

CHRONIQUE NATIONALE

LE CONSEIL D'ÉTAT CHRONIQUE DE JURISPRUDENCE 2008

PAR

PIERRE NIHOUL,
MARC JOASSART,

ET

ELISABETH WILLEMART

INTRODUCTION *

Cette quinzième chronique couvre la période du 1^{er} janvier 2008, date de la chronique précédente (même revue, 2008/2, pp. 237 à 323), au 31 décembre 2008. Cette recension ne vise pas à l'exhaustivité. Elle reprend les mêmes thèmes que ceux abordés précédemment sauf lorsque les arrêts et avis recensés ne justifient pas l'existence de nouveaux développements.

Ainsi, le lecteur ne trouvera pas de rubrique traitant de la délégation du pouvoir exécutif vers un de ses membres ou de la rétroactivité des normes.

I. — LIBERTÉS PUBLIQUES ET DROITS DE L'HOMME

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

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

2. — Le principe de *la légalité des poursuites pénales* inscrit à l'article 12, alinéa 2, de la Constitution implique en premier lieu, dans sa dimension strictement formelle, que la détermination de l'autorité chargée de ces poursuites résulte d'une loi. Cette matière relève de la compétence du législateur fédéral. Il ressort par ailleurs des articles 151 et 153 de la Constitu-

* Pierre Nihoul est conseiller d'Etat et maître de conférences à l'Université Catholique de Louvain. Marc Joassart est auditeur au Conseil d'Etat et assistant à l'Université Catholique de Louvain. Elisabeth Willemart est auditeur au Conseil d'Etat.

tion que c'est le ministère public qui, en Belgique, est chargé de ces poursuites. Le principe de la légalité des poursuites ne se limite toutefois pas à sa portée strictement formelle, attributive de compétence au pouvoir législatif en droit interne; il a également une fonction de légitimation importante à l'égard du monopole public de la violence légitime exercé contre l'individu et il est ainsi lié, en Belgique, à la notion de démocratie, de séparation et d'équilibre des pouvoirs. Il en découle que les «cas» et la «forme» des poursuites ne peuvent résulter que d'un processus normatif rencontrant ces garanties démocratiques (1). L'article 12, alinéa 2, de la Constitution ne va toutefois pas jusqu'à obliger le législateur à régler lui-même chaque aspect de la poursuite. Une délégation conférée au Roi n'est pas contraire au principe de légalité pour autant que l'habilitation soit définie de manière suffisamment précise et porte sur l'exécution de mesures dont les éléments essentiels sont fixés préalablement par le législateur. Ainsi, le législateur doit déterminer précisément quels sont les articles d'une législation qui peuvent donner lieu à des arrêtés d'exécution dont le non-respect est punissable et non simplement se référer aux infractions aux dispositions des arrêtés d'exécution d'une loi.

Il en va de même à propos des *peines*. En attribuant au pouvoir législatif la compétence d'adopter une loi en vertu de laquelle une peine peut être établie et appliquée, l'article 14 de la Constitution garantit à tout citoyen qu'aucune peine ne sera infligée qu'en vertu de règles adoptées par une assemblée délibérante, démocratiquement élue. Le législateur peut toutefois habilitier le Roi à fixer les peines applicables si la loi indique elle-même les taux minimum et maximum de la peine, ce qui n'est pas le cas lorsque la loi ne prévoit qu'un taux maximum (2).

Le principe de légalité des incriminations et des peines s'oppose également à ce que le moment de leur applicabilité soit laissé à l'appréciation discrétionnaire du pouvoir exécutif, fût-ce après une «évaluation» par un département ministériel, dès lors qu'il s'agit de sanctionner la violation de dispositions législatives qui seront entrées en vigueur (3).

Enfin, lorsqu'une *sanction administrative*, comme une indemnité majorée en cas de prescription induite ou l'imputation de sommes versées indûment, peut être considérée comme une sanction à caractère pénal en raison de la charge considérable qu'elle est susceptible de représenter dans le chef des

(1) Avis 43.989/AG du 29 janvier 2008 sur un avant-projet d'ordonnance, *Doc. PRBC*, 2007-2008, n° A-464/1 et avis 44.028/AG du 29 janvier 2008 sur un avant-projet de loi, *Doc. parl.*, Sénat, 2007-2008, n° 568/1, tous deux «portant assentiment au Traité de Lisbonne modifiant le Traité sur l'Union européenne et le Traité instituant la Communauté européenne, et à l'Acte final, faits à Lisbonne le 13 décembre 2007».

(2) Avis 45.443/1/2/3/4 des 13 et 17 novembre 2008 sur un avant-projet de «loi-programme», *Doc. parl.*, Chambre, 2008-2009, n° 1607/1.

(3) Avis 44.351/1/2/3/4 des 17 et 21 avril 2008 sur un avant-projet de loi «portant des dispositions diverses (I)», *Doc. parl.*, Chambre, 2007-2008, n° 52-1200/1.

intéressés, le principe de la légalité des infractions et des peines s'y applique. Dans ce cas, le législateur doit fixer lui-même les montants des sanctions visées ou du moins déterminer les montants maximum et minimum que le Roi est tenu d'observer dans l'exercice de sa compétence (4), sans permettre à un fonctionnaire ou à un ministre de déroger, dans des cas particuliers, aux montants maxima des amendes, ce qui conférerait à l'exécutif le pouvoir totalement discrétionnaire de déroger à un élément essentiel qui est de la compétence du législateur (5). De même, le législateur doit établir les éléments essentiels de la procédure à suivre par le fonctionnaire pour infliger de telles sanctions, notamment en ce qui concerne les droits de la défense (6).

3. — Les garanties entourant les ingérences dans le *droit de propriété* doivent être prévues dans une norme législative. L'article 1^{er}, alinéa 1^{er}, deuxième phrase, du protocole n° 1 additionnel à la CEDH dispose, en effet, qu'une personne peut seulement être privée de ses biens «dans les conditions fixées par la loi». Il en va de même de l'article 16 de la Constitution (7).

Ainsi, la loi doit exposer clairement les conséquences de la procédure d'ouverture d'un coffre dormant sur le contrat de location et prévoir le délai dans lequel le locataire du bien peut récupérer le contenu; le Roi ne peut non plus préciser les règles relatives à la conservation et à l'ouverture des enveloppes scellées, à la destination et au traitement de leur contenu, à leurs conséquences sur les obligations de l'établissement loueur à l'égard du locataire et à l'échange des données entre l'établissement loueur et la Caisse (8). De même, à propos d'une charge sociale destinée à augmenter l'offre de logement à prix ou à loyer modéré, il n'appartient pas au Gouvernement de déterminer les catégories de projets de lotissement ou de construction soumises à une telle charge ni les modalités de cette charge, telles que la durée de l'option d'achat et la hauteur de l'indemnisation (9).

(4) Avis 44.891/1/V du 19 août 2008 sur un avant-projet de loi «portant des dispositions en matière de santé», *Doc. parl.*, Chambre, 2008-2009, n° 1492/1.

(5) Avis 44.022/4 du 13 février 2008 sur un avant-projet de décret «relatif à la coexistence des cultures génétiquement modifiées avec les cultures conventionnelles et les cultures biologiques», *Doc. Parl. w.*, 2007-2008, n° 784/1.

(6) Avis 44.022/4 du 13 février 2008 cité à la note 5; avis 45.033/1/V du 10 septembre 2008 sur un avant-projet de décret «houdende de organisatie van coëxistentie van genetisch gemodificeerde gewassen met conventionele gewassen en biologische gewassen», *Doc. Vl. Parl.*, 2008-2009, n° 1885/1.

(7) Avis 44.351/1/2/3/4 des 17 et 21 avril 2008 cité à la note 3; avis 44.429/4 du 30 mai 2008 sur un avant-projet de décret «modifiant le décret du 12 avril 2001 relatif à l'organisation du marché régional de l'électricité», *Doc. Parl. w.*, 2007-2008, n° 813/1; avis 44.430/4 du 30 mai 2008 sur un avant-projet de décret «modifiant le décret du 19 décembre 2002 relatif à l'organisation du marché régional du gaz», *Doc. Parl. w.*, 2007-2008, n° 814/1; avis 44.839/1 du 25 septembre 2008 sur un avant-projet de décret «betreffende het grond- en pandenbeleid», *Doc. Vl. Parl.*, 2008-2009, n° 2012/1.

(8) Avis 44.351/1/2/3/4 des 17 et 21 avril 2008 cité à la note 3.

(9) Avis 44.839/1 du 25 septembre 2008 cité à la note 7.

4. — L'article 19 de la Constitution, qui garantit la *liberté d'expression*, n'opère de distinction ni en ce qui concerne le contenu de ce qui est exprimé, ni en ce qui concerne les moyens d'expression utilisés, de sorte que les garanties qu'il contient, entre autres l'interdiction de mesures préventives, s'appliquent également aux messages publicitaires. Les éléments essentiels du système de contrôle applicable à la publicité faite par les praticiens des professions des soins de santé, système qui constitue une restriction à la liberté d'expression, doivent être fixés par le législateur et non par le Roi (10).

5. — L'article 22 de la Constitution implique que «toute ingérence des autorités dans le droit au *respect de la vie privée et familiale* soit prescrite par une disposition législative, suffisamment précise, qu'elle corresponde à un besoin social impérieux et qu'elle soit proportionnée à l'objectif légitime poursuivi» (11). Ainsi, le traitement de données personnelles doit répondre notamment aux principes de légalité et de finalité.

Il est prévu de permettre aux communes et aux gestionnaires de parkings de consulter les données qui figurent dans le répertoire matricule des véhicules en vue d'assurer «le recouvrement des sommes dues pour le stationnement des véhicules sur la voie publique». S'agissant de l'accès des communes à ce répertoire, le respect des principes de finalité et de légalité est assuré par la loi du 22 février 1965 permettant aux communes d'établir des redevances de stationnement applicables aux véhicules à moteur; il en résulte en effet la nécessité pour les communes qui ont prévu de telles taxes de pouvoir identifier les personnes qui, en violation de leurs règlements, ne les ont pas acquittées, l'accès au répertoire matricule des véhicules constituant un moyen adéquat à cet effet. Toutefois, l'accès au répertoire devrait être réservé au receveur communal puisque c'est à celui-ci, sous sa responsabilité et en pleine indépendance, qu'il appartient d'effectuer les recettes communales. En outre, les données pouvant être transmises devraient être celles qui sont véritablement indispensables au recouvrement des sommes non payées, tels que le nom et l'adresse. S'agissant par contre de l'accès à ce répertoire de personnes autres que les autorités communales, spécialement des concessionnaires, celui-ci ne pourrait leur être accordé que par une disposition législative ou par une disposition réglementaire à la condition que cette dernière dispose d'un fondement législatif, ce qui, en l'état

(10) Avis 44.891/1/V du 19 août 2008 cité à la note 4.

(11) Avis 45.070/2/V du 27 août 2008 sur un projet d'arrêté royal «modifiant l'arrêté royal du 20 juillet 2001 relatif à l'immatriculation de véhicules» (accès aux données pour les gestionnaires de parking privés); avis 44.839/1 du 25 septembre 2008 cité à la note 7; avis 45.217/3 du 4 novembre 2008 sur un avant-projet de décret relatif au «woonzorgdecreet», *Doc. Vl. P.*, 2008-2009, n° 1975/1; avis 45.522/3 du 9 décembre 2008 sur un projet d'arrêté du Gouvernement flamand «tot wijziging van het besluit van de Vlaamse Regering van 13 juli 1994 inzake de erkenningsvoorwaarden en de subsidienormen voor voorzieningen van de bijzondere jeugdbijstand».

actuel, fait défaut. Il appartient donc au législateur d'intervenir préalablement, soit pour régler entièrement les questions ici discutées, soit pour en régler les aspects essentiels avec une habilitation au Roi.

Les données financières relatives à une maison — et donc aussi aux personnes qui y habitent ou qui en sont propriétaires — tombent dans le champ d'application du droit à la vie privée. Une banque de données qui contient, pour tout le territoire régional, des données relatives à l'offre de logement, aux différentes sortes d'habitation, aux prix des terrains et des maisons, aux loyers et aux tendances du marché ne peut être habilitée à conclure avec le gouvernement un contrat de concession qui détermine les garanties relatives à la consultation de ces données, lesquelles doivent être prévues par le législateur (12). Il en va de même de la constitution par les institutions d'aide à la jeunesse de dossiers reprenant des données relatives au jeune et à sa famille (13).

6. — Qu'en est-il des *droits économiques et sociaux*? «Pour les matières visées à l'article 23 de la Constitution, la compétence exclusive réservée au législateur [...] semble encore avoir été renforcée dans la jurisprudence récente de la Cour d'arbitrage. Sans assimiler explicitement les matières visées à l'article 23 de la Constitution aux matières réservées au législateur, un certain nombre d'arrêts de la Cour d'arbitrage relatifs à une des matières mentionnées à l'article 23 de la Constitution utilise[nt] une formulation qui fait songer au «principe de légalité renforcé», notamment en matière fiscale et d'enseignement» (14). En d'autres termes, si l'article 23, alinéa 2, de la Constitution n'empêche sans doute pas que le pouvoir exécutif soit chargé de la mise en oeuvre concrète de la réglementation concernée, les éléments essentiels dans les domaines visés par l'article 23 de la Constitution doivent toutefois en être fixés par le législateur. Pour apprécier la portée et le caractère admissible d'une habilitation au pouvoir exécutif dans ces matières, il y a lieu d'avoir égard à la nature du domaine réglementé et à divers critères, comme entre autres le fait que déterminer au niveau législatif une réglementation détaillée «contraindrait le législateur à faire oeuvre d'administration active, ce qui mettrait en cause l'efficacité des politiques qu'il arrête», ou le fait que les «mesures d'administration active peuvent plus facilement être adaptées pour rencontrer les nécessités de l'évolution technologique», ou le fait qu'«une disposition générale et abstraite est incompatible avec le choix du législateur de laisser varier l'aide offerte en fonction des besoins spécifiques des destinataires» de cette aide, ou encore le fait que la réglementation «doit pouvoir être adap-

(12) Avis 44.839/1 du 25 septembre 2008 cité à la note 7.

(13) Avis 45.522/3 du 9 décembre 2008 cité à la note 11.

(14) Avis 45.389/4 du 26 novembre 2008 sur un avant-projet de décret «modifiant le décret du 27 février 2003 sur la radiodiffusion», *Doc. P.C.F.*, 2008-2009, n° 634/1.

tée de manière relativement souple à l'évolution des besoins et des moyens», ou enfin en raison de la «nature particulièrement technique et complexe» de la matière (15).

Il a été fait application de ces principes dans :

- la matière de l'audiovisuel qui fait partie du droit à l'épanouissement culturel, consacré par l'article 23, alinéa 3, 5°, de la Constitution (16). Sont excessives les habilitations consenties au Gouvernement en vue de fixer des «règles complémentaires de volume de communication commerciale interactive», de «limiter le nombre et la durée de visibilité de la communication commerciale», de déterminer les services télévisuels non linéaires de service public qui doivent faire l'objet d'un droit de distribution obligatoire, d'arrêter l'accès aux fréquences, etc...;
- les domaines qui relèvent de la sécurité sociale dont le droit est garanti par l'article 23, alinéa 3, 2°, de la Constitution. Ainsi, n'est pas conforme au principe de légalité le fait de modifier par arrêté royal des éléments essentiels du régime des allocations familiales (17) ou le fait de mettre en oeuvre le principe de «de automatische rechtsverkrijging» (18);
- les mesures relatives aux «betaalbaar wonen» dès lors qu'elles touchent au droit à un logement décent prévu par l'article 23, alinéa 3, 3°, de la Constitution (19).

7. — Vu le principe de légalité inscrit à l'article 32 de la Constitution relatif à la *transparence administrative*, il revient au législateur de définir les conditions d'accès aux documents administratifs et les exceptions au principe de la publicité des documents administratifs. Ainsi, il ne revient pas au pouvoir exécutif de déterminer les modalités selon lesquelles les documents d'archives sont communiqués ou peuvent être consultés (20), ni de fixer les décisions qui sont intégrées dans un registre de permis (21), ni de prévoir que des avis d'un organisme consultatif ne peuvent être diffusés qu'après l'accord d'un ministre, ce qui concerne la publicité active (22).

(15) Avis 44.583/3 du 11 juin 2008 sur un avant-projet de décret «tot wijziging van het decreet van 30 maart 1999 houdende de organisatie van de znorgverzekering», *Doc. Vl. P.*, 2007-2008, n° 1810/1; avis 44.839/1 du 25 septembre 2008 cité à la note 7.

(16) Avis 44.986/1/V van 10 septembre 2008 sur un avant-projet de décret «betreffende radio-omroep en televisie», *Doc. Vl. P.*, 2008-2009, n° 2014/1; avis 45.389/4 du 26 novembre 2008 cité à la note 14.

(17) Avis 45.443/1/2/3/4 des 13 et 17 novembre 2008 cité à la note 2.

(18) Avis 44.583/3 du 11 juin 2008 cité à la note 15.

(19) Avis 44.839/1 du 25 septembre 2008 cité à la note 7.

(20) Avis 45.540/1/2/3/4 des 15 et 17 décembre 2008 sur un avant-projet de loi «portant des dispositions diverses (I)», *Doc. parl.*, Chambre, 2008-2009, n° 1786/1.

(21) Avis 43.973/3 du 15 janvier 2008 sur un avant-projet ordonnance «modifiant la législation bruxelloise relative à l'environnement en ce qui concerne la participation du public aux procédures décisionnelles en matière d'environnement», *Doc. PRBC*, 2007-2008, n° A-475/1.

(22) Avis 44.296/3 du 8 avril 2008 sur un projet d'arrêté royal «régulant la composition et le fonctionnement du Conseil du Bien-être des animaux».

B. — *Limites à l'intervention du législateur*1. *Généralités*

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

2. *Admissibilité aux emplois publics*

9. — Le respect du principe constitutionnel d'égale admissibilité aux emplois publics implique qu'il soit procédé à une comparaison objective et impartiale des titres et mérites des candidats à une fonction publique. Une des garanties de ce respect est de charger expressément le collège d'experts d'établir le classement des candidats aux emplois de fonctionnaire dirigeant et de fonctionnaire dirigeant adjoint (23). Une autre garantie est un appel public aux candidats. Ainsi, pour se conformer aux articles 10 et 11 de la Constitution et compte tenu de la nature et de la mission de service public de l'association sans but lucratif, les membres de celle-ci ne peuvent le devenir qu'après un appel public lancé par le pouvoir organisateur, notamment, par exemple, par la publication d'un avis au *Moniteur belge* (24).

10. — De plus en plus souvent, il est interdit d'être nommé dans un emploi public, dans un organe consultatif ou dans un organe de gestion d'un organisme public lorsque le candidat «est ou a été membre d'un organisme ou d'une association qui ne respecte pas les principes de la démocratie tels qu'énoncés» par des instruments internes et internationaux. Ce genre de disposition appelle plusieurs observations (25). Premièrement, l'incompatibilité qu'elle crée ne peut être exclusivement fonction d'un com-

(23) Avis 45.082/2/V du 3 septembre 2008 sur un projet d'arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale «déterminant la procédure complémentaire de nomination des inspecteurs généraux de l'Agence régionale pour la Propreté».

(24) Avis 43.957/4 du 7 avril 2008 sur un avant-projet de décret «modifiant le décret du 16 juillet 1985 relatif aux parcs naturels», *Doc. Parl. w.*, 2007-2008, n° 789/1.

(25) Avis 43.685/4 du 12 mars 2008 sur un avant-projet de décret-cadre «portant rationalisation de la fonction consultative», *Doc. Parl. w.*, 2007-2008, n° 820/1; avis 45.023/2/V du 8 septembre 2008 sur un avant-projet de décret, *Doc. P.C.F.*, 2008-2009, n° 615/1, avis 45.024/2/V du 8 septembre 2008 sur un avant-projet de décret, *Doc. Ass. Cocaf*, 2008-2009, n° 161/1 et avis 45.025/2/V du 8 septembre 2008 sur un avant-projet de décret, *Doc. parl. w.*, 2008-2009, n° 884/1, tous «portant assentiment à l'accord de coopération-cadre relatif à la Formation en alternance, conclu entre la Communauté française, la Région wallonne et la Commission communautaire française»; avis 44.090/4 du 3 mars 2008 sur un projet d'arrêté du Gouvernement wallon «relatif à la composition et au fonctionnement du Conseil supérieur wallon de la Conservation de la Nature».

portement imputable à l'association ou à l'organisme dont la personne visée est ou a été membre car elle n'a pas pour effet d'empêcher qu'une association ou un organisme qui respecterait les textes auxquels il est référé soit représenté par quelqu'un qui, à titre personnel, ne les respecterait pas. Deuxièmement, le non-respect des principes de la démocratie est une cause d'exclusion beaucoup trop large car ces termes pourraient appréhender des organismes qui proposent une interprétation nouvelle de ces principes ou qui émettent des critiques sur les présupposés philosophiques ou idéologiques des instruments juridiques visés; elle doit être limitée à ceux qui sont «hostiles» à ces instruments, cette hostilité ayant pour objet un principe essentiel au caractère démocratique du régime et se manifestant par l'incitation à violer une norme juridique en vigueur (notamment l'incitation à commettre des violences). Troisièmement, cette incompatibilité ne peut persister sans limite de temps et doit tenir compte de ce qu'une personne, association ou organisme peut, même après qu'il ait été constaté qu'il se montrait hostile à l'ordre démocratique établi, renoncer par la suite à cette hostilité. Quatrièmement, l'hostilité manifeste auxdits principes ne peut s'inférer que d'une décision de justice coulée en force de chose jugée.

3. *Liberté individuelle*

11. — Le droit de choisir librement son lieu de résidence constitue un aspect essentiel de la liberté individuelle garantie par l'article 12 de la Constitution et par l'article 2 du 4^{ème} Protocole à la CEDH.

Qu'en est-il à cet égard de l'imposition, dans chaque permis d'urbanisme ou de lotir délivré dans certaines zones d'extension d'habitat, d'une condition selon laquelle les terrains ou constructions qui y sont situés ne peuvent être vendus ou loués qu'à des personnes qui, selon l'avis d'une commission provinciale, disposent d'un «lien suffisant» avec la commune concernée? Le test de constitutionnalité et de conventionnalité nécessite d'examiner plusieurs aspects de cette ingérence dans un droit fondamental. Elle doit d'abord être prévue par une norme législative. Elle ne vise ensuite que certaines zones déterminées situées dans certaines communes et qui sont constituent des réserves non encore mises en oeuvre. Elle doit également poursuivre un but légitime, ce qui semble être le cas des objectifs annoncés par les auteurs de la mesure, à savoir, en raison des prix élevés de l'immobilier dans ces zones, empêcher une éviction de certains milieux sociaux et diminuer une pression migratoire, ce qui contribue à protéger le droit au libre choix d'une résidence dans le chef d'autres personnes. Cette limitation doit de même être nécessaire à la vie dans une société démocratique, c'est-à-dire rencontrer un besoin social impérieux, ce qui semble être le cas. Le lien social est également présumé dans certaines circonstances qui démontrent une attache avec la commune concernée. Vu les critères relativement

étendus qui permettent de démontrer l'existence d'un lien suffisant, la portée territoriale réduite du projet et surtout le fait que les droits des propriétaires sont d'ores et déjà limités dans une zone d'extension d'habitat, la mesure envisagée paraît pouvoir être admise (26).

L'obligation pour un membre d'un organisme d'être domicilié dans une Région à la date de sa nomination n'est en principe pas conforme au droit reconnu à chacun de choisir librement sa résidence, et ce d'autant plus qu'il est déjà prévu, à l'égard des institutions qui peuvent présenter des candidats, des garanties quant aux liens que doivent présenter ces institutions avec le territoire de la Région ou les matières relevant de sa compétence (27).

4. *Légalité des infractions et des peines*

12. — En vertu du principe de la *légalité des incriminations*, les faits érigés en infraction doivent être définis en des termes suffisamment clairs, précis et prévisibles pour permettre aux justiciables de savoir à l'avance quels actes ou omissions engagent leur responsabilité pénale. Il s'ensuit que les dispositions dont la méconnaissance est un fait constitutif d'infraction doivent être complétées et précisées afin de satisfaire à ces exigences. Il est préférable à cet égard d'opter, plutôt que pour une pénalisation générale, pour une énumération limitative des infractions, laquelle doit alors décrire les faits, d'une manière claire et précise (28). N'est en tout cas pas admissible le fait de prévoir des peines et de disposer que ces peines s'appliqueront à toutes les obligations résultant des arrêtés d'exécution que le pouvoir exécutif doit encore prendre (29).

13. — Le principe de la *légalité des peines* n'a pas seulement pour effet que le législateur détermine lui-même le degré de la peine — le point de vue formel —; il implique également que la peine infligée ne soit pas démesurément lourde par rapport aux faits commis, en d'autres termes, que la répression pénale soit différenciée en fonction de la gravité des faits et proportionnée à cette gravité. Tel n'est pas le cas d'un seul et même taux de peine attaché à l'ensemble des infractions prévues dans la loi et dans les arrêtés d'exécution eu égard à la grande diversité des comportements infractionnels visés; ainsi, les peines applicables sont identiques, qu'il

(26) Avis 44.839/1 du 25 septembre 2008 cité à la note 7.

(27) Avis 44.090/4 du 3 mars 2008 cité à la note 25.

(28) Avis 44.450/3 du 13 mai 2008 sur un projet de loi «relative à l'obtention et à l'utilisation de matériel corporel humain destiné à des applications humaines ou à des fins de recherche scientifique», *Doc. Parl.*, Sénat, 2007-2008, n° 825/1; avis 44.923/2/V du 12 août 2008 sur un avant-projet de décret «modifiant le décret du 8 mars 2001 relatif à la promotion de la santé dans la pratique du sport, à l'interdiction du dopage et à sa prévention en Communauté française», *Doc. P.C.F.*, 2008-2009, n° 621/1.

(29) Avis 44.884/1/V du 5 août 2008 sur un avant-projet d'ordonnance «relative à la gestion et à l'assainissement des sols pollués», *Doc. P.R.B.C.*, 2008-2009, n° A-533/1.

s'agisse par exemple d'une infraction matérielle ou, simplement, de l'inaccomplissement d'une formalité (30).

14. — Lorsqu'une *sanction administrative* revêt un caractère répressif et peut donc être considérée comme ayant un caractère pénal, plusieurs conséquences s'attachent à une telle qualification.

Il convient, notamment, de veiller au respect du principe *non bis in idem*. Pour respecter ce principe, de deux choses l'une : soit, il ne peut être prévu à la fois des sanctions pénales et administratives pour un même fait érigé en infraction sur la base des mêmes éléments constitutifs; soit, il doit être prévu un mécanisme excluant que l'auteur d'une infraction fasse l'objet de plus d'une poursuite, lorsque l'infraction qu'il a commise est passible de plusieurs sanctions pénales ou administratives (31). Il y a de même lieu d'ouvrir à l'encontre de la décision administrative prononçant une telle sanction un recours juridictionnel effectif dans lequel le juge saisi, d'une part, puisse, en principe, pouvoir réduire celle-ci au-dessous du minimum légal, s'il existe des circonstances atténuantes, et, d'autre part, puisse prononcer le sursis à l'exécution de cette amende (32). Il faut également prendre en compte le caractère personnel d'une telle sanction. Ainsi, s'il est concevable de rendre civilement responsables du paiement de l'amende les père et mère, les tuteurs ou les personnes qui ont la garde du mineur coupable de l'infraction sanctionnée administrativement, il ne se conçoit par contre pas de poursuivre directement, par la voie administrative, les seuls titulaires de l'autorité parentale comme s'ils étaient eux-mêmes les auteurs de l'infraction en cause. En outre, quand il organise un système de sanctions administratives dont rien n'exclut qu'il puisse s'appliquer aux mineurs d'âge, le législateur doit veiller à ce que ceux-ci ne soient pas privés des garanties procédurales prévues par la législation relative à la protection de la jeunesse ou, à tout le moins, bénéficient de garanties équivalentes (33).

5. Domicile

15. — L'inviolabilité du domicile, garantie notamment par l'article 15 de la Constitution, est étendue aux locaux où sont exercées des activités pro-

(30) Avis 44.450/3 du 13 mai 2008 cité à la note 28; avis 44.884/1/V du 5 août 2008 cité à la note 29; avis 45.281/4 du 29 octobre 2008 sur un avant-projet de décret «relatif à la conservation du domaine public régional routier et des voies hydrauliques», *Doc. Parl. w.*, 2008-2009, n° 904/1.

(31) Avis 44.022/4 du 13 février 2008 cité à la note 5; avis 45.217/3 du 4 novembre 2008 cité à la note 11.

(32) Avis 44.022/4 du 13 février 2008 cité à la note 5; avis 44.986/1/V du 10 septembre 2008 cité à la note 16; avis 45.281/4 du 29 octobre 2008 cité à la note 30.

(33) Avis 44.947/VR/V, 44.948/VR/V, 44.949/VR/V du 19 août 2008 sur un avant-projet de décret, *Doc. Vl. P.*, 2008-2009, n° 1944/1, sur un avant-projet d'ordonnance, *Doc. P.R.B.C.*, 2008-2009, n° A-526/1 et sur un avant-projet de décret, *Doc. Parl. w.*, 2008-2009, n° 876/1, tous «approuvant l'accord de coopération concernant la prévention et à la gestion des déchets d'emballages»; avis 45.281/4 du 29 octobre 2008 cité à la note 30.

fessionnelles et commerciales et peut également être invoquée par des personnes morales, même si la proportionnalité de l'ingérence dans les locaux d'une personne morale est susceptible d'être plus facilement admise qu'en ce qui concerne les atteintes au domicile d'une personne physique (34).

