

LA COUR D'ARBITRAGE ET LE CONSEIL D'ÉTAT

PAR

Robert ANDERSEN

PROFESSEUR

À L'UNIVERSITÉ CATHOLIQUE DE LOUVAIN
CONSEILLER D'ÉTAT

Pierre NIHOUL

ASSISTANT

À L'UNIVERSITÉ CATHOLIQUE DE LOUVAIN
AUDITEUR AU CONSEIL D'ÉTAT

ET

Sébastien DEPRÉ

ASSISTANT

À L'UNIVERSITÉ CATHOLIQUE DE LOUVAIN
AVOCAT

Le contrôle de constitutionnalité n'est pas le monopole de la Cour d'arbitrage. Aux différents stades de l'élaboration et de la vie d'une règle de droit, il peut être exercé par d'autres autorités. Lorsqu'un texte est en préparation, c'est au Conseil d'État, section de législation, qu'il appartient de se prononcer. Mais le Conseil d'État ne peut pas toujours agir seul. Il lui arrive de collaborer avec le Comité de concertation.

Au cours de son existence, c'est la nature de la règle qui détermine quelle est l'autorité compétente pour exercer un contrôle de constitutionnalité. S'agit-il d'un acte administratif, il faut se tourner vers la section d'administration du Conseil d'État, sans oublier l'article 159 de la Constitution qui donne aux juges de l'ordre judiciaire la compétence d'exercer un contrôle de constitutionnalité par la voie d'une exception. S'agit-il d'une norme législative, il convient alors de saisir la

Cour d'arbitrage qui est seule compétente pour veiller au respect de la Constitution par les lois, les décrets et les ordonnances.

Ce rappel des différentes techniques de contrôle de constitutionnalité ne doit pas faire oublier que la Cour d'arbitrage fut seulement créée en 1983. Qu'en était-il avant ? Il serait excessif de dire qu'il n'existait pas de contrôle de constitutionnalité des normes *a posteriori*. Il faut rappeler qu'une troisième section avait été créée au sein du Conseil d'État, la section des conflits de compétence (1). On peut y voir la première initiative tendant à instaurer un contrôle de constitutionnalité des lois (2).

Même si la section des conflits de compétence n'a jamais rendu d'arrêt, faute de membres, même si elle a été supprimée par la loi du 28 juin 1983 portant l'organisation, la compétence et le fonctionnement de la Cour d'arbitrage, il est utile de rappeler, brièvement, quelles étaient les solutions et les techniques imaginées par le législateur. Les critiques qu'elles soulèvent permettent, en effet, de mieux comprendre le fonctionnement actuel de la Cour d'arbitrage.

La section des conflits de compétence, appelée à se prononcer par voie d'arrêtés de règlement, pouvait être saisie directement par les autorités exécutives. Elle se livrait alors à un *contrôle abstrait* de la norme querellée. Le recours des particuliers était exclu.

Elle pouvait également être saisie à titre préjudiciel. Il s'agissait alors du *contrôle concret*. Dans les deux cas, le contrôle de la section des conflits de compétence se limitait aux règles de répartition des compétences. Le contentieux de l'égalité et de la non-discrimination lui échappait.

La plus grande originalité — c'est également celle qui prête le plus à la critique — du système mis en place en 1971, résul-

(1) Voy. l'art. 3 de la loi du 3 juillet 1971, relative à la répartition des membres des chambres législatives en groupes linguistiques et portant diverses dispositions relatives aux conseils culturels pour la communauté culturelle française et pour la communauté culturelle néerlandaise, *Mon. b.*, 6 juillet 1971, p. 8449 ; J.-J. MASQUELIN, « Procédure tendant à prévenir et à régler les conflits de compétence en matière culturelle », *R.J.D.A.*, 1974-1975, pp. 119 et sv.

(2) P. DE VISSCHER et F. DELPÉRÉE, « Pour une juridiction constitutionnelle en Belgique », in *Actualité du contrôle juridictionnel des lois*, Bruxelles, Larcier, 1973, p. 287.

tait de l'intervention des chambres législatives dans le contrôle de constitutionnalité des lois.

L'article 15 de la loi du 3 juillet 1971 disposait, en effet, que l'arrêt de règlement rendu par la section des conflits de compétence, sur question préjudicielle ou suite à un recours direct, pouvait voir sa force exécutoire mise à mal par les chambres législatives : ces dernières pouvaient annuler la décision du Conseil d'État.

Ce sont les chambres qui, en définitive, se prononçaient souverainement sur l'annulation du texte qui leur était soumis. Comment ne pas souligner le manque d'autonomie et d'indépendance qui caractérisait la section des conflits de compétence ? Le Conseil d'État apparaissait comme un « partenaire juridictionnel » (1) du pouvoir législatif.

Il faut encore souligner quels étaient les effets de l'arrêt de règlement. Voici le législateur qui confirmait l'annulation d'un texte décidée par le Conseil d'État. Cette décision était publiée au *Moniteur belge* et elle produisait ses effets dans les dix jours qui suivaient cette publication. Mais il ne faut pas s'y tromper : la norme incriminée ne disparaissait pas de l'ordre juridique. Il n'est pas permis de dire, à proprement parler, que le texte était *annulé*. Si l'arrêt de règlement était rendu sur question préjudicielle, le juge, certes, n'aurait pu appliquer la règle au litige qu'il avait pour mission de trancher. Par contre, lorsque l'arrêt était rendu sur recours abstrait, il appartenait au Roi de présenter aux chambres ou au conseil compétent, un projet de loi ou de décret tendant à l'abrogation du texte incriminé. Ni l'intervention du Conseil d'État, ni celle des chambres législatives n'entraînait sa disparition directe de l'ordre juridique.

Comment comprendre l'intervention du pouvoir législatif dans le travail du juge ? Comment justifier cette atteinte à la séparation des pouvoirs ? La réponse est à trouver dans les travaux parlementaires. « La tradition du droit public belge (...) veut que le droit ultime d'interprétation de la Constitution appartient au Parlement » (2).

(1) M. VAN CAUWELAERT, cité par P. DE VISSCHER et F. DELPÉRÉE, *op. cit.*, p. 281.

(2) *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 1969-1970, n° 402, p. 39.

Le système imaginé était malheureux et inadéquat. Il n'a jamais fonctionné mais il a eu un mérite : faire évoluer les idées (1).

I. — LA COUR D'ARBITRAGE
ET LA SECTION DE LÉGISLATION
DU CONSEIL D'ÉTAT (*)

Le Conseil d'État, section de législation, et la Cour d'arbitrage se partagent, pour l'essentiel, le contrôle de constitutionnalité des normes de valeur législative. Il n'est pas inutile de rappeler les rôles respectifs joués par ces deux autorités ainsi que les différences qui caractérisent leurs interventions.

A. — *La section de législation
du Conseil d'État
et le Comité de concertation*

Le Conseil d'État, en sa section de législation, exerce un contrôle de constitutionnalité des projets d'actes législatifs qui lui sont soumis. Mais il faut immédiatement indiquer que le Conseil d'État n'exerce pas seul cette compétence. Intervient également une autorité politique, le Comité de concertation. Comment peut-on articuler le rôle respectif de ces deux autorités dans le contrôle *a priori* de constitutionnalité des projets de lois, de décrets ou d'ordonnances ?

1. *La saisine du Comité de concertation*

En vertu de l'article 3, § 3, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, lorsque la section de législation du Conseil d'État est d'avis que le texte qui lui est soumis est entaché d'un excès de compétence, le destinataire de l'avis saisit le Comité de concertation. Celui-ci — on le sait — est une autorité politique, composée de représentants du gouvernement fédéral et de représentants des gouvernements des entités fédérées (2).

(1) H. SIMONART, *La Cour d'arbitrage. Une étape dans le contrôle de la constitutionnalité de la loi*, Bruxelles, Story-Scientia, 1988, p. 79.

(*) Cette section a été rédigée par S. Depré.

(2) Voy. l'art. 31 de la loi ordinaire du 9 août 1980 ; voy. l'art. 67 de la loi du 31 décembre 1983 de réformes institutionnelles pour la Communauté germanophone.

Si le Comité de concertation est essentiellement compétent pour intervenir dans la procédure de règlement des conflits d'intérêts (1), les lois coordonnées sur le Conseil d'État prévoient également son intervention dans le contrôle *a priori* de l'excès de compétence. Il apparaît, en réalité, comme le cénacle au sein duquel les intéressés peuvent dégager une solution négociée afin d'éviter la naissance d'un conflit de compétence (2).

Aux termes du § 4 de l'article 3 des lois coordonnées, le Comité de concertation est, en effet, invité à rendre un avis motivé, suivant la règle du consensus, sur la question de savoir s'il y a excès de compétence. Dans l'affirmative, le Comité de concertation demande à l'auteur du texte de le corriger pour faire cesser le conflit.

Outre le rôle dévolu au Comité de concertation dans l'examen préventif des excès de compétence, rôle qui sera abordé ci-après (3), il est permis de s'interroger sur le mode de fonctionnement du Comité de concertation.

Premièrement, la composition du Comité de concertation est susceptible de susciter des difficultés. Le Comité de concertation — on l'a indiqué — réunit les représentants de la collectivité fédérale et des collectivités fédérées. Il est dès lors inévitable que se retrouvent à la même table l'auteur de l'acte incriminé et ceux qui pourraient en souffrir. Un avis ne serait-il pas plus facilement dégagé par une autorité neutre et extérieure que par les protagonistes eux-mêmes (4) ?

Deuxièmement, le Comité de concertation est appelé à délibérer selon la règle du *consensus*. En réalité, il faudrait plutôt parler d'*unanimité* (5). Le Comité de concertation n'est, en effet, pas tenu de dégager une solution. Chaque membre peut obstinément brandir un veto. Pour reprendre les termes du Conseil d'État, section de législation, le système mis en place

(1) Voy. l'art. 143 de la Constitution et les art. 31 et sv. de la loi ordinaire du 9 août 1980 de réformes institutionnelles.

(2) M.A. LEJEUNE, « Les mécanismes de prévention des conflits d'intérêts », in *Les conflits d'intérêts*, Namur, La Charte, 1990, p. 46.

(3) Voy. point 2.

(4) Voy. A. ALEN et P. PEETERS, « België op zoek naar een coöperatief Staatsmodel », *T.B.P.*, 1989, p. 353.

(5) Voy. H. SIMONART, *op. cit.*, p. 75.

par la loi ordinaire du 9 août 1980 « ne saurait, dans son imperfection, être autre chose qu'une tentative institutionnalisée d'amener les intéressés à conclure un compromis sans que soit prévue une quelconque possibilité réelle de les y contraindre » (1).

Il faut souligner que, dans les faits, les statistiques semblent indiquer que le consensus est fréquemment atteint (2).

2. *La répartition des rôles*

Il est utile de s'interroger sur la justification de l'intervention du Comité de concertation dans le contrôle préventif des projets de nature législative. Pourquoi le Comité de concertation, un organe politique, est-il amené à se prononcer sur une question juridique et quelle est la nature de l'avis qu'il est amené à émettre ?

L'intervention du Comité de concertation, prévue par la loi du 9 août 1980, remplace celle des chambres législatives, prévue par la loi du 3 juillet 1971. Cette dernière, en son article 11, disposait, en effet, que lorsque la section de législation du Conseil d'État était d'avis que l'avant-projet ou la proposition de décret excédait la compétence du conseil culturel, le texte ne pouvait être adopté qu'après une résolution favorable des chambres législatives ; il s'agissait là d'une intervention politique, basée sur des critères d'opportunité et consacrant le pouvoir du *dernier mot* (3) des chambres législatives.

C'est la volonté de respecter l'autonomie des communautés et des régions qui conduit le législateur, en 1980, à substituer le Comité de concertation aux chambres législatives. Mais le rôle qui lui est assigné reste le même que celui qui était dévolu au Parlement : il lui appartient de donner un avis *politique* sur la question de l'excès de compétence. Comment, en effet, concevoir qu'il puisse donner un avis juridique alors que c'est

(1) Avis de la section de législation du Conseil d'État du 11 juillet 1979 relatif au projet de loi ordinaire des régions et des communautés, *Doc. parl.*, Sén., sess. extr. 1979, n° 260/1, Annexe, p. 20.

(2) Voy. à cet égard, A. ALEN et M. BARBAUX, « Le Comité de concertation : bilan à la lumière de l'expérience », in *Les conflits d'intérêts*, *op. cit.*, pp. 156 et sv.

(3) J.-J. MASQUELIN, *op. cit.*, p. 121.

précisément au Conseil d'État qu'il appartient d'interpréter les règles de répartition des compétences et, ce faisant, de se prononcer, en droit, sur la constitutionnalité du texte qui lui est soumis ?

Dans les faits, cette répartition des rôles n'est pas aussi nette. Amenée à se prononcer sur un projet de décret « portant statut des agences de voyages pour la Communauté flamande », la section de législation du Conseil d'État y décele un excès de compétence. Le texte est transmis au Comité de concertation qui, loin de se limiter à se prononcer sur l'opportunité d'adopter l'avant-projet, émet également un avis juridique sur la question de la répartition des compétences ; en l'occurrence, il s'agit d'un avis positif. A noter que la Cour d'arbitrage s'est ultérieurement rangée à la position du Comité de concertation (1). Cet exemple est particulièrement éclairant. Il indique, en effet, que le Comité de concertation n'entend pas, uniquement, se prononcer politiquement sur le texte qui lui est soumis. Au contraire, il donne un second avis juridique qui, le cas échéant, s'écarte de celui donné en premier lieu par le Conseil d'État. Ne faut-il pas y voir une confusion des rôles ?

3. *La critique de l'intervention du Comité de concertation*

Dans la loi de 1971, l'intervention des chambres — quoique critiquable — pouvait encore se justifier du fait que l'autonomie communautaire et l'égalité entre l'État fédéral et ses collectivités fédérées n'étaient pas encore parfaitement consacrées. Certes, il faut se réjouir qu'une autre autorité — paritaire, cette fois — ait été substituée au législateur, en 1980. Mais est-il encore opportun qu'une autorité politique intervienne dans un dialogue qui concerne exclusivement l'application et l'interprétation des règles de droit de répartition des compétences ? Dans la majorité des cas, le Conseil d'État se prononce d'ailleurs seul sur la légalité *sensu lato* des textes qui lui sont soumis. Pourquoi un autre avis serait-il nécessaire alors qu'il s'agit d'exercer un contrôle juridique du respect des

(1) Voy. J. SAROT, *La jurisprudence de la Cour d'arbitrage*, Bruxelles, Bruylant, 1990, p. 247 ; Avis de la section de législation du Conseil d'État du 9 décembre 1981, *Doc.*, VI, r., 1982-1983, n° 192/3 ; C.A., arrêt n° 36, du 10 juin 1987.

règles de répartition des compétences en particulier et de la légalité en général ? En définitive, c'est à l'assemblée compétente qu'il appartient d'apprécier l'opportunité politique d'adopter le texte. Pourquoi aurait-elle besoin de l'avis d'un autre organe politique ?

