabilité, le CPAS qui, par une succession d'absences fautives, laisse un demandeur d'aide sans logement, le contraignant ainsi à vivre dans les bois, c'est-à-dire dans des conditions indignes pendant plusieurs mois.

Dans le même sens, le tribunal correctionnel de Termonde a considéré que le droit à l'habitat et à un logement convenable peut primer sur la violation de la réglementation en matière d'aménagement du territoire et d'urbanisme (38).

21. — Enfin, en matière de *droit à un environnement sain*, l'unanimité ne règne pas non plus. Tout d'abord, la Cour d'appel de Bruxelles (39) confirme la recevabilité d'une action fondée par les riverains de l'aéroport de Bierset, dans la mesure où la citation était fondée sur la défense de la qualité du cadre de vie des riverains, le droit à un repos nocturne paisible qui serait mis en péril par un non respect tant de la législation urbanistique que des normes en matière de bruit des avions. Certes, la Cour ne se prononce pas explicitement sur l'article 23, al. 3, 4^e qui a trait au droit à la protection d'un environnement sain, évitant ainsi de contredire ouvertement un précédent arrêt prononcé par la même Cour le 24 janvier

(37) Liège, 3 juillet 1997, *J.L.M.B.*, 1997, p. 1.403.

(38) Corr. Termonde, 18 novembre 1997, *A.J.T.*, 1997-1998, p. 266 et note S. DE TAEYE et F. VAN ACKER. Appel a cependant été introduit contre cette décision.

(39) Bruxelles, 15 janvier 1998, *J.L.M.B.*, 1998, p. 268.

1997 (40), mais il est pour le moins surprenant que de manière prétorienne, au sein d'une même juridiction, des droits subjectifs — le calme, le repos nocturne, etc. — soient ainsi consacrés alors que des droits explicitement et constitutionnellement garantis — le droit à un environnement sain — ne l'avaient pas été en tant que droits subjectifs.

La Cour d'appel de Liège (41) ne semble pour sa part ne pas avoir hésité à considérer que l'article 23, al. 3, 4^e conférerait bien un droit subjectif dont la protection pouvait, le cas échéant combinée avec celle de l'article 544 du Code civil, faire l'objet d'une protection en référé. Toutefois, en l'espèce, dans le cadre de la balance des intérêts en présence, la Cour d'appel n'a pas fait droit à une demande d'interdiction des activités d'une carrière, au motif que les nuisances invoquées en termes généraux par les riverains ne semblaient pas d'une gravité telle qu'elles justifient une mesure aussi radicale.

Ne serait-il pas temps qu'il soit mis fin à la cacophonie judiciaire en la matière ? Ne peut-on pas constater que, contrairement aux craintes formulées par le constituant, même si l'on fait du droit à la protection d'un environnement sain un droit subjectif, celui-ci n'aura pas toujours la préséance, puisqu'il incombera le plus souvent au juge d'apprécier sa portée face à des droits ou intérêts concurrents (42).

La liberté d'enseignement (article 24)

22. — Dans les précédentes chroniques, il avait été constaté que la question de la mixité obligatoire avait alimenté une large jurisprudence du côté néerlandophone. Un décret promulgué le 25 février 1997 de la Communauté flamande relatif à l'enseignement fondamental avait à cet égard confirmé que la mixité n'était pas obligatoire dans tous les établissements scolaires : dans l'enseignement primaire libre subventionné, les refus d'inscription sont encore autorisés, sauf s'ils sont fondés sur des « *critères incorrects qui compromettent la dignité humaine* » (43).

La Cour d'arbitrage s'est prononcée le 4 novembre 1998 sur la constitutionnalité de ce décret (44). Le décret n'a pas été annulé notamment pour les motifs qu'« *en prévoyant qu'une autorité scolaire de l'enseignement libre subventionné peut refuser l'inscription d'un élève moyennant une motivation écrite, mais qu'une inscription ne peut en aucun cas être refusée sur la base*

(40) *J.L.M.B.*, 1997, p. 332.

(41) Liège, 29 janvier 1998, *J.L.M.B.*, 1998, p. 470.

(42) Pour plus de développements sur cette question, voir A. CARETTE, « Een subjectief recht op een volwaardig leefmilieu ? », *T.P.R.*, 1998, pp. 821 à 883.

(43) Article 31, § 2 du décret de la Communauté flamande du 25 février 1997.

(44) C.A., arrêt n° 110/98, 4 novembre 1998.

de critères incorrects qui compromettent la dignité humaine, le législateur décreta garantit le respect des libertés et droits fondamentaux ainsi que le principe de non-discrimination, inscrits dans les dispositions conventionnelles précitées (45) ou dans d'autres dispositions du droit international. En effet, des critères qui violeraient les libertés et droits fondamentaux des élèves ou qui seraient discriminatoires doivent être considérés comme incorrects ou comme compromettant la dignité humaine et doivent donc être réputés contraires à la disposition entreprise. Il appartient au juge d'apprécier cas par cas ». Il est toutefois difficile de conclure que la paix judiciaire aurait ainsi été définitivement établie, puisqu'il reviendra en définitive à chaque juge du fond d'apprécier si les critères invoqués pour refuser une inscription dans l'enseignement libre subventionné (dont ceux fondés sur la non-mixité de l'école) sont ou non compatibles avec la dignité humaine.

Par ailleurs, le contentieux scolaire n'a plus tellement occupé les Cours et tribunaux, mais essentiellement le Conseil d'Etat. On renvoie à cet égard aux chroniques en la matière (46).

La liberté de presse (article 25)

23. — L'article 25 révèle de plus en plus son caractère inadéquat par rapport au rôle et à la diversité des médias dans nos sociétés contemporaines.

A défaut de nouveau choix effectué par le Constituant, les Cours et tribunaux poursuivent, tant bien que mal, leur tâche d'élaboration d'un droit des médias, tenus qu'ils sont de répondre aux requêtes qui leur sont adressées.

24. — A l'égard de la télévision, dont ne souffle mot la Constitution, les Cours et tribunaux ont confirmé l'absence d'interdiction pour intervenir préventivement, quand bien même une restriction est ainsi portée à la liberté d'expression et à la liberté de presse. C'est en combinant des dispositions de droit supranational et de droit interne que les Cours et tribunaux ont justifié leur compétence (47). Au terme d'un raisonnement fondé sur le critère de proportionnalité de l'atteinte portée à la liberté d'expression, ils ont toutefois, le plus souvent, rejeté les demandes d'interdiction de diffu-

(45) Il s'agit des articles 5 e) et v) et 7 de la Convention de New-York du 7 mars 1966 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, de l'article 10 de la convention de New-York du 18 décembre 1979 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes et de l'article 2 de la Convention de New-York du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant.

(46) J.-M. DERMAGNE, *J. Procès*, 1998, n° 359, p. 15 et n° 360, p. 12.

(47) Voir chronique précédente, *R.B.D.C.*, pp. 391-392; *adde*, Bruxelles, 8 mai 1998, *J.L.M.B.*, 1998, p. 1047.

sion d'une émission (48). De manière nuancée, le président du tribunal de première instance de Bruxelles a pour sa part interdit la diffusion d'images dont il n'apparaissait pas qu'elles respectaient le droit à l'image de la personne filmée, tout en refusant pour le surplus d'interdire le reste de l'émission qui semblait comporter des déclarations mettant en cause des tiers, tenant compte du fait que ces tiers avaient été invités à exprimer leur point de vue, ce qu'ils avaient refusé, et que les mises en cause provenaient des tiers et non des journalistes eux-mêmes (49).

25. — A l'égard de la presse écrite, si aucune mesure véritablement préventive n'a été ordonnée, ce qui heurterait sans doute le prescrit constitutionnel, les Cours et tribunaux se sont reconnus compétents pour connaître des mesures de retrait immédiat demandées pour cause d'exercice abusif de la liberté de presse. Ainsi, la Cour d'appel de Bruxelles a confirmé que le juge des référés pouvait, sous peine d'astreinte, ordonner le retrait d'une publication qui portait gravement atteinte aux droits fondamentaux du propriétaire de documents saisis, par la reproduction de ceux-ci au mépris du secret professionnel. Il s'agissait en l'espèce des notes déposées par Madame le juge Dutrewe lors de la Commission d'enquête parlementaire Dutroux-Nihoul (50).

En revanche, la même Cour d'appel de Bruxelles, après avoir confirmé sa compétence pour connaître du litige, a considéré que la rectification de propos erronés contenus dans une brochure diffusée par le parti Ecolo à propos d'une asbl chargée de récolter des piles usagées ne justifiait pas le retrait de la brochure, mesure qui ne paraissait pas proportionnée dès lors qu'elle ne répondait pas à un besoin social impérieux et qu'il faut se garder de décourager le citoyen, par peur des sanctions pénales ou autres, de se prononcer sur des problèmes d'intérêt public (51).

Le juge des référés de Hasselt a toutefois, en la matière, accompli un pas de plus, sans doute pour sanctionner un organe de presse à concurrence des dérapages qu'il avait commis. En effet, le magazine *Blik* avait cru opportun de publier une grande publicité appelant au boycott du tour opérateur *Sunsacks*, au motif que celui-ci avait diffusé un spot publicitaire radiophonique par lequel il se moquait des limbourgeois. Le magazine *Blik* avait cependant commis une erreur, car la publicité émanait d'un autre tour opérateur... Le juge a ordonné le retrait du numéro litigieux de la revue, mais il a également ordonné la publication d'une rectification dans le numéro suivant. De surcroît, comme l'article litigieux avait invité les lec-

(48) Voir Bruxelles, 27 juin 1997, *J.L.M.B.*, 1998, p. 768 et note F. JONGEN, « De la balance des intérêts à la proportionnalité ».

(49) Civ. Bruxelles (réf.), 12 septembre 1997, *J.L.M.B.*, 1998, p. 775 et obs. F. JONGEN.

(50) Bruxelles, 8 mai 1998, *J.L.M.B.*, 1998, p. 1047.

(51) Bruxelles, 12 juin 1997, *J.L.M.B.*, 1998, p. 774 et obs. F. JONGEN, « La liberté de presse ne s'use que si l'on s'en sert ».

teurs à réagir au boycott soit en téléphonant gratuitement sur une ligne verte, soit en réagissant par écrit, le journal a été condamné à signaler l'erreur commise tant sur la ligne téléphonique que par écrit à l'égard de tous ceux qui se seraient manifestés (52).