Une atteinte au domicile ainsi largement compris, qu'elle ait lieu dans un contexte pénal ou non, doit être assortie de garanties. Ainsi, l'intervention d'un juge impartial et indépendant, comme le juge d'instruction, constitue une garantie importante lorsqu'il s'agit de permettre qu'il soit pénétré dans les lieux en question à l'insu ou sans le consentement du propriétaire ou de son ayant droit; dispenser d'une telle intervention n'est admissible que si cette dispense peut être justifiée par des raisons propres aux infractions concernées et est limitée à ce qui est strictement nécessaire pour réaliser l'objectif légitime poursuivi et si l'absence de la garantie d'une intervention judiciaire préalable est compensée par d'autres garanties suffisantes pour éviter les abus. En outre, une garantie devrait, au moins, consister dans la présence de la personne physique ou d'un représentant de la personne morale concernée et dans l'établissement d'un inventaire des documents consultés ou copiés; il faut également obtenir préalablement l'accord écrit du titulaire de l'autorisation et de la personne qui a la jouissance effective des lieux; il est également recommandé de déterminer les heures entre lesquelles les fonctionnaires peuvent visiter des locaux habités en respectant un équilibre raisonnable entre les droits des personnes concernées et la nécessité pour les fonctionnaires de pouvoir exercer efficacement leur mission.

6. *Droit de propriété*

16. — L'ingérence dans le droit de propriété privée peut prendre la forme de *l'expropriation*. Outre le principe de légalité, trois garanties ressortent de l'article 16 de la Constitution et de l'article 1^{er} du premier Protocole additionnel à la CEDH (35).

(34) Avis 44.022/4 du 13 février 2008 cité à la note 5; avis 44.568/2 du 11 juin 2008 sur un avant-projet de loi «modifiant l'arrêté-loi du 18 mai 1945 portant création d'un Fonds des Rentes»; avis 44.643/2 du 1^{er} juillet 2008 sur un avant-projet de loi «relatif à la réassurance», *Doc. Parl.*, Chambre, 2008-2009, n° 1493/1; avis 44.947/VR/V, 44.948/VR/V, 44.949/VR/V du 19 août 2008 cités à la note 33; avis 44.942/4 du 1^{er} octobre 2008 sur un avant-projet d'ordonnance «modifiant l'ordonnance du 13 mai 2004 portant ratification du Code bruxellois de l'Aménagement du Territoire», *Doc. P.R.B.C.*, 2008-2009, n° A-527/1; avis 45.451/1/2/3/4 des 18 et 19 novembre 2008 sur un avant-projet de loi «portant des dispositions diverses», *Doc. parl.*, Chambre, 2008-2009, n° 1608/1; avis 45.542/1 du 2 décembre 2008 sur un avant-projet d'ordonnance «portant statut des agences de voyage».

(35) Avis 44.351/1/2/3/4 des 17 et 21 avril 2008 cité à la note 3; avis 44.429/4 et 44.430/4 du 30 mai 2008 cités à la note 7; avis 44.839/1 du 25 septembre 2008 cité à la note 7 (à propos du lien social suffisant imposé lors de la délivrance de certains permis dans certaines zones d'extension d'habitat).

D'une part, seul un but d'utilité publique peut justifier le recours à l'expropriation. Les Etats jouissent d'une large marge d'appréciation en ce qui concerne les besoins justifiant cette mesure.

D'autre part, l'autorité doit ménager un «juste équilibre» entre les exigences de l'intérêt général de la communauté et les impératifs de la sauvegarde des droits fondamentaux des personnes, ce qui nécessite qu'il existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé. Ainsi, il est prévu que les comptes dormants, les coffres dormants et les contrats d'assurances dormants dont les avoirs sont inférieurs à 20 euros ne doivent pas faire l'objet de la procédure de recherche prévue par le projet et sont transférés à la Caisse sans information, les droits du titulaire sur les avoirs s'éteignant par le transfert à la Caisse. Cette ingérence n'est pas disproportionnée, le but étant d'éviter que les frais de recherche et de gestion de montants modiques par les pouvoirs publics dépassent la somme due (36). La limitation des participations du ou des partenaires privés dans les intercommunales mixtes et l'obligation pour ceux-ci de se dessaisir des parts excédant 30 ou, à terme, 25 % au moins du capital constituent une privation de propriété. Cette mesure pose problème dès lors qu'il est seulement prévu la fixation d'un calendrier et la possibilité de substituer la Région, un organisme d'intérêt public ou un tiers privé aux communes et aux provinces qui ne seraient pas en mesure de réaliser les acquisitions ci-dessus; en revanche, l'avant-projet ne prévoit aucune mesure prenant en compte les intérêts du ou des partenaires privés, telles que la fixation de règles en ce qui concerne l'évaluation de l'actif à reprendre par les collectivités publiques ou de garanties en ce qui concerne la valeur de rachat des parts de capital excédentaires des partenaires privés (37). Il en va de même de la cessation de plein droit à la prise de possession du réseau de distribution d'énergie exproprié de «tout droit réel démembré ou tout droit personnel attribué par la commune [...] à toute autre personne que le [nouveau] gestionnaire de réseau» dès lors que même si le texte prévoit une indemnisation, rien n'est prévu en ce qui concerne l'information préalable des intéressés qui peuvent ignorer la procédure d'expropriation menée envers le GRD pour d'autres portions du réseau et dont la privation d'un droit réel ou d'un droit de créance, voire même la cessation d'une concession de service public, s'opère sans préavis et même, le cas échéant, à l'insu de leurs titulaires, puisqu'elle interviendra «de plein droit à la prise de possession du réseau exproprié». Vu le caractère inopiné de la mesure, que rien ne semble justifier, l'avant-projet de décret ne paraît pas ménager un juste équilibre entre les intérêts publics et privés en jeu (38).

(36) Avis 44.351/1/2/3/4 des 17 et 21 avril 2008 cité à la note 3.

(37) Avis 44.429/4 et 44.430/4 du 30 mai 2008 cités à la note 7.

(38) Avis 44.429/4 et 44.430/4 du 30 mai 2008 cités à la note 7.

Enfin, selon l'article 16 de la Constitution, qui offre sur ce point une protection plus étendue que l'article 1^{er} du protocole n° 1, susmentionné, l'indemnité doit être préalable à la dépossession. Méconnaît cette garantie le fait que la réduction de la participation des opérateurs privés dans les intercommunales mixtes pourrait intervenir avant même que ceux-ci aient été indemnisés.

Par ailleurs, la possibilité qu'un droit réel autre que le droit de propriété fasse isolément l'objet d'une expropriation «n'est actuellement pas prévue, et n'est, a fortiori, pas organisée par les textes qui règlent de manière générale la matière de l'expropriation». Compte tenu de l'article 79, §1^{er}, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, elle ne pourrait être envisagée que moyennant, d'une part, la détermination, par le législateur régional, des modalités d'une telle expropriation et, d'autre part, la détermination, par le législateur fédéral, des procédures judiciaires à appliquer en pareille hypothèse, sous réserve du recours par la Région à l'article 10 de la même loi (39).

17. — Les ingérences dans le droit de propriété peuvent aussi prendre la forme de *limitations* de celui-ci. Dans ce cas, l'autorité doit respecter, outre le principe de légalité, un «juste équilibre» entre les exigences de l'intérêt général de la communauté et les impératifs de la sauvegarde des droits fondamentaux des personnes, ce qui nécessite d'apprécier le caractère raisonnablement proportionné de la mesure. Doivent ainsi se conformer à cette exigence l'obligation de démontrer, lors de la délivrance d'un permis dans certaines zones d'extension d'habitat situées dans certaines communes, l'existence d'un lien social effectif avec cette commune de même que la charge sociale, imposée à l'occasion de la délivrance de permis dans certaines zones, d'augmenter l'offre de logements à prix ou à loyer modéré par la réalisation de tels logements par le demandeur de permis (40).

7. *Liberté des cultes*

18. — Les articles 19, 21 et 27 de la Constitution impliquent la liberté d'organisation interne des cultes et des conceptions philosophiques non confessionnelles qui doivent pouvoir se constituer et s'organiser librement, sans que le législateur soit, en principe, habilité à intervenir en la matière. Par ailleurs, l'article 181 de la Constitution met à la charge de l'État les traitements et pensions des ministres du culte et des délégués des organisations philosophiques non confessionnelles. Dans ce cadre, l'État dispose d'une certaine marge d'appréciation : l'article 181 ne s'applique qu'aux cultes et organisations reconnus et le financement public n'est pas sans

(39) Avis 44.429/4 et 44.430/4 du 30 mai 2008 cités à la note 7.

(40) Avis 44.839/1 du 25 septembre 2008 cité à la note 7.

limite, notamment quant aux montants des traitements et au nombre de personnes qui en bénéficient. En conséquence de la liberté d'organisation interne, c'est aux cultes et aux organisations philosophiques non confessionnelles de désigner ceux qu'ils considèrent comme «ministres du culte» ou comme «délégués». L'État doit donc limiter son intervention à la fixation des seuils de rémunération en tenant compte des responsabilités respectives assumées par les ministres du culte ou les délégués (41).

Qu'en est-il à cet égard du cadre d'extinction des assistants paroissiaux, lesquels sont rémunérés «sur des places de vicaires vacantes»? Dès lors, d'une part, que les assistants paroissiaux se rattachent à un culte reconnu (ils remplissent, dans l'Église catholique, un office ecclésiastique dont le statut est fixé au niveau diocésain) et que, d'autre part, l'Église les considère comme «ministres du culte» (42), il appartient au législateur des les prendre en considération. L'extinction effective du cadre des assistants paroissiaux constituerait une violation de l'article 181, §1^{er}, combiné avec les articles 19, 21 et 27 de la Constitution. De même, constitue une ingérence injustifiée dans la liberté d'organisation interne des cultes la disposition qui prévoit qu'une place reconnue ne peut être occupée que par un seul ministre du culte et à concurrence de 50 % ou de 100 % des échelles de traitement, ce qui empêche qu'une place soit occupée par deux ministres du culte à mi-temps (43).

19. — Il est parfois imposé à des institutions privées, à titre de condition d'agrément, de garantir l'accès à ces institutions sans aucune forme de discrimination sur la base de convictions idéologiques, religieuses ou philosophiques et d'assurer le respect, sans aucune forme de discrimination, des convictions idéologiques, religieuses ou philosophiques de leurs usagers. Ces dispositions constituent une ingérence dans la liberté de culte et de conscience des gestionnaires dès lors qu'elles font prévaloir le droit individuel à de telles convictions sur le même droit de ces gestionnaires et les empêchent de la sorte de pouvoir s'adresser exclusivement à des personnes qui partagent les mêmes conceptions philosophiques. Or, «la circonstance que certains établissements d'enseignement, hospitaliers et d'aide sociale se fondent sur un engagement religieux ou philosophique n'a jamais été considérée comme contraire à la Constitution belge, laquelle doit au contraire être interprétée comme autorisant pareilles initiatives; dans certains cas, comme en matière d'enseignement, la Constitution le consacre même de manière expresse» (44).

(41) Avis 44.351/1/2/3/4 des 17 et 21 avril 2008 cité à la note 3.

(42) Au sens de l'article 181, §1^{er}, de la Constitution, un ministre du culte n'est pas nécessairement une personne qui a reçu l'ordination. Cet article peut donc s'appliquer aux laïcs qui, notamment dans le culte catholique ou islamique, remplissent certaines fonctions.

(43) Avis 44.351/1/2/3/4 des 17 et 21 avril 2008 cité à la note 3.

(44) Avis 44.521/AG du 20 mai 2008 sur une proposition de loi «visant à appliquer la séparation de l'État et des organisations et communautés religieuses et philosophiques non confessionnelles», *Doc. parl.*, Sénat, 2007-2008, n° 4-351/2; avis 45.217/3 du 4 novembre 2008 cité à la note 11.

Pour être admissible, une telle ingérence doit non seulement être prévue par la loi mais aussi reposer sur une justification pertinente et raisonnable, à savoir rencontrer un besoin social impérieux, et ne pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour rencontrer ce besoin, ce qui fait défaut en l'espèce (45).

20. — Plusieurs dispositions générales sont proposées en vue d'assurer une plus grande neutralité de l'État et de ses composantes (46).

1° Il est tout d'abord proposé de prévoir qu'en cas de conflit entre les règles juridiques et les prescriptions religieuses, les règles étatiques priment :

«Les prescriptions religieuses ne peuvent faire obstacle à la pleine jouissance et au plein exercice des droits civils et politiques. Elles ne peuvent davantage dispenser du respect de ces droits.

Aucune prescription religieuse ne peut être retenue comme cause de justification ou cause d'excuse d'une infraction pénale».

Si une telle intention est admissible, toute personne physique ou morale étant en effet tenue de respecter les lois impératives et ne pouvant, en principe, s'y soustraire pour des motifs purement religieux, la portée très générale du texte proposé soulève néanmoins quelques questions. En premier lieu, l'ordre juridique tant international que national laisse une certaine latitude à la manifestation de la liberté de religion de sorte que s'il devait advenir qu'une législation limite la liberté d'opinion, de pensée, de conscience et de religion de manière incompatible avec ces normes, la disposition à l'examen ne saurait être interprétée comme autorisant pareille législation à s'appliquer. En second lieu, si l'intention est de limiter le champ d'application de l'article 71 du Code pénal, lequel laisse au juge pénal le soin d'apprécier, compte tenu de toutes les circonstances concrètes de l'affaire, s'il est question d'«une force à laquelle l'auteur de l'infraction n'a pu résister», sans qu'il soit *a priori* exclu à cet égard que des motifs religieux soient eux aussi un jour pris en compte, se pose la question de la justification de cette restriction au regard de l'interdiction de discrimination, étant donné que seul est exclu le recours à des motifs religieux et non par exemple le recours à des motifs philosophiques ou culturels. Enfin, il est nécessaire de clarifier l'articulation de ce texte avec les dispositions qui visent à garantir la liberté de conscience du personnel médical, infirmier et paramédical en matière, par exemple, d'euthanasie et d'avortement, afin de préserver la liberté de conscience des intéressés.

2° Il est proposé d'interdire aux personnes morales de droit public de «directement ou indirectement, organiser ou participer à des cérémonies officielles qui font référence, notamment par des circonstances de temps ou

(45) Avis 45.217/3 du 4 novembre 2008 cité à la note 11.

(46) Avis 44.521/AG du 20 mai 2008 cité à la note 44.

de lieu, à une conception philosophique confessionnelle ou non confessionnelle». Tout d'abord, la question se pose de savoir si l'interdiction vise aussi la simple assistance des pouvoirs publics à une cérémonie religieuse, comme, par exemple la naissance, le mariage ou l'enterrement d'un membre de la famille royale. Ensuite, il y a lieu de préciser si l'interdiction concerne aussi la participation, à ces cérémonies, à titre strictement privé des personnes exerçant des fonctions publiques; si tel est le cas, il devrait justifier cette restriction à leur liberté de religion qui implique leur droit d'assister à une cérémonie religieuse. Enfin, telle qu'elle est rédigée, la disposition empêche les organes de l'État belge d'assister à de telles cérémonies officielles organisées par des États étrangers, ce qui ne manquerait pas de placer les autorités du pays dans de grandes difficultés au regard de la nécessité, prévue notamment par l'article 167, d'assurer les relations internationales du Royaume avec d'autres États.

3° «Aucun bien meuble ou immeuble affecté à un service public ne peut contenir ou être orné de signes ou d'objets quelconques caractéristiques d'une conception religieuse ou philosophique. Cette disposition ne concerne pas les signes ou objets exposés dans les musées ou expositions ou intégrés à des monuments et sites classés.».

Il ressort des développements que cette disposition est applicable non seulement au service public organique, mais également au service public fonctionnel, soit «les institutions de droit privé pour autant et dans la mesure où elles exécutent une mission de service public». Or, des institutions de droit privé peuvent avoir un fondement religieux ou philosophique, ce qui n'a jamais été considéré comme contraire à la Constitution belge. Dans la mesure où cette disposition aurait à s'appliquer à pareilles institutions, elle ne serait pas compatible avec les principes constitutionnels qui gouvernent l'équilibre à observer entre la neutralité de l'État et la liberté d'opinion et de religion.

4° Il est envisagé d'abroger les articles 142 à 146 du Code pénal, lesquels érigent en infractions pénales des faits qui tendent à porter atteinte au libre exercice d'un culte et à l'organisation des cérémonies d'un culte, garantis par les articles 19 et 20 de la Constitution, afin de ne plus réserver de traitement particulier aux cultes et à leurs ministres, tout en maintenant l'exigence de sanctionner de tels comportements. Or, les États ont une obligation positive d'assurer l'effectivité de la liberté de pensée, de conscience et de religion, ce qui peut impliquer des mesures destinées «à assurer l'ordre public, la paix religieuse et la tolérance dans une société démocratique», lesquelles peuvent être de nature pénale. Il ne suffit dès lors pas de constater que le Code pénal contient des dispositions générales qui permettent de réprimer certains comportements «socialement nuisibles». Au contraire, il convient de démontrer concrètement que ces dispositions générales du Code

pénal suffisent pour respecter de manière adéquate et effective les obligations positives qui pèsent sur l'État.

8. *Vie privée*

21. — Le droit au respect de la vie privée implique le droit à la protection contre les ingérences consécutives au rassemblement et au traitement de données à caractère personnel (47).

A cet égard, le Conseil d'Etat insiste sur le principe de finalité d'un tel traitement. Les données à caractère personnel ne peuvent en effet être recueillies que pour des objectifs déterminés, expressément décrits et justifiés et ne peuvent être traitées d'une façon qui est incompatible avec ces finalités. A la lumière de ces précisions, il est examiné si la collecte de ces données s'impose et ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire.

22. — De manière plus générale, une ingérence de l'autorité publique dans le droit au respect de la vie privée doit être prévue par la loi, doit poursuivre un objectif légitime et ne pas être disproportionnée.

Ainsi, il n'est pas admissible que ce soit le responsable du traitement, lequel pourrait être une personne de droit privé, qui soit habilité à désigner les personnes autorisées à visionner en temps réel les images des caméras de surveillance (48).

Il est envisagé de faire figurer sur le certificat de bonnes conduite, vie et mœurs un avis motivé du chef de corps de la police locale, sous la forme d'une mention «bonne conduite» ou «n'est pas de bonne conduite» selon que l'intéressé fait l'objet ou non d'une information ou d'une instruction judiciaire concernant certains faits commis à l'égard d'un mineur, «lorsque la demande de certificat est effectuée en vue d'accéder à une activité qui relève de l'éducation, de la guidance psycho-médico-sociale, de l'aide à la jeunesse, de la protection infantile, de l'animation ou de l'encadrement de mineurs». Outre le respect du principe de la présomption d'innocence, l'admissibilité de ce dispositif doit être examinée au regard du droit au respect de la vie privée. L'objectif poursuivi, à savoir assurer la sécurité des mineurs pour les emplois qui impliquent une certaine proximité avec les enfants, peut être considéré comme contribuant à la défense de l'ordre, à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale et à la protection des droits et libertés d'autrui. Sous l'angle du res-

(47) Avis 45.217/3 du 4 novembre 2008 cité à la note 11; avis 45.327/3 du 4 novembre 2008 sur un projet d'arrêté royal «portant instructions pour les pharmaciens»; avis 45.367/3 du 25 novembre 2008 sur un avant-projet de décret «betreffende het algemeen welzijnswerk», *Doc. Vl. Parl.*, 2008-2009, n° 2074/1.

(48) Avis 44.652/2 du 30 juin 2008 sur un projet d'arrêté royal «désignant les catégories de personnes habilitées à visionner en temps réel les images des caméras de surveillance installées dans des lieux ouverts, et déterminant les conditions auxquelles ces personnes doivent satisfaire».

pect du principe de proportionnalité, il convient de mettre en balance les égards dus à la nécessité de protéger les mineurs susceptibles d'être en danger et ceux résultant du droit au respect de la vie privée. Or, une information ou une instruction judiciaire peut être ouverte sans aucune intervention d'un juge et peut se dérouler en outre sans que la personne concernée en soit nécessairement informée de manière immédiate. Compte tenu du principe fondamental de la présomption d'innocence, aucune autorité publique ne peut attacher à la seule existence d'une information ou d'une instruction des effets qui assimileraient l'intéressé à une personne condamnée pour les faits qui lui sont reprochés. Seule une intervention d'un juge indépendant et impartial pourrait rendre admissible l'indication, par la mention «n'est pas de bonne conduite», de faits condamnables sur un document destiné à connaître une certaine publicité. La mention de données faisant état d'événements à caractère judiciaire préalables à une éventuelle condamnation peut néanmoins être admise compte tenu de la légitimité importante de l'objectif poursuivi de protection des mineurs, confirmé notamment par l'article 22*bis* de la Constitution, compte tenu également de l'énumération limitative des faits pouvant être mentionnés sur le certificat et leur rapport avec l'objectif poursuivi et compte tenu enfin de la publicité limitée donnée à ce document, sollicité par l'intéressé lui-même, à la condition qu'un juge puisse garantir une probabilité suffisante, dans le respect de la présomption d'innocence, de l'existence des faits dont il est question dans la disposition à l'examen. En conclusion, la mention «n'est pas de bonne conduite» figurant sur l'avis délivré par le chef de corps de la police ne peut se fonder que sur l'existence d'une inculpation (49).

23. — Une attention particulière est de mise à l'égard de la vie privée des mineurs en raison de l'article 22*bis* de la Constitution. Il importe de prendre en considération le fait que les règles du droit civil relatives au statut des mineurs et de leurs représentants relèvent de l'ordre public, en tant spécialement qu'elles font partie de l'état des personnes et qu'elles touchent à la notion fondamentale de l'intérêt de l'enfant. Même si, comme en l'espèce, le législateur peut modifier les règles qui, en l'état actuel du droit, se rapportent à l'ordre public et envisager, dans le respect des impératifs liés à l'intérêt de l'enfant, que la règle de l'immutabilité de l'état des personnes soit aménagée, il paraît peu admissible de faire échapper ce changement de statut à tout contrôle d'une autorité publique ou d'une juridiction, portant notamment sur l'admissibilité de la mesure au regard de l'ordre public, de l'intérêt de l'enfant et du droit au respect de la vie familiale (50).

(49) Avis 44.074/2 du 25 février 2008 sur une proposition de loi «relative aux certificats de bonnes conduite, vie et moeurs», *Doc. parl.*, Chambre, 2007-2008, n° 52-81/2.

(50) Avis 44.873/VR/2/V du 19 août 2008 sur une proposition de loi «modifiant la législation en ce qui concerne les droits et les devoirs des parents nourriciers», *Doc. parl.*, Chambre, 2007-2008, n° 52-515/2.

A cet égard, faire dépendre la naissance des droits et des obligations des «parents nourriciers» soit de l'accord donné par les «parents» d'origine, soit d'une décision du tribunal de la jeunesse suscite des interrogations. Lorsque la mesure de placement familial résulte d'une intervention des services de protection de la jeunesse ou d'une décision du tribunal de la jeunesse, aucune difficulté n'apparaît sur ce point. En revanche, lorsqu'il s'agit d'un placement résultant du seul accord des «parents» d'origine et des «parents nourriciers», aucun contrôle n'est prévu. Il convient d'organiser pareil contrôle, sous la forme et selon les modalités qu'il revient au législateur de déterminer, notamment quant à la nature de l'autorité investie à cet effet, à l'intensité du contrôle et à la question de savoir s'il intervient *a priori* ou *a posteriori*.

L'intérêt de l'enfant constitue le critère fondamental au regard duquel doivent s'apprécier, en droit, les mesures à prendre à l'égard des mineurs d'âge, qu'il convient de confronter, s'agissant des «parents» d'origine, voire des «parents nourriciers», au droit au respect de leur vie familiale. Ne rencontre pas cet objectif la disposition qui énonce de manière générale et impersonnelle que lors de toute décision de placement de l'enfant dans une famille d'accueil, l'objectif est «de réunir l'enfant et ses parents dans les délais les plus brefs» dès lors qu'aucune réserve quant à l'intérêt de l'enfant n'est prévue. De même, prévoir le maintien des relations entre les «parents» d'origine et leur enfant sous réserve d'une «atteinte manifeste aux intérêts de l'enfant» ne tient pas compte de l'ensemble des hypothèses où le maintien de ces relations serait contraire à l'intérêt du mineur concerné. Enfin, ne pas réserver aux avocats l'assistance en justice des mineurs, même s'il est prévu que la personne de confiance assistant le mineur doit être «indépendante des parties à la cause», ne paraît pas opportun compte tenu des valeurs en jeu, qui mettent en cause l'ordre public, l'intérêt de l'enfant et le droit au respect de la vie familiale et compte tenu de la déontologie en vigueur au barreau.

9. Droits économiques et sociaux

24. — La limitation des recours administratifs dont un permis d'urbanisme ou de lotir est susceptible de faire l'objet aux seuls demandeurs de permis et au collège communal et l'exclusion absolue et généralisée de tout recours administratif pour les tiers intéressés ont pu se concevoir à une époque où l'accent était mis sur la protection du droit de propriété et de toutes ses implications. Tel n'est plus le cas aujourd'hui, puisqu'aussi bien, l'article 23 de la Constitution garantit le *droit à la protection d'un environnement sain* (51).

(51) Avis 44.942/4 du 1^{er} octobre 2008 cité à la note 34.

25. — Le *libre choix d'une activité professionnelle* est un droit fondamental garanti par l'article 23 de la Constitution.

Est disproportionnée la sanction pour une absence non justifiée à un examen selon laquelle la personne, inscrite à un examen et qui ne s'y serait pas présentée sans s'en être justifiée au plus tard dans les cinq jours ouvrables suivant le jour de l'examen, devra attendre au moins un an et demi avant de pouvoir à nouveau présenter l'examen d'aptitude (52). L'obligation imposée à des organismes agréés de continuer à exercer les missions qui leur sont confiées jusqu'à ce qu'elles soient reprises par un organisme public ou par des entités qu'elle a créées ou des organismes qu'elle a agréés, constitue une atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie (qui implique également la liberté de ne pas exercer une activité donnée) de ces organismes, qui ne peut être que temporaire et doit faire l'objet d'une justification adéquate, en rapport avec l'objectif poursuivi (53).

Un régime d'interdiction professionnelle d'une durée illimitée et d'application automatique constitue pour la personne qui le subit une restriction très grave à la liberté de commerce et d'industrie. Une telle restriction est disproportionnée, dès lors qu'il n'apparaît pas que le but poursuivi par le législateur, à savoir promouvoir la confiance dans le commerce, ne serait pas suffisamment garanti par un régime d'interdiction professionnelle dans lequel la décision d'infliger cette mesure ferait l'objet d'un débat à l'issue duquel un juge pourrait en fixer la durée par décision motivée. Dans les secteurs de la vie économique soumis au contrôle de la Commission bancaire, financière et des assurances, il est prévu de maintenir le caractère automatique de l'interdiction professionnelle dès que certaines condamnations pénales sont encourues mais de limiter l'interdiction dans le temps. Il y a lieu de démontrer dans le commentaire de l'article examiné qu'un régime d'interdiction professionnelle appliqué sans débat judiciaire quant à son opportunité et sa durée reste, malgré l'atteinte qu'il porte à divers droits fondamentaux, proportionné au but poursuivi d'assurer la confiance du public dans les secteurs concernés, et ce d'autant plus que le législateur a supprimé ce caractère automatique dans le régime général des interdictions professionnelles pour des considérations qui paraissent *mutatis mutandis* transposables au régime des interdictions professionnelles spécifiques en cause (54).

26. — Le *droit à un logement décent* comprend le droit à un relogement en cas de déménagement d'habitations pour la réalisation d'un projet d'habitations sociales. Il s'ensuit que la renonciation au droit au relogement

(52) Avis 45.231/2 du 26 septembre 2008 sur un projet d'arrêté royal «régulant le statut de l'armurier».

(53) Avis 45.451/1/2/3/4 des 18 et 19 novembre 2008 cité à la note 34.

(54) Avis 44.351/1/2/3/4 des 17 et 21 avril 2008 cité à la note 3.

dans le chef des intéressés doit être entourée de garanties sérieuses qui vont au-delà de l'exigence d'un écrit, comme prévoir expressément que la renonciation doit être volontaire et que le seul motif admissible est la disponibilité d'un autre logement (55).

27. — L'obligation de *stand still* qui résulte de l'article 23 de la Constitution s'oppose à l'adoption de mesures tendant à réduire sensiblement le niveau de protection des droits que reconnaît la disposition constitutionnelle précitée par rapport aux garanties précédemment acquises dans l'ordonnancement juridique, sauf si une telle diminution du niveau de protection existant est concrètement et raisonnablement justifiée par un motif impérieux d'intérêt général (56).

En matière d'aménagement du territoire et d'urbanisme, permettre au fonctionnaire délégué d'accorder des dérogations aux prescriptions d'un plan particulier d'affectation du sol ou d'un permis de lotir, sans que ces dérogations soient limitées aux dimensions des parcelles, au volume, à l'implantation et à l'esthétique des constructions revient à étendre les possibilités de dérogation à toutes prescriptions généralement quelconques, hormis celles relatives aux affectations. La seule et brève mention, dans le commentaire des articles, du fait que le texte en projet est envisagé afin de remédier aux «difficultés apparues dans la mise en oeuvre de l'article 155, §2, alinéa 1^{er} du CoBAT», ne saurait suffire à démontrer que la réduction du niveau de protection opérée, soit ne revêt pas un caractère sensible, soit est concrètement et raisonnablement justifiée par un motif impérieux d'intérêt général. De même, la dispense de permis de certains actes et travaux par des «plans de gestion patrimoniale» constitue une telle réduction qui doit alors concrètement et raisonnablement être justifiée par un motif impérieux d'intérêt général (57).

Dans le domaine de l'environnement, dès lors que les mesures de protection applicables dans les zones de prévention et de surveillance s'avèrent moins contraignantes que le régime en vigueur, elles doivent être étayées par des justifications plus précises que le but de simplification, les difficultés de mettre en oeuvre les mesures de protection et la disproportion du coût élevé de certains travaux par rapport au gain environnemental qu'ils produisent. Ces justifications particulières seront d'autant plus précises et

(55) Avis 44.711/3 du 1^{er} juillet 2008 sur un projet d'arrêté du Gouvernement flamand «houdende de procedure voor de planning, de vaststelling en de goedkeuring van de uitvoeringsprogramma's in het kader van de planmatige realisatie van sociale woonprojecten en houdende de financiering van verrichtingen in het kader van sociale woonprojecten».