Certes, l'intervention d'une autorité politique présente, à première vue, un avantage. L'avis qui sera rendu par celle-ci peut atténuer la rigueur d'un avis strictement juridique en tenant compte du contexte et des circonstances qui entourent l'élaboration du texte. La Cour d'arbitrage n'est-elle pas elle-même composée pour moitié de juges qui sont d'anciens parlementaires. Cette composition paritaire permet d'atteindre un équilibre entre les exigences du droit et celles de l'opportunité. Mais dans le cas de la Cour d'arbitrage, il n'y a qu'une seule opinion qui est exprimée alors que dans le contrôle *a priori*, il y en a deux. Les risques de conflits sont dès lors inévitables.

A la suite des critiques émises à l'encontre du règlement des conflits de compétence, tel qu'il était prévu dans les lois de 1971 et de 1980, le contrôle *a posteriori* de la constitutionnalité des normes législatives est aujourd'hui totalement dévolu à une autorité juridique, la Cour d'arbitrage. L'heure n'est-elle pas venue de réserver exclusivement le contrôle *a priori* de la constitutionnalité des projets de normes à une autorité juridique ?

B. — *Les différences dans le contrôle
de constitutionnalité par la section
de législation du Conseil d'État
et par la Cour d'arbitrage*

Il est utile, enfin, d'indiquer ce qui différencie la Cour d'arbitrage et la section de législation du Conseil d'État dans leur mission respective de contrôle de constitutionnalité des normes législatives. Mis à part le fait que la première exerce un contrôle *a posteriori* alors que la deuxième intervient avant l'adoption du texte, il est possible de relever trois différences importantes dans le rôle dévolu à l'une et à l'autre.

1. *L'objet du contrôle*

La section de législation du Conseil d'État est consultée sur la plupart des avant-projets de normes. Seule l'urgence permet d'éviter le contrôle du Conseil d'État. Mais même dans cette hypothèse, le texte sera soumis à la vérification du respect des règles de répartition des compétences.

Les textes qui ont une origine parlementaire ne sont pas automatiquement soumis à l'avis du Conseil d'État. Celui-ci ne donne un avis que sur demande soit du président d'une assemblée — éventuellement à la demande des membres de celle-ci —, soit d'un ministre fédéral, communautaire ou régional. Il faut encore indiquer que pour les textes d'origine parlementaire, l'urgence ne peut être invoquée ; le contrôle exercé par le Conseil d'État est complet.

La Cour d'arbitrage, quant à elle, en tant qu'autorité juridictionnelle, n'est compétente que sur saisine d'un particulier, d'une autorité publique ou d'un juge. Son rôle n'est pas, comme c'est le cas du Conseil d'État, d'intervenir comme conseiller juridique des diverses assemblées législatives et des gouvernements. Il appartient à la Cour d'arbitrage de trancher une contestation et de décider, en définitive, quelle est l'autorité compétente pour adopter un texte ou encore si ce dernier ne porte pas atteinte aux articles 10, 11 et 24 de la Constitution.

Il est donc permis de dire que les cas d'intervention du Conseil d'État sont beaucoup plus nombreux que ceux de la Cour d'arbitrage. Il faut immédiatement ajouter que les rôles sont différents. Le Conseil d'État a vocation à éclairer les assemblées et les gouvernements sur la légalité, *sensu lato*, des normes qu'ils sont amenés à adopter. En qualité de conseiller juridique, il est normal que le Conseil d'État soit amené à se prononcer sur la plupart des textes envisagés.

La Cour d'arbitrage, au contraire, intervient comme juge d'un conflit. Elle n'est pas là pour assurer le respect de la Constitution de manière purement abstraite ; sa compétence dépend d'une contestation. De la même manière, ses pouvoirs sont limités par les moyens développés par les parties.

2. *L'étendue du contrôle*

La section de législation du Conseil d'État fait porter son contrôle sur l'ensemble de la Constitution. Ce contrôle peut être, en ce sens, qualifié de *diffus*.

La Cour d'arbitrage, par contre, voit sa compétence limitée par l'article 142 de la Constitution qui dispose que la Cour d'arbitrage statue sur les conflits de compétence ainsi que sur la violation des articles 10, 11 et 24 de la Constitution. Son contrôle est, en ce sens, *restreint*.

Cette compétence limitée de la Cour d'arbitrage se justifie par le fait qu'elle a été créée pour accompagner l'évolution fédérale de la Belgique. Ce qui importait en 1983, dans le prolongement de la création de la section des conflits de compétence, était l'instauration d'un juge qui puisse trancher, par voie d'arrêts, les contestations ayant trait aux conflits de compétence entre l'État et ses collectivités fédérées. C'est dans le même esprit que la Cour d'arbitrage a été rendue compétente pour contrôler le respect des articles 10, 11 et 24 de la Constitution, à une époque où l'enseignement était communautarisé.

Compte tenu de l'évolution de la jurisprudence de la Cour d'arbitrage en matière d'égalité et de non-discrimination, il est permis de se demander si cette limitation est encore pertinente. Le législateur ne pourrait-il pas répondre favorablement à l'invitation que lui adresse le Constituant, à l'article 142, 3°, de la Constitution ?

3. *L'autorité du contrôle*

Il a déjà été indiqué que la section de législation du Conseil d'État joue le rôle de conseiller juridique des assemblées législatives et des gouvernements. A cet égard, elle donne un avis motivé dont les destinataires sont libres de s'écarter.

Souvent, on entend dire que les avis du Conseil d'État ne sont pas respectés. Certes, il est choquant de constater que, dans bien des cas, l'avis du Conseil d'État n'est pas suivi mais peut-être, a-t-on également trop souvent tendance à confondre les rôles. Le Conseil d'État est là pour « conseiller » mais, en définitive, c'est aux élus qu'il appartient de décider, même si

les avis de la section de législation ont « une haute autorité scientifique et morale » (1).

Dans ce contexte, l'intervention de la Cour d'arbitrage trouve parfaitement sa place. Elle va pouvoir contrôler le travail des assemblées en veillant au respect par ces dernières de la Constitution. En prenant des arrêts qui sont revêtus de l'autorité de la chose jugée, elle boucle, d'une certaine manière, la chaîne de l'élaboration des normes et du contrôle de leur constitutionnalité. Son rôle est complémentaire de celui du Conseil d'Etat.

Afin d'illustrer cette relation entre la section de législation du Conseil d'État et la Cour d'arbitrage, il est possible de prendre quelques exemples. On a délibérément choisi ceux — assurément les moins nombreux — où apparaît une divergence de vue entre ces deux autorités.

Amené à donner son avis sur un avant-projet de décret en matière d'enseignement, le Conseil d'État, se référant au pacte scolaire, estime que les internats ne sont pas des établissements d'enseignement et, partant, qu'ils sont en dehors du champ d'application de l'article 17 de la Constitution (2). La Cour d'arbitrage, quant à elle, décide qu'« il résulte de leur nature même que les internats servent à soutenir une école ou un autre établissement dispensant un enseignement. De surcroît, l'existence d'internats peut dans certains cas s'avérer nécessaire pour permettre aux parents d'exercer effectivement le libre choix scolaire qui leur est garanti par l'article 17, § 1^{er}, de la Constitution. Il s'ensuit que les internats doivent être considérés comme des établissements d'enseignement au sens de l'article 17, § 4, de la Constitution » (3).

En matière de radio et de télévision, la section de législation du Conseil d'État a donné l'avis suivant : « Il ressort des travaux parlementaires de la loi spéciale qu'il y a lieu d'admettre une restriction à la compétence des communautés, en ce qui

(1) A. ALEN, « De afdeling wetgeving van de Raad van Staat. Enkele kanttekeningen bij haar adviespraktijk », in *Opstellen aangeboden aan Professor J. Gijssels*, Antwerpen, Maklu, 1994, p. 3.

(2) Avis de la section de législation du Conseil d'État du 11 mai 1989, concernant un avant-projet de décret « betreffende het onderwijs », *Doc.*, VI. r., 1988-1989, n° 222/1, p. 40.

(3) C.A., arrêt n° 26/92, du 2 avril 1992.

concerne la fixation des conditions techniques relatives à la radiodiffusion et à la télévision et, par conséquent, en ce qui concerne particulièrement la fixation des conditions techniques relatives à la radiodistribution et à la télédistribution. Le régime administratif applicable à ces conditions, spécialement la détermination de ces conditions et le contrôle de leur respect, continue dès lors à ressortir à la compétence de l'autorité nationale » (1). La Cour d'arbitrage, par contre, est plus restrictive dans la définition des compétences de l'autorité fédérale. Elle juge, en effet, que la police générale des ondes ressortit bien à la compétence de celle-ci, mais uniquement pour « permettre l'intégration de chacune des ondes radioélectriques dans le réseau de toutes celles qui sont émises sur le territoire national et afin d'éviter les perturbations mutuelles ». Elle précise encore que cette réglementation ne peut nullement porter atteinte à la compétence de principe qui appartient aux communautés (2).

Amenées à se prononcer sur trois propositions de décret de la Communauté française relatifs à l'aide sociale à la jeunesse, les chambres réunies de la section de législation remettent un important avis de principe concernant la notion de « matières personnalisables ». Elles insistent sur l'élément de communication qui empêche que les communautés puissent imposer des obligations aux personnes à protéger (3). La Cour d'arbitrage, par contre, insiste sur le but d'aide et d'assistance que doit atteindre la protection de la jeunesse. Cette finalité peut impliquer que le législateur décréte adopte des mesures contraignantes à l'égard des personnes visées par le texte (4).

Il ressort de ces trois exemples qu'une interprétation divergente des textes constitutionnels ou des règles de répartition des compétences par le Conseil d'État et la Cour d'arbitrage

(1) Avis de la section de législation du Conseil d'État du 19 décembre 1984, concernant le projet de loi relatif aux réseaux de radiodistribution et de télédistribution et à la publicité commerciale à la radio et à la télévision, *Doc. parl.*, Ch., sess. extr. 1984-1985, n° 1222/1, p. 13.

(2) C.A., arrêt n° 7/90, du 25 janvier 1990, *J.T.*, 1990, p. 415, obs. P. NIHOUL et arrêt n° 1/91, du 7 février 1991.

(3) *Doc.*, Cons. Comm. fr., 1981-1982, n° 16/1.

(4) C.A., arrêt n° 66, du 30 juin 1988 et A. ALLEN, *op. cit.*, p. 18.

n'est pas à exclure (1). Mais c'est à cette dernière qu'appartient le pouvoir du dernier mot.

A cet égard, on semble assister actuellement à une évolution du comportement de la section de législation du Conseil d'État. Ainsi, dans son avis concernant un avant-projet de décret relatif à l'enseignement (2), elle s'interroge sur le caractère licite des délégations de compétence de l'autorité législative à l'autorité exécutive. Mais elle ajoute immédiatement que dans la mesure où le décret concerne l'enseignement, la Cour d'arbitrage pourrait être amenée à trancher cette question. La section de législation préfère alors indiquer que la technique de la délégation est susceptible de poser des difficultés juridiques mais elle n'indique pas quelle est sa position dans le cas d'espèce. Elle laisse au juge constitutionnel toute liberté pour se prononcer si, par hypothèse, il y était amené. Tel fut précisément le cas. Saisie d'une question préjudicielle par la section d'administration du Conseil d'État à propos du décret flamand du 5 juillet 1989 relatif à l'enseignement, la Cour d'arbitrage a eu l'occasion de se prononcer sur le caractère licite des délégations : « L'article 24, § 5, de la Constitution ne prohibe pas que des délégations soient données au Gouvernement de communauté. Toutefois, à travers elles, le Gouvernement de communauté ne saurait combler l'imprécision des principes arrêtés par le législateur lui-même ou affiner des options insuffisamment détaillées » (3).

Cet exemple paraît indiquer que la section de législation du Conseil d'État préfère ne pas trancher des questions juridiques qui sont susceptibles d'être ultérieurement soumises à la Cour d'arbitrage (4). Une telle attitude présenterait l'avantage d'éviter des divergences d'interprétation qui sont de nature à porter atteinte à la sécurité. Mais, par contre, elle laisse en suspens des questions juridiques qui peuvent même ne jamais

(1) Il semble que la section de législation du Conseil d'État se réfère largement aux travaux parlementaires pour dégager la portée des textes qui lui sont soumis. La Cour d'arbitrage, elle, est essentiellement guidée par le souci de donner une interprétation large des règles de répartition des compétences (voy. A. ALEN, *id.*).

(2) Avis de la section de législation du Conseil d'État du 31 mai 1990 relatif à l'avant-projet de décret « betreffende het onderwijs II », *Doc.*, VI. r., 1989-1990, n° 365/1, p. 118.

(3) C.A., arrêt n° 45/94, du 1^{er} juin 1994.

(4) Voy. à ce propos R. ANDERSEN et P. NIHOUL, « Le Conseil d'Etat — Chronique de jurisprudence 1994 », *R.B.D.C.*, 1995/1, à paraître.

être réglées si le juge constitutionnel n'a pas l'occasion de se prononcer.

II. — LA COUR D'ARBITRAGE ET LA SECTION D'ADMINISTRATION DU CONSEIL D'ETAT (*)

A. — *Les différences dans le contrôle de constitutionnalité par la section d'administration du Conseil d'Etat et par la Cour d'arbitrage*

Prise en application de l'article 142 de la Constitution, la loi spéciale du 6 janvier 1989 détermine en son titre I^{er} la compétence de la Cour d'arbitrage. Ce titre I^{er} est divisé en deux chapitres, dont le premier traite des recours en annulation et le second des questions préjudicielles.

En ce qui concerne la première de ces deux attributions, une distinction est faite entre le recours en annulation et la demande de suspension.

1. *Le contentieux d'annulation*

Statuant au contentieux de l'annulation, la Cour d'arbitrage connaît des recours qui tendent à l'annulation, en tout ou en partie, d'une loi, d'un décret ou d'une ordonnance pour cause de violation des règles qui sont établies par la Constitution ou en vertu de celle-ci pour déterminer les compétences respectives de l'Etat, des communautés et des régions ou des articles 10, 11 et 24 de la Constitution. La compétence qui échoit ainsi à la Cour d'arbitrage est doublement limitée. Elle l'est, d'abord, par son objet : seuls les actes de nature législative — loi, décret ou ordonnance — sont susceptibles de lui être déférés. Elle l'est également quant aux causes qui peuvent justifier cette censure : la norme législative attaquée ne peut être annulée que pour violation des règles qui répartissent les compétences entre l'Etat fédéral et les entités fédérées ou des articles précités de la Constitution qui consacrent le principe

(*) Cette section a été rédigée par R. Andersen et P. Nihoul.

d'égalité et de non-discrimination, de même que la liberté d'enseignement.

De la première limitation, il suit que la Cour d'arbitrage n'est pas compétente pour annuler n'importe quelle norme prise en violation des règles de répartition des compétences ou des articles constitutionnels précités, mais uniquement des actes de valeur législative. Autrement dit, la compétence d'annulation qui revient désormais à la Cour d'arbitrage laisse intacts les pouvoirs dont disposent la section d'administration du Conseil d'Etat pour les normes n'ayant pas valeur législative ainsi que les actes individuels qui sont entachés d'illégalité annuler et les cours et tribunaux de l'ordre judiciaire pour en refuser l'application, et ce notamment pour les mêmes causes que celles pour lesquelles la Cour d'arbitrage est compétente. Le contrôle juridictionnel destiné à assurer *a posteriori* le respect des règles de répartition des compétences et des principes d'égalité et de non-discrimination ainsi que de la liberté d'enseignement est ainsi réparti en fonction de la norme querellée entre trois juges, la Cour d'arbitrage pour les normes à valeur législative et le Conseil d'Etat et les cours et tribunaux de l'ordre judiciaire pour les autres normes.

