strada lex

CHRONIQUE NATIONALE

LE CONSEIL D'ETAT
CHRONIQUE DE JURISPRUDENCE 2003

PAR

PIERRE NIHOUL

ET

MARC JOASSART

INTRODUCTION

Cette dixième chronique couvre la période du 1er janvier 2003, date de la chronique précédente (*même revue*, 2004/1, pp. 25 à 135), au 31 décembre 2003. Cette recension ne vise pas à l'exhaustivité. Elle reprend les mêmes thèmes que ceux abordés précédemment sauf lorsque les arrêts et avis recensés ne justifient pas l'existence de nouveaux développements.

Ainsi, le lecteur ne trouvera pas de rubrique traitant de la fonction législative, de la notion d'affaires courantes, des délégations du pouvoir exécutif vers un de ses membres et de la rétroactivité.

I. — LIBERTÉS PUBLIQUES ET DROITS DE L'HOMME

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

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

2. — Ainsi, l'article 8, alinéa 4, de la Constitution réserve au législateur la détermination des conditions et des modalités de l'extension du *droit de vote* aux résidents en Belgique qui ne sont pas des ressortissants d'un État membre de l'Union européenne. Il s'ensuit qu'« il appartient au législateur

Pierre Nihoul est Conseiller d'Etat et maître de conférence invité à l'Université Catholique de Louvain. Marc Joassart est auditeur au Conseil d'Etat et assistant à l'Université Catholique de Louvain.

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.181.97)
Le Conseil d'Etat. Chronique de jurisprudence 2003
Larcier Edition - © Larcier - 07/02/2020

strada lex

de déterminer lui-même l'étendue de la connaissance linguistique requise, ainsi que les modalités essentielles du contrôle de cette connaissance, ce qui implique, notamment, de fixer les règles d'établissement, d'organisation et de fonctionnement des 'commissions linguistiques communales', prévues par l'amendement. Il en va d'autant plus ainsi que l'épreuve de la 'connaissance fonctionnelle de la langue' permettant à chaque étranger non UE de faire usage du même droit, à savoir celui de voter aux élections communales, devra être passée devant autant de 'commissions linguistiques' qu'il y a de communes ». Bien que cette disposition réserve ainsi, en cette matière, la compétence normative au législateur fédéral — lequel doit en régler les éléments essentiels —, elle n'exclut toutefois pas que soit laissé un pouvoir limité d'exécution au Roi : « Une délégation conférée au Roi n'est pas contraire au principe de légalité pour autant que l'habilitation soit définie de manière suffisamment précise et porte sur l'exécution de mesures dont les éléments essentiels sont fixés préalablement par le législateur » (1).

3. — Selon l'article 10, alinéa 2, de la Constitution, seule la loi peut prévoir des exceptions à la condition de nationalité pour *l'admissibilité aux emplois publics*, le terme « loi » devant être compris comme désignant également le décret ou l'ordonnance selon le cas. Il s'ensuit que dès lors qu'un emploi participe directement à l'exercice de la puissance publique, le Roi ou un gouvernement communautaire ou régional ne peut lui-même déroger au prescrit constitutionnel qui réserve ces emplois à ceux qui possèdent la qualité de Belge (2).

Tel est le cas de l'emploi d'inspecteur des finances. En effet, « il résulte de l'article 46 des lois sur la comptabilité de l'Etat, coordonnées le 17 juillet 1991, et de l'article 51 de la loi spéciale du 16 janvier 1989 sur le financement des communautés et des régions que les inspecteurs des finances assument la fonction de conseiller budgétaire et financier du Ministre auprès duquel ils sont accrédités et, à ce titre, rendent leurs avis en toute indépendance et ne communiquent ceux-ci qu'au Gouvernement auprès duquel ils sont accrédités. Les inspecteurs des finances jouissent ainsi d'une parcelle de la puissance publique » (3). Il en va de même de la qualité de membre d'une juridiction administrative, lequel jouit nécessairement, fût-ce à temps partiel et de manière temporaire, d'une parcelle de la puissance publique,

(1) Avis L. 36.216/VR du 10 décembre 2003 sur les amendements n^{os} 214 à 218 à la proposition de loi « visant à octroyer le droit de vote aux élections communales aux étrangers », *Doc. parl.*, Sénat, session 2003-2004, n° 3-13/6.

(2) *Ibidem*.

(3) Avis L. 34.901/4 du 19 mars 2003 sur un projet d'arrêté royal « fixant le statut des membres du Corps interfédéral de l'Inspection des finances et modifiant l'arrêté royal du 28 avril 1998 portant organisation du Corps interfédéral de l'Inspection des finances ».

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.181.97)
Le Conseil d'Etat. Chronique de jurisprudence 2003
Larcier Edition - © Larcier - 07/02/2020

strada lex

de sorte que seule une loi pourrait autoriser des ressortissants d'un État membre de l'Union européenne à être membre d'une telle commission (4).

A fortiori, le Roi ou le gouvernement ne peut supprimer la condition de nationalité pour « l'accès à la fonction publique, à l'exception des fonctions comportant une participation, directe ou indirecte, à l'exercice de la puissance publique et aux fonctions qui ont pour objet la sauvegarde des intérêts généraux de la collectivité concernée » : une telle disposition « ne peut trouver sa place que dans un texte législatif, en l'occurrence décrétal, énonçant positivement les catégories d'emplois publics qui seront accessibles aux étrangers » (5).

Par ailleurs, « il résulte de l'utilisation des termes 'pour des cas particuliers' dans l'article 10, alinéa 2, de la Constitution que s'il souhaite ménager des exceptions au principe que seuls les Belges sont admissibles aux fonctions publiques, le législateur doit indiquer de manière expresse et précise les fonctions qui sont rendues accessibles aux étrangers. Dès lors, pour chaque fonction distincte, le législateur doit pouvoir apprécier s'il y a lieu de déroger à la condition de nationalité. De ce fait, une disposition qui prévoit une dérogation générale à cette condition (...) n'est pas conciliable avec l'article 10, alinéa 2, de la Constitution » (6). La même conclusion s'impose à l'égard de la disposition qui impose une obligation de motiver lorsqu'une fonction publique est réservée aux Belges : « ainsi, la règle inscrite à l'article 10, alinéa 2, de la Constitution devient l'exception dont l'application doit en outre être justifiée, ce qui n'est pas compatible avec cet article de la Constitution » (7). Ne répond pas non plus à cette exigence constitutionnelle le projet qui distingue trois catégories de « familles de fonctions », la première pour laquelle il est dérogé sans réserves à l'exigence de la nationalité belge, la seconde pour laquelle la dérogation ne vaut que pour autant que la fonction considérée ne se rapporte pas principalement à certaines activités et pour autant qu'elle ne comporte pas de compétences politiques

(4) Avis L. 36.143/2 du 8 décembre 2003 sur un projet d'arrêté royal « modifiant l'arrêté royal du 18 décembre 1986 relatif à la commission pour l'aide aux victimes d'actes intentionnels de violence et l'article 29, deuxième alinéa, de la loi du 1er août 1985 portant des mesures fiscales et autres ».

(5) Avis L. 35.857/VR du 9 octobre 2003 sur un avant-projet de decret « tot verruiming van de nationaliteitsvoorwaarde voor de toegang tot vaste betrekkingen in sommige Vlaamse openbare diensten », *Gedr. St.*, Vl. P., 2003-2004, n° 2055/1 ; avis L. 35.909/2 du 19 novembre 2003 sur un projet d'arrêté du Gouvernement de la Communauté française « relatif au recrutement et à la promotion des agents de la Communauté française ».

(6) Avis L. 34.250/4 du 13 novembre 2002 sur un avant-projet de loi « relatif au recrutement des militaires », *Doc. parl.*, Chambre, 2002-2003, n° 2.185/1 ; avis L. 34.809/1 du 27 février 2003 sur une proposition de loi « élargissant les conditions de nationalité pour l'accès aux emplois de la fonction publique fédérale », *Doc. parl.*, Chambre, 2002-2003, n° 2246/2 ; avis L. 35.824/1 du 25 septembre 2003 sur une proposition de loi « visant à ouvrir la fonction publique fédérale aux ressortissants étrangers », *Doc. parl.*, Chambre, 2003-2004, n° 117/1 ; avis L. 35.857/VR du 9 octobre 2003 cité à la note 5.

(7) Avis L. 35.824/1 du 25 septembre 2003 cité à la note 6.

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.181.97)
Le Conseil d'Etat. Chronique de jurisprudence 2003
Larcier Edition - © Larcier - 07/02/2020

strada lex

ou une fonction de management, la troisième pour laquelle la dérogation ne vaut que si la fonction considérée n'a pas trait à des activités qui touchent à la sécurité de l'autorité : « loin de déterminer des 'cas particuliers', le projet définit en fait des catégories très générales d'emplois publics. Vu le manque de clarté de la réglementation en projet — il n'est pas toujours facile de déterminer si une fonction particulière appartient aux fonctions accessibles aux étrangers —, il doit être constaté que le projet ne satisfait pas au prescrit constitutionnel. En outre, la liste des fonctions pour lesquelles il est prévu une dérogation à la condition de nationalité est de nature à inverser en fait la relation entre la règle et l'exception » (8).

4. — Le principe de *la légalité des incriminations et des peines*, contenu notamment dans les articles 12, al. 2 et 14 de la Constitution et dans l'article 11, alinéa 1er, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, établit une règle de répartition des compétences entre le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif. Ces matières sont donc en principe réservées à la loi.

Ainsi, le législateur ne peut habiliter le gouvernement à ériger certains comportements en infraction : « cette habilitation porte atteinte au principe de la légalité des incriminations et des peines » (9). Il ne peut pas plus prévoir qu'un certain nombre de délits qu'il énumère seront seulement punissables s'ils figurent sur une liste nominative et limitative qui est fixée par le gouvernement : « de la sorte, le gouvernement reçoit la compétence de priver de leur caractère punissable les délits définis par le législateur » (10).

Le principe de légalité consacré par l'article 12, alinéa 2, de la Constitution s'étend également à la procédure pénale. Ainsi, « le soin de réglementer la charge de la preuve en matière pénale ne peut en aucun cas être délégué au Roi » (11). Dès lors, il ne Lui appartient pas de prévoir que les procès-verbaux de certains fonctionnaires font foi jusqu'à preuve du contraire. De même, il s'impose que la loi elle-même identifie avec précision les domaines dans lesquels les entreprises privées de gardiennage peuvent, en lieu et place des services de police, procéder à des constatations et précise expressément la valeur probante de ces constatations (12). A cet égard, « le

(8) Avis L. 35.857/VR du 9 octobre 2003 cité à la note 5.

(9) Avis L. 34.847/4 du 4 juin 2003 sur un avant-projet de décret « relatif aux établissements d'hébergement touristique », *Doc. C.R.W.*, 2003-2004, n° 583/1.

(10) Avis L. 35.288/1 du 10 avril 2003 sur une proposition de décret « houdende wijziging van het decreet van 18 mei 1999 houdende de organisatie van de ruimtelijke ordening, wat het handhavingsbeleid betreft) en de amendementen op dit voorstel », *Parl. St.*, Vl. Parl. 2002-2003, nr. 1566/3.

(11) Avis L. 34.759/1 du 28 janvier 2003 sur un projet d'arrêté royal « organisant la collecte de données relatives à l'établissement du bilan pétrolier ».

(12) Avis L. 34.507/2 du 27 janvier 2003 sur un avant-projet de loi « modifiant la loi du 10 avril 1990 sur les entreprises de gardiennage, les entreprises de sécurité et les services internes de gardiennage », *Doc. parl.*, Chambre, 2002-2003, n° 2328/1.

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.181.97)
Le Conseil d'Etat. Chronique de jurisprudence 2003
Larcier Edition - © Larcier - 07/02/2020

strada lex

recours à l'habilitation du Roi, fut-ce après un délibéré en Conseil des ministres, ne peut être admis en raison, d'une part, de sa rédaction trop générale et, d'autre part, du fait qu'elle concerne la constatation de faits pouvant conduire à des sanctions ». Plus précisément, en ce qui concerne le champ d'application, « il convient que le dispositif de la loi le définisse clairement en indiquant quels sont les types de situation dans lesquelles les entreprises de gardiennage pourront procéder à des constatations », notamment en précisant, comme le fait l'exposé des motifs, que les constatations auxquelles procèdent les entreprises de gardiennage ne pourront être faites que dans le cadre de matières assorties de sanctions administratives : « une telle restriction présente en tout cas la garantie essentielle que des personnes non revêtues d'une qualité publique ne puissent intervenir systématiquement en matière pénale par le biais de constatations officialisées ». Le dispositif de la loi doit aussi circonscrire la valeur probante qui s'attache aux constatations effectuées par les membres des entreprises privées de gardiennage. Ainsi, il doit lui-même refléter clairement les limitations qui figurent dans l'exposé des motifs, comme le fait qu'aucune valeur probante particulière n'est reconnue aux constatations auxquelles l'agent de gardiennage procédera, de sorte qu'elles n'auront, au sens du Code civil, d'autre valeur probante que celle de la présomption de l'homme, ou le fait que « les agents ne peuvent en aucun cas prendre contact avec les intéressés ou les témoins en vue de recueillir des informations complémentaires, de rechercher le contrevenant probable ou la réalisation d'interrogations ». Enfin, « en tout état de cause, il convient que la loi énumère les types de sanctions qui pourront être prononcées sur la base des constatations faites par les agents de gardiennage ».

Enfin, le principe de légalité applicable en droit pénal doit être étendu aux sanctions administratives à caractère pénal, ce caractère étant fonction notamment de la nature de l'opération sanctionnée et de la gravité de la sanction. Si tel est le cas, le montant de l'amende administrative doit être inscrit dans la norme législative même et la fixation de ce montant ne peut donc être déléguée au Gouvernement (13) et *a fortiori* au conseil d'administration d'un organisme public (14). En outre, un pouvoir indéterminé ne peut être accordé au Roi à l'égard des cas pouvant donner lieu à l'application de la sanction administrative, de la détermination de l'instance qui

(13) Avis L. 35.356/1 du 18 septembre 2003 sur un avant-projet d'ordonnance « relative à l'organisation du marché du gaz en Région de Bruxelles-Capitale, concernant des redevances de voiries en matière de gaz et d'électricité et portant modification de l'ordonnance du 19 juillet 2001 relative à l'organisation du marché de l'électricité en Région de Bruxelles-Capitale », *Doc. C.R.B.C.*, 2003-2004, n° A-506.

(14) Avis L. 36.071/3 du 18 novembre 2003 sur un avant-projet de décret « betreffende de Vlaamse Vervoermaatschappij — De Lijn, publiekrechtelijk vormgegeven extern verzelfstandigd agentschap, en houdende wijziging van het decreet van 31 juli 1990 tot oprichting van de Vlaamse Vervoermaatschappij », *Gedr. St.*, Vl. P., 2003-2004, n° 2041/1.

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.181.97)
Le Conseil d'Etat. Chronique de jurisprudence 2003
Larcier Edition - © Larcier - 07/02/2020

strada lex

doit infliger l'amende administrative visée et des règles de procédure de base selon lesquelles l'amende est infligée : « le législateur même doit fixer les éléments essentiels du régime en projet (...) et prévoir, en la matière, des critères dans le respect desquels le Roi est tenu d'exercer ce pouvoir » (15).

5. — Il résulte de l'article 15 de la Constitution et de l'article 11, alinéa 3, 3°, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles que c'est au législateur, et non pas au Gouvernement, qu'il appartient de déterminer les cas dans lesquels peuvent avoir lieu des *visites domiciliaires* (16).

6. — Les mesures permettant une ingérence de l'autorité dans *le droit de propriété* doivent également être prévues de manière explicite par le législateur. Ne rencontre pas cette exigence la disposition qui prévoit que le demandeur d'un agrément doit joindre à sa demande « les titres établissant le droit d'usage du local » ou « la copie du bail ou de la convention d'occupation si l'école de conduite n'est pas propriétaire » : « S'il appartient au Roi de s'assurer que les activités des écoles de conduite aient lieu dans des locaux convenables et qu'au titre des conditions d'agrément de ces écoles, il en fixe les critères, il ne lui appartient pas en revanche de s'immiscer dans l'origine de propriété des biens immeubles qui sont utilisés par celles-ci » (17).

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

Le Roi ne peut pour cette raison être habilité à fixer les modalités suivant lesquelles des enregistrements de communications et de télécommunications privées avec transcription éventuelle et leur traduction éventuelle sont détruits : « dès lors que ces enregistrements constituent des immixtions dans la vie privée des citoyens, il importe au regard de l'article 22 de la Constitution que le législateur détermine lui-même les délais de conservation de ces enregistrements et les conditions dans lesquelles leur destruction pourra intervenir » (18). De même, le Roi ne peut prévoir l'établissement d'un système de vidéosurveillance qui permet la surveillance non seulement des jeux de hasard, mais également des joueurs eux-mêmes qui vise, notamment, à constater des infractions commises par des joueurs : « Le droit de ne pas faire l'objet d'une surveillance par caméras, que les images soient

(15) Avis L. 36.080/1/2/3/4 des 7 et 12 novembre 2003, sur un avant projet de « loi-programme », *Doc. parl.*, Chambre, 2003-2004, n° 474/1.

(16) Avis L. 35.843/2/V du 10 septembre 2003 sur un projet d'arrêté du Gouvernement wallon « fixant des dérogations aux mesures de protection des oiseaux ».

(17) Avis L. 34.642/4 du 12 février 2003 sur un projet d'arrêté royal « relatif aux conditions d'agrément des écoles de conduite des véhicules à moteur ».

(18) Avis L. 34.804/4 du 19 mai 2003 sur un avant-projet de loi « relatif à l'identification, au repérage, à la localisation, aux écoutes, à la prise de connaissance et à l'enregistrement de communications et télécommunications privées aux besoins des services de sécurité et renseignement ».

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.181.97)
Le Conseil d'Etat. Chronique de jurisprudence 2003
Larcier Edition - © Larcier - 07/02/2020

strada lex

enregistrées ou non, relève du droit au respect de la vie privée. Conformément à l'article 22 précité, il appartient au législateur, et non au Roi, de viser les cas et conditions dans lesquels les prises de vues seront effectuées ainsi que la destination de l'enregistrement » (19). Dans le cadre de la fonction publique, le Roi ne peut pas non plus habiliter l'Administrateur délégué du SELOR à procéder à une enquête particulière ou complémentaire « afin d'apprécier si un lauréat est d'une conduite répondant aux exigences de la fonction », le lauréat étant informé de l'enquête et son classement provisoirement suspendu pendant cette enquête : « dès lors qu'elle pourrait concerner, notamment par le biais des moyens mis en œuvre, des éléments de la vie privée ou familiale du candidat, une telle enquête comporte le risque d'une immixtion qui, en vertu de l'article 22 de la Constitution, ne peut trouver sa source que dans une norme législative. En tout état de cause, la disposition doit être précisée quant à l'objet de l'enquête et prévoir la procédure à suivre afin d'en garantir le caractère contradictoire » (20). Il appartient, pour les mêmes raisons, au décret, et non au gouvernement ou aux distributeurs d'eau, de fixer les règles essentielles en matière d'organisation du droit d'accès des distributeurs à leurs installations situées en domaine privé (21).

Ainsi que l'a déjà observé la section de législation du Conseil d'Etat, « le recours à des enquêtes de sécurité implique en soi, et quel que soit le domaine considéré, une ingérence dans la vie privée des intéressés et, le cas échéant, de leur entourage ». Il s'ensuit que prévoir le principe d'une enquête de sécurité systématique et préalable concernant les candidats à un mandat au sein de l'Exécutif des Musulmans de Belgique nécessite l'adoption d'une loi. A ce propos, la section de législation (22) relève que « bien que les dispositions de la C.E.D.H. n'imposent pas l'intervention d'une loi formelle, un arrêté royal ne peut être pris en considération, en droit interne, pour introduire de pareilles restrictions qu'à la condition qu'il respecte les règles de répartition des compétences entre les pouvoirs législatif et exécutif, telles qu'elles se déduisent spécialement de l'article 105 de la Constitution, et qu'il corresponde aux exigences de la Cour européenne dans l'inter-

(19) Avis L. 35.214/2 du 7 avril 2003 sur un projet d'arrêté royal « relatif aux modalités de surveillance et de contrôle des jeux de hasard dans les établissements de jeux de hasard de classe I, au moyen d'un système informatique approprié »; avis L. 35.215/2 du 7 avril 2003 sur un projet d'arrêté royal « relatif aux modalités de surveillance et de contrôle des jeux de hasard dans les établissements de jeux de hasard de classe II, au moyen d'un système informatique approprié ».

(20) Avis L. 34.901/4 du 19 mars 2003 cité à la note 3; avis L. 35.184/2 du 23 juin 2003 sur un projet d'arrêté du Gouvernement wallon « portant le Code de la fonction publique wallonne ».

(21) Avis L. 36.016/4 du 3 décembre 2003 sur un avant-projet de décret « relatif à la tarification et aux conditions générales de la distribution publique de l'eau en Wallonie », *Doc. C.R.W.*, 2003-2004, n° 645/1.

(22) Avis L. 34.547/AG du 11 février 2003 sur un projet d'arrêté royal « portant création d'une Commission *ad hoc* en ce qui concerne les avis négatifs relatifs aux candidats à un mandat au sein de l'Exécutif des Musulmans de Belgique ».

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.181.97)
Le Conseil d'Etat. Chronique de jurisprudence 2003
Larcier Edition - © Larcier - 07/02/2020

strada lex

prétation donnée des mots 'prévue par la loi'. Quant à la nécessité de respecter en outre l'article 22 de la Constitution, qui réserve au législateur les cas et les conditions dans lesquels des restrictions peuvent être apportées au droit au respect de la vie privée, il y a lieu d'observer que cette disposition ne requiert pas que l'ensemble des éléments de la réglementation envisagée figurent dans la loi; même dans les matières réservées à la loi par l'article 22 de la Constitution, des habilitations au pouvoir exécutif sont admissibles, pour autant que ce soit le législateur lui-même qui fixe les principes et les éléments essentiels des règles contenant les restrictions au droit au respect de la vie privée et pour autant que les attributions de pouvoirs au Roi ne portent que sur la mise en œuvre de la loi ».

8. — L'ingérence dans *les droits économiques et sociaux* garantis par l'article 23 de la Constitution, lequel est dépourvu d'effet direct, requiert également une intervention législative sans pour autant interdire des délégations limitées au pouvoir exécutif.

N'est pas conforme à cette exigence constitutionnelle la disposition réglementaire qui prévoit qu'en cas de retrait d'un permis d'exploitation d'un service de taxis, l'intéressé ne peut plus recevoir un nouveau permis pendant cinq ans : « dans la mesure où cette disposition rend impossible l'exercice, pendant une durée déterminée, d'une activité commerciale déterminée, elle contient une limitation de la liberté de commerce et d'industrie et doit dès lors être prévue par un décret » (23). Il en va de même de l'interdiction de l'utilisation de certaines appellations par des organismes ou par des personnes autres que les titulaires d'une autorisation administrative : « Elle constitue une limitation de la liberté des tiers qui doit être prévue dans la loi elle-même » (24).

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

Selon une jurisprudence désormais bien établie de la Cour d'arbitrage et du Conseil d'État, l'article 24, § 5, de la Constitution requiert en effet que les éléments essentiels de la législation relative à l'enseignement soient repris dans le décret lui-même et que, dans la formulation du pouvoir réglementaire qui est accordé au Gouvernement, le décret indique les critères tenant lieu de directives pour l'établissement de la réglementation dont il s'agit (25).

(23) Avis L. 34.590/3 du 22 avril 2003 sur un projet d'arrêté du gouvernement flamand « betreffende de taxidiensten en de diensten voor het verhuren van voertuigen met bestuurder ».

(24) Avis L. 34.642/4 du 12 février 2003 cité à la note 17.

(25) Avis L. 34.990/2 du 7 avril 2003 sur un avant-projet de décret « portant modification des décrets du 9 septembre 1996 relatif au financement des Hautes Ecoles organisées ou subventionnées par la Communauté française et du 17 mars 1997 fixant le statut des commissaires auprès des Hautes Ecoles », *Doc. C.C.F.*, 2002-2003, n° 426/1; avis L. 35.332/1 du 11 avril 2003 over een ontwerp van decreet « betreffende het landschap basisonderwijs », *Gedr. St.*, Vl. P., 2002-2003,

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.181.97)
Le Conseil d'Etat. Chronique de jurisprudence 2003
Larcier Edition - © Larcier - 07/02/2020

strada lex

Ne satisfont pas à ces exigences constitutionnelles les dispositions suivantes parce qu'elles attribuent au gouvernement des compétences d'exécution excessives, ou encore parce qu'elles laissent aux pouvoirs organisateurs des possibilités de choix excessives :

— en matière d'organisation de l'enseignement : les critères de création obligatoire de sections fondamentales francophones ou néerlandophones dans l'enseignement germanophone, tels que le nombre de demandes nécessaires ou la langue maternelle des personnes chargées de l'éducation des enfants concernés, sauf si la délégation au gouvernement porte sur des points de détail (par exemple, fixation de la date limite avant laquelle les demandes devront être introduites, modalités de l'introduction de ces demandes...) sans pouvoir avoir trait à des éléments ayant une incidence sur l'obligation même de créer les sections en question (26) ; la création, la composition, le fonctionnement et les compétences de commissions comme le « Conseil permanent de l'Enseignement supérieur » (27) ou les commissions sous-régionales créées dans l'enseignement de promotion sociale afin d'examiner l'adéquation de l'offre d'enseignement aux réalités socio-économiques de la sous-région (28) ; les règles essentielles d'organisation et de subventionnement de l'enseignement spécialisé sous ces différentes formes, à savoir de plein exercice, secondaire en alternance ou de promotion sociale, les pouvoirs de dérogation octroyés au gouvernement n'étant admissibles que si le décret les encadre autant que possible, en définissant précisément, par exemple, les causes de dérogation (29) ; les modalités d'introduction d'un recours en cas d'échec de l'élève (30) ; les mesures de rétablissement et les mesures provisoires qui peuvent être prises en cas d'annulation d'une note d'examen (31) ; la délégation au conseil des étudiants de fixer la procé-

n° 1720/1 ; avis L. 35.746/2/V du 3 septembre 2003 sur un avant-projet de décret « relatif à la définition de la pénurie et à certaines Commissions dans l'enseignement organisé ou subventionné par la Communauté française », *Doc. C.C.F.*., 2003-2004, n° 514/1.

(26) Avis L. 32.759/2 du 24 février 2003 sur un avant-projet de décret « relatif à la transmission des connaissances linguistiques et à l'emploi des langues dans l'enseignement », *Doc. RDG*, 2003-2004, n° 146/1.

(27) Avis L. 35.902/2 du 22 octobre 2003 sur un avant-projet de décret « portant diverses mesures urgentes en matière d'enseignement non obligatoire », *Doc. C.C.F.*, 2003-2004, n° 486/1.

(28) Avis L. 36.095/2 du 8 décembre 2003 sur un avant-projet de décret « modifiant le décret du 16 avril 1991 organisant l'enseignement de promotion sociale », *Doc. C.C.F.*, 2003-2004, n° 487/1.

(29) Avis L. 36.033/2 du 1er décembre 2003 sur un avant-projet de décret « organisant l'enseignement spécialisé », *Doc. C.C.F.*, 2003-2004, n° 490/1.

(30) Avis L. 36.095/2 du 8 décembre 2003 cité à la note 28.

(31) Avis L. 35.979/1 du 30 octobre 2003 over een voorontwerp van decreet « betreffende de rechtspositieregeling van de student, de participatie in het hoger onderwijs en de begeleiding van de herstructurering van het hoger onderwijs in Vlaanderen », *Gedr. St.*, Vl. P., 2003-2004, n° 1960/1.

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.181.97)
Le Conseil d'Etat. Chronique de jurisprudence 2003
Larcier Edition - © Larcier - 07/02/2020

strada lex

dure des élections à ce conseil (32); les mesures permettant l'utilisation de la langue des signes dans l'enseignement (33);

— en matière de statut administratif des différentes catégories de personnel de l'enseignement obligatoire : les conditions de nomination des enseignants, telles que la fixation de la liste des titres constituant la preuve de la connaissance approfondie d'une langue ou le niveau des connaissances linguistiques exigées, ou la maîtrise des connaissances didactiques requises dans le chef des membres du personnel (34); le transfert aux nouvelles commissions, centrales ou zonales, de gestion des emplois des missions actuellement conférées aux commissions, centrales ou régionales, de réaffectation (35); le statut des commissaires qui contrôlent les hautes écoles (36).

— en matière de formation des enseignants : la définition de la formation complémentaire en psychomotricité (37);

— en matière d'accès à l'enseignement, lequel « fait partie de l'organisation de l'enseignement » : la réglementation de l'admissibilité des personnes qui ne satisfont pas aux conditions générales d'admission à la formation de bachelier prévues par le décret ne peut être sans aucune limite déléguée aux institutions d'enseignement et soumise à la tutelle d'approbation du gouvernement (38); les critères de sélection des étudiants à l'issue d'un concours d'admission interuniversitaire, ce qui nécessite de définir par décret avec une précision suffisante pour prévenir tout risque d'arbitraire les éléments essentiels de l'organisation du concours et de son programme (39);

(32) Avis L. 35.979/1 du 30 octobre 2003 cité à la note 31.

(33) Avis L. 35.679/2/V, du 23 juillet 2003 sur un avant-projet de décret « relatif à la reconnaissance de la langue des signes », *Doc. C.C.F.*, 2002-2003, n° 446/1.

(34) Avis L. 32.759/2 du 24 février cité à la note 26 : « Le décret projeté devrait donc définir, du moins dans ses éléments essentiels, le type de »connaissances didactiques« exigées pour les différentes fonctions, la forme et la durée de l'enseignement menant à la reconnaissance de ces connaissances, de même que l'autorité habilitée à attester celles-ci ».

(35) Avis L. 35.746/2/V du 3 septembre 2003 cité à la note 25.

(36) Avis L. 34.990/2 du 7 avril 2003 cité à la note 25.

(37) Avis L. 35.282/2 du 11 avril 2003 sur un avant-projet de décret « introduisant des activités de psychomotricité dans l'enseignement maternel ordinaire », *Doc. C.C.F.*, 2002-2003, n° 411/1.

(38) Avis L. 34.995/1 du 6 mars 2003 sur des amendements à un avant-projet « betreffende de herstructurering van het hoger onderwijs in Vlaanderen », *Parl. St.*, Vl. Parl., 2002-03, nr. 1571/3.

(39) Avis L. 34.393/2, du 19 décembre 2002 sur un avant-projet de décret « modifiant les dispositions relatives aux études du secteur des sciences de la santé dans le décret du 5 septembre 1994 relatif au régime des études universitaires et des grades académiques et dans la loi du 27 juillet 1971 sur le financement et le contrôle des institutions universitaires », *Doc. C.C.F.*, 2002-2003, n° 361/1; avis L. 34.628/2, du 19 février 2003, sur un avant-projet de décret « modifiant les conditions d'accès aux études en sciences vétérinaires dans le décret du 5 septembre 1994 relatif au régime des études universitaires et des grades académiques », *Doc. C.C.F.*, 2002-2003, n° 394/1.

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.181.97)
Le Conseil d'Etat. Chronique de jurisprudence 2003
Larcier Edition - © Larcier - 07/02/2020

strada lex

— en matière de contenu des études : les critères de sélection des établissements autorisés à organiser des cours en langue des signes ou dans une autre langue moderne que le français (40), la détermination du volume horaire réservé à telle ou telle formation, « le décret établissant à tout le moins une fourchette dans lequel le Gouvernement fixe le volume horaire » (41), la définition des profils de formation spécifiques sauf si l'arrêté du Gouvernement est ultérieurement soumis à la confirmation du législateur décrétal (42) ; dans l'enseignement de promotion sociale, le contenu d'une unité de formation et sa qualification comme unité de transition ou de qualification (43) ;

— en matière de financement (44) : les critères d'appréciation et d'éligibilité de certains projets en vue de leur financement (45) ; la déduction de la dotation/école des prestations d'enseignants effectivement rémunérées dans le cadre d'une section ou d'une unité de formation dont l'ouverture n'a pas été annoncée à l'administration ou la limitation de l'utilisation des dotations/école par le pouvoir organisateur « afin d'assurer à chaque étudiant la possibilité de mener à bonne fin les études qu'il a entreprises » (46) ; la fixation d'un coefficient d'encadrement par domaine ou catégorie d'études, lequel est un paramètre essentiel du calcul par année scolaire du nombre d'heures/professeurs finançable ou subventionnable, ou la répartition des subsides annuels entre établissements d'enseignement artistique (47) ; les critères de répartition des étudiants inscrits à une formation conjointe de bachelier ou de master entre les établissements qui organisent une telle formation (48) ;

— en matière d'internats scolaires qui doivent être considérés comme des établissements d'enseignement (49) ;

— en matière de médiathèques et de bibliothèques scolaires : « il convient de respecter l'article 24, § 5, de la Constitution et de fixer d'abord les conditions d'organisation et de subventionnement dans un décret avant

(40) Avis L. 36.033/2 du 1er décembre 2003 cité à la note 29.

(41) *Ibidem*.

(42) *Ibidem*.

(43) Avis L. 36.095/2 du 8 décembre 2003 cité à la note 28.

(44) Avis L. 35.846/2 du 22 septembre 2003 sur un avant-projet de décret « organisant la neutralité inhérente à l'enseignement officiel subventionné et portant diverses mesures en matière d'enseignement », *Doc. C.C.F.*, 2002-2003, n° 456/1.

(45) Avis L. 34.995/1 du 6 mars 2003 cité à la note 38.

(46) Avis L. 36.095/2 du 8 décembre 2003 cité à la note 28.

(47) Avis L. 36.029/1/3 des 24 et 27 octobre 2003 sur un avant-projet de décret « houdende bepalingen tot begeleiding van de begroting 2004 », *Gedr. St.*, Vl. P., 2003-2004, n° 1948/1.

(48) Avis L. 35.979/1 du 30 octobre 2003 cité à la note 31.

(49) Avis L. 35.668/1/V du 28 juillet 2003 sur un projet d'arrêté du gouvernement flamand « tot wijziging van het koninklijk besluit nr. 456 van 10 september 1986 houdende rationalisatie en programmatie van de internaten van het door de Staat georganiseerde of gesubsidieerde onderwijs ».

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.181.97)
Le Conseil d'Etat. Chronique de jurisprudence 2003
Larcier Edition - © Larcier - 07/02/2020

strada lex

de prévoir l'octroi de subventions » pour leur aménagement et leur équipement (50) ;

— en matière de règles transitoires : le décret ne peut déléguer au gouvernement la compétence de fixer les règles transitoires nécessaires à son application, sans fixer au préalable les règles essentielles dans lesquelles devra s'inscrire l'habilitation conférée au gouvernement (51).

Pour rappel, l'exigence de légalité prévue par l'article 24, § 5, de la Constitution s'applique à toute réforme, « même si elle est limitée dans le temps ». L'organisation d'une expérience pilote ne dispense donc pas le législateur d'en régler les éléments essentiels (52).

Enfin, comme la section de législation l'a déjà relevé, la présence de règles essentielles en matière d'enseignement dans des arrêtés réglementaires ne change rien quant au respect de l'article 24, § 5, de la Constitution, que ces arrêtés soient antérieurs ou non à 1989. A cet égard, elle souligne que « plutôt que de modifier ces arrêtés ainsi que de les compléter par ailleurs par des dispositions décrétales autonomes, mieux vaudrait reprendre dans les décrets (idoines) tant les dispositions de ces arrêtés qui peuvent être considérées comme des éléments essentiels (...) que celles de l'avant-projet présentement examiné, et de prévoir une habilitation au Gouvernement qui réponde mieux aux critères dégagés par la jurisprudence de la Cour d'arbitrage. Cette méthode contribuerait en outre à la simplification législative, en réduisant l'éparpillement des textes relatifs au statut des enseignants, et à la sécurité juridique, notamment en évitant qu'un même texte ne contienne des dispositions de nature législative et réglementaire (...). Cela permettrait également de distinguer clairement, dans la matière considérée, les dispositions essentielles, qui doivent faire l'objet d'un décret en vertu de l'article 24, § 5, de la Constitution, des dispositions accessoires qui peuvent, par habilitation décrétale, être réglées par arrêté du Gouvernement » (53).

10. — Des restrictions à la *liberté d'association* garantie par l'article 27 de la Constitution ne peuvent être prévues que « par la loi ». Il s'ensuit qu'un gouvernement régional ne peut prévoir, par arrêté, l'interdiction d'exercer pendant un temps déterminé certaines fonctions dans une personne morale (comme administrateur ou gérant) à la suite d'un retrait de

(50) Avis L. 35.058/2 du 23 avril 2003 sur un avant-projet de décret « portant des mesures urgentes en matière d'enseignement 2003/I », *Doc. C.C.F.*, 2002-2003, n° 135/1.

(51) Avis L. 35.746/2/V du 3 septembre 2003 cité à la note 25.

(52) Avis L. 35.282/2 du 11 avril 2003 cité à la note 37.

(53) Avis L. 35.264/2 du 28 mai 2003 sur un avant-projet de décret devenu le décret du 17 juillet 2003 « accordant une priorité au membre du personnel victime d'un acte de violence et introduisant la suspension préventive des membres du personnel temporaires et la mise en disponibilité par retrait d'emploi dans l'intérêt du service dans les réseaux d'enseignement de la Communauté française et subventionnés », *Doc. C.C.F.*, session 2002-2003, n° 427/1 ; avis L. 35.746/2/V du 3 septembre 2003 cité à la note 25.

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.181.97)
Le Conseil d'Etat. Chronique de jurisprudence 2003
Larcier Edition - © Larcier - 07/02/2020

strada lex

permis d'exploiter, une telle mesure contenant une limitation de la liberté d'association et étant du ressort du législateur (54).

11. — Le règlement de *l'emploi des langues* en Belgique ne peut se faire, aux termes de l'article 30 de la Constitution que « par la loi ». Ainsi, il n'appartient pas à un gouvernement régional de prescrire les langues qui peuvent être utilisées dans le cadre d'une procédure de conciliation (55) ou au Roi de régler l'emploi des langues par l'interprète désigné dans le cadre de l'examen d'une demande introduite par un étranger ou l'emploi par l'étranger d'une des langues nationales pour l'introduction d'un recours administratif (56).

Il en va de même pour l'emploi des langues dans l'enseignement qui est expressément réservé au législateur décrétal par l'article 130, § 1er, alinéa 1er, 5°, de la Constitution. Il s'ensuit que les pouvoirs organisateurs ne peuvent se voir attribuer une liberté totale pour déterminer le volume maximal des activités pouvant être dispensées dans une langue ou le gouvernement le soin d'établir les conditions dans lesquelles un certificat de fin d'études peut être établi dans telle ou telle langue (57).

12. — Le droit à la *consultation des documents administratifs* consacré par l'article 32 de la Constitution est un droit fondamental qui n'est pas, pour autant, un droit absolu puisque le législateur peut le restreindre ou l'assortir de conditions. Ainsi, dans la sphère des compétences fédérales, le droit fondamental à la consultation des documents administratifs est organisé par la loi du 11 avril 1994 relative à la publicité de l'administration, laquelle énumère les cas dans lesquels la demande de consultation, d'explication ou de communication sous forme de copie d'un document administratif est rejetée.

Tel est le cas lorsque la publication porte atteinte à une obligation de secret imposée par la loi. Qu'en est-il à cet égard d'une obligation de secret imposée par une autre législation, telle que la loi du 6 avril 1995 relative au statut des entreprises d'investissement et à leur contrôle, aux intermédiaires et conseillers en placement, laquelle impose une obligation de secret, dont la violation est susceptible d'être sanctionnée pénalement, aux autorités qu'elle énumère et parmi lesquelles la s.a. Euronext Brussels figure ? Pour la section d'administration, « cette loi peut être considérée comme une loi spéciale au regard de la loi du 11 avril 1994, non seulement parce qu'elle

(54) Avis L. 34.590/3 du 22 avril 2003 sur un projet d'arrêté du gouvernement flamand « betreffende de taxidiensten en de diensten voor het verhuren van voertuigen met bestuurder ».

(55) Avis L. 35.898/4 du 13 octobre 2003 sur un projet d'arrêté du Gouvernement wallon « déterminant le règlement du service de conciliation et d'arbitrage de la Commission wallonne pour l'énergie ».

(56) Avis L. 34.745/4 du 2 avril 2003 sur un projet d'arrêté royal « fixant la procédure devant le Commissariat général aux réfugiés et aux apatrides ainsi que son fonctionnement ».

(57) Avis L. 32.759/2 du 24 février 2003 cité à la note 26.

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.181.97)
Le Conseil d'Etat. Chronique de jurisprudence 2003
Larcier Edition - © Larcier - 07/02/2020

strada lex

lui est postérieure, mais aussi et surtout parce que son champ d'application vise une catégorie limitée de personnes ou d'autorités dont l'activité se situe dans un domaine bien défini. Il n'y a pas d'incompatibilité entre la loi générale du 11 avril 1994 et la loi spéciale du 6 avril 1995, dans la mesure où cette dernière précise, dans un domaine particulier, une exception que l'article 32 de la Constitution autorise dans son principe et que la loi du 11 avril 1994 prévoit » (58).

Du reste, le Conseil d'Etat a rappelé que « dès lors que les exceptions légales au droit aux documents administratifs le sont à un droit fondamental garanti par la Constitution, qu'à ce titre, elles sont d'interprétation restrictive et qu'elles sont limitativement énumérées par la loi, il revient à l'autorité administrative compétente de s'en prévaloir expressément, c'est-à-dire d'indiquer précisément quelle cause légale de refus de communication des documents administratifs elle entend opposer à ce droit » (59). Ainsi, une décision définitive de refus d'accès au dossier fiscal qui se fonde sur la double circonstance que, d'une part, la demande d'accès « dépasse les objectifs de la loi (60) » et que, d'autre part, des demandes systématiques « entravent le bon fonctionnement du service », viole l'article 32 de la Constitution ainsi que la loi du 11 avril 1994, aucun de ces deux motifs ne trouvant un fondement dans les exceptions légales au droit fondamental d'accès aux documents administratifs garanti par l'article 32 de la Constitution (61). De même, la décision qui autorise une société requérante à prendre connaissance du dossier de recouvrement d'une autre société dont elle est déclarée débiteur solidaire, c'est-à-dire d'actes d'exécution postérieurs à la constatation de l'existence d'une dette fiscale, fût-elle solidaire, dans le chef de la requérante, mais lui refuse l'accès au dossier fiscal proprement dit viole l'article 32 de la Constitution et l'article 6 de loi du 11 avril 1994 lorsque ce seul dossier de recouvrement ne peut éclairer la requérante quant à la légalité des éléments retenus pour établir la dette. Le secret professionnel ne peut s'opposer à ce qu'une personne puisse vérifier le fondement d'une réclamation de somme au titre de dette, celle-ci fût-elle fiscale (62).

13. — Même en l'absence de précision en ce sens dans le texte constitutionnel, l'intervention du législateur est requise pour toute mesure qui constitue une *ingérence dans les libertés publiques et les droits de l'homme*.

(58) C.E., *Lejeune*, n° 116.752, du 7 mars 2003.

(59) C.E., *Vanderzande et Hallumiez*, n° 126.340, du 12 décembre 2003.

(60) En l'espèce, la partie adverse estimait que tel est le cas dans la mesure où la demande d'accès au dossier vise uniquement à obtenir une copie des annotations effectuées par des agents de la partie adverse lors de la consultation chez les requérants de documents comptables et où, introduite avant la réception de l'avis de rectification, elle ne l'a pas été en vue de se forger une opinion quant aux implications fiscales qui pouvaient être tirées de la consultation de ces documents comptables.

(61) *Ibidem*.

(62) C.E., *S.A. Semalu*, n° 126.678, du 19 décembre 2003.