Enfin, dans le droit fil de l'arrêt de la Cour de cassation du 31 mai 1996, la Cour d'appel de Bruxelles a confirmé que l'article 25 de la Constitution, qui confère aux éditeurs, imprimeurs et distributeurs le privilège de pouvoir se soustraire à toute responsabilité lorsque l'auteur est connu et domicilié en Belgique s'applique tant en matière répressive qu'en matière civile. Ce privilège ne peut cependant être invoqué en cas de faute commune à l'auteur, d'une part, et à l'éditeur, l'imprimeur ou au distributeur, d'autre part (53).

La liberté de réunion
(article 26)

26. — On sait que les Belges ont le droit de s'assembler paisiblement et sans armes, en se conformant aux lois qui peuvent régler l'exercice de ce droit. Sur la période recensée, deux décisions ont admis que la liberté de réunion soit encadrée.

Tout d'abord, le président du tribunal de première instance d'Anvers (54) a décidé de mettre fin à un certains débordements commis publiquement par des membres de l'association Gaia qui entend combattre l'exploitation des animaux, et notamment le commerce des fourrures. Constatant que les rassemblements organisés par Gaia ne présentaient pas un caractère paisible, puisque les manifestants étaient montés sur le toit d'un magasin, y avaient déroulé une banderole protestant contre le commerce de fourrures et avaient cherché à intimider la clientèle, le juge a voulu à la fois maintenir la liberté d'expression dont bénéficie Gaia, mais l'encadrer au niveau des rassemblements. Ainsi, n'a pas été interdit l'usage de banderoles et de slogans, mais bien leur présence sur le toit ou les parkings privés du magasin ainsi que sur la voie publique menant à celui-ci (55).

Par ailleurs, la Cour de cassation a considéré que l'article 26 de la Constitution ne garantit pas une liberté économique absolue, pas plus que l'article 7 du décret du 2-17 mars 1791 relatif aux libertés du commerce et de l'industrie. En conséquence, un règlement de police communal peut prévoir une heure de fermeture pour l'exploitation des débits de boissons, lorsque

(52) Civ. Hasselt (réf.), 13 janvier 1997, *A & M*, 1997, p. 315 et note D. VOORHOOF, « Verspreiding verbod van weekblad en 'correctierecht' via kortgeding ».

(53) Bruxelles, 8 mai 1998, *J.L.M.B.*, 1998, p. 1047.

(54) Civ. Anvers (réf.), 3 février 1998, *A & M*, 1998, p. 150.

(55) Cette décision a toutefois été frappée d'appel. Le 30 novembre 1998, la Cour d'appel d'Anvers a confirmé la décision de première instance (*A.J.T.*, 1998-1999, p. 512).

ce règlement répond à la nécessité de protéger le repos des habitants (56). On rappellera que le Conseil d'Etat a, sur ce point, une jurisprudence exactement inverse (57).

La liberté d'association
(article 27)

27. — En matière sportive, les règlements attentatoires à la liberté d'association semblent disparaître, puisque bien peu d'entre eux ont résisté au contrôle de constitutionnalité exercé le plus souvent par les Cours et tribunaux siégeant en référé.

Ainsi, dans le droit fil des décisions prononcées depuis quelques années, le président du tribunal de première instance de Neufchâteau (58) a considéré que « *l'attitude du club de football qui réclame une indemnité pour permettre le transfert d'un joueur, même fondée sur une réglementation de l'Union belge, est incompatible avec dispositions du droit belge et du droit international qui garantissent la liberté individuelle et la liberté d'association, et notamment les articles 12 et 27 de la Constitution, les articles 1 et 2 de la loi du 24 mai 1921 garantissant la liberté d'association et les articles 5 et 11 de la C.E.D.H.* ».

Le secret de la correspondance
(article 29)

28. — Si la Constitution garantit depuis 1831 l'inviolabilité du secret des lettres, préfigurant ainsi le droit au respect de la vie privée inscrit seulement en 1994 dans la Constitution, il semble que ce secret ne soit pas absolu mais bien à géométrie variable.

29. — Ainsi, en matière familiale, la Cour d'appel de Bruxelles (59) a considéré que « *le droit au respect de la vie privée et le principe du secret de la correspondance est, dans les rapports conjugaux, atténué par un droit légitime à la curiosité, corollaire des devoirs conjugaux dont le devoir de cohabitation et de fidélité* ». Dans ce cadre, « *la correspondance, même confidentielle, adressée par un conjoint à un tiers peut être produite pour servir de preuve d'un grief, cause de divorce, pour autant que le conjoint qui fait état de la correspondance n'ait pas eu recours à des procédés répréhensibles pour se la procurer* ». Cette motivation nous semble confondre la régularité de la détention de la lettre et le caractère confidentiel de l'écrit. En effet, lorsqu'un tiers détient, même de manière licite, une lettre confidentielle, il ne peut en

(56) Cass., 4 mars 1998, *Rev. dr. pénal et crim.*, 1998, p. 804.

(57) C.E., 13 octobre 1998, *J. Procès*, 1998, n° 360, p. 24 et obs. F. GOSSELIN.

(58) Civ. Neufchâteau (réf.), 25 juin 1997, *Rev. rég. dr.*, 1997, p. 326.

(59) Bruxelles, 24 avril 1997, *J.L.M.B.*, 1998, p. 359.

faire état que moyennant le consentement de l'expéditeur (60). Sans doute, la lettre permettait-elle de faire la preuve du fait justifiant un divorce, mais il faudrait alors que la Constitution autorise, ce qui n'est pas le cas, pour l'instant, que le droit à la preuve l'emporte sur le droit au secret.

30. — Par ailleurs, en matière de journalisme d'investigation, une personne active dans le secteur des déchets, à la suite d'une série d'articles critiques publiés dans un hebdomadaire, entendait opposer au signataire de ceux-ci le secret des lettres, dans la mesure où lesdits articles se fondaient sur diverses correspondances émanant de dossiers administratifs ou répressifs. En réponse, la Cour d'appel de Liège (61) rejette l'argument en considérant que « *le principe du secret des lettres ne peut être opposé tel quel à un journaliste ; qu'en effet, ce principe entre en conflit avec le principe du secret des sources, principe réaffirmé par les plus hautes autorités du pays parce qu'essentiel à l'exercice de la liberté de la presse* ». Indépendamment de la circonstance que le secret des sources n'est garanti que par une disposition de droit international largement interprétée par la jurisprudence (62), l'argument revient donc à considérer que les journalistes ne seraient pas tenus de respecter le secret des lettres dont ils peuvent prendre connaissance en raison du secret des sources dont ils bénéficient, sauf les infractions commises à cette occasion. La question mériterait sans doute de plus amples discussions, pourquoi pas lors d'une révision de la Constitution sur cette délicate question.

La publicité des actes administratifs (article 32)

31. — Si chacun a le droit de consulter tout document administratif et de s'en faire remettre copie, sauf dans les cas et conditions fixés par les lois, décrets et ordonnances, l'extension *ratione personae* des débiteurs de ce droit a suscité une controverse : l'article 32 s'applique-t-il au pouvoir législatif, et en particulier à un dossier de naturalisation dont une partie souhaitait avoir la copie ? Dans une ordonnance prononcée le 24 septembre 1997 (63), le président du tribunal de première instance de Bruxelles a considéré, eu égard aux travaux préparatoires de l'article 32, que celui-ci « *visé uniquement les documents qui sous-tendent les actes administratifs susceptibles d'un recours au Conseil d'Etat* » et que « *l'article 32 de la Constitution ne vise que l'exécutif, à l'exclusion du législatif et du judiciaire* ». Si cette ana-

(60) En ce sens, R. MOUGENOT, « La preuve », *Répertoire notarial*, Larcier, 1997, n° 178.

(61) Liège, 30 juin 1997, *J.L.M.B.*, 1998, p. 9.

(62) Article 10 de la C.E.D.H. et l'arrêt *Goodwin* prononcé le 27 mars 1996 par la Cour européenne des droits de l'homme. Voy. également D. VOORHOOF, « Het journalistiek bronnengeheim voortaan niet enkel een deontologisch principe, maar ook een afdwingbaar recht », *A & M*, 1996, p. 354.

(63) *J.T.*, 1998, p. 710.

lyse est effectivement confortée par la doctrine (64), on peut se demander si, à terme, il n'y aura pas lieu de réviser cette situation, spécialement lorsque, même s'il s'agit du pouvoir législatif, celui-ci n'exerce pas véritablement la fonction de légiférer, comme c'est le cas en matière de naturalisation (65).

II. — DES POUVOIRS

La souveraineté nationale et la séparation des pouvoirs (article 33)

32. — Un arrêt prononcé par la Cour d'appel de Liège le 12 février 1998 rappelle les limites de l'intervention du pouvoir judiciaire, lequel « *ne peut se prononcer par voie de dispositions générales et réglementaires sur les causes qui lui sont soumises* » et « *est sans juridiction pour connaître d'une demande de suspension d'une législation* ». Il s'agissait, en l'occurrence, d'une affaire assez médiatique, puisqu'elle opposait la Région wallonne et les promoteurs du Grand Prix de Belgique de Formule 1 de Francorchamps à la loi du 10 décembre 1997 interdisant toute publicité pour le tabac. Bien avant que le Conseil régional wallon ne se décide, en désespoir de cause, à évoquer ce problème en adoptant le 16 décembre 1998 un décret de manière fort contestable sur le plan constitutionnel — pour annihiler partiellement les effets de la loi sur le territoire de la Région wallonne, les opposants à la législation nationale avaient opté pour un premier « round » devant le juge des référés, en sollicitant de sa part la suspension de la loi sous le prétexte de son « *incompatibilité manifeste* » avec le droit communautaire européen (66).

Face à cette demande, pour le moins originale, la Cour d'appel de Liège a d'abord rappelé qu'« *il appartient au juge national d'assurer le plein effet du droit communautaire en laissant au besoin inappliquées, de sa propre auto-*

(64) Voyez celle citée par l'ordonnance.

(65) On constate à cet égard qu'un « droit administratif parlementaire » est en train de se mettre en place petit à petit, que ce soit, par exemple, en matière de nomination de certains fonctionnaires attachés à une instance parlementaire, ou encore en matière de marchés publics passés par un Parlement.