La jurisprudence de la Cour d'arbitrage est fixée en ce sens. Elle ne peut faire porter son contrôle que sur les lois, décrets et ordonnances — ce qui exclut notamment les arrêtés gouvernementaux et, d'une manière générale, les mesures d'exécution des normes soumises à son contrôle. Ainsi, pour prendre un exemple récent, dans un arrêt n° 81/94, du 1^{er} décembre 1994, la Cour, après avoir jugé que la loi attaquée du 6 août 1993 n'avait eu d'autre objet, en abrogeant l'arrêté royal du 31 août 1825, que de permettre de réglementer, sur la base de la loi-cadre du 1^{er} mars 1976 réglementant la protection du titre professionnel et l'exercice des professions intellectuelles prestataires de services, les activités de géomètre-expert immobilier exercées à titre d'indépendant et ne pouvait, par suite, être considérée comme génératrice de discriminations prohibées par les articles 10 et 11 de la Constitution à l'égard des géomètres fonctionnaires lorsqu'ils agissent en cette qualité, auquel cas ils se situent alors en dehors de son champ d'application, s'est déclarée incompétente pour se prononcer

sur le respect du principe d'égalité dans la réglementation que la loi entreprise prévoit pour son exécution. L'arrêt ajoute que si cette réglementation devait avoir pour effet d'empêcher de manière discriminatoire l'exercice de la profession de géomètre en tant qu'activité accessoire indépendante à côté de son exercice dans les liens d'un statut ou d'un contrat de travail, il appartiendrait aux juridictions administratives ou ordinaires d'annuler ou de refuser d'appliquer la dite réglementation (1).

Réciproquement, ces juridictions se déclarent incompétentes pour censurer directement ou indirectement, selon le cas, la violation par le législateur fédéral, communautaire ou régional des règles de répartition des compétences ou des articles 10, 11 et 24 de la Constitution mais s'affirment compétentes pour connaître de la violation des règles précitées par un acte administratif.

Loin de se substituer au contrôle juridictionnel existant, le contentieux d'annulation qui échoit à la Cour d'arbitrage vient heureusement combler un vide juridique.

Ce contentieux est de même nature que celui exercé par le Conseil d'Etat : il est objectif et de pure légalité. La procédure suivie présente les mêmes caractéristiques : essentiellement écrite, contradictoire, de type inquisitoire et peu onéreuse. Les conditions qui régissent le droit d'action sont semblables et le mode de raisonnement est le même. Quant à la censure, il s'agit, dans l'un et l'autre cas, d'une annulation de l'acte attaqué avec pour unique différence la possibilité pour le juge constitutionnel de moduler les effets de celle-ci dans le temps. Il n'est pas douteux que le contentieux d'annulation exercé par la section d'administration du Conseil d'Etat a constitué l'une des sources d'inspiration du constituant et du législateur spécial lors de la création de la Cour d'arbitrage et de la définition de ses compétences. La présence au sein de la Cour d'anciens conseillers d'Etat disposant d'une grande expérience du contentieux de l'excès de pouvoir n'a pu que renforcer cette influence.

(1) *Mon. b.* 16 décembre 1994, pp. 31106 et sv. Pour un autre exemple — plus récent —, voy. C.A., arrêt n° 21/95, du 2 mars 1995.

2. *Le contentieux de la suspension*

A titre de réciprocité, la reconnaissance au profit de la Cour d'arbitrage du pouvoir de suspendre, en tout ou en partie, la norme législative attaquée a, de toute évidence, conduit le législateur, en 1989, à accorder au Conseil d'Etat le même pouvoir, et ce en toutes matières et plus seulement en matière de police des étrangers à l'égard des mesures les plus graves. C'est, en effet, à la faveur de la communautarisation de l'enseignement que dans le même temps que tout intéressé se voyait reconnaître le droit de poursuivre devant la Cour l'annulation et, le cas échéant, la suspension préalable de la norme législative attaquée pour cause de violation par celle-ci des règles qui répartissent les compétences ou des articles 10, 11 et 24 de la Constitution, l'article 15 de la loi du 16 juin 1989 reconnaissait le droit de demander devant le Conseil d'Etat la suspension de l'exécution des actes et règlements des autorités administratives pour cause de violation des mêmes dispositions constitutionnelles consacrant le principe d'égalité et de non-discrimination ainsi que la liberté d'enseignement. Comme l'écrit Paul Lewalle, « la volonté d'organiser un parallélisme entre les pouvoirs attribués à la Cour d'arbitrage et ceux dévolus au Conseil d'Etat ressort clairement de l'exposé des motifs du projet appelé à devenir la loi du 16 juin 1989 ; visiblement, le législateur s'est inspiré des articles 19 et suivants de la loi du 6 janvier 1989 ; par analogie avec la Cour d'arbitrage, le Conseil d'Etat ne pouvait ordonner la suspension que s'il était saisi par un acte distinct de la requête en annulation, d'une demande comportant des moyens sérieux, et à condition que l'exécution immédiate de l'acte attaqué risque de causer un préjudice grave difficilement réparable. On a pu observer de même que, pas plus que la Cour d'arbitrage, le Conseil ne pouvait connaître d'une demande de suspension visant une décision contentieuse administrative. L'analogie entre le pouvoir de suspension attribué à la Cour d'arbitrage, d'une part, au Conseil d'Etat, d'autre part, était donc certaine, sans pourtant être absolue : il apparaît notamment que la violation des règles de répartition des compétences, qui pouvait servir de moyen à l'appui d'une demande de sursis adressée à la Cour d'arbitrage, ne pouvait être invoquée aux mêmes fins devant

le Conseil d'Etat » (1). Ce fût là, comme on le sait, le point de départ d'une extension du référé administratif marquée par la suppression par la loi du 19 juillet 1991 de la restriction initiale aux causes d'ouverture de la demande de suspension, restriction qui, d'un point de vue rationnel, était d'ailleurs dépourvue de toute justification. Désormais, le parallélisme est rétabli entre le recours en annulation et la demande de suspension en ce sens que l'un et l'autre peuvent se fonder sur n'importe quelle illégalité. L'article 142, alinéa 2, 3°, ouvre également des perspectives d'extension de la compétence de la Cour d'arbitrage à d'autres articles de la Constitution que ceux qui consacrent le principe d'égalité et de non-discrimination ainsi que la liberté d'enseignement.

B. — *Le Conseil d'Etat*
et la question préjudicielle

1. *Le rappel des principes*

La coexistence de plusieurs contrôles juridictionnels tendant à censurer la violation par les normes critiquées des mêmes règles de répartition des compétences et des articles 10, 11 et 24 de la Constitution contient en soi le risque, même si ces contrôles s'exercent à l'égard de normes qui ne se situent pas au même niveau de la hiérarchie, de divergences jurisprudentielles. Divers mécanismes correcteurs sont mis en place. C'est le cas de la rétractation qui permet notamment que soit rétracté, en tout ou en partie, un arrêt du Conseil d'Etat qui est fondé sur une disposition d'une loi, d'un décret ou d'une ordonnance qui a ensuite été annulée par la Cour d'arbitrage ou d'un règlement pris en exécution d'une telle norme (article 17 de la loi spéciale du 6 janvier 1989). Pour l'heure, on s'attache au mécanisme le plus important : celui des questions préjudicielles. Encore convient-il de ne pas en surestimer la portée. Comme Henri Simonart en a fait l'observation, « Il convient de relever d'emblée qu'à la différence de la Cour de justice des Communautés européennes — qui connaît à la fois de questions préjudicielles d'interprétation et de validité de

(1) P. LEWALLE, *Le référé administratif*, Ed. Collection scientifique de la Faculté de droit de Liège, 1993, pp. 35 à 38.

règles de droit communautaire —, la Cour d'arbitrage ne connaît, quant à elle, que d'une espèce de questions préjudicielles, celles relatives à la validité d'une loi, d'un décret ou d'une ordonnance ... Les questions d'interprétation que peuvent susciter les articles 26 à 30 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 ne peuvent être soumises à la Cour d'arbitrage. Il appartient à chaque juridiction — sous le contrôle de la Cour de cassation et du Conseil d'Etat — de résoudre ce genre de questions. Un facteur d'harmonisation, présent en droit communautaire, se révèle de la sorte totalement absent en droit interne » (1).

Ce mécanisme institue une collaboration étroite entre la Cour d'arbitrage et les autres juridictions. Un dialogue se noue entre la juridiction de renvoi qui décide, à la demande d'une partie ou de sa propre initiative, de poser la question préjudicielle et la Cour d'arbitrage à laquelle il appartient d'y répondre dans les limites de sa compétence. La collaboration est, en principe, obligatoire. Lorsqu'une des questions énumérées à l'article 26, § 1^{er}, de la loi spéciale précitée est soulevée devant une juridiction, celle-ci doit — comme le prescrit le § 2, alinéa 1^{er}, de la même disposition — demander à la Cour d'arbitrage de statuer sur cette question. Cette obligation s'impose à toute juridiction, qu'elle soit judiciaire ou administrative. Elle ne s'impose toutefois pas avec la même force aux juges du fond, d'une part, et à la Cour de cassation et au Conseil d'Etat, d'autre part. Alors que les premiers ne sont pas tenus de poser à la Cour d'arbitrage une question préjudicielle lorsque cette question leur apparaît dénuée de pertinence pour la solution du litige — en décider autrement serait d'ailleurs méconnaître les attributions respectives des juridictions de l'ordre judiciaire et des juridictions administratives —, lorsque la norme législative critiquée ne viole manifestement pas les règles de répartition des compétences ou les articles 10, 11 et 24 de la Constitution — ce qui constitue une application partielle de la théorie de l'acte-clair —, et, enfin, lorsque « un arrêt a été rendu au contentieux des questions préjudicielles

(1) H. SIMONART, « La question préjudicielle en droit interne et en droit communautaire », in *Le recours des particuliers devant le juge constitutionnel*, Bruylant-Economica, 1991, pp. 66 et sv.

qui se prononce sur les mêmes griefs avancés contre la même règle à l'occasion d'un autre litige » (1), la Cour de cassation et le Conseil d'Etat ne sont dispensés de saisir la Cour d'arbitrage d'une question préjudicielle que dans le seul cas où « l'action est irrecevable pour des motifs de procédure tirés de normes ne faisant pas elles-mêmes l'objet de la demande » (article 26, § 2, alinéas 2 et 3, de la loi spéciale précitée). Cette différence de traitement, inconnue de l'article 15 de la loi du 28 juin 1983 portant l'organisation, la compétence et le fonctionnement de la Cour d'arbitrage, est l'œuvre de la loi spéciale du 6 janvier 1989. Elle a été critiquée par la section de législation du Conseil d'Etat dans son avis donné le 26 octobre 1988 sur le projet devenu la loi spéciale précitée (2). Rien n'y fit. Le gouvernement maintint cette différence en la justifiant comme suit :

« Afin de renforcer ce monopole de la Cour d'arbitrage, le gouvernement a voulu que corresponde à l'assouplissement relatif de l'obligation de poser une question préjudicielle dans le chef des juridictions dont les décisions sont susceptibles de recours, un renforcement de cette obligation dans le chef des juridictions dont les décisions ne sont pas susceptibles de recours (Cour de cassation et Conseil d'Etat). Celles-ci ne pourront se prévaloir que d'une exception pour ne pas poser une question préjudicielle à la Cour d'arbitrage, à savoir que la demande dont elles sont saisies est irrecevable pour des raisons de procédure » (3).

Et le secrétaire d'Etat aux réformes institutionnelles n'hésita même pas à déclarer, tant au Sénat qu'à la Chambre, que même dans l'hypothèse visée à l'article 9, § 2, de la loi spéciale, la Cour de cassation et le Conseil d'Etat ne seraient pas dispensés de poser à la Cour d'arbitrage la même question de droit que celle déjà tranchée par l'arrêt de la Cour d'arbitrage

(1) L'exception prévue à l'art. 26, § 2, al. 3, 2°, est rédigée en des termes plus larges : le juge n'est pas tenu de poser la question à la Cour d'arbitrage lorsque celle-ci a déjà statué sur une question ou un recours ayant le même objet. Mais comme l'a montré H. SIMONART (« La Cour d'arbitrage », Bruxelles, Story-Scientia, 1988, pp. 241 à 243), elle doit être reformulée dans les termes susmentionnés pour tenir compte des effets des arrêts rendus par la Cour tant au contentieux de l'annulation qu'à celui des questions préjudicielles, qui seront examinés *infra*.

(2) *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 1988-1989, n° 483/1, pp. 81 et 82.

(3) *Doc. parl.*, Ch., sess. ord. 1988-1989, n° 633/4, p. 7.

portant rejet du recours en annulation (1) — ce qui, selon nous, constitue une interprétation *contra legem* — . Comme l'observe Anne Rasson-Roland à propos de l'article 26, § 2, alinéa 3, 1^o, de la loi spéciale, « Ce n'est ... que lorsqu'une même question surgit dans le cadre d'un autre litige et qu'il existe un arrêt antérieur de la Cour d'arbitrage qui tranche la question préjudicielle, qu'il y a une distorsion dans le renvoi préjudiciel : facultatif pour les juridictions dont les décisions sont susceptibles de recours, il devient obligatoire pour la Cour de cassation et le Conseil d'Etat » (2).

D'une manière générale, cette discrimination a été critiquée par la doctrine (3). Il lui est notamment reproché de favoriser les manœuvres dilatoires et d'être difficilement compatible avec l'article 6, § 1^{er}, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales qui reconnaît à toute personne le droit à ce que sa cause soit entendue dans un délai raisonnable (4).

2. *L'application des principes par le Conseil d'Etat*

Quoi qu'il en soit, c'est à la Cour de cassation et au Conseil d'Etat qu'il appartient d'apprécier — oserait-on dire, en leur âme et conscience — s'il y a lieu de poser à la Cour d'arbitrage une question préjudicielle. Leur décision, sur ce point, échappe à tout recours. La Cour d'arbitrage est sans pouvoir à cet égard. Bien que rendu sous l'empire de l'article 15, § 2, de la loi du 28 juin 1983, son arrêt n^o 44, rôle n^o 36, du 23 décembre 1987 conserve toute sa pertinence : c'est au juge de renvoi — et, ajouterons-nous, à lui seul — qu'il appartient d'apprécier si une des exceptions à l'obligation de poser une question préju-

(1) *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 1988-1989, n^o 483/2, p. 67 et *Doc. parl.*, Ch., sess. ord. 1988-1989, n^o 633/4, pp. 29 et 30.

(2) A. RASSON-ROLAND, « La question préjudicielle » in *Le recours des particuliers devant le juge constitutionnel*, Bruylant, Economica, 1991, pp. 42 à 45, ici, p. 45.