(56) Avis 44.942/4 du 1^{er} octobre 2008 cité à la note 34; avis 43.797/4 du 14 janvier 2008 sur un projet d'arrêté du Gouvernement wallon «modifiant le livre II du Code de l'environnement constituant le Code de l'eau en ce qui concerne les prises d'eau souterraine, les zones de prise d'eau, de prévention et de surveillance».

(57) Avis 44.942/4 du 1^{er} octobre 2008 cité à la note 34.

pertinentes pour le système de dérogation non prévu actuellement et qui permet à l'autorité compétente de dispenser ponctuellement de l'obligation de respecter certaines sujétions générales lorsque certaines conditions sont remplies, notamment lorsque les obligations qui résultent du texte en projet s'avèrent disproportionnées. Il en va de même à l'égard de la diminution du nombre de cas dans lesquels une zone de prévention relative au prise d'eau doit obligatoirement être délimitée (58).

10. *Liberté d'enseignement*

28. — Les garanties prévues par l'article 24 de la Constitution ne s'appliquent qu'aux matières relevant du domaine de l'enseignement. La réponse à la question de savoir si les matières traitées rassortissent à l'enseignement ou aux matières culturelles n'est donc pas sans intérêt. Ainsi, alors que les dispositions qui ont trait à l'enseignement secondaire professionnel à temps partiel relèvent de l'enseignement, celles qui concernent la formation à horaire réduit sont traditionnellement considérées comme relevant des matières culturelles (59).

29. — La liberté d'enseignement implique, dans certains cas, l'intervention du législateur, dans d'autres, son abstention.

L'abstention du législateur peut résulter de ce que son intervention aura pour effet de rendre plus uniformes les règles de fonctionnement des établissements d'enseignement, quels que soient les réseaux auxquels ils appartiennent, ce qui ne peut se faire qu'au détriment de la liberté d'organiser un enseignement. Ainsi, imposer une taille maximale des classes dans les années ou degrés de l'enseignement secondaire que les établissements seront tenus de ne pas dépasser nécessite d'indiquer clairement dans l'exposé des motifs l'objectif poursuivi et de justifier qu'il ne porte pas atteinte de manière disproportionnée à la liberté d'enseignement (60). Elle peut aussi résulter de l'interdiction de toute mesure préventive prévue par l'article 24, §1^{er}, de la Constitution, laquelle prohibe que l'érection d'un établissement d'enseignement soit soumise à une autorisation préalable de l'autorité (61). Enfin, elle peut avoir pour fondement l'absence de justification, liée à des exigences d'intérêt général, des restrictions à la liberté d'enseignement ou leur caractère disproportionné. Tel est le cas de la limitation linéaire du nombre de centres à financer ou à subventionner qui prend la forme d'un *numerus clausus* (48 centres), de la répartition chiffrée de ceux-ci entre les

(58) Avis 43.797/4 du 14 janvier 2008 cité à la note 56.

(59) Avis 44.607/1 du 12 juin 2008 sur un avant-projet de décret «betreffende het stelsel van leren en werken in de Vlaamse Gemeenschap», *Doc. Vl. Parl.*, 2007-2008, n° 1760/1.

(60) Avis 45.022/2 du 17 septembre 2008 sur un avant-projet de décret «favorisant l'organisation du premier degré et prenant diverses mesures en matière d'enseignement», *Doc. P.C.F.*, 2008-2009, n° 605/1.

(61) Avis 44.607/1 du 12 juin 2008 cité à la note 59.

trois réseaux d'enseignement (16 pour l'enseignement communautaire; 8 pour l'officiel subventionné; 24 pour le libre subventionné) ou encore de la possibilité pour le gouvernement d'imposer des accords de collaboration entre les différents centres d'enseignement à défaut de la conclusion volontaire de tels accords (62). Il en va de même de l'obligation de ne dispenser l'enseignement artistique à horaire réduit que dans des établissements organisant exclusivement ce type d'enseignement, de l'obligation pour ces établissements d'organiser trois domaines, à savoir la musique, les arts de la parole, et la danse, et d'offrir chaque année un certain nombre de cours dans chacun de ces domaines et enfin de la condition de ne pouvoir prétendre à des subsides de fonctionnement et des subventions-traitements que si l'établissement compte au moins 600 élèves réguliers (63).

Par contre, l'intervention du législateur en matière d'enseignement peut se justifier par l'obligation d'assurer positivement la liberté d'enseignement ainsi que par la nécessité de respecter le principe d'égalité dans cette matière, dans les limites admissibles.

Ainsi, le silence du législateur sur le contenu des critères en fonction desquels les établissements scolaires concernés pourront sélectionner les candidats surnuméraires à l'inscription ou, à tout le moins, l'abstention d'énoncer les principes que, le cas échéant, les chefs d'établissement et les pouvoirs organisateurs pourraient mettre en oeuvre, a été considéré comme n'étant pas compatible avec l'article 24, §5, de la Constitution. En effet, si l'article 24, §5, de la Constitution, ne fait pas obstacle à ce que des habilitations soient faites à certaines autorités, elles ne peuvent porter que sur la mise en oeuvre de principes que le législateur a lui-même adoptés, ce qui n'est pas le cas en l'espèce. En outre, ce silence du législateur est d'autant plus préoccupant que le système envisagé ne manquera pas de susciter d'importantes difficultés au regard du principe d'égalité, non seulement par la variété en elle-même des systèmes propres à chaque établissement mais aussi par le fait que les candidats qui auraient pu être choisis en fonction de tel critère dans tel établissement pourraient ne pas l'être en fonction de ceux retenus dans l'établissement dans lequel il s'est porté candidat. Enfin, l'habilitation donnée aux établissements en la matière ne saurait trouver de fondement dans le principe de la liberté de l'enseignement garanti par l'article 24, §1^{er}, de la Constitution dès lors que la proposition n'envisage l'adoption par les chefs d'établissement et les pouvoirs organisateurs que de critères neutres (64).

(62) Avis 44.607/1 du 12 juin 2008 cité à la note 59.

(63) Avis 45.501/2 du 15 décembre 2008 sur un avant-projet de décret «portant organisation de l'enseignement artistique à horaire réduit», *Doc. P.D.G.*, 2008-2009, n° 144/1.

(64) Avis 44.588/2 du 20 juin 2008 sur une proposition de décret «visant à réguler les inscriptions des élèves dans le premier degré de l'enseignement secondaire et à favoriser la mixité au sein des établissements scolaires», *Doc. P.C.F.*, 2007-2008, n° 552/2; avis 44.856/2 du 9 juillet 2008 sur les amendements n°s 1 à 5, 1bis à 5bis et 6 à cette proposition de décret, *Doc. P.C.F.*, 2007-2008, n° 552/4.

30. — Il suit de l'article 24, §2, de la Constitution qu'il appartient au législateur décrétoal statuant à la majorité spéciale d'arrêter les règles essentielles qui concernent l'organisation, la composition, le fonctionnement et le contrôle des organes autonomes de l'enseignement communautaire. Tel est le cas de la disposition qui prévoit la possibilité pour le gouvernement de transférer du personnel de et vers le Conseil de l'Enseignement communautaire (65).

11. *Liberté d'expression*

31. — Une limitation de la liberté d'expression ne peut être jugée nécessaire dans une société démocratique que si elle correspond à un besoin social impérieux et à condition qu'il existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre le moyen employé et le but visé.

L'obligation imposée aux membres d'un organisme consultatif de traiter confidentiellement tous les renseignements dont ils prendraient connaissance à l'occasion de leur mission est à cet égard formulée de manière trop générale, et ce d'autant plus que certaines de ces informations peuvent être accessibles au public sur le fondement de la loi du 11 avril 1994 relative à la publicité de l'administration et que le ministre doit rendre la décision prise sur le fondement de l'avis de la Commission mixte accessible au public (66). N'est pas non plus admissible, en raison de son caractère disproportionné, la disposition qui prescrit que pour assurer la sérénité des débats, les membres et les associations représentées dans un groupe de travail éviteront de faire pression auprès des autorités et l'opinion publique sur un sujet débattu au sein du groupe sous peine d'exclusion du membre (67).

En tout état de cause, cette restriction ne peut prendre la forme d'une censure préventive. Tel est le cas de dispositions qui subordonnent à l'approbation de la Commission interrégionale de l'emballage le contenu d'une série d'informations, comme «tout projet d'actions d'information, de sensibilisation des consommateurs et de publicité envisagé par l'organisme agréé» (68).

32. — Que penser à cet égard de l'obligation faite aux agents des pouvoirs publics de «s'abstenir, dans l'exercice de leurs fonctions, d'une quelconque manifestation extérieure de toute forme d'expression philosophique

(65) Avis 44.170/3 du 11 mars 2008 sur un avant-projet de décret «tot regeling van de overdracht van personeelsleden binnen [de] diensten van de Vlaamse overheid in geval van verschuiving van taken of bevoegdheden», *Doc. Vl. Parl.*, 2007-2008, n° 1707/1.

(66) Avis 44.732/3 du 1^{er} juillet 2008 sur un projet d'arrêté royal «portant fixation de la composition et du fonctionnement de la Commission mixte et portant exécution de l'article 1^{er}, §2 de la loi du 25 mars 1964 sur les médicaments».

(67) Avis 44.296/3 du 8 avril 2008 cité à la note 22.

(68) Avis 44.947/VR/V, 44.948/VR/V, 44.949/VR/V du 19 août 2008 cités à la note 33.

ou religieuse, communautaire ou partisane»? Il convient d'abord de remarquer que cette proposition restreint, pour les agents des pouvoirs publics, leur liberté d'expression dans l'exercice de leurs fonctions mais aussi la liberté d'exprimer leur préférence «par des manifestations extérieures», comme des vêtements ou des signes. Or, la liberté religieuse et philosophique implique également le droit de manifester cette religion ou cette philosophie. Une telle interdiction est-elle dès lors admissible?

Il résulte de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme à propos de l'interdiction du port du voile que si un pouvoir d'appréciation est laissé à chaque Etat en la matière, il ne s'agit pas d'une appréciation *in abstracto*, mais bien d'une appréciation *in concreto*, à l'occasion de laquelle il faut tenir compte des circonstances particulières dans lesquelles l'interdiction du port du voile a été édictée, telles que, par exemple, la fonction à laquelle s'applique l'interdiction et le contexte constitutionnel, politique et religieux de la société dans laquelle elle est mise en oeuvre. Sur ce dernier point, il paraît résulter de la jurisprudence de la Cour européenne qu'une législation en la matière ne peut régler l'équilibre à assurer entre la liberté de religion et les impératifs liés aux motifs légitimes d'ingérence de l'Etat que dans l'hypothèse où se trouvent en jeu, de manière non pas éventuelle mais réelle et convaincante, des difficultés liées par exemple à une mise en danger de la neutralité de l'Etat au sens large et de ses organes, comme une tendance au prosélytisme.

Imposer que non seulement les agents des pouvoirs publics exercent leur fonction d'une manière neutre, mais également que «leur apparence extérieure» respecte cette neutralité, tend à renforcer la confiance des citoyens dans la neutralité de la fonction publique. Toutefois, le champ d'application de la disposition apparaît comme étant très général en ce que cette obligation d'observer une même neutralité stricte dans son apparence extérieure est imposée à tout agent, quelle que soit la nature de sa fonction (dirigeante ou d'exécution) et indépendamment de la circonstance que cette fonction soit exercée en contact ou non avec le public, de sorte qu'elle s'applique à des agents qui n'exercent pas de fonctions susceptibles de mettre en cause la neutralité de l'autorité ou de donner lieu à une perception erronée à cet égard, ce qui nécessite une justification concrète particulière. Il en va d'autant plus ainsi qu'au regard du principe de proportionnalité, une telle obligation peut conduire à l'exclusion de citoyens de la fonction publique pour le seul motif qu'ils exercent un droit fondamental, la liberté religieuse ou philosophique, sans qu'il ne soit démontré adéquatement que cet exercice représente un danger pour la sécurité publique, la protection de l'ordre, de la santé ou de la morale publiques, ou la protection des droits et libertés d'autrui (69).

(69) Avis 44.521/AG du 20 mai 2008 cité à la note 44.

12. *Liberté d'association*

33. — Il ne peut être admis, au regard du principe de la liberté d'association, que, fût-ce sous le couvert de conditions d'agrément ou d'octroi de subventions, l'autorité publique en vienne à fixer des règles affectant profondément l'existence, l'organisation et le fonctionnement d'associations de droit privé ou à imposer aux activités de ces associations des contraintes telles que celles-ci seraient dénaturées dans leur essence même (70).

Constituent à cet égard des ingérences excessives l'obligation de faire approuver les statuts de l'association sans but lucratif par le Ministre (71), l'obligation de transmettre tous les documents relatifs aux comptes annuels et au budget (72), la limitation de la durée du « mandat » de membre de l'assemblée générale à deux ans et la limitation à un renouvellement unique de ce « mandat » (73). Subordonner l'ouverture d'une procédure de classement à la demande d'une association sans but lucratif à la condition qu'elle ait recueilli la signature de cent cinquante personnes âgées de dix-huit ans au moins et domiciliées dans la Région peut méconnaître la liberté d'association, qui inclut la liberté de ne pas s'associer, à défaut de justifier la nécessité et la proportionnalité de l'exigence ainsi imposée au regard du but poursuivi (74).

Enfin, la loi sur le Pacte culturel oblige à tenir compte, dans la composition des organes de gestion et d'administration des organismes publics et des organismes privés assurant un service public, de la représentation proportionnelle des groupes politiques de l'assemblée communautaire. Il s'ensuit, pour la section de législation, que cette loi « prime la liberté d'association, telle qu'elle est organisée par la loi du 27 juin 1921, la législation sur les sociétés et les règles prévues par l'article 9 de la loi spéciale du 8 août 1980 » (75).

(70) Avis 44.265/4 du 9 avril 2008 sur un avant-projet de décret de la Région wallonne « relatif à la lutte contre la maltraitance des personnes âgées », *Doc. Parl. w.*, 2007-2008, n° 790/1; avis 44.639/4 du 25 juin 2008 sur un avant-projet de décret « instaurant le Conseil de la Jeunesse Wallonie-Bruxelles », *Doc. P.C.F.*, 2008-2009, n° 591/1.

(71) Avis 44.639/4 du 25 juin 2008 cité à la note 70; avis 45.192/4 du 13 octobre 2008 sur un projet d'arrêté du Gouvernement wallon « relatif au contrôle de la composition du lait, au paiement du lait par les acheteurs aux producteurs et à l'agrément des organismes interprofessionnels ».

(72) Avis 44.517/4 du 27 mai 2008 sur un projet d'arrêté « d'application du décret du 10 avril 2003 relatif à la reconnaissance et au subventionnement du secteur professionnel des Arts de la scène ».

(73) Avis 44.639/4 du 25 juin 2008 cité à la note 70.

(74) Avis 44.942/4 du 1^{er} octobre 2008 cité à la note 34; voir par analogie, quant au refus d'entamer une procédure de classement, C.E., arrêt n° 178.729 du 18 janvier 2008, *a.s.b.l. Petitions-Patrimoine et Depoortere*.

(75) Avis 44.986/1/V du 10 septembre 2008 cité à la note 16.

13. *Emploi des langues*

34. — Lorsqu'une disposition ne se limite pas à fixer des exigences en matière de compétences linguistiques du personnel, telles qu'un certain niveau de connaissance de la langue, mais impose également d'utiliser uniquement une langue, par exemple l'usage du français «et/ou» du néerlandais par les membres du personnel des entreprises ferroviaires selon la région linguistique dans laquelle la gare ou l'installation est située ou l'usage exclusif de la langue anglaise par les pilotes d'aéronefs pour les communications radiotéléphoniques, elle est contraire au principe du libre emploi des langues usitées en Belgique, consacré par l'article 30 de la Constitution (76). Il en va de même de l'obligation d'émettre en néerlandais imposée à ceux qui offrent des services de radio ou de télévision linéaire (77).

14. *Citoyenneté et droits politiques*

35. — L'article 11*bis*, alinéa 3, de la Constitution impose d'organiser la présence de *personnes de sexe différent* au sein notamment «des exécutifs de tout autre organe territorial interprovincial, intercommunal ou intracommunal». Dans la mesure où les commissions de gestion des parcs naturels sont une émanation de pouvoirs locaux associés et, à ce titre, une institution locale et doivent être qualifiées d'«organe territoriaux intercommunaux», il appartient au législateur d'organiser la présence de personnes de sexe différent au sein des conseils d'administration de ces commissions de gestion (78).

36. — Peut-on affirmer que la *neutralité des pouvoirs publics* est un principe constitutionnel? Ce principe, s'il n'est pas inscrit comme tel dans la Constitution même, est cependant intimement lié à l'interdiction de discrimination en général et au principe d'égalité des usagers du service public en particulier. Dans un État de droit démocratique, l'autorité se doit d'être neutre, parce qu'elle est l'autorité de tous les citoyens et pour tous les citoyens et qu'elle doit, en principe, les traiter de manière égale sans discrimination basée sur leur religion, leur conviction ou leur préférence pour une communauté ou un parti. Pour ce motif, on peut dès lors attendre des agents des pouvoirs publics que, dans l'exercice de leurs fonctions, ils obser-

(76) Avis 44.097/4 du 5 mars 2008 sur un projet d'arrêté royal «réglementant l'emploi et la connaissance des langues dans l'aviation civile»; avis 44.112/4 du 10 mars 2008 sur un projet d'arrêté ministériel «portant adoption des chapitres deux et trois des dispositions communes du cahier des charges du personnel de sécurité».

(77) Avis 44.986/1/V du 10 septembre 2008 cité à la note 16.

(78) Avis 43.957/4 du 7 avril 2008 cité à la note 24.

vent strictement eux aussi, à l'égard des citoyens, les principes de neutralité et d'égalité des usagers (79).

C. — *Articulation Constitution et Traité Lisbonne*

37. — En raison de l'article 6, §1, premier alinéa, du Traité sur l'Union européenne, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 7 décembre 2000, telle qu'adaptée le 12 décembre 2007 à Strasbourg, «a la même valeur juridique que les traités» et fait donc partie de manière pleine et entière du régime de droits fondamentaux énoncé par le droit primaire de l'Union européenne. Or, sur certains points, la Charte offre une protection moins élevée que la Constitution belge. Toutefois, il résulte de l'article 53 de la Charte que celle-ci ne peut pas, en soi, être contraire au titre II de la Constitution belge, dès lors que cet article indique expressément que la Charte n'entend pas porter atteinte aux garanties plus larges offertes par chacune des constitutions nationales. La ratification du Traité par la Belgique ne pourra donc pas avoir pour effet que des dispositions de la Constitution belge (ou celles des conventions internationales relatives aux droits de l'homme auxquelles la Belgique est partie) seraient, désormais, interprétées d'une manière moins large qu'auparavant. Dans la mesure où la Constitution belge et le Traité seront tous deux applicables à une situation donnée, le droit fondamental concerné devra être garanti en vertu de la disposition la plus large.

Cet article 53 fait-il aussi obstacle à ce qu'en édictant le droit européen dérivé, les institutions de l'Union européenne puissent dans l'avenir porter atteinte ou contraindre les autorités belges à porter atteinte aux garanties spécifiques du titre II de la Constitution? Deux interprétations sont avancées à ce propos. Selon une première interprétation, l'article 53 a une portée limitée. Cet article contient seulement une règle visant à «interpréter» les dispositions de la Charte et garantit uniquement que la Charte ne porte pas atteinte en soi aux garanties plus larges qu'offrent les constitutions nationales des États membres, sans qu'il implique toutefois l'obligation pour les institutions européennes de respecter, dans l'exercice de leurs compétences, les garanties spécifiques prévues par ces constitutions nationales pour protéger les droits fondamentaux et sans que les États membres puissent se prévaloir de leur Constitution nationale pour se soustraire à la mise en oeuvre et à l'application du droit européen. Dans cette interprétation, les institutions européennes doivent, en édictant le droit européen dérivé, uniquement respecter les droits fondamentaux garantis par la Charte. Il ressort néanmoins de l'article 52, paragraphe 4, que, dans la mesure où ces droits fondamentaux résultent des «traditions constitutionnelles communes

(79) Avis 44.521/AG du 20 mai 2008 cité à la note 44; avis 44.351/1/2/3/4 des 17 et 21 avril 2008 cité à la note 3.

aux États membres», ils doivent être interprétés en harmonie avec ces traditions. Il n'est toutefois pas question d'une quelconque subordination du droit européen par rapport aux constitutions nationales. Selon une seconde interprétation, l'article 53 aurait une portée plus étendue et empêcherait que les institutions européennes puissent contraindre les États membres, lors de la mise en oeuvre du droit européen dérivé, à aller à l'encontre des garanties plus larges qu'accorde leur Constitution nationale en matière de droits fondamentaux. Selon cette interprétation, l'article 53 vise à lutter contre toute régression des droits fondamentaux. Admettre cette interprétation large impliquerait que, dans l'hypothèse où la Cour de Justice de l'Union européenne aurait déclaré qu'un acte de droit dérivé ne méconnaissait aucun des droits et libertés reconnus par le traité, une juridiction nationale serait autorisée, sur le fondement du traité, à refuser que ce même acte s'applique dans l'État membre, au motif que le «standard» national de protection des droits fondamentaux est plus élevé que celui de la Cour. La seconde interprétation de l'article 53 implique un bouleversement des principes actuellement en vigueur de l'ordre juridique européen, dès lors qu'elle instaure une prééminence de la Constitution nationale sur le droit européen et permet une application et une mise en oeuvre non uniformes du droit européen dans les différents États membres, alors que la première interprétation, l'interprétation restrictive, se situe dans le prolongement des principes fondamentaux qui ont jusqu'à présent toujours régi le droit européen (80).

II. — LA FONCTION NORMATIVE

A. — *La fonction législative*

1. *Répartition Chambre Sénat*

38. — Dès lors qu'un avant-projet de loi crée de nouvelles infractions, relève-t-il nécessairement de l'article 77 de la Constitution en ce qu'il étend de ce fait les compétences des cours et tribunaux de l'ordre judiciaire? On ne saurait suivre ce raisonnement. Quand bien même un projet prévoit d'incriminer certains faits et fixe à cet effet une sanction pénale pouvant être infligée par les cours et tribunaux, il ne règle pas pour autant un aspect de l'organisation judiciaire. Fixer une sanction n'a en effet aucun rapport avec l'organisation d'une juridiction appelée à appliquer, le cas échéant, la disposition en question. Le projet règle par conséquent une matière visée à l'article 78 de la Constitution (81).

(80) Avis 43.989/AG et 44.028/AG du 29 janvier 2008 cités à la note 1.

(81) Avis 44.450/3 du 13 mai 2008 cité à la note 28.

2. *Législateur spécial ou ordinaire?*

39. — Aux termes de l'article 68^{ter}, alinéa 2, de la loi spéciale du 16 janvier 1989, la loi fixant le prix de revient total du service des impôts régionaux que les régions décident d'assurer elles-mêmes aurait dû intervenir «avant le 31 décembre 2003», délai largement dépassé aujourd'hui. Le législateur statuant à la majorité ordinaire peut-il dès lors encore intervenir? Lorsqu'une loi spéciale habilite le législateur ordinaire à mettre en oeuvre des modalités techniques d'exécution des règles qu'elle énonce, l'abstention du législateur ordinaire ne peut faire échec à l'application de ces dernières. La date du 31 décembre 2003 ne peut donc être considérée que comme l'échéance d'un délai d'ordre; même si l'on peut regretter que l'échéance du 31 décembre 2003 n'ait pas été respectée, il doit donc être admis que le législateur ordinaire garde son pouvoir, fondé sur les articles 5, §3, et 68^{ter}, alinéa 2, de la loi spéciale précitée du 16 janvier 1989, d'adopter cette loi (82).

3. *Ratification et validation législative*

40. — En cas de confirmation par voie législative d'un arrêté à la date de son entrée en vigueur, il est généralement prévu par la loi d'habilitation que cette confirmation doit intervenir avant une certaine date ou endéans un certain délai, à défaut de quoi l'arrêté ne produit plus d'effets ou est censé ne pas avoir produit d'effets. Il arrive parfois que le délai de confirmation étant dépassé, le législateur envisage néanmoins de ratifier ledit arrêté avec effet rétroactif à la date de l'entrée en vigueur de cet arrêté. Un tel procédé de «rattrapage» est-il admissible?

En principe, en l'absence de confirmation législative dans le délai prévu, l'arrêté concerné a disparu de l'ordonnancement juridique. Le législateur ne peut-il toutefois pas le faire revivre en modifiant après coup le délai de confirmation? Le procédé n'est pas admis: une mesure du pouvoir exécutif ne peut plus dans un tel cas être confirmée par le législateur sous peine de violation du terme de déchéance que le législateur a lui-même fixé et de non-respect du principe de non-rétroactivité des lois, sauf circonstances exceptionnelles. Dans ce cas, il revient au législateur, s'il l'estime nécessaire, de reprendre lui-même une nouvelle norme dont le contenu est identique à celui de l'arrêté et de lui donner éventuellement et moyennant justification un effet rétroactif, tout en renonçant à confirmer l'arrêté

(82) Avis 45.203/2 du 7 octobre 2008 sur un avant-projet de loi «fixant le prix de revient total du service des impôts régionaux, en exécution de l'article 68^{ter} de la loi spéciale du 16 janvier 1989 relative au financement des communautés et des régions», *Doc. parl.*, Chambre, 2008-2009, n° 1583/1.

concerné, lequel ne doit pas être abrogé, dès lors que, n'ayant pas été confirmé à temps, il est présumé ne jamais avoir eu d'effets (83).

41. — Un gouvernement régional ayant décidé que la Région assurerait elle-même le service de certains impôts régionaux, un avant-projet de décret prévoit, d'une part, de ratifier cette décision avec effet rétroactif et, d'autre part, de décider avec effet rétroactif de la prise en charge desdits impôts. Le procédé mis en œuvre dans le premier cas tend à une «validation par ratification» alors que le second cas s'apparente à une «validation par substitution d'une norme législative à une norme réglementaire». Les effets qui s'attachent à ces deux formes de validation diffèrent, de sorte qu'il convient d'opter pour l'une ou l'autre, afin d'éviter l'ambiguïté que créerait leur cumul. Par ailleurs, il est admis que la ratification est en soi pourvue d'un effet rétroactif de principe (84).

4. *Abrogation*

42. — Il est rappelé qu'une disposition abrogée ne reprend pas implicitement vigueur par l'abrogation de la disposition qui l'avait antérieurement abrogée (85).

5. *Séparation des pouvoirs*

43. — Compte tenu du principe de la séparation des pouvoirs, le pouvoir exécutif ne peut s'engager, dans un accord de coopération ou dans tout autre contrat, à faire adopter des textes par une assemblée parlementaire. L'engagement pourrait en revanche porter sur le dépôt de textes devant les assemblées parlementaires et non sur leur adoption par celles-ci (86).

44. — Il est envisagé de faire ratifier par décret, outre une série de permis déjà délivrés, des futurs permis relatifs à certains actes et travaux considérés comme étant d'intérêt régional : les aéroports régionaux ; le réseau

(83) Avis 44.870/1/V du 24 juillet 2008 sur un avant-projet d'ordonnance «visant à modifier l'article 38bis de l'ordonnance du 19 juillet 2001 relative à l'organisation du marché de l'électricité en Région de Bruxelles-Capitale», *Doc. P.R.B.C.*, 2008-2009, n° A-508/1 ; avis 44.805/1/3 du 15 juillet 2008 sur un avant-projet de décret «houdende bepalingen tot begeleiding van de tweede aanpassing van de begroting 2008», *Doc. Vl. Parl.*, 2007-2008, n° 1824/1.

(84) Avis 43.978/2 du 14 janvier 2008 sur un avant-projet de décret «décidant du transfert à la Région wallonne du service de la taxe sur les jeux et paris, de la taxe sur les appareils automatiques de divertissement, et de la taxe d'ouverture de débits de boissons fermentées et ratifiant la décision du Gouvernement wallon en ce sens», *Doc. Parl. w.*, 2007-2008, n° 833/1.

(85) Avis 43.945/4 du 28 janvier 2008 sur un avant-projet de décret «relatif à la simplification de la législation wallonne» ; avis 44.147/4 du 17 mars 2008 sur un avant-projet de décret «modifiant certaines dispositions du décret du 12 février 2004 organisant les provinces wallonnes et du code de la démocratie locale et de la décentralisation», *Doc. Parl. w.*, 2007-2008, n° 785/1. Voy. aussi Cass., 11 avril 1932, *Pas.*, 1932, I, 125 ; Cass., 4 juillet 1949, *Pas.*, 1949, I, 427 ; C.E., *Colman*, n° 14.429 du 7 janvier 1971.

(86) Avis 45.023/2/V, 45.024/2/V et 45.025/2/V du 8 septembre 2008 cités à la note 25.

RER; les TEC; et les chaînons routiers manquants. Le motif invoqué est qu'il s'agit de permis motivés par des impératifs d'intérêt général. L'attribution à une assemblée parlementaire du pouvoir de délivrer des permis dans les hypothèses envisagées trouve-t-il un fondement dans la Constitution ou dans la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles? (87)

1° Le système constitutionnel belge repose sur le principe de la séparation des pouvoirs, notamment entre le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif. Ce principe est fondé sur l'idée que chacun des pouvoirs dispose d'attributions qui lui sont propres. Le système est donc conçu en ce sens que c'est au décret qu'incombe la tâche d'édicter les règles — lesquelles sont, par nature, générales et permanentes —, et qu'il appartient ensuite au Gouvernement d'exécuter ces règles. L'exécution des décrets s'opère notamment par l'adoption d'actes qui — tels les permis d'urbanisme, les permis d'environnement et les permis uniques — présentent la triple caractéristique de ne s'appliquer qu'une seule fois, de régir des situations particulières, et d'avoir pour destinataires une ou plusieurs personnes individuellement. L'adoption de pareils actes entre donc, *a priori*, dans les attributions des organes titulaires du pouvoir exécutif, et non pas du pouvoir législatif. Le Parlement ne peut cumuler directement l'exercice des fonctions législative et exécutive, en se chargeant tout à la fois, non seulement d'édicter des règles de droit générales et permanentes, mais aussi de les appliquer à des situations individuelles.