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.181.97)
Le Conseil d'Etat. Chronique de jurisprudence 2003
Larcier Edition - © Larcier - 07/02/2020

strada lex

Ainsi, à l'encontre d'une disposition prévoyant qu'un arrêté royal délibéré en conseil des ministres peut obliger des catégories de particuliers à faire appel aux services d'une entreprise privée de gardiennage, la section de législation a observé que « cette habilitation ne peut être admise. S'agissant d'une restriction importante apportée à la liberté des personnes, c'est à la loi elle-même qu'il appartient de circonscrire de manière très précise les cas dans lesquels cette obligation pourra être imposée aux citoyens » (63). De même, s'agissant d'autoriser des services privés de sécurité à procéder à des fouilles de vêtements et de biens personnels, soit des contrôles de nature à porter une importante atteinte à l'intégrité des personnes, même s'ils peuvent uniquement être réalisés en vue de prévenir ou de constater le vol de biens de l'entreprise ou sur les lieux de travail, « il n'est pas admissible de recourir, plus particulièrement en ce qui concerne le personnel de l'entreprise, au droit collectif du travail — c'est-à-dire, aux termes de l'exposé des motifs, à la convention collective de travail ainsi qu'au règlement de travail — pour présumer l'existence du consentement préalable du travailleur. Il appartient à la loi elle-même de définir les termes de cette présomption étant entendu que le fait de pénétrer dans l'entreprise impliquera pour le travailleur d'accepter la possibilité d'un contrôle à la sortie, compte tenu spécialement du caractère sensible des entreprises concernées » (64).

Par ailleurs, seul le législateur peut établir un régime de décision implicite. En effet, « la mise en œuvre d'un tel régime a pour effet d'écarter l'application de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs. Ceci ne peut être admis que si une disposition de nature législative l'autorise » (65).

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

1. *Généralités*

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

(63) Avis L. 34.507/2 du 27 janvier 2003 cité à la note 12.
(64) Avis L. 34.507/2 du 27 janvier 2003 cité à la note 12.
(65) Avis L. 35.427/4 du 22 mai 2003 sur un projet d'arrêté du Gouvernement wallon « portant conditions sectorielles relatives aux carrières et à leurs dépendances »; avis L. 35.608/4 du 9 juillet 2003 sur un projet d'arrêté du Gouvernement wallon « relatif à la licence de fourniture de gaz »; avis L. 35.821/2/V du 25 août 2003 sur un projet d'arrêté du Gouvernement wallon « relatif à la procédure à suivre en cas de survenance d'événement portant atteinte à la qualité de l'eau destinée à la consommation humaine ».

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.181.97)
Le Conseil d'Etat. Chronique de jurisprudence 2003
Larcier Edition - © Larcier - 07/02/2020

strada lex

2. *Admissibilité aux emplois publics*

15. — Le Conseil d'Etat tire des articles 10 et 33 de la Constitution l'obligation de comparer objectivement les titres des candidats à un emploi public, laquelle doit conduire à ce que les nominations ou désignations s'opèrent en accordant la priorité au candidat le plus apte du point de vue de l'intérêt général. « Le principe constitutionnel de l'égale admissibilité aux emplois publics impose à l'autorité, en l'absence de règles particulières applicables au cas d'espèce et compatibles avec ce principe constitutionnel, de ne procéder aux désignations qu'après avoir procédé à une comparaison des titres et mérites des candidats déclarés » (66).

A cet égard, « l'exigence de critères particuliers de sélection, tels que la parité linguistique, la proportion d'hommes et de femmes ou la complémentarité des membres d'un organe collégial, ne dispensent pas l'autorité qui nomme de l'obligation de procéder à la comparaison des titres et mérites des candidats » (67). De même, « le nombre de candidats peut expliquer que l'acte de nomination ne contienne pas l'énumération des titres et mérites de chacun d'eux ou l'énoncé des termes de la comparaison qui aurait été faite entre eux, à condition toutefois que cette comparaison ressorte des pièces du dossier administratif. Il n'appartient pas au Conseil d'Etat de procéder lui-même à cette comparaison en se basant sur les actes de candidature, celui-ci devant trouver dans le dossier sinon dans l'acte même l'expression d'une réelle comparaison » (68).

16. — Viole ce principe, repris par ailleurs à l'article 9, § 3, de l'arrêté royal du 22 décembre 2000 fixant les principes généraux du statut administratif et pécuniaire des agents de l'État applicables au personnel des services des Gouvernements de Communauté et de Région et des Collèges de la Commission communautaire commune et de la Commission communautaire française ainsi qu'aux personnes morales de droit public qui en dépendent (en abrégé, A.R.P.G.) la désignation des secrétaires des commissions territoriales de transport scolaire « pour un terme de cinq ans renouvelable en tenant compte de la représentation proportionnelle des groupes politiques démocratiques reconnus au sein du Parlement wallon par application du mécanisme défini aux articles 167 et 168 du Code électoral », ceux-ci devant être considérés comme des agents des services du gouvernement régional (69).

(66) Avis L. 35.746/2/V du 3 septembre 2003 cité à la note 25. C.E., *Hautcœur*, n° 114.747, du 21 janvier 2003; *Dewaide*, n° 126.511, du 17 décembre 2003.

(67) C.E., *Matthis*, n° 118.044, du 4 avril 2003.

(68) *Ibidem* (à propos de la nomination des membres du conseil d'administration de la S.N.C.B.).

(69) Avis L. 35.805/4 du 8 octobre 2003 sur un avant-projet de décret « relatif à la mobilité scolaire », *Doc. parl. W.*, 2003-2004, n° 634/1.

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.181.97)
Le Conseil d'Etat. Chronique de jurisprudence 2003
Larcier Edition - © Larcier - 07/02/2020

strada lex

Dans une hypothèse moins évidente, tant la section d'administration que la section de législation du Conseil d'Etat ont condamné des dispositions statutaires interdisant à des candidats porteurs d'un diplôme ou d'un certificat donnant accès à un niveau déterminé de la fonction publique d'accéder aux sélections comparatives des niveaux inférieurs (70).

Par ailleurs, les dispositions statutaires relatives à la sélection des *tops managers* a à nouveau connu quelques avatars au cours de l'année passée en revue. Ainsi, dans le cadre de la première attribution des mandats relatifs à des emplois publics de management, la section de législation s'est interrogée à propos de la compatibilité avec ce principe constitutionnel de mécanismes privilégiant peu ou prou les titulaires occupant antérieurement ces emplois, telles que l'organisation d'une répartition de ces emplois en privilégiant les candidats issus de la fonction publique wallonne pour un certain pourcentage (71) ou l'organisation d'une épreuve spécifique pour les titulaires actuels de ces fonctions alors que d'autres candidats à ces mêmes fonctions doivent se soumettre à une procédure de sélection plus complète (72) ou encore l'intégration dans un classement de lauréats des candidats bénéficiant d'une dispense partielle de la deuxième épreuve servant à l'établissement du classement (73). Pour sa part, la section d'administration a écarté l'application de l'article 8 de l'arrêté royal du 22 janvier 2003 relatif à la désignation et à l'exercice des fonctions de management au sein des établissements scientifiques de l'Etat, lequel instaure notamment un système de sélection parallèle, d'une part, des candidats francophones et, d'autre part, des candidats néerlandophones : « Si, à tort ou à raison, un autre système se substitue à celui qui repose sur la comparaison objective et impartiale des titres et mérites des candidats, ce système doit, pour respecter le prescrit constitutionnel, garantir aussi sûrement l'égale admissibilité des citoyens aux emplois publics. En dehors de l'hypothèse où des dispositions impératives de la législation linguistique réservent la désignation à un candidat francophone ou néerlandophone, la désignation doit revenir au candidat le plus apte. Il y a lieu de constater qu'il est à tout le moins incertain que le système d'une sélection parallèle, d'une part, de candidats francophones et, d'autre part, de candidats néerlandophones permette effectivement à l'autorité investie du pouvoir de nomination de mettre en balance les aptitudes des candidats d'une manière tout à fait objective et égale dans les cas où le choix entre les candidats n'est pas fixé par les exi-

(70) C.E., *Brouillard,* n° 135.391, du 3 février 2003 ; avis L. 35.909/2 du 19 novembre 2003 sur un projet d'arrêté du Gouvernement de la Communauté française « relatif au recrutement et à la promotion des agents de la Communauté française ».

(71) Avis L. 35.184/2 du 23 juin 2003 cité à la note 20.

(72) Avis L. 36.013/1 du 16 octobre 2003 sur un projet d'arrêté royal « relatif au statut des fonctions de management d'administrateur général et d'administrateur général adjoint des institutions publiques de sécurité sociale ».

(73) Avis L. 35.909/2 du 19 novembre 2003 cité à la note 70.

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.181.97)
Le Conseil d'Etat. Chronique de jurisprudence 2003
Larcier Edition - © Larcier - 07/02/2020

strada lex

gences de la législation linguistique. La composition différente des deux commissions de sélection comporte inévitablement l'éventualité qu'il y aura des nuances dans les critères d'évaluation et des différences d'appréciation dans l'évaluation elle-même. La circonstance que l'évaluation est faite sur la base d'une description unique des compétences ne supprime pas cette éventualité. La concertation entre les présidents des commissions peut d'autant moins avoir cet effet que ni le moment ni les modalités de cette concertation ne sont précisés » (74).

Suscite les mêmes interrogations l'instauration d'une procédure de recrutement au rang 12 (grade de directeur) : « L'usage est, dans l'ensemble de la fonction publique, de n'ouvrir au recrutement que les grades initiaux de chaque niveau. Compte tenu des avantages que présente, pour les candidats, un recrutement direct au rang 12, et des désavantages corrélatifs que présente ce système pour les agents des rangs 10 et 11, dont il limite les chances de promotion, il convient cependant d'opérer clairement la distinction entre les conditions et procédures de recrutement aux rangs 10 et 12 ». A cet égard, « la possibilité offerte à des agents contractuels engagés au rang 12 — voire à d'autres personnes extérieures au cadre de l'administration — d'accéder à des emplois de ce même rang par voie de recrutement direct doit spécialement être justifiée au regard des articles 10 et 11 de la Constitution ». Par contre, « il ne peut être admis d'assimiler les lauréats de tout concours de recrutement ou de toute sélection comparative en langue française donnant accès au rang 10 et qui ont satisfait à une épreuve complémentaire de sélection au rang 12, aux lauréats d'une véritable sélection comparative de rang 12 », la simple épreuve complémentaire de sélection au rang 12 « ne correspondant pas aux buts d'objectivation et de professionnalisation des recrutements que poursuit l'auteur du projet » (75).

Constitue également une dérogation à ce principe la préférence qui est accordée par le statut au candidat le plus jeune en cas d'égalité des votes à propos d'une nomination ou d'une présentation à un emploi public : « Là où cette préférence peut être justifiée comme un choix de société pour des mandats politiques, elle est, de manière générale, moins évidente lorsqu'il s'agit de la nomination à une fonction publique. Dans ce cas, le principe d'égalité exige en effet que la nomination s'effectue sur la base d'une comparaison de tous les mérites des candidats » (76).

(74) C.E., *Dewaide*, n° 126.511, du 17 décembre 2003.
(75) Avis L. 35.909/2 du 19 novembre 2003 cité à la note 70.
(76) Avis L. 34.480/3 du 7 juillet 2003 sur un avant-projet de « gemeentedecreet »; avis L. 36.211/3 du 18 décembre 2003 sur un avant-projet « provinciedecreet ».

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.181.97)
Le Conseil d'Etat. Chronique de jurisprudence 2003
Larcier Edition - © Larcier - 07/02/2020

strada lex

3. *Liberté individuelle*

17. — L'article 12, alinéa 1er, de la Constitution garantit la liberté individuelle, dont le droit au libre choix de sa résidence constitue un aspect essentiel. Cette liberté est également consacrée par l'article 2 du 4e Protocole à la Convention européenne des droits de l'homme, lequel prévoit que l'exercice de ce droit ne peut être limité que par la loi et que si cela s'avère nécessaire dans une société démocratique à la sauvegarde d'un des objectifs qu'il vise, ce qui implique qu'un rapport raisonnable de proportionnalité doit exister entre la mesure employée et le but visé (77).

Pour la section d'administration, « une obligation absolue de résidence pour le personnel des pompiers n'est pas nécessaire dans une société démocratique et est donc contraire » aux normes précitées. Il s'ensuit que la démission d'office en raison du non respect de cette obligation de résidence est illégale (78).

Qu'en est-il à cet égard du pouvoir qui serait conféré au conseil communal de soumettre à un permis d'habitation l'occupation d'un logement dans certaines parties d'une commune et/ou dans certaines catégories d'habitations dans une commune, et ce pour les communes où les prix de vente ou de location d'habitation ou de terrain sont anormalement élevés selon un arrêté pris chaque année par le gouvernement régional ? Selon le règlement communal relatif au permis d'habitation à arrêter par le conseil communal, seuls les personnes qui satisfont à certaines conditions seraient prises en considération pour obtenir un tel permis ; ces conditions ne peuvent avoir trait qu'au niveau de revenus du demandeur — sous un montant déterminé, le demandeur a un droit au permis —, à l'existence d'un lien social avec la commune — résider sans interruption depuis deux ans dans la commune ou dans la région limitrophe ou résider hors de la commune en démontrant avoir été domicilié antérieurement pendant six ans dans la commune ou dans la région limitrophe —, ou à l'existence d'un lien économique avec la commune — travailler au moins à mi-temps dans la commune ou dans la région limitrophe.

Pour la section de législation (79), l'exclusion des personnes qui ne satisfont pas à une de ces conditions constitue une ingérence dans le droit au libre choix de sa résidence ; constitue-t-elle pour autant une violation de ce droit ? Si le système envisagé est prévu dans une proposition de décret et satisfait donc à l'exigence d'être institué par la « loi », les limitations qu'il contient doivent pour leur part respecter les autres critères posés par les

(77) Avis L. 31.837/3 du 25 mars 2003 sur une proposition de décret « houdende de mogelijkheid voor de gemeenten het woonrecht aan bepaalde voorwaarden te onderwerpen », *Parl. St.*, Vl. Parl., 2000-2001, nr. 593/2.

(78) C.E., *Buts*, n° 109.099, du 10 juillet 2003.

(79) Avis L. 31.837/3 du 25 mars 2003 cité à la note 77.

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.181.97)
Le Conseil d'Etat. Chronique de jurisprudence 2003
Larcier Edition - © Larcier - 07/02/2020

strada lex

textes constitutionnels et internationaux. Tout d'abord, en ce qui concerne le but poursuivi, il ressort des développements de la proposition de décret qu'elle entend s'inscrire, d'une part, dans les objectifs de la politique régionale d'aménagement du territoire, à savoir « limiter l'extension du territoire urbanisable de la Région et garantir le caractère paysager du territoire régional », et, d'autre part, dans l'objectif de l'accessibilité « à une habitation des jeunes familles, lesquelles constituent l'accroissement naturel d'une population » : « ces objectifs aboutissent à vouloir justifier l'introduction d'une limitation du droit au libre choix de sa résidence des uns pour protéger le droit au libre choix de sa résidence des autres, ce qui semble être en soi une fin légitime ». Ensuite, une telle limitation doit « être nécessaire dans une société démocratique » pour atteindre les objectifs précités, ce qui « implique l'existence d'un besoin social impérieux » et « un lien raisonnable de proportionnalité avec le but poursuivi ». La section de législation examine un à un les critères retenus par la proposition de décret :

— l'exclusion de certaines personnes du droit à l'habitation en raison de leurs revenus, justifiée par la garantie d'un tel droit aux économiquement faibles, semble être en relation raisonnable avec le but visé et confère en outre exécution au droit à un logement décent pour chacun garanti par l'article 23 de la Constitution ;

— l'existence d'un lien social avec la commune qui se déduit de certaines circonstances prévues limitativement par la proposition : « les développements de la proposition ne démontrent pas quel est l'intérêt public que poursuit une telle mesure limitative. Elle aboutit à donner une priorité aux intérêts privés d'un groupe sur ceux d'un autre groupe sans qu'une justification ne soit fournie. En réservant le permis d'habitation aux personnes qui ont déjà ou ont déjà eu un lien avec une commune revient à limiter de manière déraisonnable le droit au libre choix de sa résidence. La proposition revient par ailleurs à une interdiction de résidence qui rend illusoire ce droit et en outre ne tient pas compte des autres intérêts primordiaux — par exemple de nature sociale ou familiale — que des personnes peuvent avoir de s'établir dans une commune » ;

— l'existence d'un lien économique avec la commune tel qu'établi par la proposition : « aucun développement relatif à ce critère n'est exposé. Les auteurs de la proposition devront aussi indiquer suffisamment sur quelle base repose ce critère et plus précisément spécifier à quel intérêt public l'imposition d'une telle condition se rattache. A défaut, un tel critère est inadmissible ».

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.181.97)
Le Conseil d'Etat. Chronique de jurisprudence 2003
Larcier Edition - © Larcier - 07/02/2020

strada lex

4. *Légalité des infractions et des peines*

18. — En vertu du principe de la *légalité des incriminations*, les faits érigés en infraction doivent être définis en des termes suffisamment clairs, précis et prévisibles pour permettre aux justiciables de savoir à l'avance quels actes ou omissions engagent leur responsabilité pénale (80). En conséquence, la section de législation émet des objections à l'égard de dispositions en projet qui sont rédigées en des termes incomplets ou manquant de la clarté et de la précision que requiert un texte destiné à produire des effets de droit et dont la violation est constitutive d'infraction (81).

Dans le domaine de la protection de l'environnement, les conditions générales ou les conditions sectorielles d'exploitation arrêtées par le gouvernement régional et imposées lors de la délivrance d'un permis d'environnement doivent être complétées et précisées dans la mesure où ces dispositions déterminent la qualification de faits pouvant donner lieu à des poursuites pénales : en effet, ces conditions sont des prescriptions destinées à s'imposer, non seulement à l'autorité qui arrête des conditions d'exploitation, mais aussi directement aux exploitants d'établissements classés, l'article 77, § 1er, 2°, du décret du 11 mars 1999 relatif au permis d'environnement érigeant en infraction le fait de ne pas observer ces conditions générales ou sectorielles (82). Tel n'est pas le cas de dispositions qui contiennent des notions comme « prendre toutes les précautions nécessaires (...) dans le but de prévenir ou de limiter dans toute la mesure du possible les effets négatifs sur l'environnement », ou disposer d'informations « dans la mesure de ce qui est faisable », ou encore imposer certaines obligations à l'exploitant « sauf si cela n'est pas approprié », « dans la mesure du possible » ou « si néces-

(80) Avis L. 34.303/4 du le 4 février 2003 sur un projet d'arrêté du Gouvernement wallon « portant conditions sectorielles relatives aux ateliers d'entretien et de réparation des véhicules à moteur lorsque le nombre de fosses ou ponts élévateurs est supérieur à 3 »; avis L. 34.910/4 du 20 février 2003 sur un projet d'arrêté du Gouvernement wallon « portant conditions sectorielles relatives aux installations d'incinération et de co-incinération de déchets »; avis L. 34.911/4 du 20 février 2003 sur un projet d'arrêté du Gouvernement wallon « fixant les conditions sectorielles d'exploitation des centres d'enfouissement technique »; avis L. 35.427/4 du 22 mai 2003 sur un projet d'arrêté du Gouvernement wallon « portant conditions sectorielles relatives aux carrières et à leurs dépendances »; avis L. 35.756/4 du 22 septembre 2003 sur un avant-projet de décret « relatif à l'accueil, l'hébergement et l'accompagnement des personnes en difficultés sociales », *Doc. P.W.*, 2003-2004, n° 624/1; avis L. 35.965/4 du 3 novembre 2003 sur un projet d'arrêté du Gouvernement wallon « relatif aux valeurs paramétriques applicables aux eaux destinées à la consommation humaine ».

(81) Avis L. 34.871/1 du 11 février 2003 sur une proposition de décret « tot wijziging van het decreet van 18 mei 1999 houdende de organisatie van de ruimtelijke ordening » en een amendement op dit voorstel, *Gedr. St.*, Vl. P., 2002-2003, n° 1425/2; avis L. 34.888/3 du 20 mai 2003 sur un avant-projet de décret « houdende maatregelen tot het behoud van erfgoedlandschappen », *Gedr. St.*, Vl. P., 2002-2003, n° 1804/1; avis L. 35.171/4 du 7 juillet 2003 sur un avant-projet d'ordonnance « relative au réaménagement des sites d'activité inexploités », *Doc. C.R.B.C.*, 2002-2003, n° A-461/1; avis L. 36.016/4 du 3 décembre 2003 cité à la note 21.

(82) Avis L. 34.303/4 du 4 février 2003, L. 34.910/4 du 20 février 2003, L. 34.911/4 du 20 février 2003 et L. 35.427/4 du 22 mai 2003 cités à la note 79.

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.181.97)
Le Conseil d'Etat. Chronique de jurisprudence 2003
Larcier Edition - © Larcier - 07/02/2020

strada lex

saire ». Il en va de même des dispositions qui, dans le domaine de l'eau, imposent des obligations aux fournisseurs d'eau destinée à la consommation humaine tout en leur laissant, en raison des termes utilisés, un large pouvoir d'appréciation pour l'exécution de ces obligations dont l'étendue et l'objet sont au demeurant très flous alors que le manquement à plusieurs de ces obligations est sanctionné pénalement ou par des sanctions administratives (83).

Ne satisfait pas non plus à cette exigence fondamentale la disposition qui érige en infraction le non-respect « caractérisé » des prescriptions qu'elle indique (84), ou celle qui exonère de sanctions pénales le maintien de certaines infractions urbanistiques lorsque « les actes, travaux, modifications concernés (...) ne causent pas de dommage urbanistique inacceptable pour les voisins » (85), ou celle qui punit plus lourdement les auteurs de certaines infractions « en raison de leur profession ou de leur activité » ou « ceux qui interviennent dans ces opérations », la disposition en projet ne précisant pas ce qu'il faut entendre par le mot « activité » ni en quoi cette activité se distinguerait de l'activité professionnelle, déjà couverte par le mot « profession » (86), ou encore celle qui érige en infraction le « défaut d'exécuter les mesures de police administrative nécessaires dans le cadre de la police des eaux (et) prises par l'autorité de la police fédérale désignée par le Roi » (87).

19. — Le principe de la *légalité des peines*, principe résultant de l'article 7 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, de l'article 12, alinéa 2, de la Constitution et de l'article 11, alinéa 1er, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, applicable également aux sanctions administratives dès lors qu'elles ont la nature d'une peine, exige que le législateur établisse une échelonnement des peines selon la gravité des comportements qu'il entend punir (88). Ne satisfait pas à cette exigence l'amende administrative maximale de 10.000 euros qui est susceptible de frapper indistinctement l'ensemble des manquements visés alors que ceux-ci ne présentent pas un degré de gravité comparable,

(83) Avis L. 35.965/4 du 3 novembre 2003cité à la note 79.
(84) Avis L. 35.756/4 du 22 septembre 2003 cité à la note 80.
(85) Avis L. 35.288/1 du 10 avril 2003 cité à la note 10.
(86) Avis L. 35.689/4 du 8 octobre 2003 sur un avant-projet d'ordonnance « portant sur certaines dispositions en matière d'aménagement du territoire », *Doc. C.R.B.C.*, 2003-2004, n° A-501/1.
(87) Avis L. 36.099/2 du 10 décembre 2003 sur un avant-projet de loi « modifiant la loi du 03 mai 1999 organisant la répartition des compétences suite à l'intégration de la police maritime, de la police aéronautique et de la police des chemins de fer dans la police fédérale », *Doc. parl.*, Chambre, 2003-2004, n° 1254/1.
(88) Avis L. 34.847/4 du 4 juin 2003 cité à la note 9 ; avis L. 35.826/2/V du 1er septembre 2003 sur un avant-projet de décret « relatif aux attractions touristiques », *Doc. P.W.*, 2003-2004, n° 642/1.

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.181.97)
Le Conseil d'Etat. Chronique de jurisprudence 2003
Larcier Edition - © Larcier - 07/02/2020

strada lex

comme en témoigne l'échelonnement des sanctions pénales vis-à-vis des mêmes manquements (89).

En outre, lorsqu'un même manquement fait l'objet, tantôt d'amendes administratives, tantôt de sanctions pénales, les différences de traitement entre les deux systèmes de répression doivent être raisonnablement justifiées au regard des articles 10 et 11 de la Constitution. À cet égard, la section de législation n'aperçoit pas les motifs pour lesquels l'auteur de l'avant-projet permet qu'un même manquement fasse l'objet, tantôt d'une amende administrative maximale de 10.000 euros, tantôt d'une amende pénale maximale de 50.000 euros (90).

Porte atteinte au principe fondamental de la personnalité des peines le fait de désigner comme contrevenant « le responsable de la gestion de l'établissement ou de l'attraction touristique », le but étant d'éviter que l'amende administrative puisse être mise à charge d'un préposé ou d'un mandataire. En effet, « il résulte de l'arrêt de la Cour d'arbitrage n° 132/2001 du 30 octobre 2001 que la disposition en projet ne peut pas aboutir à infliger une amende administrative à ce responsable, si celui-ci démontre qu'il n'a commis aucune faute parce qu'il a pris toutes les mesures qui étaient en son pouvoir pour empêcher que l'élément matériel de l'infraction se réalise » (91).

20. — Ce principe tend également à s'étendre à *la procédure pénale*.

Celle-ci est notamment marquée par le régime de la libre administration de la preuve selon lequel le juge apprécie, en fonction de sa propre conviction, la valeur probante d'un élément déterminé. La disposition selon laquelle un procès-verbal fait foi jusqu'à preuve du contraire constitue une dérogation au principe général selon lequel un procès-verbal vaut en tant que simple renseignement de sorte que la différence de traitement qui en résulte doit être raisonnablement justifiée et ne peut restreindre les droits du prévenu d'une manière disproportionnée ; dès lors, il est recommandé de justifier dans l'exposé des motifs l'attribution d'une valeur probante particulière à ce procès-verbal (92).

(89) Avis L. 34.847/4 du 4 juin 2003 et avis L. 35.826/2/V du 1er septembre 2003, cités à la note 88.

(90) *Ibidem*.

(91) *Ibidem*.

(92) Avis L. 35.700/1 du 18 septembre 2003 sur une proposition de décret « houdende het Handvest van de Werkzoekende », *Parl. St.*, Vl. Parl., 2002-2003, nr. 1663/2 ; avis L. 36.080/1/2/3/4 des 7 et 12 novembre 2003 cité à la note 15 ; avis L. 36.099/2 du 10 décembre 2003 cité à la note 87.

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.181.97)
Le Conseil d'Etat. Chronique de jurisprudence 2003
Larcier Edition - © Larcier - 07/02/2020

strada lex

5. *Domicile*

21. — La section de législation a à nouveau attiré l'attention sur une double dimension du droit au respect du domicile (93).

D'une part, du fait que le droit au respect du domicile n'est pas uniquement garanti par l'article 15 de la Constitution, mais également par l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et par l'article 17 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, il y a lieu de tenir compte de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme selon laquelle la notion de « domicile » pourrait, dans certaines circonstances, faire l'objet d'une conception étendue et porter notamment sur les locaux professionnels et commerciaux. D'autre part, il résulte de la jurisprudence de la Cour d'arbitrage que l'intervention d'un magistrat impartial et indépendant, « apparaît comme une garantie essentielle du respect des conditions auxquelles est subordonnée une atteinte à l'inviolabilité du domicile ; les dérogations à cette règle ne peuvent être qu'exceptionnelles et doivent être justifiées par des raisons propres aux infractions qu'elles concernent ».

Il s'ensuit que la disposition, qui confère, aux fonctionnaires et agents chargés de veiller au respect des règles fixées par ou en vertu d'une législation, des pouvoirs d'investigation « à toute heure du jour et de la nuit, en tous lieux, même clos et couverts, lorsqu'ils ont des raisons sérieuses de croire en l'existence d'une infraction au décret ou à ses arrêtés d'exécution », doit prévoir des garanties particulières, non seulement lorsqu'il s'agit d'un lieu occupé à titre de résidence, fût-ce temporaire, mais aussi pour la visite des locaux professionnels et commerciaux, même s'ils ne correspondent pas à un « domicile » au sens de l'article 15 de la Constitution (94). Il est recommandé en outre de « déterminer les heures entre lesquelles les fonctionnaires chargés de la surveillance visés dans le projet peuvent visiter des locaux habités ; pour déterminer ces heures, on respectera un équilibre raisonnable entre les droits des personnes concernées et la nécessité pour les membres du personnel visés dans le projet de pouvoir exercer efficacement leur mission ».

6. *Droit de propriété*

22. — La section de législation a rappelé que les ingérences du législateur dans le droit de propriété ou dans son usage doivent être examinées

(93) Avis L. 34.847/4 du 4 juin 2003 et avis L. 35.826/2/V du 1er septembre 2003 cités à la note 88 ; avis L. 35.171/4 du 7 juillet 2003 cité à la note 81 ; avis L. 35.700/1 du 18 septembre cité à la note 92 ; avis L. 36.080/1/2/3/4 cité à la note 15.

(94) *Ibidem*.

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.181.97)
Le Conseil d'Etat. Chronique de jurisprudence 2003
Larcier Edition - © Larcier - 07/02/2020

strada lex

à l'aune de l'article 16 de la Constitution complété par l'article 1er, alinéa 2, du premier Protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme. Pour qu'une limitation du droit de propriété soit compatible avec cette disposition, « trois conditions doivent être remplies, à savoir qu'une telle règle soit en concordance avec la loi nationale, qu'elle poursuive un but d'intérêt général et qu'il existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre l'ingérence et le but poursuivi d'intérêt général » (95).

La possibilité, pour les communes où les prix de vente ou de location d'habitation ou de terrain sont anormalement élevés selon les montants fixés annuellement par un arrêté du gouvernement régional, d'imposer via un règlement du conseil communal un permis d'habitation pour pouvoir occuper un logement dans certaines parties de la commune et/ou certaines catégories d'habitations dans la commune, doit être considérée, non seulement comme une ingérence dans la liberté individuelle (cf. *surpa*, no 17), mais aussi comme une réglementation de l'usage de la propriété : en effet, les personnes, qui habitent en-dehors d'une telle commune mais qui y ont une propriété habitable, qui la conservent ou qui l'acquièrent, ne sont sans doute pas privés de leurs biens mais sont soumises à certaines limitations en ce qui concerne l'exercice de leur droit de propriété comme, par exemple, décider librement de louer le bien comme habitation. Si les deux premières conditions précitées semblent être remplies par le système envisagé, la troisième condition ne fait l'objet d'aucune justification dans les développements de la proposition ; en outre, « l'exigence de proportionnalité n'est pas satisfaite dès lors que la proposition aurait comme conséquence qu'un bailleur ne peut plus louer son habitation si ce n'est à des personnes qui ne sont pas en mesure de payer le loyer demandé » (96).

Il en va de même d'une réglementation d'expansion économique instituant « une mise sous protection juridique des biens situés sur des terrains affectés aux activités d'industrie, d'artisanat ou de services qui ont été subsidiés ou expropriés » par l'autorité régionale, dès lors que cette réglementation fait usage de procédés forcés de rachat et de remise en possession. Il en va d'autant plus ainsi que sont visés non plus seulement les terrains acquis par des personnes de droit public comme dans l'ancienne réglementation mais aussi les terrains privés qui ont été aménagés comme terrains économiques, par exemple par un concepteur de projets, avec l'appui de la région et qui sont ensuite mis à disposition ou vendus à des entreprises. Il s'ensuit que « les auteurs du projet doivent démontrer dans l'exposé des motifs que l'équilibre entre les exigences de l'intérêt général et ceux des droits fondamentaux de l'individu n'est pas rompu dès lors que la régle-

(95) Avis L. 31.837/3 du 25 mars 2003 cité à la note 77 ; avis L. 36.029/1/3 des 24 et 27 octobre 2003 cité à la note 47.

(96) Avis L. 31.837/3 du 25 mars 2003 cité à la note 77.

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.181.97)
Le Conseil d'Etat. Chronique de jurisprudence 2003
Larcier Edition - © Larcier - 07/02/2020

strada lex

mentation en projet a des conséquences énormes aussi bien pour la nature de l'activité qui doit être déployée sur les terrains concernés que pour la période durant laquelle cette activité doit être déployée » (97).

L'occupation d'un site pour procéder à des sondages ou à des fouilles, la suspension de l'exécution d'un permis d'urbanisme ou de lotir pour des fouilles et sondages décidés lors de leur délivrance pour une durée de 21 jours, laquelle peut être prolongée lorsqu'ils font apparaître des biens archéologiques d'un intérêt exceptionnel, ou les fouilles et sondages réalisés à la suite d'une découverte, constituent des ingérences admissibles dans le droit de propriété. Il n'en va plus de même lorsque le régime organisé place le propriétaire du site sondé ou fouillé dans une assez large incertitude quant à la date à laquelle il pourra retrouver la pleine et entière jouissance de son bien et en disposer librement, ce qui est le cas dès lors que le Gouvernement n'est nullement tenu d'arrêter la date de fin des fouilles et sondages ni de fixer la durée maximale de la prolongation qu'il décide. « Certes, la difficulté de prévoir la durée des fouilles et sondages est de nature à justifier que le législateur ne fixe pas, de manière générale, un délai identique applicable à toutes fouilles ou sondages. Par contre, elle ne peut justifier un système, qui, comme celui ici envisagé, laisse le propriétaire dans l'incertitude et qui est susceptible, dans sa mise en œuvre, d'aboutir à des expropriations de fait, c'est-à-dire qui équivalent à priver une personne de sa propriété sans respecter les conditions et les règles de procédure relatives à l'expropriation, et sans l'indemnité préalable requise par l'article 16 de la Constitution. Il pourrait être remédié à cette situation en inscrivant la détermination de la durée des fouilles et sondages dans un cadre précis. À cet égard, il pourrait être prévu que l'autorité compétente pour décider de la réalisation ou de la prolongation des fouilles et sondages est tenue, dans sa décision, de déterminer la durée maximale des opérations, durée dont il n'est pas exclu qu'elle puisse être prolongée par une décision expresse dûment motivée » (98).

Dans le cadre de réglementations instituant des régimes de subventions, il est souvent prévu que le demandeur de la subvention « ne peut modifier l'affectation des bâtiments sans l'autorisation préalable » du pouvoir subsidiant ou qu'il « ne peut vendre sans autorisation préalable du pouvoir subsidiant le bâtiment dont la construction, l'achat, la rénovation ou l'aménage-

(97) Avis L. 36.029/1/3 des 24 et 27 octobre 2003 cité à la note 47.
(98) Avis L. 35.689/4 des 6 et 8 octobre 2003 cité à la note 86.

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.181.97)
Le Conseil d'Etat. Chronique de jurisprudence 2003
Larcier Edition - © Larcier - 07/02/2020

strada lex

ment a fait l'objet d'un subside ». Pour la section de législation (99), « ces restrictions au droit de propriété du demandeur apparaissent excessives, dès lors qu'elles ne sont pas limitées dans le temps. A titre d'exemple, elles pourraient adéquatement être limitées, selon la nature des opérations subventionnées, aux délais d'amortissement ». La même objection est émise à l'encontre de l'obligation faite au demandeur de la subvention de rembourser, en cas d'aliénation d'un bâtiment dont la construction ou l'achat a fait l'objet d'un subside avant l'expiration des délais d'amortissement, « la part non amortie du montant de la subvention, majorée de 50 % de la plus-value éventuellement réalisée » : « selon le commentaire des articles, cette disposition tend notamment à diminuer les risques de spéculation immobilière sur les biens susceptibles de faire l'objet des subventions concernées. Les moyens employés pour atteindre l'objectif poursuivi n'apparaissent pas proportionnés au but à atteindre et risquent d'entraîner une atteinte excessive au droit de propriété du bénéficiaire de la subvention, dès lors spécialement que ce dernier est tenu de verser au pouvoir subsidiant, dans tous les cas, 50 % de la plus-value réalisée et ce, quel que soit le montant de la subvention octroyée. En revanche, serait admissible au regard du droit de propriété protégé par l'article 16 de la Constitution, et du principe d'égalité inscrit aux articles 10 et 11 de celle-ci, le système dans lequel la part de la plus-value cédée au pouvoir subsidiant serait calculée en fonction du montant de la subvention, ou, plus précisément, de la part de la subvention dans le coût des travaux qui ont généré cette plus-value ».

Imposer, à propos de cotisations obligatoires, qu'à défaut de leur paiement dans les délais, un intérêt de retard et des frais administratifs sont dus de plein droit, même en cas d'introduction d'une réclamation contre la déclaration de cotisation, laquelle ne donne pas lieu à un ajournement du paiement, et même en cas d'accueil de la réclamation, auquel cas le montant de base seulement sera remboursé, « soulève de sérieuses questions du point de vue du droit de propriété. La disposition précitée semble avoir pour conséquence que, s'il s'avère qu'une personne redevable d'une cotisation et qui n'a pas payé celle-ci, n'est pas redevable du prélèvement contesté, elle est néanmoins tenue de payer un intérêt et des frais. En revanche, si elle a payé la cotisation dans les délais, elle ne peut prétendre

(99) Avis L. 35.277/4 du 11 juin 2003 sur un avant-projet de décret 2003/13 de la Commission communautaire française « relatif aux subventions pour l'achat, la construction, la rénovation, l'aménagement, l'équipement, l'extension et l'ameublement de certains centres ou services relevant de la politique de l'action sociale et de la famille » *Doc. Cocof*, 2003-2004, n° 127/1 ; avis L. 35.557/4 du 7 juillet 2003 sur un avant-projet de décret 2003/141 de l'Assemblée de la Commission communautaire française « relatif à l'octroi de subventions pour l'achat ou la construction de bâtiments en vue de l'installation de crèches, prégardiennats, maisons communales d'accueil de l'enfance, services d'accueil spécialisé, ainsi que pour l'agrandissement, la transformation, les grosses réparations, l'équipement et le premier ameublement de ces bâtiments », *Doc. Cocof*, 2003-2004, n° 129/1.

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.181.97)
Le Conseil d'Etat. Chronique de jurisprudence 2003
Larcier Edition - © Larcier - 07/02/2020

strada lex

à des intérêts sur le montant indûment payé au Fonds. Dans ces deux hypothèses, il semble qu'une charge financière qui ne se justifie pas est imposée au citoyen. De plus, il n'est pas de bonne administration de faire supporter par le citoyen les conséquences d'un enrôlement illégal par l'autorité » (100).

23. — En vertu de l'article 16 de la Constitution, l'expropriation ne peut être réalisée que pour cause d'*utilité publique*. « Une présomption d'utilité publique est *a priori* attachée à toute expropriation réalisée sur la base d'une disposition législative déterminant des types de circonstances dans lesquelles une expropriation se justifie, mais, sous peine de priver l'exproprié d'une garantie que lui reconnaissent directement l'article 1er, alinéa 1er, du protocole additionnel à la CEDH, l'article 16 de la Constitution et l'article 79, § 1er, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, cette présomption doit pouvoir être renversée devant le juge s'il apparaît, dans un cas particulier, que la notion d'utilité publique est méconnue ». Il s'ensuit que la précision selon laquelle « la réhabilitation et la réaffectation des sites inscrits à l'inventaire sont présumées d'utilité publique » afin de permettre leur expropriation doit être omise. En effet, « ou bien les auteurs du texte n'entendent pas exclure la possibilité de renverser devant le juge la présomption en question et, en ce cas, le texte n'ajoute rien à l'ordonnancement juridique ; ou bien ils souhaitent empêcher la possibilité de renverser ladite présomption et, en ce cas, le texte est contraire » aux dispositions précitées (101).

24. — Selon l'article 16 de la Constitution, *l'indemnité d'expropriation doit être juste*. Il est envisagé pour l'expropriation de terrains destinés aux infrastructures d'accueil des activités économiques de ne pas tenir compte des plus-values qui résultent « des prescriptions des plans d'aménagement et schémas d'aménagement ». La formule est trop large au regard de l'arrêt no 65/2001 du 17 mai 2001 de la Cour d'arbitrage, laquelle a jugé que s'il est justifié de ne pas tenir compte d'une affectation qui proviendrait de la destination nouvelle que l'autorité entend donner au bien qu'elle exproprie, en revanche, rien ne justifie de ne pas prendre en considération une affectation déduite des plans d'aménagement qui étaient en vigueur au moment de la décision d'exproprier. Il s'ensuit que « à la différence de l'expropriation dont il est question à l'article 64 du C.W.A.T.U.P., l'expropriation prévue par l'avant-projet n'est pas nécessairement directement liée à l'adoption d'un plan d'aménagement. Ce n'est que dans l'hypothèse où la création de l'espace destiné à accueillir des activités économiques ou à favoriser leur implantation aura nécessité préalablement la révision du plan de secteur ou

(100) Avis L. 36.080/1/2/3/4 des 7 et 12 novembre 2003 cité à la note 15.
(101) Avis L. 35.171/4 du 7 juillet 2003 cité à la note 81.

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.181.97)
Le Conseil d'Etat. Chronique de jurisprudence 2003
Larcier Edition - © Larcier - 07/02/2020

strada lex

l'adoption d'un plan communal d'aménagement dérogatoire au plan de secteur que la plus-value résultant de la nouvelle affectation donnée par le plan de secteur révisé ou le plan communal dérogatoire pourra être exclue de l'appréciation de la valeur du bien exproprié. La disposition examinée devra le préciser expressément » (102).

7. *Liberté des cultes*

25. — Dans le cadre du renouvellement de l'Exécutif des Musulmans de Belgique, il est prévu d'instaurer de manière systématique et préalable des enquêtes de sécurité effectuées par les services de renseignement et de sécurité compétents à propos des candidats à un mandat au sein de cet organe, de mettre en place l'organe compétent pour connaître des recours introduits par un candidat contre l'avis formel rendu par les services de renseignement et de sécurité, de fixer la procédure à suivre, et d'établir qu'en cas d'avis négatif de sécurité confirmé par la commission de recours, le ministre est lié et qu'en cas de divergence, le dossier est soumis au Conseil des ministres.

La section de législation (103) rappelle le caractère fondamental au regard des droits de l'homme de la liberté de pensée, de conscience et de religion : « le droit des fidèles à la liberté de religion suppose que la communauté puisse fonctionner paisiblement, sans ingérence arbitraire de l'Etat. En effet, l'autonomie des communautés religieuses est indispensable au pluralisme dans une société démocratique et se trouve donc au cœur même de la protection offerte par l'article 9. Elle présente un intérêt direct non seulement pour l'organisation de la communauté en tant que telle, mais aussi pour la jouissance effective par l'ensemble de ses membres actifs du droit à la liberté de religion. Si l'organisation de la vie de la communauté n'était pas protégée par l'article 9 de la Convention, tous les autres aspects de la liberté de religion de l'individu s'en trouveraient fragilisés ».

Elle relève dans un premier temps que si « des mesures comparables à celles prévues par le projet d'arrêté ne portent pas une atteinte directe à la liberté des cultes puisqu'il n'est pas envisagé d'organiser de manière systématique et préalable des enquêtes de sécurité en ce qui concerne les ministres des cultes en cette qualité », il y a lieu toutefois d'observer que « le fonctionnement des organes représentatifs des cultes à l'égard de l'Etat a nécessairement une incidence sur les conditions, notamment matérielles, dans lesquelles les cultes concernés eux-mêmes peuvent être exercés » et qu'en l'espèce, l'Exécutif des Musulmans de Belgique « sera à l'avenir l'interlocuteur des autorités, [notamment] en ce qui concerne le temporel des cultes (nomination des imams [...]) ». Il s'ensuit que « des mesures du type

(102) Avis L. 35.945/2 du 27 octobre 2003 sur un avant-projet de décret « relatif aux infrastructures d'accueil des activités économiques », *Doc. P.W.*, 2003-2004, n° 631/1.

(103) Avis L. 34.547/AG du 11 février 2003 cité à la note 22.