(3) Outre A. RASSON-ROLAND et H. SIMONART déjà cités, voir également M. LEROY, « Sens et non-sens dans le règlement des conflits », *J.T.*, 1989, pp. 557 et sv., sp. pp. 557 et 558 et les nombreux auteurs cités par H. SIMONART dans l'ouvrage mentionné sub. 3, à la page 68.

(4) P. LEMMENS, « Le respect des garanties fondamentales de procédure » in *Le recours des particuliers devant le juge constitutionnel*, Bruylant-Economica, 1991, pp. 61-62 et H. SIMONART, *op cit.*, pp. 70 et 71.

dicielle à la Cour d'arbitrage est remplie et s'il est dès lors dispensé de saisir la Cour.

Mais avant d'examiner s'il se trouve dans un cas de dispense, le juge doit se demander si la question est de celles qu'il revient à la Cour d'arbitrage de résoudre. Plusieurs arrêts du Conseil d'Etat méritent, à cet égard, de retenir l'attention.

On se rappellera que dans ses arrêts *Région wallonne*, n^{os} 29.692 à 29.694 du 25 mars 1988 (1), et *s.a. Carrières et scieries Depauw*, n^o 32.561, du 12 mai 1989, le Conseil d'Etat avait jugé que la violation des règles de répartition des compétences ne saurait être le fait d'une loi qui leur est antérieure (2).

Dans son arrêt *Bouhout*, n^o 46.795, du 30 mars 1994, le Conseil d'Etat considère que la différence de régime entre l'enseignement officiel et l'enseignement libre dénoncée par le requérant trouve sa source, non dans l'article 14 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, mais dans la Constitution elle-même. Comme la contradiction éventuelle entre deux dispositions constitutionnelles n'est pas une des questions qui peuvent être posées à la Cour d'arbitrage, l'arrêt décide n'y avoir pas lieu de l'interroger à ce sujet.

Dans une affaire *Moustaffa Chairi*, le requérant faisait, entre autres, valoir que l'article 10, 4^o, de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers est contraire aux articles 10 et 11 de la Constitution, notamment en ce qu'il réserva en matière de « regroupement familial » un sort différent aux ressortissants de l'Union européenne et aux étrangers ordinaires, et invitait le Conseil d'Etat à poser à la Cour d'arbitrage une question sur ce point. Le Conseil d'Etat, dans son arrêt n^o 50.949, du 21 décembre 1994, a estimé n'y avoir lieu de ce faire aux motifs « que le sort différent réservé (aux uns et aux autres) tient à un des accords internationaux visés à la fin de cette disposition ; que si une discrimination existe entre ces deux catégories d'étrangers, elle n'a pas de source dans l'article 10, 4^o, de la loi, mais dans l'accord international

(1) *J.T.*, 1989, pp. 286 et sv., obs. Y. LEJEUNE.

(2) Cette jurisprudence a été abandonnée à la suite de l'arrêt n^o 7/90, du 25 janvier 1990 de la Cour d'arbitrage.

applicable à certains étrangers ; que la règle établie par le traité doit prévaloir ; que la prééminence est celle-ci résulta de la nature même du droit international conventionnel ; que l'exception à la fin de l'alinéa cité en faveur des dispositions d'un accord international plus favorable a pour seul objet de rappeler la primauté des dispositions de droit international directement applicables lorsqu'il en existe et qu'elle n'a pas de portée juridique propre » (1).

Dans un autre arrêt, l'arrêt n° 50.242, du 16 novembre 1994, le Conseil considère que la question posée par le moyen n'est pas de celles qu'il faudrait soumettre, à titre préjudiciel, à la Cour d'arbitrage puisqu'elle a trait à un « conflit » entre deux lois fédérales — la nouvelle loi communale et la loi du 19 février 1963 — ou entre une loi fédérale — la nouvelle loi communale — et un arrêté royal pris en exécution d'une loi fédérale. L'arrêt ajoute qu'à supposer même qu'une difficulté existerait, en l'espèce, du fait que c'est la Communauté française qui a délivré l'autorisation d'exploitation, il n'y aurait là aucun conflit entre une législation fédérale et une législation communautaire, puisque les décisions prises sont des décisions individuelles de l'administration et qu'en outre, le décret du 9 novembre 1990 ne comporte pas une quelconque disposition impliquant que le législateur communautaire aurait entendu régler les institutions hôtelières établies à Bruxelles (2)

Faisant application du seul cas de dispense prévu à l'article 26, § 2, alinéa 2, de la loi spéciale du 6 janvier 1989, le Conseil d'Etat a, dans plusieurs arrêts, estimé ne pas devoir poser une question préjudicielle à la Cour d'arbitrage dès lors que la demande en annulation dont il était saisi était « irrece-

(1) A.P.H. 1995, p. 12. Le même arrêt pose d'autres questions sur la compatibilité de l'article 10, 4°, précité avec les articles 10 et 11 de la Constitution. Les discriminations qu'il établit entre les étrangers non ressortissants d'un Etat membre de l'Union européenne, selon que la conjoint a ou non la nationalité belge, et entre étrangers et belges ne violent-elles pas le principe d'égalité et de non-discrimination ?

Le problème peut être soulevé de la compatibilité du traité avec la Constitution. Il ne l'a pas été dans l'arrêt. Il a été abordé par M. l'auditeur Ph. Bouvier, dans son rapport — inédit — dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt n° 51.104 du 11 janvier 1995, Billy. L'auditeur s'y réfère à l'enseignement de M. J. VELU, Procureur général à la Cour de cassation, dans sa mercuriale du 1^{er} septembre 1992, « Contrôle de constitutionnalité et contrôle de compatibilité avec les traités » (Bruylant 1992, spécialement n° 78, 90 et 91). L'arrêt lui-même est muet sur ce point.

(2) Comp. avec C.A., arrêt n° 87/94 du 7 décembre 1994.

vable pour des motifs de procédure tirés de normes ne faisant pas elles-mêmes l'objet de la demande de question préjudicielle » (1). Il s'ensuit qu'il est nécessaire de poser à la Cour d'arbitrage une question préjudicielle lorsque la recevabilité de l'action est contestable en vertu d'une norme législative qui fait précisément l'objet de la demande de question préjudicielle. Ainsi en a décidé l'arrêt n° 46.913, *Stancu*, du 19 avril 1994 (2). Les arrêts n° 46.679, *Taye*, du 30 mai 1994 (3) et n° 48.447, *Nayo Kodjo*, du 1^{er} juillet 1994 (4) vont dans le même sens. Il est notable que, dans ces deux arrêts, le Conseil d'Etat pose une question préjudicielle à la Cour d'arbitrage sur la compatibilité avec les articles 10 et 11 de la Constitution des articles 69*bis*, alinéa 2, et 70, alinéa 2, de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, qui ferment la voie du recours en suspension contre les décisions du Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides ou de ses adjoints, déclarées par eux exécutoires nonobstant tout recours, en invoquant expressément l'arrêt n° 20/93 du 4 mars 1993 (*Moniteur belge* du 25 mars 1993) par lequel la Cour d'arbitrage avait rejeté le recours en annulation de l'article 70*bis* de la loi précitée du 15 décembre 1980 au motif que si cette disposition privait de toute possibilité de suspendre, par la voie du référé judiciaire, l'exécution des décisions de rejet des demandes d'asile après avis défavorable du Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides, elle n'était pas pour autant incompatible avec les articles 10 et 11 de la Constitution, dès lors que l'étranger disposait d'un recours équivalent auprès du Conseil d'Etat statuant au contentieux de la suspension (5).

On s'attendrait normalement à ce que, dans tous les autres cas, et notamment dans ceux visés au § 2, alinéa 3, du même article, le Conseil d'Etat se sente obligé de poser la question

(1) C.E., arrêt *Nicolay*, n° 42.615, du 20 avril 1993 ; arrêt *Evrard*, n° 42.697, du 26 avril 1993.

(2) *A.P.M.*, 1994, pp. 89-90.

(3) *A.P.M.*, 1994, pp. 118.

(4) *J.T.*, 1994, pp. 676 et sv., obs. D. LAGASSE.

(5) Les art. 69*bis*, al. 2, et 70, al. 2, de la loi du 15 décembre 1980 précitée ayant été annulés par son arrêt n° 61/94, du 14 juillet 1994 (*J.T.*, 1994, pp. 673 à 676), la Cour d'arbitrage a, dans son arrêt n° 80/94, du 10 novembre 1994, jugé qu'en raison de l'effet rétroactif des arrêts d'annulation, les questions préjudicielles posées par le Conseil d'Etat n'avaient plus d'objet.

préjudicielle à la Cour d'arbitrage. L'examen de la jurisprudence de la haute juridiction administrative montre qu'il n'en est pas toujours ainsi, loin s'en faut. Le plus souvent, tout se passe comme si cette dernière disposition n'était qu'une simple recommandation.

Comme il a été rappelé ci-dessus, les juridictions du fond, à la différence de la Cour de cassation et du Conseil d'Etat, ne sont pas tenues de poser une question préjudicielle « lorsque la Cour (d'arbitrage) a déjà statué sur une question ou un recours ayant le même objet » (article 26, § 2, alinéa 3, 1°).

L'autorité absolue des arrêts d'annulation de la Cour d'arbitrage dispense bien évidemment le Conseil d'Etat, comme toute autre juridiction, de poser à la Cour d'arbitrage une question préjudicielle au sujet de la norme législative annulée.

Par contre, le Conseil d'Etat, dans son arrêt n° 41.160, du 25 novembre 1992, *a.s.b.l. Association des femmes au foyer*, a considéré qu'il était tenu d'interroger la Cour d'arbitrage sur la compatibilité de l'article 41, 1°, de la loi du 28 juillet 1992 qui était venue confirmer l'arrêté royal du 19 décembre 1991 modifiant, en matière de précompte professionnel, l'arrêté royal du 4 mars 1965 d'exécution du Code des impôts sur les revenus, avec les articles 6 et *6bis* (devenus 10 et 11) de la Constitution en raison des doutes sérieux existant sur la constitutionnalité de cette disposition législative. Selon l'arrêt, la circonstance que la Cour d'arbitrage a été amenée à annuler une disposition *semblable*, ne dispense pas le Conseil d'Etat de saisir à nouveau la Cour d'une question préjudicielle puisque sa décision n'est susceptible de faire l'objet d'aucun des recours mentionnés à l'article 26, § 2, alinéa 3, de la loi spéciale du 6 janvier 1989 et puisque le renvoi s'impose dans un tel cas même lorsque la Cour a déjà statué sur une question ou un recours ayant le même objet. L'article 41, 1°, de la loi du 28 juillet 1991 ne peut être tenu pour inexistant ou être écarté aussi longtemps que la Cour d'arbitrage n'en a pas prononcé l'annulation ou ne l'a pas déclaré inconstitutionnel (1).

(1) Il est d'autant plus heureux que le Conseil d'Etat ait posé une question préjudicielle à la Cour qu'à la différence de l'arrêt n° 16/91, du 13 juin 1991 de la Cour d'arbitrage qui a prononcé l'annulation de l'art. 29 de la loi du 20 juillet 1990, l'arrêt n° 73/93, du 21 octobre 1993 a, lui, rejeté le recours en annulation de l'art. 41, 1°, de la loi du 28 juillet 1992.

Le Conseil d'Etat n'a plus à poser à la Cour d'arbitrage la question préjudicielle sollicitée par les requérants quant à la violation des articles 6 et *6bis* (actuellement 10 et 11) de la Constitution par la loi sur le fondement de laquelle a été prise la délibération attaquée dès lors que la Cour a rejeté leur recours en annulation au motif que cette loi ne violait pas lesdites dispositions constitutionnelles, l'arrêt de rejet étant pour lui obligatoire (1).

Dans son arrêt *Bert*, n° 47.940, du 14 juin 1994, le Conseil d'Etat a, contrairement à l'avis de l'auditeur, estimé n'y avoir lieu de poser à la Cour d'arbitrage une nouvelle question préjudicielle sur la compatibilité de l'article 22 de la loi du 19 juillet 1991 organisant la profession de détective privé avec les articles 6 et *6bis* (devenus 10 et 11) de la Constitution au motif que la Cour d'arbitrage avait déjà statué sur une question ayant le même objet dans son arrêt n° 25/94, du 22 mars 1994 (2).

Il convient également de faire ici état de plusieurs arrêts rendus au contentieux de la suspension où le Conseil d'Etat a considéré que l'existence d'une demande en suspension ou d'un recours en annulation devant la Cour d'arbitrage justifiait la suspension de l'exécution de l'acte administratif attaqué devant lui en attendant que la Cour d'arbitrage se soit prononcée et, par suite, le dispensait de saisir celle-ci d'une question préjudicielle ayant le même objet (3).

Contrairement à la Cour de cassation et au Conseil d'Etat, la juridiction du fond n'est pas davantage tenue de poser une question préjudicielle à la Cour d'arbitrage « lorsqu'elle estime que la réponse à la question préjudicielle n'est pas indispensable pour rendre sa décision » (article 26, § 2, alinéa 3, 2°). La jurisprudence du Conseil d'Etat est fondamentalement restée la même nonobstant le remplacement de l'article 15 de la loi

(1) C.E., arrêt *Peeters*, n° 39.992, du 6 juillet 1992, à la suite de C.A., arrêt n° 30/91, du 31 octobre 1991. Voir cependant *contra* C.E., arrêt *Scheuern et Watticant*, n° 40.826, du 23 octobre 1992.

(2) *T.B.P.*, 1995, pp. 46-47.

(3) C.E., arrêt *Bosman*, n° 35.485, du 31 août 1990 ; arrêts *Soc. civ. à forme de s.p.r.l. New-Larem-Namur et Soc. civ. à forme de s.p.r.l. Laboratoire de biologie et de radio-immunologie cliniques Biorim*, n° 41.610 à 41.616, du 19 janvier 1993 ; arrêt *s.a. Bic Benelux*, n° 45.710, du 21 janvier 1994. *Contra* C.E., arrêt *De Schouwer-Steps*, n° 47.057, du 28 avril 1994.

du 28 juin 1983 par l'article 26 de la loi spéciale du 6 janvier 1989. Partant de l'idée que l'exception prévue à l'article 26, § 3, alinéa 2, de la loi spéciale précitée n'est, en réalité, qu'une simple application de l'article 26, § 3, alinéa 3, 2°, le Conseil d'Etat considère n'y avoir lieu de poser la question préjudicielle à la Cour d'arbitrage lorsque la réponse à celle-ci ne lui paraît pas indispensable à la solution du litige dont il est saisi. Une telle condition tient, selon le Conseil d'Etat, à l'essence même de la question préjudicielle. C'est ce qui ressort, en tout cas, clairement des arrêts n^{os} 35.453 à 35.455, du 11 juillet 1990, *Société wallonne de distribution d'eau* où, après avoir rappelé qu'il lui incombe, en application de l'article 26, § 1^{er}, 3°, et § 2, de la loi spéciale précitée, de demander à la Cour d'arbitrage de statuer à titre préjudiciel sur les questions relatives à la violation par une loi de l'article 6 (actuellement 10) de la Constitution lorsqu'une telle question est soulevée devant lui, même si la réponse n'est pas indispensable pour qu'il puisse rendre sa décision, le Conseil d'Etat ajoute qu'il ne peut cependant, sous peine de dénaturer la notion même de question préjudicielle, interroger la Cour sur la constitutionnalité de dispositions législatives sans pertinence pour l'examen des moyens dont il est régulièrement saisi, sous prétexte que la question est utile à la solution d'un autre litige qui échappe à sa compétence.

