

***L'arrêt n°41/2002 de la Cour d'arbitrage :
de la notion constitutionnelle de droit politique
à la notion de « droit civil » au sens de la Convention européenne
des droits de l'homme***

par
Géraldine Rosoux
Assistante à la Faculté de droit de l'Université de Liège

« *Les institutions, à la différence des satellites, demeurent rarement sur l'orbite où leur créateur avait entendu les placer.* »¹

1. Alors que les projets d'extension des compétences de la Cour d'arbitrage² ont entraîné une levée de boucliers de toutes parts, l'arrêt n°41/2002 du 20 février 2002 prouve à quel point une *extension* des compétences de la Cour d'arbitrage peut paraître *formelle*.

De lege, la Cour d'arbitrage est une « Cour constitutionnelle à compétence limitée »³ qui ne peut contrôler la loi, le décret et l'ordonnance qu'au regard des articles 10, 11, 24 de la Constitution, ainsi que des règles répartitrices de compétences⁴. *De jurisprudencia*, les tentaculaires articles 10 et 11 de la Constitution ont permis à la Cour d'arbitrage de conquérir une véritable « plénitude de juridiction » constitutionnelle.

Combinant le principe d'égalité avec les articles 144 et 145 de la Constitution⁵, la Cour d'arbitrage a fait entrer la distinction entre droits civils et droits politiques dans son contrôle. L'arrêt n°41/2002 constitue une nouvelle illustration de cette jurisprudence dynamique. Mais il contient également une innovation : la Cour prend

¹ J. RIVERO, « Fin d'un absolutisme », *Pouvoirs*, n°13, 1980, pp. 5-15, ici p. 5.

² Projet de révision du titre II de la Constitution en vue d'y insérer un article 32bis, *Doc. parl.*, Sénat, session ordinaire 2000-2001, n°2-575 (qui semble abandonné). Le projet de loi spéciale modifiant la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage est par contre en bonne voie, *Doc. parl.*, Sénat, session ordinaire 2000-2001, n°2-897.

³ Ainsi que la Cour d'arbitrage s'est elle-même qualifiée dans l'arrêt n°32 du 29 janvier 1987.

⁴ Article 142 de la Constitution.

⁵ L'article 144 de la Constitution stipule : « *Les contestations qui ont pour objet des droits civils sont exclusivement du ressort des tribunaux* » ; l'article 145 de la Constitution énonce : « *Les contestations qui ont pour objet des droits politiques sont du ressort des tribunaux, sauf les exceptions établies par la loi* ».

la peine de rappeler que les notions internes sont distinctes de la notion de « droit civil » au sens de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme.

Après avoir rappelé sommairement le contexte de l'arrêt n°41/2002 (I), nous retracerons un bref historique de la construction doctrinale de la notion de droit politique (II), avant d'examiner comment la Cour d'arbitrage (III) a apporté sa pierre à l'édifice d'une distinction longuement controversée. Nous envisagerons enfin la portée de la remarque qui fonde l'originalité de l'arrêt annoté (IV).

I. L'arrêt n°41/2002 du 20 février 2002

2. Suite à l'acquisition d'un fonds de commerce, monsieur Ceressia a entrepris les démarches en vue d'obtenir l'attestation nécessaire à l'exercice de la profession d'entrepreneur de vitrage.

Après une décision du Conseil d'établissement confirmant le refus de la Chambre des métiers et négoce, monsieur Ceressia, dans le cadre du recours en cassation administrative⁶ devant le Conseil d'Etat, a soulevé une exception d'incompétence, justifiée par l'existence d'une discrimination⁷, et a demandé que la Cour d'arbitrage soit interrogée sur le respect, par la loi du 15 décembre 1970 sur l'exercice des activités professionnelles dans les petites et moyennes entreprises du commerce et de l'artisanat, des principes d'égalité et de non-discrimination combinés avec l'article 144 de la Constitution⁸.