(66) Les organes dirigeants de la Fédération Internationale Automobile avaient apparemment mis en demeure les organisateurs du Grand Prix de Belgique afin que les nouvelles dispositions législatives antitabac soient « supprimées » pour le 31 décembre 1997 au plus tard, ... à une date où la loi n'avait même pas encore été publiée. Cet élément semble avoir dissuadé les parties intéressées d'introduire un recours en annulation et en suspension devant la Cour d'arbitrage, ce qui explique qu'elles aient opté pour une action judiciaire devant le juge des référés. La doctrine n'a toutefois pas exclu la possibilité d'introduire un recours contre une norme pas encore publiée (cf. H. SIMONART, *La Cour d'arbitrage — Actualité et perspectives*, Bruylant, 1998, p. 160 ; E. GILLET, *Recours et questions préjudicielles à la Cour d'arbitrage*, Némésis, 1995, p. 93. En sens contraire, voy. J. VELAERS, *Van Arbitragehof tot Grondwettelijke Hof*, Maklu, 1990, p. 284-285). A notre connaissance, la Cour d'arbitrage n'a jamais statué sur la question.

rité, toutes dispositions contraires de la législation nationale, même postérieures ». Le juge n'a cependant pas manqué de rappeler les exigences inhérentes au principe de la séparation des pouvoirs : lorsque l'objet véritable d'un recours consiste à obtenir la suspension des effets d'une loi, fût-elle limitée dans son champ d'application aux parties à la cause, à l'organisation de certaines manifestations et à une zone géographique limitée, les Cours et tribunaux de l'ordre judiciaire sont sans juridiction pour en connaître (67).

33. Par un jugement du 21 avril 1997, le Tribunal de première instance de Bruxelles a eu l'occasion de préciser les possibilités de contrôle de la part du pouvoir judiciaire sur une décision émanant du Bureau de la Chambre des Représentants, dès lors que cette décision fait naître un droit subjectif dans le chef d'un parlementaire.

L'action mue par une députée élue sur la liste du Front National visait à obtenir le bénéfice d'avantages (des allocations et la collaboration d'un assistant universitaire) reconnus par le Bureau de la Chambre aux députés membres d'un groupe politique. Le Tribunal a rejeté l'exception d'irrecevabilité soulevée par les défendeurs sur la base de l'article 60 de la Constitution (qui dispose, pour rappel, que « chaque Chambre détermine, par son règlement, le mode suivant lequel elle exerce ses attributions »), en énonçant que « les tribunaux de l'ordre judiciaire sont compétents pour assurer la protection des droits subjectifs du citoyen ; qu'il n'y a pas de raison à déroger de cette compétence lorsqu'un organisme législatif est partie au litige ; que les fonctionnaires qui sont au service d'une assemblée législative jouissent de la protection de leurs droits subjectifs par le juge ordinaire ; que les députés doivent bénéficier de la même protection de la part des tribunaux de l'ordre judiciaire lorsque leurs droits subjectifs sont en cause » (68). Il n'était, au demeurant, pas question de contester le contenu de la décision du Bureau de la Chambre des Représentants, mais bien d'en réclamer le bénéfice.

34. — Les limites du contrôle judiciaire par rapport à une norme législative ont également été rappelées par un jugement du juge de Paix de Zelzate du 26 juin 1997, lequel énonce que « le principe de la séparation des pouvoirs interdit au juge civil de se prononcer sur l'authenticité d'un texte de loi promulgué » (69).

(67) Liège, 12 février 1998, *J.T.*, 1998, p. 511 et obs. S. VAN DROOGHENBROECK ; *J.L.M.B.*, 1998, p. 502 et obs. F. ABU DALU, « Francorchamps, le juge et la loi ».

(68) Civ. Bruxelles, 21 avril 1997, *R.G.D.C.*, 1997, p. 539. En l'espèce, le tribunal rejeta cependant la demande au fond, en constatant que l'assistance de collaborateurs universitaires était réservée aux « groupes politiques reconnus » et que c'est le Bureau de la Chambre qui décide du nombre de collaborateurs universitaires et de leur répartition entre ces différents groupes politiques. La députée F.N. ne pouvait ainsi se prévaloir d'une apparence de droit suffisante, puisqu'il n'était pas contesté qu'elle n'appartenait pas à un groupe politique reconnu.

(69) J.P. Zelzate, 26 juin 1997, *T.G.R.*, 1997, p. 146. Le jugement cite notamment Cass., 14 janvier 1976 (*Pas.*, I, 1976, p. 538) et la doctrine de P. De Visscher reprise, avant l'arrêt, dans les conclusions de M.F. Dumon, alors premier avocat général.

35. — L'étendue du contrôle du juge sur le pouvoir discrétionnaire des organes du pouvoir exécutif a fait l'objet de plusieurs décisions *en matière de sécurité sociale* et, plus particulièrement, d'allocations de chômage. En ce domaine aussi, la compétence du juge, qu'il s'agisse du juge judiciaire ou du juge administratif, est limitée par le principe de la séparation des pouvoirs, de telle manière que le contrôle de la décision administrative doit se limiter à un contrôle de légalité — tant externe qu'interne — sans pouvoir s'étendre à un contrôle d'opportunité. Ainsi, conformément aux dispositions de l'article 580, 2° du Code judiciaire, les Cours et tribunaux du travail sont habilités à contrôler la légalité des décisions qui leur sont soumises, mais sans pouvoir substituer leur appréciation à celle de l'Administration lorsque les lois et règlements laissent à celle-ci un pouvoir discrétionnaire d'appréciation, sous réserve de l'hypothèse d'une erreur manifeste.

Il est en d'autant plus ainsi en matière de sanctions, lorsque l'Administration dispose d'un large pouvoir d'appréciation, le juge ne pouvant y substituer une autre sanction qui lui paraîtrait, le cas échéant, plus adéquate. Un arrêt de la Cour de cassation du 10 juin 1996 casse ainsi la décision d'une Cour du travail, qui avait décidé que la sanction prise par le directeur du bureau de chômage ne devait pas être appliquée, compte tenu de l'évidente bonne foi du chômeur, en énonçant que le juge ne peut priver le directeur du bureau de chômage de sa liberté d'appréciation quant aux sanctions administratives infligées aux administrés, sans méconnaître le principe général de la séparation des pouvoirs (70).

En sens opposé, la Cour du travail de Liège a énoncé, par un arrêt du 24 octobre 1997, que, « *quant à la légalité de la sanction et sa hauteur, les juridictions du travail peuvent toujours, en vertu du principe de la séparation des pouvoirs, apprécier la sanction infligée par l'ONEM ; que, ce faisant, les juridictions ne font pas œuvre d'administrateur, mais bien de juge, et dans cette perspective, le juge peut aussi bien réduire la sanction ou la supprimer s'il l'estime illégale* ». Et la Cour de conclure qu'au vu des éléments propres au cas d'espèce, il convenait de réduire la sanction au minimum légal (71).

La responsabilité pénale des ministres
(article 103)

36. — L'année 1998 aura vu, tout à la fois, un second procès en responsabilité pénale de ministres devant la Cour de cassation, deux ans après l'affaire INUSOP, et la révision attendue de l'article 103 de la Constitution,

(70) Cass. 10 juin 1996, *R.C.J.B.*, 1997, p. 447 et concl. de M. l'Avocat général LECLERCQ, et note D. LAGASSE, « Le principe de la séparation des pouvoirs en droit de la sécurité sociale ».

(71) C. Trav. Liège, 24 octobre 1997, *J.L.M.B.*, 1998, p. 77.

qui attribue dorénavant cette compétence de fond à la Cour d'appel (*M.B.* 16/6/1998, p. 19.579).

Par un arrêt interlocutoire du 16 septembre 1998, la Cour de cassation a confirmé, à l'occasion de l'affaire Agusta-Dassault, la jurisprudence qu'elle avait déjà initiée dans l'affaire Inusop (72).

- le principe général des droits de la défense et l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme ne garantissent, ni le droit de comparaître devant une juridiction d'instruction, ni le droit à un double degré de juridiction ou celui d'exercer un recours en cassation ;
- le régime spécial de responsabilité pénale des ministres, tel qu'il est institué par la Constitution, est justifié par le souci objectif et raisonnable d'assurer le bon exercice de la fonction ministérielle, et n'entraîne pas de distinction arbitraire dans le traitement des accusés au sens de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme ;
- en vertu du principe de la séparation des pouvoirs, la Cour de cassation n'a pas compétence pour contrôler le respect par la Chambre des Représentants des dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme et du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. L'autorisation préalable de la Chambre pour pouvoir exercer les poursuites, répond à l'exigence d'une sauvegarde de l'intérêt public. Quant aux droits de la défense de l'accusé et toutes les garanties qui y sont inhérentes, ils pourront être pleinement assurés dans la phase du jugement, de telle sorte que la procédure prise dans son ensemble répond aux exigences des traités précités (73).

37. — L'affaire Agusta-Dassault avait déjà connu des prologues devant la Cour de cassation. Un arrêt du 19 février 1997, sur pourvoi de l'accusé Pirot, énonce à cet égard qu'« *une instruction portant sur des faits connexes à ceux instruits à charge d'un ministre reste de la compétence du juge d'instruction, si elle concerne un inculpé qui ne bénéficie pas d'un privilège de juridiction* » (74).

Un autre arrêt du 4 février 1998, rendu sur pourvoi de l'accusé Dassault, énonce, pour sa part, qu'« *aucune disposition légale ne prévoit qu'une chambre de la Cour de cassation statuera sur le règlement de la procédure en cause des personnes poursuivies comme co-auteur ou complice d'un ministre mis en accusation devant cette Cour ; que celle-ci est sans pouvoir pour modifier l'organisation judiciaire et, dès lors, pour créer une juridiction d'instruction qui fonc-*

(72) Cass., 12 février 1996, *J. Procès*, 1996, n° 299, p. 27, et note J. SOHIER et F. TULKENS, « Palliatifs jurisprudentiels à l'incurie séculaire du législateur ».

(73) Cass., 13 septembre 1998, *J.L.M.B.*, 1998, p. 1340 ; *J.T.*, 1998, p. 656.

(74) Cass., 19 février 1997, *Rev. rég. dr.*, 1997, p. 344.

tionnerait avec les pouvoirs et les règles d'une chambre des mises en accusation » (75).

Enfin, à propos du nouvel article 103 de la Constitution, il faut rappeler ici la mercuriale prononcée par le Procureur Général près la Cour de cassation, Madame E. Liekendaël, à l'audience solennelle de rentrée de la Cour de cassation le 1^{er} septembre 1998 sur le thème « *Une contribution mineure à une réflexion sur un problème majeur : la responsabilité des ministres fédéraux* » (76).

*Le pouvoir réglementaire
(article 105)*

38. Un arrêt de la Cour de cassation du 8 décembre 1997 rappelle la distinction qu'il convient d'opérer entre le pouvoir réglementaire d'exécution et le pouvoir réglementaire — plus étendu — d'attribution. La Cour a jugé, à ce propos, que la retenue de solidarité prévue par la loi du 30 mars 1994 portant des dispositions sociales (qui dispose que cette retenue doit être opérée à chaque paiement de pension ou autre avantage légalement défini par le débiteur qui en est civilement responsable, « *conformément aux règles spécifiques fixées par le Roi* ») ne confère au Roi qu'un simple pouvoir réglementaire d'exécution, et non un pouvoir d'attribution (77).