Pour que le Conseil d'Etat accepte de poser une question préjudicielle, il faut que le requérant lui apporte les indications indispensables pour lui permettre de formuler pareille question, faute de quoi la question préjudicielle apparaît comme un moyen purement dilatoire (1). A été également qualifiée de dilatoire, la demande de question préjudicielle relative à deux moyens d'une requête en contenant plusieurs lorsqu'un moyen, étranger à la répartition des compétences entre l'Etat, les communautés et les régions, apparaît comme fondé (2).

Il n'y a pas non plus matière à question préjudicielle lorsque, quelle que soit l'autorité compétente pour prendre la décision querellée — autorité fédérale ou autorité communau-

(1) C.E., arrêt *Frimpong*, n° 39.758 du 19 juin 1992.

(2) C.E., arrêt *s.a. Imsay*, n° 39.979, du 3 juillet 1992.

taire —, la décision ne pourrait être différente, la compétence de l'autorité étant, en toute hypothèse, liée (1).

En ce qui concerne, en particulier, le référé administratif, plusieurs arrêts du Conseil d'Etat considèrent ne pas devoir poser une question préjudicielle, dès lors que la demande de suspension est justifiée par un moyen sérieux, étranger à la question préjudicielle (2). En l'absence de préjudice grave difficilement réparable résultant de l'exécution immédiate de l'acte entrepris au contentieux de l'excès de pouvoir, il n'y a pas non plus lieu de poser à la Cour d'arbitrage une question préjudicielle. Autrement dit, la juridiction administrative peut se dispenser d'interroger la Cour d'arbitrage si la demande de suspension ne satisfait pas à l'une des conditions posées par l'article 17 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat (3).

Si le Conseil d'Etat estime ainsi pouvoir se dispenser de poser une question préjudicielle qui lui paraît ne pas être nécessaire pour statuer sur la demande dont il est saisi, par contre, il considère que le renvoi préjudiciel s'impose et doit, au besoin, être prononcé d'office, la loi sur la Cour d'arbitrage étant d'ordre public, dans le cas inverse (4).

La troisième hypothèse dans laquelle les juridictions du fond sont dispensées de poser une question préjudicielle à la Cour d'arbitrage est celle où il leur apparaît que la loi, le décret ou l'ordonnance ne violent manifestement pas une règle de répartition des compétences ou les articles 10, 11 et 24 de la Constitution (article 26, § 2, alinéa 3, 3°). Le Conseil d'Etat arrive au même résultat par le biais de son pouvoir d'interprétation. En effet, ainsi qu'il a été rappelé ci-dessus, la question préjudicielle ne porte pas sur l'interprétation de la norme législative, mais uniquement sur sa validité au regard des règles qui répartissent les compétences et du principe d'égalité et de non-discrimination, tel qu'il est consacré par la Constitution, et de la liberté d'enseignement. Ceci explique que dans

(1) C.E., arrêt *Lauwers*, n° 28.166, du 24 juin 1987. Voy. également C.E., arrêt *Pau-lussen*, n° 28.934, du 1^{er} décembre 1987.

(2) C.E., arrêt *Huberty*, n° 46.560, du 18 mars 1994, confirmant C.E., arrêt n° 45.768, du 26 janvier 1994. Voy., dans le même sens, C.E., arrêt *s.a. Hôtel Plasky*, n° 46.561 du 18 mars 1994, confirmant C.E., arrêt n° 45.970 du 2 février 1994.

(3) C.E., arrêt *Taye*, n° 47.679, du 30 mai 1994, et arrêt *Nayo Kodjo*, n° 48.447, du 1^{er} juillet 1994, déjà cités.

(4) C.E., arrêt *R.T.B.F.*, n° 25630, du 17 septembre 1985.

plusieurs arrêts, le Conseil d'Etat a refusé de poser une question préjudicielle à la Cour, estimant que la discrimination dénoncée par le requérant était inexistante, voire imaginaire (1).

Particulièrement significatif de cette jurisprudence est l'arrêt *Willocx*, n° 44.415, du 12 octobre 1993, où plutôt que de poser une question préjudicielle à la Cour d'arbitrage, le Conseil d'Etat préfère donner à l'article 22 de la loi du 19 juillet 1991 organisant la profession de détective privé, une interprétation conforme à la Constitution et ordonne directement la suspension de l'exécution du refus d'autorisation d'exercer la profession de détective privé pour cause de violation de la loi ainsi interprétée (2).

En plus des cas qui viennent d'être énumérés, il convient également de faire état d'un arrêt isolé — l'arrêt *De Ridder*, n° 34.348, du 13 mars 1990 — où le Conseil estime qu'il ne peut se considérer comme lié par l'obligation de renvoi préjudiciel prévue par l'article 26, § 2, de la loi spéciale précitée parce qu'un tel renvoi porte atteinte au droit du justiciable à ce que sa cause soit entendue par le juge dans un délai raisonnable, droit qu'il tient de l'article 6, § 1^{er}, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (3).

De cet arrêt, on peut rapprocher un courant jurisprudentiel qui considère que le renvoi pour question préjudicielle à la Cour d'arbitrage est incompatible avec la procédure de suspen-

(1) C.E., arrêt *Ville de Mouscron*, n° 39.252, du 29 avril 1992 ; arrêt *Stevens*, n°s 40.838 et 40.839, du 26 octobre 1992 ; arrêts *Stecke*, n°s 40.840 et 40.842, du 29 avril 1992.

(2) *A.P.M.*, 1993, p. 167, note. Le même raisonnement a conduit le Conseil à annuler, sans renvoi préjudiciel préalable, la décision ministérielle incriminée. Voy. dans le même sens, C.E., arrêt *Commerman*, n° 44.932, du 16 novembre 1993 (suspension), et arrêt *Commerman*, n° 48.528, du 12 juillet 1994 (annulation). Le premier arrêt à avoir ouvertement recouru à cette méthode d'interprétation conforme, avec pour effet de se dispenser de poser une question préjudicielle, est C.E., arrêt *Organisatie Traditioneel Onderwijs (OTO) a.s.b.l.*, n° 34.232, du 27 février 1990. Voy. aussi C.E., arrêt *Louwyck et Vanoverschelde*, n° 41.478, du 22 décembre 1992.

(3) *R.W.*, 1990-1991, pp. 293 et sv., note F. MEERSCHAUT. L'arrêt ajoute qu'il n'est pas porté atteinte au monopole de la Cour d'arbitrage que l'art. 26, § 2, de la loi spéciale entend protéger, lorsque le Conseil d'Etat ne répond pas lui-même à la question préjudicielle à laquelle la Cour d'arbitrage seule peut répondre, mais s'abstient de la lui poser.

sion devant le Conseil d'Etat (1). Particulièrement explicite à cet égard est l'arrêt n° 41.478, du 22 décembre 1992, *Louwijck et Vanoverschelde*, qui considère qu'en posant une question préjudicielle à la Cour d'arbitrage, « le Conseil frustrerait les requérants de leurs prétentions à une décision rapide sur leur demande de suspension ; que cela se peut d'autant moins que la procédure de suspension devant le Conseil d'Etat et celle relative à l'examen d'une question préjudicielle posée à la Cour d'arbitrage n'ont pas été harmonisées par le législateur, de manière, notamment, à limiter la perte de temps au détriment de la partie requérante ; qu'au demeurant, si le législateur avait harmonisé ainsi les deux procédures, cela établirait par là même sa volonté, qu'également dans le cadre du référé administratif, le Conseil d'Etat soit tenu de poser des questions préjudicielles à la Cour d'arbitrage ; que dès lors que la volonté du législateur n'apparaît pas en ces termes ni en d'autres, il y a lieu d'admettre qu'il n'a pas voulu que, par le procédé d'une question préjudicielle à la Cour d'arbitrage, la partie requérante remplissant les conditions pour obtenir une suspension, doive attendre qu'elle lui soit accordée pendant un délai supérieur au délai de 45 jours que le législateur même a fixé à l'article 17, § 4, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat » (2).

Un autre courant jurisprudentiel estime, au contraire, que cette incompatibilité n'existe pas (3).

(1) C.E., arrêt *Van Oirbeek et crts*, n° 35.969 du 11 décembre 1990 ; arrêt *Casino de Dinant*, n° 37.547, du 30 août 1991 ; arrêt *Rosu*, n° 37.546, du 30 août 1991, *J.T.*, 1991, pp. 676 et sv., obs. D. LAGASSE ; arrêt *Frimpong*, n° 39.758, du 19 juin 1992 ; arrêt *Schulz et Colinet*, n° 39.995, du 8 juillet 1992 ; arrêt *De Saedeleer*, n° 40.276, du 9 septembre 1992 ; arrêt *Mayita Mbamu*, n° 46.784, du 30 mars 1994.

(2) La question préjudicielle que cet arrêt n'avait pas estimé devoir poser à la Cour d'arbitrage l'a été dans le cadre de l'examen du recours en annulation par l'arrêt d'assemblée n° 45.392, du 21 décembre 1993 (*A.P.M.*, p. 18 et note). Il y a été répondu par l'arrêt n° 71/94, du 6 octobre 1994 de la Cour d'arbitrage.

(3) C.E., arrêt *s.a. C.F.E.*, n° 38.681, du 6 février 1992, dans lequel le Conseil décide, dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, d'ordonner, à titre conservatoire, la suspension de l'exécution immédiate du décret d'expropriation attaqué en attendant que la Cour d'arbitrage réponde à la question qui lui est posée, ceci afin d'éviter qu'entre-temps le transfert de propriété ne devienne irréversible à la suite d'une décision rendue par le juge de paix, lequel, à la différence du Conseil d'Etat, n'est pas tenu de saisir la Cour d'une question préjudicielle.

Les arrêts les plus récents du Conseil d'Etat rendus au contentieux de la suspension examinent si le moyen qui invoque la violation par la loi, le décret ou l'ordonnance servant de fondement à l'acte administratif attaqué des règles de répartition des compétences ou du principe d'égalité et de non-discrimination consacré par la Constitution ou

Dans la technique de la question préjudicielle, c'est au juge judiciaire ou administratif que revient l'initiative de poser la question et d'en arrêter les termes. Autrement dit, il lui appartient d'interpréter la disposition sur laquelle porte la question préjudicielle (1). La Cour d'arbitrage est, quant à elle, seule compétente pour répondre à la question telle qu'elle lui a été posée et qui porte sur la validité de la norme législative au regard des règles de répartition des compétences, du principe d'égalité et de non-discrimination et de la liberté d'enseignement. Il advient cependant que la Cour poursuive parfois son examen en indiquant une interprétation de la norme qui lui paraît plus conforme à la Constitution (2). Quant à la réponse de la Cour d'arbitrage, son incidence sur la solution du litige soumis à la juridiction de renvoi est, dans une large mesure, tributaire de l'effet qui s'attache à l'arrêt de la Cour.

III. — LE CONSEIL D'ÉTAT ET LES ARRÊTS DE LA COUR D'ARBITRAGE

La Cour d'arbitrage prononce un arrêt. Quelle peut être et, surtout, quelle est l'attitude du juge administratif ? Trois

encore de la liberté d'enseignement apparaît *prima facie* comme sérieux et, dans l'affirmative, ordonne la suspension de l'exécution de l'acte querellé jusqu'à ce que la Cour d'arbitrage ait répondu à la question préjudicielle que lui pose l'arrêt de suspension. Si, en revanche, le moyen ne lui paraît pas, en l'état, suffisamment sérieux, le Conseil estime n'y avoir lieu à renvoi préjudiciel. Il y va d'une jurisprudence prétorienne inspirée de la solution adoptée par la Cour de Justice des Communautés européennes dans son arrêt du 19 juin 1990 dans l'affaire *Factortame Ltd e.a.*, C-213/89 (*Rec.*, 1990, I, pp. 2433 et sv.).

Cette jurisprudence a trouvé sa première expression dans l'arrêt *Louvigny*, n° 43.874, du 27 août 1993, (*A.P.T.*, 1993, pp. 62 et sv., avec des extraits du rapport et de l'avis de M. l'auditeur J. Jaumotte). Les arrêts subséquents *Caupain*, n° 44.590, *Pinto Badillo*, n° 44.591, et *Mauen*, n° 44.592, du 20 octobre 1993, posent à la Cour d'arbitrage la même question préjudicielle (*A.P.M.*, 1993, p. 167). Il y a été répondu par C.A., arrêt n° 25/94, du 22 mars 1994 et arrêt n° 42/94, du 19 mai 1994. Voy. récemment encore C.E., arrêt *Luzizila Munzi*, n° 48.989, du 8 septembre 1994. Par contre, les arrêts cités sub 30 ont ordonné la suspension de l'exécution de l'acte attaqué et en ont prononcé l'annulation sans renvoi préjudiciel.

Sur le référé administratif et le renvoi pour question préjudicielle, voy., en doctrine, D. LAGASSE, obs. sur C.E., arrêt *Rosu*, n° 37.546, du 30 août 1991, *J.T.*, 1991, pp. 676 et sv. et, du même auteur, obs. sur C.E., arrêt *Nayo Kodjo*, n° 48.447, du 1^{er} juillet 1994, *J.T.*, pp. 676 et sv.

(1) Voy., notamment, C.A., arrêt n° 65/93, du 15 juillet 1993, *Jur. F.*, 1993, n° 14, pp. 8 et sv. et références citées p. 8, note 1, et, plus récemment, arrêt n° 7/94, du 20 janvier 1994 ; arrêt n° 52/94, du 29 juin 1994 ; arrêt n° 71/94, du 6 octobre 1994.

(2) Voy., notamment, C.A., arrêt n° 75/93, du 27 octobre 1993, *Jur. F.*, 1993, n° 20, pp. 5 et sv. et, plus récemment, arrêt n° 33/94, du 26 avril 1994 ; arrêt n° 58/94, du 14 juillet 1994, arrêt n° 59/94, du 14 juillet 1994.

hypothèses sont envisagées, selon que le contentieux ressortissant à la compétence de la section d'administration est forclos (1), pendant (2) ou tranché (3).

1. *Les litiges forclos*

En raison de l'expiration du délai prévu pour introduire un recours en annulation, le Conseil d'Etat n'a pas eu à connaître de la légalité d'un acte administratif individuel ou réglementaire, lequel est devenu de la sorte définitif. Par après, la norme législative qui en constituait le fondement juridique est annulée par la Cour d'arbitrage. Or, contrairement aux cours et tribunaux de l'ordre judiciaire, le Conseil d'Etat n'admet dans ce cas le recours à l'exception d'illégalité prévue par l'article 159 de la Constitution qu'à l'encontre des règlements et des actes individuels non créateurs de droits acquis. Quant aux décisions des juridictions administratives passées en force de chose jugée et fondées sur une telle norme législative, cette possibilité de contestation incidente n'existe même pas.