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.181.97)
Le Conseil d'Etat. Chronique de jurisprudence 2003
Larcier Edition - © Larcier - 07/02/2020

strada lex

de celles qui sont prévues par le projet seraient donc, en fait, de nature à influencer la composition de l'autorité disposant de compétences propres à l'organisation du culte proprement dit (et) comporteraient en conséquence des restrictions à la liberté de religion ». Leur admissibilité, circonscrite par l'article 9, § 2, de la C.E.D.H., nécessite d'« offrir une certaine protection contre les atteintes arbitraires de la puissance publique », ce qui suppose de définir l'étendue et les modalités d'exercice d'un tel pouvoir avec une netteté suffisante et de prévoir des garanties procédurales, par exemple des débats contradictoires devant un organe indépendant, contre un exercice arbitraire du pouvoir d'appréciation accordé au pouvoir exécutif, et « de justifier la mesure par référence aux objectifs légitimes admis par l'article 9, § 2, précité, de la C.E.D.H., en veillant en outre au respect du principe de proportionnalité qui se déduit de l'exigence, inscrite à la même disposition, selon laquelle la mesure doit être 'nécessaire dans une société démocratique' pour atteindre les objectifs poursuivis ».

Dans un second temps, la section de législation aborde l'interdiction de la discrimination dans la liberté des cultes. Il échet en effet de constater que ce n'est que le culte islamique qui ferait l'objet de la mesure de surveillance et de contrôle. « Pour que cette différence de traitement entre les représentants de ce culte et ceux des autres cultes reconnus soit compatible avec ces dispositions, le législateur devrait établir que la mesure en projet poursuit un but légitime et qu'il existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre le but visé et la mesure destinée à l'atteindre ».

Enfin, le projet, se situant dans le cadre de la reconnaissance nécessaire à l'organisation des relations entre l'autorité publique et l'organe représentatif du culte islamique, doit, quant au fond, tenir compte des exigences déduites de l'article 181, § 1er, de la Constitution, aux termes duquel « Les traitements et pensions des ministres des cultes sont à la charge de l'Etat ; les sommes nécessaires pour y faire face sont annuellement portées au budget ». Pour la section de législation, « cette dernière disposition doit se lire en relation avec les articles 19 à 21 de la Constitution, dont il résulte que, pour ce qui concerne le culte proprement dit, les relations avec la puissance publique sont fondées sur le principe de séparation de l'Eglise et de l'Etat, lui-même corollaire de la liberté de religion. Il en résulte qu'il appartient aux cultes concernés eux-mêmes de déterminer quel organisme est compétent pour intervenir en la qualité d'organe représentatif à l'égard de l'Etat. Le Roi (...) ne peut substituer à l'organe que le culte lui-même considère comme représentatif, un organe qui, notamment par sa composition finale, ne présenterait plus cette qualité. La décision relative à l'admissibilité de la candidature à l'exercice de mandats au sein de cet organe ne peut donc en principe avoir pour effet de porter atteinte à la représentativité de ce dernier. Compte tenu des principes en cause, qui tiennent au respect des articles 8, 9, 11 et 14 de la C.E.D.H. et des articles 10, 11, 19 à 22 et 181

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.181.97)
Le Conseil d'Etat. Chronique de jurisprudence 2003
Larcier Edition - © Larcier - 07/02/2020

strada lex

de la Constitution, l'appréciation de la mesure envisagée, au regard notamment du respect du principe de proportionnalité, est susceptible de s'opérer de manière différente selon le moment de la procédure d'élection au cours de laquelle le pouvoir exécutif aura été habilité à prendre une décision relative à l'admissibilité de la candidature. Le choix de ce moment dans l'ensemble de la procédure devra en conséquence être dûment justifié ».

8. *Liberté d'expression*

26. — Confrontée à un règlement de la R.T.B.F. établissant des critères d'accès aux débats radio et télé lors de la campagne électorale 2003, la section d'administration a rappelé que « la liberté d'expression n'implique aucune obligation pour les pouvoirs publics, de mettre des moyens d'expression déterminés à la disposition des administrés, et ne les oblige notamment pas à donner à qui que ce soit accès aux émissions de radio et de télévision qui dépendent des pouvoirs publics. Le candidat aux élections législatives et les membres de la formation qu'il préside sont libres de s'exprimer par les voies les plus diverses (tracts, meetings, site internet, insertion d'articles dans les journaux qui les acceptent...) et sont en mesure d'exercer par ces voies leur liberté d'expression. (...) Le droit à des élections libres n'emporte pas, pour les candidats, celui d'user des moyens d'expression qui dépendent des pouvoirs publics » (104).

Qu'en est-il par ailleurs d'un règlement de La Poste interdisant la distribution d'imprimés contenant des propos racistes ? Pour le Conseil d'Etat, « les articles 19 et 25 de la Constitution n'empêchent pas que des délits de presse ainsi que des infractions commises lors de l'usage de la liberté d'expression soient réprimés. Ils interdisent bien que soit instauré un contrôle préalable de l'usage de ces libertés, en d'autres termes de ne permettre aux intéressés de diffuser des imprimés ou d'exprimer des opinions qu'après qu'une instance des autorités ou un autre tiers se soit prononcé sur leur admissibilité. La liberté de la presse et la liberté d'expression sans la possibilité de diffuser des imprimés et des opinions est vide de son contenu. La Poste prétend à tort qu'elle ne peut être obligée de se rendre complice d'une infraction en diffusant des imprimés tombant sous le coup des dispositions pénales de la loi contre le racisme. (...) Si La Poste a des doutes à propos du caractère punissable d'un imprimé proposé à la distribution, elle peut en informer les autorités judiciaires compétentes et ainsi dégager sa responsabilité » (105).

La liberté d'expression des fonctionnaires peut se heurter à leur devoir de réserve. « L'interdiction faite aux agents de l'Etat de révéler des faits

(104) C.E., *Van De Cauter*, n° 117.851, du 1er avril 2003.
(105) C.E., *Vanhecke*, n° 116.818, du 10 mars 2003.

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.181.97)
Le Conseil d'Etat. Chronique de jurisprudence 2003
Larcier Edition - © Larcier - 07/02/2020

strada lex

dont la divulgation peut porter préjudice à la position de concurrence du service dans lesquels ils sont occupés, insérée par l'article 3 de l'arrêté royal du 22 décembre 2000 modifiant l'article 7 de l'arrêté royal du 2 octobre 1937 portant le statut des agents de l'Etat, constitue une exception au principe de la liberté d'expression et doit, comme telle, être interprétée de manière restrictive. Comme l'a relevé la section de législation du Conseil d'Etat (dans son avis L. 30.123/1 du 25 mai 2000), l'interdiction dont il s'agit n'est pas de nature à s'appliquer aux agents des administrations de l'Etat mêmes. Les administrations de l'Etat, et notamment celle des finances, assurent un service public qui est en-dehors du jeu de la concurrence ». En tout état de cause, ajoute le Conseil d'Etat, cette « restriction ne peut, en droit, priver le citoyen du bénéfice des dispositions » des législations relatives à la publicité administrative (106).

9. *Vie privée*

27. — La section de législation a qualifié d'excessive au regard du droit au respect de la vie privée l'obligation de publier certaines informations qui n'apparaissent pas pertinentes au regard des objectifs poursuivis par la législation qui l'institue. Tel est le cas de :

— la publication obligatoire sur un site web tenu par le gouvernement des suspensions disciplinaires dans le domaine du sport dès lors que, dans un avis négatif, la Commission pour la protection de la vie privée a qualifié cette réglementation de « pilori virtuel » et l'a estimée excessive et que les auteurs du projet restent en défaut de démontrer l'existence d'un lien raisonnable de proportionnalité entre les conséquences d'une telle mesure pour les personnes concernées et les intérêts de la communauté (107);

— la mention obligatoire de l'identité des hébergés dans le rapport d'activités des maisons d'accueil et des maisons de vie communautaire ou la communication obligatoire, dans le même rapport, du montant du salaire dans la mesure où celui-ci peut révéler des données relatives à la situation familiale ou à la nature des prestations et où paraissent suffisants les références à l'échelle barémique (eu égard à la fonction exercée) et le taux d'occupation des travailleurs (108);

— l'obligation, pour la justification et l'admissibilité de dépenses qui font l'objet d'une subvention, de transmettre au pouvoir subsidiant divers documents contenant des données personnelles relatives aux « personnes engagées spécifiquement à la réalisation du projet » : « la transmission systé-

(106) C.E., *Vansaingele*, n° 123.337, du 24 septembre 2003; *Biamont*, n° 124.226, du 15 octobre 2003.

(107) Avis L. 35.621/3 du 11 juillet 2003 sur un avant-projet de décret « tot wijziging van het decreet van 27 maart 1991 inzake medisch verantwoorde sportbeoefening », *Gedr. St.*, Vl.P., 2003-2004, n° 1854/1.

(108) Avis L. 35.756/4 du 22 septembre 2003 cité à la note 80.

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.181.97)
Le Conseil d'Etat. Chronique de jurisprudence 2003
Larcier Edition - © Larcier - 07/02/2020

strada lex

matique de la copie de tout contrat de travail de la personne engagée à la réalisation du projet ou la copie des fiches de rémunération des agents concernés, est disproportionnée à la finalité qu'elle poursuit, à savoir l'octroi et la justification de la subvention. Cette transmission porte atteinte à la vie privée et familiale des personnes concernées. En effet, elle contraint (la commune ou l'association concernée) à révéler divers éléments des relations individuelles de travail ou de la vie privée du travailleur ou de l'agent alors que des mesures moins excessives (...) doivent suffire à la justification des dépenses réellement effectuées à charge de la caisse communale et permettent d'arriver au but poursuivi par la disposition à l'examen. Au regard de la protection de la vie privée et familiale des personnes concernées, il y a lieu de choisir la méthode de justification des dépenses qui nécessite la moindre ingérence dans la vie privée et familiale de ces personnes » (109);

— la communication, sans l'accord du client, de l'état de ses comptes à des organismes ayant une mission de guidance (110).

Il en va de même de l'accès à certaines informations qui n'apparaissent pas pertinentes au regard des objectifs poursuivis par la législation qui l'institue. En vue de l'exécution par La Poste de la tâche consistant à délivrer les cartes d'identité, cette société anonyme de droit public a accès au Registre national des personnes physiques, lequel contient certaines informations, telles que la profession ou la composition du ménage, qui ne sont pas nécessaires pour délivrer les cartes d'identité. « Il convient, dès lors, de limiter l'accès de La Poste aux seules informations qui, parmi celles qui sont enregistrées et conservées au Registre national, sont nécessaires pour pouvoir délivrer des cartes d'identité » (111).

28. — La section de législation dénonce aussi le manque de précision et le caractère incomplet des dispositions qui contiennent des ingérences dans le droit au respect de la vie privée. Ainsi,

— dans le domaine de la formation professionnelle continue : prévoir que « le processus de validation des compétences garantit le respect de la vie privée et la confidentialité des données à caractère personnel » manque de

(109) Avis L. 34.655/4 du 8 avril 2003 sur un avant-projet de décret de la Région wallonne « relatif à l'insertion sociale », *Doc. C.R.W.*, 2002-2003, n° 515/1; avis L. 35.605/4 du 9 juillet 2003 sur un projet d'arrêté « visant l'application du décret du 27 mars 2003 modifiant certaines dispositions du décret du 26 avril 1999 organisant le sport en Communauté française »; avis L. 35.230/4 du 26 mai 2003 sur un projet d'arrêté n° 2003/68 du Collège de la Commission communautaire française « modifiant l'arrêté 99/262/C du Collège de la Commission communautaire française du 6 avril 2000 relatif à l'agrément et aux subventions accordées aux services d'accompagnement et aux services d'interprétation pour sourds »; avis L. 36.035/4 du 17 novembre 2003 sur un projet d'arrêté du Gouvernement wallon « portant exécution du décret du 15 mai 2003 relatif à la prévention de proximité dans les villes et communes de Wallonie ».

(110) Avis L. 36.016/4 du 3 décembre 2003 cité à la note 21.

(111) Avis L. 35.698/1/V/2/V des 16 et 17 juillet 2003 sur un avant-projet de « loi-programme », *Doc. parl.*, Chambre, 2003, n° 102/1.

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.181.97)
Le Conseil d'Etat. Chronique de jurisprudence 2003
Larcier Edition - © Larcier - 07/02/2020

strada lex

précision : « Pareille garantie suppose la mise en place de certaines mesures. Or, cette disposition (...) se borne à rappeler l'existence de ce droit fondamental, sans pour autant organiser les mesures permettant que celui-ci soit effectivement respecté par tous les intervenants au processus de validation, tant les centres agréés, que les opérateurs publics de formation et le Consortium de validation » (112) ;

— dans le domaine de la sécurité et du renseignement : la disposition qui prévoit que « seuls les enregistrements des communications ou des télécommunications estimés pertinents pour l'exécution des missions visées aux articles 7, 1°, et 11, § 1er, 1°, de la loi organique, peuvent faire l'objet d'une transcription » ne précise pas qui prendra la décision d'une transcription et qui appréciera la pertinence des communications, le texte en projet présentant en outre une telle transcription comme une simple faculté. De même, la disposition qui prévoit la destruction des notes qui ont été prises dans le cadre de l'exécution des mesures de surveillance mais qui n'ont pas été consignées dans un rapport n'indique pas qui opère cette destruction et si une telle opération doit faire l'objet d'un procès-verbal (113).

10. *Droits économiques et sociaux*

29. — La section de législation a à nouveau mis en exergue le fait que l'article 23 de la Constitution « s'oppose à l'adoption de normes réduisant dans une mesure importante le degré de protection des droits reconnus par ces normes, par rapport au niveau de protection assuré dans la législation applicable au jour de l'entrée en vigueur de cet article de la Constitution, sauf si une telle diminution du niveau de protection existant est raisonnablement justifiée par un motif impérieux » (114). Tel est le cas de :

— la suppression envisagée du caractère obligatoire, en cas de classement d'un bien, de l'établissement et de la délimitation d'une zone de protection autour de ce bien : « il en résulterait, eu égard au contenu du régime applicable dans les zones de protection, une réduction des garanties de protection des biens classés » (115) ;

— à propos du droit à des conditions de travail équitables, de la possibilité d'augmenter la durée du travail hebdomadaire de trente-huit heures à

(112) Avis L. 34.401/2, L. 34.543/2 et L. 34.627/2 du 19 mars 2003 sur des avant-projets de décret « portant assentiment à l'accord de coopération du 23 octobre 2002 conclu entre la Communauté française, la Région wallonne et la Commission communautaire française relatif à la validation des compétences dans le champ de la formation professionnelle continue », *Doc. P.W.*, 2003-2004, n° 563/1 ; *Doc. C.C.F.*, 2002-2003, n° 120/1 ; *Doc. Cocof*, 2002-2003, n° 445/1.

(113) Avis L. 34.804/4 du 19 mai 2003 cité à la note 18.

(114) Avis L. 35.689/4 des 6 et 8 octobre 2003 cité à la note 86 ; avis L. 36.007/1 du 30 octobre 2003 sur un avant-projet de loi « modifiant la loi du 14 décembre 2000 fixant certains aspects de l'aménagement du temps de travail dans le secteur public ».

(115) Avis L. 35.689/4 des 6 et 8 octobre 2003 cité à la note 86.

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.181.97)
Le Conseil d'Etat. Chronique de jurisprudence 2003
Larcier Edition - © Larcier - 07/02/2020

strada lex

quarante-huit heures (au maximum), ce qui serait contraire à l'article 23 de la Constitution, lequel toutefois « n'empêche pas d'instaurer, pour des catégories bien déterminées de personnel ou dans des circonstances particulières, des règles spécifiques en ce qui concerne l'organisation du temps de travail et du travail de nuit lorsqu'il existe pour instaurer ces règles une justification objective et raisonnable se rapportant à la nature même des missions confiées aux membres du personnel concernés et à condition que ceux-ci bénéficient d'un niveau de protection équivalent à celui qui est garanti aux autres membres du personnel » (116).

30. — La section de législation attire aussi l'attention sur le fait que les droits garantis par l'article 23 de la Constitution ne sont pas comme tels directement applicables : « en raison de cette caractéristique même de ces droits, leur contenu concret doit être décrit précisément si on veut les rendre effectivement applicables. Le législateur ne peut par conséquent se contenter de répéter simplement ces droits ou de les paraphraser ou encore de définir leur contenu en des termes vagues ». En l'occurrence, « la nécessité d'une définition précise est d'autant plus présente qu'il est prévu de frapper de nullité les actes qui méconnaissent de tels droits » (117).

31. — Pour la section de législation, l'article 23 de la Constitution protège *le droit à la protection et à la jouissance du patrimoine immobilier* : « l'on peut considérer, en effet, que ce droit figure parmi les droits culturels dont l'article 23 de la Constitution reconnaît le bénéfice à chacun (118). Certes, le droit à la protection et à la jouissance du patrimoine immobilier n'est pas mentionné expressément et spécifiquement dans la liste des droits économiques, sociaux et culturels que contient l'alinéa 3 de l'article 23. Toutefois, cette liste n'est pas exhaustive (voir le mot 'notamment') et n'épuise ainsi nullement la notion de 'droits économiques, sociaux et culturels' au sens de l'article 23. En outre, à certains égards, le droit à la conservation du patrimoine immobilier peut être rattaché au 'droit à la protection d'un environnement sain' dont fait état l'article 23, alinéa 3, 4°, de la Constitution » (119).

A propos de dispositions tendant à imposer certaines obligations aux demandeurs d'emploi, la section de législation a observé que *la liberté du travail* qui est garantie entre autres par l'article 23, alinéa 3, 1°, de la Constitution « interdit qu'un travail soit, sous la menace d'une peine quel-

(116) Avis L. 36.007/1 du 30 octobre 2003 cité à la note 114.
(117) Avis L. 35.700/1 du 18 septembre 2003 cité à la note 92.
(118) Voir l'avis L. 26.389/9 du 14 juillet 1997 sur un avant-projet d'ordonnance modifiant l'ordonnance du 4 mars 1993.
(119) Avis L. 35.689/4 cité à la note 86.

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.181.97)
Le Conseil d'Etat. Chronique de jurisprudence 2003
Larcier Edition - © Larcier - 07/02/2020

strada lex

conque, exigé d'une personne qui ne s'est pas offerte de son plein gré, sans que ce travail ne puisse se justifier par des motifs d'intérêt général » (120).

La *liberté de commerce et d'industrie* est souvent affectée par des procédés de police administrative. Ainsi en va-t-il de la mesure de protection de certaines dénominations selon laquelle l'usage des dénominations mentionnées est assorti d'une autorisation administrative et d'une amende administrative ou de sanctions pénales : « si le législateur régional est effectivement habilité à énoncer les conditions permettant d'assurer la qualité des 'établissements d'hébergement touristique', l'autorisation, compte tenu des secteurs économiques visés, affecte de manière importante la liberté du commerce et de l'industrie ». Dans ce cadre, il ressort du texte en projet que le demandeur ne précise pas dans sa demande d'autorisation la catégorie dans laquelle il entend être classé, cette appréciation étant faite par le Commissariat général au tourisme, lequel pourrait ainsi répartir les autorisations sans que le décret ne précise d'ailleurs les critères qui présideraient à une telle répartition, ni comment le demandeur pourrait être associé à l'octroi de la catégorie ; il en va de même lors de la révision du classement d'un établissement si celui-ci répond aux conditions correspondant à une catégorie supérieur ou inférieure de classement. Pour la section de législation, « en procédant d'office au classement de l'établissement ou à la révision de ce classement, sans que ces décisions répondent nécessairement à un classement sollicité par le demandeur, le mécanisme mis en place confère un pouvoir exorbitant au Commissariat général à l'égard d'agents économiques à qui il revient, en principe, de choisir librement le niveau de protection attribué à la dénomination dont ils entendent faire usage, cette liberté pouvant impliquer de faire état d'un classement à un niveau inférieur à celui auquel ils pourraient prétendre. Il est exceptionnel qu'une administration procède elle-même au choix d'office d'un classement parmi diverses catégories lors de la délivrance d'une autorisation ou au 'reclassement' du titulaire d'une autorisation. Un tel procédé ne permettra pas en pratique de vérifier que l'administration aura utilisé à l'égard de tous les demandeurs les mêmes critères d'appréciation alors que ceux-ci se trouvent en situation concurrentielle » (121).

Ces mesures de police se retrouvent notamment dans les règlements-taxes communaux. Ainsi jugé que « l'obligation faite au redevable d'imprimés à caractère commercial distribués gratuitement de communiquer un exemplaire à l'administration deux jours avant la distribution en vue de l'établissement d'une taxe méconnaît le principe de la liberté de commerce et d'industrie » (122).

(120) Avis L. 35.700/1 du 18 septembre 2003 cité à la note 92.
(121) Avis L. 34.847/4 du 4 juin 2003 cité à la note 9.
(122) C.E., *S.A. Belgische Distributiedienst*, n° 116.531, du 27 février 2003.

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.181.97)
Le Conseil d'Etat. Chronique de jurisprudence 2003
Larcier Edition - © Larcier - 07/02/2020

strada lex

Il en va de même de l'interdiction de cumul d'activités professionnelles déterminées, en l'occurrence les activités d'audiologue et d'audicien, dans un rayon déterminé : « la règle projetée a pour effet de limiter la liberté du commerce et de l'industrie dont bénéficient les praticiens professionnels en question. (...) Un régime relatif au cumul d'activités peut se justifier par des motifs de santé publique et, plus particulièrement, par la nature des activités réglementées. Le fait que la disposition en projet ne prévoit pas d'interdiction de cumul au-delà d'un rayon de 25 km semble toutefois infirmer l'idée selon laquelle la nature des activités requiert une interdiction de cumul (dans un rayon de 25 km). Le Conseil d'Etat estime dès lors devoir émettre une réserve au sujet de cet article » (123).

11. *Liberté d'enseignement*

11.1. Liberté d'organiser un enseignement

32. — La liberté d'organiser un enseignement, consacrée par l'article 24, § 1er, de la Constitution, implique la liberté d'en *définir le caractère et les méthodes pédagogiques*.

Qu'en est-il à cet égard de l'extension de l'exigence de neutralité à l'enseignement officiel subventionné ? Il ressort des textes constitutionnels que l'exigence de neutralité imposée pour l'enseignement de la Communauté par l'article 24, § 1er, alinéa 3, de la Constitution diffère de celle qui l'est pour l'enseignement officiel subventionné par l'article 24, § 1er, alinéa 4, de la Constitution. La Constitution distingue donc les établissements de la Communauté, dont l'enseignement doit être neutre, des autres établissements officiels qu'elle contraint seulement à offrir le choix entre l'enseignement d'une des religions reconnues et celui de la morale non confessionnelle sans entamer la liberté de choix de leur caractère confessionnel ou non. Il s'ensuit, d'une part, qu'une communauté ne pourrait par décret imposer la neutralité exigée de l'enseignement qu'elle organise à l'enseignement officiel subventionné, mais pourrait imposer aux provinces et aux communes des devoirs qui constituent, non la neutralité, proprement dite, au sens particulier de cette notion dans la Constitution, la loi et le décret, mais une neutralité moins contraignante. En se référant à ses avis L. 25.108/2 et L. 25.109/

(123) Avis L. 35.015/3 du 27 mai 2003 sur un projet d'arrêté royal « relatif au titre professionnel et aux conditions de qualification requises pour l'exercice de la profession d'audiologue et d'audicien et portant fixation de la liste des prestations techniques et de la liste des actes dont l'audiologue et l'audicien peut être chargé (lire : peuvent être chargés) par un médecin ».

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.181.97)
Le Conseil d'Etat. Chronique de jurisprudence 2003
Larcier Edition - © Larcier - 07/02/2020

strada lex

2 du 1er juillet 1996 (124), la section de législation (125) met clairement « l'accent sur la différence de nature que doit revêtir la neutralité selon qu'elle est de mise dans l'enseignement organisé par la Communauté ou dans l'enseignement officiel subventionné. Dans le premier cas, en effet, la neutralité implique de la part des enseignants qu'ils adoptent une attitude active alors que dans le second, il est attendu d'eux qu'ils s'abstiennent de tous propos, comportements ou attitudes qui auraient pour effet de vider de sa signification l'offre de choix que doit garantir le pouvoir organisateur de l'enseignement officiel subventionné entre l'enseignement d'une des religions reconnues et celui de la morale non confessionnelle ». En l'espèce, « il apparaît que les auteurs ont, d'une part, expurgé les dispositions décrétales des aspects d'une neutralité qui ne peuvent être exigés que de l'enseignement organisé par la Communauté et, d'autre part, pris en considération, dans les libellés des articles en projet, les spécificités de l'enseignement officiel subventionné » de sorte que « l'avant-projet s'inscrit dans la philosophie qui a présidé à l'avis 25.108/2 et 25.109/2, précité ». Il s'ensuit, d'autre part, que si une formation spécifique à la neutralité peut être imposée par les pouvoirs publics aux professeurs de leurs écoles, « il s'impose que les formations mises sur pied pour les enseignants de l'enseignement organisé par la Communauté et celles destinées aux enseignants de l'enseignement officiel subventionné présentent des contenus différenciés qui tiennent compte de la distinction de nature que revêt la neutralité selon les caractéristiques de l'établissement d'enseignement dont elle est exigée ».

Une Communauté peut-elle permettre aux établissements libres non confessionnels d'adhérer à la neutralité applicable à l'enseignement officiel subventionné ou à l'enseignement de la Communauté, l'adhésion ayant pour conséquence que tout membre du personnel est tenu au respect du principe de neutralité défini, que l'inspection en contrôle le respect et que son non-respect est passible de sanction financière ? Sur la base des considérations qui précèdent, rien ne s'y oppose. La section de législation relève toutefois que dès lors que « la neutralité est conçue comme un corollaire du choix entre l'enseignement d'une des religions reconnues et de la morale non confessionnelle », l'article 8 de la loi du Pacte scolaire qui précise cette obligation constitutionnelle « doit être revu afin d'imposer également aux établissements libres non confessionnels ayant adhéré à la neutralité d'offrir ce choix » (126).

(124) Sur une proposition de décret « étendant l'obligation de neutralité à l'enseignement organisé par les pouvoirs publics », *Doc. C.C.F.*, 1994-1995, n° 218/2, et sur une proposition de décret « étendant l'obligation de neutralité aux écoles de l'enseignement officiel et définissant la neutralité dans l'enseignement officiel », *Doc. C.C.F.*, 1995, n° 29/2.

(125) Avis L. 35.846/2 du 22 septembre 2003 cité à la note 44.

(126) *Ibidem*.

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.181.97)
Le Conseil d'Etat. Chronique de jurisprudence 2003
Larcier Edition - © Larcier - 07/02/2020

strada lex

La loi du Pacte scolaire a réputé neutres les écoles « qui respectent toutes les conceptions philosophiques ou religieuses des parents qui leur confient leurs enfants et dont au moins trois quart du personnel enseignant sont porteurs d'un diplôme de l'enseignement officiel et neutre » (article 2, alinéa 4, a), de la loi). Une Communauté peut-elle supprimer le critère de l'origine des diplômes ? Pour la section de législation, l'adverbe « notamment » figurant dans l'article 24, § 1er, alinéa 3, de la Constitution renvoie au critère de l'origine des diplômes. Il s'ensuit que « le constituant de 1988 a certes voulu permettre aux communautés de maintenir le critère de l'origine des diplômes pour définir la neutralité dans l'enseignement organisé par la Communauté, mais il a également rédigé l'article 24, § 1er, alinéa 3, de la Constitution de manière à ce que critère puisse aussi être supprimé. Le caractère impraticable de ce critère a, à plusieurs reprises, été souligné par le Conseil d'État (127). La Communauté flamande a d'ailleurs très rapidement supprimé ce critère, qu'elle jugeait incompatible avec le principe d'égalité, pour le remplacer par l'obligation de signer une déclaration de neutralité pour pouvoir être engagé comme membre du personnel de l'enseignement communautaire (128). Il faut donc en conclure que l'avant-projet, qui retranche le critère de l'origine des diplômes, est compatible avec l'article 24, § 1er, alinéa 3, et § 4, de la Constitution » (129).

33. — La liberté d'enseignement « emporte la liberté de principe, pour un pouvoir organisateur, de *choisir les membres de son personnel* » (130).

Accorder des priorités à certains membres du personnel enseignant revient à obliger un pouvoir organisateur à engager un membre du personnel qu'il n'a choisi d'aucune manière, ce qui ne paraît pas compatible avec la liberté d'enseignement. Justifier une telle mesure par l'égalité entre les membres du personnel, telle que prévue à l'article 24, § 4, de la Constitution, ne suffit pas : « il y a, en effet, lieu de rappeler que le législateur doit toujours veiller à mettre en balance les divers aspects du droit à l'enseignement, à savoir en l'occurrence, d'une part, le droit à l'égalité des membres du personnel et, d'autre part, l'autonomie des pouvoirs organisateurs subventionnés. A défaut de pouvoir la justifier dans l'exposé des motifs au regard des principes qui viennent d'être rappelés, cette obligation doit être omise » (131).

(127) Voir déjà l'avis L. 6.569/2 du 19 mars 1959 sur l'avant-projet devenu la loi du 29 mai 1959 (*Doc. parl.*, Chambre, 1958-1959, n° 199/1, p. 16). L'impraticabilité du critère a été rappelée dans l'avis L 33.694/2/V du 12 septembre 2002 (*Doc. C.C.F.*, 2001-2002, n° 326/1, p. 11).

(128) Article 55, § 4, du décret spécial du 19 décembre 1988 relatif au Conseil autonome de l'Enseignement communautaire.

(129) Avis L. 35.846/2 du 22 septembre 2003 cité à la note 44.

(130) Avis L. 35.264/2 du 28 mai 2003 cité à la note 53 ; avis L. 35.282/2 du 11 avril 2003 cité à la note 37 ; avis L. 35.746/2/V du 3 septembre 2003 cité à la note 25.

(131) Avis L. 35.264/2 du 28 mai 2003 cité à la note 53.

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.181.97)
Le Conseil d'Etat. Chronique de jurisprudence 2003
Larcier Edition - © Larcier - 07/02/2020

strada lex

La même conclusion n'est pas retenue à l'égard de la priorité accordée aux titulaires du titre requis ou du titre suffisant. « L'exigence de principe d'un titre comme condition de nomination (et d'octroi de la subvention-traitement en ce qui concerne l'enseignement subventionné), consacrée notamment par l'article 12*bis*, § 2, alinéa 1er, de la loi du 29 mai 1959 de même que la classification des titres en catégories constituent des règles essentielles au regard de l'article 24 de la Constitution, en ce qu'elles tendent, d'une part, à assurer la qualité de l'enseignement et en ce qu'elles permettent, d'autre part, d'assurer une meilleure objectivation dans le recrutement des enseignants et, par voie de conséquence, l'égalité des membres du personnel enseignant devant la loi ou le décret en application de l'article 24, § 4, de la Constitution. Seuls les titulaires du titre en rapport avec l'emploi à conférer ont en principe accès à la fonction ». La section de législation émet dès lors des objections à l'encontre d'un système dérogeant, en cas de pénurie, au régime de priorité des titres dans la mesure où il instaure, pour certaines fonctions inscrites sur une liste annuelle, une présomption (irréfragable) de l'absence de tout candidat porteur d'un titre requis ou d'un titre suffisant et autorise, dans ce cas, l'accès à ces fonctions à des candidats qui ne sont pas en possession d'un titre requis ou d'un titre jugé suffisant, sans imposer l'obligation de donner la priorité à des personnes qui auraient fait acte de candidature et qui seraient effectivement porteurs d'un titre requis ou, pour ce qui concerne l'enseignement subventionné, d'un titre jugé suffisant : « Il ne peut être envisagé de prévoir par décret un système qui permettrait de déroger à ces règles essentielles alors même qu'il s'avérerait effectivement possible de recruter un candidat porteur du titre exigé au regard de la fonction à exercer. La législation doit en effet donner une priorité aux candidats possédant un titre requis ou d'un titre jugé suffisant (A ou B). Ce n'est qu'à défaut de tels candidats que les emplois restant vacants pourront faire l'objet d'une répartition entre les candidats qui ne sont pas titulaires d'un titre requis ou d'un titre jugé suffisant » (132).

L'objection constitutionnelle est de mise lorsqu'il s'agit de faire appel à des organismes extérieurs à l'école pour dispenser certaines formations. Ainsi, afin de pallier l'absence de maîtres de psychomotricité pour certaines classes, les pouvoirs organisateurs, dans l'enseignement subventionné, peuvent faire appel à un chef d'activité qui organisera les activités de psychomotricité. Le chef d'activité n'est pas un membre du personnel enseignant, même s'il dispose d'une certaine formation pédagogique, mais un fonctionnaire et est affecté par le Gouvernement. « Certes, le pouvoir organisateur est libre de faire appel ou non à un chef d'activité et le système mis en place devrait être provisoire, puisqu'il ne fonctionnerait que jusqu'à la généralisation de l'intervention des maîtres de psychomotricité dans toutes

(132) avis L. 35.746/2/V du 3 septembre 2003 cité à la note 25.

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.181.97)
Le Conseil d'Etat. Chronique de jurisprudence 2003
Larcier Edition - © Larcier - 07/02/2020

strada lex

les classes de toutes les implantations scolaires. Cependant, si le pouvoir organisateur renonce à cette faculté, il demeurera confronté au problème de la distorsion des horaires des enseignants et des élèves, distorsion imposée par le décret. Par ailleurs, l'inégalité, au sein d'une implantation, entre élèves bénéficiant des activités de psychomotricité et ceux qui en sont privés, perdurera. Dans les faits, le pouvoir organisateur sera donc soumis à une certaine contrainte de faire appel à un chef d'activité qu'il ne pourra pas choisir » (133).

34. — La liberté d'organiser un enseignement implique aussi le *libre choix des structures de l'établissement* par le pouvoir organisateur.

L'obligation qui est faite aux pouvoirs organisateurs de l'enseignement libre subventionné de créer un conseil d'école, soit une structure dans laquelle une représentation des groupes concernés, comme le personnel, les parents et les étudiants, est garantie, et à laquelle sont conférées une compétence générale d'avis et d'information et, dans trois cas particuliers (règlement d'ordre intérieur et de discipline ; liste des frais scolaires ; planning annuel des activités parascolaires et extérieures), une compétence d'approbation, constitue une ingérence dans la liberté active d'enseignement. Est-elle admissible ? La section de législation (134) observe tout d'abord que cette obligation a un impact uniquement sur le pouvoir de décision autonome des organes de direction de l'école, pouvoirs organisateurs et direction, dans la gestion de l'établissement d'enseignement et ne touche pas à la liberté de créer des écoles ni au pouvoir de déterminer librement le caractère religieux ou non et les méthodes pédagogiques de l'offre d'enseignement. Ensuite, elle examine si ces limitations portent atteinte de façon déraisonnable ou disproportionnée à l'organisation et au fonctionnement des établissements libres subventionnés. Elle relève à ce propos que l'organe est conçu comme une instance « participative » et surtout que l'exercice des droits de participation ne peut porter atteinte à la liberté du pouvoir organisateur de développer son propre projet pédagogique, auquel les membres du conseil de classe doivent par ailleurs souscrire. Elle conclut que « le fait que le pouvoir organisateur reste maître du contenu qu'il donne au projet pédagogique et que le pouvoir final de décision, même dans les cas où un accord du conseil d'école est requis, demeure à défaut d'unanimité entre les mains du pouvoir organisateur ou du directeur, est une garantie pour l'effectivité de la liberté active d'enseignement ». Le même raisonnement est tenu à propos de l'institution d'une structure de partici-

(133) Avis L. 35.282/2 du 11 avril 2003 cité à la note 37.

(134) Avis L. 35.851/1 du 18 septembre 2003 sur un avant-projet de décret « betreffende participatie op school en de Vlaamse Onderwijsraad », *Gedr. St.*, Vl. P., 2003-2004, n° 1955/1.

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.181.97)
Le Conseil d'Etat. Chronique de jurisprudence 2003
Larcier Edition - © Larcier - 07/02/2020

strada lex

pation des étudiants et du personnel dans l'enseignement supérieur et universitaire (135).

Il en va autrement des dispositions qui règlent directement ou indirectement les compétences et les rapports entre le directeur et le pouvoir organisateur, telles que celles qui déterminent les domaines pour lesquels le directeur ou le pouvoir organisateur sont respectivement l'interlocuteur du conseil d'école : « c'est en principe l'affaire du pouvoir organisateur d'exercer lui-même de telles compétences ou de donner en partie délégation au directeur. En outre, cette ingérence dans les relations entre le directeur et le pouvoir organisateur n'est pas justifiée par des objectifs de participation qui sont poursuivies par le projet. La réglementation en projet semble donc sur ce point contraire à la liberté d'enseignement » (136).

35. — Si des mécanismes de contrôle peuvent exister à l'égard des établissements subventionnés, ils ne peuvent pour autant limiter de manière exagérée la liberté organisationnelle de ces établissements. En effet, « il s'agit de personnes de droit privé qui peuvent certes être contrôlées par l'autorité, par exemple pour examiner si elles utilisent les moyens publics pour le but pour lequel ces moyens sont dispensés, mais qui en principe ne peuvent être soumises à une tutelle administrative » (137). Tel est le cas de l'obligation d'obtenir l'autorisation de l'inspection pour toute modification de la ventilation des périodes hebdomadaires des activités dans l'enseignement secondaire ou l'accord de l'administration pour les modalités de passage de chaque élève d'un secteur professionnel à un autre dans la deuxième phase de l'enseignement secondaire alors que ces décisions paraissent pouvoir être laissées à l'appréciation du personnel enseignant en charge de l'élève considéré (138) ou encore de la mise en place d'un mécanisme d'approbation par le gouvernement à l'égard de certains règlements arrêtés par ces établissements sans lier l'exercice de ce pouvoir de tutelle par des critères stricts (139). Pour le surplus, comme la section de législation l'a rappelé plusieurs fois, il revient au législateur décrétal d'apprécier si le texte qu'il envisage d'adopter réalise de manière raisonnable la mise en balance de divers aspects du droit à l'enseignement, à savoir le droit à l'égalité des élèves ou des enseignants, la liberté d'organiser un enseignement et le droit de la Communauté d'établir des règles de subventionnement de cet enseignement (140).

(135) Avis L. 35.979/1 du 30 octobre 2003 cité à la note 31.
(136) Avis L. 35.851/1 du 18 septembre 2003 cité à la note 134.
(137) Avis L. 34.995/1 du 6 mars 2003 sur des amendements à un projet de décret « betreffende de herstructurering van het hoger onderwijs in Vlaanderen », *Parl. St.*, Vl. Parl., 2002-2003, nr. 1571/3.
(138) Avis L. 36.033/2 du 1er décembre 2003 cité à la note 29.
(139) Avis L. 34.995/1 du 6 mars 2003 cité à la note 137.
(140) Avis L. 36.033/2 du 1er décembre 2003 cité à la note 29.

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.181.97)
Le Conseil d'Etat. Chronique de jurisprudence 2003
Larcier Edition - © Larcier - 07/02/2020

strada lex

11.2. Liberté de choix et d'accès

36. — Afin d'arrêter l'accroissement considérable du nombre d'étudiants en sciences vétérinaires, lequel ne permet plus d'assurer un enseignement de qualité et impose une charge financière lourde à la Communauté française, il est prévu d'organiser, pour trois années, un concours d'admission interuniversitaire, destiné à sélectionner au plus deux cent cinquante étudiants ayant accès à la première candidature et réservé aux étudiants n'ayant pas atteint l'âge de vingt ans révolus. Ces deux conditions d'inscription à un premier cycle d'études en sciences vétérinaires sont-elles admissibles au regard de l'article 24, § 3, de la Constitution ? (141)

Quant à la première condition, la section de législation, se référant à l'arrêt 47/97 du 14 juillet 1997 de la Cour d'arbitrage, est d'avis que « l'instauration d'un examen d'entrée interuniversitaire, qui n'implique pas un numerus fixus, pour les formations qui seraient confrontées à une pléthore de diplômés n'est pas déraisonnable (...) et ne peut en soi être considéré comme contraire à l'article 24, § 3, de la Constitution. La mesure (...) ne semble pas violer les règles d'égalité et de non discrimination. En effet, la règle s'appliquerait de manière non discriminatoire à tous les étudiants désirant s'inscrire à un premier cycle d'études, comme c'est déjà le cas en sciences appliquées par exemple ».

Quant à la condition d'âge maximal pour présenter l'épreuve, il apparaît pour la section de législation que s' « il est indéniable que le critère ainsi choisi (l'âge) est, en soi, objectif, il s'impose encore de voir s'il peut être raisonnablement justifié ». Deux éléments sont avancés : d'une part, le désengorgement des facultés de médecine vétérinaire ne pouvant plus faire face à l'afflux sensible et avéré des étudiants, lequel s'explique par le fait que la Belgique n'a pas, contrairement aux Etats voisins, soumis l'admission à cette filière d'étude à la réussite d'une épreuve ; d'autre part, l'empêchement pour les étudiants ayant déjà échoué dans d'autres facultés ou universités belges de s'inscrire en faculté vétérinaire, ce qui contribuerait également de manière significative à une diminution du nombre d'étudiants inscrits. Pour la section de législation, « les effets de telles mesures pourraient être plus importants que ceux réellement souhaités, et affecter un trop large spectre d'individus pour lesquels les mesures n'avaient pas été adoptées. Il en serait ainsi d'étudiants ayant déjà accompli un cycle d'études dans un tout autre domaine et souhaitant s'inscrire en faculté de médecine vétérinaire, ce qui priverait un citoyen de possibilités de perfectionnement ou de réorientation professionnelle dès lors qu'il a atteint ou dépassé l'âge limite de vingt ans. Il en serait de même pour des étudiants sortant de l'enseignement secondaire qui ont accompli un séjour d'un an ou deux à l'étranger

(141) Avis L. 34.628/2 du 19 février 2003 cité à la note 39.

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.181.97)
Le Conseil d'Etat. Chronique de jurisprudence 2003
Larcier Edition - © Larcier - 07/02/2020

strada lex

ou un stage professionnel avant d'entreprendre des études universitaires. Ces cas ne semblent pas être la cible du législateur communautaire, mais seraient cependant victimes de la limite d'âge à l'admission de l'épreuve. Il est donc permis de soutenir qu'une limite d'âge, fixée aussi bas, nuirait à un grand nombre d'individus, ne pouvant respecter la condition ainsi imposée, alors que ceux-ci ne constituent pas la cause du problème que le législateur souhaite régler. Sous cet aspect, la limite d'âge semble donc être disproportionnée par rapport au but poursuivi ».

37. — Le libre choix de l'école peut également être mis en cause par des mesures financières. A cet égard, rappelle la section de législation, « si des mesures peuvent être prises pour limiter les dépenses publiques en matière d'enseignement, (...) néanmoins, ces restrictions doivent être conformes au principe d'égalité tel que décrit à l'article 24, § 4, de la Constitution et ne peuvent pas porter atteinte d'une manière essentielle à la liberté d'enseignement » (142). Confrontée à un blocage durant quatre années scolaires du capital-emplois et du capital-périodes pour l'enseignement secondaire et supérieur, la section de législation est d'avis que cette mesure « aura pour effet de sanctionner les écoles dont le nombre d'élèves augmente que ce soit grâce à la qualité de leur enseignement ou pour d'autres raisons. (...) Le choix de l'école par les parents ou l'élève risque de dépendre du blocage du capital-emplois et du capital-périodes. Les parents ou l'élève devront éventuellement choisir entre une école qui correspond à leurs choix (notamment pédagogiques et philosophiques) mais dont le nombre d'élèves a augmenté de telle manière que les conditions d'encadrement sont devenues beaucoup plus difficiles et une école où le nombre d'élèves n'a pas augmenté et qui pourra assurer l'enseignement dans les mêmes conditions comme avant le blocage mais qui ne correspond pas nécessairement à leurs choix (notamment pédagogiques et philosophiques). Dans ces conditions et compte tenu de la durée relativement longue prévue pour le blocage du capital-emplois et du capital-périodes, du moins en ce qui concerne l'enseignement secondaire et supérieur, l'avant-projet risque de porter atteinte au libre choix de l'école et à la liberté de l'enseignement. Les difficultés financières décrites par l'auteur de l'avant-projet ne semblent pas suffisantes pour déroger aux règles essentielles applicables dans la matière de l'enseignement » (143).