Un autre arrêt de la Cour de cassation du 20 mars 1998 énonce que les arrêtés royaux pris dans l'exercice du pouvoir réglementaire de fixer l'organisation des divers modes de passation des marchés prévu par l'(ancienne) loi du 14 juillet 1976, sont soumis à la délibération du Conseil des Ministres, ce qui n'est pas exigé pour les arrêtés faits par le Roi dans l'exercice de son pouvoir réglementaire d'exécution de cette loi (78).

*Les droits civils et politiques
La répartition des attributions entre le pouvoir judiciaire
et le Conseil d'Etat
(articles 144 et 145)*

39. — La question de la répartition des attributions entre les juridictions judiciaires et le Conseil d'Etat s'est à nouveau régulièrement posée devant les Cours et tribunaux, notamment dans le cadre de procédures en référé. Suivant une jurisprudence constante, le juge judiciaire énonce que la compétence du Conseil d'Etat d'ordonner la suspension d'un acte administratif, n'enlève rien à la compétence du juge des référés, lorsque le litige

(75) Cass., 4 février 1998, R.G. 98.84.F, inédit.

(76) *J.T.*, 1998, p. 585.

(77) Cass., 8 décembre 1997, *Larc. Cass.*, 1998, p. 43.

(78) Cass., 20 mars 1998, *J.L.M.B.*, 1998, p. 1020.

a un rapport immédiat avec la méconnaissance par l'Administration de l'existence d'un droit subjectif ou avec l'indemnisation du dommage éventuel suite à la méconnaissance de ce droit (79).

40. — Vu l'accroissement des droits subjectifs ou des intérêts légitimes susceptibles d'être invoqués, rares sont les décisions d'incompétence prononcée par les Cours et tribunaux. On relèvera toutefois un arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles (80), siégeant en référé, qui considère que le juge des référés est sans compétence pour connaître de mesures destinées à sauvegarder un droit politique, en l'espèce, le « *ius honorum* », entendu comme le droit à un emploi public. En l'espèce, un candidat à un poste de directeur de département d'une école supérieure de la Communauté flamande a, en vain, fait valoir à la Cour des irrégularités dans la procédure d'élection au poste convoité : la Cour a estimé qu'il s'agissait d'un contentieux objectif relevant exclusivement de la compétence du Conseil d'Etat.

41. — Ceci étant, c'est souvent le constat d'un contentieux subjectif qui fonde les nombreuses décisions recensées.

Le juge des référés s'est ainsi reconnu compétent pour intervenir dans les domaines suivants :

- le droit à l'honneur et à la considération pour chaque fonctionnaire, droit auquel l'Etat belge paraissait avoir fautivement porté atteinte en sorte qu'une mesure provisoire réparant en nature le préjudice, ou à tout le moins le limitant, peut être sollicitée du juge des référés (81) ;
- le droit à un environnement sain, tel que consacré par l'article 23 de la Constitution (82), comme suite à une demande introduite par les riverains d'une carrière, tendant à ce qu'il soit fait interdiction à l'exploitant d'accomplir tout acte d'exploitation jusqu'à ce qu'il soit en possession de nouveaux permis (83).
- le droit à la sauvegarde d'un cadre de vie et à un « *repos nocturne paisible* », comme suite à une demande de riverains d'un aéroport fondée sur le

(79) Cfr. notamment Cass., 25 avril 1996, *Larc. Cass.*, 1996, p. 67 ; F. TULKENS et J. SOHIER, « Chronique de jurisprudence 1996-1997 », *R.B.D.C.*, 1997, p. 397-398.

(80) Bruxelles, 3 juillet 1998, n° 1998/3160, inédit.

(81) Bruxelles, 2 avril 1998, n° 1998/1633. Ce long arrêt, de plus de 25 pages, est remarquable. Relatif à un litige opposant un agent des services extérieurs du Ministère des Affaires étrangères, déchargé de ses fonctions, à l'Etat belge, l'arrêt contient une synthèse complète sur les principes permettant aux Cours et tribunaux de connaître du litige nonobstant les articles 17 et 18 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, sur le pouvoir des juridictions de prescrire à l'autorité administrative des mesures destinées à mettre fin à une illégalité dommageable dont elle est l'auteur, sur l'obligation de motivation des décisions administratives, sur le respect des droits de la défense, etc.

(82) Sur la portée de cette disposition, cfr. toutefois *supra*, n° 21.

(83) Liège, 29 janvier 1998, *J.L.M.B.*, 1998, p. 470.

non-respect de la législation urbanistique et celui des normes relatives au niveau du bruit des avions (84) ;

- le droit à l'enseignement, ainsi que son corollaire nécessaire, la délivrance d'un diplôme sanctionnant les études poursuivies dans le cadre de l'instruction publique. Par un arrêt du 16 avril 1998, la Cour d'appel de Liège s'est ainsi reconnue compétente pour contrôler la décision d'un jury d'examen, tout en estimant devoir restreindre l'étendue de son contrôle à la régularité de la composition du jury, les motifs de la décision et l'atteinte éventuelle au principe d'égalité, sans évoquer la manière dont le jury a exercé son appréciation. Bien qu'il soit admis que le contrôle judiciaire porte sur la légalité tant interne qu'externe des décisions des conseils de classe ou des jurys d'examen (ce qui implique que le juge peut censurer une erreur manifeste d'appréciation ou une décision manifestement déraisonnable), la Cour d'appel a sans doute craint, en empiétant sur l'autonomie pédagogique des enseignants, de s'enfermer dans la voie d'un contrôle d'opportunité qui ne lui convenait pas (85).

Un arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles du 11 juillet 1997 confirme, à cet égard, qu'un élève peut demander devant le juge des référés toutes mesures urgentes concernant son droit civil à l'enseignement « *lequel est un droit d'accès à celui-ci, mais également le droit d'obtenir la reconnaissance des études accomplies* ». En l'occurrence, la motivation du jury d'examen fut également reconnue suffisamment étayée et fondée (86). Le juge des référés est également compétent pour contrôler les *exclusions d'école* au regard notamment du respect des droits de la défense. Un arrêt de la Cour de Bruxelles du 22 avril 1997 confirme, à cet égard, le pouvoir du juge d'ordonner la suspension d'un acte administratif, dès

(84) Bruxelles, 15 janvier 1998, *J.L.M.B.*, 1998, p. 268.

(85) Liège, 16 avril 1998, *J.L.M.B.*, 1998, p. 1654 et obs. J.M. DERMAGNE, « Etendue du contrôle juridictionnel : décisions des jurys d'examen » ; cf. à ce sujet Bruxelles 24 novembre 1995, *J.T.*, 1996, p. 414 ; J. SOHIER et F. TULKENS, « Chronique de jurisprudence 1995-1996 », *R.B.D.C.*, 1996, pp. 467-468. On notera que le contentieux des examens a fait l'objet d'une réforme fondamentale par le décret « missions » de la Communauté française du 24 juillet 1997 sur les missions de l'enseignement (lequel institue plusieurs nouveautés, telles que l'obligation pour les établissements de disposer d'un règlement des études réglant notamment les modalités essentielles d'organisation des différentes épreuves et du déroulement des délibérations, l'obligation pour le chef d'établissement de fournir, à la demande de l'élève ou de ses parents, la motivation précise d'une décision d'échec ou de réussite avec restriction, le droit pour l'élève et ses parents de consulter toute épreuve constituant le fondement ou une partie du fondement de la décision du conseil de classe, l'obligation pour chaque pouvoir organisateur d'instaurer une procédure interne destinée à instruire les contestations pouvant survenir à propos des décisions des conseils de classe, et, enfin, l'organisation de recours administratifs externes auprès de « conseils de recours », ayant le pouvoir de substituer leur appréciation et jugement à ceux des conseils de classe). *Adde, supra*, n° 22.

(86) Bruxelles, 11 juillet 1997, *A.J.T.*, 1997-1998, p. 309.

- lors que l'Administration a méconnu des droits subjectifs, tels que le droit de la défense et le droit à l'enseignement (87) ;
- *le droit de propriété*, comme suite à un ordre du bourgmestre de fermeture d'un immeuble pour des raisons de sécurité publique. Le juge des référés a ainsi la faculté d'ordonner la surséance de la décision administrative s'il apparaît, d'une part, que la mise en œuvre de celle-ci crée ou fait craindre un dommage irréparable ou déraisonnable et s'il s'avère, d'autre part, que les griefs d'illégalité adressés à cet acte sont sérieux (88) ;
 - *le droit au libre exercice d'une activité commerciale*, comme suite à une ordonnance du bourgmestre, prescrivant la fermeture d'une exploitation pour des raisons de sécurité publique. Il a été jugé qu'en cette matière, où le bourgmestre dispose d'un large pouvoir d'appréciation dans l'exercice de son pouvoir de police, en vue de la protection de la sécurité des personnes, le contrôle juridictionnel doit nécessairement se limiter à un contrôle marginal (89) ;
 - *le droit subjectif de pouvoir faire atterrir et décoller des aéronefs* d'un aéroport national sans être assujetti à de quelconques droits, taxes ou autres redevances que celles autorisées par l'article 15 de la Convention de Chicago (90) ;
 - *le droit à l'exercice de sa profession*, comme suite à la révocation pour motif grave d'un médecin employé par une institution hospitalière. Jugé que lorsque le gestionnaire de l'institution envisage une décision aussi grave, il doit respecter les droits de la défense du médecin concerné et, lorsque la faute grave reprochée à celui-ci est sérieusement contestée, il convient d'ordonner sa réintégration provisoire jusqu'à ce que le juge du fond ait tranché le litige (91) ;
 - *dans le contentieux des étrangers*, l'intervention du juge des référés est conditionnée par l'existence d'un droit subjectif, dont le demandeur peut se prévaloir. Ainsi, l'étranger, qui a bénéficié d'une inscription provisoire sur les registres communaux, ne peut pas se prévaloir du droit de ne pas être refoulé du territoire belge, puisqu'un tel droit ne pourrait résulter que de l'octroi d'un statut de réfugié, dont le bénéfice lui a pré-

(87) Bruxelles, 22 avril 1997, *J.D.J.*, 1998, p. 28 et comm. D. CORDIER. La Cour a constaté, qu'en l'espèce, la procédure disciplinaire n'avait pas été suivie de façon formelle, la lettre de convocation ayant été adressée à la mère de l'élève, pourtant majeure, et cette lettre n'annonçant nullement la nature de la sanction proposée, de telle manière que l'élève n'avait pas pu préparer, ni présenter sa défense de manière correcte.