Il est vrai qu'en droit public belge, la séparation des pouvoirs revêt un caractère relatif. Ainsi, le Parlement exerce, dans des cas bien définis, des fonctions de nature administrative, et, à ce titre, prend ou concourt à l'adoption de décisions de portée individuelle, comme les lois de naturalisation. Toutefois, c'est en vertu d'une disposition constitutionnelle particulière (l'article 9) que «la naturalisation est accordée par le pouvoir législatif fédéral»; or, il n'existe pas de disposition équivalente, dans la Constitution ou dans les lois spéciales de réformes institutionnelles, qui permettrait au Parlement de délivrer des permis.

Il est vrai que dans une matière relevant de sa compétence, le législateur peut décider de régler lui-même une matière qui, jusque là, avait été attribuée au pouvoir exécutif. Cependant, ceci n'autorise pas le législateur à mettre en place un régime qui bouleverserait complètement la répartition des attributions entre le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif, ce qui est

(87) Avis 44.320/4 du 7 mai 2008 sur un avant-projet de décret «relatif aux autorisations régionales modifiant le Code wallon de l'aménagement du territoire, de l'urbanisme et du patrimoine et le décret du 11 mars 1999 relatif au permis d'environnement», *Doc. Parl. w.*, 2007-2008, n° 805/1.

le cas d'un cumul de fonctions organisé à l'avance et applicable dans un ensemble d'hypothèses déterminées abstraitement.

2° Il est prévu que, en-dehors de «l'octroi parlementaire», l'instruction des demandes de permis et les règles de fond obéissent aux mêmes règles que celles applicables aux permis de droit commun. Or, d'une part, certaines de ces règles étant de nature réglementaire, le régime envisagé revient à édicter que le décret statuant sur la demande de permis doit respecter de telles règles, ce qui heurte de front le principe de la hiérarchie des normes qui trouve son expression notamment dans l'article 159 de la Constitution. D'autre part, il est loin d'être établi que le Parlement n'aurait pas la faculté de déroger aux dispositions de nature législative ou réglementaire régissant normalement l'examen des demandes de permis.

3° Le dispositif envisagé permettrait d'accentuer le contrôle de l'activité gouvernementale par le Parlement. Introduire de nouveaux moyens spécialement destinés à accentuer le contrôle de l'activité gouvernementale par le Parlement ou à en renforcer l'efficacité revient à modifier ou à compléter les dispositions de la loi spéciale du 8 août 1980 en la matière et à revoir fondamentalement les éléments de l'équilibre institutionnel qui doit exister entre le Parlement et le Gouvernement dans l'exercice du contrôle politique, par le premier, de l'activité du second, ce que même un décret à majorité spéciale ne peut faire.

4° La comparaison entre le régime prévu et celui qu'a établi le décret de la Région flamande du 14 décembre 2001 pour quelques permis de construire pour lesquels valent des raisons obligatoires d'intérêt général manque de pertinence. D'une part, le champ d'application, l'étendue et l'objet même de ces deux régimes sont très différents. En effet, à la différence du mécanisme mis en place par le décret du 14 décembre 2001 qui ne permet au Parlement d'intervenir que dans un cas très spécifique, concrètement identifié à l'avance, et en raison de l'existence de circonstances exceptionnelles d'un intérêt public particulièrement caractérisé, l'avant-projet de décret organise, pour un ensemble et un nombre indéterminés de situations et pour des projets simplement présentés comme étant d'«intérêt régional», notion laissant un très large pouvoir d'appréciation discrétionnaire quant à la détermination des projets visés, un véritable système de délivrance de permis parallèle à celui qui est applicable en vertu du droit commun. D'autre part, le décret de la Région flamande du 14 décembre 2001 déroge ou permet de déroger aux règles de droit commun régissant, notamment, les plans d'aménagement du territoire et la délivrance des permis d'urbanisme, ce qui justifie l'organisation d'une procédure particulière de confirmation des permis. Il se conçoit, en effet, qu'en adoptant un texte donnant à l'exécutif le pouvoir de s'écarter de dispositions réglant des matières de sa compétence, le législateur souhaite organiser une procédure particulière de contrôle de l'exercice de ce pouvoir, sous la forme d'une

confirmation des décisions prises par l'exécutif. Rien de tel ne caractérise le régime envisagé.

B. — *La fonction exécutive*

1. *Pouvoir réglementaire autonome*

45. — En vertu de l'article 167, §1^{er}, alinéa 1^{er}, de la Constitution, le Roi dirige les relations internationales. Il en découle qu'il Lui appartient de décider de reconnaître les États étrangers et d'entretenir des relations diplomatiques avec eux. Il Lui revient donc également de déterminer l'ordre de préséance des chefs des missions diplomatiques dans les cérémonies officielles. La reconnaissance par le législateur du titre de doyen du corps diplomatique, chef de corps accrédité auprès du Roi, empiète sur une prérogative du Chef de l'État et doit donc être omise (88).

2. *Pouvoir réglementaire dérivé*

46. — En vue de rationaliser et d'uniformiser la fonction consultative, des mesures transversales, qui sont relatives à la composition, au fonctionnement et aux allocations et indemnités, ont vocation à s'appliquer à une série de conseils, commissions et comités énumérés ainsi qu'à tout organisme «créé par arrêté ou par décret postérieurement à l'entrée en vigueur du présent décret et dont l'une des missions consiste à remettre des avis au Gouvernement». Ce procédé est source de deux difficultés (89).

D'une part, en matière de création et d'organisation des services publics, il résulte tant des articles 37 et 107, alinéa 2, de la Constitution, en ce qui concerne l'autorité fédérale, que de l'article 87 de la loi spéciale du 8 août 1980, en ce qui concerne les Régions et Communautés, que les fonctions, commissions, comités, conseils, organes consultatifs et autres «observatoires» rattachés au pouvoir exécutif doivent être créés et réglés par celui-ci et non par le législateur, qui n'a pas à s'immiscer dans cette matière. Par contre, lorsque la consultation de l'organe créé est obligatoire, que ses avis sont susceptibles de lier l'autorité ou que des obligations sont imposées à des tiers, c'est au législateur qu'il revient de créer cet organe, de définir ses missions, sa composition, les indemnités ou rétributions éventuellement accordées à ses membres ainsi que les règles essentielles de son fonctionnement. En dehors de ces hypothèses, l'intervention du pouvoir législatif n'est possible et requise que dans des matières concernant des dispositions qui, en vertu de la Constitution ou d'une loi de réformes institutionnelles, ne peuvent être édictées que par le législateur. En l'espèce, si

(88) Avis 44.521/AG du 20 mai 2008 cité à la note 44.

(89) Avis 43.685/4 du 12 mars 2008 cité à la note 25.

rien ne s'oppose à ce que les mesures transversales soient rendues applicables à des organismes dont la création et l'organisation relèvent de la compétence du législateur, par contre, elles ne peuvent pas être rendues applicables à des organismes que le pouvoir exécutif aurait créés et organisés sur la base de ses compétences propres, et ce d'autant plus que les mesures transversales ne règlent pas des matières réservées au législateur. Il ne peut non plus être admis que l'avant-projet institue de nouveaux organes consultatifs si ceux-ci, au vu des règles qui les créent, doivent être rattachés à la sphère d'attribution du pouvoir exécutif ni que l'avant-projet substitue de tels nouveaux organes consultatifs à des organes existants.

D'autre part, l'avant-projet ne soumet pas à son champ d'application un certain nombre d'organismes existants à caractère consultatif. L'exclusion du champ d'application du décret en projet d'organismes consultatifs existants ne peut être admise que moyennant une justification admissible au regard du principe d'égalité.

C. — *Délégations et habilitations*

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

a) *Les matières réservées*

47. — En l'absence d'éléments nouveaux, on se référera aux principes et applications dégagées en la matière dans les chroniques précédentes.

Relevons toutefois qu'il est parfois envisagé, comme règle de fonctionnement des organes de gestion des organismes publics, de permettre aux membres de ces organes de donner une procuration à un autre membre du même organe. Or, à défaut de texte législatif le prévoyant, il n'est pas au pouvoir du Gouvernement de prendre une disposition en ce sens. En effet, en raison du caractère d'intérêt général des missions exercées par les membres de ces organes, l'exercice de ces missions est hors commerce et, conformément à l'article 1128 du Code civil, ne peut donc faire l'objet de conventions telles que le contrat de mandat qu'impliquerait le régime envisagé. Lorsqu'il s'agit du fonctionnement d'institutions qui relèvent du droit public, à défaut de texte législatif en sens contraire, le seul mécanisme admissible est celui de la suppléance (90).

(90) Avis 45.302/4 du 20 octobre 2008 sur un projet d'arrêté du Gouvernement wallon «relatif à l'entrée en vigueur de l'article 6 du décret du 15 juillet 2008 concernant le Code forestier et le fonctionnement du Conseil supérieur wallon des forêts et de la filière bois».

b) *Les matières non réservées*

48. — À défaut d'une habilitation expresse en ce sens, il n'appartient pas au Gouvernement d'instaurer un recours administratif organisé dont l'exercice serait obligatoire avant l'introduction d'un recours juridictionnel, seul le législateur étant compétent pour instaurer un tel recours préalable obligatoire; le Gouvernement ne pourrait qu'instituer un simple recours facultatif. En outre, le législateur doit préciser quelles sont les décisions concernées, quel est l'organe de recours et quels sont les auteurs susceptibles d'introduire un tel recours (91).

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

49. — En dépit des objections juridiques que suscite une délégation directe à un ministre par la loi, lorsque le législateur a délégué la réglementation de cette matière à un ministre, il ne saurait être admis qu'un arrêté royal puisse encore régler cette matière. Ainsi, si le Roi est habilité à fixer la procédure d'agrément permettant de porter un titre professionnel particulier ou de se prévaloir de qualifications professionnelles particulières, il est prévu en revanche par la loi que les critères d'agrément doivent être fixés par le ministre de la santé publique de sorte que le Roi doit se limiter à faire simplement référence aux critères ministériels, sans préciser qu'ils concernent la participation aux services de garde, à la formation continue et les conditions auxquelles est subordonnée l'exercice de la profession (92).

50. — L'attribution de compétences réglementaires à des organismes publics ou à leurs organes est difficilement compatible avec les principes généraux du droit public belge, en ce qu'elle porte atteinte au principe de l'unité du pouvoir réglementaire et échappe à tout contrôle parlementaire direct. Les actes réglementaires de ce type sont en outre dépourvus des garanties dont est assortie la réglementation classique, telles que celles en matière de publication et de contrôle préventif exercé par la section de législation du Conseil d'État. L'attribution de pouvoirs réglementaires à un organisme public ou à un de ses organes n'est justifiée que si la compétence ainsi attribuée est limitée et à ce point technique que l'on puisse considérer que l'organisme ou l'organe concerné qui devra appliquer la réglementation

(91) Avis 44.891/1/V du 19 août 2008 cité à la note 4; avis 45.501/2 du 15 décembre 2008 cité à la note 63; avis 45.421/4 du 12 novembre 2008 sur un projet d'arrêté du Gouvernement «portant exécution du décret du 23 juin 2008 relatif à la protection des monuments, ensembles et sites ainsi qu'aux fouilles»; avis 45.558/4 du 17 décembre 2008 sur un projet d'arrêté royal «relatif aux prescriptions techniques des bateaux de la navigation intérieure».

(92) Avis 44.961/3 du 16 septembre 2008 sur un projet d'arrêté royal «modifiant l'arrêté royal du 10 novembre 1996 fixant les modalités de l'agrément des praticiens de l'art dentaire titulaires d'un titre professionnel particulier».

en question est le mieux placé pour mettre celle-ci au point en connaissance de cause et, le cas échéant, avec la promptitude voulue, ainsi que pour exercer la compétence ainsi déléguée (93).

Ne sont pas admissibles l'habilitation conférée au Centre fédéral d'expertise des soins de santé de déterminer la méthode de construction des indices spécifiques sur la base desquels peuvent être adaptées annuellement la prime, la franchise et la prestation de certains contrats d'assurance (94), ni le pouvoir réglementaire attribué à la CWaPE d'établir la méthode de calcul des coûts réels nets des obligations de service public ou de déterminer les informations à fournir par le gestionnaire de réseau et ce d'autant plus que ces habilitations n'ont pas un caractère exhaustif (95), ni la mission conférée à la Commission de la Communauté germanophone pour la terminologie juridique allemande de fixer de manière contraignante la terminologie juridique allemande (96). Par contre ne suscite pas d'objections, en raison de son caractère technique, le pouvoir octroyé au BLOSO de déterminer la façon dont les coûts subsidiables doivent être repris dans le système de calcul des subsides (97).

Dans l'hypothèse où des prérogatives d'autorités administratives sont confiées à des organismes dont la direction n'est pas assurée directement par le pouvoir exécutif, ce dernier doit pouvoir exercer sur ces organismes un contrôle suffisant, pour pouvoir en assumer la responsabilité politique devant l'assemblée parlementaire concernée. Le caractère suffisant du contrôle doit être apprécié en fonction de l'étendue des pouvoirs qui sont confiés à l'autorité administrative. Lorsqu'il s'agit d'appliquer à des cas individuels une réglementation précise, qui ne laisse que peu de pouvoir discrétionnaire dans le chef de l'organisme, le pouvoir de contrôle du pouvoir exécutif peut être réduit. Par contre, lorsque l'exercice des pouvoirs qui sont conférés à cet organisme implique des choix d'opportunité, il s'impose que cette autorité, qui n'est pas responsable politiquement, soit soumise à un contrôle plus étroit du pouvoir exécutif (98).

51. — Suscite également des critiques le pouvoir accordé à un organisme de déroger à la loi ou à ses règlements d'exécution, et ce d'autant plus que

(93) Avis 44.429/4 et 44.430/4 du 30 mai 2008 cités à la note 7; avis 45.279/1 du 23 octobre 2008 sur un avant-projet de loi «modifiant, en ce qui concerne les contrats d'assurance maladie, la loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre et la loi du 20 juillet 2007 modifiant, en ce qui concerne les contrats privés d'assurance maladie, la loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre».

(94) Avis 45.279/1 du 23 octobre 2008 cité à la note 93.

(95) Avis 44.429/4 et 44.430/4 du 30 mai 2008 cités à la note 7.

(96) Avis 44.544/2 du 9 juin 2008 sur un avant-projet de décret «fixant les règles de la terminologie juridique pour la langue allemande», *Doc. P.D.G.*, 2008-2009, n° 137/1.

(97) Avis 44.975/1/V du 26 août 2008 sur un projet d'arrêté du Gouvernement flamand «tot vaststelling van de voorwaarden tot het verkrijgen van de subsidies inzake de facultatieve opdracht jeugdsport».

(98) Avis 44.544/2 du 9 juin 2008 cité à la note 96.

les conditions mises à l'exercice du pouvoir de dérogation confèrent un très large pouvoir d'appréciation à l'organisme. Ainsi, l'attribution à la CBFA du pouvoir d'autoriser des dérogations dans des cas spéciaux ou pour certaines catégories d'entreprises non précisées, délègue à une autorité administrative — dont la responsabilité ne peut pas être mise en cause devant les chambres législatives — le soin de fixer très librement la mesure dans laquelle l'ensemble d'une réglementation arrêtée par le législateur ou par le Roi est ou non obligatoire pour les établissements qu'elle vise. Cette faculté de faire échec à l'application à la loi porte non seulement atteinte au caractère général de la norme légale mais aussi au principe de l'égalité devant la loi (99).

Il en va de même du pouvoir reconnu à la CBFA de conclure avec d'autres autorités de contrôle des conventions dispensant de l'application, en Belgique, de la loi ou de ses arrêtés d'exécution. Ces conventions ne sont évidemment pas des conventions de droit privé; elles ne sont pas non plus des traités internationaux. On n'aperçoit pas dès lors quelle place elles peuvent occuper dans la hiérarchie des normes applicables dans l'ordre juridique belge, puisqu'elles seront l'oeuvre d'une part, d'un organisme belge approuvé par le pouvoir exécutif belge, et, d'autre part, de personnes étrangères, qui seront sans doute le plus souvent, des autorités administratives. La nature juridique et, partant, la force obligatoire de telles «conventions», est, dès lors, très problématique. Cette question n'aurait guère d'importance s'il ne s'agissait que de coordonner des actions administratives sans en ébranler les fondements légaux. Elle devient grave dès lors que de telles conventions peuvent déroger à toutes les dispositions de la loi sous la seule limite qu'elles ne réservent pas à des succursales de banques non communautaires un traitement plus favorable que celui réservé aux succursales de banques communautaires. Un tel pouvoir de dérogation, qui est général puisqu'il doit être exercé sur la base de la réciprocité, retient nécessairement sur le sort réservé, à l'étranger, aux établissements belges et à leurs succursales; aussi doit-il être, en tout cas, réservé au pouvoir exécutif lui-même, et ne peut-il dépendre de la volonté concordante d'une autorité étrangère (100).

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

52. — En l'absence d'éléments nouveaux, on se référera aux principes et applications dégagés en la matière dans les chroniques précédentes.

(99) Avis 44.643/2 du 1^{er} juillet 2008 cité à la note 34.

(100) Avis 44.643/2 du 1^{er} juillet 2008 cité à la note 34.

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

53. — Les mêmes conditions sont de mise pour l'octroi par arrêté d'un pouvoir réglementaire ou de décision individuelle à une autorité qui n'est pas responsable politiquement. Concernant l'attribution d'un pouvoir réglementaire, les principes déduits de la responsabilité politique des ministres et celui de l'unité du pouvoir réglementaire au sein de chaque collectivité ne sont conciliables avec l'octroi d'un pouvoir réglementaire à une autorité extérieure au Gouvernement qu'à la condition que, d'une part, cette délégation ait une portée limitée, précise et complète, que, d'autre part, elle ne concerne que des mesures purement administratives, essentiellement techniques, qui, en outre, ne requièrent pas de choix politique, et qu'enfin, le règlement ainsi adopté soit soumis à l'approbation du Gouvernement. Quant à la possibilité d'attribuer un pouvoir de décision individuelle à une telle autorité sans contrôle d'opportunité exercé par une autorité politiquement responsable, il convient à tout le moins que les critères à prendre en considération pour prendre ces décisions soient définis de telle manière que le pouvoir ainsi reconnu ne recèle que peu d'éléments d'appréciation (101).

N'ont pas été considérés comme remplissant ces conditions le pouvoir reconnu au Vlaamse Regulator voor de Media de fixer l'indemnité annuelle pour l'utilisation de fréquences et de canaux par les organismes d'émission de signaux audiovisuels, l'habilitation conférée à la société régionale du logement d'arrêter les normes techniques de réalisation des logements sociaux (102), le fait de confier au fonctionnaire dirigeant du Service du contrôle administratif de l'INAMI le soin de déterminer quels moyens de preuve sont reconnus pour établir la cohabitation, pareille délégation portant sur une matière essentielle qui influence directement l'ouverture du droit à des prestations de santé (103), la mission octroyée à un comité d'accompagnement de déterminer la nature et l'ampleur des actes et tra-

(101) Avis 44.704/3 du 24 juin 2008 sur un projet d'arrêté du Gouvernement flamand «betreffende de voorwaarden en procedure voor het verkrijgen van een vergunning voor het aanbieden van een radio- en televisieomroepnetwerk en de bijbehorende zendvergunningen»; avis 45.026/2/V du 26 août 2008 sur un projet d'arrêté du Gouvernement wallon «fixant les interventions financières de l'Institut wallon de formation en alternance et des indépendants et petites et moyennes entreprises»; avis 45.177/1 du 2 octobre 2008 sur un projet d'arrêté royal «modifiant l'arrêté royal du 3 juillet 1996 portant exécution de la loi relative à l'assurance obligatoire soins de santé et indemnités, coordonnée le 14 juillet 1994»; avis 45.470/1 du 11 décembre 2008 sur un projet d'arrêté du Gouvernement flamand «betreffende de leertijd, vermeld in het decreet van 7 mei 2004 tot oprichting van het publiekrechtelijk vormgegeven extern verzelfstandigd agentschap Vlaams Agentschap voor Ondernemersvorming — Syntra Vlaanderen»; avis 45.521/3 du 15 décembre 2008 sur un projet d'arrêté du Gouvernement flamand «betreffende het prioriteitenbeleid, vermeld in artikel 2, 12°, van het decreet van 13 juli 2001 houdende de regeling van de erkenning en subsidiëring van de Vlaamse sportfederaties, de koepelorganisatie en de organisaties voor de sportieve vrijetijdsbesteding».

(102) Avis 44.711/3 du 1 juillet 2008 cité à la note 55.

(103) Avis 45.177/1 du 2 octobre 2008 cité à la note 101.

vaux à effectuer, de décider de la nécessité et du contenu des études préalables, et d'approuver les études réalisées ou, le cas échéant, de solliciter des compléments à celles-ci (104), la délégation à la Commission nationale médico-mutualiste du pouvoir de fixer les critères médicaux d'inclusion auxquels le bénéficiaire doit satisfaire pour pouvoir prétendre à un trajet de soins (105).

D. — *Droit international*

1. *Relations entre Constitution et droit européen* (106)

54. — *En ce qui concerne le droit européen primaire.* — En vertu de l'article 34 de la Constitution, il est possible, par dérogation à l'article 33, alinéa 2, de la Constitution, de transférer, par un traité ou par une loi, à des institutions de droit international public, l'exercice de compétences pour autant que ces compétences soient «déterminées» par un traité ou par une loi, ce qui implique qu'elles y soient suffisamment précisées.

Dans la mesure où les dispositions du Traité de Lisbonne confient l'exercice de certains pouvoirs à l'Union européenne, elles ne sont pas en principe critiquables. Certes, les compétences transférées sont définies d'une manière très large et sont même parfois source d'imprécision et de confusion (comme dans les domaines de la recherche, du développement technologique et de l'espace), mais elles paraissent à première vue suffisamment «déterminées» au sens de l'article 34 de la Constitution. Il en est d'autant plus ainsi que l'article 5, §1, du Traité sur l'Union européenne prévoit que l'exercice des compétences par l'Union est soumis aux principes d'attribution, de subsidiarité et de proportionnalité.

Lorsque les dispositions d'un traité vont au-delà de l'attribution de pouvoirs à une institution supranationale et qu'elles portent atteinte, ce faisant, à d'autres dispositions constitutionnelles que celles relatives à l'exercice de ces pouvoirs, la section de législation du Conseil d'État a toujours considéré qu'un assentiment au traité n'est possible qu'après une révision préalable des dispositions en cause de la Constitution. Par contre, le Conseil d'État, section d'administration, a explicitement souscrit à la thèse que l'article 34 de la Constitution emporte que celle-ci ne peut être invoquée à l'encontre de dispositions du droit européen, ou en l'occurrence contre des

(104) Avis 45.180/4 du 13 octobre 2008 sur un projet d'arrêté du Gouvernement wallon «remplaçant les dispositions relatives au certificat de patrimoine».

(105) Avis 45.628/1 du 30 décembre 2008 sur un projet d'arrêté royal «portant exécution de l'article 36 de la loi relative à l'assurance obligatoire soins de santé et indemnités, coordonnée le 14 juillet 1994, concernant les trajets de soins».

(106) Avis 43.989/AG et 44.028/AG du 29 janvier 2008 cités à la note 1.

dispositions du Traité instituant la Communauté européenne lui-même, telles que les interprète la Cour de Justice (107).

55. — *En ce qui concerne le droit européen dérivé.* — Que se passe-t-il si des conflits surgissent entre le droit européen dérivé et la Constitution belge? L'attribution de compétences qu'autorise l'article 34 de la Constitution implique nécessairement que ces institutions puissent décider de manière autonome de la manière dont elles exercent ces pouvoirs, sans être liées par les dispositions de la Constitution belge. Cela signifie, du moins en principe, que, si, en application des Traités, devaient être adoptés un règlement ou une directive qui, soit seraient eux-mêmes contraires à la Constitution belge, soit obligerait les autorités belges à accomplir des actes incompatibles avec la Constitution, celle-ci ne pourra pas être invoquée à l'encontre de ces actes de droit européen dérivé. Du point de vue constitutionnel, l'article 34 de la Constitution assure l'articulation entre, d'une part, la primauté du droit européen, qui résulte de sa nature même, telle qu'elle est reconnue par la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes et confirmée dans la déclaration des États membres n° 17 figurant dans l'Acte final, et, d'autre part, le rang qu'occupe la Constitution belge dans l'ordre juridique interne. Toutefois, cette question est purement virtuelle au moment où il est envisagé de donner l'assentiment au Traité lui-même, qui ne constitue que le droit primaire européen; il est en effet impossible de prévoir quel pourrait être le contenu d'une pareille norme européenne de droit dérivé qui, par hypothèse, imposerait à l'État belge ou à ses entités fédérées des obligations incompatibles avec les règles constitutionnelles. La possibilité selon laquelle le droit européen dérivé pourrait entrer en conflit avec la Constitution ne fait donc pas obstacle pour l'instant à l'assentiment des législateurs au Traité. Dans l'avenir, pour le cas où l'hypothèse se présente d'un conflit entre le droit européen dérivé et des dispositions de la Constitution belge, il pourrait toutefois s'avérer souhaitable, voire nécessaire, compte tenu de la portée plus ou moins large qui serait donnée à l'article 34 de la Constitution, de modifier les dispositions constitutionnelles en cause, outre la possibilité, fût-elle théorique, pour la Belgique de se retirer de l'Union européenne.

56. — *Révision de la Constitution.* — Vu la nécessité de revoir la Constitution dans les hypothèses décrites ci-dessus, la section de législation a suggéré d'examiner l'opportunité d'un complément à apporter à l'article 195 de la Constitution, par une disposition qui serait spécifique à des adaptations de la Constitution ayant pour objet, d'une part, l'assentiment à un traité relatif à l'Union européenne et sa ratification (ou, le cas échéant, plus

(107) C.E. arrêts *Goosse*, n° 62.921, et *Orfinger*, n° 62.922, 5 novembre 1996, *C.D.P.K.*, 1997, p. 134, rapport de O. DAURMONT; *J.T.*, 1997, p. 256, note de R. ERGEC.

largement, à un traité international en général) et, d'autre part, l'exécution d'obligations découlant du droit de l'Union européenne (ou, le cas échéant, plus largement, l'exécution d'obligations découlant du droit supranational ou international en général). Une procédure plus souple pourrait, par exemple, être prévue pour de telles modifications de la Constitution.

2. *La révision des Traités* (108)

57. — L'article 48 du Traité sur l'Union européenne prévoit trois procédures de révision des Traités : une procédure dite « ordinaire » de révision des Traités (§§2 à 5); une première procédure dite « simplifiée » de révision (§6); une seconde procédure dite « simplifiée » de révision (§7). Il en va de même pour plusieurs dispositions particulières du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne sur des points spécifiques. Ces procédures sont-elles admissibles au regard des dispositions de la Constitution et des législations organiques des communautés et des régions qui portent sur la conclusion des traités ?

58. — Le point commun entre les deux premières procédures consiste en la nécessité d'une ratification ou d'une approbation par l'ensemble des États membres « conformément à leurs règles constitutionnelles respectives » pour que les actes modificatifs puissent entrer en vigueur. En vertu de l'article 167, §2, de la Constitution, les traités ne peuvent avoir d'effet qu'après avoir reçu l'assentiment des Chambres. Selon l'article 167, §§3 et 4, de la Constitution, les Parlements communautaires et régionaux doivent marquer leur assentiment aux traités portant sur leurs compétences. Par conséquent, ces deux premières procédures ne soulèvent aucune objection de constitutionnalité sur ce point.

59. — La seconde procédure « simplifiée » ne prévoit pas de ratification ou d'approbation nationale selon les règles constitutionnelles de chaque État. Il s'agit d'une disposition, qualifiée de « clause-passerelle générale ». Les Traités contiennent par ailleurs des dispositions, qualifiées de « clauses-passerelle spécifiques », autorisant des organes européens à modifier des règles déterminées qui y sont mentionnées. Ces dispositions contiennent donc une délégation de pouvoirs à des organes européens pour modifier un certain nombre de dispositions, sans l'approbation des États membres conformément à leurs règles constitutionnelles respectives. Toutefois, tant la Cour de cassation que la section de législation du Conseil d'État admettent que, dans certaines conditions, les Chambres législatives peuvent donner leur assentiment préalable à un traité ou à une modification à celui-ci. Pour

(108) Avis 43.989/AG et 44.028/AG du 29 janvier 2008 cités à la note 1.

qu'un tel assentiment préalable soit compatible avec l'article 167, §§2 à 4, de la Constitution et avec l'article 16 de la loi spéciale du 8 août 1980, deux conditions doivent être réunies : il faut que les Chambres législatives et, le cas échéant, les Parlements des communautés et des régions connaissent les limites des futures modifications et qu'ils indiquent expressément qu'ils donnent leur assentiment à ces modifications. Il s'avère que les limites dans lesquelles la procédure de l'article 48, §7, du Traité sur l'Union européenne et des autres «clauses-passerelle spécifiques» peut être appliquée sont clairement définies dans ces dispositions, et ce aussi bien quant au fond que quant à la procédure. Dans ces circonstances, rien ne s'oppose sur le plan juridique à ce que le législateur soit invité à marquer au préalable son assentiment aux futures modifications du Traité qui résultent des «clauses-passerelle» à l'examen.