La Communauté germanophone entend permettre à des personnes qui n'ont pas leur domicile ou leur résidence habituelle en Communauté germanophone d'inscrire leur enfant dans une école fondamentale francophone ou néerlandophone en Communauté germanophone, pour autant que certaines conditions soient remplies, à savoir « avoir son domicile ou sa résidence habituelle en Belgique » (1°), « avoir, au cours de l'année scolaire précé-

(142) Avis L. 35.058/2 du 23 avril 2003 cité à la note 50.
(143) *Ibidem*.

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.181.97)
Le Conseil d'Etat. Chronique de jurisprudence 2003
Larcier Edition - © Larcier - 07/02/2020

strada lex

dente, fréquenté une école fondamentale francophone ou néerlandophone, sauf pour les enfants que l'on inscrit en première année de maternelle ou de primaire » (2°); ou être dans certains cas de proximité. Pour la section de législation (144), « vu le coût que représente l'organisation d'un enseignement fondamental francophone et néerlandophone pour la Communauté germanophone, l'existence d'une offre suffisante d'écoles francophones en Communauté française, et le caractère *a priori* raisonnable des conditions énoncées, le système envisagé ne parait pas soulever d'objections au regard » du droit à l'instruction et du principe de non discrimination.

12. — Liberté de la presse et liberté d'expression

38. — De manière générale, la section de législation rappelle que « la liberté d'expression — qui vaut non seulement pour les 'informations' ou les 'idées' accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent l'État ou une fraction quelconque de la population — constitue l'un des fondements essentiels d'une société démocratique » (145).

Une des composantes de la liberté d'expression est la liberté de la presse. Pour la section de législation, « les garanties à accorder à la presse revêtent, dans ce cadre, une importance particulière. Il s'ensuit que la protection des sources journalistiques est l'une des pierres angulaires de la liberté de la presse et que toute immixtion ou ingérence, de quelque nature qu'elle soit, qui aurait un effet négatif sur cette protection ne saurait se concilier avec la liberté d'expression que si elle se justifie par un impératif prépondérant d'intérêt public et qu'elle répond aux critères fixés par l'article 10, paragraphe 2, de la Convention ».

En vue de consacrer le droit de chaque journaliste au sens large au respect de la confidentialité sur l'origine de ses informations, il est envisagé d'inscrire, dans l'ordre juridique belge, soit un droit absolu — puisque non assorti d'exceptions — et en toute procédure — tant civile que pénale — au secret des sources d'information d'un journaliste, soit un droit à la protection des sources des journalistes, tant en matière civile que pénale, mais assorti dans ce dernier domaine d'exceptions limitatives. Cette intervention législative est-elle compatible avec la liberté d'expression ?

Tout d'abord, l'ingérence doit être « prévue par la loi ». Il s'ensuit que « le droit interne applicable doit être formulé avec suffisamment de précision pour permettre aux personnes concernées — en s'entourant, au besoin, de

(144) Avis L. 32.759/2 du 24 février 2003 cité à la note 26.

(145) Avis L. 35.989/2 du 5 novembre 2003 sur une proposition de loi « relative à la protection des sources d'information du journaliste », *Doc. parl.*, Chambre, session 2003, n° 51 0024/2; avis L. 35.990/2 du 5 novembre 2003 sur une proposition de loi « visant à accorder aux journalistes le droit au secret de leurs sources d'information », *Doc. parl.*, Chambre, session 2003, n° 51 0111/2.

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.181.97)
Le Conseil d'Etat. Chronique de jurisprudence 2003
Larcier Edition - © Larcier - 07/02/2020

strada lex

conseils éclairés — de prévoir, à un degré raisonnable dans les circonstances de la cause, les conséquences pouvant résulter d'un acte déterminé (critère de 'prévisibilité'). À cet égard, la CEDH a reconnu qu'il peut, en la matière, être difficile de rédiger des lois d'une totale précision et qu'une certaine souplesse peut même se révéler souhaitable pour permettre aux juridictions de droit interne de faire évoluer le droit en fonction de ce qu'elles jugent être des mesures nécessaires 'dans l'intérêt de la justice'. En conséquence, une loi qui confère un pouvoir d'appréciation ne se heurte pas en soi à cette exigence de prévisibilité, à condition que l'étendue et les modalités d'exercice d'un tel pouvoir se trouvent définies avec une netteté suffisante, eu égard au but légitime en jeu, pour fournir à l'individu une protection adéquate contre l'arbitraire ». Ensuite, l'ingérence doit poursuivre un but ou un intérêt légitime correspondant à l'un des motifs visés à l'article 10, paragraphe 2, de la Convention. Peuvent « constituer un intérêt légitime, la nécessité de protéger la réputation et les droits d'autrui et d'empêcher la divulgation d'informations confidentielles, la défense de l'ordre public et la prévention des infractions pénales comme, par exemple, une violation du secret professionnel et le recel des informations obtenues à la suite de cette violation, la nécessité du secret de l'instruction et, plus globalement, le besoin de garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire ». En troisième lieu, l'ingérence doit être « nécessaire dans une société démocratique » et l'intérêt légitime poursuivi doit l'emporter clairement sur l'intérêt général lié à la non-divulgation des sources journalistiques. « Il incombe d'établir qu'une balance équitable des intérêts en présence a été préservée et que les motifs invoqués dans chaque cas d'espèce pour recourir à l'ingérence prévue par la loi sont 'suffisants' et 'pertinents' au regard de l''impératif prépondérant d'intérêt public' allégué pour justifier cette ingérence (critère de 'proportionnalité'). (...) Pour autant, les journalistes ne sauraient en principe être déliés, par le fait de cette protection, de leur devoir de respecter les lois pénales de droit commun. En quatrième lieu, il doit enfin être établi que d'autres mesures, moins dommageables que la levée du secret des sources journalistiques, n'auraient pu aboutir au résultat recherché (le critère de 'subsidiarité') ». Tel serait par exemple le cas d'une simple ordonnance de non-divulgation des informations litigieuses ou des mesures d'enquête au sein même de l'administration où serait susceptible de se produire une violation du secret professionnel. À cet égard, « il incombe aux autorités compétentes d'examiner toute preuve 'à leur disposition en application du droit procédural national' plutôt que d'exiger des journalistes la révélation de leurs sources et que le recours à des perquisitions ayant pour objet de découvrir ces sources constitue, sous cet angle, un acte plus grave qu'une sommation de divulgation de l'identité de ces sources, sous peine d'amende ».

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.181.97)
Le Conseil d'Etat. Chronique de jurisprudence 2003
Larcier Edition - © Larcier - 07/02/2020

strada lex

Après avoir rappelé ces principes généraux, la section de législation fait tout d'abord observer qu'« il n'est pas indifférent d'envisager le droit de taire des sources d'information en termes de protection ou en termes de secret. Il en va d'autant plus ainsi lorsque le droit au secret des sources d'information du journaliste est conçu de manière absolue, c'est-à-dire sans exception, de telle sorte que le droit pourrait se muer, dans les faits, en une obligation au secret qui rapprocherait ainsi son titulaire de ceux qui, en application de l'article 458 du Code pénal, sont tenus au secret professionnel en tant qu'il est la conséquence nécessaire des rapports qui peuvent s'établir entre un citoyen et celui dont le ministère lui est nécessaire. De la sorte, un journaliste, même occasionnel, pourrait avoir le sentiment qu'il n'a pas seulement le droit mais également l'obligation de ne pas révéler, même en justice, ce qu'il a appris en qualité de 'confident nécessaire' comme se le doivent un médecin, un chirurgien, un officier de santé, un pharmacien, une sage-femme et toutes autres personnes dépositaires, par état ou profession, des secrets qu'on leur confie. Un tel amalgame risque d'être opéré en fait même s'il est exclu en droit. En tout état de cause, le concept de 'protection' devrait être préféré à celui de 'secret' ». En outre, la section de législation attire l'attention du législateur sur la nécessité « d'être particulièrement attentif à ne pas aboutir, de par la reconnaissance du droit des journalistes à taire leurs sources d'information, à une méconnaissance ou même une violation d'autres droits et libertés tels ceux que consacrent la Constitution en son titre II 'Des Belges et de leurs droits' et la Convention européenne des Droits de l'Homme. La liberté d'expression et la liberté de presse doivent effectivement s'exercer compte tenu notamment du droit au respect de la vie privée et familiale, du droit de mener une vie conforme à la dignité humaine mais aussi du droit de tout individu à un procès équitable, des droits de la défense ou bien encore de la présomption d'innocence. Il appartient au législateur de s'interroger sur la justesse du choix (d'un droit au secret absolu), étant entendu que le droit qu'elle énonce n'emporte aucune contrepartie (...). Il y a là une balance des libertés et des droits qui doit être faite et que la loi ne peut, seule, résoudre, en tout cas anticipativement, certainement si le droit des journalistes à la protection de leurs sources d'information est conçu de manière inconditionnelle. Au vu de l'importance de l'enjeu, le Conseil d'État se demande s'il ne serait pas utile de conférer aux autorités judiciaires la marge d'appréciation indispensable à sauvegarder, dans une société démocratique, un juste équilibre entre toutes les valeurs qui en constituent les fondements essentiels ».

Une des deux propositions de loi assortit d'exceptions le droit à la protection des sources des journalistes. Le journaliste ne pourrait exercer ce droit, sur ordre du juge, si trois conditions cumulatives sont remplies ; en outre, il pourrait être procédé, sur ordre du juge, à des perquisitions, confisca-

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.181.97)
Le Conseil d'Etat. Chronique de jurisprudence 2003
Larcier Edition - © Larcier - 07/02/2020

strada lex

tions, enregistrements et écoutes téléphoniques dans les mêmes conditions. « Il convient tout d'abord de se demander s'il s'impose d'énumérer aussi strictement les conditions à satisfaire cumulativement dans lesquelles le juge délivre un ordre au journaliste de révéler ses sources d'information » dès lors qu'« il peut être difficile, dans le domaine considéré, de rédiger des lois d'une totale précision et qu'une certaine souplesse peut même se révéler souhaitable pour permettre aux juridictions internes de faire évoluer le droit en fonction de ce qu'elles jugent être des mesures nécessaires dans l'intérêt de la justice ». Ensuite, la première des conditions ne vise que « les données concernant des infractions risquant de porter atteinte à l'intégrité physique » des personnes : « La question se pose de savoir pourquoi exclure d'autres formes d'atteinte et notamment celles portées à l'honneur des personnes. Le législateur devrait examiner si cette restriction se justifie (...) et, dans l'affirmative, argumenter son choix ». La deuxième condition fait référence à l'« importance cruciale » de l'information demandée « pour l'identification ou la recherche de suspects ou la prévention des infractions décrites dans la première condition » : « il convient d'être plus explicite ». La troisième condition, selon laquelle « les informations demandées ne peuvent être obtenues d'aucune autre manière », requiert du juge de s'assurer que des mesures raisonnables alternatives à la divulgation n'existent pas ou n'ont pas été épuisées par les autorités publiques : « La question se pose de savoir si cette condition est énoncée avec suffisamment de précision ».

13. *Liberté d'association*

39. — L'instauration d'un contrôle de sécurité à l'égard des candidats à un mandat au sein de l'Exécutif des Musulmans de Belgique doit également être examinée au regard de la liberté d'association qui protège la vie associative contre toute ingérence injustifiée de l'Etat, compte tenu de ce que les communautés religieuses existent traditionnellement sous la forme de structures organisées (146).

40. — La section de législation a à nouveau confronté des conditions d'agrément d'associations ou d'organismes à la liberté d'association.

Tout d'abord, ne sont pas admissibles des conditions d'agrément qui manquent de clarté et de précision. En effet, « le caractère flou et imprécis des critères de reconnaissance est source d'insécurité et de contestations, et confère à l'autorité un pouvoir d'appréciation tellement large qu'il engendre un risque d'ingérence dans les orientations des associations et de leurs projets contraire aux principes de la liberté d'opinion et d'association » (147).

(146) Avis L. 34.547/AG du 11 février 2003 cité à la note 22.

(147) Avis L. 35.059/2 du 19 mai 2003 sur un avant-projet de décret « relatif au soutien de l'action associative dans le champ de l'éducation permanente », *Doc. C.C.F.*, 2002-2003, n° 432/1.

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.181.97)
Le Conseil d'Etat. Chronique de jurisprudence 2003
Larcier Edition - © Larcier - 07/02/2020

strada lex

Il en va d'autant plus ainsi lorsque l'importance de l'ingérence dans la liberté d'association se justifie. Ainsi, il est prévu qu'il ne peut y avoir dans chaque zone de soins plus d'un réseau d'aide et de soins pour les personnes gravement atteintes de toxicomanie en raison de l'instabilité des toxicomanes, de la cohérence entre les différentes interventions, et de la limitation des moyens publics : « l'on peut admettre que ces explications constituent une justification acceptable de l'unicité de réseau par zone géographique (...). L'avant-projet de décret doit déterminer de manière précise et objective quelles sont les conditions requises pour que les personnes morales et physiques, actives en matière d'aide et de soins en assuétudes, puissent être associées (...) et contenir les règles essentielles garantissant le caractère pluraliste et diversifié de chaque réseau et de ses organes » (148).

Ensuite, « il ne peut être admis, au regard du principe de la liberté d'association, que, fût-ce sous le couvert de conditions d'agrément ou d'octroi de subventions, l'autorité publique en vienne à fixer des règles affectant profondément l'existence, l'organisation et le fonctionnement d'associations de droit privé ou à imposer aux activités de ces associations des contraintes telles que celles-ci, parce qu'elles n'auraient d'autre choix que de devenir de simples exécutants de la politique décidée par l'autorité, seraient dénaturées dans leur essence même » (149). Les conditions d'agrément doivent « se limiter à des critères objectifs et proportionnés tels la forme juridique de l'association, son ancienneté, la forme des activités exercées (formation, analyse et recherche, service de documentation, information, etc.) ou leur volume » (150). Constituent à cet égard une atteinte excessive au droit d'une personne morale de droit privé de choisir librement ses associés la disposition qui impose, sans justification, la participation obligatoire de certaines personnes au sein du conseil d'administration d'une association sans but lucratif ou d'un établissement d'utilité publique (151) ; ou celle qui précise à qui les associations concernées doivent être ouvertes, étant entendu qu'elles ne pourront s'ouvrir à d'« autres personnes morales » que si les autorités régionales en décident : « le contrôle ainsi exercé sur l'organisation même des centres, leur composition et leur direction est excessif au regard

(148) Avis L. 34.610/4 du 7 mai 2003 sur un avant-projet de décret « relatif à l'agrément et au subventionnement des réseaux d'aide et de soins et des services spécialisés en assuétudes », *Doc. C.R.W.*, 2002-2003, n° 547/1.

(149) Avis L. 34.593/2 du 26 février 2003 sur un avant-projet de décret « portant assentiment à l'avenant modifiant l'accord de coopération conclu le 20 février 1995 par la Commission communautaire française, la Communauté française et la Région wallonne, relatif à la Formation permanente pour les classes moyennes et les petites et moyennes entreprises et à la tutelle de l'Institut de Formation permanente pour les classes moyennes et les petites et moyennes entreprises », *Doc. C.C.F.*, 2002-2003, n° 422/1 ; avis L. 35.059/2 du 19 mai 2003 cité à la note 147 ; avis L. 36.038/2 du 17 novembre 2003 sur un avant-projet de décret « relatif à l'agrément et au subventionnement des missions régionales pour l'emploi », *Doc. P.W.*, 2003-2004, n° 639/1.

(150) Avis L. 35.059/2 du 19 mai 2003 cité à la note 147.

(151) Avis L. 36.038/2 du 17 novembre 2003 cité à la note 149.

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.181.97)
Le Conseil d'Etat. Chronique de jurisprudence 2003
Larcier Edition - © Larcier - 07/02/2020

strada lex

du principe de liberté d'association » (152); ou encore celle qui oblige une association d'admettre un membre associé, cette décision étant du ressort des organes compétents de l'association (153).

Il en va de même des avantages qui sont réservés aux membres d'associations ou de groupements agréés, en ce qu'ils auraient pour effet de peser sur la liberté de choix des intéressés de s'associer ou de ne pas s'associer. Il convient de « s'assurer et de démontrer que l'avantage en question est justifié par des considérations d'intérêt général en rapport avec les objectifs que poursuit la législation en cause, et qu'il est compensé par l'existence d'obligations particulières auxquelles ses bénéficiaires sont tenus » (154).

14. *Emploi des langues*

41. — Imposer au service de télévision d'émettre en néerlandais, sauf dérogation accordée par le conseil flamand des médias, « n'est pas compatible avec la liberté de l'emploi des langues usitées en Belgique, garanti par l'article 30 de la Constitution. Sans doute, la Communauté flamande est, sur la base de l'article 129 de la Constitution, compétente pour, en dérogation au principe consacré dans l'article 30 de la Constitution, régler l'emploi des langues dans trois domaines. La règle en projet ne peut toutefois être reliée à aucune de ces trois exceptions » (155).

Imposer aux étrangers non ressortissants d'un État membre de l'Union européenne, comme condition pour acquérir la qualité d'électeur aux élections communales, la preuve d'une connaissance fonctionnelle d'une langue ne peut être justifié par la nécessité pour « l'électeur de bien comprendre les programmes proposés » et « de connaître la langue qu'utilisent les candidats mandataires », lesquels doivent « pouvoir expliquer leur programme à l'électeur sans qu'il y ait des barrières linguistiques insurmontables ». En effet, « au regard des articles 30 et 129 de la Constitution ainsi que de la jurisprudence de la Cour d'arbitrage relative à la notion de 'matières administratives', un candidat aux élections communales, lorsqu'il rédige un pro-

(152) Avis L. 34.593/2 du 26 février 2003 cité à la note 149.

(153) Avis L. 36.029/1/3 des 24 et 27 octobre 2003 cité à la note 47.

(154) Avis L. 35.843/2/V du 10 septembre 2003 sur un projet d'arrêté du Gouvernement wallon « fixant des dérogations aux mesures de protection des oiseaux » (en l'espèce, les groupements agréés délivrent les bagues fermées uniquement aux membres des groupements agréés).

(155) Avis L. 35.686/1/V du 31 juillet 2003 sur un avant-projet de décret « houdende wijziging van sommige bepalingen van de decreten betreffende de radio-omroep en de televisie, gecoördineerd op 25 januari 1995, en van sommige andere bepalingen betreffende de radio-omroep en de televisie », *Gedr. St.*, Vl. P., 2003-2004, n° 2156/1. Cet avis se réfère à l'avis L. 19.964/8 du 8 juin 1990, *Parl. St.*, Vl. P., 1989-90, nr. 285/4 (radios locales); avis L. 19.965/8 du 8 juin 1990, *Parl. St.*, Vl. P., 1989-90, nr. 315/2 (radios privées); avis L. 20.861/8 du 7 juin 1991, *Parl. St.*, Vl. P., 1990-91, nr. 509/2, (association de télévisions régionales); avis L. 24.662/8 du 7 mai 1996 (services de télévision); avis L. 25.437/1/V du 30 juillet 1996, *Parl. St.*, Vl. P., 1996-97, nr. 416/1, (services de télévision).

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.181.97)
Le Conseil d'Etat. Chronique de jurisprudence 2003
Larcier Edition - © Larcier - 07/02/2020

strada lex

gramme électoral ou s'adresse à ses électeurs potentiels, n'exerce pas une fonction administrative et ne participe pas non plus à l'élaboration d'un acte administratif. Il s'ensuit que l'imposition à des particuliers de l'emploi d'une langue lorsqu'ils s'adressent à la population échappe tant à la compétence du législateur fédéral qu'à celle du législateur communautaire et qu'aucune langue n'est ni ne pourrait être imposée par le législateur aux personnes qui se présentent aux élections communales pour leurs communications aux électeurs » (156).

15. *Transparence administrative*

42. — L'article 32 de la Constitution consacre le droit de consultation et de communication des documents administratifs. Le Conseil d'Etat a confirmé que, sauf exception légale formelle, « par le terme 'document administratif', on vise toute information, sous quelque forme que ce soit, dont disposent les autorités administratives. La notion de 'document administratif' n'est pas limitée aux documents qui émanent de l'administration, mais comprend aussi l'information qui est communiquée à l'administration par les tiers », comme une note de la KUL dès lors qu'une administration, telle que le commissaire du gouvernement, en dispose (157).

43. — Alors que l'obligation de motivation matérielle des actes administratifs constitue une règle constitutionnelle non-écrite (158), l'exigence de motivation formelle est prévue par la loi. Ce droit procure à l'administré « une garantie supplémentaire contre les actes administratifs de portée individuelle qui seraient arbitraires ». Il est envisagé de supprimer cette garantie lorsqu'un acte administratif doit être adopté à la suite d'un scrutin secret dans le but, d'une part, d'« éviter, en raison de la difficulté qu'il y a de motiver formellement des décisions prises au scrutin secret, des procédures juridiques inutiles » et, d'autre part, de « préserver le caractère secret du vote et de protéger la liberté de pensée des mandataires élus ». Pour le Conseil d'Etat (159), « si de tels objectifs sont incontestablement légitimes, la question se pose cependant de savoir si le critère de différenciation retenu est bien pertinent ».

En ce qui concerne le premier objectif, il est rappelé que « le scrutin secret ne dispense pas l'autorité administrative de devoir fonder sa décision

(156) Avis L. 36.216/VR du 10 décembre 2003 cité à la note 1. Cet avis se réfère à l'avis L. 21.512/8 du 5 mai 1992 sur une proposition de décret « houdende regeling van het taalgebruik inzake bepaalde voor het publiek bestemde mededelingen », *Doc. parl.*, Vl. P., 1992, n° 60/2.

(157) C.E., *Verschoren*, n° 110.938, du 3 octobre 2002.

(158) Avis L. 15.848 du 15 février 1984 sur une proposition de loi « relative à la motivation des actes administratifs ».

(159) Avis L. 35.135/VR du 27 mars 2003 sur une proposition de loi « modifiant, en ce qui concerne les scrutins secrets, la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs », *Doc. parl.*, Chambre, 2002/2003, n° 50 2336/2.

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.181.97)
Le Conseil d'Etat. Chronique de jurisprudence 2003
Larcier Edition - © Larcier - 07/02/2020

strada lex

sur des motifs admissibles, tant en fait qu'en droit, et que ces motifs, dès lors qu'ils ne sont pas formellement exprimés dans la décision, doivent se dégager du dossier administratif afin de permettre au juge de l'excès de pouvoir d'en contrôler l'exactitude et le caractère légalement admissible. La dispense de l'obligation de motivation formelle d'une décision prise au scrutin secret n'empêchera donc pas un candidat évincé de contester le résultat du vote, ce qui conduira le juge de l'excès de pouvoir à devoir examiner la légalité de ce vote au regard des motifs figurant dans le dossier administratif. La seule différence avec la situation résultant de la loi du 29 juillet 1991, précitée, est en réalité que l'administré, en application de cette loi, peut directement prendre connaissance des motifs de fait et de droit qui sous-tendent la décision et qu'il peut donc évaluer, en pleine connaissance de cause, l'utilité d'introduire ou non un recours ».

En ce qui concerne le second objectif, le Conseil d'Etat souligne qu'« il n'y a non plus aucune incompatibilité de principe entre le caractère secret du vote et l'obligation qui est prévue, dans une certaine mesure, de motiver en la forme la décision issue de ce vote. Le but du vote secret est en effet de protéger les membres de l'organe collégial de toute pression intérieure ou extérieure *ut singuli*. Ce qui doit être tenu secret est la démarche individuelle qui a conduit chaque membre de l'organe collégial à voter comme il l'a fait. Celui-ci n'a donc pas à justifier les raisons de son vote, mais cela n'empêche pas que la décision prise à l'issue du vote doit pouvoir être justifiée par des motifs dégagés du dossier administratif (motivation matérielle), lesquels, en raison de l'obligation de motivation formelle, doivent en outre être indiqués dans la décision. La simple circonstance qu'il soit, dans certains cas, plus difficile de motiver formellement une décision prise au scrutin secret, ne semble donc pas suffire, en soi, à justifier la pertinence d'une mesure d'exclusion de toute décision prise au scrutin secret du champ d'application de la loi du 29 juillet 1991, précitée ».

Au-delà de la nécessité de justifier plus amplement la pertinence du critère de différenciation retenu par la proposition de loi, la section de législation souligne également l'utilité de justifier, dans les développements de la proposition, que la mesure d'exclusion envisagée n'a pas non plus d'effets disproportionnés par rapport au(x) but(s) poursuivi(s) et ce, compte tenu de la nature particulière des intérêts en cause. En effet, « l'exigence de motivation formelle, lorsqu'elle s'applique à des décisions relatives aux nominations, participe également de l'obligation de comparer les titres et mérites des candidats, requise par l'article 10 de la Constitution. Dès lors que la Cour d'arbitrage a relevé, dans son arrêt n° 55/2001, que les obligations imposées par la loi du 29 juillet 1991, précitée, 'se limitent à ce qui peut être considéré comme nécessaire en vue d'offrir un minimum de protection à tout administré', il est permis de se demander si la proposition de loi ne porte pas, par rapport aux autres types d'actes administratifs, une atteinte

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.181.97)
Le Conseil d'Etat. Chronique de jurisprudence 2003
Larcier Edition - © Larcier - 07/02/2020

strada lex

disproportionnée à la protection des administrés concernés par une décision prise au scrutin secret, notamment lorsqu'il s'agit d'assurer l'égalité d'accès aux emplois publics. Cette atteinte peut apparaître d'autant plus disproportionnée que la dispense de l'obligation de motivation formelle n'empêche pas, comme rappelé ci-avant, que toute décision prise au scrutin secret doit toujours reposer sur une motivation matérielle adéquate ».

16. *Citoyenneté et droits politiques*

44. — L'année 2003 a été marquée par les débats relatifs à l'octroi aux ressortissants étrangers non européens du *droit de vote et/ou d'éligibilité* aux élections communales et provinciales.

En ce qui concerne l'octroi aux étrangers du droit de vote et d'éligibilité pour les élections provinciales, actuellement réservé aux seuls Belges, la section de législation rappelle à nouveau que « L'article 8, alinéa 3, précise [...] que des droits politiques peuvent être accordés par la loi à des citoyens de l'Union européenne n'ayant pas la nationalité belge, 'conformément aux obligations internationales et supranationales de la Belgique'. C'est donc seulement dans la mesure où une obligation internationale ou supranationale le prévoit que le droit de vote peut être accordé à des ressortissants des États membres de l'Union européenne. À partir du 1er janvier 2001, le droit qui leur aura ainsi été reconnu pourra être accordé aux autres étrangers résidant en Belgique. Dans l'état actuel du droit international, la Belgique n'est tenue d'accorder le droit de vote et d'éligibilité aux ressortissants des États membres de l'Union européenne que pour les élections communales. Il n'appert d'aucun texte international ni supranational liant la Belgique que celle-ci serait tenue d'accorder le droit de vote aux ressortissants des États membres de l'Union européenne pour les élections provinciales. Ce droit ne peut donc leur être accordé, comme il ne peut pas davantage l'être, *a fortiori*, aux autres étrangers. Il résulte de ce qui précède que les articles 2 et 3 du projet sont contraires à l'article 8 de la Constitution et doivent être omis » (160).

En ce qui concerne les élections communales, le Conseil d'Etat observe qu'accorder uniquement le droit de vote aux étrangers et non le droit d'éligibilité n'est pas contraire à « l'alinéa 4 de l'article 8 de la Constitution, lequel ne s'oppose pas à ce que le législateur scinde le droit de vote actif et le droit d'éligibilité » (161). Quant aux conditions assortissant l'octroi d'un tel droit, deux observations ont été émises. D'une part, imposer en

(160) Avis L. 35.825/2 du 6 octobre 2003 sur une proposition de loi « visant à octroyer le droit de vote et d'éligibilité aux élections communales et provinciales aux ressortissants étrangers », *Doc. parl.*, Chambre, session 2003-2004, n° 51 0076/002.

(161) Avis L. 36.118/VR du 27 novembre 2003 sur une proposition de loi « visant à octroyer le droit de vote aux élections communales à des étrangers », *Doc. parl.*, Sénat, session 2003-2004, n° 3-13/6.

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.181.97)
Le Conseil d'Etat. Chronique de jurisprudence 2003
Larcier Edition - © Larcier - 07/02/2020

strada lex

toute circonstance que l'étranger puisse justifier de l'éligibilité dans son État d'origine paraît disproportionné : « Si une telle exigence peut aisément se justifier à l'égard des ressortissants des autres États membres de l'Union européenne, elle peut paraître excessive à l'égard des personnes originaires d'États non-démocratiques. Pourraient ainsi être empêchées de présenter leur candidature aux élections communales, par exemple, les personnes qui ont été privées de leur droit d'éligibilité dans leur pays d'origine pour des motifs ayant précisément justifié qu'elles aient reçu l'asile politique en Belgique. De même et *a fortiori*, la production d'une attestation des autorités compétentes de l'État d'origine pourrait être une exigence excessivement difficile à remplir pour les étrangers originaires d'un certain nombre d'États » (162). D'autre part, imposer aux étrangers « la preuve d'une connaissance fonctionnelle de la langue, délivrée par la commission linguistique communale » suscite des objections. Certes, « le législateur fédéral, lorsqu'il impose la connaissance d'une langue pour exercer un droit politique, ne règle pas une matière relative à l'emploi des langues en matière administrative, mais bien une matière visée à l'article 8 de la Constitution (de sorte) que le législateur fédéral est compétent pour imposer la connaissance d'une langue déterminée pour l'obtention du droit d'être électeur. Encore convient-il que le législateur fédéral, lorsqu'il décide de faire usage de cette compétence, le fasse sur la base de critères qui, d'une part, sont pertinents par rapport à l'objectif poursuivi et qui, d'autre part, sont formulés de manière telle qu'ils puissent être aisément applicables ». Tel n'est pas le cas. Tout d'abord, le projet « reste en défaut de préciser tant la langue dont l'étranger non UE devrait établir la preuve de la connaissance que ce qu'il convient d'entendre par 'connaissance fonctionnelle' de cette langue ». Ensuite, en ce qu'il est fait référence à la « langue de la communauté », « il convient de relever que le droit de vote ne s'exerce pas 'dans une communauté', mais bien au niveau de la commune. Les communes sont certes toutes situées dans une région linguistique, mais elles ne relèvent pas toutes d'une communauté : ni les communes de la Région bilingue de Bruxelles-Capitale ni leurs habitants, ne peuvent être considérés comme appartenant à l'une ou l'autre communauté. La notion de 'langue de la communauté' est donc sans pertinence s'agissant de régler le droit de vote aux élections communales. Elle est en outre impraticable dans les communes de la Région bilingue de Bruxelles-Capitale ». Enfin, dès lors qu'« aucune langue n'est ni ne pourrait être imposée par le législateur aux personnes qui se présentent aux élections communales pour leurs communications aux électeurs, (...) il ne saurait en conséquence être requis des électeurs qu'ils aient *a priori* une connaissance 'fonctionnelle' de la langue dans laquelle sont rédigés les communications ou les programmes électoraux des

(162) Avis L. 35.825/2 du 6 octobre 2003 cité à la note 160.

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.181.97)
Le Conseil d'Etat. Chronique de jurisprudence 2003
Larcier Edition - © Larcier - 07/02/2020

strada lex

candidats dès lors qu'il ne peut être prescrit l'usage d'une langue déterminée pour ces communications ou ces programmes » (163).

45. — La *répartition des sièges entre les circonscriptions électorales ou le nombre de circonscriptions* peuvent avoir un effet sur le droit de vote. Or, « le droit de vote est le droit politique fondamental de la démocratie représentative. (...) Une importance particulière est attachée au principe de l'égalité en matière électorale ». Les conditions qui entourent la tenue d'élections doivent dès lors assurer la libre expression de l'opinion du peuple sur le choix du corps législatif, ce qui fait « référence au principe de l'égalité de traitement de tous les citoyens dans l'exercice de leur droit de vote et de leur droit de se présenter aux suffrages. Il ne s'ensuit cependant pas que tous les bulletins doivent avoir un poids égal quant au résultat de l'élection, ni que chaque candidat doit avoir des chances égales de l'emporter. Cependant, pour qu'une limitation du droit de vote, en ce qui concerne, entre autres, le poids du suffrage émis par l'électeur, puisse se concilier avec l'article 3 du Premier Protocole, il faut que cette limitation poursuive notamment un but légitime et que les moyens mis en œuvre ne soient pas disproportionnés par rapport à ce but ».

Aux fins de modifier la représentation de la Communauté germanophone au sein du Parlement européen, laquelle est assurée par un représentant élu par le collège germanophone, à savoir les personnes inscrites sur la liste des électeurs de la circonscription électorale germanophone, qui comprend les communes de la région de langue allemande, il est envisagé de supprimer la circonscription et le collège germanophones et de désigner le député d'expression allemande au sein du collège électoral français. Les listes de candidats présentées pour ce collège devraient obligatoirement comporter au moins un candidat d'expression allemande et domicilié dans la région de langue allemande depuis six mois au moins à la date de l'élection ; si l'application de la procédure normale, découlant de l'application de la clef D'Hondt, ne débouche pas sur la désignation d'un député d'expression allemande, il y sera dérogé afin que le dernier siège à pourvoir échoie au candidat germanophone qui, sur la liste à qui revient le siège, a obtenu le plus de voix. Pour la section de législation, « le système envisagé introduit des distinctions dans le collège électoral français, tant entre les candidats qu'entre les électeurs. D'une part, le projet tend à privilégier le candidat d'expression allemande et domicilié dans la région de langue allemande, sur la liste qui recueille le dixième siège, dans l'hypothèse où aucun des quotients électoraux ne détermine l'élection d'un tel candidat. Ce candidat sera élu de préférence aux autres candidats de sa liste quel que soit le nombre de voix qu'il aura recueillies. D'autre part, le système implique que les

(163) Avis L. 36.216/VR du 10 décembre cité à la note 1.

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.181.97)
Le Conseil d'Etat. Chronique de jurisprudence 2003
Larcier Edition - © Larcier - 07/02/2020

strada lex

votes préférentiels sont, pour une part, privés de leur effet utile puisque ceux-ci ne seront pas nécessairement pris en considération pour déterminer le dixième élu. Les électeurs de cette liste pourraient donc ainsi se voir privés du droit d'exprimer leur préférence, soit pour l'ordre établi par la liste lorsqu'ils expriment un vote en case de tête, soit pour un ou plusieurs candidats déterminés. Ils seraient même privés totalement de ce droit dans l'hypothèse où la liste en question n'aurait obtenu qu'un seul élu. Par ailleurs, un candidat pourrait se trouver élu sans que cela résulte d'un choix fait en connaissance de cause par l'électeur, et sans même avoir recueilli une seule voix de préférence » (164).

II. — La fonction normative

A. — *La fonction législative*

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

B. — *La fonction réglementaire*

1. *Pouvoir réglementaire autonome*

47. — La section de législation a rappelé la portée mais aussi la limite de ce pouvoir.

« Les articles 37 et 107, alinéa 2, de la Constitution confèrent au Roi le pouvoir de régler l'organisation des services publics fédéraux. Tant la jurisprudence que la doctrine déduisent des dispositions constitutionnelles précitées, que la création et l'organisation des services de l'administration générale sont de la compétence du Roi. Il s'ensuit sinon que le législateur doit s'abstenir de s'immiscer dans l'organisation des services de l'administration générale, du moins que cette immixtion ne peut être réputée compatible avec la répartition constitutionnelle des compétences entre les pouvoirs législatif et exécutif que si elle est justifiée par des circonstances exceptionnelles ou si elle concerne des dispositions qui, en vertu de la Constitution, ne peuvent être édictées que par le législateur » (165).

Tel est le cas des institutions créées par le législateur et dotées par lui de la personnalité juridique : « le Roi ne puise pas dans ces dispositions consti-

(164) Avis L. 36.079/2 du 14 novembre 2003 sur un avant-projet de loi « organisant la répartition entre les collèges électoraux du nombre de membres belges à élire au Parlement européen », *Doc. parl.*, Chambre, 2003-2004, n° 582/1.

(165) Avis L. 34.971/1/2/3/4 du 27 février 2003 sur un avant-projet de « loi-programme », *Doc. parl.*, Chambre, 2002-2003, n° 2343/1.

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.181.97)
Le Conseil d'Etat. Chronique de jurisprudence 2003
Larcier Edition - © Larcier - 07/02/2020

strada lex

tutionnelles le pouvoir de prendre des mesures à l'égard de ces institutions. Concernant de telles institutions, le Roi ne détient que les pouvoirs qui Lui sont formellement dévolus par le législateur ou le pouvoir général d'exécution des lois en vertu de l'article 108 de la Constitution ». Le Roi ne peut donc de lui-même régler la nomination, le statut et les activités de commissaires spéciaux auprès d'un service public fédéral, dès lors que leur sont attribués des pouvoirs de liquidation d'un fonds créé par le législateur, pouvoirs en vertu desquels ces commissaires spéciaux se substituent partiellement aux organes de gestion dudit fonds (166).

Il n'en va pas de même des administrations centrales. A l'égard de l'article 3 de la loi du 22 juillet 1993 portant certaines mesures en matière de fonction publique, lequel porte que la règle générale en matière de recrutement notamment des agents de l'Etat est le recrutement statutaire sur la base de concours organisés par le secrétariat permanent de recrutement, la section d'administration a précisé que « ce texte ne détermine pas le contenu des règles statutaires de recrutement. Au demeurant, le Roi tient directement de la Constitution le pouvoir de fixer le statut des agents de l'Etat et aucune loi ne peut restreindre ce pouvoir. La mention des » concours de recrutement organisés par le secrétariat permanent de recrutement « reflète une situation existante au moment où la loi a été adoptée mais ne signifie pas que le recrutement statutaire ne pourra, à l'avenir, s'opérer que par concours » (167).

2. *Pouvoir réglementaire dérivé*

48. — Ce pouvoir peut provenir soit du pouvoir général d'exécution des normes législatives soit d'une habilitation particulière contenue dans une norme législative déterminée.

49. — A défaut d'une habilitation particulière, « le seul pouvoir dont dispose le Gouvernement est le pouvoir réglementaire général d'exécution des décrets que lui reconnaît l'article 20 de la loi spéciale du 8 août 1980 », lequel « est le même que celui que reconnaît au Roi l'article 108 de la Constitution pour l'exécution des lois ». Ce pouvoir « lui permet de dégager du principe et de l'économie générale d'une disposition législative, les conséquences qui en découlent naturellement d'après l'esprit qui a présidé à sa conception et les fins qu'il poursuit, mais sans jamais pouvoir en étendre

(166) Avis L. 35.137/1 du 25 mars 2003 sur un projet d'arrêté royal « attribuant des compétences aux commissaires spéciaux auprès du Service Public Fédéral Emploi, Travail et Concertation sociale dans le cadre de la loi du 12 avril 1960 portant création d'un fonds de compensation interne pour le secteur du diamant et de l'arrêté royal du 21 novembre 1960 fixant les statuts du Fonds social pour les ouvriers diamantaires ».

(167) C.E., *Defays*, n° 123.998, du 8 octobre 2003.

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.181.97)
Le Conseil d'Etat. Chronique de jurisprudence 2003
Larcier Edition - © Larcier - 07/02/2020

strada lex

ou en restreindre la portée, ni le compléter ou le modifier ou en combler les éventuelles lacunes, fût-ce au regard d'une directive européenne » (168).

N'est pas conforme à ces dispositions l'arrêté royal qui procède à une répartition géographique des 180 établissements de jeux de hasard de classe II alors que « les travaux préparatoires (de l'article 34 de la loi du 7 mai 1999 sur les jeux de hasard) indiquent la volonté du législateur de ne pas admettre un nombre d'établissements plus grand que ceux existant en novembre 1998, mais aucun élément de ces travaux ne permet de déduire que le législateur entendait, fût-ce implicitement, confier au Roi le soin de procéder à une répartition géographique de ces établissements » et que « sur la base de ladite disposition, la Commission des jeux de hasard pouvait parfaitement distribuer les 180 licences disponibles sans que le Roi procède nécessairement à cette répartition » (169). Par contre, « le Roi, chargé par l'article 108 de la Constitution d'exécuter la loi, a pu prescrire dans la demande de licence de classe B l'indication de la composition de l'actionnariat des personnes morales qui sollicitent une telle licence. Cette indication est en effet nécessaire pour permettre à la Commission des jeux de hasard de veiller au respect des conditions que la loi prévoit » (170).

50. — Par contre, en présence d'une habilitation particulière, le Gouvernement ne peut trouver dans les dispositions précitées une quelconque habilitation pour adopter les normes réglementaires d'exécution de la disposition législative concernée, le Gouvernement ne pouvant étendre ni restreindre la portée de cette habilitation.

Ainsi, dans le domaine de l'aménagement du territoire, il ressort des articles 86 et 97 de l'ordonnance bruxelloise du 29 août 1991 que ces dispositions « attribuent directement aux autorités qui délivrent les permis d'urbanisme ou de lotir, et à elles seules, le choix d'imposer ou pas des charges d'urbanisme — sous réserve des cas dans lesquels le Gouvernement impose de telles charges —, et, dans l'affirmative, la détermination de la nature et du montant des charges d'urbanisme ». Il s'ensuit que « les seules habilitations qui sont conférées au Gouvernement non pas en tant qu'autorité délivrante du permis, mais en qualité de titulaire du pouvoir réglementaire, ont pour objet d'une part, la détermination des circonstances dans lesquelles l'imposition des charges d'urbanisme est obligatoire, et, d'autre part, la possibilité de fixer les critères qui permettront aux autorités délivrantes de déterminer elles-mêmes l'importance et la nature des charges d'urbanisme et le montant des garanties financières qui peuvent être exigées ainsi que

(168) Avis L. 35.366/4 du 14 mai 2003 sur un projet d'arrêté du Gouvernement wallon « fixant les modalités de mise en œuvre des zones d'aménagement différé »; avis L. 35.965/4 du 3 novembre 2003 cité à la note 80.

(169) C.E., *S.A. Investissements et Leisure et consorts*, n° 114.688, du 20 janvier 2003.

(170) *Ibidem*.

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.181.97)
Le Conseil d'Etat. Chronique de jurisprudence 2003
Larcier Edition - © Larcier - 07/02/2020

strada lex

les délais dans lesquels les charges doivent être réalisées. Le Gouvernement ne trouve dès lors dans ces dispositions aucune habilitation pour fixer lui-même la nature et le montant des charges et des garanties financières ou les délais dans lesquels les charges doivent être réalisées ». Il « ne peut trouver dans l'article 20 de la loi spéciale du 8 août 1980 une quelconque habilitation pour adopter les normes générales précitées. En effet, dans l'accomplissement des missions que lui confèrent les articles 86 et 97 de l'ordonnance du 29 août 1991 précitée, le Gouvernement ne peut étendre ni, comme en l'espèce, restreindre la portée de ces dispositions, en tant qu'elles attribuent directement aux autorités délivrantes des pouvoirs déterminés » (171). Le Gouvernement bruxellois est dès lors invité à revoir les dispositions en projet afin qu'elles demeurent dans les limites de l'habilitation restreinte conférée au Gouvernement par les articles 86 et 97 de l'ordonnance du 29 août 1991. Il en va de même de l'arrêté du Gouvernement wallon qui prévoit que le rappel adressé par le demandeur de permis en vue de faire courir un nouveau délai de trente jours permettant au Gouvernement de statuer doit être introduit auprès du directeur général concerné : « en restreignant, à l'article 452/19 qui est réglementaire (arrêté du 5 mars 1998), la notion de Gouvernement à celle de » directeur général de la direction générale de l'aménagement du territoire, du logement et du patrimoine « , il méconnaît la portée de la notion décrétale de Gouvernement et n'assure pas une exécution légale de l'article 121 du CWATUP » de sorte que son application doit être écartée (172).