(88) Liège, 7 mai 1998, *J.T.*, 1998, p. 552.

(89) Civ. Namur (réf.), 17 septembre 1997, *Rev. rég. dr.*, 1997, p. 330.

(90) Bruxelles, 30 juin 1998, 1998/3115, inédit. En l'espèce, les divers règlements-taxes de la commune de Zaventem ont été privé de toute possibilité d'application jusqu'au prononcé des arrêts du Conseil d'Etat quant à leur validité.

(91) Civ. Bruxelles (réf.), 23 janvier 1998, *J.T.*, 1998, p. 277, confirmé par Bruxelles, 25 mai 1998, inédit (R.G. 1998/KR/68).

cisément été refusé. Cette décision n'est susceptible de recours que dans le cadre d'un contentieux objectif devant le Conseil d'Etat (92) ;

Dans un autre contexte, un jugement du Président du tribunal de première instance de Liège, statuant en référé, du 24 septembre 1997 confirme la compétence du pouvoir judiciaire pour mettre un terme à une voie de fait « *qui consiste pour l'Etat à ne pas prendre position officiellement sur une demande introduite, à savoir, en l'occurrence, une demande de légalisation introduite auprès de l'ambassade belge à Kinshasa, d'actes de naissance d'enfants en vue d'un regroupement familial auprès de leur mère belge* » (93). On relèvera, tout particulièrement, la possibilité pour le juge des référés d'intervenir en cas d'abstention des autorités administratives, lorsqu'il n'est pas possible, par hypothèse, d'introduire un recours devant une autre juridiction.

Le juge des référés de Bruxelles s'est également déclaré compétent — de manière (trop) originale — pour statuer sur une demande de reconnaissance du statut de réfugié, au motif que « *vu le rôle surchargé du Conseil d'Etat et, en conséquence, le retard de traitement des dossiers, les demandeurs ne peuvent pas disposer d'un recours effectif contre la décision de la Commission permanente de recours des réfugiés avant qu'un ordre de quitter le territoire leur soit signifié par l'Office des étrangers* », si bien que « *le Tribunal de première instance en référé est le seul tribunal de nature à garantir aux demandeurs un recours effectif* » (94) ;

- la liberté de déplacement, comme suite à un refus de délivrance d'un passeport, assimilable à un retrait unilatéral de passeport (95) ;
- le droit à la dignité humaine et l'interdiction de traitements inhumains et dégradants. Le juge des référés s'est considéré incompétent pour se pencher sur les conditions de détention des personnes incarcérées à la prison de Lantin à la suite d'une longue grève des surveillants de prison, en

(92) Bruxelles, 23 mai 1997, *C.D.P.K.*, 1998, p. 243.

(93) Civ. Liège (réf.), 24 septembre 1997, *Rev. dr. étr.*, 1997, p. 385.

(94) Civ. Bruxelles (réf.), 25 mars 1997, *C.D.P.K.*, 1997, p. 653 ; P. BOUCQUEY, « Vers une redéfinition des relations entre le juge judiciaire et le juge administratif ? », *C.D.P.K.*, 1997, p. 560, *J.L.M.B.*, 1999, p. 197. Le contentieux portait, plus particulièrement, sur l'emploi des langues devant la Commission permanente de recours des réfugiés et sur la compatibilité des dispositions de la loi du 10 juillet 1996 (qui disposent que si l'étranger n'opte pas pour le français ou le néerlandais, ou s'il déclare requérir l'assistance d'un interprète, les premiers présidents déterminent conjointement la langue de la procédure, sans que cette décision ne soit susceptible d'aucun recours distinct) avec l'article 30 de la Constitution et les articles 6 et 13 de la Convention européenne des droits de l'homme. La cour d'appel de Bruxelles a toutefois, par un arrêt du 1^{er} octobre 1998, réformé ce jugement (cf. *J.L.M.B.*, 1999, p. 202 et obs. M. LEROY, « L'indépendance des juridictions administratives et le contrôle de leurs décisions »). On notera que plusieurs jugements ultérieurs ont préféré poser une question préjudicielle à la Cour d'arbitrage, plutôt que se prononcer directement sur ce problème (cf. notamment Civ. Bruxelles (réf.), 25 novembre 1997, R.G. n° 97/1702, *Zekaj* ; 16 janvier 1998, R.G. n° 98/41, *Nikolskiy* ; 30 mars 1998, R.G. n° 98/436, *Aldulemy*).

(95) Civ. Bruxelles (réf.), 6 août 1997, *Rev. dr. étr.*, 1997, p. 412.

considérant qu'« il n'appartient pas au pouvoir judiciaire de participer à des manœuvres aussi louables soient-elles destinées à faire pression sur le pouvoir politique » (96) ;

On notera, qu'ici aussi, le juge des référés était confronté à une abstention de la part du pouvoir exécutif et qu'il a expressément relevé, à ce propos, que *« la juridiction du pouvoir judiciaire ne peut être contestée lorsqu'un grief dirigé contre le pouvoir exécutif concerne une absence d'acte et non un acte administratif susceptible de faire l'objet d'un recours en annulation devant le Conseil d'Etat »*.

Par un jugement du 26 juin 1998, le Président du Tribunal de première instance de Bruxelles, statuant en référé, s'est montré plus audacieux à propos d'une mesure individuelle prise à l'encontre d'un détenu en ordonnant à l'Etat *« de prendre toutes les mesures utiles et nécessaires aux fins de permettre au détenu de poursuivre sa détention dans des conditions adéquates, c'est-à-dire en veillant à ne pas l'exposer, dans les lieux où il le maintient en détention, à un risque important de récidence de toxicomanie pouvant provoquer pour lui un préjudice grave et difficilement réparable »*.

Le Tribunal ne se fait pas faute de préciser à cet égard que *« le choix de ces mesures incombe à l'Etat »* et *« qu'en cas de contestation, il appartiendra au détenu d'introduire un recours contre ces mesures devant le Conseil d'Etat »* (97).

- en matière d'urbanisme, à propos d'un permis de bâtir contesté (98) ou à propos de l'installation d'une nouvelle implantation commerciale (99) ;
- Enfin, on mentionnera, à titre de curiosité, l'ordonnance prononcée par le Président du Tribunal de première instance de Namur, statuant en référé, le 3 avril 1998 qui retient, au titre d'une voie de fait, la décision d'une Députation permanente de retirer ses attributions à un député

(96) Civ. Liège (réf.), 26 février 1998, sur demande de l'Ordre des avocats du Barreau de Liège et de l'ASBL Ligue des droits de l'homme, (*J. Procès*, 1998, n° 346, p. 29, et comm. J.M. DERMAGNE). On notera que le juge des référés de Namur s'était déjà déclaré incompétent, par ordonnance du 7 février 1995, pour statuer sur des problèmes similaires générés par la surpopulation dans une prison, en considérant qu'il s'agissait d'une décision « relevant de la politique générale » (Civ. Namur (réf.), 7 février 1995, *J.L.M.B.*, 1998, p. 520 obs. J. DERMAGNE, « Le juge et la politique »).

(97) Civ. Bruxelles (réf.), 26 juin 1998, *J.L.M.B.*, 1998, p. 1181.

(98) Bruxelles, 16 avril 1997, *R.D.J.P.*, 1997, p. 245.

(99) Bruxelles, 12 février 1997, *A.J.T.*, 1997-1998, p. 219, qui considère que le demandeur ne peut pas se prévaloir d'un droit subjectif à ce qu'aucun autre centre commercial ne vienne s'implanter dans le proche voisinage.

permanent, dans l'attente d'un jugement au pénal, tout en lui faisant interdiction d'utiliser les services de la Députation permanente (100).

42. — La question controversée de savoir si les établissements d'enseignement appartenant au réseau libre constituent, ou non, des autorités administratives dont les actes sont susceptibles de recours devant le Conseil d'Etat, a été réglée par un arrêt prononcé par la Cour de cassation en chambres réunies le 18 décembre 1997, qui dit pour droit que les membres du personnel des écoles de l'enseignement libre se trouvent dans une situation contractuelle, née d'un contrat de travail entre une institution de droit privé et ses employés, de telle manière que, nonobstant la limitation de la liberté contractuelle des parties par les décrets fixant un « statut » pour ce personnel, le Conseil d'Etat n'est pas compétent pour connaître de litiges en relation avec ce contrat (101).

43. — Un autre arrêt de la Cour de cassation prononcé en chambres réunies le 28 novembre 1997 s'est prononcé sur la répartition des compétences entre le juge judiciaire et le juge administratif dans le cadre du contentieux de l'indemnité, en confirmant que, dès lors qu'il s'agit de se prononcer en équité, à propos d'un dommage grave et exceptionnel, l'action en réparation du dommage relève de la compétence résiduelle prévue par l'article 11 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, et non de celle d'une autre juridiction (102).

(100) Civ. Namur (réf.), 3 avril 1998, *J.T.*, 1998, p. 460 ; J.P. 1998, n° 349, p. 28 et note acidulée de F. JONGEN qui considère que cette action « est, d'abord, une nouvelle illustration de ce recours croissant et systématique au juge pour trancher quantité de questions qui, autrefois, se soldaient par des discussions plus ou moins courtoises, des haines corses, des rendez-vous au petit matin dans un pré plein de rosée et de brume ou, simplement, un mépris souverain. Si l'on peut comprendre ce recours au juge lorsqu'il s'agit de décisions ayant pour effet d'obérer directement une carrière professionnelle et les moyens de subsistance qui y sont attachés, on est en droit de se montrer plus surpris face à l'objet du présent litige : il est en effet de conserver divers avantages matériels (voiture avec chauffeur, GSM...) venant s'ajouter à un traitement (mensuel) net de 154.205 FB, lequel reste acquis au demandeur de par le caractère irrévocable de son mandat... ». On notera que, par un arrêt du 13 mai 1998, le Conseil d'Etat a rejeté la demande de suspension introduite par le même député permanent, en jugeant qu'il s'agissait d'une mesure d'ordre intérieur non susceptible de recours (C.E., 13 mai 1998, *J.L.M.B.*, 1998, p. 1553).