Il n'empêche que pourraient être adoptées, en application des dispositions précitées, des modifications ultérieures des Traités auxquelles le Parlement ne pourrait pas, actuellement, donner son assentiment. Afin de permettre au Parlement, dans ce cas, d'informer le Gouvernement qu'il ne marque pas son accord sur une modification donnée (et que, concernant cet amendement, il revient dès lors sur son assentiment anticipé), il est recommandé généralement que l'avant-projet soit complété par une disposition prévoyant l'obligation, pour le Gouvernement, de notifier au Parlement toute modification aux Traités, dans un délai raisonnable. Une telle recommandation ne s'impose toutefois pas en l'espèce en raison de deux obligations d'information des parlements, celle visée à l'article 168 de la Constitution et à l'article 16, §2, alinéa 2, de la loi spéciale du 8 août 1980, d'une part, et celle visée à l'article 48, §7, alinéa 3, du Traité sur l'Union européenne et à l'article 6 du Protocole sur le rôle des parlements nationaux dans l'Union européenne, d'autre part. Ces procédures permettront au Parlement, dûment informé, de décider s'il revient sur son assentiment anticipé aux modifications envisagées, ce qui aurait pour effet d'empêcher le Gouvernement de marquer son accord à cette modification. Il n'est en effet pas indiqué qu'à l'égard de la Belgique un accord international entre en vigueur dans l'ordre juridique international et non dans l'ordre interne. Dans ces conditions, il appartient au législateur d'apprécier s'il ne convient pas d'insérer une disposition prévoyant qu'en cas d'opposition du Parlement aux modifications envisagées, il revient au Gouvernement de ne pas y consentir.

60. — La seconde procédure de révision simplifiée soulève une question plus spécifique, eu égard aux compétences des parlements des entités fédérées en la matière, en ce qu'elle réserve le droit d'opposition à la révision à un «parlement national». Certes, lors de la signature du Traité de Lisbonne, le Gouvernement belge a fait une déclaration n° 51 «relative aux

parlements nationaux», laquelle précise que, «en vertu de son droit constitutionnel, tant la Chambre des Représentants et le Sénat du Parlement fédéral que les assemblées parlementaires des Communautés et des Régions agissent, en fonction des compétences exercées par l'Union, comme composantes du système parlementaire national ou chambres du parlement national». Etant donné que cette déclaration unilatérale ne peut être considérée comme liant les autorités européennes ou les autres États membres de l'Union européenne, il est douteux que les autorités européennes considèrent les assemblées des entités fédérées belges comme étant visées par la notion de «parlement national». La déclaration précitée paraît dès lors devoir s'entendre comme apportant une explication de la manière dont la Belgique mettra en oeuvre en droit interne les dispositions considérées du Traité de Lisbonne. Pareille déclaration ne soulève aucun problème sur le plan juridique. Il faut toutefois avoir à l'esprit qu'en vertu du principe général de bonne foi, cette déclaration est opposable à l'État belge proprement dit et à ses organes. Il revient à l'autorité fédérale, aux communautés et aux régions d'élaborer conjointement un mécanisme permettant aux assemblées parlementaires compétentes en vertu de la Constitution, d'exercer le droit d'opposition, dans la ligne de la déclaration n° 51, et sans que ne puisse être imposé aux institutions européennes un interlocuteur autre que le «parlement national» pour formuler l'éventuelle opposition de la Belgique.

III. — LA RÉPARTITION DES COMPÉTENCES

A. — *Généralités*

61. — Il n'appartient pas au législateur, statuant à la majorité ordinaire, de prévoir que les entités fédérées seront associées, d'une manière ou d'une autre, à l'élaboration de mesures qui relèvent de sa compétence. C'est en effet au législateur statuant à la majorité spéciale qu'il revient, en vertu de l'article 143, §3, de la Constitution, de prévoir de telles formalités de coopération (109).

62. — La Communauté est seule compétente pour fixer le statut administratif et pécuniaire des membres du personnel de l'enseignement. Lorsqu'elle fixe des règles en la matière, qui ont des répercussions sur les pensions de ces membres du personnel, elle n'est pas obligée d'obtenir l'accord de l'autorité fédérale ou d'informer celle-ci. Elle est néanmoins soumise à l'article 143, §1^{er}, de la Constitution qui prévoit que, dans l'exercice

(109) Avis 45.451/1/2/3/4 des 18 et 19 novembre 2008 cité à la note 34.

de leurs compétences respectives, l'État fédéral, les communautés et les régions agissent dans le respect de la loyauté fédérale, en vue d'éviter des conflits d'intérêts. En prévoyant que des membres du personnel temporaire âgés de 55 ans peuvent être nommés à titre définitif dans un emploi non vacant pour leur permettre de bénéficier du régime de pension plus avantageux du secteur public, une communauté entraîne une augmentation des dépenses à charge de la seule autorité fédérale. Le principe de proportionnalité qui doit gouverner les rapports entre les collectivités fédérées et l'autorité fédérale n'est donc pas respecté. Par là même, le principe constitutionnel de loyauté fédérale est violé (110).

63. — Une entité fédérée ne peut donner compétence à l'administrateur délégué du SELOR d'imposer, pour une sélection comparative déterminée, la condition d'un âge minimum ou des conditions spéciales d'aptitudes professionnelles acquises au sein d'un État membre de l'Union européenne, consistant dans des connaissances pratiques ou dans l'exercice d'une activité antérieure, même lorsque de telles conditions sont justifiées par la nature des emplois à conférer. Pareille attribution va au-delà des pouvoirs reconnus au SELOR par l'article 87, §2, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, pouvoirs limités à l'organisation du recrutement des membres du personnel des entités fédérées et, le cas échéant, à des aspects qui y sont liés (111).

64. — Un décret communautaire ou régional ne peut se limiter à prévoir des sanctions par référence à des dispositions fédérales. En effet, en cas de modifications de la législation fédérale, la sanction pénale serait également modifiée implicitement pour la matière communautaire ou régionale, ce qui serait contraire aux articles 14 de la Constitution et 11, 1^{er} alinéa, de la loi spéciale du 8 août 1980, qui fixe le principe selon lequel seul le législateur compétent peut décider de punir les violations des normes qu'il édicte (112).

65. — Enfin, en ce qui concerne la compétence *ratione loci*, il y a lieu de relever que les régions ne sont habilitées à régler les matières qui leur sont dévolues que dans les limites de leur sphère territoriale, qui est définie à l'article 2 de la loi spéciale du 8 août 1980. Inversement, il n'est pas en leur pouvoir d'édicter des règles concernant les parties du territoire national situées en dehors de leur sphère de compétence territoriale. La mer territo-

(110) Avis 44.310/2 du 16 avril 2008 sur un avant-projet de décret «portant des mesures en matière d'enseignement-2008», *Doc. P.D.G.*, 2007-2008, n° 129/1.

(111) Avis 43.959/2 du 11 février 2008 sur un projet d'arrêté du Collège réuni «portant le statut administratif et pécuniaire des fonctionnaires des Services du Collège réuni de la Commission communautaire commune de Bruxelles-Capitale».

(112) Avis 44.665/1 du 1^{er} juillet 2008 sur une proposition de décret «houdende de in-, uit- en doorvoer van wapens, munitie en speciaal voor militair gebruik of voor ordehandhaving dienstig materieel en daaraan verbonden technologie», *Doc. Vl. P.*, 2005-2006, nr. 834/2.

riale n'a pas été intégrée dans la division du territoire en régions, de sorte que c'est l'autorité fédérale qui est compétente pour édicter les normes qui s'appliquent sur ce territoire (113).

B. — *Les compétences des Communautés*

1. *Les matières culturelles et personnalisables*

66. — Selon l'article 5, §1^{er}, I, 1^o, de la loi spéciale du 8 août 1980 combiné à l'article 63 de la loi spéciale du 12 janvier 1989 relative aux institutions bruxelloises, la Commission communautaire commune est compétente, en ce qui concerne la *politique de santé*, pour la politique de dispensation de soins interne et externe des institutions de soins à l'égard des institutions situées dans la région bilingue de Bruxelles-Capitale et qui, du fait de leur organisation, ne peuvent pas être considérées comme relevant d'une seule communauté, qui, en d'autres termes, sont bicommunautaires.

Cette compétence de principe de la Commission communautaire commune fait l'objet d'un certain nombre d'exceptions. Ainsi, l'autorité fédérale est compétente, entre autres, pour les règles de base relatives à la programmation (article 5, §1^{er}, I, 1^o, d)). Cette compétence permet à l'autorité fédérale de fixer des critères de programmation et les conditions régissant la mise en service et l'exploitation d'institutions. Cette compétence de l'autorité fédérale ne fait pas obstacle à ce que la Commission communautaire commune puisse compléter et appliquer les normes de base fédérales, sans pour autant leur porter atteinte. Il y a dès lors lieu de considérer que la Commission communautaire commune est compétente pour fixer les procédures de programmation et d'agrément (spécial) concernant les maisons de repos et de soins, les centres de soins de jour, les initiatives d'habitation protégée et les maisons de soins psychiatriques, pour autant qu'il ne soit pas dérogé aux normes prescrites par l'autorité fédérale (114).

67. — L'octroi de subventions pour la rénovation d'infrastructures communales consacrées aux crèches intervient dans la matière de la *politique familiale* et d'aide et d'assistance aux enfants, matière attribuée aux communautés par l'article 5, §1^{er}, II, 1^o, de la loi spéciale du 8 août 1980. L'organisation et la gestion, y compris la subvention, des milieux d'accueil collectif de la petite enfance établis sur le territoire de la Région de Bruxelles-Capitale par les institutions communales relèvent donc de la com-

(113) Avis 45.068/2/V du 27 août 2008 sur un avant-projet de décret «modifiant le chapitre II du titre III du livre II de la première partie du Code de la Démocratie locale et de la Décentralisation relatif aux Funérailles et sépultures», *Doc. Parl. w.*, 2008-2009, n° 879/1.

(114) Avis 44.233/3 du 25 mars 2008 sur un projet d'arrêté du Collège réuni «fixant les procédures de programmation et d'agrément spécial des maisons de repos et de soins, des centres de soins de jour, des initiatives d'habitation protégée et des maisons de soins psychiatriques».

pétence exclusive de la Communauté flamande et de la Commission communautaire française. Dans cette matière, la Région de Bruxelles-Capitale ne peut dès lors pas imposer des obligations ou reconnaître des droits aux institutions communales, qu'il s'agisse des communes, des centres publics d'action sociale, ou d'une institution créée par ceux-ci. La circonstance que les institutions communales concernées conserveraient la faculté de se soumettre ou non à l'arrêté en projet n'y change rien (115).

Une communauté est compétente pour édicter des règles de sécurité incendie concernant spécifiquement les installations de garde d'enfants. Elle doit cependant exercer cette compétence dans le respect des normes de base en matière de sécurité incendie qui sont établies par le législateur fédéral (116).

68. — En vertu de l'article 127, §2, de la Constitution, la Communauté française ne règle les matières culturelles dans la région bilingue de Bruxelles-Capitale qu'à l'égard des institutions qui, en raison de leurs activités, doivent être considérées comme appartenant exclusivement à cette Communauté. En *matière sportive*, il ne paraît pas possible qu'une commune bruxelloise puisse être considérée, en raison de ses activités, comme relevant exclusivement de la Communauté française dès lors que ce type d'activité ne s'adresse pas exclusivement à l'une ou à l'autre des Communautés. L'octroi de subventions pour l'organisation d'activités de sport pour tous ne peut donc s'appliquer aux communes et associations constituées par celles-ci situées sur le territoire de la région bilingue de Bruxelles-Capitale (117).

De même, la Communauté flamande n'est pas compétente pour fixer les règles antidopage pour des événements sportifs se situant dans la région bilingue de Bruxelles-Capitale, car il s'agit d'une compétence de la Commission communautaire commune. L'affiliation des athlètes à un club sportif qui, par son organisation, devrait être considérée comme appartenant exclusivement à la Communauté flamande ne signifie donc pas que des obligations pourraient être imposées directement à ces athlètes en dehors des relations qu'ils établissent librement avec ce club. C'est la Commission communautaire commune qui est habilitée à soumettre ces athlètes à un contrôle antidopage et à punir les pratiques du dopage lorsqu'ils participent

(115) Avis 44.355/2 du 3 avril 2008 sur un projet d'arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale «accordant des subventions aux communes de la Région de Bruxelles-Capitale pour la rénovation d'infrastructures consacrées aux crèches. Budget 2008».

(116) Avis 44.771/3 du 15 juillet 2008 sur un projet d'arrêté du Gouvernement flamand «houdende de normen voor de preventie van brand in de voorzieningen voor kinderopvang».

(117) Avis 44.848/2/V du 11 août 2008 sur un projet d'arrêté du Gouvernement de la Communauté française «fixant les conditions d'octroi des subventions pour les activités servant la promotion du sport et la notoriété de la Communauté française».

à une manifestation sportive dans la région bilingue de Bruxelles-Capitale (118).

69. — La compétence de l'autorité fédérale en matière *d'art de guérir* ne s'oppose pas non plus à ce que les communautés imposent certaines obligations aux praticiens de l'art infirmier dans le cadre des soins à domicile, comme des permanences ou la tenue de fichiers destinés à évaluer les besoins en matière de soins de santé. Si l'obligation d'utiliser du matériel stérile et de disposer des équipements adéquats peut être considérée comme une limitation de la liberté thérapeutique qui relève en principe de l'autorité fédérale, il ne s'agit que de conditions élémentaires qui peuvent entrer dans le cadre des compétences implicites de l'article 10 de la loi spéciale du 8 août 1980 (119).

70. — Le critère des services offerts «en Flandre ou à la population flamande» n'est pas pertinent comme critère de compétence territoriale dans les matières culturelles, comme la radio ou la télévision (120).

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

71. — L'adoption de mesures garantissant la non-discrimination de manière spécifique aux *personnes handicapées*, en ce qui concerne l'accès aux lieux ouverts au public en compagnie de chiens d'assistance, a été attribuée aux communautés par l'article 5, §1^{er}, II, 4^o, de la loi spéciale du 8 août 1980 et l'article 4, §2, de la loi du 31 décembre 1983 de réformes institutionnelles pour la Communauté germanophone. Il en va de même en ce qui concerne les sanctions pénales attachées à ces dispositions, l'article 11 de la loi spéciale du 8 août 1980 et l'article 5, §1^{er}, de la loi du 31 décembre 1983 habilitant les communautés et les régions, dans les limites de leurs compétences, à ériger en infraction les manquements à leurs dispositions et à établir les peines punissant ces manquements.

Dans la région bilingue de Bruxelles-Capitale, la garantie du droit à la non-discrimination telle qu'elle est envisagée par l'avant-projet ne s'adresse pas de manière directe à des institutions au sens de l'article 128, §2, de la Constitution mais confère un droit aux personnes concernées. Il ne s'agit donc pas d'une matière pour laquelle les Communautés française et flamande seraient compétentes, la Communauté française n'ayant par ailleurs pu la transférer à la Commission communautaire française sur la base de l'article 3, 7^o, commun aux décrets des 19 et 22 juillet 1993. Compte tenu

(118) Avis 44.941/1/V du 26 août 2008 sur un avant-projet de décret «houdende de wijziging [van] het decreet van 13 juli 2007 inzake medisch verantwoorde sportbeoefening en van het decreet van 24 juli 1996 tot vaststelling van het statuut van de niet-professionele sportbeoefenaar», *Doc. VI. P.*, 2008-2009, n^o 1843/1.

(119) Avis 45.217/3 du 4 novembre 2008 cité à la note 11.

(120) Avis 44.986/1/V du 10 septembre 2008 cité à la note 16.

des articles 128, §2, et 135 de la Constitution et des articles 60, alinéa 4, et 63 de la loi spéciale précitée du 12 janvier 1989, c'est la Commission communautaire commune qui y est compétente pour la matière considérée (121).

72. — La création d'une société anonyme de droit public dont l'objet social couvre «l'organisation et la promotion, sous toutes ses formes, de tout type d'activités sportives, culturelles» excède les compétences de la Région wallonne, même celles dont l'exercice lui a été transféré en vertu du décret II du 22 juillet 1993. Comme la Région wallonne n'est compétente ni pour régler ni pour financer des événements sportifs liés à la pratique et à la promotion du *sport automobile*, celle-ci ne peut mettre en oeuvre l'article 9 de la loi spéciale du 8 août 1980 pour créer une nouvelle société qui aurait un objet social excédant la limite de ses propres compétences (122).

73. — Dans la *matière de la reconversion et du recyclage professionnels* au sens de l'article 4, 16°, de la loi spéciale du 8 août 1980, matière qui comprend la formation professionnelle et dont l'exercice a été transféré à la Commission communautaire française par l'article 3, 4°, des décrets des 19 et 22 juillet 1993, celle-ci peut prévoir l'organisation d'un module de formation «Exploitants de bancs solaires» ainsi que la délivrance d'un certificat de fréquentation ou d'aptitude sanctionnant cette formation (123).

74. — La compétence de mener une politique relative aux *structures d'accueil des enfants malades* n'a pas été transférée à la Région wallonne et à la Cocof par le décret II du 19 juillet 1993 puisque celui-ci réserve à la Communauté française, tant en matière de politique de santé que d'aide aux personnes, les missions confiées à l'ONE (article 3, 6° et 7°, du décret) (124).

(121) Avis 44.271/1 du 25 mars 2008 sur un avant-projet d'ordonnance «relatif à l'accès des chiens d'assistance aux lieux ouverts au public», *Doc. P.R.B.C.*, n° B-121/1.

(122) Avis 44.514/4 du 27 mai 2008 sur un avant-projet de décret «portant création de la société anonyme de droit public «Le Circuit de Spa-Francorchamps»», *Doc. Parl. w.*, 2008-2009, n° 862/1.

(123) Avis 44.775/2 du 14 juillet 2008 sur un projet d'arrêté 2008/528 du Collège de la Commission communautaire française «définissant la formation des responsables de l'accueil des centres de bronzage pris en application de l'Arrêté royal du 20 juin 2002 relatif aux conditions d'exploitation des centres de bronzage» et avis 44.833/2 du 14 juillet 2008 sur un projet d'arrêté du Gouvernement wallon «définissant la formation des responsables de l'accueil dans un centre de bronzage».

(124) Avis 45.032/2/V du 8 septembre 2008 sur un avant-projet de décret «modifiant le décret du 17 juillet 2002 portant réforme de l'Office de la Naissance et de l'Enfance, en abrégé «ONE» et le décret du 3 juillet 2003 relatif à la coordination de l'accueil des enfants durant leur temps libre et au soutien de l'accueil extrascolaire», *Doc. P.C.F.*, 2008-2009, n° 616/1.

C. — *Les compétences des Régions*1. *L'environnement et la politique de l'eau*

75. — Conformément à l'article 6, §1^{er}, II, alinéa 2, 2°, de la loi spéciale du 8 août 1980, la Région wallonne n'est pas compétente en matière de *protection contre les radiations ionisantes*. Elle ne peut donc imposer aux autorités compétentes pour l'octroi des autorisations relatives à des établissements classés en première ou deuxième classe en vertu de la législation sur la protection des populations contre les radiations ionisantes, de solliciter l'avis de la commission de gestion d'un parc naturel (125).

76. — La circonstance que des règles dont l'objet consiste à instaurer un système de zones écologiques où seuls sont autorisés des *véhicules respectueux de l'environnement*, pourraient être conçues comme poursuivant un objectif direct de politique de l'environnement, ne permet pas de soutenir que les régions auraient le pouvoir de prendre de telles règles sur la base de leurs compétences en matière de protection de l'environnement (126).

2. *Le logement*

77. — Au titre de la compétence en matière de logement, les Régions peuvent notamment fixer des normes de sécurité, de salubrité et de qualité des logements. Elles sont libres d'exercer leur compétence en la matière à l'égard des catégories de logements qu'elles déterminent. Notamment, rien ne s'oppose à ce qu'elles appliquent les normes qu'elles fixent à des logements qui font l'objet d'un rapport contractuel, notamment à des logements loués ou mis en location, ni même à ce qu'elles soumettent cette catégorie de logements à des règles particulières. Les Régions doivent cependant, ce faisant, veiller à ne pas porter atteinte au pouvoir que détient l'autorité fédérale, au titre de ses compétences résiduelles, de régler les rapports contractuels entre les propriétaires et les occupants de logements, notamment, en cas de location d'un bien, les rapports entre bailleurs et preneurs.

La ligne de partage est, de la sorte, la suivante :

- a) si la disposition envisagée porte sur le logement en tant que tel ou règle les rapports entre le propriétaire ou l'occupant et l'autorité publique, elle ressortit à la compétence des Régions;

(125) Avis 43.957/4 du 7 avril 2008 cité à la note 24.

(126) Avis 44.542/3 du 27 mai 2008 sur une proposition de loi «concernant l'instauration de zones écologiques dans les villes et communes», *Doc. parl.*, 2007-2008, Chambre, n° 1108/2.

- b) si l'objet de la disposition est de régler les relations contractuelles entre le propriétaire et l'occupant d'un logement, cette disposition relève par contre de la compétence de l'autorité fédérale (127).

3. *La politique de l'énergie*

78. — Sauf en ce qui concerne les tarifs, la matière relative à la distribution et au transport local d'électricité au moyen de réseaux dont la tension nominale est inférieure ou égale à 70.000 volts, est une compétence des Régions, en vertu de l'article 6, §1^{er}, VII, de la loi spéciale du 8 août 1980. L'État fédéral excéderait sa compétence en créant un service chargé de concilier des parties en litige dans une matière relative à la compétence des Régions ou d'arbitrer un tel litige (128).

4. *Les pouvoirs subordonnés*

79. — En règle, il ne revient pas à un décret régional de régler ou de financer une matière communautaire, comme les centres publics d'action sociale. Une exception peut toutefois être déduite de l'arrêt 4/91 du 21 mars 1991 de la Cour constitutionnelle dont il résulte, d'une part, que la loi spéciale du 16 janvier 1989 relative au financement des Communautés et des Régions oblige la Région à prélever, sur les fonds qui lui sont attribués, la part anciennement réservée, dans le Fonds des communes, au financement des CPAS et, d'autre part, que ni l'article 5, II, 2^o, de la loi spéciale du 8 août 1988 ni l'article 6, §1^{er}, VIII, de la même loi spéciale n'habilitent la Région à répartir, selon des critères déterminés par son Gouvernement, les sommes attribuées aux communes en vue du financement des CPAS. Il n'appartient pas aux autres autorités d'intervenir dans le financement d'une matière pour lesquelles elles ne sont pas compétentes, puisque la fixation des moyens financiers destinés à une matière relève de l'acte de régler cette matière. Il ne revient donc pas au décret régional de permettre au Gouvernement de fixer un montant supérieur à celui qui se déduit de l'article 22, §1^{er}, de la loi spéciale de financement, tel qu'interprété par la Cour constitutionnelle, ni de répartir ce montant. La fixation du montant et sa répartition doivent donc faire l'objet d'un décret pris en exécution de l'article 138 de la Constitution (129).

(127) Avis 43.866/4 du 20 février 2008 sur une proposition de décret «visant la sécurisation des habitations par l'installation de détecteurs de monoxyde de carbone», *Doc. Parl. w.*, 2005-2006, n° 362/4.

(128) Avis 45.540/1/2/3/4 des 15 et 17 décembre 2008 cité à la note 20.

(129) Avis 44.504/4 du 3 juin 2008 sur un avant-projet de décret «modifiant le Livre III, Titre III, Chapitre II du Code de la démocratie locale et de la décentralisation du 22 avril 2004 fixant les règles du financement général des communes wallonnes et abrogeant l'article 105 de la loi organique des Centres publics d'action sociale du 8 juillet 1976», *Doc. Parl. w.*, 2007-2008, n° 810/1.

D. — Les compétences de l'Etat fédéral

80. — En vertu de l'article 6, §1^{er}, VI, alinéa 4, 1^o, de la loi spéciale du 8 août 1980, l'autorité fédérale est compétente pour fixer les règles générales en matière de marchés publics (130). Font notamment partie de ces règles générales, les règles énoncées dans la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services. Le législateur régional bruxellois étant incompétent pour fixer lui-même ces règles générales, il y a lieu d'admettre que celui-ci — et à plus forte raison le Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale — est également incompétent pour déroger, dans certains cas spécifiques, à ces règles générales (131).

81. — Alors qu'il appartient aux communautés de veiller à ce que la formation de vétérinaires en Belgique réponde à des conditions minimales, la détermination des conditions pour l'accès à la profession et son exercice, parmi lesquelles les conditions minimales auxquelles doit satisfaire la formation donnant accès à la profession, relève toutefois de la compétence de l'autorité fédérale en matière de conditions d'établissement (article 6, §1^{er}, VI, alinéa 4, 6^o, de la loi spéciale du 8 août 1980) (132).

82. — Les compétences distinctes de l'État fédéral et des régions en matière de santé animale et de politique des déchets font obstacle à ce que la destruction d'animaux atteints ou suspects, qui ont été mis à mort, se fasse sous contrôle de l'AFSCA. Alors que la décision de destruction proprement dite relève encore de la compétence fédérale, les modalités de cette destruction relèvent de la politique des déchets, qui est de la compétence des régions et dont le contrôle ne peut être confié à un organe fédéral (133).

83. — Par contre, les exigences à observer lors de la fabrication et de la mise sur le marché des emballages, de manière à réduire la quantité et la nocivité pour l'environnement de ceux-ci ou des matériaux qu'ils contiennent, constituent des règles qui relèvent du domaine des normes de produits au sens de l'article 6, §1^{er} II, alinéa 2, 1^o, de la loi spéciale du 8 août

(130) Avis 44.144/2 du 17 mars 2008 sur un projet d'arrêté du Gouvernement de la Communauté française «portant exécution du décret du 16 novembre 2007 relatif au programme prioritaire de travaux en faveur des bâtiments scolaires de l'enseignement fondamental ordinaire et spécialisé, de l'enseignement secondaire ordinaire et spécialisé et de promotion sociale, de l'enseignement artistique à horaire réduit, des centres psycho-médico-sociaux ainsi que des internats de l'enseignement fondamental et secondaire, ordinaire et spécialisé, organisés ou subventionnés par la Communauté française».

(131) Avis 44.031/1 du 7 février 2008 sur un projet d'arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale «relatif aux conventions qu'ACTIRIS peut conclure avec des tiers, portant exécution de l'article 7 de l'ordonnance du 18 janvier 2001 portant organisation et fonctionnement de l'Office régional bruxellois de l'Emploi».

(132) Avis 44.313/3 du 15 avril 2008 sur un projet d'arrêté royal «relatif à la reconnaissance des qualifications professionnelles et la libre prestation de service des vétérinaires».

(133) Avis 44.434/3 du 29 avril 2008 sur un projet d'arrêté royal «relatif à la lutte et à l'éradication de la fièvre catarrhale du mouton».

1980, c'est-à-dire des règles qui fixent les conditions auxquelles un produit doit satisfaire pour pouvoir être mis sur le marché. Or, en vertu de cette même disposition, l'établissement de normes de produits est de la compétence de l'autorité fédérale (134).

84. — La fixation des signaux relatifs à l'arrêt et au stationnement de véhicules relève de la compétence de l'autorité fédérale en matière de police générale de la circulation routière. Il ne peut donc être admis, dans l'état actuel de la législation, qu'une région fixe, notamment, «la signalisation uniforme» utilisée pour les places de stationnement réservées, du moins lorsque cette signalisation est déjà réglée par les dispositions du règlement général sur la police de la circulation ou d'autres arrêtés d'exécution des lois coordonnées du 16 mars 1968 relatives à la police de la circulation routière, dans la mesure où ces arrêtés doivent également être considérés comme relevant de la police générale de la circulation routière (135).

85. — L'autorité fédérale ne peut restreindre la liberté de religion et la liberté d'expression que dans les matières qui relèvent de sa compétence. Elle ne peut fixer de règles pour le personnel des entités fédérées, le personnel enseignant et le personnel des organismes d'intérêt public qui relèvent de la compétence des entités fédérées, ainsi que pour les biens gérés par les entités fédérées. En outre, pour ce qui concerne le personnel qui relève des pouvoirs locaux et les biens gérés par eux, ce sont les régions qui sont, en principe, compétentes, de même que pour les monuments et sites classés et les cimetières. En ce qui concerne les musées, l'autorité fédérale exerce ses compétences uniquement sur le territoire de la région bilingue de Bruxelles-Capitale dans les matières biculturelles (136).

86. — L'autorité fédérale est restée compétente pour les dispositions législatives sur la médecine du travail et sur les services de santé au travail. Il s'agit en particulier des dispositions concernant l'établissement de services de santé au travail, le fonctionnement de ces services, les formalités et les conditions particulières que les médecins du travail doivent respecter, les conditions dans lesquelles l'inspection médicale doit avoir lieu, le taux et les procédures de collecte des redevances dues par les entreprises. Les communautés sont cependant responsables de la reconnaissance de ces services et du respect des règles générales de travail (137).

(134) Avis 44.947/VR/V, 44.948/VR/V et 44.949/VR/V du 19 août 2008 cités à la note 33.

(135) Avis 44.315/4 du 5 mai 2008 sur un avant-projet d'ordonnance «portant organisation de la politique du stationnement et création de l'Agence du stationnement de la Région de Bruxelles-Capitale», *Doc. P.R.B.C.*, 2007-2008, n° A-498/1.

(136) Avis 44.521/AG du 20 mai 2008 cité à la note 44.

(137) Avis 45.365/3 du 25 novembre 2008 sur un avant-projet de décret «houdende diverse bepalingen betreffende het beleidsdomein Welzijn, Volksgezondheid en Gezin», *Doc. Vl. P.*, 2008-2009, n° 2020/1.

87. — Les compétences de l'autorité fédérale en matière de santé publique et de protection des travailleurs ne s'opposent pas à ce que les communautés et les régions puissent prendre, dans le cadre de l'exercice de leurs propres compétences, des mesures spécifiques relatives à la protection contre la fumée du tabac, sans cependant pouvoir porter atteinte au niveau de protection découlant des mesures fédérales prises en la matière. Ainsi, par exemple, les régions peuvent prévoir, sur la base de leur compétence en matière de transport en commun urbain et vicinal (article 6, §1^{er}, X, alinéa 1^{er}, 8^o, de la loi spéciale du 8 août 1980), à l'égard des «lieux publics» relevant ainsi de leur compétence matérielle, des mesures spécifiques en matière de protection contre la fumée du tabac, sans toutefois pouvoir porter atteinte au niveau de protection fédéral existant en la matière. L'article 35, 10^o, de l'arrêté royal du 15 septembre 1976 portant règlement sur la police des transports de personnes par tram, pré-métro, métro, autobus et autocar doit être regardé comme une telle mesure spécifique de la compétence des régions. En conséquence, l'autorité fédérale n'est pas compétente pour abroger cette disposition (138).