Le même principe a conduit la section d'administration à opérer un revirement de jurisprudence dans le domaine des dispenses de cotisations sociales (173). L'article 17 de l'arrêté royal n° 38 du 27 juillet 1967 organisant le statut social des travailleurs indépendants habilite le Roi à fixer « le délai dans lequel les demandes (de dispense) doivent, sous peine de forclusion, être introduites » : « les termes de cette habilitation ne Lui ont pas permis, ainsi qu'il ressort cependant de l'article 89, § 1er, alinéa 2, de l'arrêté royal du 19 décembre 1967, d'obliger à présumer que renonce à sa demande le demandeur qui n'a pas transmis le formulaire A prescrit dans les deux semaines du rappel qui lui a été adressé à ce sujet. Cette différence notable ressort en particulier des mots » sous peine de forclusion « qui se réfèrent exclusivement au délai d'introduction de la demande ». Par ailleurs, la même disposition habilite le Roi à déterminer des conditions et des critères

(171) Avis L. 34.645/4 du 18 mars 2003 sur un projet d'arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale « relatif aux charges d'urbanisme »; avis L. 36.155/4 du 10 décembre 2003 sur un projet d'arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale « modifiant l'arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale du 12 juin 2003 relatif aux charges d'urbanisme ».

(172) C.E., *A.S.B.L. Association pour un developpement durable et un environnement sain en Haute Lesse et consorts*, n° 121.368, du 4 juillet 2003.

(173) C.E., *Chome*, n° 117.349, du 21 mars 2003; *Wyngaard*, n° 126.545, du 17 décembre 2003.

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.181.97)
Le Conseil d'Etat. Chronique de jurisprudence 2003
Larcier Edition - © Larcier - 07/02/2020

strada lex

qui permettent d'apprécier l'état de besoin : ce pouvoir « n'inclut pas le pouvoir d'instituer, à titre de sanction, une présomption de renonciation à la demande de dispense en cas de dépassement du délai prescrit pour la transmission du formulaire A dûment complété et signé. S'il y a là une lacune dans la norme d'habilitation pouvant parfois donner lieu en pratique à certains abus, il appartient au seul législateur de la combler ».

C. — *Délégations et habilitations*

1. *Du pouvoir législatif vers le pouvoir exécutif ou un de ses membres*

a) Les matières réservées

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

52. — Selon l'article 114 de la Constitution, « le Roi confère les ordres militaires, en observant, à cet égard, ce que la loi prescrit ». Il s'ensuit que « les conditions générales d'octroi des *ordres militaires et civils* relèvent de la compétence du législateur, le Roi ne pouvant agir qu'en fonction du prescrit de la loi. Même si le Roi dispose en cette matière d'un large pouvoir d'appréciation, Il ne peut cependant l'exercer que dans le respect des principes généraux d'octroi de ces distinctions honorifiques tels qu'ils doivent être établis par le législateur » (174). Le Roi ne peut donc approuver ces principes généraux ni un règlement relatif à l'attribution de distinctions honorifiques dans les Ordres nationaux aux fonctionnaires et agents des administrations publiques et organismes assimilés.

53. — En vertu de l'article 146 de la Constitution, c'est au législateur qu'il appartient de déterminer la *compétence des tribunaux*. Il s'ensuit que ni la loi ni le Roi ne peuvent laisser aux statuts d'une société le soin de rendre applicables ou de confirmer des dispositions relatives à la compétence des tribunaux (175).

54. — En vertu des articles 77, 3° et 9°, 146, 152, 154, 155 et 157 de la Constitution, *l'organisation des cours et tribunaux* est confiée au pouvoir législatif.

(174) Avis L. 35.271/4 du 7 mai 2003 sur un projet d'arrêté royal « portant approbation des principes généraux d'octroi de distinctions honorifiques dans les Ordres nationaux et du règlement relatif à l'attribution de distinctions honorifiques dans les Ordres nationaux aux fonctionnaires et agents des administrations publiques et organismes assimilés ».

(175) Avis L. 35.119/1 du 25 mars 2003 sur un projet d'arrêté royal « modifiant l'arrêté royal du 3 mai 1999 relatif à la gestion du réseau national de transport d'électricité ».

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.181.97)
Le Conseil d'Etat. Chronique de jurisprudence 2003
Larcier Edition - © Larcier - 07/02/2020

strada lex

Le statut des membres du personnel de l'ordre judiciaire est généralement considéré comme un élément de l'organisation judiciaire. S'il est vrai que le Code judiciaire habilite le Roi à prendre des mesures statutaires pour certains membres du personnel de l'ordre judiciaire comme les titulaires des grades de qualification particulière, la section de législation (176) relève que « pour le personnel de l'ordre judiciaire, ce sont des textes législatifs qui définissent leurs missions, les conditions de leur nomination, l'avancement dans la carrière, les incompatibilités, les absences ainsi que le régime disciplinaire. Certains aspects de ce régime statutaire, comme le régime disciplinaire et les incompatibilités, se rapprochent sensiblement du régime applicable aux magistrats. (...) Il résulte de l'économie du Code judiciaire et de la jurisprudence de la Cour d'arbitrage que les membres du personnel de l'ordre judiciaire ne peuvent être purement et simplement assimilés aux agents de la fonction publique fédérale en raison de leur appartenance au Pouvoir judiciaire. (...) Dès lors, le législateur doit conserver, à tout le moins, la maîtrise des éléments essentiels du statut de ce personnel afin de garantir l'indépendance du Pouvoir judiciaire ». Ne répondent pas à cette garantie les habilitations conférées au Roi, car trop larges, en vue de déterminer les règles statutaires qui régiront les membres du personnel de l'ordre judiciaire, hors les membres des greffes, de sorte que les membres des secrétariats des parquets, les référendaires près la Cour de cassation, les référendaires près les cours et tribunaux, les juristes de parquet, les attachés au service de documentation et de concordance des textes près la Cour de cassation, le personnel administratif des greffes et des parquets ainsi que les titulaires des grades de qualification particulière créés conformément à l'article 185 du Code judiciaire, seront désormais tous soumis à un statut défini par le Roi.

Quant à l'organisation des greffes, « ceux-ci étant étroitement liés au fonctionnement même des juridictions, il appartient au législateur de définir les règles essentielles de cette organisation, les délégations au Roi devant en cette matière se limiter à des questions accessoires », telle que la fixation des heures d'ouverture des greffes.

55. — Compte tenu de l'article 160 de la Constitution, qui réserve au législateur le pouvoir de fixer les principes de *la procédure devant le Conseil d'État*, il convient que la loi précise elle-même les dérogations applicables à telle ou telle procédure particulière ou qu'à tout le moins, lorsqu'elle habilite le Roi à fixer des règles de procédure qui dérogent aux lois sur le

(176) Avis L. 34.815/2 du 6 février 2003 sur un avant-projet de loi « portant réforme de la carrière et du statut pécuniaire des membres du personnel des greffes et des secrétariats des parquets ».

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.181.97)
Le Conseil d'Etat. Chronique de jurisprudence 2003
Larcier Edition - © Larcier - 07/02/2020

strada lex

Conseil d'État, elle précise expressément quelles sont les dispositions auxquelles le Roi est habilité à déroger (177).

Ainsi, régler la procédure prévue par l'article 15*ter* de la loi du 4 juillet 1989, relatif aux sanctions financières applicables aux partis liberticides, requiert de préciser dans la loi quels sont les articles des lois coordonnées sur le Conseil d'État déterminant la procédure devant la section d'administration qui n'y seront pas applicables ainsi que ceux auxquels le Roi sera habilité à déroger. Tel est le cas de l'amendement qui écarte l'application de l'article 19 des lois coordonnées, relatif à l'intérêt, et exclut l'exercice de l'opposition, de la tierce opposition et du recours en révision, et qui permet en outre au Roi de fixer des règles de procédure qui dérogent à la possibilité de déposer un mémoire ampliatif ou en réplique, ainsi qu'aux articles 21 et 21*bis* des lois coordonnées.

Toutefois, cette méthode a ses limites. Le législateur ne peut de la sorte arrêter un cadre légal imprécis ou boiteux. Il doit ainsi « déterminer avec précision la partie défenderesse, la nature de l'action engagée contre elle et la nature de la procédure ». En ce qui concerne les parties appelées à la cause, « la question se pose de savoir si la partie défenderesse, celle contre qui les membres de la Commission de contrôle déposent une 'plainte', est l'auteur d'un acte isolé, le parti politique dont on entend dénoncer l'hostilité, la composante de celui-ci dont l'auteur du fait incriminé serait membre, ou l'institution visée à l'article 22 de la même loi, qui reçoit la dotation dont le Conseil d'État pourrait décider la suppression ; plusieurs de ces personnes ou entités pourraient aussi être éventuellement désignées comme parties défenderesses ». En ce qui concerne la nature de l'action, s'agit-il d'une « plainte » ou d'une « demande » ? « La nuance est importante. S'il s'agit en effet d'une 'demande' dont l'objet doit être précisé dans la requête, cela laisse entendre qu'il appartient aux membres de la commission qui saisissent le Conseil d'État de préciser, dans les limites légales, le montant à concurrence duquel ils demandent que la dotation du parti en cause soit supprimée, et le Conseil d'État ne pourra fixer cette suppression que dans les limites de cette demande. En outre, les 'demandeurs' devraient pouvoir, le cas échéant, solliciter le désistement de leur action en cours d'instance. Par contre, s'il s'agit seulement d'une 'plainte', celle-ci aurait en principe seulement pour effet d'enclencher la procédure, et le Conseil d'État aurait à apprécier l'importance de la suppression de la dotation, sans être tenu par des limites définies par les plaignants dans leur requête. L'instance se poursuivra jusqu'à son terme, quelle que soit l'attitude des

(177) Avis L. 36.172/4 du 4 décembre 2003 sur une proposition de loi « modifiant les lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, et l'article 15*ter* de la loi du 4 juillet 1989 relative à la limitation et au contrôle des dépenses électorales engagées pour les élections des chambres fédérales, ainsi qu'au financement et à la comptabilité ouverte des partis politiques » ainsi que sur les amendements n^{os} 1 à 13, *Doc. parl.*, Chambre, session 2003/2004, n° 217/7.

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.181.97)
Le Conseil d'Etat. Chronique de jurisprudence 2003
Larcier Edition - © Larcier - 07/02/2020

strada lex

plaignants ». Enfin, en ce qui concerne la procédure, « la loi doit également préciser le rôle des membres de la Commission qui déposent une 'plainte'. Doivent-ils se limiter à donner une description détaillée d'un 'acte' commis par un parti, une composante, une liste, un candidat ou un mandataire élu, ou leur appartient-il d'apporter les 'indices concordants' montrant manifestement l'hostilité du parti politique concerné envers les droits fondamentaux visés à l'alinéa 1er. Cette question est liée à une autre sur laquelle il revient aussi au législateur de prendre attitude : celle de savoir si la procédure est essentiellement accusatoire, le Conseil d'État se bornant à apprécier les éléments fournis par les parties, ou bien si l'on a affaire à une procédure davantage inquisitoire, dans laquelle le Conseil d'État doit lui-même rechercher les éléments lui permettant d'apprécier si l''acte incriminé' est ou non le signe, parmi d'autres indices concordants, de l'hostilité du parti politique envers les droits fondamentaux. La loi devrait préciser en ce dernier cas comment l'instruction serait organisée, par dérogation, le cas échéant, aux lois coordonnées sur le Conseil d'État ». A cet égard, la section de législation attire également l'attention sur la différence de nature entre le contentieux ordinaire devant le Conseil d'Etat, qui est un contentieux « objectif et de cassation administrative, qui se caractérise par le fait que les actes sur lesquels le Conseil d'État doit porter un jugement émanent d'une autorité ou d'une juridiction administrative », et le contentieux de l'article 15*ter* de la loi du 4 juillet 1989 qui est par contre un contentieux subjectif : il ne s'agit pas seulement d'apprécier la validité d'un acte mais bien de porter un jugement sur le comportement d'un parti politique. Il s'ensuit que « les dispositions procédurales des lois coordonnées ne sont pas adaptées à un tel contentieux (et que) les aménagements (proposés) sont sans doute insuffisants. En effet, (...) la procédure de l'article 15*ter* nécessitera qu'une véritable instruction soit menée et que les défendeurs puissent faire pleinement valoir leurs droits de la défense, ce qui suppose notamment qu'ils soient préalablement informés, avec la précision voulue et en temps utile, de tous les faits qui leur sont reprochés. Dans l'hypothèse où les auteurs de la proposition ou des amendements entendraient que la procédure ne soit pas purement accusatoire, la loi devrait indiquer quels sont les principes qui gouverneraient l'instruction préalable à l'audience ».

56. — Eu égard à l'article 179 de la Constitution, qui dispose qu'aucune *pension*, aucune gratification *à la charge du trésor public*, ne peut être accordée qu'en vertu d'une loi, il ne peut revenir au Roi de fixer le régime de pension des référendaires près la Cour de cassation et des référendaires et des juristes de parquet près les cours d'appel et les tribunaux de première instance (178).

(178) Avis L. 34.815/2 du 6 février 2003 cité à la note 176.

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.181.97)
Le Conseil d'Etat. Chronique de jurisprudence 2003
Larcier Edition - © Larcier - 07/02/2020

strada lex

57. — Relève du domaine des *forces armées* le statut du personnel enseignant civil des écoles militaires. En effet, il ressort des arrêts n° 64/2000 du 30 mai 2000 (point B.2.2.) et n° 90/2001 du 21 juin 2001 (point B.3.2.) de la Cour d'arbitrage que l'article 24 de la Constitution n'est pas applicable à l'enseignement dispensé à l'Ecole royale militaire, cette matière étant réservée au législateur fédéral en vertu de l'article 182 de la Constitution selon lequel il appartient à la loi de régler le statut des militaires. En outre, la fixation du statut du personnel enseignant civil de l'Ecole royale militaire entre dans le champ d'application de l'article 182 de la Constitution de sorte qu'« il appartient au législateur de fixer les règles essentielles de ce statut ou les critères nécessaires à l'exercice par le pouvoir exécutif de l'habilitation qui lui est consentie ». Pour la section de législation (179), « par analogie avec le personnel enseignant civil de l'Ecole royale militaire, l'article 182 de la Constitution s'applique également au personnel enseignant civil de l'école technique secondaire supérieure à l'Ecole royale technique de la Force aérienne, cette école étant destinée à former pour les forces armées des candidats sous-officiers techniciens pour certaines spécialités particulières ».

58. — Les mêmes principes sont applicables aux *services de police*. Il s'ensuit que le Roi ne peut déroger au régime général d'évaluation applicable à ces services pour y substituer un régime d'évaluation particulier pour les mandataires qui ont fait l'objet d'une première désignation à certains emplois de la police fédérale, de la police locale et de l'inspection générale de la police fédérale et de la police locale. En effet, « le régime d'évaluation constitue un élément essentiel du statut des membres du personnel du service de police intégrée, structuré à deux niveaux qui doit être réglé par la loi, en vertu de l'article 184 de la Constitution. (...) Il en résulte que l'auteur du projet ne peut pas se contenter de prévoir un régime dérogatoire par un simple arrêté royal. Les éléments essentiels de ce régime dérogatoire ne pourront être fixés que par la loi » (180). De même, le Roi ne peut adapter le statut pécuniaire des membres du personnel de l'inspection générale de la police fédérale et de la police locale en octroyant à ceux-ci une allocation justifiée par les aptitudes particulières requises pour leur désignation : « Aucune disposition législative n'habilite le Roi à aménager — par l'octroi d'une allocation spécifique — le statut pécuniaire applicable aux membres de la police fédérale et de la police locale. Pareille habilitation est d'autant

(179) Avis L. 34.944/4 du 8 avril 2003 sur un projet d'arrêté royal « modifiant l'arrêté royal du 28 novembre 1984 fixant le statut du personnel enseignant civil de l'école technique secondaire supérieure, créée à l'Ecole technique de la Force Aérienne ».

(180) Avis L. 35.836/2/V du 3 septembre 2003 sur un projet d'arrêté royal « modifiant l'arrêté royal du 19 avril 2002 fixant certaines dispositions statutaires spécifiques relatives aux personnes désignées à certains emplois de la police fédérale, de la police locale et de l'inspection générale de la police fédérale et de la police locale ».

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.181.97)
Le Conseil d'Etat. Chronique de jurisprudence 2003
Larcier Edition - © Larcier - 07/02/2020

strada lex

plus nécessaire que le principe de l'octroi d'une telle allocation constitue un élément essentiel du statut des fonctionnaires de police au sens de l'article 184 de la Constitution et doit dés lors être établi par le législateur » (181).

59. — Selon l'article 192 de la Constitution, aucun *serment* ne peut être imposé qu'en vertu de la loi, laquelle en détermine la formule. Il s'ensuit que le Roi ou un gouvernement régional ou communautaire ne peut fixer la formule du serment qui devra être prêté par les agents au moment de leur entrée en fonction. En outre, à défaut d'habilitation légale, il ne leur est pas plus permis d'imposer une prestation de serment. Tout au plus le Roi pourrait-il, compte tenu du silence de la loi à cet égard, désigner l'autorité qui devra recevoir le serment visé à l'article 2 du décret du 20 juillet 1831 concernant le serment à la mise en vigueur de la monarchie constitutionnelle représentative (182).

60. — Le Conseil d'État (183) a rappelé que « l'admissibilité d'une habilitation portant sur des matières réservées à la loi est soumise à certaines conditions, parmi lesquelles figurent les suivantes :

1° il faut qu'il existe des nécessités pratiques ou des circonstances particulières ;

2° il faut que les arrêtés royaux pris en vertu de l'habilitation soient soumis à une prompte confirmation par le législateur, laquelle, sauf disposition contraire de la loi de confirmation, a pour effet de donner rétroactivement à ceux-ci une valeur législative, c'est-à-dire depuis leur entrée en vigueur ;

3° en ce qui concerne le sort à réserver aux arrêtés qui ne seraient pas confirmés par le législateur, la Cour d'arbitrage a considéré dans son arrêt n° 18/98 du 18 février 1998 qu'à peine de violer les articles 10 et 11 de la Constitution, la loi ne peut habiliter le Roi à prendre des mesures qui, à défaut de confirmation dans les délais, continuent de sortir leurs effets pour la période séparant leur entrée en vigueur des dates ultimes auxquelles elles auraient dû être confirmées ».

En matière fiscale, il a, en ce qui concerne la première condition, été précisé que « des dispositions législatives attribuant notamment au Roi le pouvoir d'exiger le paiement immédiat de droits nouveaux devait pouvoir être

(181) Avis L. 35.673/2/V du 23 juillet 2003 sur un projet d'arrêté royal « modifiant l'arrêté royal du 20 juillet 2001 relatif au fonctionnement et au personnel de l'inspection générale de la police fédérale et de la police locale ».

(182) Avis L. 35.006/2 du 21 mai 2003 sur un projet d'arrêté royal « portant exécution de l'article 27 de la loi du 16 janvier 2003 portant création d'une Banque-Carrefour des Entreprises, modernisation du registre de commerce, création de guichets-entreprises agréés et portant diverses dispositions »; avis L. 35.184/2 du 23 juin 2003 sur un projet d'arrêté du Gouvernement wallon « portant le Code de la fonction publique wallonne ».

(183) Avis L. 36.080/1/2/3/4 des 7 et 12 novembre 2003 cité à la note 15.

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.181.97)
Le Conseil d'Etat. Chronique de jurisprudence 2003
Larcier Edition - © Larcier - 07/02/2020

strada lex

justifié par l'urgence, comme, par exemple, la nécessité d'empêcher la spéculation ou la disparition de la matière taxable grâce à l'adoption très rapide de nouvelles mesures » (184).

61. — En vertu de l'article 9 de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, combiné avec l'article 4 de la loi spéciale du 12 janvier 1989 relative aux institutions bruxelloises, les règles relatives à la création, la composition, les compétences, le fonctionnement et le contrôle des services décentralisés, des établissements et des entreprises régionaux ou communautaires sont une compétence réservée au législateur décrétal. Il s'ensuit que « toutes les dispositions qui ont pour but de créer des institutions dotées de la personnalité juridique doivent être comparées au prescrit de l'article 9 précité » (185). A cet égard, est conforme à l'article 9 précité le renvoi par le législateur régional ou communautaire à un décret cadre applicable, sauf dispositions contraires, aux organismes à créer, ou au code des sociétés.

En ce qui concerne le fonctionnement de ces institutions, la section de législation a qualifiée d'excessive l'habilitation donnée au Gouvernement lui permettant de désigner, parmi les institutions qui ont été créées par ordonnance ou sur lesquelles le législateur régional bruxellois dispose du « pouvoir statutaire », celles qui font partie du Centre de coordination financière : « Le Gouvernement dispose ainsi d'un pouvoir discrétionnaire. Dès lors que la mesure projetée affecte substantiellement les modalités de fonctionnement de ces organismes, modalités qui résultent de dispositions légales ou ordonnantielles, une telle délégation ne satisfait pas à l'exigence des articles 4 et 9 des lois spéciales précitées. La disposition ne soulèverait pas la même objection si elle était formulée de manière telle que toutes les personnes morales de droit public créées par ou en vertu d'une loi ou d'une ordon-

(184) Avis L. 36.161/2 du 3 décembre 2003 sur un projet d'amendement du Gouvernement à la loi-programme : Chapitre... Modification des lois modifiées par la loi du 30 décembre 2002 « portant diverses dispositions fiscales en matière d'écotaxes et d'écoréductions ».

(185) Avis L. 33.992/3 du 5 novembre 2002 sur un avant-projet de décret « kaderdecreet bestuurlijk beleid », *Parl. St.,* Vl. Parl., 2002-2003, nr. 1612/1 ; avis L. 35.912/3, du 14 octobre 2003, sur un avant-projet de décret « houdende machtiging tot creatie van het privaatrechtelijk vormgegeven extern verzelfstandigd agentschap NV Vlaamse Maatschappij voor Sociaal Woonkrediet », *Parl. St.*, Vl. P., 2003-2004, n° 2049/1 ; avis L. 35.922/3 du 14 octobre 2003 sur un avant-projet de décret « tot oprichting van het intern verzelfstandigd agentschap met rechtspersoonlijkheid 'Toerisme Vlaanderen' », *Parl. St.*, Vl. P., 2003-2004, n° 1997/1 ; avis L. 36.071/3 cité à la note 14 ; avis L. 36.072/3 du 18 novembre 2003 sur un avant-projet de décret « betreffende het publiekrechtelijk vormgegeven extern verzelfstandigde agentschap Waterwegen en Zeekanaal, naamloze vennootschap van publiek recht, en houdende wijziging van het decreet van 4 mei 1994 betreffende de naamloze vennootschap Zeekanaal en Watergebonden Grondbeheer Vlaanderen », *Parl. St.*, Vl. P., 2003-2004, n° 2042/1 ; avis L. 36.081/3 du 25 novembre 2003 sur un avant-projet de décret « betreffende de omzetting van de Dienst voor de Scheepvaart in een publiekrechtelijk vormgegeven extern verzelfstandigde agentschap De Scheepvaart », *Parl. St.*, Vl. P., 2003-2004, n° 2043/1 ; avis L. 36.166/3 du 18 décembre 2003 sur un avant-projet de décret « houdende omvorming van de vzw De Rand tot een privaatrechtelijk vormgegeven extern verzelfstandigd agentschap », *Parl. St.*, Vl. P., 2003-2004, n° 2145/1.

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.181.97)
Le Conseil d'Etat. Chronique de jurisprudence 2003
Larcier Edition - © Larcier - 07/02/2020

strada lex

nance, relevant de la compétence de la Région de Bruxelles-Capitale et bénéficiant de moyens financiers de celle-ci, étaient soumis à la présente ordonnance, le Gouvernement étant seulement chargé d'en dresser la liste » (186). De même, il ne peut être laissé au conseil d'administration d'un organisme public le choix entre le recrutement de personnel statutaire et l'engagement de personnel contractuel : « En vertu de l'article 9, alinéa 2, de la loi spéciale du 8 août 1980, et de l'article 2 de l'arrêté royal fixant les principes généraux, c'est au législateur décrétal lui-même qu'il revient de déterminer s'il sera satisfait pour l'exécution de la tâche en question à du personnel statutaire ou engagé sous contrat de travail » (187).

Saisie d'un projet habilitant un gouvernement régional à s'associer à la constitution d'une association sans but lucratif remplissant des tâches ayant trait à un domaine d'autorité, la section de législation (188) a rappelé que « l'article 9 offre de larges possibilités. Lors de l'exercice de la compétence qui lui est reconnue, le législateur décrétal n'est par ailleurs lié à aucune forme d'organisation préalablement existante. Il est admis que le législateur décrétal peut opter, lors de la création d'une institution publique, pour une forme juridique de droit privé. Cela n'empêche pas que les limites qui ressortent de l'article 9 doivent être prises en considération, ce qui inclut entre autres que les règles essentielles qui gouvernent l'organisation et les actes de l'institution publique doivent être fixées par le décret constitutif lui-même et qu'un mécanisme de contrôle adapté à la forme juridique de l'institution doit être prévu ». Pour le surplus, le Conseil d'Etat attire l'attention sur le fait que le recours à une forme juridique de droit privé pour une institution publique « a pour effet de rendre applicables les règles de droit privé tant qu'il n'y est pas dérogé par décret et peut dès lors conduire à des difficultés pratiques d'application. Le législateur décrétal doit dès lors s'interroger sur le point de savoir si, plutôt que d'opter pour une habilitation au gouvernement d'ériger une ASBL, il n'est pas plus indiqué de créer l'organisme en question sous la forme d'une personne juridique *sui generis* ».

(186) Avis L. 34.366/2 du 13 novembre 2002 sur un avant-projet de décret « instituant une centralisation financière des trésoreries des organismes d'intérêt public wallons », *Doc. C.R.W.*, 2002-2003, n° 428/1 ; avis L. 36.138/2 du 27 novembre 2003 sur un avant-projet d'ordonnance « instituant le Centre de Coordination financière pour la Région de Bruxelles-Capitale », *Doc. C.R.B.C.*, 2003-2004, n° A-521/1.

(187) Avis L. 36.103/2/4 des 20 et 21 novembre 2003 sur un avant-projet de décret-programme, *Doc.C.C.F.*, 2003-2004, n° 472/1.

(188) Avis L. 35.851/1 du 18 septembre 2003 cité à la note 134.

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.181.97)
Le Conseil d'Etat. Chronique de jurisprudence 2003
Larcier Edition - © Larcier - 07/02/2020

strada lex

b) Les matières non réservées

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

Epinglons comme cas d'application :

— en matière de preuve : l'impossibilité pour le pouvoir exécutif de régler sans habilitation du législateur le régime de la preuve. Ainsi, « le Roi excède ses pouvoirs en prévoyant que la date de la notification qui s'effectue sous pli recommandé à la poste 'est la date de la poste majorée de deux jours ouvrables'. Ce faisant, Il établit une présomption iuris et de iure, qui ne peut être établie que par la loi, dès lors qu'elle porte sur le régime de la preuve » (189). De même, le Roi ne peut exiger que les pièces déposées par le demandeur ne seront prises en considération par l'autorité que si elles sont accompagnées d'une traduction : « le projet règle en fait le régime de la preuve, ce que la loi n'habilite pas le Roi à faire » (190);

— en matière de tutelle : l'obligation pour le législateur lui-même de déterminer les conditions essentielles de l'intervention du fonctionnaire régional à l'égard des communes dès lors qu'il apparaît qu'est de la sorte organisée une tutelle de substitution à l'égard des communes (191).

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

63. — En matière d'attribution de pouvoirs à des *institutions ou organismes autonomes*, l'évolution constatée dans le chef de la section de législation lors de notre précédente chronique (*même revue*, 2004/1, pp. 85 à 88) s'est poursuivie. Il y a lieu de distinguer en la matière entre l'octroi d'un pouvoir réglementaire et l'octroi d'un pouvoir de décision individuelle.

Concernant l'attribution d'un pouvoir réglementaire à une autorité non politiquement responsable, le Conseil d'Etat est d'avis que « les principes déduits de la responsabilité politique des ministres et celui de l'unité du pouvoir réglementaire au sein de chaque collectivité ne sont conciliables avec l'octroi d'un pouvoir réglementaire à une autorité extérieure au Gouvernement qu'à la condition que, d'une part, cette délégation ait une portée limitée, précise et complète et que d'autre part, le règlement ainsi adopté

(189) Avis L. 34.744/4 du 2 avril 2003 sur un projet d'arrêté royal « fixant certains éléments de la procédure à suivre par le service de l'Office des étrangers chargé de l'examen des demandes d'asile sur la base de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers ».

(190) Avis L. 34.745/4 du 2 avril 2003 cité à la note 56.

(191) Avis L. 35.689/4 des 6 et 8 octobre 2003 cité à la note 86.

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.181.97)
Le Conseil d'Etat. Chronique de jurisprudence 2003
Larcier Edition - © Larcier - 07/02/2020

strada lex

soit soumis à l'approbation du Gouvernement » (192). Sont également invoquées pour admettre une telle délégation « la haute technicité et la spécificité de la matière visée » (193). Constitue un tel pouvoir la fixation d'un régime de garantie financière, l'élaboration par un institut autonome de programmes de formation ou la détermination par un organisme d'une méthodologie générale ou de référentiels applicables à un nombre indéfini de cas, ce qui revient à lui confier la mission de déterminer l'ensemble des critères et des procédures de validation de compétences. Pour le surplus, « lorsqu'un pouvoir réglementaire est attribué par décret à une autorité administrative, il ne revient pas au Gouvernement de régler lui-même cette matière. Le pouvoir d'approbation des règlements (de cette autorité) que le décret attribue au Gouvernement est un pouvoir de tutelle. Le Gouvernement ne peut donc substituer son propre règlement à celui que (l'organisme) est chargé, en vertu du décret, de prendre en son nom propre, même s'il ne pourra sortir ses effets que moyennant l'approbation du Gouvernement » (194).

Quant à la possibilité d'attribuer un pouvoir de décision individuelle à une telle autorité, le Conseil d'Etat estime que « pour que l'on puisse admettre que des décisions individuelles soient confiées à une autorité administrative autonome sans contrôle d'opportunité exercé par une autorité politiquement responsable, il convient à tout le moins que les critères à prendre en considération pour prendre ces décisions soient définis de telle manière que le pouvoir ainsi reconnu ne recèle que peu d'éléments d'appréciation » (195). Il s'ensuit que lorsque le texte en projet s'abstient de mettre en place un contrôle d'opportunité, ce qui est le cas lorsqu'il n'organise, à l'égard des décisions de l'organisme, qu'une tutelle de légalité et de conformité au contrat de gestion, « le législateur est tenu de prendre les mesures qui permettront d'inscrire le pouvoir de décision de (l'organisme) dans les limites rappelées ci-avant ». Constitue un tel pouvoir l'agréation de cours et de contrats de formation, l'attribution d'une marque collective à des pro-

(192) Avis L. 34.401/2, L. 34.543/2 et L. 34.627/2 du 19 mars 2003 cités à la note 112 ; avis L. 34.748/2 du 7 mai 2003 sur un avant-projet de décret « portant constitution d'un institut wallon de formation en alternance et des indépendants et petites et moyennes entreprises », *Doc. P.W.*, 2002-2003, n° 524/1.

(193) Avis L. 36.080/1/2/3/4 des 7 et 12 novembre 2003 cité à la note 15.

(194) Avis L. 34.648/4 du 5 février 2003 sur un projet d'arrêté du Gouvernement de la Communauté française « portant réglementation générale des milieux d'accueil » ; avis L. 35.874/4 du 17 septembre 2003 sur un projet d'arrêté du Gouvernement de la Communauté française « portant modifications de l'arrêté du Gouvernement de la Communauté française du 27 février 2003 portant réglementation générale des milieux d'accueil ».

(195) *Ibidem*. Avis L. 34.742/2 du 7 mai 2003 sur un avant-projet de décret de la Communauté française « instaurant une procédure de reconnaissance des produits multimédias reconnus d'intérêt pédagogique », *Doc. C.C.F.*, 2003-2004, n° 526/1.

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.181.97)
Le Conseil d'Etat. Chronique de jurisprudence 2003
Larcier Edition - © Larcier - 07/02/2020

strada lex

duits ou le pouvoir de lier la délivrance d'autorisations à des conditions particulières, dans des cas déterminés (196).

64. — Les conditions précitées ne s'appliquent pas au transfert d'une mission d'intérêt général à une personne de droit privé. Le Conseil d'Etat a toutefois insisté sur le fait que si « en soi, rien ne s'oppose à ce qu'une autorité publique confie une mission d'intérêt général à une association constituée sous une forme de droit privé et, à cette occasion, lui octroie des subventions », « il faut cependant que soient respectées les conditions suivantes :

1° seule une association qui en fait la demande peut être désignée ;
2° des critères objectifs et raisonnables et une procédure de sélection doivent être fixés permettant de choisir entre les différentes associations — existantes ou qui seraient créées à l'avenir — qui se porteraient candidates ;
3° les missions confiées à l'association doivent être fixées de manière suffisamment précise dans le décret, ce qui exclut que ce dernier renvoie, sans autre précision, à »toute autre mission confiée par le Gouvernement« ;
4° les règles de subventionnement doivent être prévues dans le décret — à tout le moins dans les grandes lignes —, des précisions pouvant être données dans un arrêté du Gouvernement. Ces conditions ne peuvent être fixées dans une convention à conclure avec le bénéficiaire » (197).

3. *Du pouvoir exécutif vers un de ses membres*

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

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

66. — La section de législation émet des objections plus radicales à l'encontre de la délégation de compétences réglementaires par le pouvoir exécutif à des *commissions* ou à des *organismes publics autonomes* : « Lorsque le pouvoir réglementaire n'est pas attribué par (la loi ou) le décret à l'orga-

(196) Avis L. 36.217/4 du 17 décembre 2003 sur un projet d'arrêté royal « relatif aux stations de radio-communication fonctionnant sur des fréquences du service mobile maritime » (en l'occurrence, le pouvoir attribué à l'I.B.P.T. de « prescrire, dans des cas particuliers, toutes mesures propres à éliminer ou à réduire à un niveau admissible, les rayonnements non essentiels des stations provoquant des brouillages nuisibles ou susceptibles de provoquer de tels brouillages »).

(197) Avis L. 35.059/2 du 19 mai 2003 cité à la note 147 ; avis L. 35.949/2 du 22 octobre 2003 sur un avant-projet de décret « relatif à l'agrément et au subventionnement des organismes d'insertion socioprofessionnelle et des entreprises de formation par le travail », *Doc. C.R.W.*, 2003-2004, n° 615/1.

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.181.97)
Le Conseil d'Etat. Chronique de jurisprudence 2003
Larcier Edition - © Larcier - 07/02/2020

strada lex

nisme mais est laissé (au Roi ou) au Gouvernement, ce pouvoir ne peut être subdélégué à (cet organisme), à moins qu'il ne s'agisse de points tout à fait secondaires, et pour lesquels il aurait une compétence discrétionnaire fortement limitée » (198).

Est ainsi admissible la délégation conférée à l'O.N.E. du pouvoir d'établir un modèle de document lorsque le contenu de celui-ci est déterminé de manière exhaustive par l'arrêté du Gouvernement. Par contre, le Roi ne peut habiliter le Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides à établir un Code de déontologie pour les interprètes, « d'une part, parce qu'il ne s'agit pas d'une mesure secondaire et de détail et, d'autre part, parce que la loi, qui fait du Commissaire général une autorité administrative, ne prévoit pas qu'il puisse se voir attribuer un pouvoir réglementaire ».

D. — *Droit international*

67. — Plusieurs avis ont été rendus à propos de l'assentiment des assemblées parlementaires prévu par l'article 167 de la Constitution.

Tout d'abord, pour ce qui est de la technique, de plus en plus répandue dans les traités, d'approbation des amendements à un traité qui sont adoptés à une conférence des parties contractantes ou lors d'une session de l'organe exécutif prévu par ce traité, soit par consensus, soit par des votes à la majorité qualifiée, et qui entrent en vigueur à l'égard d'une partie, non pas comme il est de règle après leur ratification, leur approbation ou leur acceptation par celle-ci, mais à l'expiration d'un certain délai pendant lequel les parties qui n'approuvent pas les amendements doivent déclarer expressément qu'elles n'entendent pas être liées par ceux-ci, sous peine sinon de voir ces amendements prendre effet à leur égard. Il suit de cette technique que la Belgique peut être liée sans que les Chambres législatives y aient donné leur assentiment ou que les Chambres législatives sont appelées à donner préalablement leur assentiment à d'éventuels amendements ultérieurs. La section de législation (199) a confirmé que « Il peut être admis

(198) Avis L. 34.648/4 du 5 février 2003 cité à la note 194; avis L. 34.745/4 du 2 avril 2003 cité à la note 56; avis L. 34.716/3 du 15 avril 2003 sur un projet d'arrêté royal « portant modification de l'arrêté royal du 4 avril 1996 relatif au prélèvement, à la préparation, à la conservation et à la délivrance du sang et des dérivés du sang d'origine humaine ».

(199) Avis L. 34.338/3 du 29 janvier 2003 sur un avant-projet de loi, avis L. 35.794/2/V du 20 août 2003 sur un avant-projet de décret et avis L. 35.998/3 du 28 octobre 2003 sur un avant-projet d'ordonnance « portant assentiment au Protocole de 1996 à la Convention de 1972 sur la prévention de la pollution des mers résultant de l'immersion de déchets, et aux Annexes 1, 2 et 3, faits à Londres le 7 novembre 1996 »; avis L. 34.368/2 du 17 février 2003 sur un avant-projet de loi « portant assentiment au Protocole d'amendement à la Convention internationale pour la simplification et l'harmonisation des régimes douaniers, adoptée par l'Organisation mondiale des douanes le 25 septembre 1974, fait à Bruxelles le 26 juin 1999 », *Doc. parl.*, Sénat, session 2003-2004, n° 3-260/1; avis L. 35.503/3 du 1er juillet 2003 sur un avant-projet de loi et avis L. 35.596/3 du 11 juillet 2003 sur un avant-projet d'ordonnance « portant assentiment au Protocole à la Convention sur la pollution atmosphérique transfrontière à longue distance, de 1979, relatif aux

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.181.97)
Le Conseil d'Etat. Chronique de jurisprudence 2003
Larcier Edition - © Larcier - 07/02/2020

strada lex

que, dans certaines conditions, les Chambres législatives peuvent donner leur assentiment préalable à un traité ou à un amendement à celui-ci. Pour qu'un tel assentiment préalable soit compatible avec l'article 167, § 2, de la Constitution, il faut néanmoins que les Chambres législatives connaissent et énoncent 'les limites dans lesquelles il est donné'. Si l'intention des auteurs du projet est d'obtenir un assentiment préalable, il y aurait lieu de compléter le projet par une disposition expresse dans ce sens ». Toutefois, il est possible que les Chambres législatives ne puissent marquer leur accord sur certains amendements : « Afin de permettre aux Chambres de notifier au gouvernement qu'elles n'approuvent pas un amendement donné, il vaudrait mieux compléter le projet par une disposition qui prévoit l'obligation pour le gouvernement de communiquer aux Chambres législatives, dans un délai déterminé, tout amendement approuvé par une session de l'organe exécutif. Si les Chambres législatives notifient qu'elles n'approuvent pas l'amendement à une annexe, le gouvernement sera obligé de s'opposer à cet amendement au nom de la Belgique ». Il en va de même des dispositions d'un traité qui habilitent les autorités compétentes, dans l'intérêt de certaines personnes ou de certaines catégories de personnes visées, à prévoir d'un commun accord des dérogations aux dispositions de la convention initiale (200).

Ensuite, en matière d'assentiment conditionné à la dénonciation d'un traité antérieur. Certaines conventions internationales prévoient qu'un Etat « ne peut déposer son instrument de ratification, d'acceptation ou d'approbation s'il n'a pas déjà dénoncé la Convention (antérieure) ou s'il ne la dénonce pas simultanément ». Il s'ensuit que la dénonciation de la convention précédente doit être antérieure ou simultanée au dépôt de l'instrument de ratification, d'acceptation ou d'approbation de la convention à laquelle le décret ou la loi en avant-projet porte assentiment. « Or, aux termes de l'article 167, § 5, de la Constitution, c'est au Roi qu'il revient de 'dénoncer les traités conclus avant le 18 mai 1993 et portant sur les matières visées

polluants organiques persistants, et aux Annexes, faits à Aarhus le 24 juin 1998 »; avis L. 35.595/3 du 11 juillet 2003 sur un avant-projet d'ordonnance et avis L. 35.791/2/V du 20 août 2003 sur un avant-projet de décret « portant assentiment à l'Accord sur la conservation des oiseaux d'eaux migrateurs d'Afrique-Eurasie, fait à La Haye le 16 juin 1995 »; avis L. 35.751/1/V du 19 août 2003 sur un avant-projet de décret et avis L. 35.792/2/V,du 20 août 2003 sur un avant-projet de décret « portant assentiment à la Convention sur les polluants organiques persistants, faite à Stockholm, le 22 mai 2001, ainsi qu'à ses annexes »; avis L. 36.087/4 du 4 décembre 2003 sur un avant-projet de décret « portant assentiment à l'Accord de coopération du 22 mars 1999 entre le Gouvernement wallon, le Gouvernement de la Communauté française et le Collège de la Commission communautaire française de la Région de Bruxelles-Capitale, d'une part, et le Gouvernement du Québec, d'autre part, et à la déclaration commune y annexée ».

(200) Avis L. 36.168/1 du 11 décembre 2003 sur un avant-projet de loi « portant assentiment à la Convention sur la sécurité sociale entre le Royaume de Belgique et l'Australie, signée à Canberra le 20 novembre 2002 », *Doc. parl.*, Sénat, 2004-2005, n° 959/1; avis L. 36.169/1 du 11 décembre 2003 sur un avant-projet de loi « portant assentiment à la Convention sur la sécurité sociale entre le Royaume de Belgique et la République des Philippines, signée à Manille le 7 décembre 2001 », *Doc. parl.*, Sénat, 2004-2005, n° 958/1.

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.181.97)
Le Conseil d'Etat. Chronique de jurisprudence 2003
Larcier Edition - © Larcier - 07/02/2020

strada lex

au § 3', en l'espèce les matières communautaires et régionales, et ce 'd'un commun accord avec les gouvernements de communauté et de région concernés' ou 'si les Gouvernements (...) concernés l'y invitent' ». S'il n'apparaît pas que le Roi a dénoncé la convention précédente, la section de législation est d'avis que « le législateur peut, dès à présent, adopter le décret (ou la loi) en avant-projet. Il serait toutefois préférable que ce décret et la Convention elle-même ne soient publiés au *Moniteur belge* qu'au moment de la dénonciation, par le Roi, de la convention (...) et du dépôt des instruments de ratification de la (nouvelle) convention » (201).

Par ailleurs, en matière d'entrée en vigueur d'un traité antérieurement à son assentiment. La section de législation a admis qu'un accord international « entre provisoirement en vigueur à la date de sa signature 'ou qu'il' sera provisoirement d'application à compter de la date de réception de la note en réponse du ministère des Affaires étrangères » : « Si, en l'espèce, cette manière de procéder ne paraît pas devoir créer des difficultés, il y a néanmoins lieu de rappeler qu'en préjugeant de l'assentiment (des assemblées parlementaires), ce procédé met celles-ci devant l'alternative, soit d'entériner ce qui a été fait, soit de placer l'Etat (ou la Communauté ou la Région) dans une situation délicate à l'égard de la (partie contractante). Ainsi est restreinte la faculté (des assemblées parlementaires) d'apprécier librement l'opportunité d'accorder ou de refuser leur assentiment ». Le Conseil d'Etat ajoute que ce faisant, « l'avant-projet (de décret ou de loi) revêt une double portée : d'une part, il tend à conférer l'assentiment à l'accord international conformément à l'article 167, § 2, de la Constitution et, d'autre part, il permet au droit matériel contenu dans le même traité d'être appliqué avec effet rétroactif dans l'ordre juridique interne, ce qui est admissible en l'espèce » (202).

(201) Avis L. 34.284/4 et 34.285/4 du 19 novembre 2002 sur des avant-projets de décrets de la Région wallonne « portant assentiment à la Convention européenne pour la protection du patrimoine archéologique (révisée), faite à La Valette le 16 janvier 1992 », *Doc. C.R.W.*, 2002-2003, n° 467/1 et n° 468/1 ; avis L. 35.725/2V du 28 juillet 2003 sur un avant-projet de décret « portant assentiment à la Convention européenne pour la protection du patrimoine archéologique (révisée), faite à La Valette, le 16 janvier 1992 », *Doc. C.C.F.*, 2002-2003, n° 455/1.