Optant pour la mutabilité généralisée des actes des autorités et des juridictions administratives, le législateur a prévu, à l'article 18 de la loi spéciale du 6 janvier 1989, la réouverture du délai de recours, les personnes intéressées disposant d'un nouveau délai de six mois à partir de la publication au *Moniteur belge* de l'arrêt de la Cour d'arbitrage pour introduire un recours en annulation de tels actes devant le Conseil d'Etat.

Pour l'heure, ce dernier n'a pas encore, à notre connaissance, été saisi de la sorte et n'a donc pas pu se prononcer sur l'une ou l'autre difficulté d'application de cette disposition telle que notamment l'étendue des moyens qui peuvent être soulevés devant le Conseil d'Etat (1) ou l'intensité du lien juri-

(1) Selon les travaux préparatoires de l'art. 10 de la loi du 10 mai 1985, repris textuellement à l'art. 18 de la loi spéciale du 6 janvier 1989, « en ce cas, les droits des parties et les pouvoirs des juges sont identiques à ceux qu'ils possèdent dans le cadre des recours exercés conformément à la loi » (*Ann. parl.*, Sén., séance du 14 mars 1985, p. 1838 cité par M.-F. RIGAUX, « Les conséquences des arrêts d'annulation sur les actes juridiques dérivés de la norme annulée », in *La Cour d'arbitrage*, Bruxelles, Bruylant, 1988, p. 199). *Contra* H. SIMONART, *La Cour d'arbitrage. Une étape dans le contrôle de la constitutionnalité de la loi*, Story-Scientia, 1988, p. 209 : « Le recours prévu à l'article 10 de la loi de 1985 a un objet limité. Il permet de contester une décision dans la seule mesure où elle est fondée sur une disposition législative ou décrétole ultérieurement annulée ou un règlement pris en exécution d'une telle disposition ».

dique qui doit unir la norme ou la décision administrative que-
rellée à la norme législative annulée.

En dehors de l'hypothèse prévue par l'article 18 précité, le
délai de recours contre les actes des autorités et des juridic-
tions administratives n'est-il pas susceptible d'être prorogé ou
réouvert ? Très récemment, dans le cadre du contentieux des
étrangers, certains plaideurs n'ont pas hésité à le soutenir en
recourant à la théorie de la force majeure, laquelle, comme on
le sait, constitue un cas d'interruption du délai initial de 60
jours admis exceptionnellement par le Conseil d'Etat (1). Les
articles 69*bis*, alinéa 2, et 70, alinéa 2, de la loi du 15 décembre
1980, introduits par la loi du 6 mai 1993, interdisaient le référé
administratif à l'égard des décisions d'irrecevabilité d'une
demande d'asile confirmées et déclarées exécutoires nonobs-
tant tout recours par le Commissaire général aux réfugiés et
aux apatrides. Pour d'autres, l'arrêt de la Cour d'arbitrage
n° 61/94 du 14 juillet 1994 (2), qui a annulé ces dispositions et
a, dès lors, restauré le référé administratif en la matière, a
pour effet d'ouvrir un nouveau délai de soixante jours à comp-
ter de la publication de l'arrêt au *Moniteur belge* pour intro-
duire devant le Conseil d'Etat, au-delà du délai initial de
soixante jours et, en outre, postérieurement aux recours en
annulation, des demandes de suspension de l'exécution des
décisions susvisées d'irrecevabilité prises par le Commissaire
général à l'encontre desquelles seuls les recours en annulation
avaient été intentés.

Dans ces affaires qui sont au stade du délibéré, les audi-
teurs-rapporteurs ont tous conclu à l'irrecevabilité de ces
demandes de suspension pour les deux motifs suivants. Elles
contreviennent tout d'abord aux prescriptions de l'article 17,
§ 3, alinéa 1^{er}, des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le
12 janvier 1973, lequel exige que la demande de suspension
soit introduite au plus tard en même temps que la requête en
annulation. Ensuite, la force majeure qui résulterait de l'inter-
diction légale jugée par après anticonstitutionnelle d'intro-

(1) Les Nouvelles, *Le Conseil d'Etat*, p. 269, n°s 917 et 918 ; J. SALMON, *Le Conseil d'Etat*, Bruxelles, Bruylant, 1987, p. 401.

(2) *Mon. b.*, 9 août 1994. Voy. B. BLERO, « Protection constitutionnelle et internatio-
nale des demandeurs d'asile », *R.B.D.C.*, 1994/3-4, pp. 241 à 282.

duire devant le Conseil d'Etat une demande de suspension ne peut être retenue dès lors que les requérants pouvaient, à l'instar d'autres (1), introduire une demande de suspension dès le dépôt de leur recours en annulation en demandant le cas échéant au Conseil d'Etat de poser à la Cour d'arbitrage une question préjudicielle relative au problème de constitutionnalité qui a donné lieu à l'arrêt de la Cour d'arbitrage. On rapprochera utilement ce deuxième argument d'un autre arrêt par lequel le Conseil d'Etat a déclaré irrecevable un recours en annulation introduit tardivement à l'encontre d'un arrêté d'expropriation à la suite de l'arrêt de la Cour d'arbitrage n° 57/92 du 14 juillet 1992 et ce, dans les termes suivants : « A supposer qu'à l'époque où le droit d'action s'est ouvert, la croyance générale dans la légitimité et la pérennité de la jurisprudence répartissant les compétences des juridictions judiciaires et du Conseil d'Etat en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique eût été tellement ferme que le requérant s'y serait soumis, son abstention d'agir dans les délais ne résulterait nullement de l'absence d'un recours, mais de son adhésion à l'opinion commune du moment ou d'un jugement résigné sur les chances de la faire évoluer. Une telle circonstance, n'étant ni objective ni invincible, ne constitue pas une force majeure exonérant le requérant du respect du délai d'action. L'effectivité du droit du requérant à un recours efficace (...) n'est pas subordonnée (...) à la certitude d'un résultat favorable » (2).

L'on relèvera pour le surplus que les demandeurs ne se trouvaient pas dans les conditions prévues par l'article 18 de la loi spéciale du 6 janvier 1989, ce qu'ils n'invoquaient d'ailleurs pas, dès lors que les dispositions annulées par la Cour d'arbitrage constituaient, non pas le fondement juridique des décisions d'irrecevabilité contestées, mais des dispositions procédurales spécifiques à de telles décisions.

(1) Voy. C.E., arrêt *Bello Mansoud*, n° 47.581, du 25 mai 1994 ; arrêt *Taye*, n° 47.679, du 30 mai 1994 ; arrêt *Domingas*, n° 47.873, du 10 juin 1994 ; arrêt *Kodjo*, n° 48.447, du 1^{er} juillet 1994, *J.T.*, 1994, p. 676.

(2) C.E., arrêt *De Nicolay*, n° 42.615, du 20 avril 1993.

2. *Les litiges pendants ou à venir*

En ce qui concerne les effets des arrêts de la Cour d'arbitrage sur ces litiges devant le Conseil d'Etat, il convient de distinguer selon que l'acte ou la décision querellée devant le juge administratif procède de la norme législative précisément entreprise devant le juge constitutionnel ou d'une norme législative qui, sans être soumise comme telle au juge constitutionnel, présente des affinités avec la norme contrôlée par celui-ci. Les arrêts d'annulation, de rejet ou sur question préjudicielle prononcés par la Cour d'arbitrage n'ont pas non plus les mêmes effets sur le contentieux administratif.

a) *La norme législative mère est contrôlée par la Cour d'arbitrage*

1. En raison de l'autorité absolue de chose jugée attachée aux *arrêts d'annulation* de la Cour d'arbitrage, l'acte administratif ou la décision juridictionnelle administrative fondé sur une norme législative annulée perd *erga omnes* et avec effet rétroactif sa base juridique. Saisi avant ou après l'arrêt d'annulation de la Cour d'arbitrage d'un recours en annulation de cet acte ou de cette décision, le Conseil d'Etat en prononcera dès lors l'annulation. Il le fera au besoin d'office, c'est-à-dire même en l'absence de moyen relatif à l'inconstitutionnalité de la norme législative fondatrice. En effet, le défaut de base juridique dont est affecté l'acte dérivé constitue un moyen d'ordre public, le Conseil d'Etat ne pouvant faire application d'un texte inexistant ou inapplicable en vertu de l'article 159 de la Constitution (1). Toutefois, plutôt que de soulever l'absence de motif de droit, le Conseil d'Etat semble préférer recourir dans un tel cas à l'incompétence de l'auteur de l'acte attaqué, laquelle est aussi d'ordre public et doit être soulevée d'office (2).

(1) J. SALMON, *Le Conseil d'Etat*, Bruxelles, Bruylant, 1994, pp. 470 et 473-474 et réf. cit.; C.E., arrêt *a.s.b.l. Fecosolab*, n° 27.050, du 22 octobre 1986; arrêt *Caumiant*, n° 36.054, du 19 décembre 1990, *A.P.M.*, 1991, p. 11, note.

(2) C.E., arrêt *Région de Bruxelles-Capitale*, n° 31.951, du 8 février 1989 : « De l'arrêt n° 47 du 25 février 1988 qui a annulé les articles 32 à 35 et l'article 79 du décret du Conseil régional wallon du 7 octobre 1985 sur la protection des eaux de surface contre la pollution, il s'ensuit que l'Exécutif est réputé n'avoir jamais eu la *compétence* de prendre

Un arrêt d'annulation peut également avoir des répercussions sur la recevabilité du recours en annulation pendant devant le Conseil d'Etat. Le juge administratif a ainsi constaté que « le requérant cesse d'avoir intérêt à poursuivre l'annulation d'un règlement lorsqu'à la suite d'un arrêt d'annulation de la Cour d'arbitrage, ce règlement ne lui est plus applicable » (1) ou que les effets qui lui portaient préjudice sont supprimés (2). Inversement, le juge administratif a affirmé sa compétence lorsque « de l'arrêt de la Cour d'arbitrage qui annule la loi qui confirme un arrêté royal suspendu par le Conseil d'Etat, il ressort que cet arrêté n'a jamais été validé par la loi » (3).

Devant le Conseil d'Etat, les effets d'un arrêt d'annulation de la Cour d'arbitrage affectent également les actes individuels. Tel est le cas lorsque l'acte individuel querellé est pris directement sur la base de la norme législative annulée. Ainsi, en matière de police communale, le Conseil d'Etat a dû, à plusieurs reprises, tirer les conséquences, à l'égard de mesures disciplinaires de suspension ou de révocation entreprises devant lui, de l'arrêt de la Cour d'arbitrage (4) annulant partiellement le procédé de tutelle prévu par l'article 180, alinéa 3, de la loi communale (5). De même, en matière d'enseignement, le Conseil d'Etat a annulé la mise en disponibilité par défaut d'emploi d'une inspectrice de la Communauté flamande décidée sur la base d'une disposition décrétable annulée en cours

l'arrêté du 13 novembre 1986 relatif à la taxe sur certains transferts d'eau à l'extérieur de la Région ».

C.E., arrêt *Ville de Namur*, n° 39.494, du 27 mai 1992 : « En définissant les critères de répartition de la part de 5 p.c. de la dotation générale annuelle visée à l'art. 3 du décret régional wallon du 20 juillet 1989 (fixant les règles du financement général des communes wallonnes), annulé par l'arrêt n° 4/91 du 21 mars 1991 de la Cour d'arbitrage, l'arrêté du 30 avril 1990 empiète sur une compétence appartenant à l'Exécutif de la Communauté française et à l'Exécutif de la Communauté germanophone ».

(1) C.E., arrêt *Biorim*, n° 35.667, du 17 octobre 1990.

(2) C.E., arrêt *Biorim*, n° 35.964, du 11 décembre 1990.

(3) C.E., arrêt *a.s.b.l. Association des Femmes au Foyer*, n° 40.759, du 19 octobre 1992 à la suite de C.A., arrêts n° 16/91, du 13 juin 1991 et n° 11/92, du 13 février 1992 ; C.E., *s.p.r.l. Agrivita et s.p.r.l. Miramag Benelux*, n° 43.500, du 28 juin 1993 à la suite de C.A., arrêt n° 1/93, du 7 janvier 1993 (régime de la T.V.A. des engrais).

(4) C.A., arrêt n° 73, du 22 décembre 1988.

(5) Soit en annulant ces mesures disciplinaires prises par une autorité « rétroactivement sans compétence » (C.E., arrêt *Englebert*, n° 32.946, et arrêt *Grégoire*, n° 32.947, du 4 juillet 1989) soit en rejetant le recours en annulation à défaut pour les requérants d'avoir exercé ledit recours de tutelle (C.E., arrêt *Beroudiaux*, n° 34.821, du 26 avril 1990 et arrêt *Meunier*, n° 35.245, du 22 juin 1990).

d'instance par la Cour d'arbitrage (1) (2). Le Conseil d'Etat a également annulé le refus d'agrément d'un laboratoire de biologie clinique fondé sur le fait que ses statuts n'interdisaient pas que la gérante et seule associée soit également associée d'un autre laboratoire, pareille « motivation (étant) erronée en droit » en raison de l'arrêt d'annulation n° 23/89 du 13 octobre 1989 de la Cour d'arbitrage (3).

L'hypothèse se présente également lorsque l'acte individuel est pris en exécution d'un règlement apuré, soit par ses auteurs, soit par le biais de l'exception d'illégalité, des vices d'inconstitutionnalité retenus par la Cour d'arbitrage à l'égard de la norme législative mère. Ainsi, le Conseil d'Etat a suspendu l'exécution de la délibération du collège des bourgmestre et échevins de la ville de Huy prescrivant à la S.A. Electrabel la réalisation d'une étude d'incidences portant sur les conditions d'exploitation d'un futur bâtiment de stockage de combustible nucléaire usé à Tihange ; une telle étude ne peut en effet être ordonnée sur la base du décret régional wallon du 11 septembre 1985, pareille activité faisant « partie du cycle du combustible nucléaire, visé à l'article 6, § 1^{er}, VII, deuxième alinéa, b, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, dont, dans son arrêt n° 54 du 24 mai 1988, la Cour d'arbitrage a jugé qu'il comprend « toutes les opérations à partir de l'extraction du minerai d'uranium jusqu'à l'élimination définitive des déchets radioactifs », et qu'il relève de la compétence exclusive de l'autorité fédérale » (4). Sur la base du même arrêt de la Cour et de ses mêmes considérants, le Conseil d'Etat, saisi par après d'un recours en annulation du permis de bâtir délivré par la suite

(1) C.E., arrêt *Van Der Gucht*, n° 48.846, du 31 août 1994 se référant à C.A., arrêt n° 32/93, du 22 avril 1993.

(2) Voy. égal. C.E., arrêt *De Schouwer-Steps*, n° 47.057, du 28 avril 1994 : « En cas d'annulation du décret attaqué (devant la Cour d'arbitrage), la partie requérante pourra introduire une nouvelle demande (de permis de bâtir) qui devra être appréciée sur base des dispositions alors en vigueur en tenant compte du dispositif de l'arrêt de la Cour d'arbitrage ».

(3) C.E., arrêt *s.p.r.l. Cedia*, n° 47.319, du 6 mai 1994.