(101) Cass., 18 décembre 1997, *R.W.*, 1998-1999, p. 86 et note W. RAUWS ; R. VERSTEGEN, « De arbeidsverhoudingen in het vrij gesubsidieerd onderwijs zijn (nog altijd) contractueel van aard », *R.W.* 1998-1999, p. 78. Cet arrêt devrait mettre fin à une divergence de jurisprudence notable qui opposait, sur ce point, les chambres francophones et les chambres flamandes du Conseil d'Etat, ces dernières considérant, non sans quelque pertinence, que « le pouvoir de prendre des décisions unilatéralement obligatoires est caractéristique de l'action de l'autorité administrative » et que « jusqu'à preuve du contraire, l'attribution d'un tel pouvoir aux conseils d'administration des universités libres doit être réputée impliquer la reconnaissance par le législateur qu'en exerçant ce pouvoir, ces conseils agissent en tant qu'autorités administratives » (cf. notamment C.E. 24 mars 1989, *Mersch*, n° 32.320 ; 15 mars 1995, *Vandermeulen*, n° 52.232 ; 4 juin 1997, *Joye et Gees*, n° 66.563, arrêt cassé par l'arrêt de la Cour de cassation du 18 décembre 1997).

(102) Cass., 28 novembre 1997, *J.T.*, 1998, p. 54.

Enfin, on notera, sur le sujet de la répartition des compétences entre le juge judiciaire et le juge de l'excès de pouvoir, la thèse de M. Bernard Blero, intitulée « *Du droit objectif aux droits politiques des administrés. Essai sur la répartition des compétences entre le juge judiciaire et le juge de l'excès de pouvoir* », à publier aux Ed. Bruylant en 1999.

Le principe de la publicité des audiences
(article 148)

44. — Le principe de publicité des audiences s'applique à toute juridiction appelée à statuer sur des contestations relatives à des droits et obligations de caractère civil. Un arrêt de la Cour de cassation du 20 octobre 1997 rappelle ce principe constitutionnel à propos des chambres d'appel instituées par la loi-cadre du 1^{er} mars 1976, réglementant la protection du titre professionnel et l'exercice des professions intellectuelles prestataires de services (et plus particulièrement, en l'espèce, l'Institut professionnel des agents immobiliers), lorsque ces chambres sont amenées à statuer sur des recours concernant une demande d'inscription (103).

45. — D'autre part, la Cour de cassation a également eu l'occasion de rappeler, par un arrêt du 4 février 1998, que l'article 148 de la Constitution ne s'applique pas aux juridictions d'instruction statuant sur le maintien d'une mesure administrative de privation de liberté prise contre un étranger, conformément aux dispositions de l'article 72, al. 4 de la loi du 15 décembre 1980 sur les étrangers (104).

Le délit de presse
(article 150)

46. — Par un arrêt du 9 juin 1997, la Cour d'appel de Gand a confirmé, sans surprise, que la diffusion et la publication d'écrits imprimés, qui ont un caractère prétendument diffamatoire, constituent un délit de presse pour lequel seule la Cour d'assises est compétente (105).

La motivation des jugements
(article 149)

47. — Par un arrêt du 2 décembre 1997, la Cour de cassation a précisé, à propos de l'obligation de motivation des décisions judiciaires, que le juge a l'obligation de répondre aux éléments de fait et de droit avancés par les parties en termes de conclusions, mais non de répondre à des pièces dépo-

(103) Cass. 20 octobre 1997, *J.L.M.B.*, 1998, p. 1018.

(104) Cass., 4 février 1998, R.G. 98.74 F. inédit.

(105) Gand, 9 juin 1997, *T.G.R.*, 1997, p. 241.

sées à l'audience, et ce même si le dépôt de ces pièces a été consigné dans le procès-verbal d'audience (106). Il s'ensuit que si une partie litigante craint que le juge — en particulier, le juge correctionnel — perde de vue tel ou tel élément ou le tienne pour négligeable au point qu'il n'en tienne pas compte ni dans son délibéré, ni dans la rédaction de son jugement, il lui appartient de conclure par écrit et de forcer ainsi le juge à y répondre expressément dans sa décision. Le seul dépôt d'une pièce, si importante soit-elle, tel un plan, un contrat ou une pièce à conviction, ne peuvent pas, à cet égard, remplacer des conclusions.

*Le contrôle de la légalité des règlements et arrêtés
(article 159)*

48. Par un arrêt du 9 janvier 1997, la Cour de cassation a confirmé sa jurisprudence constante, selon laquelle le recours en annulation institué auprès du Conseil d'Etat ne porte pas atteinte à la règle établie par l'article 159 de la Constitution, selon laquelle les Cours et tribunaux n'appliqueront les arrêtés et règlements généraux, provinciaux et locaux que tant qu'ils seront conformes aux lois. Cette disposition ne fait, par ailleurs, aucune distinction entre les actes qu'elle vise et s'applique dont aussi bien aux actes administratifs individuels, qu'aux actes réglementaires (107).

Un autre arrêt de la Cour de cassation du 12 septembre 1997 confirme ce principe d'application générale de l'article 159 de la Constitution, tout en précisant que la vérification de la conformité à la loi des arrêtés et règlements sur lesquels une demande, une défense ou une exception est fondée constitue un « devoir » pour toute juridiction contentieuse (108).

Le principe de l'application générale de l'article 159 de la Constitution vaut également pour les parties, en ce sens que le droit d'invoquer une exception d'illégalité appartient à toutes les parties en cause, quelles qu'elles soient, une autorité administrative pouvant même soulever une

(106) Cass., 2 décembre 1997, *R.W.*, 1998-1999, p. 305 et note A. VANDEPLAS.

(107) Cass., 9 janvier 1997, *J.L.M.B.*, 1998, p. 1544. Il s'agissait, en l'occurrence, d'une action qui avait pour objet l'indemnisation d'un préjudice subi en raison de l'adjudication irrégulière de travaux à une autre société soumissionnaire, qui avait fait l'objet préalablement d'une procédure en annulation près du Conseil d'Etat et qui avait abouti à un arrêt de rejet. La Cour énonce, à ce propos, que « l'objet de la demande formulée devant les juridictions judiciaires n'étant pas le même que devant le Conseil d'Etat, il n'y a pas violation des articles 2, 23, 24 et 25 du Code judiciaire relatifs à l'autorité de la chose jugée, lorsque les juridictions accueillent pareille demande d'indemnité, quoique le Conseil d'Etat ait rejeté le recours en annulation, et ce même si c'est le même moyen qui a été invoqué dans les deux procédures » (Cass. 9 janvier 1997, *op. cit.*, voy. sur cette question déjà, F. TULKENS et J. SOHIER, « Chronique de jurisprudence 1993-1994 », *R.B.D.C.*, 1995, pp. 231-232 ; *adde* Corr. Oudenaerde, 25 mai 1998, *T.M.R.*, 1998, p. 385).

(108) Cass., 12 septembre 1997, *J.T.*, 1997, p. 840 (extraits).

exception tirée de l'illégalité d'un de ses propres règlements, même après l'expiration du délai de recours en annulation ! (109)

49. — Comme les années précédentes, une abondante jurisprudence fait application de l'exception d'illégalité, telle qu'elle est consacrée par l'article 159 de la Constitution. On citera notamment, à ce titre, les décisions suivantes

- un jugement du Tribunal de première instance de Tongres du 26 février 1997, qui déclare illégal un arrêté royal du 19 septembre 1979 (complétant l'article 134 de l'arrêté royal du 5 juillet 1963 concernant le reclassement social des handicapés) et refuse, en conséquence, d'en faire application en l'espèce, dans la mesure où le Roi ne dispose pas du pouvoir d'introduire de nouveaux impôts par un simple arrêté royal (110) ;
- un jugement du Tribunal de première instance de Gand du 8 avril 1998, écartant l'application d'une décision d'un collège échevinal en matière d'urbanisme, pour violation de la règle du « *raisonnable* » et de l'obligation de motivation (111) ;
- un arrêt de la Cour de cassation du 8 décembre 1997 concernant le contrôle à opérer sur la légalité externe d'un arrêté royal, lorsque celui-ci a été pris, « *vu l'urgence* », sans consultation préalable de la section de législation du Conseil d'Etat (112) ;
- un arrêt de la Cour d'appel du Liège du 31 janvier 1996, qui déclare illégal l'acte par lequel l'Administration retire un acte qu'elle a pris antérieurement et qui produit des effets de droit, lorsque ce retrait est intervenu après l'expiration du délai prévu pour agir en annulation devant le Conseil d'Etat, qu'un tel recours n'a pas été formé et que l'acte retiré

(109) Mons, 16 février 1998, *J.L.M.B.*, 1998, p. 1574 ; cf. en ce sens M. LEROY, *Les règlements et leurs juges*, Bruylant 1990, p. 128 ; Cass. 21 avril 1988, *R.C.J.B.*, 1990, p. 434 et note Ph. QUERTAINMONT. En l'espèce, la Ville de Charleroi se prévalait de la non-conformité d'un arrêté ministériel au plan particulier d'aménagement approuvé par arrêté royal concernant l'interdiction d'exploitation d'un atelier de carrosserie. La Cour a cependant considéré que, dans un tel contexte, si la Ville de Charleroi avait omis d'exercer, dans le délai légal, un recours en annulation de l'arrêté ministériel en question, cette abstention fautive était de nature à engager sa responsabilité. On signalera que le Conseil d'Etat a sur ce point une jurisprudence différente, voy. C.E., 22 avril 1997, n° 65.974, *A.J.T.*, 1997-1998, p. 529 et obs. Jan THEUNIS, « Kan een administratieve overheid op grond van artikel 159 G.W. een onwettige bestuurshandeling buiten toepassing laten ? ».

(110) Civ. Tongres, 26 février 1997, *R.W.*, 1998-1999, p. 125.

(111) Civ. Gand, 14 janvier 1998 et 8 avril 1998 (deux jugements), *T.M.R.*, 1998, p. 287.

(112) Cass., 8 décembre 1997, *Chr. dr. soc.*, 1998, p. 284 et obs. J. JACQMAIN. En l'espèce, une divergence assez nette se marque entre le contrôle de la Cour de cassation et celui du Conseil d'Etat quant à l'appréciation de l'urgence invoquée par l'autorité pour justifier le défaut de consultation de la section de législation, le juge administratif se montrant nettement plus sévère à cet égard (cf. notamment à cet égard, C.E. 24 septembre 1997, *Renson*, n° 68.288 ; C.E. 16 octobre 1997, *Ligue Royale Belge pour la Protection des Oiseaux*, *J.T.*, 1998, p. 163 et rapport de l'Auditeur I. KOVALOVSKY).

n'apparaît pas entaché d'une irrégularité telle qu'il y a lieu de le tenir pour inexistant (113) ;

- un arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles du 9 décembre 1997, opérant un contrôle de légalité sur « l'interprétation » donnée à un arrêté royal (en l'occurrence, l'arrêté royal du 7 avril 1995 relatif à l'information et la publicité concernant les médicaments à usage humain, interdisant toute publicité en faveur des médicaments par le biais d'objets de toute nature autres que les moyens de communication habituels) par une circulaire de l'Inspection générale de la pharmacie (qui prescrit, à titre d'exemple, que des agendas, carnets de notes, de consultations ou de rendez-vous ne peuvent dès lors, contenir aucune publicité pour un médicament) (114).