(202) Avis L. 34.867/4 du 25 février 2003 sur un avant-projet de décret de la Commission communautaire française (*Doc. parl.*, Cocof., 2002-2003, n° 109/1), avis L. 35.565/4 et 35.566/4 du 18 juin 2003 sur deux avant-projets de décret de la Région wallonne (*Doc. C.R.W.*, 2002-2003, n° 551/1, p. 4), et avis L. 35.726/2V du 28 juillet 2003 sur un avant-projet de décret de la Communauté française (*Doc. C.C.F.*, 2002-2003, n° 459/1), tous « portant assentiment à l'Accord de coopération entre la Communauté française de Belgique, la Région wallonne et la Commission communautaire française de la Région de Bruxelles-Capitale et la République démocratique du Congo, fait à Bruxelles, le 9 décembre 2002 » ; avis L. 35.970/4 du 14 octobre 2003 sur un avant-projet de loi « portant assentiment à l'Accord entre le Royaume de Belgique et le Royaume des Pays-Bas relatif à l'arbitrage concernant la réactivation et la modernisation du Rhin de fer, conclu à La Haye par échange de notes datées du 22 juillet 2003 et du 23 juillet 2003 », *Doc. parl.*, Sénat, 2003-2004, n° 363/1.

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.181.97)
Le Conseil d'Etat. Chronique de jurisprudence 2003
Larcier Edition - © Larcier - 07/02/2020

strada lex

Enfin, donner un assentiment à des amendements à un traité sous la forme d'une modification de la loi, du décret ou de l'ordonnance d'assentiment au traité initial n'est pas recommandé : « L'approbation parlementaire d'une convention prend certes la forme d'une ordonnance. Néanmoins, lors d'une telle approbation, le Conseil de la Région de Bruxelles-Capitale ne légifère pas, mais accomplit plutôt un acte de haute tutelle. Dès lors, une modification de l'article de l'ordonnance dont résulte l'assentiment du Conseil de la Région de Bruxelles-Capitale, fût-ce à l'occasion de l'approbation d'une convention modificative, n'a guère de sens. En effet, l'assentiment est un acte qui, une fois accompli, a épuisé ses effets. Au contraire, en raison de la spécificité de l'acte d'assentiment, il est recommandé de prévoir une ordonnance d'assentiment distincte pour chaque approbation » (203).

68. — La section de législation a également attiré l'attention sur le fait que si « en vertu de l'article 167, § 2, de la Constitution, c'est le Roi qui conclut les traités, Il le fait toutefois au nom du Royaume de Belgique 'de sorte que' c'est le Royaume de Belgique qui aurait dû apparaître comme partie contractante et non le Gouvernement » (204). Il en va de même des accords internationaux conclus par les collectivités fédérées sur la base de l'article 167, § 3, de la Constitution : ceux-ci « ne doivent pas l'être entre les Gouvernements respectifs de ces collectivités et un ou plusieurs partenaires étrangers. Ce sont les collectivités fédérées elles-mêmes qui s'engagent à cette occasion » (205).

(203) Avis L. 34.617/3 du 25 mars 2003 sur un avant-projet d'ordonnance « portant assentiment à l'Annexe V et à l'Appendice 3 à la Convention pour la protection du milieu marin de l'Atlantique du Nord-Est (Paris 1992), faits à Sintra le 23 juillet 1998 », *Doc. C.R.B.C.*, 2002-2003, n° A-426/1.

(204) Avis L. 34.868/4 du 25 février 2003 sur un avant-projet de loi « portant assentiment à l'Accord entre les Gouvernements du Royaume de Belgique, du Grand-Duché de Luxembourg et du Royaume des Pays-Bas, d'une part, et le Gouvernement de la République slovaque, d'autre part, relatif à la réadmission des personnes en situation irrégulière, et aux Annexes I et II, signés à Bratislava le 21 mai 2002 », *Doc. parl.*, Sénat, 2003-2004, n° 234/1.

(205) Avis L. 36.024/4 du 5 novembre 2003 sur un avant-projet de loi « portant assentiment à l'Accord entre le Gouvernement du Royaume de Belgique, le Gouvernement du Grand-Duché du Luxembourg et le Gouvernement du Royaume des Pays-Bas et le Gouvernement fédéral de la République fédérale de Yougoslavie relatif à la reprise et à la réadmission de personnes qui ne remplissent pas ou ne remplissent plus les conditions d'entrée ou de séjour sur le territoire de l'autre État contractant, et au Protocole d'application et ses Annexes 1 à 8, faits à Belgrade le 19 juillet 2002 », *Doc. parl.*, Sénat, 2003-2004, n° 404/1 ; avis L. 36.087/4 du 4 décembre 2003 sur un avant-projet de décret « portant assentiment à l'Accord de coopération du 22 mars 1999 entre le Gouvernement wallon, le Gouvernement de la Communauté française et le Collège de la Commission communautaire française de la Région de Bruxelles-Capitale, d'une part, et le Gouvernement du Québec, d'autre part, et à la déclaration commune y annexée », *Doc. C.C.F.*, 2003-2004, n° 532/1 ; avis L. 36.244/1 du 18 décembre 2003 sur un avant-projet de loi « portant assentiment à l'Accord entre le Gouvernement du Royaume de Belgique et le Gouvernement de l'Australie relatif au régime 'vacances-travail', et à l'Échange des lettres, signés à Canberra le 20 novembre 2002 », *Doc. parl.*, Sénat, 2003-2004, n° 467/1.

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.181.97)
Le Conseil d'Etat. Chronique de jurisprudence 2003
Larcier Edition - © Larcier - 07/02/2020

strada lex

E. — *Rétroactivité des normes législatives*

69. — Le Conseil d'Etat (206) a rappelé à plusieurs reprises dans quelles conditions la rétroactivité des lois pouvait être admise : « La non-rétroactivité des lois est une garantie ayant pour but de prévenir l'insécurité juridique. Cette garantie exige que le contenu du droit soit prévisible et accessible, en sorte que le justiciable puisse prévoir, à un degré raisonnable, les conséquences d'un acte déterminé au moment où cet acte se réalise. La rétroactivité peut uniquement être justifiée lorsqu'elle est indispensable pour réaliser un objectif d'intérêt général, comme le bon fonctionnement ou la continuité du service public. S'il s'avère en outre que la rétroactivité a pour effet d'influencer dans un sens déterminé l'issue d'une ou de plusieurs procédures judiciaires ou d'empêcher les juridictions de se prononcer sur une question de droit, la nature du principe en cause exige que des circonstances exceptionnelles justifient cette intervention du législateur qui porte atteinte, au détriment d'une catégorie de citoyens, aux garanties juridictionnelles offertes à tous ». La section de législation admet notamment, pour ce qui est de la possibilité de connaître le contenu de la loi, la rétroactivité de normes législatives qui ne contiennent aucune disposition nouvelle qui s'écarterait de celles qui figuraient dans les arrêtés reproduits dans ces normes : en effet, elles « ne font que consolider des dispositions dont les destinataires connaissaient la portée et ne font pas naître d'insécurité juridique ».

Est ainsi admissible le remplacement, avec effet rétroactif, de dispositions introduites par des arrêtés de pouvoirs spéciaux pris en vertu d'habilitations excessives, par des dispositions identiques de nature décrétale. Certes, « en substituant, avec effet rétroactif, à certaines dispositions du Code des taxes assimilées aux impôts sur les revenus et de ses arrêtés d'exécution des nouvelles dispositions dont la constitutionnalité et la légalité ne sont pas douteuses, le projet influencera les procédures en cours (à savoir des actions en justice introduites en 2002 contre la Région wallonne tendant à la restitution des taxes payées depuis 1992 conformément aux dispositions du CTAIR) ». Toutefois, « les dispositions du projet de décret sont identiques à celles des arrêtés royaux qu'elles remplacent, de sorte que les contribuables ne peuvent se plaindre de l'imprévisibilité des dispositions du projet. Par ailleurs, d'après l'exposé des motifs, si les actions judiciaires actuellement pendantes aboutissent à la condamnation de la Région, cela coûterait à celle-ci près de cinq milliards de francs rien que pour les taxes sur les appareils automatiques de divertissement. Dans ces conditions, il est permis de considérer qu'il y a bien, en l'occurrence, des circonstances excep-

(206) Avis L. 35.571/2 du 9 juillet 2003 sur un avant-projet de décret « modifiant le Code des taxes assimilées aux impôts sur les revenus », *Doc. C.R.W.*, 2003-2004, n° 567/1 ; avis L. 35.979/1 du 30 octobre 2003 cité à la note 31.

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.181.97)
Le Conseil d'Etat. Chronique de jurisprudence 2003
Larcier Edition - © Larcier - 07/02/2020

strada lex

tionnelles qui justifient que le législateur régional porte atteinte, au détriment des demandeurs en restitution, aux garanties juridictionnelles offertes à tous » (207).

Par contre, ne répond pas à ces conditions la norme rétroactive à propos de laquelle l'exposé des motifs se limite à déclarer que la rétroactivité en question « est essentielle », « cette justification étant fort elliptique et demandant à être précisée » (208).

70. — Autre chose est de modifier rétroactivement le délai de confirmation par la loi d'arrêtés royaux qui auraient dû l'être dans un certain délai mais qui ne l'ont pas été dans ce délai. A l'égard d'une disposition qui vise à prolonger le délai initial de confirmation d'arrêtés royaux, bien que ces arrêtés aient été abrogés d'office et sont censés n'avoir jamais sorti leurs effets, et qui prévoit que la confirmation produit ses effets à la date d'entrée en vigueur des arrêtés confirmés, ce qui implique que la confirmation a une portée rétroactive, la section de législation a objecté qu'« une loi ne dispose en principe que pour l'avenir, ce qui exclut, sauf circonstances exceptionnelles, que le législateur puisse allonger un délai échu. Le seul fait que la procédure qu'un projet de loi doit suivre pour devenir loi prenne un certain temps, ne peut justifier la modification rétroactive du délai de confirmation ». Ne constitue pas non plus une « circonstance exceptionnelle » justifiant que l'échéance du délai soit levée rétroactivement la dissolution du Ministère fédéral concerné et la restructuration des services concernés (209).

Il en va de même de l'avancement en 2003 du 10 septembre 2002 au 1er juillet 2002 de la date d'entrée en vigueur de délégations prévues par une loi de 2002 : « Une telle disposition est inadmissible dans la mesure où elle revient à autoriser le Roi à imposer rétroactivement, jusqu'au 1er juillet 2002, des règles faisant naître des obligations qui ne peuvent pas encore être remplies à l'heure actuelle » (210).

71. — Enfin, la section de législation se montre particulièrement sévère lorsqu'est en cause une restriction apportée à une liberté publique ou un droit fondamental, peu importe que cette mesure ait ou non un caractère pénal.

(207) Avis L. 35.571/2 du 9 juillet 2003 cité à la note 206.

(208) Avis L. 35.820/2/V du 25 août 2003 sur un avant-projet de décret « modifiant le décret du 7 octobre 1985 sur la protection des eaux de surface contre la pollution, du 15 avril 1999 relatif au cycle de l'eau et instituant une société publique de gestion de l'eau et du 7 mars 2001 portant réforme de la Société wallonne des Distributions d'Eau », *Doc. C.R.W.*, 2003-2004, n° 576/1.

(209) Avis L. 36.080/1/2/3/4 des 7 et 12 novembre 2003 cité à la note 15.

(210) Avis L. 36.131/1 du 25 novembre 2003 sur un « projet d'amendements sur l'avant-projet de loi-programme (modifiant l'article 104 et complétant l'article 60 de la loi du 22 août 2002 portant des mesures en matière de soins de santé) ».

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.181.97)
Le Conseil d'Etat. Chronique de jurisprudence 2003
Larcier Edition - © Larcier - 07/02/2020

strada lex

Dans le cadre de la détermination *ratione temporis* des faits pouvant donner lieu à des sanctions financières à l'encontre des partis liberticides, il est envisagé de tenir compte du « dernier indice concordant (...) postérieur à l'entrée en vigueur de la loi », l'expression « le dernier indice concordant » permettant d'évoquer « tous les indices antérieurs s'ils peuvent être rattachés à cet indice postérieur, pour autant qu'ensemble ils concordent ». Pour le Conseil d'Etat, « Même si l'article 15*ter* ne peut être analysé comme instaurant une mesure pénale au sens du droit belge et que ne s'applique dès lors pas, sur cette base, le principe de la non-rétroactivité de la loi pénale, (...) quelle que soit la qualification exacte de la mesure, elle doit respecter, en tout état de cause, le principe de la non-rétroactivité de la loi ». En l'occurrence, l'amendement n'est pas critiquable s'il ne tend à viser que les faits postérieurs à l'entrée en vigueur de l'article 15*ter* de la loi précitée du 4 juillet 1989. En revanche, « si (...) ce texte était interprété comme permettant une condamnation sur la base de l'article 15*ter* de la loi précitée du 4 juillet 1989 pour des faits antérieurs à l'entrée en vigueur de la loi du 12 février 1999 insérant un article 15*ter*, même s'ils peuvent se rattacher à un indice postérieur à l'entrée en vigueur de cette loi du 12 février 1999 ou de la loi dont la proposition est examinée, le principe de la non-rétroactivité de la loi serait violé. Une condamnation sur la base de l'article 15*ter* de la loi précitée du 12 février 1999 ne serait admissible au regard du principe de la non-rétroactivité de la loi que pour des faits commis au plus tôt le 28 mars 1999, date de l'entrée en vigueur de cette loi » (211).

F. — *Publication des normes*

72. — Selon l'article 190 de la Constitution, les règlements d'administration générale, entre autres, ne sont obligatoires qu'après avoir été publiés « dans la forme déterminée par la loi ». En exécution de cette disposition constitutionnelle, l'article 6 de la loi du 31 mai 1961 relative à l'emploi des langues en matière législative, à la présentation, à la publication et à l'entrée en vigueur des textes légaux et réglementaires, prévoit que les arrêtés royaux, notamment, sont obligatoires dans tout le Royaume, le dixième jour après celui de leur publication. En outre, en vertu de l'article 56 des lois coordonnées sur l'emploi des langues en matière administrative, les arrêtés royaux et ministériels qui intéressent la généralité des citoyens doivent être publiés intégralement au *Moniteur belge* dans le mois de leur date. « Ce délai constitue un délai d'ordre. Son dépassement ne donne pas lieu à l'annulation de l'arrêté, dont la validité n'est pas affectée par le défaut de publication. Tout au plus conduit-il à son inopposabilité » (212). « Le légis-

(211) Avis L. 36.172/4 du 4 décembre 2003 cité à la note 177.

(212) Avis L. 35.047/2 du 17 mars 2003 sur un projet d'arrêté royal « fixant les règles de fonctionnement des gestionnaires national et local des indicateurs et des fonctionnaires de contact ».

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.181.97)
Le Conseil d'Etat. Chronique de jurisprudence 2003
Larcier Edition - © Larcier - 07/02/2020

strada lex

lateur a la faculté de déroger à cette règle générale et de prévoir une forme particulière de publication, pour autant toutefois que cette dérogation puisse se justifier objectivement et raisonnablement par rapport au principe d'égalité et de non-discrimination » (213). Deux situations peuvent dès lors se présenter.

Soit la forme particulière de publication est admissible. Dans ce cas, la section de législation insiste sur le fait que « lorsque cette forme dérogatoire de publication consiste à ne pas reproduire intégralement le texte du règlement, mais uniquement sous forme de communication, il y a en outre lieu, pour respecter le principe de la sécurité juridique et l'impératif d'accessibilité du règlement, de prendre des mesures subsidiaires garantissant que les intéressés puissent prendre connaissance du texte du règlement dans son intégralité » (214), à propos de la publication de mises à jour d'un règlement européen simplement sous forme de communication au *Moniteur belge* après leur publication au Journal officiel des Communautés européennes.

Soit elle n'est pas admissible. Tel est, par exemple, le cas d'un projet d'arrêté qui, selon les termes du Rapport au Roi, ne ferait l'objet que d'une simple mention au Moniteur et ce, en raison du « caractère confidentiel des règles de fonctionnement y mentionnées nécessitant de ne pas porter à la connaissance du public certaines informations qui seraient de nature à mettre en danger la sécurité des indicateurs ainsi que celle des policiers concernés ». Pour la section de législation, « ce souci apparaît toutefois comme excessif par rapport au dispositif de l'arrêté. En effet, l'arrêté en projet a trait essentiellement à la mise en place de la structure chargée de la gestion des indicateurs. Les dispositions du projet étant rédigées d'une manière générale, le Conseil d'Etat n'aperçoit pas en quoi leur publication pourrait être de nature à nuire à leur efficacité et à mettre en péril la sécurité des personnes visées. Il serait, dès lors, contraire à l'article 190 de la Constitution, combiné avec l'article 56, § 1er, des lois coordonnées sur l'emploi des langues en matière administrative, de ne pas publier l'arrêté en projet » (215).

73. — En matière de décision individuelle, il est un principe général de droit à valeur législative qui requiert que toute décision individuelle soit notifiée personnellement à l'intéressé. En vue d'éviter de devoir prendre une multitude de décisions individuelles et de les notifier personnellement à chaque contribuable réclamant, le ministre des Finances ou son délégué serait habilité à prendre et à publier au *Moniteur belge* une décision collec-

(213) Avis L. 34.997/3,du 17 juin 2003 sur un projet d'arrêté royal « modifiant les lois des 20 février 1939 sur la protection du titre et de la profession d'architecte et 26 juin 1963 créant un Ordre des architectes ».

(214) *Ibidem*.

(215) Avis L. 35.047/2 du 17 mars 2003 cité à la note 212.

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.181.97)
Le Conseil d'Etat. Chronique de jurisprudence 2003
Larcier Edition - © Larcier - 07/02/2020

strada lex

tive rejetant un ensemble de recours administratifs identiques dans un cas particulier, à savoir les recours administratifs « fondés sur un même grief d'inconstitutionnalité d'une disposition du Code des impôts sur les revenus ou du Code des taxes assimilées aux impôts sur les revenus qui a été rejeté par la Cour d'arbitrage dans un arrêt préjudiciel constatant la validité de la règle incriminée », la publication de la décision au *Moniteur belge* valant notification de cette décision à chacun des contribuables qui ont introduit la réclamation. Ce dernier point reçoit un écho mitigé de la section de législation : « Il n'est pas impossible que dans l'un ou l'autre cas, le grief tiré de l'inconstitutionnalité d'une disposition du Code ne soit pas exactement identique à celui qui a fait l'objet de la décision de la Cour d'arbitrage, ou encore que la réclamation comporte un autre grief auquel le fonctionnaire qui rend la décision de rejet collective, n'aura pas nécessairement prêté attention. Il n'est pas non plus exclu que, saisie à nouveau d'une question préjudicielle sur la même règle, la Cour d'arbitrage se prononce différemment. Dans ces hypothèses, le contribuable conserve un intérêt à la réclamation qu'il a introduite. De plus, dans le recours dont il dispose devant le tribunal de première instance, le contribuable peut encore invoquer de nouveaux moyens. Il est donc primordial de sauvegarder ses droits. A cet effet, le contribuable doit pouvoir prendre connaissance, d'une part, de la décision et du recours organisé et d'autre part, du délai — ainsi que du point de départ de ce délai — dans lequel le recours doit être exercé. Ces conditions ne sont pas réunies lorsqu'une publication au *Moniteur belge* est prévue en lieu et place d'une notification donnée au réclamant. Si l'on dispense l'administration de rendre autant de décisions individuelles identiques qu'il y a de réclamations dans le cas visé, il est essentiel d'assurer le respect du principe général de droit prérappelé et de prévoir une notification par extrait (qui ne doit pas reproduire l'identité de tous les réclamants) de la décision collective à chacun des intéressés par exemple par une lettre type » (216).

III. — La répartition des compétences

A. — *Les compétences des Communautés*

1. *L'enseignement*

74. — La section de législation a été saisie d'un projet de décret de la Communauté germanophone prévoyant des exceptions au caractère unilingue allemand de l'enseignement dispensé qui sont de deux ordres :

(216) Avis L. 34.611/2 du 5 février 2003 sur un avant-projet de loi « autorisant l'administration fiscale à rendre une décision collective par voie de publication au *Moniteur belge* sur des recours administratifs en matière d'impôts sur les revenus ».

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.181.97)
Le Conseil d'Etat. Chronique de jurisprudence 2003
Larcier Edition - © Larcier - 07/02/2020

strada lex

— la possibilité de créer des sections maternelles ou primaires dans lesquelles le français ou le néerlandais est la langue de l'enseignement ;
— la possibilité de dispenser certaines activités dans une autre langue que l'allemand dans l'enseignement préscolaire et d'enseigner d'autres cours que le cours de français dans une autre langue que l'allemand dans l'enseignement primaire et secondaire.

Il résulte de l'article 4 de la Constitution que l'usage de la langue allemande doit être la règle sur le territoire de la Communauté germanophone, l'usage d'une autre langue constituant l'exception. Si le projet se situe dans cette perspective, encore convient-il d'examiner si les exceptions qu'il prévoit ne sont pas trop larges.

La première dérogation réside dans la possibilité de dispenser l'enseignement fondamental dans une autre langue que l'allemand. Elle trouve sa justification dans le souci de protéger les minorités francophone et néerlandophone vivant en Communauté germanophone. Cette justification est admissible compte tenu du fait que cette exception se limite à l'enseignement fondamental et que le nombre d'écoles dispensant un enseignement en français et en néerlandais sera nécessairement limité. L'exception prévue ne met donc pas en cause le caractère unilingue de l'ensemble de l'enseignement dans la Communauté germanophone. Il pourrait certes être soutenu qu'il est loisible aux parents d'élèves non germanophones d'inscrire leur enfant dans une école située en-dehors de la région de langue allemande afin de suivre un enseignement dans une autre langue que l'allemand. Il faut cependant prendre en considération que les élèves de l'enseignement fondamental sont de jeunes enfants auxquels il est raisonnable de ne pas imposer des trajets plus longs.

La seconde dérogation concerne la possibilité de prévoir des activités dispensées dans une langue autre que l'allemand dans l'enseignement préscolaire et d'enseigner en langue française d'autres cours que le cours de français dans l'enseignement primaire et secondaire. L'exposé des motifs justifie cette dérogation notamment par la nécessité de promouvoir l'apprentissage du français. Si la section de législation estime qu'il est justifié que le projet ménage la possibilité de dispenser en français un certain nombre d'activités et de cours, elle rappelle par contre que le constituant n'a prévu qu'une seule région bilingue : celle de Bruxelles-Capitale. Il ne peut donc être admis au regard de l'article 4 de la Constitution que le volume des cours ou des activités en langue française soit tel que la région unilingue de langue allemande devienne *de facto* une région bilingue dans la matière de l'enseignement fondamental et secondaire. Par conséquent, il convient de limiter les activités dans une langue étrangère dans l'enseignement préscolaire ordinaire à moins de cinquante pour cent et de prévoir que dans l'enseignement secondaire, l'enseignement dispensé en français doit être inférieur à la

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.181.97)
Le Conseil d'Etat. Chronique de jurisprudence 2003
Larcier Edition - © Larcier - 07/02/2020

strada lex

moitié des heures de cours, en ce compris les cours consacrés à l'enseignement de la langue française (217).

75. — S'agissant de la compétence des Communautés en matière d'enseignement, il convient de distinguer la compétence en matière d'enseignement proprement dit, visée à l'article 127, § 1er, 2°, de la Constitution, et la compétence relative à l'emploi des langues pour « l'enseignement dans les établissements créés, subventionnés ou reconnus par les pouvoirs publics », visée à l'article 129, § 1er, 2°. Cette distinction est importante pour définir la compétence territoriale de la Communauté française. Dans le premier cas, en vertu de l'article 127, § 2, de la Constitution, elle est compétente dans la région de langue française mais également, dans la région bilingue de Bruxelles-Capitale, à l'égard des établissements d'enseignement dont la langue d'enseignement est le français. Dans le second cas, en vertu de l'article 129, § 2, de la Constitution, sa compétence est limitée à la région de langue française, à l'exception des « communes ou groupes de communes contigus à une autre région linguistique et où la loi prescrit ou permet l'emploi d'une autre langue que celle de la région dans laquelle ils sont situés » (218).

76. — Lorsqu'ils recourent à la possibilité d'engager des travailleurs en statut d'A.C.S. et bénéficient en conséquence d'une subvention octroyée par la Région wallonne ou la Région bruxelloise, les établissements d'enseignement se doivent de satisfaire à l'exigence d'un contrat de travail régi par la loi du 3 juillet 1978, conformément à l'article 6, § 1er, IX, 2°, alinéa 2, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles.

Cette loi s'impose, dans ses dispositions impératives, aux parties à la relation de travail, c'est-à-dire à la Communauté française et aux pouvoirs organisateurs, en leur qualité d'employeurs, et au travailleur en statut d'A.C.S. Les éléments essentiels de la relation de travail, tels que circonscrits par cette loi, doivent figurer dans le contrat de travail qui lie l'employeur et le travailleur et ceux-ci ne peuvent, même de commun accord, déroger aux dispositions impératives relatives à la formation du contrat de travail, aux modalités de suspension de l'exécution et de fin de ce contrat. Il en ira de même de toutes autres dispositions de la législation du travail revêtant le même caractère impératif (réglementation de la durée du temps de travail ou obligation de délivrance des documents sociaux, par exemple). La Communauté française n'a pas compétence pour prendre des règles dérogatoires à ces dispositions impératives. Il n'y a donc pas lieu de reproduire ou de paraphraser des articles ou parties d'articles de la loi du 3 juillet

(217) Avis L. 32.759/2 des 4, 10, 17 et 24 février 2003 cité à la note 26.

(218) Avis L. 35.513/2 du 13 juin 2003 sur un avant-projet de décret « portant diverses mesures en matière d'enseignement », *Doc. C.C.F.*, sess. 2002-2003, n° 428/1.

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.181.97)
Le Conseil d'Etat. Chronique de jurisprudence 2003
Larcier Edition - © Larcier - 07/02/2020

strada lex

1978, précitée, pas plus que d'y ajouter des dispositions ou d'en retrancher. Il en va de même des dispositions visant la sauvegarde de la santé et de la sécurité au travail des travailleurs en statut d'A.C.S. (219).

2. *Les matières culturelles et personnalisables*

77. — La « formation intellectuelle, morale et sociale » visée à l'article 4, 14°, de la loi spéciale du 8 août 1980 n'est pas limitée aux compétences des communautés, bien qu'elles ne puissent, par le biais de cette formation, porter atteinte aux compétences des autres entités fédérales et fédérées. Toutefois, le concept de « formation » a un autre contenu que ceux de « sensibilisation » ou « information ». Cette notion implique un ensemble d'activités éducatives qui prennent place dans une certaine structure et qui une entraîne une relation active entre celui qui dispense la formation et celui qui la reçoit (220).

78. — Selon le texte de l'article 5, § 1er, I. de la loi spéciale du 8 août 1980, les communautés se voient reconnaître une compétence en ce qui concerne la protection préventive de la santé qui est limitée sur trois aspects : cela ne concerne que la « médecine préventive », dans ce domaine il s'agit uniquement des « activités et services » qui sont actifs à ce niveau et les « mesures prophylactiques nationales » sont expressément exclues.

L'emploi du terme « médecine » implique que, au sens de la loi spéciale, le but de la politique poursuivie est lié à la prévention et au dépistage d'affection et de maladies déterminées, ce qui va contribuer à une amélioration de la santé. Toutefois, les mesures qui contribuent d'une façon générale à la prévention des maladies et affections, ou qui ont une influence positive sur la santé de l'individu, mais qui se situe en dehors de la sphère des soins de santé et de la médecine, n'appartiennent pas au domaine de la « médecine préventive » (221).

79. — Le fait que l'autorité fédérale dispose d'une compétence résiduaire en ce qui concerne les professions médicales et paramédicales ne signifie nullement que les communautés ne peuvent imposer des obligations aux prestataires de soins. Elles peuvent imposer des obligations dans le cadre de la poursuite d'une politique d'amélioration des soins de santé. Elles doivent simplement s'abstenir de régler l'exercice lui-même de la pro-

(219) Avis L. 36.121/2 du 17 décembre 2003 sur un avant-projet de décret « fixant les droits et obligations des puériculteurs et portant diverses dispositions relatives à la valorisation des jours prestés par le personnel non statutaire de la Communauté française », *Doc. C.C.F.*, sess. 2003-2004, n° 521/1.

(220) Avis L. 35.915/VR du 23 octobre 2003 sur un avant-projet de décret « inzake ontwikkelingseducatie », *Parl. St.*, Vl. Parl., sess. 2003-2004, n° 2044/1.

(221) Avis L. 34.339/AV des 11 février et 29 avril 2003 sur un avant-projet de décret « betreffende het preventieve gezondheidsbeleid », *Parl. St.*, Vl. Parl., sess. 2002-2003, n° 1079/1.

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.181.97)
Le Conseil d'Etat. Chronique de jurisprudence 2003
Larcier Edition - © Larcier - 07/02/2020

strada lex

fession. Une réglementation qui n'impose ni n'interdit aucun acte médical et pour le reste ne porte nullement préjudice à la liberté de diagnostic et thérapeutique des médecins, liberté qui est réglementé par l'autorité fédérale, peut s'inscrire dans la sphère de compétence du législateur décrétal (222).

80. — La Commission communautaire commune est compétente pour régler la protection judiciaire des jeunes en difficulté dans la région linguistique bilingue de Bruxelles-Capitale. L'article 128 de la Constitution a déterminé une répartition exclusive de compétence territoriale. Un tel système suppose que l'objet de toute norme adoptée par un législateur communautaire puisse être localisé dans le territoire de sa compétence de sorte que toute relation et toute situation concrètes soient réglées par un seul législateur. Le critère de localisation est la résidence familiale du mineur ou à défaut l'endroit où le mineur est éduqué et entretenu. Ce n'est qu'à titre subsidiaire, si ces endroits ne peuvent être pris en considération, que la compétence territoriale pourra se fonder sur le lieu où le jeune se trouve (223).

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

81. — En application de l'article 138 de la Constitution, la Communauté française a transféré à la Région wallonne et à la Commission communautaire française l'exercice des compétences relatives à l'aide aux personnes, visée à l'article 5, § 1er, II, de la loi spéciale, à l'exception, notamment, « de ce qui relève des missions confiées à l'Office de la naissance et de l'enfance ». Parmi ces missions, l'article 2, b) et f), du décret du 30 mars 1983 portant création de l'Office de la Naissance et de l'enfance visait, entre autres, l'agrément et le subventionnement, « des œuvres, institutions et services », ainsi que l'organisation de « la surveillance et la garde des jeunes enfants accueillis en dehors de leur milieu familial ». Même si le décret précité du 30 mars 1983 et le décret de la Communauté française du 17 juillet 2002 portant réforme de l'Office de la Naissance et de l'Enfance, en abrégé « O.N.E. », n'excluent pas expressément les subventions à l'infrastructure des aides dont l'octroi est confié à l'O.N.E., les subventions qui sont octroyées directement aux bénéficiaires par le législateur ou le pouvoir exécutif ne relèvent pas des missions de l'ON.E. Un projet de décret, qui entend régler l'octroi de pareilles subventions directement par le Collège et non par l'intermédiaire de l'O.N.E., relève donc par l'effet de l'article 3, 7°,

(222) Avis L. 35.773/3 du 18 septembre 2003 sur un avant-projet de décret « betreffende de eerstelijnsgezondheidszorg en de samenwerking tussen de zorgaanbieders », *Parl. St.*, Vl. Parl., sess. 2003-2004, n° 1882/1.

(223) Avis L. 35.921/3 du 14 octobre 2003 sur un avant-projet d'ordonnance « relative à l'aide à la jeunesse », *Doc. C.R.B.C.*, sess. 2003-2004, n° B-133/1.

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.181.97)
Le Conseil d'Etat. Chronique de jurisprudence 2003
Larcier Edition - © Larcier - 07/02/2020

strada lex

des décrets dits de transfert du 19 juillet 1993 et du 22 juillet 1993 de la compétence de la Commission communautaire française (224).

82. — Dans les matières personnalisables, un décret de la Commission communautaire française ne peut pas imposer directement des obligations ou reconnaître des droits spécifiquement aux communes ou aux centres publics d'aide sociale de la région bilingue de Bruxelles-Capitale. Il en va de même à l'égard des établissements d'utilité publique qui en raison de leur organisation, ne peuvent être considérées comme appartenant exclusivement à la Communauté française. La circonstance que les institutions concernées conserveraient la faculté de se soumettre ou non à ce décret n'y change rien. Cette règle doit toutefois être nuancée par une exception qui résulte de la possibilité dont jouissent les services locaux de créer, dans des cas déterminés, des institutions qui, en raison de leurs activités, relèvent exclusivement d'une communauté. En effet, l'article 22, alinéa 1er, des lois coordonnées sur l'emploi des langues en matière administrative permet de déroger aux exigences du bilinguisme imposé aux services locaux établis dans Bruxelles-capitale pour « les établissements dont l'activité culturelle intéresse exclusivement un groupe linguistique ». L'alinéa 2 précise qu'« entrent dans cette catégorie d'établissements, toutes les crèches et sections prégardiennes ». Ces établissements « sont soumis au régime applicable à la région correspondante » et relèvent donc de la communauté correspondante. Il résulte donc de cette disposition que les services locaux établis dans la région bilingue de Bruxelles-capitale ont la possibilité de créer des crèches et des sections prégardiennes relevant exclusivement de la Communauté française et dès lors auxquelles la Commission communautaire française peut accorder des subventions (225).

83. — En vertu des décrets dits de transfert, la Région wallonne exerce, sur le territoire de la région de langue française, les compétences de la Communauté dans la matière de « la politique de santé, visée à l'article 5, § 1er, I, de la loi spéciale du 8 août 1980, à l'exception des hôpitaux universitaires, du Centre hospitalier de l'Université de Liège, de l'Académie royale de Médecine de Belgique, de ce qui relève des missions confiées à l'Office de la Naissance et de l'Enfance (ONE), de l'Education sanitaire, des activités et services de médecine préventive et de l'Inspection médicale scolaire ». Il en résulte que la Communauté française est demeurée compétente pour exercer la compétence relative aux activités et services de médecine préventive, notamment la prévention du Sida et les actions alternatives en matière de toxicomanie (226).

(224) Avis L. 35.557/4 du 7 juillet 2003 cité à la note 99.
(225) *Ibid.*
(226) Avis L. 34.610/4 du 7 mai 2003 cité à la note 148.

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.181.97)
Le Conseil d'Etat. Chronique de jurisprudence 2003
Larcier Edition - © Larcier - 07/02/2020

strada lex

84. — Lorsqu'elle exerce des compétences régionales, qui lui sont octroyées sur la base de l'article 6, § 1er, VII, alinéa 1er, a), de la loi spéciale du 8 août 1980, la Région wallonne doit tenir compte des autres règles de répartition des compétences, notamment en matière d'aide sociale. En vertu de l'article 5, § 1er, II, 2°, b), de la loi spéciale du 8 août 1980, l'autorité fédérale est compétente pour les matières relatives aux centres publics d'aide sociale, réglées par les articles 1er et 2 et dans les chapitres IV, V et VII de la loi organique du 8 juillet 1976 relative aux centres publics d'aide sociale, sans préjudice de la compétence des Communautés d'octroyer des droits supplémentaires ou complémentaires. Cette disposition traduit la volonté de laisser au législateur fédéral le pouvoir de déterminer les allocations minimales auxquelles toute personne qui se trouve dans une situation précaire peut prétendre afin de mener une existence conforme à la dignité humaine, ce qui l'autorise également à préciser, limiter ou étendre, dans ce cadre, les missions des centres publics d'aide sociale, et ce sous la réserve de la compétence des communautés d'octroyer des droits supplémentaires ou complémentaires. Il n'existe par ailleurs aucune prescription accordant aux régions, agissant dans le cadre de leurs compétences régionales, le droit de charger les centres publics d'aide sociale d'une mission, fût-ce par le truchement de la commune. Il est vrai qu'en vertu des décrets II des 19 et 22 juillet 1993 dits de « transfert », les compétences en matière d'aide aux personnes, visée à l'article 5, § 1er, II, de la loi spéciale du 8 août 1980, sont exercées par la Région wallonne et qu'en vertu des règles de répartition des compétences rappelées ci-avant, la Région wallonne pourrait donc, dans l'exercice de ces compétences communautaires ainsi transférées, « octroyer des droits supplémentaires ou complémentaires » dans les limites de la région de langue française. Cette compétence ne peut cependant être exercée par un arrêté réglant des matières régionales E(227).

B. — *Les compétences des Régions*

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

85. — En vertu de l'article 6, § 1er, II, alinéa 1er, 1°, de la loi spéciale du 8 août 1980, les régions ont la compétence générale de réglementer l'assainissement des sols. Toutefois, dans la mesure où cette réglementation comporte également des dispositions civiles et pénales, la section de législation (228) s'est posé la question de savoir si le législateur régional n'interviendrait pas dans des domaines qui relèvent de la compétence résiduelle

(227) Avis L. 34.753/4 du 5 mars 2003 sur un projet d'arrêté du Gouvernement wallon « relatif aux obligations de service public dans le marché de l'électricité ».

(228) Avis L. 33.334/VR du 24 juin 2003 sur une proposition d'ordonnance « relative à l'assainissement des sols », *Doc. C.R.B.C.*, 2000-2001, n° A-221/2.

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.181.97)
Le Conseil d'Etat. Chronique de jurisprudence 2003
Larcier Edition - © Larcier - 07/02/2020

strada lex

ou de la compétence réservée de l'autorité fédérale. Il y a en effet un certain nombre de dispositions qui concernent le droit civil :

— la responsabilité pour les dommages résultant de la pollution du sol ;
— la nullité de la cession de certains terrains ;
— la possibilité, pour le gouvernement, de conclure une convention d'arbitrage.

Un système de responsabilité objective est prévu pour celui qui a généré une pollution du sol par une émission. La responsabilité des personnes est limitée en vertu de règles établissant la responsabilité pour la seule propriété ou la seule surveillance du terrain. Certaines dispositions prévoient une responsabilité solidaire de personnes responsables de la même pollution du sol. En ce qui concerne la pollution historique du sol, il est renvoyé aux règles en matière de responsabilité en vigueur avant la date d'entrée en vigueur de la législation nouvelle. Les règles énoncées dans ces dispositions peuvent incontestablement être considérées comme inhérentes à un règlement en matière d'assainissement des sols. Par ailleurs, le pouvoir de l'autorité fédérale de régler la responsabilité civile n'est pas de ce fait affecté de manière disproportionnée. Le législateur régional est donc compétent pour adopter ces dispositions. Subsidiairement, il peut être admis qu'il est satisfait aux modalités d'application de l'article 10 de la loi spéciale du 8 août 1980.

La nullité d'une cession de terrains peut être demandée si cette cession est contraire aux dispositions qui imposent la demande d'une attestation du sol. La nullité d'une cession de terrains peut également être obtenue si celle-ci est contraire aux dispositions particulières en vigueur pour les propriétaires de terrains sur lesquels est ou a été implanté un établissement, ou est ou a été exercée une activité, visée dans la liste établie par le gouvernement. Ces dispositions prévoient notamment des motifs spécifiques de nullité de certains types de conventions. Il peut également être admis qu'elles sont inhérentes à un règlement en matière d'assainissement des sols. En effet, ces dispositions visent à s'assurer que le candidat repreneur prenne une décision en connaissance de cause et qu'il ne puisse pas invoquer une certaine ignorance si, par la suite, les obligations que lui impose la réglementation nouvelle lui sont rappelées. En outre, l'effet de cette règle sur la compétence fédérale en matière de conventions n'est pas disproportionné ; les obligations pré-contractuelles en ce qui concerne l'attribution de certaines informations à une future partie à une convention ne sont d'ailleurs pas inconnues dans le droit fédéral. Le législateur régional est donc compétent pour prendre ces dispositions. Subsidiairement, il peut également être fait référence à l'article 10 de la loi spéciale du 8 août 1980.

Le gouvernement est également habilité notamment à conclure des conventions d'arbitrage. Cette disposition doit être examinée compte tenu

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.181.97)
Le Conseil d'Etat. Chronique de jurisprudence 2003
Larcier Edition - © Larcier - 07/02/2020

strada lex

de l'article 1676, alinéa 2, du Code judiciaire. Selon cette disposition, quiconque a la capacité ou le pouvoir de transiger peut conclure une convention d'arbitrage. Cependant, une règle particulière s'applique aux personnes morales de droit public : « sans préjudice des lois particulières », elles ne peuvent toutefois conclure une convention d'arbitrage que lorsque celle-ci a pour objet le règlement de différends relatifs à l'élaboration ou l'exécution d'une convention. En outre, les personnes morales de droit public peuvent conclure une convention d'arbitrage en toutes matières déterminées par la loi ou par arrêté royal délibéré en Conseil des Ministres. Cette disposition fait elle-même état de la possibilité de déroger par « des lois particulières » à la règle de droit commun qui y est consacrée. Le fait que, dans une matière relevant de sa compétence, un législateur communautaire ou régional prenne, par décret ou ordonnance, une règle particulière autorisant une personne morale de droit public à conclure une convention d'arbitrage ne peut donc pas constituer un excès de compétence.

86. — Selon l'article 6, § 1er, II, alinéa 2, 2°, de la loi spéciale du 8 août 1980, l'autorité fédérale est compétente pour « la protection contre les radiations ionisantes, en ce compris les déchets radioactifs ». Il n'appartient donc pas à la Région wallonne de régler la gestion des déchets radioactifs (229). De même, il résulte de l'article 6, § 1er, II, de la loi spéciale du 8 août 1980 qu'en ce qui concerne l'environnement et la politique de l'eau, notamment la réglementation technique relative à la qualité de l'eau potable, l'autorité fédérale est demeurée compétente pour la protection contre les radiations ionisantes. Les autorités régionales ne sont dès lors pas non plus compétentes pour fixer des valeurs paramétriques de radioactivité de l'eau (230).

2. *Les travaux publics et le transport*

87. — Les Régions sont, en principe, compétentes pour établir une redevance pour occupation, par des « opérateurs », du domaine public constitué par les routes et leurs dépendances, sauf s'il s'agit des voies ferrées gérées par la société nationale des chemins de fer belges. Cette compétence s'étend aux routes et à leurs dépendances même si le gestionnaire n'en est pas la Région. Pour les autres éléments du domaine public, tels les parcs, la Région n'est compétente que s'il s'agit de son propre domaine public ou de celui des personnes morales de droit public dépendant d'elle mais non s'il s'agit du domaine public d'une autre personne morale.

(229) Avis L. 34.649/4 du 8 avril 2003 sur un projet d'arrêté « portant conditions sectorielles et intégrales relatives aux parcs à conteneurs pour déchets ménagers ».

(230) Avis L. 35.965/4 du 3 novembre 2003 cité à la note 80.

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.181.97)
Le Conseil d'Etat. Chronique de jurisprudence 2003
Larcier Edition - © Larcier - 07/02/2020

strada lex

Dans certains cas, la compétence de la Région en matière de voirie terrestre va de pair avec sa compétence pour régler l'activité dont relève l'opérateur du réseau. Tel est le cas en matière de distribution et de transport local d'électricité au moyen de réseaux dont la tension nominale est inférieure ou égale à 70.000 volts, de distribution de gaz, de réseaux de distribution de chaleur à distance, de distribution d'eau ou de transport en commun urbain et vicinal. Dans ces cas, la compétence de la Région n'est pas limitée aux seules routes et à leurs dépendances. Par contre, les télécommunications ainsi que la télédistribution dans la région bilingue de Bruxelles-Capitale ne relèvent pas de la compétence de la Région mais de celle de l'autorité fédérale (231).