⁶ Contrairement au contentieux « objectif » du recours pour excès de pouvoir, le contentieux de la cassation administrative, prévu à l'article 14, paragraphe 2, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, porte sur des droits subjectifs, nécessairement de nature politique en vertu des articles 144 et 145 de la Constitution, le Conseil d'Etat étant appelé à statuer sur une décision confiée en premier degré à une juridiction administrative, voy. M. HANOTIAU, « Le Conseil d'Etat, juge de cassation administrative », in *Le citoyen face à l'administration. Commissions et juridictions administratives : quels droits de la défense ?*, actes du colloque du 22 avril 1989, Editions du Jeune Barreau de Liège, 1990, pp. 129-183 ; M. LEROY, *Contentieux administratif*, 2^e édition, Bruylant, Bruxelles, 2000, pp. 90-91 ; P. NIHOUL, « La loi du 25 mai 1999 modifiant les lois sur le Conseil d'Etat », *J.T.*, 2000, pp. 356-363, spéc. pp. 358-360 ; P. LEWALLE, *Contentieux administratif*, Edition Collection Scientifique de la Faculté de droit de Liège, 1997, pp. 538-542. Sur la distinction entre les contentieux « objectif » et « subjectif » devant le Conseil d'Etat, voy. C.A. n°94/99 du 15 juillet 1999 (B.4.1. à B.4.3).

⁷ Dans l'arrêt du Conseil d'Etat n°89.834 du 27 septembre 2000, *Ceressia / Etat belge*, le requérant a invoqué qu'« il n'existe aucune raison de prévoir que l'accès à la profession de certains citoyens, considéré comme un droit civil, pourra dépendre d'autorités et/ou de juridictions administratives, en violation flagrante de l'article 144 de la Constitution belge, alors que les autres citoyens belges pourront, quant à eux, obtenir que les droits relatifs à leur profession et à son exercice, resteront, conformément à l'article 144, du ressort exclusif des cours et tribunaux ».

⁸ Un autre aspect – que nous n'aborderons pas – de la question préjudicielle consistait à examiner si la loi du 15 décembre 1970, en prévoyant un accès réglementé à la profession, comportait une atteinte discriminatoire à la liberté d'exercer la profession de son choix garantie par la Constitution et des

Réunie en séance plénière, la Cour va devoir examiner la nature des contestations relatives à l'accès à une profession réglementée. Si ces contestations portent sur un droit civil, la compétence de la Chambre des métiers et négoce et du Conseil d'établissement⁹, à l'exclusion de la compétence du juge judiciaire, prive de manière discriminatoire une catégorie de personnes de la garantie prévue à l'article 144 de la Constitution.

Selon la Cour d'arbitrage, en confiant les contestations relatives à l'exercice d'une profession à une juridiction administrative, le législateur n'a pas déraisonnablement considéré que ces contestations concernaient des *droits politiques*, eu égard aux aspects publics prépondérants en la matière. Il n'y a donc pas violation des principes d'égalité et de non-discrimination. Le fait que le droit d'exercer une profession soit considéré comme un droit civil au sens de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme n'entraîne pas une conclusion différente.

II. La notion de droit politique

3. Réagissant face aux abus de pouvoir d'une administration surpuissante sous le régime hollandais, le Constituant belge a voulu garantir l'Etat de droit par une certaine conception de la séparation des pouvoirs contenue dans les articles 144 et 145 de la Constitution. Ces articles instaurent un partage exhaustif du contentieux des droits subjectifs par la distinction entre droits civils et droits politiques : les contestations portant sur des droits civils sont *exclusivement* du ressort des cours et tribunaux. Par contre, les contestations relatives à des droits politiques relèvent des cours et tribunaux, *sauf les exceptions établies par la loi*.

Ainsi, les juridictions de l'ordre judiciaire ont non seulement la compétence exclusive en matière de droits civils, mais également une compétence *de principe* en matière de droits politiques.

4. Cette *summa divisio*¹⁰ chère à la doctrine a fait couler beaucoup d'encre¹¹, en l'absence de définition des notions de droit civil et de droit politique.

dispositions internationales. Sur le libre choix d'une activité professionnelle, voy. J. JAUMOTTE, « Conditions mises à l'autorisation d'exercer une profession et principe d'égalité : questions préjudicielles à la Cour d'arbitrage et référé administratif », *A.P.T.*, 1994, pp. 65-76 ; C.A. n°37/98 du 1^{er} avril 1998 (détective privé), C.A. n°103/99 et n°104/99 du 6 octobre 1999 (entreprise indépendante).