50. — Il faut, enfin, rappeler que le contrôle de la légalité des règlements et arrêtés appartient aux Cours et tribunaux en vertu de l'article 159 de la Constitution, et ne relève point de la compétence de la Cour d'arbitrage, serait-ce par le mécanisme de la question préjudicielle.

Plusieurs arrêt de la Cour d'arbitrage ont dû ainsi constater l'incompétence de la Cour pour répondre à des questions préjudicielles portant sur la conformité aux articles 10 et 11 de la Constitution de dispositions inscrites dans des arrêtés royaux (115).

La responsabilité des pouvoirs publics

51. — Saisie par la Région wallonne et par les promoteurs du Grand Prix de formule 1 de Francorchamps, la Cour d'appel de Liège s'est prononcée en référé sur une demande de « suspension » de la loi du 10 décembre 1997, interdisant la publicité pour les produits du tabac. Si le juge judiciaire s'est reconnu sans juridiction pour connaître d'une telle demande de

(113) Liège, 31 janvier 1996, *Pas.*, 1996, II, p. 80. Cette jurisprudence est conforme à la jurisprudence traditionnelle du Conseil d'Etat en matière de retrait des actes administratifs (cf. sur cette jurisprudence et les controverses qu'elle a engendrées plus particulièrement avec la Cour des Comptes, voy. notamment M. FLAMME, *Droit administratif*, t. I, Bruylant 1989, pp. 523 et s.).

(114) Bruxelles, 9 décembre 1997, R.G. n° 1997/KR/123, inédit. En l'occurrence, la Cour a considéré que la circulaire en question adoptait une « position controversée », mais qui ne violait pas « manifestement » l'arrêté royal ou la directive européenne n° 92/28 concernant la publicité à l'égard des médicaments. On rappellera cependant ici qu'une circulaire doit se limiter, en principe, soit à opérer un commentaire de dispositions existantes, soit à énoncer des instructions ou des recommandations aux agents de l'Administration, sans contenir aucune règle de droit nouvelle par elle-même. Elle est, en conséquence, dépourvue d'effets externes à l'égard des administrés et ne peut être, comme telle, source de grief (cf. par exemple C.E. 24 juin 1983, *Pas.*, IV, n° 23.401). Ce n'est que lorsque l'autorité édicte, sous le couvert de circulaires, de nouvelles règles qui ajoutent à la réglementation en vigueur que le Conseil d'Etat aura tendance à les requalifier en règlements et que leur annulation pourra être valablement poursuivie (cf. par exemple, C.E. 18 novembre 1993, *Boulanger*, n° 44.943 ; 11 mars 1998, *Ville de Huy*, n° 72.369).

(115) Cfr. C.A., 4 juin 1998, arrêt n° 63/98, *M.B.*, 18.08.1998, p. 26.266 ; 15 juillet 1998, arrêt n° 94/98, *M.B.*, 18.08.1998, p. 26.269.

suspension de la législation (cfr. *supra*, n° 32), il s'est reconnu compétent pour examiner la question de la responsabilité de l'Etat, en vertu de sa plénitude de compétence « *pour prévenir une situation irréversible et incompatible avec le Traité de Rome et Préjudiciable aux individus, même si cette solution implique l'exercice de pouvoirs plus amples que ceux qui sont reconnus en droit interne* » (116)

S'agissant d'une hypothèse de responsabilité de l'Etat dans l'exercice de sa *fonction normative* (puisque les demandeurs invoquaient que la loi belge était contraire au droit communautaire), la Cour d'appel considère que la responsabilité de l'Etat-législateur peut en soi être mise en cause, à la condition que le demandeur apporte la preuve qu'il y a eu « *méconnaissance manifeste et grave du droit communautaire* », que la règle de droit violée « *avait pour objet de conférer des droits aux particuliers et que la violation soit suffisamment caractérisée* », et qu'il existe un lien de causalité direct entre la violation de l'obligation incombant à l'Etat et le dommage subi par les personnes lésées. Il s'agit là, en réalité, de l'application des critères retenus par la Cour de Justice CEE pour admettre la responsabilité des Etats membres, voire même des propres organes de l'Union européenne, en cas de violation d'une norme communautaire (117). Tel n'était manifestement pas le cas en l'espèce (118).

L'arrêt est exemplaire à un double point de vue : d'une part, il reconnaît, de manière générale et pour autant que de besoin, la possibilité pour l'Etat-législateur d'engager sa responsabilité pour faute dans l'exercice de sa fonction législative (119), et, d'autre part, il consacre le rôle capital du juge des référés dans la protection des droits subjectifs au contentieux de l'urgence. Il reste que, comme l'écrit un des annotateurs de cet arrêt, « *reconnaître au juge de l'urgence le pouvoir de s'opposer aux représentants élus de la Nation ne pourrait se concevoir que dans le cas où un manquement grave et évident*

(116) Liège, 12 février 1998, *J.T.*, 1998, p. 511 et obs. S. VAN DROOGENBROECK ; *J.L.M.B.*, 1998, p. 502 et obs. F. ABU DALU, « Francorchamps, le juge et la loi » ; adde M. MAHIEU et S. VAN DROOGENBROECK, « La responsabilité de l'Etat législateur », *J.T.*, 1998, pp. 825 à 846.

(117) Cf. notamment C.J.C.E., 5 mars 1996, *Brasserie du Pêcheur*, *J.L.M.B.*, 1996, p. 696 ; F. RIGAUX, « La responsabilité de l'Etat selon le droit des Communautés européennes », *R.C.J.B.*, 1997, p. 283 ; G. VANDERSANDEN et M. DONY, *La responsabilité des Etats membres en cas de violation du droit communautaire*, Bruylant, 1997, spéc. pp. 158 et s.

(118) La Cour d'appel note, à très juste titre, qu'entre l'éventuelle faute de l'Etat-législateur et le risque de préjudice grave et difficilement réparable allégué par les demandeurs, s'est interposée la volonté de « tierces personnes » qui ne sont pas parties à la cause (en l'occurrence, le(s) promoteur(s) du Grand Prix) et que « *c'est cette prise de position — étrangère à l'auteur de la faute prétendue — des autorités mondiales du sport automobile qui, à elle seule, si elle devait être confirmée, risque d'entraîner les conséquences dommageables que les appelants ont veillé à mettre en évidence tout au long des débats* » (Liège, 12 février 1998, *J.L.M.B.*, 1998, p. 513).

(119) La responsabilité de l'Etat-législateur pour une violation d'une norme supérieure de droit interne, sur la base des articles 1382 et suivants du Code civil, avait déjà été reconnue par un jugement du Tribunal de première instance de Bruxelles du 17 mars 1997 (Civ. Bruxelles, 17 mars 1997, *R.W.*, 1997-1998, p. 257, et note P. POPELIER).

à une obligation communautaire pourrait avoir des conséquences que des dommages et intérêts ne pourraient adéquatement réparer » (120).

52. — Par un jugement du 13 février 1998, le Tribunal de première instance de Bruxelles a également reconnu la possibilité de responsabilité de l'Etat à l'égard du droit CEE, cette fois pour un défaut de transposition d'une directive européenne dans les délais prescrits (121). Il s'agissait en l'espèce d'une directive du Conseil européen du 16 décembre 1986 relative à la coordination des droits des Etats-membres concernant les agents commerciaux indépendants, qui prévoyait notamment un droit pour les agents d'obtenir divers préavis, ainsi qu'une indemnité d'éviction en cas de résiliation du contrat. La directive imposait, par ailleurs, aux Etats-membres de transposer ces règles en droit interne avant le 1^{er} janvier 1990, ce que l'Etat belge ne fit qu'avec... 5 ans de retard (loi du 13 avril 1995 relative à l'agence commerciale).

53. — La Cour de cassation a eu à connaître un problème de responsabilité de l'Etat, dans l'hypothèse d'une faute du Directeur des contributions exerçant une fonction juridictionnelle au contentieux fiscal, saisi d'une réclamation contre une cotisation à l'IPP sur pied de l'article 276 CIR. Par un arrêt du 26 juin 1998, la Cour a considéré que « *si certaines normes de droit imposent à celui qui prend une décision juridictionnelle de s'abstenir ou d'agir de manière déterminée, tel n'est pas le cas de la norme de droit que le directeur des contributions a pour mission d'appliquer aux faits de l'espèce* » et que « *dès lors, l'erreur dans l'interprétation ou l'application d'une telle norme n'est fautive que si elle consiste en un comportement qui s'analyse en une erreur de conduite devant être appréciée suivant le critère de l'organe de l'Etat normalement soigneux et prudent, placé dans les mêmes conditions* » (122).

54. — Aux termes de la loi du 5 août 1992 sur la fonction de police, l'Etat est responsable du dommage causé par les fonctionnaires de police

(120) F. ABU DALU, « Francorchamps, le juge et la loi », obs. sous Liège 12 février 1998, *J.L.M.B.*, 1998, p. 517.

(121) Civ. Bruxelles, 13 février 1998, *J.L.M.B.*, 1998, p. 1261. Un jugement du Tribunal de première instance de Liège du 19 mars 1997 se prononce de manière identique sur la même question (Civ. Liège, 19 mars 1997, *J.L.M.B.*, 1997, p. 759).

(122) Cass. 26 juin 1998, *J.L.M.B.*, 1998, p. 1166, et obs. D. PHILIPPE, « A propos de la responsabilité des magistrats ». On rappellera que la jurisprudence de la Cour de cassation en matière de responsabilité des magistrats, est fixée en ce sens que toute erreur dans l'interprétation d'une norme légale n'est pas en soi fautive, mais doit consister en un comportement qui s'analyse en une erreur de conduite, par rapport à un organe de l'Etat normalement soigneux et prudent (cf. à ce sujet J. SOHIER et F. TULKENS, « Les Cours et tribunaux, chronique de jurisprudence 1995-1996 », *R.B.D.C.*, 1996, p. 473). En l'espèce cependant, il semble que le directeur des contributions mis en cause avait « oublié » de tenir compte d'une disposition légale dans sa décision et que l'erreur n'aurait (a priori) objectivement point été commise par un magistrat « normalement soigneux et diligent »...