88. — La matière du transport scolaire n'est pas une matière entièrement régionale. L'autorité fédérale est demeurée compétente pour les matières non attribuées aux régions et aux communautés en ce qui concerne le transport. Elle reste compétente pour définir la politique générale de mobilité et de transport. Les régions sont compétentes en matière de transports en commun urbains et vicinaux, qu'elles exercent sur l'ensemble du territoire régional. Cette compétence régionale inclut l'octroi des autorisations de transport régulier d'écoliers. La Communauté française est compétente en matière de transport scolaire pour les aspects de cette matière qui touchent aux équilibres garantis par le Pacte scolaire et qui font l'objet des alinéas 2, 3, 6, 7 et 8 de l'article 4 de la loi précitée du 29 mai 1959 ; cette compétence s'exerce sur la région de langue française et, pour ce qui concerne les écoles qu'elle organise ou subventionne, sur la région bilingue de Bruxelles-Capitale. La Région wallonne exerce, dans la région de langue française, les compétences d'organisation du transport scolaire, dans le respect des dispositions relevant de la compétence communautaire en ce qui concerne la paix scolaire ; cette compétence porte sur les matières réglées par l'article 4, alinéas 4, 5 et 9 de la loi précitée du 29 mai 1959 (232).

La politique générale de la mobilité et des transports, qui relève de l'autorité fédérale, inclut notamment la détermination et la mise en œuvre des mesures tendant à promouvoir d'autres modes de déplacements que la voiture individuelle, sous la réserve importante de la politique des transports en commun urbains et vicinaux. En outre, en vertu de l'article 6, § 3, 4°, et § 4, 3°, de la loi spéciale du 8 août 1980, l'autorité fédérale est demeurée compétente en matière de normes techniques minimales de sécurité relatives à la construction et à l'entretien des routes et de police de la circulation routière.

(231) Avis L. 35.055/4 du 11 juin 2003 sur une proposition d'ordonnance « relative à la redevance pour occupation du domaine public local », *Doc. C.R.B.C.*, sess. 2001-2002, n° A-310/2.

(232) Avis L. 35.805/4 du 8 octobre 2003 cité à la note 69.

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.181.97)
Le Conseil d'Etat. Chronique de jurisprudence 2003
Larcier Edition - © Larcier - 07/02/2020

strada lex

La compétence étendue des régions en matière d'aménagement du territoire, en ce compris dans ses aspects d'organisation de la mobilité, et la compétence fédérale en matière de politique générale de mobilité doivent s'exercer l'une en fonction de l'autre, les autorités compétentes étant tenues de veiller à ne pas rendre impossible ou exagérément difficile l'exercice mutuel de ces compétences.

Outre les matières du transport attribuées de manière précise aux régions d'une part ou demeurées fédérales d'autre part, l'équilibre entre ces deux compétences s'établit comme suit :

a) Les compétences régionales se définissent dans une perspective d'aménagement du territoire, ce qui inclut la prise en compte de la problématique de la mobilité dans la définition de l'organisation spatiale des activités humaines principales dans un territoire donné, soit par son intégration dans les plans d'aménagement du territoire à caractère général, soit par une planification particulière.

b) Les compétences fédérales se conçoivent davantage comme énonçant de manière générale des objectifs de mobilité et comme promouvant les mesures aptes à réaliser ces objectifs en ayant égard à la planification régionale (233).

89. — La question se pose de savoir, compte tenu de la compétence régionale en matière de transport en commun urbain et vicinal, quelle est la limite de la compétence reconnue à l'autorité fédérale en matière de conditions d'accès à la profession de transporteur de personnes par route. Dans un arrêt 2/97 du 16 janvier 1997, la Cour d'arbitrage a jugé que : « La compétence en matière de conditions d'accès à la profession ne comprend pas celle de fixer des conditions d'accès à des fonctions publiques. Celles-ci ne sont pas, en effet, des professions au sens de l'article 6, § 1er, VI, dernier alinéa, 6°, de la loi spéciale du 8 août 1980. Cette règle s'applique non seulement aux fonctions exercées dans les services publics au sens organique du terme, mais aussi aux fonctions exercées par des personnes qui accomplissent à titre professionnel et de manière habituelle, quelle que soit la nature de leur relation juridique avec l'administration décentralisée, une tâche d'intérêt général et qui fournissent ainsi un service public au sens fonctionnel du terme » (B.9.1). Les transports en commun urbains et vicinaux doivent être considérés comme des services publics au sens fonctionnel. Il résulte des dispositions fixant des exigences relatives à l'accès à la profession de transporteur de personnes par route dans ce secteur ne règlent pas

(233) Avis L. 36.142/4 du 15 décembre 2003 sur un avant-projet de décret « relatif à la mobilité et à l'accessibilité locales », *Doc. C.R.W.*, sess. 2003-2004, n° 649/1.

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.181.97)
Le Conseil d'Etat. Chronique de jurisprudence 2003
Larcier Edition - © Larcier - 07/02/2020

strada lex

des conditions d'accès à la profession au sens de l'article 6, § 1er, VI, dernier alinéa, 6°, de la loi spéciale du 8 août 1980 (234).

90. — Les régions sont compétentes pour régler l'équipement et l'exploitation, en ce compris la gestion, des aéroports et des aérodromes publics, à l'exception de l'aéroport de Bruxelles-National, mais cette attribution de compétence ne comprend pas le pouvoir d'adopter les règles de police générale et la réglementation relatives aux communications et aux transports, ainsi que les prescriptions techniques relatives aux moyens de communication et de transport et les règles relatives à l'organisation et à la mise en œuvre de la sécurité de la circulation aérienne sur les aéroports régionaux et les aérodromes publics, compétence demeurée fédérale, même si les gouvernements de région doivent être associés à leur élaboration. Plus généralement, les règles relatives à la sécurité publique demeurent en principe de la compétence de l'autorité fédérale (235).

3. *L'économie*

91. — Dans le cadre de la compétence régionale en matière d'économie, il n'apparaît pas à la section de législation que le fait de soumettre une activité à autorisation ait en soi un lien avec cette compétence puisque le but poursuivi par un régime d'autorisation est de soumettre l'activité en question à un certain contrôle et non de promouvoir l'économie. En outre, si il s'agit d'une autorisation pour exercer une profession déterminée, il s'agit d'une compétence fédérale en application de l'article 6, § 1er, VI., 5e alinéa, 6° de la loi spéciale du 8 août 1980 (236).

92. — L'article 5 de la Constitution délimite le territoire des Régions wallonne et flamande. Lu en combinaison avec l'article 3 de la Constitution, qui crée en outre la Région bruxelloise, il faut en déduire que chacune des trois régions voit le champ d'application de ses actes limité respectivement aux cinq provinces wallonnes, aux cinq provinces flamandes et au territoire de l'arrondissement administratif de Bruxelles-Capitale. L'article 2 de la loi spéciale du 8 août 1980 et l'article 2, § 1er, de la loi spéciale du

(234) Avis L. 34.518/4 du 19 février 2003 sur un projet d'arrêté royal « fixant les conditions d'accès à la profession de transporteur de personnes par route ».

(235) Avis L. 35.678/VR/V du 23 juillet 2003 sur un projet d'arrêté du Gouvernement wallon « relatif à l'attribution et au port des badges d'accès et d'identification sur les aéroports relevant de la Région wallonne ».

(236) Avis L. 35.439/1 du 8 mai 2003 sur des amendements à un projet de décret « houdende regeling van de herstelmaatregelen voor de Vlaamse paardenwedrennen, houdende machtiging van de Vlaamse regering om mee te werken aan de oprichting van de vereniging zonder winstgevend doel 'Vlaamse federatie voor Paardenwedrennen' en houdende wijziging en opheffing van sommige bepalingen van het Wetboek van de met de inkomstenbelastingen gelijkgestelde belastingen », *Parl. St.*, Vl. Parl., sess. 2002-2003, n° 1462/8.

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.181.97)
Le Conseil d'Etat. Chronique de jurisprudence 2003
Larcier Edition - © Larcier - 07/02/2020

strada lex

12 janvier 1989 relative aux institutions bruxelloises confirment cette répartition exclusive de compétences territoriales.

Le système de répartition exclusive de compétences territoriales suppose principalement que l'objet de toute norme adoptée par un législateur régional puisse être localisé dans le territoire de sa compétence, en sorte que toute relation et toute situation concrètes soient réglées par un seul législateur; il n'implique pas nécessairement que les effets des actes législatifs, réglementaires et individuels des autorités régionales soient confinés aux limites de ces régions.

Cette approche ne peut toutefois pas être étendue à l'ensemble des matières régionales. Certaines d'entre elles se prêtent à une conception plus restrictive. Tel est le cas notamment pour celles qui ont pour objet essentiel de régler l'importation, l'exportation ou le transit de biens ou de marchandises d'une nature particulière pour lesquels la délivrance de licences peut avoir des effets limités au territoire à l'égard duquel chaque autorité exerce ses compétences (237).

4. *Les pouvoirs subordonnés*

93. — L'article 6, § 1er, VIII, 7°, de la loi spéciale du 8 août 1980 attribue aux régions la compétence en matière de funérailles et sépultures. Toutefois, une disposition qui prévoit que l'autorisation de déplacer le corps est donnée par un médecin sans intervention de l'officier d'état civil méconnaît la compétence que l'autorité fédérale a exercée en vertu de sa compétence résiduaire par les articles 77 à 87 du Code civil, où sont réglés le permis d'inhumer, l'autorisation à donner et l'acte de décès, et où il est prévu que le corps reste dans la commune et l'arrondissement du décès le temps que les autorités civiles dressent les actes requis, ce qui permet également au procureur du Roi de demander une autopsie (238).

5. *La politique de l'emploi*

94. — Un décret de la Région flamande en matière d'emploi ne peut s'appliquer aux personnes à la recherche d'un emploi qui sont inscrite à l'O.R.B.E.M. En effet, elle n'est pas compétente en ce qui concerne les institutions relevant de la Région de Bruxelles-Capitale (239).

(237) Avis L. 35.701/VR/V du 16 juillet 2003 sur un avant-projet de loi spéciale « de réforme de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles », *Doc. parl.*, Sénat, sess. 2003, n° 89/1.

(238) Avis L. 35.604/1/V du 7 août 2003 sur un avant-projet de décret « op de begraafplaatsen en de lijkbezorging », *Parl. St.*, Vl. Parl., sess. 2003-2004, n° 1864/1.

(239) Avis L. 35.700/1 du 18 septembre 2003 cité à la note 92.

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.181.97)
Le Conseil d'Etat. Chronique de jurisprudence 2003
Larcier Edition - © Larcier - 07/02/2020

strada lex

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

95. — La réglementation de l'emploi des langues dans l'enseignement dans la région bilingue de Bruxelles-Capitale relève de l'autorité fédérale. La fixation d'une règle d'équivalence, par la détermination de catégories de personnel qui, bien que n'ayant pas passé l'examen de connaissance de la seconde langue, sont néanmoins considérés comme étant en possession d'une tel certificat, relève de la compétence de l'autorité fédérale et non de celle des communautés (240).

96. — Aucune disposition de la Constitution ou des lois organisant la répartition des compétences entre l'Etat, les communautés et les régions n'attribue de manière expresse le règlement de la protection contre l'incendie aux communautés ou aux régions. Elle est donc restée en principe parmi les compétences résiduelles de l'autorité nationale. Compte tenu toutefois du lien entre cette matière et certaines compétences attribuées aux communautés et aux régions, la Cour d'arbitrage a précisé, dans les arrêts n^{os} 40, du 15 octobre 1987, 41 du 29 octobre 1987, 49 du 10 mars 1988 et 67 du 9 novembre 1988, que la politique en matière de sécurité, plus particulièrement la protection contre l'incendie, n'est pas demeurée une matière purement fédérale, que l'autorité fédérale est compétente pour édicter les normes de base, c'est-à-dire celles qui sont communes à une catégorie de constructions sans que soit prise en compte leur destination, mais que les communautés ou les régions sont habilitées à régler les aspects de sécurité qui sont spécifiques aux constructions, établissements et institutions relevant de leurs compétences ; elles ont le pouvoir en ce cas d'« adapter et compléter les normes de base, sans mettre celles-ci en péril ».

Ainsi, en raison de la compétence des régions en matière d'urbanisme, d'aménagement du territoire et du logement, une nouvelle norme de protection contre l'incendie applicable aux seuls logements doit être considérée comme établissant une nouvelle norme spécifique aux logements et relève dès lors de la compétence exclusive des régions (241).

97. — En application de sa compétence en matière de protection des consommateurs, l'autorité fédérale est compétente pour la réglementation des centres héliothérapiques en vue de la protection des utilisateurs, en ce compris la fixation des qualifications requises de la part des personnes chargées de certains tâches en rapport avec l'exploitation du centre. Les communautés peuvent néanmoins, dans le cadre de leurs compétence en

(240) Avis L. 36.163/1 du 11 décembre 2003 sur un projet d'arrêté du Gouvernement flamand « betreffende de toekenning van een bijwedde voor de houders van het getuigschrift grondige kennis verplichte tweede taal Frans ».

(241) Avis L. 34.905/VR du 18 février 2003 sur une proposition de loi « instaurant l'obligation de placer des détecteurs de fumée optiques dans les nouvelles habitations », *Doc. parl*, Chambre, sess. 2002-2003, n° 2296/1.

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.181.97)
Le Conseil d'Etat. Chronique de jurisprudence 2003
Larcier Edition - © Larcier - 07/02/2020

strada lex

matière d'enseignement, organiser des formations dans ce domaine, à condition de ne pas régler à cette occasion les matières qui relèvent de l'autorité fédérale (242).

98. — Selon l'article 6, § 1er, X, 8°, de la loi spéciale du 8 août 1980, les régions sont notamment compétentes pour « les services de taxis ». Toutefois, l'article 6, § 1er, VI, alinéa 5, 3°, de cette même loi dispose toutefois que l'autorité fédérale est compétente pour « la politique des prix et des revenus ». Cela implique que l'autorité fédérale peut déterminer, également pour des matières relevant de la compétence des communautés et des régions, le cadre que ces entités doivent respecter lors de l'instauration de ces tarifs, ce qui implique que l'autorité fédérale soit également compétente pour instaurer des tarifs maxima dans une matière spécifique relevant de la compétence des communautés ou des régions, telle que le transport par taxis (243).

99. — L'article 6, § 1er, VI, de la loi spéciale du 8 août 1980 a délégué un certain nombre de compétences spécifiques aux régions en ce qui concerne la politique économique, comme « 2° La planification régionale et l'initiative industrielle publique au niveau régional, y compris la création d'organismes, leur suppression, leur composition, leur organisation interne et leurs missions ; la prise en charge de leurs dotations et de leurs frais ainsi que leur contrôle ».

En ajoutant les mots « au niveau régional », l'autorité fédérale est demeurée également compétente pour l'initiative industrielle publique, ce que la Cour d'arbitrage a considéré, dans l'arrêt n° 11 du 25 février 1986, comme une compétence parallèle : « La notion de 'régional' signifie dans ce contexte que la région est compétente pour l'initiative industrielle publique financée par les moyens régionaux, par l'intermédiaire d'institutions régionales et en vue de promouvoir le développement économique régional. Les autorités nationales sont compétentes pour l'initiative industrielle publique financée par les moyens nationaux, exercée au moyen d'institutions nationales et visant à promouvoir le développement de l'économie nationale. Ces compétences sont dès lors parallèles ».

Par la loi spéciale du 8 août 1988, les régions se sont vu conférer la compétence résiduelle en matière de politique économique ; les exceptions à ces compétences en faveur de l'autorité fédérale sont énumérées de manière restrictive. Ainsi, l'autorité fédérale est restée compétente pour « la Société nationale d'investissement » (art. 6, § 1er, VI, alinéa 5, 11°, de la loi spéciale). On peut considérer qu'en prévoyant cette exception, le législateur

(242) Avis L. 35.543/1 du 19 juin 2003 sur un projet d'arrêté du Gouvernement flamand « houdende bepaling van de opleiding tot onthaalverantwoordelijke in een zonnecentrum ».

(243) Avis L. 36.122/1 du 11 décembre 2003 sur un projet d'arrêté ministériel « modifiant l'arrêté ministériel du 11 janvier2002 fixant les prix maxima pour le transport par taxis ».

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.181.97)
Le Conseil d'Etat. Chronique de jurisprudence 2003
Larcier Edition - © Larcier - 07/02/2020

strada lex

spécial a voulu confirmer les compétences parallèles dans le domaine de l'initiative industrielle publique. C'est ce qui apparaît également dans les travaux préparatoires de la loi spéciale du 8 août 1988. En effet, l'exposé des motifs précise : « En matière de politique économique, relèvent en tout cas des compétences régionales : (...) — L'initiative industrielle publique, à l'exception toutefois de la SNI telle que l'organise la loi du 2 avril 1962 constituant une SNI et des SRI, modifiée en dernier lieu par l'arrêté royal n° 450 du 29 août 1986 ».

L'autorité fédérale peut dès lors être regardée comme compétente pour constituer, sous forme de société spécialisée créée par la Société fédérale d'Investissement, un Fonds de l'Economie sociale et durable ayant pour objet la prise de participation dans des entreprises actives dans l'économie sociale ou de leur accorder des prêts (244).

100. — Aux termes de l'article 6, § 1er, VIII, nouveau, 6°, de la loi spéciale du 8 août 1980, tel qu'inséré par l'article 4 de la loi spéciale du 13 juillet 2001 portant transfert de diverses compétences aux régions et communautés, les régions sont compétentes pour ce qui concerne « les fabriques d'églises et les établissements chargés de la gestion du temporel des cultes reconnus », mais « à l'exception de la reconnaissance des cultes et des traitements et pensions des ministres des cultes ». Le législateur fédéral est dès lors compétent pour prévoir la création d'une Commission *ad hoc* en ce qui concerne les avis négatifs relatifs aux candidats à un mandat au sein de l'Exécutif des Musulmans de Belgique qui n'est pas un « établissement chargé de la gestion du temporel du culte » mais bien l'organe représentatif du culte (245).

101. — L'article 87, § 5, de la loi spéciale du 8 août 1980 dispose que « (...) les règles relatives aux relations entre les autorités publiques et les organisations syndicales des agents de l'Etat relevant de ces autorités, ainsi qu'avec les membres de ces organisations syndicales, relèvent en ce qui concerne les Communautés, les Régions et les personnes morales de droit public qui en dépendent, y compris l'enseignement (...), de la compétence de l'autorité fédérale ».

Cette disposition a été introduite dans la loi spéciale afin de conserver le caractère de « matière nationale » aux relations — à savoir les lieux, objets et modes de concertation et négociation — entre l'autorité publique en sa qualité d'employeur et les organisations représentatives des travailleurs qu'elle occupe en cette même qualité. En d'autres termes, les lieux, objets et modes de concertation et de négociation sont et restent, quel que soit le niveau de pouvoir auquel ressortit l'administration dont l'organisation est

(244) Avis L. 34.971/1/2/3/4 du 27 février 2003 cité à la note 165.
(245) Avis L. 34.547/AG du 11 février 2003 cité à la note 22.

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.181.97)
Le Conseil d'Etat. Chronique de jurisprudence 2003
Larcier Edition - © Larcier - 07/02/2020

strada lex

ainsi concernée, de la compétence de l'Etat fédéral dans les termes où ils sont actuellement réglés par la loi du 19 décembre 1974 organisant les relations entre les autorités publiques et les syndicats des agents relevant de ces autorités et son arrêté d'exécution du 28 septembre 1984 : seul l'Etat fédéral peut adopter des mesures qui modulent, adaptent ou modifient le règlement de ces relations. Le règlement de ces relations est donc une matière en soi, distincte du domaine de compétence dans lequel l'autorité publique est appelée à occuper ses travailleurs.

Par conséquent, la Communauté française n'est pas compétente pour créer des obligations en coulant dans une règle de droit communautaire, d'une part, la fréquence des réunions conjointes et, d'autre part, l'objet de ces réunions et la procédure à suivre alors que l'article 33*bis* de la loi du 19 décembre 1974 qui est un texte fédéral a, lui, pour seul objet d'accorder au gouvernement de la Communauté française la faculté de convoquer en réunion conjointe les comités, sections ou sous-sections dont il assume la présidence pour négocier des questions qu'il estime commune (246).

102. — Dans son arrêt n° 55/2001 du 8 mai 2001, la Cour d'arbitrage a considéré que la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs trouve également à s'appliquer aux actes administratifs des régions et des communautés et que l'obligation faite par la loi de motiver formellement les actes administratifs doit être considérée comme un droit de l'administré, auquel est ainsi offerte une garantie supplémentaire contre les actes administratifs de portée individuelle qui seraient arbitraires. La loi n'a donc pas pour objet l'organisation et le mode de fonctionnement de l'administration, mais la protection de l'administré. Il s'agit en conséquence d'une matière qui relève de la compétence résiduelle du législateur fédéral. Ce dernier peut dès lors établir une telle règle de protection de l'administré à l'égard des actes administratifs de toutes les autorités administratives. Comme l'a cependant rappelé la Cour d'arbitrage dans son arrêt n° 55/2001, précité, les obligations fédérales imposées par la loi du 29 juillet 1991, précitée, se limitent à ce qui peut être considéré comme nécessaire en vue d'offrir un minimum de protection à tout administré et les communautés et les régions restent, en conséquence, libres de compléter ou de préciser la protection ainsi offerte par cette loi. Ceci signifie en d'autres termes que le législateur fédéral ne pourrait empêcher les communautés et les régions de continuer à imposer, dans les matières qui relèvent de leurs compétences, l'obligation de motiver formellement les actes administratifs à portée individuelle pris à la suite d'un scrutin secret (247).

(246) Avis L. 35.020/2 des 14 mai et 28 mai 2003 sur un avant-projet de décret « relatif à la négociation en Communauté française », *Doc. C.C.F.*, sess. 2003-2004, n° 551/1.

(247) Avis L. 35.135/VR du 27 mars 2003 cité à la note 159.

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.181.97)
Le Conseil d'Etat. Chronique de jurisprudence 2003
Larcier Edition - © Larcier - 07/02/2020

strada lex

103. — Si le Roi a le pouvoir de réglementer la circulation routière en application de l'article 1er des lois coordonnées relatives à la police de la circulation routière, la loi ne l'habilite pas à réglementer « l'usage de la voie publique ». Au demeurant, la voirie est une compétence régionale (article 6, § 1er, X, 1° et 2° *bis* de la loi spéciale du 8 août 1980) et l'autorité fédérale est seulement compétente en la matière pour « l'élaboration des règles de police générale et de la réglementation relative aux communications et aux transports » (248).

104. — En vertu de l'article 192 de la Constitution, c'est à la loi qu'il revient de déterminer le contenu du serment qui devra être prêté par les agents au moment de leur entrée en fonction. Par ailleurs, en vertu de l'article 1er, § 4, de l'ARPG, « la qualité d'agent est sanctionnée par le serment prêté dans les termes fixés par l'article 2 du décret du 20 juillet 1831 ». Il n'appartient dès lors pas au Gouvernement wallon de fixer la formule du serment (249).

105. — Les compétences en matière de coopération au développement sont parallèles, c'est-à-dire fédérale pour la coopération au développement en général et communautaire ou régionale en ce qui concerne les attributions qui relèvent de leur compétence matérielle. Cependant, les communautés et régions doivent exercer leurs compétences en veillant à ne pas rendre impossible ou exagérément difficile l'exercice de la compétence fédérale en matière de coopération au développement. Dans le cadre de leur compétence en matière d'expansion économique, les régions peuvent promouvoir le micro-crédit dans les pays en voie de développement et, dans le cadre de celle qui concerne les pouvoirs subordonnés, la coopération administrative avec les collectivités locales de ces pays dans les matières régionales (250).

D. — *Les pouvoirs implicites*

106. — Sauf lorsque les conditions permettant de faire usage des pouvoirs implicites sont réunies, la compétence des régions en matière de procédure pénale se limite à accorder la qualité d'agent ou d'officier de police judiciaire aux agents assermentés chargés de constater les infractions prévues dans les décrets ou les ordonnances, à régler la force probante des

(248) Avis L. 35.145/4 du 26 mars 2003 sur un projet d'arrêté royal « modifiant l'arrêté royal du 1er décembre 1975 portant règlement général sur la police de la circulation routière ».

(249) Avis L. 35.184/2 du 23 juin 2003 cité à la note 20.

(250) Avis L. 36.040/VR/3 du 2 décembre 2003 sur un avant-projet de décret « betreffende de microfinanciering in ontwikkelingslanden door middel van waarborgverlening aan ontwikkelingsfondsen », *Parl. St.*, Vl. Parl., sess. 2003-2004, n° 2098/1 et avis L. 36.064/VR/3 du 2 décembre 2003 sur un avant-projet de décret « betreffende het beleid inzake convenants gemeentelijke ontwikkelingssamenwerking », *Parl. St.*, Vl. Parl., sess. 2003-2004, n° 2099/1.

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.181.97)
Le Conseil d'Etat. Chronique de jurisprudence 2003
Larcier Edition - © Larcier - 07/02/2020

strada lex

procès-verbaux et à fixer les cas — mais non la forme — pouvant donner lieu à une perquisition (251).

En effet, selon l'article 11, alinéa 3, 3°, de la loi spéciale du 8 août 1980, le législateur régional peut « fixer les cas pouvant donner lieu à une perquisition ». Cette disposition n'habilite cependant pas le législateur régional à régler la forme des visites domiciliaires. Dans la mesure où des dispositions concernent des perquisitions, au sens de l'article 11 de la loi spéciale, ce qui est le cas pour des visites domiciliaires, il peut toutefois être admis qu'elles puissent être « nécessaires » à l'exercice des compétences régionales, au sens de l'article 10 de la loi spéciale du 8 août 1980. Comme il apparaît en effet dans la jurisprudence de la Cour d'arbitrage, l'intervention d'un juge, en général le juge d'instruction ou le juge de police, est une garantie essentielle du respect des conditions auxquelles est subordonnée une ingérence dans l'inviolabilité du domicile. L'exclusion d'une visite domiciliaire la nuit peut également être considérée comme une garantie pour les intéressés. Le législateur régional qui prévoit la possibilité d'une visite domiciliaire, peut donc juger « nécessaire », au regard des dispositions précitées, de préciser qu'une visite domiciliaire ne peut avoir lieu qu'après autorisation d'un juge ; il peut estimer tout aussi « nécessaire » de spécifier que, si la visite domiciliaire se déroule dans le cadre de l'exercice d'une mission de contrôle, elle ne peut avoir lieu que pendant la journée (252).

107. — Dans le cadre de ses compétences en matière d'emploi, une région peut attribuer une compétence nouvelle au tribunal du travail en application de l'article 10 de la loi spéciale du 8 août 1980 ; elle peut également prévoir l'introduction de la cause par requête, la notification des jugements et arrêts par pli judiciaire et la possibilité de représentation en justice par une délégué syndical (253).

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

108. — Selon l'article 92*bis*, § 1er, alinéa 2, de la loi spéciale du 8 août 1980, de tels accords doivent recevoir l'assentiment des législateurs concernés s'ils ont pour objet l'un de ceux que détermine cette disposition. La question se pose de savoir si les législateurs concernés doivent donner expressément leur assentiment à chacun de des accords ou si l'on peut admettre que les assentiments donnés à l'accord de coopération principal

(251) Avis L. 34.894/4 du 9 avril 2003 sur un avant-projet d'ordonnance « modifiant l'ordonnance du 3 décembre 1992, relative à l'exploitation et au développement du canal, du port, de l'avant-port et de leurs dépendances dans la Région de Bruxelles-Capitale, et la loi du 5 mai 1936 fixant le statut des capitaines de port », *Doc. C.R.B.C.*, sess. 2002-2003, n° A-449/1.

(252) Avis L. 33.334/VR du 24 juin 2003 cité à la note 227.

(253) Avis L. 35.700/1 du 18 septembre 2003 cité à la note 92.

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.181.97)
Le Conseil d'Etat. Chronique de jurisprudence 2003
Larcier Edition - © Larcier - 07/02/2020

strada lex

contiennent également un assentiment par anticipation aux accords de coopération conclus pour son exécution. La seconde solution indiquée ne peut être retenue. L'article 92*bis*, § 1er, alinéa 2, précité dispose, en effet, que les accords de coopération qu'il énumère n'ont d'effet « qu'après » avoir reçu l'assentiment par la loi, le décret ou l'ordonnance, selon le cas. A ce sujet, la section de législation insiste sur ce que pour satisfaire à cet article, l'assentiment ne peut être donné qu'après que le contenu concret de l'accord soit connu (254).

109. — Il y a incompatibilité entre les règles constitutionnelles de répartition des compétences et le fait qu'une loi ordinaire subordonne l'exercice d'une compétence fédérale à la demande d'une communauté ou d'une région d'agir dans un sens bien précis et impose de conclure un accord de coopération à ce sujet. Cela reviendrait en effet à faire d'une compétence fédérale exclusive une compétence partagée entre l'État fédéral, d'une part, et les communautés et les régions, d'autre part. Force est dès lors de conclure, d'une part, qu'une loi ordinaire ne peut subordonner l'exercice d'une compétence fédérale à une initiative émanant des communautés ou des régions et, d'autre part, que les communautés et les régions ne peuvent être associées, par la voie d'un accord de coopération, à l'exercice d'une compétence revenant exclusivement à l'autorité fédérale (255).

De même, le législateur ordinaire ne peut pas non plus donner à la région compétente pour le lieu où le jeune sera occupé dans une convention de premier emploi, la faculté d'obliger l'employeur à communiquer cette place vacante au bureau de placement, compétent pour le lieu d'occupation, pour les cas dans lesquels l'employeur veut limiter l'appel aux candidats aux travailleurs qui entrent en ligne de compte pour la réduction des cotisations sociales. En effet, il ne lui appartient pas d'attribuer aux régions une nouvelle compétence ni de confirmer une compétence déjà existante. S'il s'agit, comme il apparaît à première vue, d'une compétence en matière de placement des travailleurs, les régions peuvent, si elles estiment pareille disposition utile ou nécessaire, l'adopter sur la base de leur compétence en matière de placement des travailleurs (256).

110. — Il est rappelé à cet égard que les pouvoirs dont sont investis l'Etat fédéral, les Communautés ou les Régions pour effectuer des dépenses dans le cadre de leur politique publique ou sous la forme de subventions, sont subordonnés à la compétence matérielle à laquelle ces moyens financiers sont affectés, sous la réserve des exceptions éventuelles prévues par la Constitution ou la loi spéciale. Une autorité ne peut affecter des moyens

(254) Avis L. 34.401/2, L. 34.543/2 et L. 34.627/2 du 19 mars 2003 cités à la note 112.

(255) Avis L. 36.198/1 du 4 décembre 2003 sur un projet d'amendement au « projet de loi — programme — titres-services », *Doc. parl.*, Chambre, sess. 2003-2004, n° 473/35.

(256) Avis L. 36.080/1/2/3/4 des 7 et 12 novembre 2003 cité à la note 15.

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.181.97)
Le Conseil d'Etat. Chronique de jurisprudence 2003
Larcier Edition - © Larcier - 07/02/2020

strada lex

financiers à des projets qui ne relèvent pas de ses compétences. En principe, le fait que pareille affectation fasse l'objet d'un accord de coopération n'y change rien : un accord de coopération ne peut avoir pour effet d'habiliter une autorité incompétente à financer des politiques échappant à son champ de compétence. En outre, conformément à l'article 175 de la Constitution, un système tendant à transférer des moyens financiers fédéraux aux communautés doit faire l'objet d'une loi adoptée à la majorité spéciale.

Par contre, rien ne s'opposerait à ce que, exerçant conjointement leurs compétences propres conformément à l'article 92*bis* de la loi spéciale du 8 août 1980, les parties contractantes conviennent de mettre en place un dispositif tendant à financer, par un apport de moyens provenant à la fois de l'Etat fédéral et des autres autorités, des actions relevant de ces divers niveaux de pouvoirs. Concrètement, ceci signifie que ce n'est pas uniquement l'Etat fédéral qui doit fournir les moyens permettant de financer ces actions, mais que les autres autorités doivent, elles aussi, contribuer de manière adéquate aux charges de la coopération, dans le prolongement des compétences qu'elles entendent régler en commun avec les autres parties. La gestion de ce dispositif doit être confiée à un organisme où sont représentées les diverses parties (257).

111. — Si la section de législation a admis la possibilité de conclure un accord de coopération pour affecter à des fins de politique culturelle les ressources générées par l'article 58, § 2, de la loi du 30 juin 1994 relative au droit d'auteur et aux droits voisins, un tel accord de coopération n'est admissible qu'à la double condition que, d'une part, il n'implique pas de transfert financier de l'autorité fédérale vers les communautés et que, d'autre part, il prévoit, conformément à l'article 92*bis*, § 1er, précité, « l'exercice conjoint de compétences propres » de l'autorité fédérale et des communautés et régions.

L'accord doit viser à financer, par un apport de moyens provenant à la fois de l'Etat fédéral et des communautés, des projets relevant tant de l'autorité fédérale que des communautés. Concrètement, cela signifie que ce n'est pas uniquement l'Etat fédéral qui doit fournir les moyens dont il dispose en exécution de l'article 58, § 2, précité, soit les 30 % du produit de la rémunération à la charge des fabricants, des importateurs et des acheteurs intracommunautaires, mais que les communautés doivent, elles aussi, contribuer de manière adéquate aux charges de la coopération, dans le pro-

(257) Avis L. 35.449/4 du 14 mai 2003 sur un avant-projet de décret « portant approbation de l'accord de coopération entre l'Etat fédéral, la Communauté flamande, la Communauté française, la Communauté germanophone, la Commission communautaire commune, la Commission communautaire française et la Région wallonne en matière de lutte contre le tabagisme et portant création d'un Fonds en matière de lutte contre le tabagisme ».

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.181.97)
Le Conseil d'Etat. Chronique de jurisprudence 2003
Larcier Edition - © Larcier - 07/02/2020

strada lex

longement des compétences qu'elles entendent régler en commun avec les autres parties.

Dans les mécanismes de coopération, l'autorité fédérale ne peut être privée de l'exercice de ses compétences au profit des communautés. Il en résulte qu'il faut prévoir la création d'un organisme commun, dont la gestion doit être conçue en manière telle qu'y soient représentés tant les communautés que l'Etat fédéral, celui-ci agissant au titre de ses compétences en matière de propriété intellectuelle et de droits d'auteur. Cette instance aurait le pouvoir de décider, en fonction éventuellement de clés à fixer dans l'accord de coopération, de la répartition de l'ensemble des moyens apportés entre les projets pris en considération (258).

112. — En principe, les personnes morales de droit public peuvent conclure des conventions, pour autant que celles-ci s'inscrivent dans le cadre de leur mission. Lorsque la convention est conclue entre une personne morale de droit public relevant de la compétence de l'autorité fédérale, d'une part, et une région (ou une personne morale de droit public relevant de la compétence d'une région), d'autre part, le système de partage des compétences implique que la liberté des parties est soumise à des limites spécifiques.

Dans ce cas, les clauses de la convention doivent être formulées de telle manière qu'elles ne portent pas atteinte aux compétences respectives des autorités concernées. Elles ne peuvent pas non plus rendre impossible ou exagérément difficile l'exercice de ces compétences. Autrement dit, les clauses de la convention doivent respecter les compétences de chacun. Pour l'autorité fédérale qui habilite une personne morale de droit public relevant de sa compétence à conclure une convention avec une région, cela signifie tout d'abord qu'elle ne peut pas soumettre l'habilitation à des conditions à l'égard du cocontractant qui soient contraires à l'autonomie des régions. En outre, l'habilitation ne peut pas avoir pour effet que l'autorité fédérale renonce à ses propres compétences en faveur des régions (259).

113. — Il résulte des articles 9 et 92*bis* de la loi spéciale du 8 août 1980 que lorsqu'un accord de coopération crée un ou plusieurs organismes décentralisés, cet accord doit faire l'objet d'un assentiment donné par chaque législateur concerné. Par ailleurs, c'est à cet accord lui-même, auquel les législateurs donnent leur assentiment, qu'il appartient de déterminer les

(258) Avis L. 34.941/VR du 11 mars 2003 sur un avant-projet de décret « portant assentiment à l'accord de coopération entre l'Etat fédéral, la Communauté germanophone, la Communauté française et la Communauté flamande relatif à l'affectation de 30 % du produit de la rémunération pour copie privée à la promotion de la création d'œuvres sonores et audiovisuelles ».

(259) Avis L. 35.517/3 du 27 mai 2003 sur un projet d'arrêté royal « confiant aux Régions l'exécution de certaines tâches relevant de la compétence de l'Agence fédérale pour la Sécurité de la Chaîne alimentaire ».

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.181.97)
Le Conseil d'Etat. Chronique de jurisprudence 2003
Larcier Edition - © Larcier - 07/02/2020

strada lex

règles essentielles relatives à la création, la composition, la compétence, le fonctionnement et le contrôle des organismes décentralisés concernés. La détermination de ces éléments essentiels ne peut être confiée aux exécutifs des parties à l'accord, fût-ce sous le couvert d'un nouvel accord de coopération (260).

114. — Le Gouvernement de la Région wallonne ne peut unilatéralement obliger l'Administrateur délégué du SELOR de faire partie de la commission des programmes du moins pour ce qui concerne les concours d'accession à un niveau supérieur. En vertu de l'article 87, § 2, de la loi spéciale du 8 août 1980, le SELOR procède uniquement au recrutement du personnel des services des gouvernements des entités fédérées. En conséquence, si la Région wallonne souhaite que l'Administrateur délégué du SELOR siège au sein de la commission des programmes en tant que celle-ci fixe les programmes des concours d'accession au niveau supérieur, elle doit mettre en œuvre l'article 92*ter*, alinéa 2, de la loi spéciale du 8 août 1980 et obtenir l'accord du Roi sur cette participation (261).

115. — L'autorité fédérale ne peut pas non plus user de sa compétence en matière de normes de produits pour mener en fait, par la voie de conditions permettant de déroger à ces normes de produits, une politique en matière de réutilisation et d'élimination de produits après leur mise sur le marché. Cette politique relève au contraire de la compétence des régions. Un lien peut éventuellement être établi entre les normes en matière de recyclage et d'élimination (compétence des régions) et la norme en matière de concentration maximale en métaux lourds (compétence de l'autorité fédérale). Mais il ne peut toutefois pas être établi unilatéralement par l'autorité fédérale. Les régions n'y seraient d'ailleurs pas habilitées non plus. La seule façon de prescrire que le respect de certaines normes en matière de recyclage et d'élimination permet de déroger à une norme en matière de concentrations maximales consiste à régler cette matière dans un accord de coopération (262).

116. — Enfin, il appartient aux législateurs régionaux, et à eux exclusivement, de renoncer à la perception de certains impôts régionaux, sous certaines conditions ; le législateur fédéral, statuant à la majorité ordinaire, ne saurait s'y substituer sans excéder ses compétences. Il n'en résulte cependant pas nécessairement que l'autorité fédérale et les régions soient tenues de légiférer de manière entièrement autonome dans le cadre de leurs compétences. Si l'intention de l'autorité fédérale et des trois régions est d'harmo-

(260) Avis L. 34.401/2, L. 34.543/2 et L. 34.627/2 du 19 mars 2003 cités à la note 122.
(261) Avis L. 35.184/2 du 23 juin 2003 cité à la note 20.
(262) Avis L. 34.570/3 du 11 mars 2003 sur un projet d'arrêté royal « modifiant l'arrêté royal du 25 mars 1999 portant fixation de normes de produits pour les emballages ».

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.181.97)
Le Conseil d'Etat. Chronique de jurisprudence 2003
Larcier Edition - © Larcier - 07/02/2020

strada lex

niser leurs initiatives législatives en la matière, et que c'est l'ensemble des impôts qui est visé, la méthode à suivre consiste à conclure préalablement un accord de coopération entre le Gouvernement fédéral et les gouvernements régionaux sur la base de l'article 92*bis*, § 1er, alinéa 1er, de la loi spéciale du 8 août 1980 (263).

F. — *L'autonomie constitutive des entités fédérées*

117. — La détermination des arrondissements électoraux pour les élections du Conseil flamand et du Conseil régional wallon fait partie de l'autonomie constitutive en application des articles 118, § 2 de la Constitution et 26 de la loi spéciale du 8 août 1980. Cependant, l'autonomie constitutive ne permet pas de méconnaître la Constitution et les autres dispositions de la loi spéciale. Il en résulte qu'il n'est pas possible de prévoir qu'un tiers des membres d'un Conseil seront élus par les électeurs d'un arrondissement comprenant l'ensemble du territoire de la région alors que les autres seront élus sur la base des arrondissements électoraux existants car cela créerait deux catégories de membres sans que cela ne soit prévu par la Constitution ou la loi spéciale. Par ailleurs, la réglementation de la composition des listes électorales ne fait pas non plus partie de l'autonomie constitutive mais relève de la compétence du législateur spécial fédéral (264).

118. — Il résulte des articles 24*bis*, § 3 et 59, § 3, de la loi spéciale du 8 août 1980 que le législateur wallon peut déterminer des incompatibilités supplémentaires à celles déjà prévues (voir les articles 24*bis*, § 2, et 59, § 3, de cette loi), entre la fonction de membre du Gouvernement wallon et d'autres fonctions ou mandats. Qu'en est-il à cet égard de l'incompatibilité entre le mandat de membre du Gouvernement wallon et, non pas une autre fonction ou un autre mandat, mais bien une candidature aux élections législatives ou européennes ?

L'incompatibilité est traditionnellement définie comme « l'interdiction faite au titulaire d'une fonction de cumuler celle-ci avec une ou plusieurs autres fonctions qui pourraient en compromettre l'exercice ». La doctrine invite tout aussi traditionnellement à ne pas confondre l'incompatibilité et la condition d'éligibilité. La première produit ses effets après les élections et ne fait donc pas obstacle à ce qu'une personne soit candidate et même élue. Elle ne pourra toutefois pas cumuler les deux fonctions et devra donc opter, si elle est élue, pour l'une d'entre elles. La condition d'éligibilité produit par contre ses effets avant les élections, si bien que la personne qui n'y

(263) Avis L. 35.936/2/VR des 7 et 9 octobre 2003 sur un avant-projet de loi « instaurant une déclaration libératoire unique », *Doc. parl.*, Chambre, sess. 2003-2004, n° 353/1.

(264) Avis L.36.205/3 du 4 décembre 2003 sur une proposition de décret spécial « houdende de oprichting van één Vlaamse nationale kieskring met regionale correcties voor de verkiezingen van het Vlaams Parlement », *Parl. St.*, Vl. Parl., sess. 2003-2004, n° 1934/2.

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.181.97)
Le Conseil d'Etat. Chronique de jurisprudence 2003
Larcier Edition - © Larcier - 07/02/2020

strada lex

satisfait pas ne peut tout simplement pas être candidate. Dès lors, de deux choses l'une.

Soit la proposition de décret tend en réalité, nonobstant sa formulation, à interdire à un membre du Gouvernement wallon, aussi longtemps qu'il ne démissionne pas de son mandat, de se présenter aux élections législatives ou européennes. Dans ce cas, la proposition examinée entendrait bien établir une condition d'éligibilité et non une incompatibilité, — puisqu'elle produirait ses effets avant les élections — et il convient de considérer que le législateur décrétal n'est, à un double titre, pas compétent pour adopter cette proposition :

— d'une part, en toute hypothèse, le législateur décrétal n'est pas compétent pour fixer des conditions d'éligibilité à des élections législatives ou européennes ;

— d'autre part, même dans la sphère de son autonomie constitutive, le législateur décrétal n'est pas non plus compétent pour établir des conditions d'éligibilité relatives à l'élection des membres du Conseil régional wallon. Ces conditions d'éligibilité sont en effet définies à l'article 24*bis*, § 1er, de la loi spéciale et aucune disposition de la loi spéciale ne permet aux communautés et aux régions, dans le cadre de leur autonomie constitutive, d'établir des conditions d'éligibilité complémentaires.