(4) C.E., arrêt *s.a. Electrabel*, n° 43.853, du 12 août 1993, lequel a été suivi d'un retrait d'acte constaté par l'arrêt n° 46.532, du 16 mars 1994. Dans son arrêt n° 54 du 24 mai 1988, la Cour d'arbitrage a annulé partiellement l'annexe I du décret du 11 septembre 1985, au point 2 en ce qu'il y est fait référence aux centrales nucléaires et aux autres réacteurs nucléaires et au point 3, en ce qu'il y est fait référence aux déchets radioactifs.

par la Région wallonne, a cette fois retenu comme sérieux le moyen pris de l'absence d'étude d'incidences portant sur les aspects purement urbanistiques du même projet (1).

Comme on le voit, l'intervention du Conseil d'Etat n'est pas automatique ; elle est en réalité subordonnée à deux conditions. Il convient tout d'abord de réserver l'hypothèse du maintien définitif ou provisoire par la Cour d'arbitrage d'effets de la règle annulée en vertu de l'article 8, alinéa 2, de la loi spéciale du 6 janvier 1989 (2). Ensuite, les dispositions querelées devant le Conseil d'Etat doivent trouver leur fondement exclusif dans la norme législative annulée par la Cour d'arbitrage ; le Conseil d'Etat a ainsi rejeté un moyen reprochant à l'arrêté royal du 29 mai 1989 relatif à l'agrément des laboratoires de biologie clinique d'imposer comme critère d'agrément le respect des dispositions de l'arrêté royal n° 143 du 30 décembre 1982 dont certaines dispositions modifiées par la loi-programme du 30 décembre 1988 avaient été annulées partiellement par la Cour d'arbitrage dans son arrêt n° 23/89 du 13 octobre 1989 et ce, au motif qu'« eu égard à l'autorité absolue de chose jugée et à l'effet *erga omnes* des arrêts de la Cour d'arbitrage, la référence faite par l'acte attaqué à l'arrêté royal n° 143 doit s'entendre des dispositions non annulées par la Cour d'arbitrage » (3). Le problème est particulièrement délicat lorsque l'annulation n'est pas pure et simple mais est conditionnée par une interprétation figurant dans les motifs de l'arrêt ; dans ce cas, comme on l'a vu en matière d'étude d'incidences, les normes dérivées ne sont affectées que dans la mesure de l'annulation de la norme primaire, mesure éclairée par les motifs indissociablement liés au dispositif de l'arrêt.

2. Selon l'article 9, § 2, de la loi spéciale du 6 janvier 1989, « les arrêts rendus par la Cour d'arbitrage portant rejet des recours en annulation sont obligatoires pour les juridictions en ce qui concerne les questions de droit tranchées par ces

(1) C.E., arrêt *Ville de Huy*, n° 49.438, du 5 octobre 1994 (rejet de la demande de suspension pour absence de préjudice grave).

(2) Dans son arrêt n° 31.951, du 8 février 1989, précité, le Conseil d'Etat se réfère expressément à l'absence de limitation par la Cour d'arbitrage de l'effet rétroactif de son arrêt d'annulation. De même, dans l'arrêt n° 48.846, du 31 septembre 1994 précité, le Conseil d'Etat vérifie si la requérante est visée par le maintien de certains effets de la disposition annulée par l'arrêt n° 32/93 du 22 avril 1993 de la Cour d'arbitrage.

(3) C.E., arrêt *Biorim et crts.*, n° 42.020, du 19 février 1993.

arrêts ». A l'instar de la doctrine (1), le Conseil d'Etat reconnaît aux *arrêts de rejet* de la Cour d'arbitrage une autorité *erga omnes* dont ne sont pas revêtus ses propres arrêts.

L'arrêt de rejet peut tout d'abord lier le Conseil d'Etat quant à sa compétence. Soit directement lorsque l'arrêt de rejet porte sur une norme législative restreignant la compétence du Conseil d'Etat à connaître de recours en annulation (2) ou de demandes de suspension (3) de l'exécution de certains actes. Soit indirectement lorsque la norme querrellée devant la Cour d'arbitrage est une loi de confirmation ou de validation d'un acte d'une autorité administrative ; le Conseil d'Etat ne peut, en cas de rejet du recours dirigé contre une telle norme, que décliner sa compétence à l'égard d'un acte qui « a été transmuté en une disposition législative » (4).

En raison de son caractère obligatoire, l'arrêt de rejet de la Cour d'arbitrage peut également affecter le fondement du recours pendant devant le Conseil d'Etat. Ainsi, en réponse au moyen dénonçant à l'égard de la norme législative servant de fondement juridique aux actes soumis à sa censure les inconstitutionnalités précisément rejetées par la Cour, le Conseil d'Etat se borne à constater qu'« il découle de (tel) arrêt de la Cour d'arbitrage qu'en tant qu'il reproche à l'arrêté attaqué d'exécuter une disposition légale violant (tels) articles de la Constitution (ou de la loi spéciale), le moyen est mal

(1) H. SIMONART, *op. cit.*, pp. 217 à 219 ; E. GILLET, *op. cit.*, pp. 148-149 ; H. SIMONART, *La Cour d'arbitrage, op. cit.*, pp. 180 à 182 ; E. KRINGS, *op. cit.*, p. 579.

(2) Voy. C.A., arrêt n° 37/93, du 19 mai 1993 à propos de la suppression de la compétence d'annulation du Conseil d'Etat en ce qui concerne les conventions collectives de travail conclues dans un organe paritaire (art. 107 de la loi du 20 juillet 1991, complétant l'art. 26 de la loi du 5 décembre 1968).

(3) Voy. C.A., arrêt n° 61/94 du 14 juillet 1994 à propos de l'art. 50, al. 4, de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers interdisant le référé administratif à l'encontre du refus de prise en considération d'une nouvelle déclaration de réfugié et les arrêts subséquents du Conseil d'Etat : arrêt *Sawan*, n° 48.840, du 31 août 1994 ; arrêt *Kalonji Mukendi*, n° 49.201, du 22 septembre 1994 ; arrêt *Zapata*, n° 50.741, du 15 décembre 1994 ; arrêt *Kiadia Kiamuntoko*, n° 51.172, du 17 janvier 1995.

(4) Voy. not. C.E., arrêt *a.s.b.l. Association des Femmes au Foyer*, n° 45.760, du 26 janvier 1994 à la suite de C.A., arrêt n° 73/93, du 21 octobre 1993 ; C.E., arrêt *s.p.r.l. New-Lorem Namur*, n° 51.086 et n° 51.087, du 11 janvier 1995, à la suite de C.A., arrêts n° 84/93 du 7 décembre 1993 et n° 5/94 du 20 janvier 1994.

fondé » (1) ou que « la Cour d'arbitrage appelée à se prononcer sur le même moyen, l'a rejeté ; que, dès lors, il ne peut être accueilli » (2). Il en va de même lorsque sont invoqués à l'encontre des actes entrepris devant le juge administratif les mêmes griefs que ceux tranchés par l'arrêt de la Cour rejetant le recours dirigé contre la norme primaire (3).

Enfin, il convient de relever que lorsque l'arrêt de rejet de la Cour est conditionné par une interprétation de la norme législative, cette interprétation s'impose au juge administratif. Ainsi, à la suite de l'arrêt n° 61/94 du 14 juillet 1994 par lequel la Cour d'arbitrage a rejeté le recours en annulation de l'article 50, alinéa 4, de la loi du 15 décembre 1980, « tel qu'interprété en B.5.8. », lequel prévoit qu'une demande de suspension ne peut être introduite devant le Conseil d'Etat contre un refus de prise en considération d'une nouvelle demande d'asile, le Conseil d'Etat est conduit à vérifier si les conditions de cette cause d'irrecevabilité d'une demande de suspension émises par la Cour d'arbitrage sont réunies dans chaque cas d'espèce (4).

3. En ce qui concerne les arrêts prononcés par la Cour d'arbitrage à la suite d'une *question préjudicielle*, le Conseil d'Etat leur reconnaît une autorité de chose jugée plus étendue que celle prévue, à l'égard de la haute juridiction administrative, par la loi spéciale du 6 janvier 1989.

Comme toute autre juridiction et conformément au prescrit de l'article 28 de la loi spéciale du 6 janvier 1989, le Conseil d'Etat en tant que juge *a quo* est lié par la réponse de la Cour d'arbitrage pour la solution de l'affaire qui a donné lieu à la question préjudicielle. De manière générale, le juge administratif l'applique telle quelle et se limite à constater que,

(1) C.E., arrêt *s.a. Bic Benelux*, n° 46.007, du 4 février 1994 à la suite de C.A., arrêt n° 11/94, du 27 janvier 1994 (écotaxes) ; C.E., arrêt *s.p.r.l. Biorim et s.p.r.l. New-Larem Namur*, n° 46.524, du 16 mars 1994 à la suite de C.A., arrêt n° 23/89 du 13 octobre 1989 (laboratoires de biologie clinique) ; C.E., arrêt *s.p.r.l. Biorim et s.p.r.l. New-Larem Namur*, nos 51.092 à n° 51.099 du 11 janvier 1995 à la suite de C.A., arrêts n° 84/93 du 7 décembre 1993 et n° 5/94 du 20 janvier 1994 (biologie clinique).

(2) C.E., arrêt *Peeters et crts*, n° 39.992, du 6 juillet 1992 à la suite de C.A., arrêt n° 30/91, du 31 octobre 1991 (pension anticipée d'office d'agents communaux et de C.P.A.S.). *Contra*, à propos de la même loi, l'arrêt *Scheuern et Watticant*, n° 40.826, du 23 octobre 1992 qui pose une question préjudicielle à la Cour malgré l'arrêt de rejet n° 30/91.

(3) *Ibid.*

(4) Cfr. les arrêts cités à la p. 180, note 4. Voy. dans un autre domaine, l'arrêt *Peeters et crts*, cité à la note 2 ci-dessus.

compte tenu de la réponse de la Cour d'arbitrage à la question préjudicielle posée, il *doit* se déclarer compétent (1) ou incompétent (2) pour connaître du litige *a quo* ou qu'il *doit* accueillir (3) ou rejeter (4) le moyen concerné. Une telle attitude dictée par le caractère obligatoire de l'arrêt de la Cour conduit, assez fréquemment, il faut le souligner, les requérants à se désister de leur recours devant le Conseil d'Etat (5) dont l'enjeu véritable semble donc être la remise en cause, non pas tant de l'acte administratif dérivé, mais bien de la norme législative fondatrice ; dans ces cas-là, la saisine du Conseil d'Etat apparaîtrait en réalité comme un prétexte ou comme un succédané, selon que la norme législative est antérieure à la création de

(1) Tel est le cas lorsque la Cour invalide un décret de validation d'actes administratifs individuels : C.E., arrêt *Botilde*, n° 32.718, du 7 juin 1989, à la suite de C.A., arrêt n° 46, du 11 février 1988 (affaire de la S.D.R.W.) ou une loi de validation d'un règlement : C.E., arrêt *s.a. Petitjean et Frères et crts*, n° 49.432, du 5 octobre 1994 à la suite de C.A., arrêt n° 33/93 du 22 avril 1993 (droits d'expertise de l'Institut d'expertise vétérinaire).

(2) En matière d'expropriation, voy. C.E., arrêt *s.a. C.F.E.*, n° 40.372, du 17 septembre 1992 et n° 40.771, du 20 octobre 1992 à la suite de C.A., arrêt n° 57/92, du 14 juillet 1992 ; C.E., arrêt *Schuermans*, n° 42.256, du 11 mars 1993 et arrêt *Van Den Bosch*, n° 42.495, du 30 mars 1993 à la suite de C.A., arrêt n° 80/92, du 23 décembre 1992. En matière fiscale, voy. C.E., arrêt *a.s.b.l. Association des Femmes au Foyer*, n° 45.760, du 26 janvier 1994 à la suite de C.A., arrêt n° 73/93, du 21 octobre 1993.

(3) A propos d'un règlement communal relatif à la mise en pension anticipée d'office d'agents communaux et de C.P.A.S. pris en application des art. 277 à 283 de la loi-programme du 22 décembre 1989, voy. C.E., arrêt *Scheuern et Watticant*, n° 48.311, du 29 juin 1994, à la suite de C.A., arrêt n° 70/93, du 7 octobre 1993.

(4) A propos d'un règlement communal taxant les non-résidents fiscaux, voy. C.E., arrêt *Commune de Lanaken*, n° 38.638, du 4 février 1992, à la suite de C.A., arrêt n° 26/91, du 16 octobre 1991.

A propos d'une nomination violant l'art. 20 de la loi du 16 juillet 1993, dite du « Pacte culturel », voy. C.E., arrêt *André*, n° 45.037, du 24 novembre 1993 à la suite de C.A., arrêt n° 65/93, du 15 juillet 1993.

A propos de la publicité pour le tabac, voy. C.E., arrêt *s.a. Copel Europe*, n° 47.684, du 31 mai 1994 à la suite de C.A., arrêt n° 17/93, du 4 mars 1993.

A propos de la compétence en matière de monuments et sites, voy. C.E., arrêt *Commune de Fourons et crts*, n° 48.017 à 48.019, du 16 juin 1994 à la suite de C.A., arrêt n° 8/94 du 27 janvier 1994.

A propos de la compétence des régions d'autoriser les pouvoirs locaux à exproprier, voy. C.E., arrêt *Adam*, 52.288, du 17 mars 1995 à la suite de C.A., arrêt n° 85/93, du 16 décembre 1993.

(5) Pour ne prendre que les arrêts récents, voy. C.E., arrêt *a.s.b.l. Environnement Beez-Long-Sart*, n° 36.354, du 5 février 1991 à la suite de C.A., arrêt n° 41/90, du 21 décembre 1990 (sursis à exécution en matière d'études d'incidences) ; C.E., arrêt *commune de Nassogne*, n° 41.158, du 25 novembre 1992, à la suite de C.A., arrêt n° 43/92, du 13 mai 1992 (tutelle) ; C.E., arrêt *Ville de Mouscron et crts*, n° 45.418, du 22 décembre 1993 à la suite de C.A., arrêt n° 40/93, du 27 mai 1993 (intercommunales d'épuration d'eaux) ; C.E., arrêt *s.a. Melcar et de Coppin de Grinchamps*, n° 47.060, du 29 avril 1994 à la suite de C.A., arrêt n° 75/93, du 27 octobre 1993 ; C.E., arrêt *Calistri*, n° 48.329, du 29 juin 1994 à la suite de C.A., arrêt n° 7/94, du 20 janvier 1994 (pacte culturel).

la Cour ou que le délai contentieux de six mois pour saisir la Cour est expiré.