(aussi bien de la Gendarmerie que la Police judiciaire), de la même manière que les commettants sont responsables du dommage causé par le fait de leurs préposés. Les communes sont responsables, de manière similaire, du dommage qui serait causé par les agents de police communale. Quant aux fonctionnaires de police eux-mêmes, ils ne doivent réparer le dommage qu'ils ont eux-mêmes causé à l'Etat, à la commune ou à des tiers, que s'ils commettent « une faute intentionnelle, une faute lourde, ou une faute légère qui présente dans leur chef un caractère habituel » (art. 47-48 de la loi du 5 août 1992).

Un arrêt de la Cour de cassation du 2 décembre 1997 fait application de ces principes, en cassant une décision qui avait condamné un gendarme au paiement de dommages et intérêts, sans constater qu'il s'était rendu personnellement coupable d'une faute intentionnelle, grave ou répétitive (123).

55. — La Cour d'appel de Mons a jugé, par un arrêt du 16 février 1998 déjà évoqué *supra* (n° 48), que si une autorité publique pouvait invoquer l'exception d'illégalité à propos d'un de ses propres règlements, le juge judiciaire pouvait en tirer toutes conséquences utiles concernant la responsabilité de cette autorité et considérer que le tiers préjudicié pouvait réclamer la réparation du dommage qu'il aurait subi en raison de la décision administrative illégale (124).

56. — Par un arrêt du 23 avril 1996, la Cour d'appel de Bruxelles a retenu la responsabilité de l'Etat pour violation de l'obligation de motivation formelle des actes administratifs. Depuis l'entrée en vigueur de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, on sait que tous les actes et décisions administratives à portée individuelle doivent être motivés formellement, sous peine d'illégalité. En plus de l'éventuelle annulation par le Conseil d'Etat, l'autorité administrative s'expose à une action en responsabilité sur la base des articles 1382 et suivants du Code civil, dès lors que la violation des dispositions législatives en cette matière sera, en principe, automatiquement constitutive d'une faute.

En l'espèce, la Cour a retenu cette responsabilité en raison de la modification d'un plan régional dénué de motivation formelle, ce qui constituait une méconnaissance, non pas de la loi du 29 juillet 1991 (puisque'il s'agissait en l'occurrence d'un acte réglementaire), mais bien des dispositions des

(123) Cass., 2 décembre 1997, *R.W.*, 1998-1999, p. 235 ; cf. à ce sujet A. VAN OEVELEN, « De aansprakelijkheid van de Staat en de gemeenten voor de schade veroorzaakt door politieambtenaren en de persoonlijke aansprakelijkheid van deze laatste », in *Liber amicorum A. Vandeplas, Mys et Breesch*, 1994, pp. 438 et s.

(124) Mons, 16 février 1998, *J.L.M.B.*, 1998, p. 1574.

articles 9 et 13 de la loi du 29 mars 1962, organique de l'aménagement du territoire et de l'urbanisme (125).

III. — DES RELATIONS INTERNATIONALES

L'assentiment des Chambres à un traité international (Article 167 § 2)

57. — Il est extrêmement rare que les règles constitutionnelles régissant les relations internationales suscitent un « contentieux » autre que politique ou diplomatique.

Est donc remarquable l'ordonnance prononcée par la Cour d'appel de Bruxelles (126) en matière de mainlevée hypothécaire consentie à l'étranger et relative à des biens sis en Belgique. Pour rappel, l'article 93, al. 3 de la loi hypothécaire n'autorise l'exécution, en Belgique, d'actes de consentement à radiation passés en pays étranger, qu'après visa du président du tribunal de la situation des biens. Cette finalité du visa avant mainlevée est le pendant du visa requis par l'article 77 de la même loi pour donner effet au consentement à une hypothèque passée à l'étranger sur des biens sis en Belgique, sauf dispositions contraires dans les traités.

En l'espèce, une société française avait sollicité du président du tribunal de première instance de Bruxelles le visa légalement requis, à apposer sur l'acte authentique de mainlevée passé devant un notaire de résidence à Paris. Le président avait toutefois rejeté la demande au motif qu'il existe entre la France et la Belgique une Convention, signée le 9 novembre 1981, sur la suppression de la légalisation des actes publics entre le Gouvernement du Royaume de Belgique et le Gouvernement de la République française, convention portant précisément suppression du visa sur l'expédition de l'acte authentique de mainlevée donné en France. Prudente, la société française interjette appel car le visa lui semble néanmoins toujours requis. La Cour d'appel lui donne raison et réforme l'ordonnance de première instance au motif que : « *Attendu que l'alinéa 2 de l'article [167] de la Constitution dispose que les traités de commerce et ceux qui pourraient grever l'Etat ou lier individuellement les Belges, n'ont d'effet qu'après avoir reçu l'assentiment des Chambres ; que la Convention précitée est un accord administratif en forme simplifiée, conclue entre les Gouvernements du Royaume de Belgique et de la République française ; que d'après son préambule, elle vise notamment à 'faciliter la production, dans l'un des deux Etats contractants, des actes publics établis dans l'autre Etat contractant' ; que l'article 2 point 2 de la Convention*

(125) Bruxelles, 23 avril 1996, *R. W.*, 1998-1999, p. 296 et note I. OPDEBEEK, « Overheidsaansprakelijkheid bij schending van de formele motiveringsplicht ».

(126) Bruxelles, 19 février 1998, n° 1998/889, inédit.

mentionne, parmi les actes considérés comme publics pour l'application de ladite Convention, les actes notariés ; attendu cependant que la formalité du visa est imposée par l'article 93 alinéa 3 de la loi hypothécaire, qui se réfère à l'article 77 de la même loi ; que l'accord intergouvernemental précité déroge ainsi à une disposition légale ; qu'il doit être admis que des traités ou a fortiori des accords en forme simplifiée qui ont pour effet de déroger à des lois belges ou qui portent sur des matières que la Constitution réserve au législateur doivent être soumis à l'approbation législative ; qu'il ne peut en effet se concevoir, dans notre système constitutionnel, que le Roi ou le gouvernement, par le détour de traités ou d'accords simplifiés, aurait la faculté de modifier les actes du législateur sans l'intervention de celui-ci (R.P.D.B. n° *Traités internationaux*, n° 149) ; qu'à défaut d'avoir été soumise à l'approbation du législateur, la Convention précitée ne peut sortir ses effets en Belgique ».

IV. — DES FINANCES

L'établissement de l'impôt par la loi (article 170)

58. — Par un jugement du 25 février 1997, le Tribunal de première instance de Tongres a requalifié des cotisations sur les primes d'assurance-incendie au profit du Fonds national pour le reclassement social des moins-valides, en impôts au sens des articles 170 et 173 de la Constitution, compte tenu du caractère impératif de ces « cotisations » et de l'absence pour les preneurs d'assurances de toute contrepartie à leur financement des charges qui découlent de l'exécution de la mission du Fonds. Le tribunal en a déduit que la désignation d'une « nouvelle catégorie de contribuables » par un arrêté royal est inconstitutionnelle, le Roi ne disposant point du pouvoir d'introduire de nouveaux impôts (127).

L'égalité devant l'impôt (article 172)

59. — Le principe d'égalité devant l'impôt constitue un corollaire des principes d'égalité et de non-discrimination consacrés par les articles 10 et 11 de la Constitution.

La Cour d'appel de Liège a confirmé, à cet égard, l'illégalité d'un règlement communal portant taxe sur les immondices, qui fixait un taux de taxation différent selon que les redevables étaient domiciliés, ou non, dans la commune, en considérant que « les personnes domiciliées dans la com-

(127) Civ. Tongres, 25 février 1997, *F.J.F.*, 1998, p. 69.

mune et qui y vivent en principe davantage que les autres, souillent la ville de façon plus importante » (!) (128).

60. — Toute distinction entre différentes catégories de redevables n'est cependant pas exclue en soi, pour autant que le critère de distinction soit susceptible d'une justification objective et raisonnable, l'existence d'une telle justification devant s'apprécier par rapport au but et aux effets de l'impôt. C'est ainsi que la Cour de cassation a jugé qu'une taxe provinciale dont le fait générateur est le captage d'eau, à l'exclusion du flux fortuit d'eau provenant de l'exhaure, lequel flux constitue une situation de fait différente, n'était pas en soi inégale, cette taxe traitant de manière égale tous ceux qui procèdent à des prélèvements volontaire d'une richesse naturelle (129).

De même, un arrêt de la Cour d'appel d'Anvers rappelle que le Conseil communal peut déterminer lui-même, en fonction de l'autonomie communale qui lui est garantie par la Constitution, tant le régime fiscal qu'il souhaite introduire, que le montant de l'impôt, ses conditions d'application et les exonérations à accorder éventuellement. Le principe d'égalité devant l'impôt n'interdit pas l'adoption d'impôts spéciaux, qui ne visent que certaines personnes en rapport avec leurs activités ou propriétés, à condition que toutes les personnes dont les activités ou propriétés sont comparables soient imposées de manière égale.

En l'occurrence, le règlement communal portant une taxe sur les barrières et échafaudages gênant la circulation normale sur la voie publique, selon la durée de leur placement et l'étendue de la gêne ainsi causée, a été jugé conforme au principe d'égalité, puisque ce traitement différencié est fondé sur un critère de distinction objectif, qu'il est justifié tant en son principe que sur le plan du montant de l'impôt, et qu'enfin l'impôt se trouve dans un rapport raisonnable de proportionnalité par rapport au but visé. Pour le surplus, il n'appartient pas au juge d'apprécier l'opportunité d'un tel prélèvement communal (130). On retrouve ici la marque du principe de la séparation des pouvoirs.

(128) Liège, 16 avril 1997, *F.J.F.*, 1997, p. 407. Jurisprudence constante sur l'inconstitutionnalité des différences de traitement opérées entre redevables selon le lieu de leur domicile : cf. Liège, 15 juin 1994, *F.J.F.*, 1994, p. 228 ; Bruxelles, 16 février 1995, *F.J.F.*, 1995, p. 383 ; Conseil d'Etat, 26 mai 1993, *F.J.F.*, 1993, p. 127 ; cf. J. SOHIER et F. TULKENS, « Chronique de jurisprudence : les Cours et tribunaux 1995-1996 », *R.B.D.C.*, 1996, pp. 476-477.

(129) Cass., 12 janvier 1998, R.G. 96/97.F. inédit.

(130) Anvers, 2 décembre 1997, *F.J.F.*, 1998, p. 243.