Soit la proposition de décret doit être interprétée comme tendant à introduire une incompatibilité supplémentaire, circonstance qui obligerait le candidat à démissionner, avant même la tenue des élections, de son mandat de ministre. Dans ce cas, la proposition de décret se heurte aux objections fondamentales suivantes :

— d'une part, la proposition de décret, en ce qu'elle établit une corrélation entre une fonction ou un mandat et un simple acte de candidature, et non entre deux fonctions ou mandats, dénature complètement les notions d'« incompatibilité » et d'« éligibilité », telles que consacrées par la Constitution et par la loi spéciale du 8 août 1980 et dont la portée a été rappelée ci-avant ;

— d'autre part, la proposition de décret est en contradiction directe avec les autres incompatibilités déjà prévues par la loi spéciale du 8 août 1980, en ce qui concerne le cumul des fonctions de membre d'une chambre législative avec celles de membre d'un gouvernement. Ces incompatibilités ne trouvent en effet pas à s'appliquer dès la simple introduction d'une candidature à une élection. Elles ne sont par ailleurs pas absolues, en ce sens qu'elles auraient pour effet d'obliger un membre d'une chambre législative à devoir démissionner de ce mandat avant de pouvoir exercer les fonctions de membre d'un gouvernement, mais bien relatives, en ce qu'elles prévoient une simple impossibilité de siéger qui prend fin lors de la démission des fonctions de membre du gouverne-

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.181.97)
Le Conseil d'Etat. Chronique de jurisprudence 2003
Larcier Edition - © Larcier - 07/02/2020

strada lex

ment (voir notamment les articles 24*bis*, § 2*bis*, 49 et 59, § 4, de la loi spéciale du 8 août 1980 — voir également l'article 50 de la Constitution, pour ce qui concerne l'incompatibilité relative de cumuler les fonctions de sénateur ou de membre de la Chambre des représentants avec celle de ministre). Or, la faculté reconnue au législateur décrétal par les articles 24*bis*, § 3, et 59, § 3, de la loi spéciale du 8 août 1980 de déterminer, par décret, des incompatibilités supplémentaires, ne peut être interprétée comme permettant au législateur décrétal de rendre inopérantes les incompatibilités déjà prévues par le constituant et par le législateur spécial. Il convient à cet égard de rappeler que l'article 59, § 4, précité prévoit déjà qu'un membre de la Chambre des représentants ou qu'un sénateur, notamment élu membre du Gouvernement wallon, cesse immédiatement de siéger et reprend son mandat lorsque ses fonctions de ministre prennent fin. Dans le cadre actuel de la loi spéciale du 8 août 1980, il ne se conçoit dès lors pas d'interdire à un membre du Gouvernement wallon d'être simplement candidat à une telle élection (265).

IV. — Exercice de la fonction juridictionnelle

A. — *Compétence des organes juridictionnels*

119. — En disposant que les contestations qui ont pour objet des droits civils sont exclusivement du ressort des cours et tribunaux, l'article 144 de la Constitution accorde à tous une garantie qui ne peut être retirée à certains.

Ainsi, la section de législation s'est opposée à ce que, sous le couvert de normes comptables, soit accordée à des autorités administratives une mission juridictionnelle consistant à trancher des contestations ayant pour objet des droits civils. En effet, la disposition, selon laquelle, en cas de déficit de caisse, une créance du montant du déficit est ouverte en comptabilité générale à charge du receveur communal ou du trésorier de la régie communale sortant et, par sa décision d'approuver les comptes (annuels et de fin de gestion), le ministre lui donne quitus définitif, « doit s'interpréter non pas comme une simple règle comptable provisoire mais bien comme une attribution définitive du déficit de caisse à charge du receveur ou du trésorier sortant (et revient) à régler la responsabilité du trésorier, matière qui ne relève pas de la compétence du Gouvernement » (266).

(265) Avis L. 34.914/2 du 12 mars 2003 sur une proposition de décret « instituant une incompatibilité entre le mandat de ministre de la Région wallonne et une candidature aux élections législatives ou européennes », *Doc. C.R.W.*, sess. 2002-2003, n° 470/2.

(266) Avis L. 35.507/2 du 9 juillet 2003 sur un projet d'arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale « relatif à la gestion financière des régies communales non-autonomes ».

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.181.97)
Le Conseil d'Etat. Chronique de jurisprudence 2003
Larcier Edition - © Larcier - 07/02/2020

strada lex

B. — *Séparation des pouvoirs*

120. — Arrêter par le Roi un régime statutaire pour l'ensemble des membres du personnel de l'ordre judiciaire, hors les membres du greffe, soit les membres des secrétariats des parquets, les référendaires près la Cour de cassation, les référendaires près les cours et tribunaux, les juristes de parquet, les attachés au service de documentation et de concordance des textes près la Cour de cassation, le personnel administratif des greffes et des parquets, se heurte au principe de la séparation des pouvoirs eu égard aux missions que ces personnes assument dans le cadre du fonctionnement de la justice (267).

Tout d'abord, la section de législation relève que selon l'arrêt n° 138/98 du 16 décembre 1998 de la Cour d'arbitrage, le greffier est un organe du pouvoir judiciaire et c'est parce qu'il collabore à l'exercice de ce pouvoir, qu'il agit publiquement à côté du juge et avec celui-ci, qu'il doit faire montre, aux yeux du public, d'indépendance et d'impartialité. Et de poser dès lors la question de savoir si un raisonnement analogue ne doit pas trouver à s'appliquer au personnel judiciaire ; il appartient en tout état de cause à l'auteur du projet de justifier la différence de traitement par rapport aux greffiers.

Ensuite, la section de législation souligne de manière générale qu'« il résulte de l'économie du Code judiciaire et de la jurisprudence de la Cour d'arbitrage que les membres du personnel de l'ordre judiciaire ne peuvent être purement et simplement assimilés aux agents de la fonction publique fédérale en raison de leur appartenance au Pouvoir judiciaire. L'absence de lien de subordination par rapport au Pouvoir exécutif constitue, à cet égard, une garantie de sauvegarde de l'indépendance du Pouvoir judiciaire et du principe de la séparation des pouvoirs ».

Enfin, elle est d'avis que « la question de la compatibilité de la détermination par le Roi du statut du personnel judiciaire avec le principe de la séparation des pouvoirs se pose avec d'autant plus d'acuité en ce qui concerne les membres de ce personnel qui exercent une mission spécifique, comme les référendaires à la Cour de cassation, les référendaires auprès des Cours d'appel et des tribunaux de première instance ainsi que des juristes de parquet ». Il ressort en effet des travaux préparatoires de la loi du 6 mai 1997 qui a créé la fonction de référendaire à la Cour de cassation et du statut qui leur est applicable que « les dispositions du Code judiciaire fournissent un cadre juridique à (cette) fonction qui témoigne d'une volonté d'assurer une certaine indépendance par rapport au Pouvoir exécutif et de ne pas mettre en péril l'indépendance de la Cour de cassation elle-même ». De même, les dispositions du Code judiciaire relatives aux référendaires auprès

(267) Avis L. 34.815/2 du 6 février 2003 cité à la note 176.

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.181.97)
Le Conseil d'Etat. Chronique de jurisprudence 2003
Larcier Edition - © Larcier - 07/02/2020

strada lex

des cours d'appel et des tribunaux de première instance et aux juristes de parquet « démontrent que la volonté a été de mettre en place un cadre juridique spécifique et indépendant, dans une certaine mesure, du Pouvoir exécutif ».

Pour la même raison, cette catégorie ne peut « être soumise à l'application de la loi du 19 décembre 1974 » (268). En effet, ces derniers « assistent directement les magistrats auxquels ils sont adjoints dans l'exercice de leurs fonctions judiciaires et les éléments de leur statut qui sont réglés par la loi, sont identiques au statut des magistrats ou présentent des similitudes avec celui-ci. Il faut plutôt assimiler ces membres du personnel aux »magistrats et aux greffiers de l'ordre judiciaire« , mentionnés à l'article 1er, § 2, 2°, de la loi du 19 décembre 1974 ».

121. — Conférer au Roi le pouvoir d'organiser les greffes des juridictions ainsi que les secrétariats des parquets et le secrétariat du Collège des Procureurs généraux suscite la même critique (269).

Quant à l'organisation des greffes : les greffes « étant étroitement liés au fonctionnement même des juridictions, il appartient au législateur de définir les règles essentielles de cette organisation, les délégations au Roi devant en cette matière se limiter à des questions accessoires ».

Quant à l'organisation des parquets : « le principe d'indépendance des magistrats du ministère public consacré à l'article 151 de la Constitution implique également une certaine autonomie fonctionnelle du parquet par rapport au Pouvoir exécutif. Les délégations au Roi prévues par le projet en ce qui concerne l'organisation des parquets devraient dès lors être mieux circonscrites, afin d'éviter des immixtions incompatibles avec le bon fonctionnement des parquets ».

122. — Une des réformes préconisées à l'égard des provinces consiste en l'introduction de la motion de défiance constructive à l'égard de la députation permanente. Cette proposition suscite des questions au regard de ses missions juridictionnelles. Pour le Conseil d'Etat (270), « si l'introduction de la motion de défiance constructive, dont l'adoption par le conseil provincial contraindrait les membres de la députation permanente à démissionner, peut, dans son principe, être admise en ce qu'elle viserait l'aspect politique de la fonction, il n'en reste pas moins que ces membres accomplissent simultanément des missions juridictionnelles et qu'ils doivent, lorsqu'ils agissent

(268) Avis L. 35.472/1 du 12 juin 2003 sur un projet d'arrêté royal « modifiant l'arrêté royal du 28 septembre 1984 portant exécution de la loi du 19 décembre 1974 organisant les relations entre les autorités publiques et les syndicats des agents relevant de ces autorités ».

(269) Avis L. 34.815/2 du 6 février 2003 cité à la note 176.

(270) Avis L. 35.831/2V/VR des 15 et 18 septembre 2003 sur un avant-projet de décret « organisant les provinces wallonnes », *Doc. C.R.W.*, 2003-2004, n° 613/1; avis L. 36.211/3 du 18 décembre 2003 cité à la note 76.

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.181.97)
Le Conseil d'Etat. Chronique de jurisprudence 2003
Larcier Edition - © Larcier - 07/02/2020

strada lex

en cette qualité, jouir des garanties institutionnelles fondamentales que sont les principes d'indépendance et d'impartialité des membres de toute juridiction. Comme il n'apparaît par ailleurs pas possible d'assurer une séparation complète de ces deux aspects — politique et juridictionnel — de la fonction et d'éviter qu'une telle motion ne soit, en tout ou en partie, de manière directe ou déguisée, fondée sur des motifs liés à l'exercice juridictionnel de la fonction, il y a lieu de considérer que la qualité de juridiction administrative de la députation permanente s'oppose à ce que cet organe puisse faire l'objet d'une motion de défiance, fût-ce même constructive, de la part du conseil provincial. En effet, outre les entraves au bon fonctionnement de la juridiction administrative qui seraient susceptibles de surgir en cas d'adoption d'une motion de défiance (telle que l'identité de la composition du siège durant toute la procédure), la possibilité offerte à un organe politique — le conseil provincial — de démettre, pour des motifs pouvant être de pure opportunité, un ou plusieurs juges, ou même l'ensemble des membres d'une juridiction — la députation permanente devenant le collège provincial dans l'avant-projet — priverait cette institution de l'indépendance et de l'impartialité requises pour qu'elle puisse encore être qualifiée de juridiction ».

123. — En vue de contrôler toutes les communications du collège des bourgmestre et échevins, ainsi que de chacun de ses membres, il est envisagé de créer, au sein du conseil communal, une commission de contrôle dont les décisions sont susceptibles de recours auprès du collège régional de contrôle, lequel est composé de membres du Conseil de la Région de Bruxelles-Capitale. Pour le Conseil d'Etat (271), « la présente proposition introduit un premier degré de recours administratif auprès du Collège régional de contrôle. Un tel recours en réformation de nature non-juridictionnelle ne peut, dès lors, être considéré que comme une forme de tutelle s'exerçant contre une décision prise par une institution créée dans le cadre territorial de la commune. Or, il est contraire aux principes de séparation des pouvoirs qu'un organe institué au sein du Conseil et composé de parlementaires soit investi d'une mission qu'il revient au pouvoir exécutif d'exercer. En outre, la compétence que l'article 7 de la loi spéciale du 8 août 1980 attribue aux régions est la 'tutelle administrative' sur les communes. Le législateur régional méconnaît cette disposition en confiant cette tutelle à une autorité autre qu'administrative. La disposition doit dès lors être omise ».

(271) Avis L. 35.529/2 du 14 juillet 2003 sur une proposition d'ordonnance « relative au contrôle des communications des collèges des bourgmestre et échevins ainsi que de leurs membres », *Doc. C.R.B.C.*, 2002-2003, n° A-422/2.

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.181.97)
Le Conseil d'Etat. Chronique de jurisprudence 2003
Larcier Edition - © Larcier - 07/02/2020

strada lex

C. — *Droit à un recours juridictionnel effectif*

124. — Le droit d'accès à un juge est limité par les *conditions de recevabilité du recours* qui peut être introduit devant lui. Les critères d'appréciation de leur validité sont différents selon que le recours a trait à la matière civile ou pénale. Pour la section de législation (272), « le droit d'accès à un tribunal peut connaître des restrictions en matière civile, impliquant notamment, le cas échéant, la constitution d'une garantie financière pouvant conditionner la recevabilité d'une action en justice, dans le respect du principe de proportionnalité et des limites inhérentes à la nécessité d'éviter de décourager ainsi de manière excessive les procédures judiciaires qui seraient envisagées par les justiciables en difficulté financière. De manière plus générale, en matière civile, ces limitations visant à réglementer l'accès à la Justice ne peuvent toutefois pas porter atteinte à la substance même du droit d'accès effectif à un tribunal. L'admissibilité de pareilles restrictions, même dans les limites qui viennent d'être énoncées, ne paraît pas pouvoir être transposée en matière pénale. Compte tenu de l'enjeu des procédures pénales, celles-ci doivent pouvoir être accessibles aux personnes faisant l'objet d'une accusation pénale, sans restriction de nature financière ». N'est dès lors pas admissible la disposition qui subordonne la recevabilité du recours que le contrevenant peut introduire, devant le tribunal de Police, au paiement préalable d'une somme.

125. — Le contrôle juridictionnel sur les *sanctions administratives* a à nouveau retenu l'attention du Conseil d'Etat. Dès lors que vu leur nature, leur objectif et leur sévérité, celles-ci doivent être regardées comme des sanctions administratives à caractère pénal, s'appliquent un certain nombre de garanties issues de l'article 6 de la C.E.D.H. et des articles 10 et 11 de la Constitution.

126. — Tout d'abord, ces garanties ont trait à l'étendue du contrôle juridictionnel opéré sur la sanction administrative, ce qui est notamment fonction du juge compétent pour connaître des recours dirigés contre une telle sanction.

A défaut de désigner concrètement le juge, c'est le Conseil d'État, section d'administration, qui, en vertu des règles de droit commun en la matière, doit être considéré comme étant la juridiction compétente pour statuer sur un recours concernant la sanction administrative infligée. Or, pour la sec-

(272) Avis L. 36.152/4 du 1er décembre 2003 sur un avant-projet de loi « modifiant la loi du 7 février 2003 portant diverses dispositions en matière de sécurité routière », *Doc. parl.*, Chambre, 2004-2005, n° 1428/1.

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.181.97)
Le Conseil d'Etat. Chronique de jurisprudence 2003
Larcier Edition - © Larcier - 07/02/2020

strada lex

tion de législation (273), la protection juridique offerte par le Conseil d'État n'est pas adéquate vu les droits garantis en la matière. En effet, « il y a lieu, pour se conformer aux articles 10 et 11 de la Constitution, d'ouvrir un contrôle de pleine juridiction lorsqu'une sanction administrative à caractère pénal est infligée, ce qui implique que le juge doit pouvoir moduler la sanction lorsque l'administration est également investie d'un tel pouvoir. Dès lors que le Conseil d'État, section d'administration, ne dispose pas d'une telle compétence lorsqu'il statue sur un recours en annulation formé contre une décision d'infliger une amende administrative, le législateur doit prévoir la possibilité d'un recours devant une juridiction statuant au contentieux de pleine juridiction pour que le système d'amendes administratives instauré soit conforme aux principes constitutionnels en la matière ».

Lorsque des voies de recours sont prévues contre de telles sanctions, elles doivent obéir aux mêmes impératifs. Ainsi, dans l'optique d'une meilleure répression des petits délits, il appartiendrait désormais aux communes d'édicter des règlements ou des ordonnances afin de réprimer les contraventions, le titre X du Livre II du Code pénal, relatif aux contraventions, étant pour cette raison abrogé; en outre, alors que la législation actuelle prive pratiquement la commune de toute possibilité de sanctionner des comportements pour lesquels des sanctions administratives ou pénales sont déjà prévues par une loi, un décret ou une ordonnance, les infractions prévues par des normes législatives pourraient faire l'objet dans certaines hypothèses d'une répression administrative par les communes. Il est prévu à cet effet quatre types de sanction administrative : l'amende, la suspension administrative et le retrait d'une autorisation ou d'une permission délivrée par la commune, ainsi que la fermeture administrative d'un établissement à titre temporaire ou définitif. Pour le Conseil d'Etat, « les mesures qui sont ainsi prévues le sont bien à titre de sanctions : elles diffèrent de celles qui sont prévues par les articles 134*ter* et 134*quater* de la nouvelle loi communale, qui sont des mesures d'ordre, c'est-à-dire des mesures qui ont pour finalité le maintien de l'ordre et non celle de réprimer un comportement et d'en punir son auteur ». Elle s'interroge dès lors sur la différence qui est faite entre les amendes administratives, susceptibles d'un recours devant les tribunaux de police, et les autres sanctions administratives, susceptibles d'un recours auprès du Conseil d'Etat : « les pouvoirs des tribunaux et ceux du Conseil d'Etat sont différents. (...) Le Conseil d'Etat n'a en tout état de cause pas le pouvoir de réformer une décision administrative, alors que le tribunal de police, s'il était reconnu compétent pour l'ensemble des déci-

(273) Avis L. 35.395/1 du 3 juillet 2003 sur un avant-projet de décret « tot vermindering van de uitstoot van broeikasgassen in het Vlaamse Gewest door het bevorderen van het rationeel energiegebruik, het gebruik van hernieuwbare energiebronnen en de toepassing van flexibiliteitsmechanismen uit het Protocol van Kyoto », *Vl. St.*, Vl. P., 2003-2004, n° 2113/1; avis L. 35.356/1 du 18 septembre 2003 cité à la note 13.

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.181.97)
Le Conseil d'Etat. Chronique de jurisprudence 2003
Larcier Edition - © Larcier - 07/02/2020

strada lex

sions administratives, aurait, lui, ce pouvoir. La loi en projet établit une différence de traitement entre les personnes punies d'une amende et celles punies par une autre sanction administrative quant à l'étendue du recours juridictionnel auquel elles ont accès, et cette différence de traitement pourrait être jugée discriminatoire » (274).

127. — Ensuite, ces garanties ont trait à la procédure de recours juridictionnel.

A propos du recours ouvert contre les sanctions administratives communales, lequel est introduit sur « requête écrite et gratuite auprès du tribunal de police », la section de législation observe que « le recours organisé lorsque le tribunal est ainsi saisi, n'organise pas d'office un débat contradictoire et public. L'auteur de l'infraction ne bénéficie donc pas d'un recours effectif au sens de l'article 6 et 13 de la C.E.D.H.. Ces dispositions requièrent, notamment, que toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue publiquement. En outre, dès lors que les sanctions prévues par le présent avant-projet ont un caractère pénal au sens de la convention, l'auteur de l'infraction doit pouvoir interroger et faire interroger les témoins à charge ainsi qu'obtenir la convocation et l'interrogation des témoins à décharge » (275).

Les communes auraient la possibilité de sanctionner administrativement les mineurs de plus de seize ans par le biais d'une amende administrative limitée à 125 euros, laquelle peut faire l'objet d'un recours devant le tribunal de la jeunesse, celui-ci ayant en la matière les mêmes pouvoirs de réformation que le tribunal de police. Il en résulte que le mineur de plus de seize ans qui commettra une infraction passible d'une amende administrative communale pourra être condamné à cette amende, plutôt que de se voir imposer « une mesure de garde, de préservation et d'éducation » prévue par l'article 37, § 1er, de la loi du 8 avril 1965 relative à la protection de la jeunesse. Indépendamment de la question de savoir s'il peut être raisonnablement justifié d'appliquer à un mineur le principe inhérent aux sanctions administratives en vertu duquel l'auteur d'une infraction ne voit son cas examiné par un juge que s'il en prend lui-même l'initiative, la section de législation relève, à l'instar de la Cour d'arbitrage, dans l'arrêt n° 155/2002 du 6 novembre 2002, que « l'application de ces sanctions administratives priverait certains mineurs des garanties procédurales que la loi précitée du 8 avril 1965 a instaurées pour l'ensemble des mineurs, quelle que soit la gravité des faits ». A l'argument selon lequel la loi du 8 avril 1965, précitée,

(274) Avis L. 34.690/2 et 34.691/2 du 12 février 2003 sur 1° un avant-projet de loi « modifiant la loi du 8 avril 1965 relative à la protection de la jeunesse et modifiant la nouvelle loi communale » (34.690/2), et sur 2° un avant-projet de loi « modifiant la nouvelle loi communale » (34.691/2), *Doc. parl.*, Chambre, 2002-2003, n° 2367/1 et *Doc. parl.*, Chambre, 2002-2003, n° 2366/1.

(275) *Ibidem*.

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.181.97)
Le Conseil d'Etat. Chronique de jurisprudence 2003
Larcier Edition - © Larcier - 07/02/2020

strada lex

prévoit déjà des cas d'infractions où le mineur de plus de seize ans ne fait pas l'objet de mesures de garde, de préservation ou d'éducation, mais est renvoyé devant les juridictions compétentes en vertu du droit commun, le Conseil d'Etat objecte deux éléments. D'une part, même dans l'hypothèse où le mineur de plus de seize ans est renvoyé devant les juridictions de droit commun, la loi du 8 avril 1965, précitée, prévoit que « si les débats devant ces juridictions font apparaître qu'une mesure de garde, de préservation ou d'éducation serait plus adéquate en la cause, ces juridictions peuvent, par décision motivée, se dessaisir et renvoyer l'affaire au ministère public aux fins de réquisitions devant le tribunal de la jeunesse, s'il y a lieu ». Or, en l'occurrence, il n'est pas prévu que le tribunal de la jeunesse, saisi d'un recours contre une décision administrative, puisse faire autre chose qu'examiner la légalité et la proportionnalité de la sanction administrative, et confirmer ou réformer, le cas échéant, la décision administrative. « Les avant-projets créent donc une différence de traitement entre les mineurs de plus de seize ans qui sont poursuivis par le ministère public pour des faits qualifiés d'infraction par un règlement ou une ordonnance de police communale et ceux qui, pour les mêmes faits, sont poursuivis administrativement. Seuls les premiers peuvent faire l'objet d'une mesure de garde, de préservation et d'éducation, alors que les seconds ne peuvent faire l'objet que d'une mesure répressive, à savoir le paiement d'une amende. Le Conseil d'Etat n'aperçoit aucune justification raisonnable à ce que, pour certaines infractions, le législateur abandonne le souci qu'il a manifesté de protéger les mineurs et de préserver leur avenir en leur accordant des garanties procédurales particulières ». D'autre part, « il convient d'observer qu'il reviendra au procureur du Roi de faire le choix entre une mesure répressive, en décidant de ne pas poursuivre, et une mesure de protection, s'il décide de poursuivre le mineur de plus de seize ans devant le tribunal de la jeunesse, alors que, pour toute autre infraction commise par un mineur, même celles pour lesquelles il peut être renvoyé devant la juridiction de droit commun, il revient en définitive au juge de faire ce choix. Les avant-projets créent donc également une discrimination dans le droit du mineur d'accès à un juge ».

V. — Les pouvoirs locaux

128. — La région ne peut exercer ses compétences en matière d'organisation des communes et des provinces sans respecter les principes de l'autonomie locale prévus par les articles 41 et 162, alinéa 2, de la Constitution et l'article 6, § 1er, VIII, alinéa 1er, 1°, alinéa 3, de la loi spéciale du 8 août 1980. Ces dispositions n'ont bien entendu pas pour effet d'empêcher le législateur régional, dans le cadre de ses autres compétences matérielles, de

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.181.97)
Le Conseil d'Etat. Chronique de jurisprudence 2003
Larcier Edition - © Larcier - 07/02/2020

strada lex

régler une matière précédemment réglée par les communes ou les provinces parce qu'il estime que cette matière dépasse l'intérêt communal ou provincial. En outre, dès qu'une autorité fédérale ou fédérée règle une matière déterminée, les communes et les provinces, qui sont des pouvoirs subordonnés, ne peuvent plus réglementer ce domaine que dans le respect des dispositions de niveau supérieur.

Le législateur régional n'excède pas non plus ses compétences lorsque, dans une matière déterminée relevant de ses autres compétences matérielles, il réglemente ou même interdit l'intervention de la province, pour autant qu'il ne soit pas apporté une atteinte disproportionnée au principe de l'autonomie provinciale, tel qu'il résulte de la Constitution et de la loi spéciale.

Par contre, la région ne pourrait, par le biais de l'adoption d'une disposition organique, empêcher les provinces de régler tout ce qui est d'intérêt provincial, par exemple en dressant *a priori* une liste limitative des matières que ces institutions seraient autorisées à régler ou en donnant, de manière péremptoire, sa propre définition de l'intérêt provincial.

Au regard de ce qui précède, une référence au principe de subsidiarité ne peut être comprise que comme une injonction faite aux provinces de ne régler ce qui relève de l'intérêt provincial que dans la mesure où cette intervention s'avère plus adéquate que celle qui pourrait être exercée par des autorités, telles que les communes, agissant sur un territoire plus restreint que le territoire provincial.

La détermination *a priori* d'un certain nombre de matières qui, « sans préjudice des dispositions spéciales légales et décrétales », ne relèveraient en tout état de cause plus de l'intérêt provincial, quelle que soit par ailleurs l'attitude adoptée dans ces matières par la Région wallonne, est plus délicate. Ce faisant, l'autorité régionale procèderait *a contrario* à une certaine définition de l'intérêt provincial en excluant expressément de son contenu une série d'actions et de responsabilités qui, par principe, ne relèveront donc plus de la compétence de la province.

La fixation d'une telle liste des matières qui ne relèveraient par définition pas de l'intérêt provincial apparaît cependant comme une restriction, à la fois organique et préventive, de la notion de l'intérêt provincial, dont il n'est pas possible de s'assurer qu'elle ne constitue effectivement pas une atteinte disproportionnée au principe de l'autonomie provinciale. Il appartient dès lors à l'autorité régionale de pouvoir dûment justifier que chacune des matières peut être considérée comme ne relevant plus de l'intérêt provincial sans que cela ne constitue une atteinte disproportionnée au principe de l'autonomie provinciale (276).

(276) Avis L. 35.831/2V/VR des 15 et 18 septembre 2003 cité à la note 270.

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.181.97)
Le Conseil d'Etat. Chronique de jurisprudence 2003
Larcier Edition - © Larcier - 07/02/2020

strada lex

129. — La compétence attribuée aux régions en matière de pouvoirs subordonnées implique que la Région flamande est compétente pour la fixation du statut pécuniaire des gouverneurs de provinces, du gouverneur adjoint de la province du Brabant flamand, des commissaires d'arrondissement, du commissaire d'arrondissement adjoint de Tongres et des receveurs régionaux en application de sa compétence en matière de pouvoirs subordonnés (277).

130. — L'article 6, § 1er, VIII, alinéa 1er, 1°, quatrième tiret, de la loi spéciale du 8 août 1980, tel que modifié par la loi spéciale du 13 juillet 2001, prévoit que les commissaires d'arrondissement « sont nommés et révoqués par le gouvernement de région concerné, sur l'avis conforme du Conseil des ministres ». Il en résulte que réglant la composition, l'organisation, la compétence et le fonctionnement des institutions provinciales, la région ne peut supprimer la fonction de commissaire d'arrondissement, pas plus qu'elle ne peut d'ailleurs supprimer les autres fonctions visées dans cette même disposition. Les travaux préparatoires de la loi spéciale confirment cette interdiction (278).

131. — Il ressort des travaux préparatoires de l'article 170 de la Constitution que cette disposition a pour objet de « créer une sorte de mécanisme de défense de l'Etat à l'égard des autres niveaux de pouvoir, de manière à se réserver une matière fiscale propre ». La loi prévue par cette disposition doit permettre « d'établir quelles matières sont réservées à l'Etat ». Ne sont donc pas visées les modalités à respecter par les provinces et les communes lorsqu'elles établissent et perçoivent un impôt.

En vertu l'article 6, § 1er, VIII, alinéa 1er, 1° de la loi spéciale du 8 août 1980, tel que remplacé par la loi spéciale du 13 juillet 2001, les Régions sont compétentes, en ce qui concerne les pouvoirs subordonnés, pour « ... la composition, l'organisation, la compétence et le fonctionnement des institutions provinciales et communales ».

L'établissement et le recouvrement des impôts communaux et provinciaux relèvent de l'organisation, de la compétence et du fonctionnement des institutions provinciales et communales. Le Constituant et le législateur spécial, dans la mesure où ils ne disposent pas autrement, ont attribué aux communautés et aux régions toute la compétence d'édicter les règles propres aux matières qui leur ont été transférées. A l'exception de la compétence réservée au législateur fédéral par l'article 170, § 4, de la Constitution, il y a donc lieu de considérer que les régions sont, en vertu de la loi spéciale du 8 août 1980, seules compétentes pour fixer les règles que doi-

(277) Avis L. 35.955/3 du 28 octobre 2003 sur un projet d'arrêté du Gouvernement flamand « tot toekenning van een vakantiegeld en eindejaarstoelage aan de provinciegouverneurs, arrondissementscommissarissen en gewestelijk ontvangers ».

(278) Avis L. 35.831/2V/VR des 15 et 18 septembre 2003 cité en note 270.

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.181.97)
Le Conseil d'Etat. Chronique de jurisprudence 2003
Larcier Edition - © Larcier - 07/02/2020

strada lex

vent respecter les provinces et les communes lorsqu'elles établissent et recouvrent des impôts (279).

132. — Sur la base de l'article 170, § 4, de la Constitution, la Cour d'arbitrage a considéré que les communautés et les régions n'étaient pas compétentes pour prendre des dispositions législatives restreignant l'autonomie fiscale des communes et que le législateur décrétal ne pouvait se fonder sur l'article 10 de la loi spéciale du 8 août 1980 pour ainsi empiéter sur les compétences fédérales.

La question pourrait se poser de savoir si cette jurisprudence reste d'actualité, compte tenu des modifications apportées à l'article 19, § 1er, de la loi spéciale du 8 août 1980 par les lois spéciales des 16 juillet 1993 et 13 juillet 2001. Il n'est pas indispensable d'examiner la question de l'incidence de la modification apportée par la loi spéciale du 13 juillet 2001. En effet, même si cet examen devait conduire à la conclusion selon laquelle le législateur fédéral est resté compétent pour adopter la « loi » visée à l'article 170, § 4, de la Constitution, il y aurait lieu de constater en l'espèce qu'il est loisible au législateur régional de faire application des pouvoirs implicites dont il dispose sur la base de l'article 10 de la loi spéciale du 8 août 1980. La modification apportée par la loi spéciale du 16 juillet 1993 ne permet en effet plus de conclure, comme a pu le faire la Cour par ses arrêts n° s 47, 56 et 57, antérieurs à l'entrée en vigueur de cette loi spéciale, que le législateur décrétal, dans l'exercice de ses compétences, ne peut se fonder sur l'article 10 de la loi spéciale du 8 août 1980 pour régler cette matière réservée au législateur fédéral.

Les conditions d'application de cette dernière disposition semblent réunies pour la section de législation du Conseil d'Etat dans le cas d'une ordonnance prévoyant qu'à partir de la date à laquelle la Région taxe effectivement les sites inscrits à l'inventaire des sites d'activité inexploités, les communes de la Région de Bruxelles-capitale ne peuvent plus percevoir de taxes sur ces sites dues en raison de leur inexploitation.

Il appartient certes au législateur d'établir que tel est bien le cas, notamment par une justification circonstanciée dans l'exposé des motifs ou le commentaire de la disposition à l'examen, mais il résulte des explications fournies en l'espèce par le délégué du Gouvernement que :

— la nécessité de la mesure peut résulter de l'économie même de l'avant-projet consistant à concevoir une législation visant à la réaffectation de sites d'activité inexploités, précédée le cas échéant de leur réhabilitation, opérations dont l'un des éléments principaux d'incitation consiste en un

(279) Avis L. 34.913/VR du 4 mars 2003 sur un projet de loi « modifiant l'article 10 de la loi du 24 décembre 1996 relative à l'établissement et au recouvrement des taxes provinciales et communales » et les amendements n° 1 du Gouvernement et n° 2 de M. Dirk Pieters, *Doc. parl.*, Chambre, sess. 2001-2002, n° 1990/3.

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.181.97)
Le Conseil d'Etat. Chronique de jurisprudence 2003
Larcier Edition - © Larcier - 07/02/2020

strada lex

dispositif fiscal unique sur l'ensemble du territoire de la Région ; dès lors que celle-ci entend établir une réglementation de ce type, elle peut considérer comme nécessaire d'éviter des disparités de traitement fiscal selon les communes, ce qui implique une limitation de leur pouvoir en la matière ;

— la matière se prête à un règlement différencié puisque l'avant-projet n'entend pas limiter de manière générale l'autonomie fiscale des communes mais se borne à apporter une pareille limitation dans une matière imposable bien définie, soit la taxation figurant à l'inventaire des sites inexploités ; ce dernier élément, compte tenu de l'impact limité de la mesure sur la fiscalité des communes, permettrait aussi de conclure au caractère marginal de la mesure.

Enfin, conformément à l'article 170, § 4, alinéa 2, de la Constitution, le législateur régional doit aussi démontrer la nécessité de restreindre l'autonomie fiscale des communes, mais, en substance, l'objet de cette obligation coïncide avec celui de la première des conditions qu'il doit remplir pour pouvoir recourir à l'article 10 de la loi spéciale du 8 août 1980 (280).

VI. — Les finances publiques

A. — *La fiscalité*

133. — Le législateur ne peut prévoir qu'une contribution unique de 9 % est réduite à 6 % des sommes, capitaux ou valeurs mobilières déclarés lorsque ces montants, diminués de la contribution de 6 %, sont investis ou réinvestis, pour un montant équivalent et pour une période d'au moins trois ans, en valeurs dont la nature sera fixée par un arrêté royal délibéré en Conseil des ministres. Cette délégation de pouvoir est contraire à l'article 172 de la Constitution selon lequel aucune réduction d'impôt ne peut être accordée que par la loi. C'est donc la loi elle-même qui doit déterminer la nature des investissements qui donnent droit à la réduction de la contribution à concurrence d'un tiers. La loi devrait en outre indiquer comment on contrôlera que l'investissement sera maintenu pour une durée de trois ans. La loi doit enfin préciser les conséquences du non-respect du délai de trois ans (281).

134. — Il résulte de l'article 173 de la Constitution qu'une contribution financière peut uniquement être exigée du citoyen, sous la forme d'une redevance, s'il existe un fondement légal à cette fin. Le fait que le paiement de la cotisation doit éventuellement être effectué à un tiers qui n'est pas lui-même un organe public n'enlève rien à cette règle : pour que l'ar-

(280) Avis L. 35.171/4 du 7 juillet 2003 cité à la note 81.
(281) Avis L. 35.936/2/VR des 7 et 9 octobre 2003 cité en note 262.

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.181.97)
Le Conseil d'Etat. Chronique de jurisprudence 2003
Larcier Edition - © Larcier - 07/02/2020

strada lex

ticle 173 soit applicable, il suffit que le paiement soit imposé par l'autorité (282).

135. — Si l'article 6, § 2, alinéa 1er, 4°, de la loi spéciale du 16 janvier 1989 habilite les régions à instaurer des réductions fiscales liées à leurs compétences, il n'en demeure pas moins que, conformément à cette même disposition de la loi spéciale du 16 janvier 1989, ces réductions doivent prendre la forme « d'une déduction par rapport à l'impôt des personnes physiques dû et non la forme d'une réduction de la base imposable ». La mise en place d'une mesure d'aide sous la forme d'un amortissement accéléré qui équivaut à une réduction directe de la base imposable, échappe dès lors à la compétence des régions définie à l'article 6, § 2, alinéa 1er, 4°, de la loi spéciale du 16 janvier 1989 (283).

136. — Il résulte d'une lecture combinée de l'article 51, §§ 3, alinéas 1er et 4 de la loi spéciale du 16 janvier 1989 que l'État fédéral est compétent pour modifier les règles de procédure administratives relatives au précompte immobilier en ce qui concerne les régions pour le compte desquelles il assure encore le service de cet impôt. D'après les travaux parlementaires ayant précédé l'adoption de la loi spéciale précitée du 13 juillet 2001, le service de l'impôt vise « ... le processus de l'établissement de la base imposable, le calcul de l'impôt, le contrôle de la base imposable et de l'impôt, ainsi que le contentieux y afférent (tant administratif que judiciaire), la perception et le recouvrement de l'impôt (en ce compris les frais et intérêts) ». Compte tenu de ce qui précède, ajouter, à la procédure actuelle d'octroi de diverses réductions du précompte immobilier sur demande expresse de l'intéressé, une procédure automatique d'octroi de ces mêmes réductions peut être considérée comme la modification d'une règle de procédure administrative relative au précompte immobilier, modification qui relève de la compétence de l'État fédéral aussi longtemps que celui-ci continue à assurer le service de l'impôt. En matière de précompte immobilier, l'État fédéral assure toujours le service de l'impôt pour compte des régions wallonne et de Bruxelles-Capitale. Par contre, depuis l'exercice d'imposition 1999, la Région flamande assure en régie le service du précompte immobilier. En conséquence, le champ d'application territorial de la loi doit être limité aux régions wallonne et de Bruxelles-Capitale (284).

(282) Avis L. 35.241/3 du 14 juillet 2003 sur un projet d'arrêté royal « relatif à l'identification et l'enregistrement des chiens ».

(283) Avis L. 35.911/1 du 9 octobre 2003 sur un avant-projet d'ordonnance « relatif aux incitants régionaux pour les investissements généraux en faveur des très petites, petites ou moyennes entreprises », *Doc. C.R.B.C.*, sess. 2003-2004, n° A-534/1.

(284) Avis L. 36.078/VR/2 du 9 décembre 2003 sur une proposition de loi « modifiant l'article 257 du Code des impôts sur les revenus 1992 afin de rendre automatique les réductions au précompte immobilier », *Doc. parl.*, Chambre, 2003-2004, n° 332/2.

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.181.97)
Le Conseil d'Etat. Chronique de jurisprudence 2003
Larcier Edition - © Larcier - 07/02/2020

strada lex

B. — *L'organisation budgétaire et financière*

137. — Il résulte des principes d'universalité, d'annualité et de spécialité du budget, consacrés par les articles 174 et 180, alinéa 2, de la Constitution, que les autorisations de dépenses, que constituent les crédits, doivent être fixées annuellement et limitativement, et porter sur des objets déterminés.

Cette limitation des crédits peut soit résulter d'un montant maximum fixé par le budget, soit varier, dans le cas d'un fonds budgétaire, en fonction des recettes perçues qui sont spécialement affectées par la loi à des dépenses déterminées.

En créant un fonds budgétaire, auquel serait applicable l'article 45 des lois coordonnées sur la comptabilité de l'Etat, et en prévoyant que ce fonds peut présenter une position débitrice, c'est le montant de cette position débitrice qui constitue en fait la limite d'utilisation des crédits variables.

Pour respecter les principes constitutionnels rappelés ci-dessus, il convient donc que le montant de la position débitrice soit fixé dans la loi organique du Fonds ou dans la loi budgétaire. Certes, il a toujours été admis qu'en cas d'urgence amenée par des circonstances exceptionnelles ou imprévisibles, une dépense non prévue au budget puisse être effectuée avant que l'avant-projet de loi ouvrant les crédits nécessaires ne soit approuvé. Dans des conditions constitutives d'un état de nécessité, il peut également être admis qu'un Fonds puisse effectuer des dépenses pour un montant excédant la position débitrice légalement admise. Pour mieux respecter la primauté qui revient en matière budgétaire à la Chambre des représentants, il convient cependant d'assortir l'autorisation de dépasser la position débitrice initialement fixée par la loi, des mêmes mécanismes et mêmes garanties qui peuvent être mis en œuvre lorsque le Gouvernement recourt à des délibérations budgétaires conformément à l'article 44 des lois coordonnées sur la comptabilité de l'Etat (285).

138. — En vertu de l'article 12, alinéas 1er et 2, des lois sur la comptabilité de l'Etat coordonnées le 17 juillet 1991, c'est au budget général des dépenses de prévoir et d'autoriser celles-ci par programmes en distinguant les moyens budgétaires qui se rapportent aux frais de fonctionnement et aux objectifs des programmes d'activités. De même, en vertu de l'article 14 des mêmes lois, il appartient au législateur et non au Roi d'assurer la ventilation en allocations de base conformément à la classification économique (286).

(285) Avis L. 34.971/1/2/3/4 du 27 février 2003 cité à la note 164.

(286) Avis L. 35.255/4 du 9 avril 2003 sur un projet d'arrêté royal « fixant le fonctionnement du Commissariat général aux réfugiés et aux apatrides ».

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.181.97)
Le Conseil d'Etat. Chronique de jurisprudence 2003
Larcier Edition - © Larcier - 07/02/2020

strada lex

139. — L'article 12, alinéa 3, des lois coordonnées sur la comptabilité de l'État dispose qu'« en l'absence d'une loi organique, tout subside doit faire l'objet dans le budget général des dépenses d'une disposition spéciale qui en précise la nature ; ces subsides peuvent être octroyés aux conditions fixées par le Roi ». L'allocation de base qui ne figure que dans un des tableaux budgétaires ne peut être considérée comme une « disposition spéciale » dans le budget général des dépenses même, ainsi que l'exige l'article 12 précité. Elle ne suffit donc pas pour constituer le fondement légal d'un régime de subvention. En outre, il faut souligner que même si une disposition spéciale figurait dans le budget général des dépenses, celle-ci ne pourrait servir de fondement légal que pour l'année budgétaire concernée (287).

140. — Conformément à l'article 175, alinéa 2, de la Constitution, c'est au Conseil de la communauté ou de la région qu'il appartient de régler par décret l'affectation de ses recettes. Il n'appartient pas au législateur ordinaire, par une disposition prévoyant que les moyens financiers destinés à la mise en œuvre d'une disposition sont communiqués par le Gouvernement au Conseil et qu'ils sont au minimum équivalents au montant alloué l'année précédente, de méconnaître la règle de l'annualité budgétaire selon laquelle les budgets sont votés chaque année et ne valent que pour un an (288).

141. — Une disposition prévoyant que le Roi pourra accorder la garantie gratuite de l'État pour les engagements des sociétés régionales du logement résultant de l'éventuelle reprise, par ces sociétés, d'emprunts contractés par le Fonds d'amortissement des emprunts du logement social, ainsi que pour les engagements desdites sociétés résultant d'opérations de refinancement dans ce domaine doit faire l'objet d'une loi spéciale en application de l'article 177 de la Constitution qui prévoit que le système de financement des Régions est fixé par une loi adoptée à la majorité spéciale (289).

(287) Avis L. 35.390/3 des 1er juillet 2003, 18 septembre 2003, 9 et 14 octobre 2003 sur un projet d'arrêté royal « portant fixation du subside alloué aux pratiques périnatales à domicile » et avis L. 35.394/3 des 1er juillet 2003, 18 septembre 2003, 9 et 14 octobre 2003 un projet d'arrêté royal « portant fixation du subside alloué aux pratiques de soins infirmiers à domicile ».

(288) Avis L. 35.491/4 du 2 juillet 2003 sur un avant-projet de décret « relatif à l'emploi dans le secteur socio-culturel et portant des dispositions diverses », *Doc. C.C.F.*, sess. 2003-2004, n° 464/1.

(289) Avis L. 36.080/1/2/3/4 des 7 et 12 novembre 2003 cité à la note 15.

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.181.97)
Le Conseil d'Etat. Chronique de jurisprudence 2003
Larcier Edition - © Larcier - 07/02/2020