88. — Il n'appartient pas aux communautés de conférer des compétences au conseil d'entreprise, au comité pour la prévention et la protection au travail ou à la délégation syndicale. Cette matière est réservée au législateur fédéral par l'article 6, §1^{er}, VI, alinéa 5, 12^o, de la loi spéciale du 8 août 1980. De même, il n'est pas du ressort d'une communauté de décider si le fait pour une entreprise de ne pas compter l'un des organes précités relève ou non du non respect des dispositions légales et réglementaires existant en ce domaine. Le contrôle de l'application de ces dispositions légales et réglementaires relèvent, aux termes du même article, de la seule compétence du législateur fédéral (139).

E. — *Les pouvoirs implicites*

89. — L'article 10 de la loi spéciale du 8 août 1980 permet aux entités fédérées, dans la mesure nécessaire à l'exercice de leur compétence, de créer une *juridiction administrative*.

La section de législation n'aperçoit toutefois pas en quoi le critère de la nécessité serait rempli pour certains conflits qui doivent, selon l'article 23, §5, de la directive 2003/54/CE, être confiés aux autorités de régulation. En effet :

(138) Avis 44.773/1 du 18 septembre 2008 sur une proposition de loi «relative à une interdiction générale de fumer dans des lieux fermés accessibles au public et à la protection des travailleurs contre la fumée du tabac», *Doc. parl.*, Chambre, 2007-2008, n° 780/3.

(139) Avis 43.930/2 du 8 janvier 2008 sur un projet d'arrêté du Gouvernement de la Communauté germanophone «relatif aux aides à la formation accordées pour les travailleurs occupés par les entreprises».

- comme cela a déjà été relevé dans la doctrine, concernant les différentes matières dans lesquelles ont été créées des autorités de régulation, la presque totalité de celles-ci l'ont été sous la forme d'une autorité administrative indépendante et non sous celle d'une juridiction administrative;
- concernant plus particulièrement le marché de l'électricité, la disposition précitée n'impose pas non plus de confier aux autorités de régulation une tâche juridictionnelle;
- concernant ce même marché de l'électricité, en droit interne cette fois, la section de législation observe qu'aucune des autorités de régulation créées par les différents législateurs en la matière n'a, à ce jour, la qualité de juridiction administrative.

Ces mêmes considérations ne permettent pas de justifier que la matière se prête à un régime différencié et que l'incidence d'une création d'une juridiction administrative puisse être considérée comme marginale (140).

Par ailleurs, lorsque les seules justifications avancées pour la création d'une juridiction administrative sont la spécialisation et la célérité attendue de cette nouvelle juridiction, la section de législation estime que ces raisons ont une portée générale et que, mutatis mutandis, elles pourraient être invoquées à de nombreux litiges concernant les compétences des communautés et régions. La création systématique de juridictions administratives dans toutes les matières communautaires ou régionales porterait atteinte à la compétence fédérale prévue par l'article 161 de la Constitution (141).

90. — Le droit de la *responsabilité civile* relève de la compétence résiduelle de l'autorité fédérale. Les régions peuvent dès lors seulement légiférer en la matière dans les conditions fixées par l'article 10 de la loi spéciale du 8 août 1980. Il y a donc également lieu de vérifier si la législation envisagée est nécessaire à l'exercice des compétences régionales, si la matière considérée se prête à un règlement différencié et si l'incidence des dispositions en cause sur la matière n'est que marginale.

Dans le cadre de ses compétences en matière d'électricité et de gaz, une région peut prévoir des mécanismes qui tendent à assurer, à charge d'un gestionnaire de réseau ou d'un fournisseur, une intervention forfaitaire — ou à tout le moins plafonnée — au profit de clients finals qui seraient lésés, soit en cas d'interruption de fourniture non planifiée dépassant une certaine durée, soit d'une coupure intempestive du compteur à la suite d'une erreur administrative ou à un retard de raccordement, soit en l'absence de réalisation du raccordement effectif dans un délai donné, soit encore en raison

(140) Avis 44.429/4 et 44.430/4 du 30 mai 2008 cités à la note 7.

(141) Avis 44.837/1/AV du 23 septembre 2008 sur un avant-projet de décret «tot aanpassing en aanvulling van het ruimtelijke plannings-, vergunningen- en handhavingsbeleid», *Doc. VI. P.*, 2008-2009, n° 2011/1.

du dommage direct, corporel ou matériel, subi par un client final raccordé au réseau de distribution, du fait de l'interruption, de la non-conformité ou de l'irrégularité de la fourniture d'énergie. Il n'apparaît pas contestable que l'obligation d'un gestionnaire de réseau ou d'un fournisseur d'électricité d'indemniser le client final dans les cas envisagés ci-dessus peut se prêter à un traitement différencié. La région demeure aussi dans les limites de la répartition des compétences esquissée ci-dessus lorsqu'il est prévu expressément que les dispositions en cause n'empêchent pas l'application des articles 1382 et suivants du Code civil. Enfin, les règles en question présentent un lien étroit avec la matière de la distribution et de la fourniture d'électricité et de gaz. Ainsi, la nécessité est établie par «la difficulté pour le client final de démontrer une faute dans le chef du gestionnaire de réseau en ce qui concerne la conformité ou la régularité des fournitures» (142).

De même, la compétence régionale pour fixer le statut des mandataires locaux permet d'adopter des règles spécifiques sur la responsabilité civile des bourgmestres et échevins (143).

91. — En revanche, la création de privilèges sur les biens de personnes qui n'ont pas de créance ni d'obligation à l'égard d'une institution régionale excède la compétence implicite de la Région. En effet, selon l'article 12 de la loi hypothécaire du 16 décembre 1851, le privilège est un droit «que la qualité de la créance donne» à un créancier d'être préféré aux autres créanciers, même hypothécaires. Selon l'article 41, alinéa 1^{er}, de cette même loi, l'hypothèque est un droit réel sur les immeubles «affectés à l'acquittement d'une obligation». Si une disposition régionale rompt le lien entre le privilège pour l'Institut et une créance ou une obligation envers l'Institut, il porte atteinte au principe de proportionnalité que doit respecter le législateur régional lorsqu'il veut faire usage des pouvoirs implicites, étant donné que la loi hypothécaire considère ce lien comme un élément essentiel (144).

92. — Le législateur décretal peut invoquer l'article 10 de la loi spéciale du 8 août 1980 pour habilitier le Commissariat général au tourisme et les «maisons du tourisme» à utiliser un itinéraire touristique balisé et les supports y afférents sans l'accord exprès et écrit du titulaire de l'autorisation correspondante, c'est-à-dire à les reproduire et à les diffuser dans le cadre de leur mission respective (145).

(142) Avis 44.429/4 et 44.430/4 du 30 mai 2008 cités à la note 7.

(143) Avis 45.195/3 du 14 octobre 2008 sur un avant-projet de décret «tot wijziging van het gemeentedecreet», *Doc. VI. P.*, 2008-2009, n° 1946/1.

(144) Avis 44.884/1/V du 5 août 2008 cité à la note 29.

(145) Avis 43.526/4 du 30 janvier 2008 sur un avant-projet de décret «portant diverses mesures relatives aux établissements d'hébergement touristique, aux attractions touristiques et aux itinéraires touristiques balisés», *Doc. Parl. w.*, 2007-2008, n° 834/1.

93. — La Communauté française ne peut, même en recourant aux pouvoirs implicites, habiliter le Collège d'avis du Conseil Supérieur de l'Audio-visuel à prendre des règlements en matière de communications commerciales pour les produits alimentaires pouvant avoir un effet néfaste pour la santé, la matière ne se prêtant pas à un traitement différencié (146).

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

94. — Dans l'hypothèse où une personne morale de droit public commune à divers niveaux de pouvoir est créée conjointement par un accord de coopération conclu entre ces divers niveaux de pouvoirs, il résulte des articles 9 et 92bis de la loi spéciale du 8 août 1980 que c'est à cet accord lui-même, auquel les législateurs concernés doivent donner leur assentiment, qu'il incombe de régler la création, la composition, la compétence, le fonctionnement et le contrôle de la personne morale de droit public en cause, en tout cas en ce qui concerne les éléments essentiels, en ce compris les règles essentielles relatives au financement de l'organisme créé (147).

95. — Toutefois, il n'est pas possible de créer un service commun à la Région wallonne, à la Communauté française et à la Commission communautaire française si ce service commun est constitué sous la forme d'un service à gestion séparée de la Communauté française. En effet, pour qu'un service puisse être institué de la sorte, il doit préalablement avoir été créé au sein de l'administration générale de la Communauté française. Partant, un tel service ne saurait être commun aux trois entités parties à l'accord de coopération sans violer l'article 87 de la loi spéciale du 8 août 1980 puisque cette disposition fait de l'administration générale de la Communauté française, et donc d'un service à gestion séparée constitué en son sein, un service du seul Gouvernement de la Communauté française.

Il ne saurait non plus se concevoir qu'un service à gestion séparée de la Communauté française soit financé à 40 % par la Région wallonne et à 15 % par la Commission communautaire française puisqu'il ne revient pas à ces deux entités d'effectuer des dépenses au profit de services administratifs qui dépendent exclusivement d'un autre niveau de pouvoir.

Il ne peut pas plus être admis que les subdivisions d'un service à gestion séparée, c'est-à-dire d'un service de l'administration générale, soient composées par du personnel qui n'aurait pas été recruté conformément aux règles fixées par l'article 87, §2, de la loi spéciale du 8 août 1980 et par l'arrêté royal du 22 décembre 2000 fixant les principes généraux du statut administratif et pécuniaire des agents publics. Deux conséquences décou-

(146) Avis 45.389/4 du 26 novembre 2008 cité à la note 14.

(147) Avis 45.023/2/V du 8 septembre 2008 cité à la note 25.

lent de l'application de ces règles : d'une part, le personnel d'un service de l'administration générale est uniquement composé d'agents statutaires ou d'agents contractuels lorsque, pour ces derniers, les conditions mises à leur engagement par l'arrêté royal du 22 décembre 2000 sont remplies; d'autre part, l'employeur de ce personnel est le pouvoir public duquel dépend l'administration générale dont ce personnel fait partie.

Enfin, il ne se conçoit pas qu'un service qui fait partie de l'administration générale de la Communauté française soit placé sous une tutelle de légalité et d'intérêt général exercée par des commissaires dont la plupart sont désignés par d'autres niveaux de pouvoirs. L'administration générale de la Communauté française est en effet placée sous l'autorité hiérarchique directe du Gouvernement de la Communauté française, lequel est ainsi amené à répondre de l'action de celle-ci devant le Parlement (148).

96. — Il n'est pas admissible non plus que des institutions qui dépendent exclusivement de la Communauté française reçoivent, en plus des subventions et dotations que leur octroie la Communauté française, une subvention annuelle qui serait le fruit d'une réglementation conjointe arrêtée par les divers gouvernements. Il ne revient en effet pas au Gouvernement de la Région wallonne et au Collège de la Commission communautaire française de régler, fut-ce conjointement avec la Communauté française, le subventionnement d'institutions qui relèvent exclusivement de la Communauté française (149).

97. — En principe, les personnes morales peuvent conclure des conventions, pour autant que celles-ci s'inscrivent dans le cadre de leur mission. Lorsque la convention est conclue entre une personne morale de droit public relevant de la compétence de l'autorité fédérale, d'une part, et une région (ou une personne morale de droit public relevant de la compétence d'une région contractante), d'autre part, le système de partage des compétences implique que la liberté contractuelle des parties est soumise à des limites spécifiques. Pour l'autorité fédérale qui habilite une personne morale de droit public relevant de sa compétence à conclure une convention avec une région, cela signifie tout d'abord qu'elle ne peut pas soumettre l'habilitation à des conditions à l'égard du cocontractant qui soient contraires à l'autonomie des régions. En outre, l'habilitation ne peut pas avoir pour effet que l'autorité fédérale renonce à ses propres compétences en faveur des régions. La collaboration des régions à la mission de cette

(148) Avis 44.875/2/V du 5 août 2008 sur un avant-projet de décret, *Doc. Parl. w.*, 2008-2009, n° 1000/1, avis 44.876/2/V du 5 août 2008 sur un avant-projet de décret, *Doc. P.C.F.*, 2008-2009, n° 701/1 et avis 44.895/2/V du 5 août 2008 sur un avant-projet de décret, tous «portant assentiment à l'accord de coopération conclu entre la Communauté française, la Région wallonne et la Commission communautaire française concernant la création du Service Francophone des Métiers et des Qualifications», *Doc. A.C.C.F.*, 2008-2009, n° 171/1.

(149) Avis 45.023/2/V du 8 septembre 2008 cité à la note 25.

personne morale de droit public doit se limiter à l'accomplissement de certains actes matériels et ne peut impliquer que les régions puissent exercer la puissance publique dans une matière fédérale (150).

98. — La Communauté française n'est pas compétente pour attribuer une mission aux conseils économiques et sociaux institués respectivement par la Région wallonne et par la Région de Bruxelles-Capitale. Seul un accord de coopération entre, d'une part, la Communauté française et, d'autre part, ces deux Régions permettrait de charger le conseil économique et social de la Région wallonne et celui de la Région de Bruxelles-Capitale d'une compétence de proposition dans une matière communautaire (151).

99. — Dans la mesure où une étude prospective tend notamment à «définir les orientations en matière de choix des sources primaires...», à «définir la nature des filières de production à privilégier» et à formuler des «recommandations» lorsque la sécurité d'approvisionnement en matière d'électricité risque d'être compromise, et dès lors qu'elle intervient, notamment, pour déterminer l'établissement de nouvelles installations de production d'électricité, il y a lieu de considérer que cette étude prospective tient aujourd'hui lieu de «plan d'équipement national», même si cette étude ne peut plus en raison de l'évolution du droit communautaire dans ce domaine, revêtir de caractère contraignant. Il y a donc lieu de considérer que l'association des Régions à une étude prospective, faite par le Gouvernement fédéral, et relative aux perspectives d'approvisionnement en électricité doit être réalisée en association avec les Gouvernements régionaux, conformément à l'article 6, §4, 5°, de la loi spéciale du 8 août 1980 (152).

IV. — LA FONCTION JURIDICTIONNELLE

A. — *Compétence des organes juridictionnels*

100. — *Contestations sur des droits civils.* — Dans le cadre de la réorganisation des marchés de l'électricité et du gaz, il est prévu d'organiser des mécanismes d'indemnisation au profit de clients qui seraient lésés dans des cas de non-raccordement, d'interruption, de non-conformité ou d'irrégularité de la fourniture. Dans ce cadre, la Commission wallonne de l'énergie (CwaPE) est amenée, en cas de contestation, à prendre une décision

(150) Avis 45.054/3 du 23 septembre 2008 sur un projet d'arrêté royal «relatif à l'exécution des contrôles obligatoires sur les pulvérisateurs et à leur rétribution».

(151) Avis 44.910/2/V du 6 août 2008 sur un avant-projet de décret «modifiant le décret du 16 avril 1991 organisant l'Enseignement de Promotion sociale, en vue de favoriser l'intégration de son Enseignement supérieur à l'espace européen de l'Enseignement supérieur», *Doc. P.C.F.*, 2007-2008, n° 589/1.

(152) Avis 45.540/1/2/3/4 des 15 et 17 décembre 2008 cité à la note 20.

définitive qui est, pour les parties, obligatoire en tous ses éléments. Or, la réparation d'une lésion illicite d'un droit subjectif est un droit civil, même quand le dommage résulte d'une faute ou d'une erreur de l'administration. Si l'administration peut prendre des décisions affectant des droits civils, par contre, ni l'administration ni même une juridiction administrative ne sauraient trancher une contestation sur ceux-ci. L'article 144 de la Constitution confère une compétence exclusive, en la matière, aux tribunaux de l'ordre judiciaire et aucun texte d'intensité de force obligatoire supérieure ne vient y faire exception (153).

101. — *Ministère public.* — L'article 12, alinéa 2, de la Constitution pose le principe de la légalité des poursuites pénales et il ressort des articles 151 et 153 de la Constitution que c'est le ministère public qui, en Belgique, est chargé de ces poursuites. Ces mêmes dispositions et d'autres dispositions du titre III, chapitre VI, de la Constitution placent le statut et le fonctionnement des officiers du ministère public sous la compétence du législateur, du Roi et d'autres autorités belges, spécialement du Ministre de la Justice et du Conseil supérieur de la Justice.

L'article 86 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne pose le principe de la création d'un Parquet européen, compétent pour rechercher, poursuivre et renvoyer en jugement les auteurs et complices d'infractions portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union et pour exercer devant les juridictions compétentes des États membres l'action publique relative à ces infractions. Ce transfert de compétences au profit d'autorités européennes ne va pas au-delà de ce qu'implique l'attribution de compétences à une organisation de droit international public et peut en conséquence, être considéré comme admis par l'article 34 de la Constitution dès lors qu'elle procède, comme en l'espèce, d'un Traité international soumis à l'assentiment parlementaire.

L'article 86 du Traité prévoit, en outre, que des règlements européens pourront instituer le Parquet européen, en fixer le statut, les conditions d'exercice de ses fonctions, les règles de procédure applicables à ses activités, ainsi que celles gouvernant l'admissibilité des preuves et les règles applicables au contrôle juridictionnel des actes de procédure qu'il arrête dans l'exercice de ses fonctions. L'une des implications de l'attribution de pouvoirs déterminés à une institution de droit international public telle que l'Union européenne, qu'autorise l'article 34 précité, consiste en la possibilité pour les organes de cette institution de mettre en oeuvre ces pouvoirs par des instruments de droit dérivé.

Les règlements en question pourraient déroger au droit belge. Si le conflit surgit entre les règlements et les articles 12, alinéa 2, 151 et 153 de la

(153) Avis 44.429/4 et 44.430/4 du 30 mai 2008 cités à la note 7.

Constitution, il convient d'admettre que l'article 34 de la Constitution a pour effet de rendre admissible, au regard de la Constitution, l'adoption de pareils règlements européens et, par voie de conséquence, leur exécution et leur application en droit belge (154).

102. — *Force probante.* — L'octroi d'une force probante particulière aux procès-verbaux dressés par les fonctionnaires et les agents qui constatent des infractions, fait exception à la règle générale selon laquelle un procès-verbal vaut en tant que simple renseignement. Elle déroge en conséquence au régime de la libre administration de la preuve en matière répressive, selon lequel le juge apprécie en fonction de sa propre conviction la valeur probante d'un élément déterminé. Il convient de préciser dans l'exposé des motifs les raisons pour lesquelles cette exception paraît justifiée (155).

103. — *Publicité des audiences.* — Est-il admissible de prescrire le huis clos dans une série de procédures touchant au droit des personnes et au droit familial au sens large ?

L'article 6, §1^{er}, seconde phrase, de la C.E.D.H. et l'article 14, §1^{er}, troisième phrase, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques admettent qu'il soit dérogé à la règle de la publicité des audiences eu égard à certains critères comme, pour le premier, la nécessité de préserver les intérêts de mineurs et, pour le second, les différends matrimoniaux et relatifs à la tutelle des enfants. Si l'article 148, alinéa 1^{er}, de la Constitution ne contient pas expressément de disposition analogue, il n'en autorise pas moins que la publicité soit limitée lorsqu'elle est «dangereuse pour l'ordre ou les mœurs»; il convient d'admettre que ces dernières notions renvoient à celle d'ordre public, auquel appartiennent incontestablement les droits fondamentaux, en ce compris ceux qui touchent au respect de la vie privée et de la dignité humaine. En toute hypothèse, la circonstance qu'une disposition constitutionnelle garantissant une liberté ne porte pas de manière expresse de limitation admissible fondée sur d'autres droits fondamentaux ne fait pas obstacle à ce que, sur la base d'une lecture globale de la Constitution, cette liberté soit nécessairement considérée comme non absolue, des restrictions pouvant s'imposer en vertu de ces autres droits fondamentaux. Enfin, l'article 148, alinéa 1^{er}, de la Constitution ne doit pas être lu isolément de l'article 6 de la Convention; il y a lieu de se référer en la matière à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, dont il résulte que le législateur peut soustraire toute une catégorie d'affaires du champ d'application de la règle générale de la publicité, lorsque cela est jugé nécessaire à la protection de la morale, de l'ordre public ou de la sécu-

(154) Avis 43.989/AG et 44.028/AG du 29 janvier 2008 cités à la note 1.

(155) Avis 44.947/VR/V, 44.948/VR/V, 44.949/VR/V du 19 août 2008 cités à la note 33.

rité nationale, ou pour préserver les intérêts de mineurs et la vie privée des parties.

Conformément à l'approche traditionnelle en matière de restrictions aux droits fondamentaux, il convient toutefois de vérifier *la proportionnalité* et *la nécessité* des mesures par lesquelles il est fait exception à la règle de la publicité. A cet égard, il serait prudent que le texte prévoie la possibilité pour le juge de revenir à la publicité de l'audience (156).

104. — *Publicité des jugements.* — Une lecture analogue peut être faite en ce qui concerne l'interprétation des articles 148, alinéa 1^{er}, deuxième partie, et 149, deuxième phrase de la Constitution. Vu l'importance de la règle de la publicité des jugements, il appartient au législateur d'apprécier s'il la maintient dans les matières faisant l'objet de la proposition à l'examen ou s'il établit la règle du huis clos pour ces mêmes matières, auquel cas il devrait revenir au juge de rétablir la publicité des jugements dans des cas particuliers (157).

105. — *Jugement motivé.* — Une proposition de loi tend à imposer un délai de rigueur d'un an à la section du contentieux administratif du Conseil d'État pour se prononcer sur tout recours en annulation dirigé contre un acte de nomination pris par une autorité administrative, et prévoit qu'à l'expiration de ce délai «le silence de la section est réputé constituer une décision de rejet» (sans motivation). Cette proposition est en porte-à-faux avec l'article 149 de la Constitution, qui consacre un principe général de niveau constitutionnel applicable à l'ensemble des juridictions, selon lequel toute décision de justice doit être motivée (158).

B. — *Droit à un recours juridictionnel effectif*

106. — *Accès au juge.* — Le droit d'accès au juge peut-il s'accorder avec l'assimilation, en cas de recours contre un acte de nomination pris par une autorité administrative, du silence pendant un an de la section du contentieux administratif du Conseil d'État à «une décision de rejet»?

L'article 13 de la Constitution garantit notamment le droit d'accès aux juridictions, conformément à leurs compétences. Selon cette même disposition, dès lors que la loi prévoit l'accès aux juridictions, nul ne peut être empêché d'y accéder. Cette disposition est d'application générale, en ce compris à l'égard d'actes administratifs.

(156) Avis 44.203/2 du 2 juin 2008 sur une proposition de loi «modifiant l'article 757 du Code judiciaire, relatif au huis clos en matière familiale», *Doc. parl.*, Sénat, 2007-2008, n° 295/2.

(157) *Ibidem*.

(158) Avis 44.382/AG du 20 mai 2008 sur une proposition de loi «visant à imposer un délai de rigueur au Conseil d'État lorsqu'il statue sur un recours en annulation dirigé contre une nomination», *Doc. parl.*, Chambre, 2007-2008, n° 1008/2.

Il résulte de la combinaison des articles 2, §3, et 25, c), du Pacte international relatif aux droits civils et politiques qu'un «recours utile», à caractère en principe juridictionnel, doit être ouvert afin de garantir l'effectivité du droit d'accès aux fonctions publiques et que, lorsqu'une juridiction est saisie en la matière, elle doit pouvoir «statu(er) sur les droits de la personne qui forme le recours».

L'article 47, alinéa 2, de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne proclame le droit à un procès équitable sans limitation de son champ d'application. La Cour de justice des Communautés européennes avait par ailleurs constaté que la règle, selon laquelle toute pratique administrative, en ce compris dans la fonction publique, doit faire l'objet d'un «contrôle juridictionnel», est l'expression «d'un principe général de droit qui se trouve à la base des traditions constitutionnelles communes aux États membres».

Enfin, quoiqu'il en soit des difficultés relatives à l'applicabilité de l'article 6 de la C.E.D.H. au recrutement dans la fonction publique, certaines autres procédures concernées par la proposition à l'examen, peuvent être qualifiées comme portant sur «des contestations sur (d)es droits et obligations de caractère civil» au sens autonome donné à cette notion par cet article 6 (159).

Les principes applicables à l'article 6 de la Convention peuvent être transposés à l'interprétation de l'article 13 de la Constitution. Si le droit d'accès aux juridictions peut faire l'objet de limitations, celles-ci doivent tendre à un but légitime et présenter un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé. En toute hypothèse, elles ne peuvent être d'une nature telle que ce droit s'en trouverait atteint dans sa substance même. Or, tel serait le cas si le Conseil d'État devait se voir privé de la possibilité de statuer sur les recours dont il est saisi à l'expiration du délai d'un an, puisqu'il est le seul juge susceptible de connaître des recours en annulation contre des nominations. Les parties ainsi privées de la décision de justice indépendante et impartiale à laquelle elles ont droit pourraient ainsi voir persister à leur égard une situation illégale, voire attentatoire à leurs droits fondamentaux, ce qui pourrait constituer en outre une violation de l'article 13 de la C.E.D.H. La fiction proposée n'est à cet égard pas compatible avec l'exigence d'effectivité qui s'attache aux garanties portées par les articles 6 et 13 de la Convention. De manière plus fondamentale encore, il relève de l'intérêt général qu'une décision de justice

(159) Tel est le cas notamment des contentieux pour lesquels l'autorité ne disposerait d'aucun pouvoir discrétionnaire, des nominations concernant des personnes ayant déjà la qualité de fonctionnaire, comme par exemple à des emplois de promotion, ainsi que des actes de nomination publique à des fonctions relevant de professions indépendantes (notaires, huissiers de justice, avocats à la Cour de cassation, etc.), qui impliquent des intérêts à caractère privé, conditionnant l'accès à ces professions.

puisse intervenir sur les questions liées aux actes de nomination émanant de l'autorité publique (160).

107. — Délai de recours. — Les recours auprès du nouveau «Raad voor vergunningsbetwistingen», créé par la Région flamande en matière d'urbanisme, doivent être introduits dans un délai de vingt jours calendrier. Ce délai relativement court est-il bien justifié et ne privilégie-t-il pas la sécurité juridique au détriment d'une protection juridictionnelle effective ? Dans la mesure où il doit permettre aux intéressés de prendre connaissance de l'affichage du permis, d'examiner la décision, de rédiger un recours et éventuellement de bénéficier d'une assistance juridique, ce délai de vingt jours paraît particulièrement court (161).

108. — Amendes administratives à caractère pénal. — La question se pose de savoir si une amende administrative présente un caractère pénal au sens de l'article 6 de la C.E.D.H. dans la mesure où elle est limitée à un maximum qui sera toujours inférieur au niveau de l'amende pénale également prévue à l'égard de la même infraction. Sans doute peut-on admettre que, lorsqu'elle est destinée à s'appliquer à une catégorie déterminée de personnes qui ont un lien particulier avec les autorités chargées de l'application de l'accord de coopération — comme tel est le cas des organismes agréés en vertu de celui-ci — et qu'en outre elle est d'un montant réduit, l'amende ne présente pas un caractère pénal. Toutefois, dans d'autres hypothèses, notamment quand elle s'applique aux responsables d'emballages en général, et qu'il est difficilement contestable qu'elle poursuit un but tant répressif que préventif, elle doit être considérée, quel qu'en soit le montant, comme ayant un caractère pénal (162).

Il convient de tenir compte de l'évolution récente de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (163) qui tend à considérer que certaines affaires recevant la qualification de pénales au sens de l'article 6 précité peuvent ne pas «fai[re] [...] partie du noyau dur du droit pénal, les garanties offertes par le volet pénal de l'article 6 ne d[evant] pas nécessairement s'appliquer [en conséquence] dans toute leur rigueur» (164).

Cela étant, lorsqu'un comportement peut faire l'objet, tantôt d'une amende administrative, tantôt d'une sanction prononcée par une juridiction pénale, et que n'est pas exclue l'application de l'article 85 du Code pénal pour l'application de cette seconde sanction, il résulte du principe constitutionnel de l'égalité devant la loi que le juge saisi d'un recours contre la décision relative à l'amende administrative doit, en principe, pou-

(160) Avis 44.382/AG du 20 mai 2008 cité à la note 158.

(161) Avis 44.837/1/AV du 23 septembre 2008 cité à la note 141.

(162) Avis 44.947/VR/V, 44.948/VR/V, 44.949/VR/V du 19 août 2008 cités à la note 33.

(163) Cour eur. dr. h., Gde Ch., *Jussila c. Finlande*, 23 novembre 2006, §43.

(164) Avis 44.947/VR/V, 44.948/VR/V, 44.949/VR/V du 19 août 2008 cités à la note 33.

voir réduire celle-ci au-dessous du minimum légal s'il existe des circonstances atténuantes. D'autre part, dès lors qu'est adopté un dispositif à caractère pénal avec cette conséquence que le sursis à l'exécution des peines peut être appliqué aux personnes poursuivies devant les juridictions pénales, il n'est pas compatible avec le principe constitutionnel de l'égalité devant la loi qu'une mesure identique ne puisse être appliquée aux personnes qui exercent un recours juridictionnel contre la décision relative à une amende administrative (165).

Si, selon la jurisprudence actuelle de la Cour européenne des droits de l'homme, il ne paraît plus s'imposer que, pour l'ensemble des accusations pénales au sens de l'article 6 de la Convention européenne, le recours judiciaire requis revête un caractère suspensif de plein droit, il n'en reste pas moins que les États ne peuvent recourir à une exécution provisoire d'une mesure à caractère répressif pendant la durée de la procédure judiciaire subséquente «que dans de limites raisonnables ménageant un juste équilibre entre les intérêts en jeu». L'on peut par exemple prévoir un mécanisme par lequel le Tribunal de première instance serait habilité à suspendre l'exécution de la décision d'imposer une amende, faisant l'objet du recours, si cette exécution peut entraîner des conséquences graves pour la personne concernée (166).