Il faut toutefois réserver l'hypothèse où la Cour émet une déclaration de validité ou d'invalidité de la norme examinée sous réserve de telle interprétation qui, lorsqu'elle est particulièrement large, laisse une certaine latitude au juge administratif dans l'application de la réponse de la Cour au litige *a quo*. Un exemple illustre le propos. Saisie par le Conseil d'Etat d'une question préjudicielle, la Cour d'arbitrage « dit pour droit que l'article 34, § 3, § 7 et § 13, de la loi du 9 août 1963 ne viole pas l'article (10) de la Constitution en tant qu'il autorise le Roi à soumettre les praticiens de l'art dentaire ayant refusé d'adhérer à un accord national dento-mutualiste (...) à des régimes différents en ce qui concerne les honoraires qu'ils peuvent réclamer aux bénéficiaires de l'assurance maladie-invalidité selon que ces praticiens exercent leur art dans une région pour laquelle l'accord national est ou n'est pas entré en vigueur ». En ce qui concerne ces dernières régions, il est précisé, dans un considérant de l'arrêt, que « c'est au Roi qu'il appartiendra de déterminer quand et dans quelle mesure les objectifs (précités) de la loi justifient une mesure coercitive dans une région déterminée, en prenant en considération la situation concrète de cette région » et ce, sous le contrôle des juridictions compétentes (1). Appelé à statuer dans l'affaire *a quo*, le Conseil d'Etat constate qu'« il découle de l'arrêt de la Cour d'arbitrage qu'il ne suffit pas qu'il apparaisse que le taux d'adhésion des praticiens est inférieur à 60 % dans une région pour que le Roi puisse, sans autre examen, fixer des tarifs maxima d'honoraires ». Or, « la motivation (de l'acte attaqué) ne fait pas apparaître que la partie adverse aurait procédé à un examen de la situation concrète des régions concernées » avant de prendre la mesure coercitive querellée, laquelle est dès lors annulée (2) par le juge administratif.

Le Conseil d'Etat entend également appliquer la réponse de la Cour d'arbitrage lorsque la même question surgit dans le cadre d'autres litiges que celui à l'occasion duquel la question

(1) C.A., arrêt n° 22/93, du 11 mars 1993.

(2) C.E., arrêt *Cordier et a.s.b.l. Chambres syndicales dentaires de Wallonie*, n° 52.127, du 8 mars 1995.

préjudicielle a été soulevée, conférant ainsi à ces arrêts de la Cour d'arbitrage un caractère obligatoire similaire à celui des arrêts prononcés au contentieux de l'annulation. Or, l'article 26, § 2, alinéa 3, 1°, de la loi spéciale du 6 janvier 1989 exonère de l'obligation de poser une question préjudicielle à la Cour lorsque celle-ci « a déjà statué sur une question ayant le même objet », les seules juridictions dont les décisions sont susceptibles de recours, ce qui n'est pas le cas du Conseil d'Etat. Cette audace du juge administratif est sans doute à la mesure du caractère excessif de la contrainte législative dénoncée par ailleurs par la doctrine (1).

On relève ainsi, à titre exemplatif, que le Conseil d'Etat s'est déclaré compétent ou incompétent à l'égard d'arrêtés d'expropriation selon que sa saisine est antérieure ou postérieure à celle du juge de paix et ce, sur la base des réponses apportées par la Cour d'arbitrage à des questions préjudicielles ayant certes le même objet mais posées dans le cadre d'autres litiges (2). Le Conseil d'Etat a adopté la même attitude dans le cadre de certains recours relatifs à des refus d'autorisation d'exercer la profession de détective privé, estimant inutile sur le vu de l'arrêt n° 25/94 du 22 mars 1994 de la Cour d'arbitrage de poser dans une autre affaire une question ayant le même objet que celle qui avait donné lieu à l'arrêt précité (3).

b) *La norme législative fondatrice présente des liens avec la norme contrôlée par la Cour d'arbitrage*

L'hypothèse est la suivante : le Conseil d'Etat est saisi d'un recours en annulation ou d'une demande de suspension d'un acte individuel ou réglementaire, lequel procède d'une norme législative présentant des affinités avec une autre norme légis-

(1) A. RASSON-ROLAND, « La question préjudicielle », in *Le recours des particuliers devant le juge constitutionnel*, Bruylant, Economica, 1991, pp. 44 à 46 ; M. LEROY, « Sens et non-sens dans le règlement des conflits », *J.T.*, 1989, p. 557. Cfr. *supra*.

(2) A la suite de C.A., arrêt n° 42/90, du 21 décembre 1990, voy. C.E., arrêt *s.a. Ciments de Haccourt*, n° 37.038, du 17 mai 1991 et arrêt *s.a. Eikenaar*, n° 40.145, du 25 août 1992 : « Interprétant les dispositions des articles 7 et 16, alinéa 2, de la loi du 26 juillet 1962 dans le sens défini par la Cour d'arbitrage, le Conseil d'Etat rejette le déclinatoire de compétence ». A la suite de C.A., arrêt n° 57/92, du 14 juillet 1992, voy. C.E., arrêt *Evrard*, n° 42.697, du 26 avril 1993 ; arrêt *Zarrella*, n° 47.152, du 3 mai 1994 et les arrêts n° 47.353 à 47.359, du 10 mai 1994.

(3) C.E., arrêt *Bert*, n° 47.940, du 14 juin 1994.

lative au sujet de laquelle la Cour d'arbitrage a statué, une telle relation existant en raison d'une identité ou d'une ressemblance de contenu, peu importe à cet égard l'auteur des normes comparées. Le Conseil d'Etat peut-il dans ce cas s'inspirer de, voire se référer à l'enseignement de l'arrêt de la Cour d'arbitrage pour examiner, d'office ou non, un moyen similaire à celui tranché par le juge constitutionnel ?

1. La doctrine enseigne qu'« un *arrêt d'annulation* n'a aucune répercussion sur les lois et décrets ayant le même objet, qu'il s'agisse de règles édictées par le même législateur ou de règles édictées par une autre entité (...) (ni) sur les normes législatives qui tout en n'ayant point le même objet que la règle annulée ont certains liens avec elle » (1).

Le Conseil d'Etat paraît dans l'ensemble se ranger à cette position de principe. Dans l'arrêt *a.s.b.l. Association des Femmes au Foyer*, n° 41.160, du 25 novembre 1991, il a ainsi affirmé nettement que « la circonstance que la Cour d'arbitrage a été amenée à annuler une disposition semblable ne dispense pas le Conseil d'Etat de saisir à nouveau la Cour d'une question préjudicielle puisque sa décision n'est susceptible de faire l'objet d'aucun des recours mentionnés à l'article 26, § 2, alinéa 3, de la loi spéciale du 6 janvier 1989 et puisque le renvoi s'impose dans un tel cas même lorsque la Cour a déjà statué sur une question ou un recours ayant le même objet » (2).

2. La même limitation s'attache en principe aux effets d'un *arrêt de rejet*, lesquels affectent les seules dispositions législatives examinées par la Cour d'arbitrage. Or, à plusieurs reprises, le Conseil d'Etat n'a pas hésité à invoquer le contenu d'un arrêt de rejet de la Cour d'arbitrage dans le cadre de recours dirigés contre des normes administratives prises en exécution de dispositions législatives autres que celles soumises à la Cour.

Ainsi, en matière d'environnement, le juge administratif s'est basé sur une interprétation de l'article 6, § 1^{er}, II, 1^o, de

(1) H. SIMONART, *op. cit.*, p. 198.

(2) Voy. toutefois, en matière d'emploi des langues, C.E., arrêt *Motte et crts*, n° 26.941, arrêt *Walraet*, n° 26.942, arrêt *Broers et crts*, n° 26.943, tous du 30 septembre 1986. Voy. aussi C.E., arrêt *Elections de certains membres du C.P.A.S. de Wezembeek-Oppeem*, n° 27.410, du 15 janvier 1987.

la loi spéciale du 8 août 1980 émise par la Cour d'arbitrage en matière de pollution des eaux de surface pour annuler certaines dispositions réglementaires en matière de pollution sonore aux motifs que « cette interprétation constitue le soutien nécessaire du dispositif de l'arrêt de rejet » et qu'« il serait contraire à la sécurité juridique et, par conséquent, à une bonne administration de la justice que le Conseil d'Etat ne se ralliât pas à cette définition ; qu'il y a donc lieu d'annuler celles des dispositions attaquées qui excèdent les limites de « normes techniques » entendues strictement aux termes dudit arrêt (...) » (1).

Le Conseil d'Etat a également procédé de la sorte dans le domaine des relations syndicales à propos des critères de représentativité imposés aux organisations professionnelles pour pouvoir siéger à la commission paritaire de la S.N.C.B. (2), de même que dans le domaine fiscal à propos des barèmes annuels du précompte professionnel édictés pour les ménages ne recueillant qu'un seul revenu professionnel (3).

Peut-on réellement conclure à une extension, dans le chef du Conseil d'Etat, de l'autorité des arrêts de rejet de la Cour d'arbitrage au-delà du prescrit légal ? Certes, dans les arrêts précités, le Conseil d'Etat se réfère expressément au dispositif ou aux considérants d'arrêts de rejet prononcés par la Cour dans une autre espèce que celle qui lui est soumise. Le juge administratif s'abstient par ailleurs dans ces espèces de poser à la Cour une question préjudicielle.

Toutefois, il importe de remarquer que dans aucune des trois affaires en cause, le Conseil d'Etat n'est amené à se prononcer sur la constitutionnalité ou non d'une disposition législative ; cela est dû au fait que les arrêtés soumis à sa censure, soit — comme dans l'espèce S.N.C.B. — ne trouvaient pas de

(1) C.E., arrêt *Région wallonne*, n^{os} 29.692 à 29.694, du 25 mars 1988 et C.A., arrêt n^o 47, du 25 février 1988.

(2) C.E., arrêt *U.N.S.P.*, n^o 43.313, du 15 juin 1993 se référant aux considérants de C.A., arrêt n^o 71/92, du 18 novembre 1992 statuant sur une disposition de la loi du 21 mars 1991 non applicable *in casu*, mais imposant des critères semblables à ceux édictés par l'arrêté querellé.

(3) C.E., arrêts *a.s.b.l. Association des Femmes au Foyer*, n^o 45.692, du 19 janvier 1994 (A.R. du 27 août 1993) et n^o 46.624, du 23 mars 1994 (A.R. du 30 décembre 1993) se référant à C.A., arrêt n^o 73/93, du 21 octobre 1993 relatif à l'art. 41, 1^o, de la loi du 28 juillet 1992 confirmant l'A.R. du 19 décembre 1991 contenant des barèmes identiques à ceux annexés aux arrêtés royaux précités.

fondement dans une telle disposition, soit — comme dans les affaires « Femmes au Foyer » et « normes de pollution sonore » — procédaient de simples normes législatives d'habilitation, lesquelles ne contiennent pas en elles-mêmes d'excès de compétence ou de discrimination. Autrement dit, l'inconstitutionnalité éventuelle résidait, dans ces trois espèces, dans la réglementation entreprise devant le Conseil d'Etat, lequel n'a pas dans ce cas à poser de question préjudicielle à la Cour d'arbitrage qui n'est pas compétente pour se prononcer quant à ce.

Cette lecture bienveillante des arrêts précités est confirmée par le fait que lorsque le Conseil d'Etat est confronté à une disposition législative semblable à une norme déjà examinée par la Cour d'arbitrage, ce dernier ne se soustrait pas en principe, comme on l'a vu, à l'obligation légale de poser une question préjudicielle à la Cour, même s'il se réfère à l'arrêt prononcé par la Cour dans une autre espèce. Le Conseil d'Etat a ainsi adopté une telle attitude à l'égard des articles 69*bis* et 70 de la loi du 15 décembre 1980, lesquels supprimaient le référé administratif pour certaines décisions du Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides. Dans plusieurs arrêts (1), il est relevé que « l'exclusion de principe de cette compétence ne pourrait être admise sans autre vérification que si aucun doute sérieux n'était permis quant à la conformité de ces dispositions aux articles 10 et 11 de la Constitution. Compte tenu de l'arrêt n° 20/93 du 4 mars 1993 de la Cour d'arbitrage (à propos de l'article 70*bis* de la loi du 15 décembre 1980 interdisant tout recours en suspension devant une juridiction de l'ordre judiciaire), il existe un doute sérieux à ce sujet ». Le juge administratif pose ensuite une question préjudicielle à la Cour sans écarter de lui-même les dispositions législatives incriminées, conformément à l'article 26 de la loi spéciale du 6 janvier 1989.

D'autre part, il n'est pas permis de déduire des termes mêmes des arrêts précités que le juge administratif reconnaît aux arrêts de la Cour d'arbitrage auxquels il se réfère une autorité absolue de chose jugée. Ainsi, dans l'affaire des

(1) C.E., arrêt *Taye*, n° 47.679, du 30 mai 1994 ; arrêt *Kodjo*, n° 48.447, du 1^{er} juillet 1994.

normes techniques environnementales, il indique qu'il se rallie à l'interprétation de la Cour d'arbitrage dans un double souci de « sécurité juridique » et de « bonne administration de la justice » (1) ; dans l'affaire « Femmes au Foyer », il rejette le moyen pris de la violation du principe d'égalité après avoir relevé que « dans son arrêt n° 73/93 du 21 octobre 1993, la Cour d'arbitrage, devant laquelle l'association requérante avait fait valoir les mêmes discriminations que dans la présente cause (mais à propos du barème fiscal d'un autre année), a jugé que l'article 41, 1°, précité, ne viole pas les articles (10) et (11) de la Constitution » (2). Tout au plus faut-il y voir la valeur d'un précédent, le juge administratif faisant sienne la jurisprudence de la Cour.

3. Si le Conseil d'Etat n'hésite pas à étendre l'autorité d'un arrêt rendu par la Cour au contentieux des *questions préjudicielles* au-delà de l'affaire *a quo*, il n'est par contre pas permis d'affirmer que celui-ci s'autorise à écarter ou à valider d'autres dispositions législatives que celles déjà soumises à la Cour. Aucun arrêt n'a pu, en tout cas, être recensé en ce sens (3).

3. *Les litiges tranchés*

La loi spéciale du 6 janvier 1989 prévoit, en son article 17, une seule hypothèse de remise en cause d'un arrêt du Conseil d'Etat à la suite d'un arrêt de la Cour d'arbitrage, à savoir lorsque celui-ci est fondé sur une disposition législative annulée par la Cour d'arbitrage ou sur un règlement pris en exécution d'une telle disposition. Ce recours spécifique de nature juridictionnelle, dénommé « rétractation », peut être intenté dans un délai de six mois à compter de la publication de l'arrêt d'annulation au *Moniteur belge*. Le Conseil d'Etat n'a pas encore été saisi, pour l'heure, d'un tel recours de sorte qu'il est

(1) Arrêt *Région wallonne*, cité à la page 186, note 1.

(2) Arrêt *a.s.b.l. Association des Femmes au Foyer*, n° 45.692, du 19 janvier 1994.

(3) L'on ne saurait en effet tirer parti des arrêts dans lesquels la Cour se prononce à la fois aux contentieux de l'annulation et des questions préjudicielles, de tels arrêts bénéficiant d'une autorité de chose jugée plus étendue dès lors qu'ils sont rendus dans le premier de ces contentieux.

permis de renvoyer aux commentaires déjà consacrés à cette disposition (1).

(1) M.-F. RIGAUX, « L'effet rétroactif des arrêts d'annulation rendus par la Cour d'arbitrage et les effets de la norme annulée », *J.T.*, 1986, pp. 592 à 594 ; M.-F. RIGAUX, « Les conséquences des arrêts d'annulation sur les actes juridiques dérivés de la norme annulée », in *La Cour d'arbitrage, op. cit.*, pp. 200 à 210 ; E. KRINGS, *op. cit.*, pp. 581 à 586 ; H. Simonart, *op. cit.*, pp. 199 à 210 ; E. Gillet, *op. cit.*, pp. 143 à 146.