109. — *Juge impartial.* — Dès le moment où il statue sur un différend, un juge impartial ne peut avoir pris connaissance de ce différend en une autre qualité. Un «adviser van de Raad voor vergunningsbetwistingen», qui doit être considéré comme une sorte de référendaire, ne doit certes pas être mis sur le même plan qu'un juge du même Conseil mais, en tant collaborateur de ce Conseil, il a incontestablement un rôle important. Pour ce motif, le recrutement des «advisers» au sein de l'administration flamande de l'urbanisme est problématique, parce qu'il porte indirectement atteinte à l'impartialité du Conseil (167).

110. — *Procès équitable.* — Peut s'exposer à critique, notamment au regard du droit à un procès équitable, une disposition chargeant exclusivement une commission consultative, composée de représentants du monde scientifique, médical et sportif et d'institutions et organes divers compétents dans les matières sportives et de santé, de transmettre au Gouvernement ce qu'elle estime être «la liste» des organisations «qui violent» des dispositions déterminées, dont la méconnaissance est érigée en infraction pénale (168).

(165) Avis 44.947/VR/V, 44.948/VR/V, 44.949/VR/V du 19 août 2008 cités à la note 33.

(166) Avis 44.947/VR/V, 44.948/VR/V, 44.949/VR/V du 19 août 2008 cités à la note 33.

(167) Avis 44.837/1/AV du 23 septembre 2008 cité à la note 141.

(168) Avis 44.923/2/V du 12 août 2008 cité à la note 28.

111. — *Contradictoire.* — Le principe du contradictoire, inhérent au droit à un procès équitable, exige, en principe, que chaque partie à un procès portant sur un droit civil au sens de l'article 6 de la C.E.D.H. ou accusée en matière pénale ait la possibilité de prendre position sur toute pièce ou document invoqué à son encontre. La jurisprudence admet, néanmoins, la nécessité de dissimuler certains éléments à une partie, afin de protéger un autre intérêt prépondérant. Ainsi, il est, notamment, justifié de préserver les secrets d'affaires. Il existe ainsi un conflit entre la préoccupation légitime de celui qui se prévaut de la confidentialité de certaines données et le souci, tout aussi légitime, de la partie à qui elle est opposée de disposer des informations nécessaires aux fins d'être pleinement en mesure de faire valoir ses droits et d'exposer sa thèse devant le juge. L'importance respective des intérêts en jeu est telle que la résolution de ce conflit doit passer par la recherche d'un équilibre. Aussi le refus de communiquer certains éléments de preuve à une autre partie doit être soumis au contrôle du juge, afin qu'il puisse apprécier si leur caractère secret est justifié (169).

C. — *Séparation des pouvoirs*

112. — *Indépendance du Ministère public.* — Il ne peut être admis qu'en présence d'une infraction, l'agent verbalisateur «décide si d'après lui, le fait est suffisamment sérieux pour justifier une poursuite pénale», étant entendu que, si c'est le cas, il transmet le procès-verbal au procureur du Roi, alors que dans le cas contraire, il envoie le procès-verbal à l'autorité chargée de prononcer une amende administrative.

Ce système revient à priver le ministère public de son pouvoir d'apprécier s'il y a lieu ou non d'exercer l'action publique, et à méconnaître ainsi l'article 151, §1^{er}, seconde phrase, de la Constitution, qui consacre le principe de l'indépendance du ministère public dans l'exercice des recherches et poursuites individuelles. Il pourrait, en revanche, être envisagé de prévoir un mécanisme de communication au procureur du Roi des décisions par lesquelles l'agent verbalisateur estime que le fait n'est pas suffisamment sérieux pour justifier une poursuite pénale, ceci afin de permettre ainsi au parquet de s'y opposer dans un délai à déterminer, d'exercer d'éventuelles poursuites ou de faire usage des pouvoirs que les articles 216bis et 216ter du Code d'instruction criminelle attribuent au ministère public (170).

113. — *Responsabilité pénale des personnes morales de droit public.* — Il est proposé de lever l'immunité pénale dont jouissent les personnes morales de droit public. A la faveur d'un amendement, il est toutefois envisagé de maintenir le régime de l'immunité pour celles des personnes

(169) Avis 44.568/2 du 11 juin 2008 cité à la note 34.

(170) Avis 44.947/VR/V, 44.948/VR/V, 44.949/VR/V du 19 août 2008 cités à la note 33.

morales de droit public qui disposent d'une parcelle du pouvoir législatif dans la Belgique fédérale (171). Il en résulte, par l'effet de l'article 5, alinéa 2 du Code pénal (172), qu'à la différence des personnes physiques participant aux organes des personnes morales de droit public tombant dans le régime de droit commun de la responsabilité pénale des personnes morales, les personnes physiques participant aux organes des personnes morales de droit public mentionnées dans l'amendement seront davantage exposées à des poursuites pénales (173). Cette différence de traitement doit être justifiée.

L'affirmation du caractère «difficilement conciliable avec la démocratie» et de la «contradiction avec la séparation des pouvoirs» d'un système par lequel de telles personnes morales seraient soumises à un contrôle du juge pénal, ne tient pas compte de l'évolution constitutionnelle, législative et jurisprudentielle qui, spécialement depuis l'arrêt «*La Flandria*» de la Cour de cassation du 5 novembre 1920, consacre une conception de la séparation des pouvoirs conçue non comme un système de cloisonnement entre ceux-ci mais plutôt comme organisant un équilibre entre les pouvoirs et un contrôle mutuel fondé sur leur autonomie. La justification déduite de l'existence de mécanismes de contrôle politique au sein des personnes morales de droit public concernées perd de sa pertinence dès lors que les personnes morales de droit public énumérées ne sont pas les seules dont les autorités exécutives peuvent voir leur responsabilité politique mise en cause par une assemblée démocratiquement élue. La justification selon laquelle le contrôle parlementaire serait entravé par «l'approche pénale» «puisqu'il faudrait attendre la fin du procès pénal avant de pouvoir se justifier devant le parlement», n'emporte pas non plus la conviction. Le Conseil d'État n'aperçoit en effet pas en quoi, dans le respect de la présomption d'innocence et du secret de l'information et de l'instruction pénales, l'existence de poursuites pénales ferait obstacle au contrôle démocratique exercé par les élus sur les titulaires du pouvoir exécutif. La justification selon laquelle la responsabilité pénale des personnes morales concernées serait incohérente avec le lien unissant le Ministre de la Justice et le ministère public et l'affirmation selon laquelle «[l']identité de la personne exerçant les poursuites et de

(171) A savoir «l'État fédéral, les communautés, les régions, la Commission communautaire commune pour les compétences visées à l'article 135 de la Constitution et la Commission communautaire française pour les compétences visées à l'article 138 de la Constitution».

(172) Cet alinéa dispose : «[l]orsque la responsabilité de la personne morale est engagée exclusivement en raison de l'intervention d'une personne physique identifiée, seule la personne qui a commis la faute la plus grave peut être condamnée».

(173) En effet, en cas de faute commise ni sciemment ni volontairement par la personne physique agissant comme organe d'une personne morale pénalement responsable, la responsabilité pénale de la personne physique est éludée au profit de celle de la personne morale, tandis que, lorsqu'une personne physique participant à l'organe d'une personne morale de droit public bénéficiant du régime d'immunité commet une infraction pénale, les poursuites peuvent être diligentées à l'égard de cette personne physique et elles le sont alors exclusivement.

celle qui fait l'objet des poursuites se fondrait alors dans une seule entité» ne tiennent pas compte du statut d'indépendance du ministère public consacré par l'article 151, §1^{er}, deuxième phrase, de la Constitution. En outre, ces considérations ne valent que pour l'autorité fédérale, et non pour les entités fédérées également mentionnées dans l'amendement (174).

114. — *Indépendance des juges.* — La nomination d'un magistrat de l'auditorat du travail ou de l'auditorat général du travail à la fonction de membre du Bureau fédéral d'orientation doit être considérée comme une délégation au sens de l'article 327 du Code judiciaire. À cet égard, il faut noter que le statut des magistrats chargés d'une mission est réglé par le Code judiciaire lui-même, plus précisément par son article 323*bis*, §1^{er}. Il n'appartient pas au Roi de réglementer le statut des magistrats concernés, même dans l'hypothèse où il se bornerait à confirmer les règles en vigueur en la matière (175).

115. — *Indépendance des membres du Conseil supérieur de la justice.* — Le Conseil supérieur de la Justice est une autorité publique créée par l'article 151 de la Constitution qui détermine les principes essentiels de son organisation et qui en définit les missions. Dans l'exercice de ses compétences, le Conseil respecte l'indépendance du pouvoir judiciaire et ses membres doivent eux-mêmes être indépendants dans l'exercice de leurs missions. Cette indépendance doit donc être garantie par le statut des membres du Conseil, qu'ils soient ou non magistrats.

Le statut des quarante-quatre membres est fixé, pour partie, dans la Constitution et, pour partie, dans la loi. La situation des quatre membres du Bureau est plus spécialement réglée par les articles 259*bis*-4 et 259*bis*-21 du Code judiciaire. Il en résulte que, si des difficultés apparaissent en raison du caractère incomplet du statut des membres du Bureau, c'est bien au législateur qu'il appartient d'intervenir pour y remédier, en prenant en considération tant la nature spécifique du Conseil que la position juridique qui était celle des quatre membres, singulièrement en ce qui concerne ceux d'entre eux qui ont et qui conservent la qualité de magistrat durant l'exercice de leur mandat. Il s'ensuit que toute disposition adoptée en la matière doit être rédigée de manière claire et précise, doit régler dans son ensemble la question de droit qu'elle entend résoudre et doit également assurer la cohérence avec les dispositions qui étaient, restent ou seront à nouveau

(174) Avis 45.442/2 du 3 décembre 2008 sur l'amendement n° 2 à la proposition de loi «modifiant le Code pénal en ce qui concerne la responsabilité pénale des personnes morales de droit public», *Doc. parl.*, Chambre, 2007-2008, n° 1146/7.

(175) Avis 44.699/1 du 24 juin 2008 sur un projet d'arrêté royal «déterminant le nombre de membres du Bureau fédéral d'orientation institué par la loi-programme I du 27 décembre 2006 et fixant le statut administratif et pécuniaire de certains de ses membres ainsi que des membres du secrétariat».

applicables à chacun des membres du Bureau à l'issue de son mandat et ce, en fonction de la situation juridique d'origine qui était celle de chacun de ces membres au début de son mandat de membre du Bureau (176).

La possibilité pour les membres du Bureau d'être chargés, au terme de leur mandat et à leur demande, d'une mission par un organe du pouvoir législatif, du pouvoir exécutif ou du pouvoir judiciaire ne se concilie pas avec l'indépendance nécessaire des membres du Bureau. Il ne convient pas que l'attitude des membres du Bureau soit guidée — ou soit soupçonnée d'être guidée — par l'espoir d'être chargés, en fin de mandat, d'une mission avantageusement rémunérée. Si, en outre, une telle mission était accordée par le pouvoir exécutif à un magistrat du siège, elle violerait l'article 155 de la Constitution (177).

V. — LES POUVOIRS LOCAUX

116. — En application de l'article 6, § 1^{er}, VIII, 1^o, de la loi spéciale du 8 août 1980, telle que modifiée par la loi spéciale du 13 juillet 2001, les gouverneurs (de province) sont nommés et révoqués par le Gouvernement, sur avis conforme du Conseil des ministres fédéral. Cette disposition établit une règle de répartition des compétences entre l'autorité fédérale et les régions. Elle ne contient par contre aucune habilitation expresse au Gouvernement régional pour fixer le statut des gouverneurs de province. L'analogie avec l'article 107, alinéa 2, de la Constitution, qui, en conférant au Roi le pouvoir de nommer les agents de l'État, Lui attribue également le pouvoir de fixer leur statut administratif et pécuniaire n'est pas pertinente. En effet, cette interprétation contreviendrait à l'article 6, § 1^{er}, VIII, 1^o, de la loi spéciale du 8 août 1980 car elle impliquerait que le statut administratif et pécuniaire des gouverneurs de province ne pourrait être fixé que «sur avis conforme du Conseil des ministres fédéral» alors que la Région est, en principe, seule compétente en matière de législation organique des pouvoirs locaux. En vertu de l'article 162, alinéa 1^{er}, de la Constitution, il revient au pouvoir législatif de régler les institutions provinciales. Une disposition décrétale qui confère au Gouvernement le pouvoir de nommer et de révoquer les gouverneurs de province n'autorise donc pas le Gouvernement, sans habilitation expresse en ce sens, à fixer leur statut administratif et pécuniaire (178).

(176) Avis 44.933/2/V du 13 août 2008 une proposition de loi «modifiant le Code judiciaire, en ce qui concerne le statut juridique des membres du Bureau du Conseil supérieur de la Justice», *Doc. parl.*, Chambre, 2007-2008, n° 1093/3.

(177) *Ibidem*.

(178) Avis 44.148/4 du 17 mars 2008 sur un projet d'arrêté du Gouvernement wallon «fixant le statut des gouverneurs de province».

117. — Ni les articles L 1123-6 et L 1123-13 du Code de la démocratie locale et de la décentralisation ni l'article 20 de la loi spéciale du 8 août 1980 n'habilitent le Gouvernement à déterminer la procédure disciplinaire à suivre à l'égard des bourgmestres et échevins. Le seul pouvoir que confèrent au Gouvernement ces articles est celui de suspendre ou révoquer le bourgmestre ou un échevin par un ou des arrêtés de portée individuelle, étant entendu qu'il y a lieu pour le Gouvernement et son délégué de respecter les principes généraux du droit applicables en matière disciplinaire (179).

118. — Si le président du C.P.A.S. peut le cas échéant, en raison de cette qualité, être membre du collège communal, il n'a pas pour autant la qualité d'échevin. Or, l'assurance visée à l'article L 1241-3 du Code de la démocratie locale et de la décentralisation ne concerne expressément que le bourgmestre et le ou les échevins, et non les membres du collège communal dans leur ensemble. Il s'ensuit que le Gouvernement ne peut étendre le bénéfice de cette assurance aux présidents de C.P.A.S. qui, en raison de cette seule qualité, sont membres du collège communal (180).

119. — Le législateur qui décide de la création et de l'organisation d'une institution qui n'est pas un organe simplement consultatif mais une émanation de pouvoirs locaux, titulaire d'un véritable pouvoir de décision, est tenu de se conformer à l'article 162 de la Constitution, notamment son alinéa 2, 4°, qui impose au législateur de prévoir et d'organiser à l'égard des pouvoirs locaux l'intervention d'une autorité de tutelle pour empêcher que la loi soit violée ou l'intérêt général blessé.

À ce propos toutefois, deux hypothèses doivent être envisagées :

- soit l'association sans but lucratif sous la forme de laquelle est créée l'institution compte parmi ses membres une ou plusieurs communes : dans ce cas, cette association se constituera en principe en intercommunale adoptant la forme de l'association sans but lucratif ; ce sont dès lors les dispositions du Code de la démocratie locale et de la décentralisation qui auront vocation à s'appliquer, notamment en ce qui concerne le contrôle exercé sur ladite intercommunale, et le texte en projet n'a pas à organiser de contrôle de tutelle pour cette hypothèse ;
- soit l'association sans but lucratif sous la forme de laquelle est créée l'institution ne compte pas de commune parmi ses membres : dans ce cas, il appartient au législateur d'organiser le contrôle de tutelle requis par l'article 162 de la Constitution (181).

(179) Avis 43.921/4 du 8 janvier 2008 sur un projet d'arrêté du Gouvernement wallon «déterminant la procédure disciplinaire à l'égard des bourgmestres et échevins».

(180) Avis 44.145/4 du 17 mars 2008 sur un projet d'arrêté du Gouvernement wallon «relatif à l'assurance responsabilité et protection juridique des bourgmestres, membres des collèges communaux et des membres des collèges provinciaux».

(181) Avis 43.957/4 du 7 avril 2008 cité à la note 24.

120. — Selon l'article 3 de l'ordonnance du 29 juin 2006 relative à l'organisation et au fonctionnement du culte islamique, la communauté islamique est un organisme public doté de la personnalité juridique qui a son siège sur le territoire de la commune où se situe le lieu de culte. Il s'agit, dès lors, d'une institution communale au sens de l'article 162 de la Constitution, laquelle doit dès lors être réglée par le législateur (régional). À défaut d'une habilitation expresse en ce sens, le Gouvernement n'est, en conséquence, pas compétent pour fixer d'autres règles que celles concernant les modèles du budget et des comptes (182).

121. — Les communes sont des organes décentralisés auxquels une Communauté peut faire appel pour mener à bien ses politiques. Elle peut leur imposer certaines tâches en application de l'article 6, §1^{er}, VIII, dernier alinéa, de la loi spéciale du 8 août 1980, qui habilite les Communautés à charger les communes, notamment, de l'exécution des décrets et arrêtés, «et d'autres missions, en ce compris donner un avis, ainsi que d'inscrire au budget toutes les dépenses qu'elles imposent à ces autorités». Elle peut également inviter les communes à participer, sur une base volontaire, à la mise en oeuvre de sa politique. Elle peut pour ce faire subventionner les communes participantes, pour autant que celles-ci satisfassent aux conditions qu'elle énonce. Il convient toutefois que le décret définisse avec précision le rôle qu'il entend faire jouer aux communes, notamment en évitant de dénaturer les concepts auxquels il recourt. Il ne peut ainsi, au titre de condition de subvention, requérir d'une commune qu'elle conclue une convention puis charger le Gouvernement d'arrêter le contenu et les modalités d'application de cette convention. De même, il ne peut, toujours au titre de condition de subvention, exiger qu'un plan d'action annuel soit présenté, débattu et approuvé par une commission communale puis prévoir que les «items contenus dans le plan d'action annuel» sont arrêtés par le Gouvernement (183).

122. — Seul le législateur régional est compétent pour régler les conditions et modalités de coopération entre les provinces ou les communes lorsque cette coopération concerne des questions d'intérêt provincial ou communal. Toutefois, si cette coopération se situe dans le contexte de l'exercice des fonctions confiées à des communes ou des provinces par l'Etat fédéral ou une Communauté, il appartient au législateur fédéral ou communautaire de régler cette coopération (184).

(182) Avis 44.212/2 du 17 mars 2008 sur un projet d'arrêté du Gouvernement de la Région Bruxelles-Capitale «établissant les modèles de budget et de compte à utiliser par les comités islamiques et portant règlement de la comptabilité des communautés islamiques de la Région de Bruxelles-Capitale».

(183) Avis 45.032/2/V du 8 septembre 2008 cité à la note 124.

(184) Avis 44.661/1 du 19 juin 2008 sur un avant-projet de décret «betreffende de organisatie en erkenning van toeristische samenwerkingsverbanden».

VI. — LES FINANCES PUBLIQUES

A. — *La fiscalité*1. *Généralités*

123. — *Impôt.* — Un prélèvement imposé d'autorité en vue de couvrir des dépenses publiques, qui ne constitue pas la rémunération pécuniaire d'un service rendu au redevable individuellement et proportionnée à ce service, doit être qualifié d'impôt (185).

La circonstance qu'un prélèvement, répondant aux caractéristiques ainsi précisées, soit destiné à couvrir des dépenses spécifiques ne lui fait pas perdre cette qualification. Ainsi, doit être qualifiée d'impôt, l'obligation, pour les exploitants nucléaires et les sociétés qui ont une quote-part dans la production industrielle d'électricité par fission de combustibles nucléaires, d'acquitter une somme de 250 millions d'euros à la Société belge des combustibles nucléaires Synatom, au prorata de leur quote-part dans la production industrielle d'électricité par fission de combustibles nucléaires — cette somme étant transférée à l'Etat par la société Synatom. Peu importe que cette contribution doive servir à «financer notamment des investissements et dépenses dans le domaine énergétique» (186).

124. — *Principe de légalité.* — L'impôt doit être établi dans le respect du principe de légalité, consacré aux articles 170 et 172 de la Constitution. Pour qu'il y soit satisfait, le législateur doit fixer lui-même tous les éléments essentiels permettant de déterminer la dette d'impôt, tels que les catégories de contribuables, l'assiette de l'impôt, le taux d'imposition ou le tarif, et les exemptions ou modérations éventuelles. Une délégation de pouvoir au Roi portant sur la détermination d'un ou de plusieurs de ces éléments est, en principe, inconstitutionnelle (187). Dans la mesure où le montant de l'impôt mis à charge de chaque exploitant nucléaire ou producteur d'électricité d'origine nucléaire ne peut être préalablement déterminé, il

(185) Voy. not. avis 44.687 du 24 juillet 2008 sur un avant-projet de décret «relatif aux agences de voyages».

(186) Avis 45.306/4 du 15 octobre 2008 sur un avant-projet de loi «modifiant la loi du 11 avril 2003 sur les provisions constituées pour le démantèlement des centrales nucléaires et pour la gestion des matières fissiles irradiées dans ces centrales et visant à une amélioration des compétences de la Commission de Régularisation de l'Électricité et du Gaz en matière de collecte d'informations». Voy. égal. avis 45.443/1/2/3/4 des 13 et 17 novembre 2008 cité à la note 2; avis 45.314/1/3 du 16 octobre 2008 sur un avant-projet de décret «houdende bepalingen tot begeleiding van de begroting 2009», *Doc. Vl. P.*, 2008-2009, n° 1894/1.

(187) Avis 45.443/1/2/3/4 des 13 et 17 novembre 2008 cité à la note 2. Voy. égal. avis 45.314/1/3 du 16 octobre 2008 cité à la note 186; avis 44.416/3 du 6 mai 2008 sur un avant-projet de décret «houdende de vergoeding, verschuldigd door de gebruikers van het verkeersbegeleidingssysteem voor vaartuigen», *Doc. Vl. P.*, 2008-2009, n° 1886; avis 44.687 du 24 juillet 2008 cité à la note 185.

incombe au législateur de définir la base sur laquelle sera définie la «quote-part dans la production industrielle d'électricité par fission de combustibles nucléaires» de chacun (188).

Les *exonérations fiscales* constituent un élément essentiel de l'impôt, au même titre que les autres. Par conséquent, seul le législateur peut définir les conditions d'application et l'étendue des exonérations accordées à des institutions internationales. Une délégation de compétence au Gouvernement — et *a fortiori* à un ministre — est en principe contraire aux articles 170 et 172 de la Constitution (189).

Le principe de légalité connaît toutefois certains *tempéraments*. Une délégation au pouvoir exécutif peut tout d'abord être justifiée par la circonstance que la portée véritable d'une telle habilitation est limitée, par exemple parce qu'elle permet seulement de transposer dans le droit interne des obligations qui ne font que découler du droit international (190). Par ailleurs, lorsque le législateur se trouve dans l'impossibilité d'établir lui-même tous les éléments essentiels d'une réglementation, parce que le respect de la procédure parlementaire ne lui permettrait pas d'agir avec la promptitude voulue pour réaliser un objectif d'intérêt général, il peut être admis qu'il habilite le Roi à le faire, pourvu qu'il détermine explicitement et sans équivoque l'objet de cette délégation et que les mesures prises par le Roi soient examinées par le pouvoir législatif dans un délai relativement court, fixé dans la loi d'habilitation (191). A défaut d'exposer les motifs justifiant que le législateur ne puisse établir lui-même tous les éléments essentiels de l'impôt, l'habilitation, même assortie d'une obligation de confirmation par le législateur, n'est pas admissible au regard des articles 170 et 172 de la Constitution (192).

La section de législation précise le plus souvent que, si les mesures ne sont pas confirmées par le législateur dans le délai requis, elles doivent être réputées n'avoir jamais produit leurs effets (193). Dans un avis, toutefois, elle observe qu'il n'est pas certain que l'exigence de la Cour constitution-

(188) Avis 45.306/4 du 15 octobre 2008 cité à la note 186.

(189) Avis 44.907/1/V du 24 juillet 2008 sur un avant-projet de décret «houdende instemming met het zetelakkoord tussen het Koninkrijk België en het Internationaal Comité voor Militaire Geneeskunde, ondertekend in Brussel op 2 juni 2008», *Doc. Vl. P.*, 2008-2009, n° 204; avis 44.911/1/V du 24 juillet 2008 sur un avant-projet de décret «houdende instemming met het zetelakkoord tussen het Koninkrijk België en het Internationaal Centrum voor de Ontwikkeling van het Migratiebeleid, ondertekend in Brussel op 21 mei 2008», *Doc. Vl. P.*, 2008-2009, n° 2046/1.

(190) Avis 45.443/1/2/3/4 des 13 et 17 novembre 2008 cité à la note 2. Voy. égal. avis 45.314/1/3 du 16 octobre 2008 cité à la note 186.

(191) Avis 45.443/1/2/3/4 des 13 et 17 novembre 2008 cité à la note 2. Voy. égal. avis 44.249/1/2/3/4 du 13 mars 2008 sur un avant-projet de «loi-programme», *Doc. parl., Chambre*, sess. 2007-2008, n° 1011/1; avis 45.314/1/3 du 16 octobre 2008 cité à la note 186.

(192) Avis 45.443/1/2/3/4 des 13 et 17 novembre 2008 cité à la note 2. Voy. égal. avis 45.314/1/3 du 16 octobre 2008 cité à la note 186.

(193) Avis 44.249/1/2/3/4 du 13 mars 2008 cité à la note 191; avis 44.870/1/V du 24 juillet 2008 cité à la note 83.

nelle selon laquelle en l'absence de confirmation, les arrêtés adoptés doivent être réputés n'avoir jamais produit leurs effets, soit — encore — applicable et, si oui, dans quelle mesure (194).

125. — Le non-respect du principe de légalité induit, de surcroît, une violation du *principe d'égalité* consacré aux articles 10 et 11 de la Constitution, puisqu'il fait naître une discrimination entre deux catégories de contribuables : ceux qui bénéficient de la garantie selon laquelle nul ne peut être soumis à un impôt qui n'a pas été décidé par une assemblée démocratiquement élue et ceux à qui cette garantie constitutionnelle est refusée (195).

126. — Un *prélèvement unique et relativement important*, tel que l'impôt mis à charge des exploitants nucléaires et producteurs d'électricité d'origine nucléaire, doit pouvoir être justifié tant au regard du droit à la protection de la propriété, consacré par l'article 1^{er} du Premier Protocole à la C.E.D.H., qu'à la lumière de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, qui implique que ce prélèvement repose sur une justification raisonnable, ainsi qu'au regard du principe d'égalité et de sécurité juridique. Il convient encore de justifier que seules les personnes visées soient assujetties à ce prélèvement unique et que celui-ci ne constitue pas une charge déraisonnable pour elles (196).

127. — *Redevances.* — Une redevance est la rémunération pécuniaire d'un service accompli en faveur du redevable, considéré en tant qu'individu, qui est proportionnée à ce service. Un prélèvement qui ne répond pas à cette définition doit être regardé comme un impôt (197).

Ainsi, la redevance régionale de stationnement ne peut être qualifiée comme telle, que si elle consiste bien en une indemnisation pour un service accompli par l'autorité au bénéfice du redevable considéré isolément et qui présente un rapport raisonnable entre le coût ou la valeur du service fourni et le montant dû par le contribuable. À ce sujet, suscite des questions le fait que le montant de la redevance forfaitaire de stationnement, en cas de non-paiement de la redevance normalement due ou en cas de non-respect de la durée de stationnement autorisée ou correspondant au montant de la redevance payée, est le même, soit 40,00 euros, quelle que soit la zone, rouge ou verte, concernée, et ce, alors même que les différents taux de la redevance due en fonction de la durée de stationnement varient selon la zone concernée. À défaut de pouvoir dûment justifier ce montant unique de redevance forfaitaire, il n'est pas exclu que ce montant puisse être consi-

(194) Avis 45.443/1/2/3/4 des 13 et 17 novembre 2008 cité à la note 2.

(195) Avis 44.416/3 du 6 mai 2008 cité à la note 187.

(196) Avis 45.306/4 du 15 octobre 2008 cité à la note 186.

(197) Avis 45.443/1/2/3/4 des 13 et 17 novembre 2008 cité à la note 2.

déré comme ne constituant plus une redevance dans la mesure où il se rapporte à une zone verte (198).

128. — Les redevances sont soumises à un *principe de légalité «assoupli»* : en application de l'article 173 de la Constitution, le législateur doit fixer les cas dans lesquels la perception est due et qui en est redevable. Les autres éléments constitutifs de la redevance peuvent être définis par le pouvoir exécutif (199).

A défaut d'habilitation légale expresse, un projet d'arrêté prévoyant l'instauration d'une redevance est contraire à l'article 173 de la Constitution (200). L'habilitation doit être suffisamment précise. L'habilitation faite au Roi d'imposer une rétribution aux banques de matériel humain, aux structures intermédiaires et aux établissements de production, «pour chaque intervention qui accompagne l'agrément ou le contrôle», est formulée d'une manière trop peu précise quant aux cas ou interventions dans ou pour lesquels la rétribution est due (201).

En pratique, il advient fréquemment que la section de législation soit dans l'impossibilité de contrôler si la qualification de redevance, donnée par l'auteur du projet ou de la proposition qui lui est soumis, est admissible. Ainsi, par exemple, à propos de l'habilitation faite au Roi d'imposer une redevance, dont Il détermine le montant et les modalités de perception, pour la dissémination volontaire, la mise sur le marché, la traçabilité, l'étiquetage et les mouvements transfrontières d'organismes génétiquement modifiés ou de produits en contenant, il n'est pas possible de déterminer d'emblée en quoi pourrait consister le service fourni en faveur du redevable considéré individuellement. En l'occurrence, la section de législation est plutôt encline à considérer la redevance mentionnée dans le texte proposé comme un impôt, sauf, pour les auteurs du projet, à démontrer l'existence d'un rapport raisonnable entre le service fourni au redevable et la redevance exigée (202). De même, dès lors que le montant de la rétribution que le Roi peut imposer aux banques de matériel humain, aux structures intermédiaires et aux établissements de production, reste encore à préciser, le Conseil d'État n'est pas en mesure de se prononcer sur le point de savoir si elle constitue réellement la contrepartie pécuniaire d'un service fourni par l'autorité. Dans ce cas, la section de législation précise que, dans l'hypo-

(198) Avis 44.315/4 du 5 mai 2008 cité à la note 135.

(199) Avis 44.249/1/2/3/4 du 13 mars 2008 cité à la note 191; avis 45.443/1/2/3/4 des 13 et 17 novembre 2008 cité à la note 2.

(200) Avis 44.704/3 du 24 juin 2008 sur un projet d'arrêté du Gouvernement flamand «betreffende de voorwaarden en procedure voor het verkrijgen van een vergunning voor het aanbieden van een radio- en televisieomroepnetwerk en de bijbehorende zendvergunningen». Voy. égal. avis 44.928/1/V du 12 août 2008 sur un projet d'arrêté royal «modifiant l'arrêté royal du 7 décembre 2001 fixant la liste des animaux qui peuvent être détenus».

(201) Avis 44.450/3 du 13 mai 2008 cité à la note 28.

(202) Avis 44.249/1/2/3/4 du 13 mars 2008 cité à la note 191. Voy. égal. avis 45.443/1/2/3/4 des 13 et 17 novembre 2008 cité à la note 2.

thèse où on ne pourrait démontrer l'existence d'un rapport raisonnable entre le service fourni au redevable et la redevance exigée, et qu'il s'agirait en réalité d'un impôt, c'est au législateur lui-même qu'il appartiendrait d'en fixer tous les éléments essentiels (203).

2. La fiscalité fédérale et fédérée

129. — En vertu de l'article 170, §2, de la Constitution, les Communautés et les Régions disposent d'une compétence fiscale propre, sauf dans les cas où la loi prévoit des *exceptions dont la nécessité est démontrée*. Sur la base de cette disposition, le législateur fédéral peut non seulement soustraire des matières déterminées à la fiscalité propre des communautés et des régions, mais il peut également prévoir que cette fiscalité ne s'applique pas à certaines catégories de contribuables. De surcroît, le législateur peut aussi bien interdire *a priori* l'établissement d'un impôt que prévoir des exceptions à des impôts déjà existants.

L'article 26 de la loi du 22 décembre 1986 relative aux intercommunales prévoit que les intercommunales sont exonérées des impôts fédéraux, locaux, communautaires et régionaux. Cet article est fondé sur la compétence du législateur fédéral. Le législateur régional flamand n'est, par conséquent, pas compétent pour écarter l'exonération dont jouissent les intercommunales et les soumettre à un impôt (204).

130. — Sur la base des compétences qu'il exerce en matière fiscale, l'État fédéral peut déterminer quelles dépenses effectuées par un contribuable sont susceptibles de bénéficier d'une *réduction* à l'impôt des personnes physiques. Toutefois, lorsque le législateur fédéral entend octroyer un avantage fiscal pour des dépenses qui ont été effectuées dans une matière qui relève des compétences communautaires ou régionales, il doit, conformément au principe de proportionnalité dans l'exercice des compétences, veiller à ce que les conditions mises à l'octroi de l'avantage fiscal ne soient pas de nature à rendre impossible ou exagérément difficile la mise en oeuvre des compétences matérielles des autres autorités.

C'est dans ce cadre que le législateur fédéral a pu prévoir, dans le Code des impôts sur les revenus, une réduction d'impôt en faveur de certaines dépenses consenties par les contribuables en vue d'économiser l'énergie. En revanche, en abrogeant la réduction d'impôt existante et en la transformant en un avantage financier qui est directement octroyé à l'entrepreneur ayant effectué les travaux ou services visés au profit de son client, celle-ci fait perdre sa nature fiscale à la «réduction d'impôt» dont il était question. L'objet véritable de la mesure est donc d'instituer un régime de subvention, sous la forme d'un méca-

(203) Avis 44.450/3 du 13 mai 2008 cité à la note 28.

(204) Avis 44.837/1/AV du 23 septembre 2008 cité à la note 141.

nisme de «réduction sur facture», au profit des personnes physiques qui effectuent des dépenses déterminées ayant comme dénominateur commun de contribuer à la réalisation d'économie d'énergie. La compétence de l'Etat fédéral, pour ce faire, doit être examinée au regard des règles du fédéralisme financier (cfr. *infra*) et non au regard des compétences fiscales (205).

131. — *Rétribution.* Il résulte de l'article 173 de la Constitution que la compétence de prendre des règles relatives à l'établissement de rétributions appartient, selon les hypothèses, au législateur fédéral, régional ou communal. Une rétribution est liée à la compétence matérielle de l'autorité concernée, avec cette conséquence que les régions sont compétentes pour imposer une rétribution, notamment, pour la délivrance d'une autorisation d'usage du domaine public de la voirie terrestre (206).

3. La fiscalité locale

132. — Il résulte de l'article 170, §4, de la Constitution que *la limitation de la compétence fiscale des communes* est une compétence expressément réservée par le Constituant à l'autorité fédérale. Les régions ont seulement la possibilité d'interférer dans l'autonomie fiscale des communes par le biais des compétences implicites, ce qui implique de respecter les conditions déduites de l'article 10 de la loi spéciale du 8 août 1980 (207).

133. — Une Région est matériellement compétente pour adopter une ordonnance visant à mettre en place une politique régionale de stationnement. Toutefois, l'avant-projet excède les compétences de la Région en ce qu'il a pour effet d'interdire aux communes, fût-ce de manière indirecte, de percevoir des taxes de stationnement visées par la loi du 22 février 1965 permettant aux communes d'établir des redevances (et des taxes) de stationnement applicables aux véhicules à moteur (208).

B. — L'organisation budgétaire et financière

1. Budget

134. — L'article 174 de la Constitution consacre le principe de *l'annualité* budgétaire, transposé au niveau des communautés et des régions par l'article 13, §1^{er}, de la loi spéciale du 8 août 1980 et par l'article 50, §1^{er}, de la loi spéciale du 16 janvier 1989. Suivant ces dispositions, les budgets sont votés chaque année par le Parlement et ne valent que pour un an.

(205) Avis 44.050/2 du 20 février 2008 sur une proposition de loi «octroyant une réduction pour les dépenses faites en vue d'économiser l'énergie», *Doc. parl.*, Chambre, 2007-2008, n° 675/2.

(206) Avis 44.315/4 du 5 mai 2008 cité à la note 135.

(207) Avis 44.839/1 du 25 septembre 2008 cité à la note 7.

(208) Avis 44.315/4 du 5 mai 2008 cité à la note 135.

Il ne peut être dérogé à ce principe en déterminant des affectations budgétaires pour plusieurs années à venir et en dépossédant ainsi le législateur budgétaire de ses prérogatives en matière de vote du budget et de contrôle du Gouvernement. Dans son principe même, un plan pluriannuel d'intervention, dans lequel chaque télévision locale reçoit sur la période concernée une subvention identique, ne peut se concilier avec le principe de l'annualité budgétaire (209). De même, ne répondent pas au principe d'annualité des dispositions qui lient le législateur budgétaire pour l'avenir en fixant, dans le Code wallon de la démocratie locale, les montants affectés à différentes dotations à charge du budget des recettes et dépenses de la Région (210).

En vertu du principe d'annualité, on peut tout au plus considérer que les dispositions d'un projet d'arrêté fixant les montants de subventions n'annoncent rien de plus qu'un engagement politique. Elles sont dès lors privées de portée normative et n'ont pas leur place dans un arrêté réglementaire (211).

135. — Le principe de l'annualité budgétaire implique l'approbation annuelle préalable du budget. Dans l'hypothèse où cette approbation ne peut avoir lieu avant le début de l'année budgétaire, l'autorisation de procéder aux dépenses ne pourra résulter que d'une loi ou d'un décret ouvrant des crédits provisoires (212).

136. — Afin de satisfaire aux principes de la *légalité* et de la *spécialité* en matière budgétaire, il appartient au législateur de préciser la nature des dépenses qui pourront être imputées au futur fonds budgétaire relatif au financement des programmes de dépistage des cancers. Compte tenu du caractère dérogatoire du mécanisme des fonds budgétaires, le texte doit faire mention, de manière précise et limitative, des activités qui peuvent être subsidiées (213).

(209) Avis 44.683/4 du 30 juin 2008 sur un projet d'arrêté du Gouvernement de la Communauté française «fixant les critères et modalités d'octroi des subventions d'investissement en équipement aux télévisions locales».

(210) Avis 44.504/4 du 3 juin 2008 cité à la note 129. Voy. égal. Avis 45.012/2/V du 25 août 2008 sur un avant-projet de décret «relatif au programme de financement exceptionnel de projets de rénovation, construction, reconstruction ou extension de bâtiments scolaires via des partenariats public/privé (PPP)», *Doc. P.C.F.*, 2008-2009, n° 596/1.

(211) Avis 43.995/3 du 22 janvier 2008 sur un projet d'arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale «organisant les agences immobilières sociales».

(212) Avis 44.990/1 du 18 septembre 2009 sur un projet d'arrêté du Gouvernement flamand «betreffende de werking, het beheer en de boekhouding van het Eigen Vermogen van het Vlaams Instituut voor het Onroerend Erfgoed (EV VIOE)»; avis 44.854/1/V du 24 juillet 2008 sur un projet d'arrêté du Gouvernement flamand «betreffende het financiële en materiële beheer van de dienst met afzonderlijk beheer van het fonds inschrijvingsgelden centra voor volwassenenonderwijs».

(213) Avis 45.449/2/4 du 18 novembre 2008 sur un avant-projet de décret-programme «portant diverses mesures concernant la radiodiffusion, la création d'un fonds budgétaire relatif au financement des programmes de dépistage des cancers, les établissements d'enseignement, les internats, les centres psycho-médico-sociaux, et les bâtiments scolaires», *Doc. P.C.F.*, 2008-2009, n° 611/1.

137. — Pour les dérogations au principe de la *non-affectation* des recettes de l'État, qui, du reste, doivent rester limitées, il faut recourir au procédé de la création d'un fonds budgétaire au sens de l'article 45 des lois sur la comptabilité de l'État, coordonnées le 17 juillet 1991. En tout cas, il n'appartient pas au Roi d'affecter les recettes de l'État à la réalisation de certaines dépenses. Tout au plus peut-il être chargé de définir les modalités d'une attribution dont le législateur a déjà fixé le principe (214).

2. Subventions

138. — *Régime organisé par la loi.* — Selon l'article 12 des lois sur la comptabilité de l'État, coordonnées le 17 juillet 1991, les éléments essentiels d'un régime de subventions doivent être fixés par le législateur, soit dans une loi organique soit, à titre d'exception, dans une disposition spéciale du budget général des dépenses (215). L'établissement d'un régime de subventions implique que le législateur définisse lui-même les bénéficiaires, l'objet et les activités ou faits pour lesquels la subvention est octroyée, les éléments essentiels qui déterminent le montant de la subvention, les règles essentielles d'octroi de la subvention et, le cas échéant, l'existence d'un régime d'agrément préalable dans le chef du bénéficiaire (216).

Par conséquent, ne sont pas admissibles, des dispositions relatives à l'octroi des subventions, qui comportent des habilitations au Gouvernement qui, soit sont excessivement larges, soit permettent au Gouvernement de décider au cas par cas d'un élément déterminant pour l'attribution de la subvention (217). Ainsi, le législateur ne peut, après avoir fixé en général les principales règles relatives à l'octroi des subventions, habiliter le Gouvernement à fixer les conditions de réclamation, de contrôle, de réorientation, de suspension et de retrait des aides, sans fixer les principes qu'il devra respecter à ces égards. En raison de leur importance pour les bénéficiaires des aides, il convient que le législateur fixe lui-même les règles essentielles à

(214) Avis 45.443/1/2/3/4 des 13 et 17 novembre 2008 cité à la note 2.

(215) Avis 44.126/2 du 12 mars 2008 sur un avant-projet de décret «relatif au soutien de la recherche, du développement et de l'innovation en Wallonie», *Doc. Parl. w.*, 2007-2008, n° 799/1.

(216) Avis 44.351/1/2/3/4 des 17 et 21 avril 2008 cité à la note 3. Voy. égal. avis 45.058/2/V du 27 août 2008 sur un avant-projet de décret «modifiant le décret de la Communauté française du 29 mars 1993 relatif à l'agrément et au subventionnement des associations de santé intégrée», *Doc. P.w.*, 2008-2009, n° 853/1; avis 45.067/2/V du 27 août 2008 sur un avant-projet de décret «modifiant le décret du 7 novembre 2007 relatif aux subsides pour investissements dans les établissements d'accueil pour personnes âgées», *Doc. P. w.*, 2008-2009, n° 854/1; avis 45.032/2/V du 8 septembre 2008 cité à la note 124; avis 44.570/4 du 11 juin 2008 sur un avant-projet d'ordonnance de la Région de Bruxelles-Capitale «modifiant l'ordonnance du 7 octobre 1993 organique de la revitalisation des quartiers», *Doc. P.R.B.C.*, 2007-2008, n° A-501/1; avis 44.805/1/3 du 15 juillet 2008 cité à la note 83; avis 44.023/1 du 7 février 2008 sur un avant-projet de décret «ter bevordering van duurzame ontwikkeling», *Doc. Vl. parl.*, 2007-2008, n° 1629/1.

(217) Avis 44.570/4 du 11 juin 2008 cité à la note 216.

suivre en ces matières (218). Il n'est pas non plus admissible que le législateur, après avoir établi la base d'un régime organique de subvention dont il détermine quelques caractères essentiels, délègue au ministre la possibilité d'allouer «une subvention particulière (...) pour des projets particuliers». Une telle disposition octroie au Ministre un pouvoir discrétionnaire qui est dépourvu de tout fondement légal (219).

139. — *Caractère unilatéral.* — La section de législation a souvent rappelé que la subvention est un mode d'action unilatérale de l'administration, même si la définition plus complète de son objet ou certaines modalités d'octroi peuvent parfois être précisées dans des actes accessoires en forme synallagmatique. L'impossibilité de fonder un régime de subvention sur une base contractuelle trouve notamment sa raison d'être dans la considération que, entre les allocataires, les règles d'octroi des subventions doivent satisfaire au respect des articles 10 et 11 de la Constitution, ce qui implique que la nature de la subvention et ses conditions d'octroi soient, pour l'essentiel, fixées dans des dispositions de nature législative ou réglementaire ayant une portée générale. À la lecture de telles dispositions, les candidats doivent en effet savoir s'ils répondent aux conditions d'octroi de la subvention et pouvoir raisonnablement en évaluer le montant, notamment en vue de rechercher d'autres sources de financement, au lieu de s'interroger sur les arguments d'une négociation qui pourrait leur valoir un montant lui-même objet de cette négociation (220).

140. — Si l'auteur d'un projet d'arrêté entend se prévaloir d'une disposition «spéciale» qui figurerait non pas dans un texte organique, mais au budget, encore est-il de jurisprudence constante que l'inscription d'une «disposition spéciale» dans le budget général des dépenses ne suffit pas pour procurer un fondement légal à un arrêté dès que les conditions ou modalités d'octroi donnent aux subsides un caractère permanent ou que ceux-ci débordent de l'exercice budgétaire (221).

(218) Avis 44.126/2 du 12 mars 2008 cité à la note 215.

(219) Avis 44.004/4 du 4 février 2008 sur un projet d'arrêté du Gouvernement de la Communauté française «modifiant l'arrêté du Gouvernement de la Communauté française du 7 octobre 2005 relatif à l'adoption».

(220) Avis 45.364/4 du 19 novembre 2008 sur un avant-projet de décret «fixant les conditions d'agrément et organisant les guichets de l'énergie». Voy. égal. avis 44.570/4 du 11 juin 2008 cité à la note 216; avis 45.152/2 du 1^{er} octobre 2008 sur un projet d'arrêté du Gouvernement wallon du 15 juillet 2008 «portant exécution du décret relatif au soutien à la création d'activités au travers des bourses de préactivité et au soutien à l'innovation des entreprises au moyen des bourses innovation»; avis 44.126/2 du 12 mars 2008 cité à la note 215.

(221) Avis 44.896/2/V du 2 septembre 2008 sur un projet d'arrêté du Gouvernement wallon «tendant à prévenir la pollution atmosphérique provoquée par les installations de chauffage central destinées au chauffage d'espaces de vie ou à la production d'eau chaude sanitaire et à réduire leur consommation énergétique».

141. — *Le principe d'égalité et non discrimination* doit bien évidemment être respecté dans l'octroi de subventions. L'octroi de subsides à l'Union bouddhique belge doit pouvoir se justifier au regard de la différence de traitement entre le régime envisagé et celui qui est organisé pour les cultes reconnus et pour les organisations reconnues par la loi qui offrent une assistance morale selon une conception philosophique non confessionnelle (222). Lorsqu'il est prévu de subventionner un seul organisme, le principe d'égalité requiert que cet organisme soit sélectionné sur la base de critères objectifs et au terme d'une comparaison des différentes candidatures. Ces éléments doivent également être définis par le législateur (223).

3. *Comptabilité publique*

142. — *Contrôle de l'octroi des subventions.* — Le régime de contrôle des subventions est fixé par les articles 55 à 58 des lois coordonnées sur la comptabilité de l'État, qui sont applicables aux collectivités fédérées en vertu de l'article 71, §1^{er}, de la loi spéciale du 16 janvier 1989 (224).

Conformément à l'article 57 de ces lois coordonnées, l'allocataire d'une subvention qui n'en respecte pas les conditions d'octroi, n'utilise pas la subvention aux fins pour lesquelles elle est accordée, fait obstacle au contrôle de l'emploi des fonds attribués ou est en défaut de fournir les justifications requises, est tenu de rembourser le montant de la subvention (225). Les sanctions prévues pour une subvention particulière ne peuvent être moins sévères que celles définies à cet article 57 (226). Ainsi, des dispositions, selon lesquelles le paiement de subsides s'opère par le biais d'un acompte et d'un solde versé après que l'administration ait constaté que les conditions du subside ont été respectées et que le subside a été utilisé aux fins pour lesquelles il avait été accordé, ne peuvent être interprétées comme

(222) Avis 44.351/1/2/3/4 des 17 et 21 avril 2008 cité à la note 3. Voy. égal. avis 44.730/4 du 9 juillet 2008 sur un avant-projet de décret «déterminant les conditions de subventionnement de l'emploi dans les secteurs socioculturels de la Communauté française», *Doc. P.C.F.*, 2007-2008, n° 587/1; avis 44.978/1/V du 2 septembre 2008 sur un avant-projet de décret «betreffende de ondersteuning van de circuskunsten in Vlaanderen», *Doc. Vl. parl.*, 2008-2009, n° 1841/1; avis 44.126/2 du 12 mars 2008 cité à la note 215.

(223) Avis 44.930/2/V du 11 août 2008 sur un avant-projet de décret «modifiant le décret du 13 mai 2004 de la Commission communautaire française relatif à la Cohésion sociale», *Doc. A.C.C.F.*, 2008-2009, n° 143/1.

(224) Avis 44.126/2 du 12 mars 2008 cité à la note 215.

(225) Avis 44.091/4 du 3 mars 2008 sur un projet d'arrêté du Gouvernement wallon «remplaçant le chapitre 1^{er}ter et modifiant le chapitre 1^{er}quater du titre 1^{er} du livre IV du Code wallon de l'aménagement du territoire, de l'urbanisme et du territoire»; avis 44.570/4 du 11 juin 2008 cité à la note 216.

(226) Avis 44.781/3 du 26 juin 2008 sur un projet d'arrêté du Gouvernement flamand «betreffende de uitvoering van het Kunstendecreet van 2 april 2004, gewijzigd bij de decreten van 3 juni 2005, 22 december 2006 en 20 juni 2008»; avis 44.975/1/V du 26 août 2008 cité à la note 97; avis 44.979/1/V du 2 septembre 2008 sur un projet d'arrêté du Gouvernement flamand «ter uitvoering van het decreet van 9 maart 2007».

signifiant que seul le solde devrait être remboursé en cas de non-respect des conditions (227). Sont contraires à l'article 57 selon lequel le remboursement d'une subvention non justifiée s'effectue «sans délai» des dispositions prévoyant qu'une avance non justifiée peut être récupérée par déduction sur des subventions allouées pour le futur, ce qui revient à différer la récupération dans le temps (228).

Si le législateur entend soumettre des subventions à un contrôle plus sévère que celui défini par les articles 55 à 58 desdites lois coordonnées et par les articles 11 à 14 de la loi du 16 mai 2003 fixant les dispositions générales applicables aux budgets, au contrôle des subventions et à la comptabilité des communautés et des régions, ainsi qu'à l'organisation du contrôle de la Cour des comptes, les dispositions à adopter ne peuvent faire l'objet d'une habilitation au Gouvernement. Elles doivent être adoptées par le législateur lui-même (229).

143. — Services à gestion séparée. — En vertu de l'article 140, alinéa 1^{er}, des mêmes lois coordonnées, les services de l'État dont la gestion est séparée sont soumis à des dispositions à fixer par le Roi dans les matières énumérées par l'article 140, alinéa 2. En outre, pour ce qui n'est pas couvert par ces dispositions, il appartient aussi au Roi de régler les attributions, l'organisation et le fonctionnement de ces services puisqu'il s'agit de services du pouvoir exécutif, auxquels s'applique l'article 107 de la Constitution, et dont la gestion ne se distingue de celle des autres services de l'administration générale que sur le plan de la technique budgétaire et comptable. Le seul pouvoir du législateur consiste à désigner le ou les services qu'il entend ériger en services à gestion séparée.

En conséquence, il n'appartient pas au législateur de créer *ex nihilo* le «Secrétariat polaire» et d'en définir les missions ni de s'immiscer dans la gestion et le fonctionnement du service concerné. La création, par arrêté royal, d'un service dénommé «Secrétariat polaire», au sein du Service public fédéral de programmation Politique scientifique, doit précéder ou en tout cas être concomitante à l'adoption de la disposition légale érigeant ce service en service de l'État à gestion séparée (230). De même, l'Institut royal

(227) Avis 44.731/3 du 1^{er} juillet 2008 sur un projet d'arrêté du Gouvernement flamand «betreffende de uitvoering van het decreet van 18 januari 2008 houdende flankerende en stimulerende maatregelen ter bevordering van de participatie in cultuur, jeugdwerk en sport»; avis 44.819/3 van du 8 juillet 2008 sur un projet d'arrêté du Gouvernement flamand «ter uitvoering van het Cultureel-erfgoeddecreet van 23 mei 2008».

(228) Avis 44.848/2/V du 11 août 2008 cité à la note 117.

(229) Avis 45.058/2/V du 27 août 2008 sur un avant-projet de décret «modifiant le décret de la Communauté française du 29 mars 1993 relatif à l'agrément et au subventionnement des associations de santé intégrée», *Doc. P.w.*, 2008-2009, n° 853/1.

(230) Avis 44.351/1/2/3/4 des 17 et 21 avril 2008 cité à la note 3. Sur la création de services à gestion séparée, voy. égal. l'avis 44.305/4 du 7 mai 2008 sur un projet d'arrêté «portant organisation de l'Agence wallonne de l'air et du climat».

du patrimoine artistique (IRPA) est un établissement scientifique fédéral qui a la forme d'un service de l'État à gestion séparée. Un tel service n'a pas une personnalité juridique distincte de celle de l'État; son autonomie se limite aux aspects budgétaires et comptables. Il constitue un service administratif de l'État, placé sous l'autorité hiérarchique d'un ministre. Les biens, droits et obligations de l'association sans but lucratif «Centre d'études de la peinture du XV^e siècle dans les Pays-Bas méridionaux et de la Principauté de liège» ne peuvent donc pas être transférés à l'IRPA, mais à l'Etat (231).

144. — *Fonds budgétaires.* — Selon l'article 45 desdites lois coordonnées, des fonds budgétaires sont créés en affectant des recettes déterminées à des dépenses dont la loi ou le décret définit l'objet. Une définition trop vague de ces recettes aura pour conséquence que toutes les recettes qui répondent à cette définition devront légalement être affectées aux dépenses du fonds budgétaire, même si ces recettes ne correspondent pas à l'objet du fonds (232).

4. *Fédéralisme budgétaire et financier*

145. — Comme la section de législation l'a déjà fait observer, les pouvoirs dont sont investis l'État fédéral, les communautés ou les régions pour procéder à des dépenses ou à des subventions sont subordonnés à la compétence matérielle à laquelle ces moyens financiers sont affectés, sous la réserve des exceptions éventuelles prévues par la Constitution ou une loi adoptée à une majorité spéciale. Une autorité ne peut affecter des moyens financiers à des matières qui ne relèvent pas de ses compétences.

Ainsi, la contribution par l'autorité fédérale au financement de dépenses faites par les personnes morales visées en vue d'économiser l'énergie ne consiste pas en une réduction d'un quelconque impôt fédéral ou en une imputation sur un pareil impôt, mais est un stimulant financier ayant directement pour objectif la réalisation d'économies d'énergie. Une telle mesure vise à favoriser l'utilisation rationnelle de l'énergie, ce qui est une matière attribuée aux régions en vertu de l'article 6, §1^{er}, VII, alinéa 1^{er}, h), de la loi spéciale du 8 août 1980 de sorte que le législateur fédéral n'est pas compétent (233). De même, le législateur fédéral ne peut instaurer un mécanisme par lequel l'autorité fédérale contribue au financement des éta-

(231) Avis 44.351/1/2/3/4 des 17 et 21 avril 2008 cité à la note 3.

(232) Avis 44.837/1/AV du 23 septembre 2008 cité à la note 141.

(233) Avis 44.255/3 du 1^{er} avril 2008 sur une proposition de loi «accordant une réduction sur facture en vue de favoriser l'utilisation rationnelle de l'énergie dans le secteur non-marchand», *Doc. parl.*, Chambre, 2008-2008, n° 868/3. Voy. égal. avis 44.254/3 du 1^{er} avril 2008 sur une proposition de loi «accordant une réduction sur facture pour la fourniture de mazout et de gaz de chauffage dans les secteurs de l'enseignement et de l'aide aux personnes», *Doc. parl.*, Chambre, 2008-2008, n° 869/3; avis 44.050/2 du 20 février 2008 cité à la note 205.

blissements d'enseignement, hospitaliers et d'aide, si la mesure visée n'est pas une mesure fiscale (234).

Il ne saurait se concevoir qu'un service à gestion séparée de la Communauté française soit financé à 40 % par la Région wallonne et à 15 % par la Commission communautaire française puisqu'il ne revient pas à ces deux entités d'effectuer des dépenses au profit de services administratifs qui dépendent exclusivement d'un autre niveau de pouvoir (235). Il résulte également du fait qu'une autorité ne peut pas consacrer de moyens financiers à des projets ne relevant pas de sa compétence qu'il faudra veiller, lors de la répartition des charges liées aux actions entreprises ou entérinées en vertu de l'accord de coopération en matière de lutte contre le tabagisme, à ce que la contribution financière des parties contractantes concernées ne soit pas disproportionnée par rapport à leurs compétences matérielles en cause (236).

146. — Une disposition en projet, à insérer dans la loi spéciale du 16 janvier 1989, prévoit qu'à partir de l'année budgétaire 2009, la Loterie Nationale prend en charge 50 % des indemnités octroyées par les régions aux victimes de calamités agricoles. Selon l'article 177, alinéa 2 de la Constitution, les Parlements de région déterminent, chacun pour ce qui le concerne, l'affectation de leurs recettes par décret ou ordonnance. Il en résulte qu'il n'appartient pas au législateur spécial de déterminer lui-même l'affectation future de la part des bénéfices de la Loterie Nationale qu'il transfère aux régions (237).

TABLE DES MATIÈRES

	PAGES
INTRODUCTION	253
I. — LIBERTÉS PUBLIQUES ET DROITS DE L'HOMME	253
A. — <i>Ingérences : nécessité d'une norme législative</i>	253
B. — <i>Limites à l'intervention du législateur</i>	259
C. — <i>Articulation Constitution et Traité Lisbonne</i>	280
II. — LA FONCTION NORMATIVE	281

(234) Avis 44.254/3 du 1^{er} avril 2008 cité à la note 233.

(235) Avis 44.875/2/V du 5 août 2008 cité à la note 148.

(236) Avis 44.897/VR/V du 19 août 2008 sur un avant-projet de loi «portant assentiment à l'accord de coopération entre l'Etat fédéral, la Communauté flamande, la Communauté française, la Communauté germanophone, la Commission communautaire commune, la Commission communautaire française et la Région wallonne en matière de lutte contre le tabagisme».

(237) Avis 44.243/AG du 10 avril 2008 sur une proposition de loi spéciale «portant des mesures institutionnelles», *Doc. Parl.*, Sénat, 2007-08, 4-602/2.



LE CONSEIL D'ÉTAT	337
A. — <i>La fonction législative</i>	281
B. — <i>La fonction exécutive</i>	286
C. — <i>Délégations et habilitations</i>	287
D. — <i>Droit international</i>	292
III. — LA RÉPARTITION DES COMPÉTENCES	296
A. — <i>Généralités</i>	296
B. — <i>Les compétences des Communautés</i>	298
C. — <i>Les compétences des Régions</i>	302
D. — <i>Les compétences de l'Etat fédéral</i>	304
E. — <i>Les pouvoirs implicites</i>	306
F. — <i>La collaboration entre l'Etat fédéral et les entités fédérées et entre entités fédérées</i>	309
IV. — LA FONCTION JURIDICTIONNELLE	311
A. — <i>Compétence des organes juridictionnels</i>	311
B. — <i>Droit à un recours juridictionnel effectif</i>	314
C. — <i>Séparation des pouvoirs</i>	318
V. — LES POUVOIRS LOCAUX	321
VI. — LES FINANCES PUBLIQUES	324
A. — <i>La fiscalité</i>	324
B. — <i>L'organisation budgétaire et financière</i>	329