⁹ Voy. P. HENRY ET F. POTTIER, « Les 'commissions' établies en matière d'accès aux professions, d'agrégation et d'enregistrement des entrepreneurs », in *Le citoyen face à l'administration. Commissions et juridictions administratives : quels droits de la défense ?*, *op. cit.*, pp. 381-405, spéc. pp. 383-389.

¹⁰ En décidant dans l'arrêt *Trine* que le droit aux allocations de chômage est un droit politique, la Cour de cassation a implicitement, mais certainement, rejeté l'existence d'un droit « administratif »,

Historiquement, on a pu constater une tendance à l'extension de la notion de droit civil, qui s'explique par une sorte de « fétichisme du droit civil »¹², considéré comme seul apte à assurer l'effectivité des droits du justiciable.

La conception étroite, voire restrictive, du XIX^e siècle de la notion de droit politique impliquait une participation *active* à l'exercice de la souveraineté étatique. Dans l'inventaire établi par O. ORBAN figuraient quatre droits considérés classiquement comme des droits politiques « par nature » : le *jus suffragii*, droit de vote, le *jus honorum*, droit d'accès à la fonction publique, le *jus tributum* et le *jus militiae*, droits de contribuer aux charges fiscales et militaires de l'Etat. « Ces quatre droits consistent dans une certaine participation ou *contribution* des citoyens au fonctionnement et aux charges du pouvoir. Leur essence est la même »¹³.

catégorie intermédiaire entre droit civil et droit politique, voy. Cass., 21 décembre 1956, *Pas.*, 1957, I, 430 et suivantes. Sur la notion de droit administratif subjectif, voy. W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, « Existe-t-il des droits administratifs et sociaux distincts des droits politiques et dépourvus des garanties constitutionnelles ? », conclusion précédant Cass., 21 décembre 1956, *J.T.*, 1957, pp. 49-62 ; A. MAST, « Les droits administratifs subjectifs existent-ils en droit public belge ? Nature du droit aux allocations de chômage. La définition du droit civil par le juge est-elle utile et possible ? », note sous Cass., 21 décembre 1956, *R.C.J.B.*, 1957, pp. 168-178 ; P. WIGNY, « Droits administratifs subjectifs. A propos de l'arrêt de la Cour de cassation du 21 décembre 1956 », *J.T.*, 1957, pp. 361-365.

¹¹ A. ALEN, *Handboek van het Belgisch Staatsrecht*, Kluwer, Deurne, 1995, pp. 237-243 ; B. BLERO, « Du Droit objectif aux droits politiques des administrés. Essai sur la répartition des compétences entre le juge judiciaire et le juge de l'excès de pouvoir », *C.D.P.K.*, 1998, pp. 151-157 ; B. BLERO, « L'article 145 de la Constitution comme solution aux conflits de compétence entre le juge de l'excès de pouvoir et le juge judiciaire », in *Le Conseil d'Etat de Belgique-Cinquante ans après sa création (1946-1996)*, Bruylant, Bruxelles, 1999, pp. 203-267 ; C. CAMBIER, *Principes du contentieux administratif*, tome I, Larcier, Bruxelles, 1961, pp. 315-337 ; CH. GOOSSENS, « Recherches sur les critères de distinction des droits individuels : droits civils, droits politiques, droits administratifs », *Ann. Fac. dr. Liège*, 1960, pp. 149-285 ; CH. HUBERLANT, « Le Conseil d'Etat et la compétence générale du pouvoir judiciaire établie par les articles 92 [144] et 93 [145] de la Constitution », *J.T.*, 1960, pp. 73-79, 94-100, 109-114, 133-138, 151-155 ; H. LENAERTS, *De burgerlijke, politieke en administratieve rechten in de bevoegdheidsregeling naar Belgisch recht*, De Sikkel, Anvers, 1957 ; M. LEROY, « Aux confins des compétences judiciaire et administrative », *A.P.T.*, 1988, pp. 141-156 ; M. LEROY, *Contentieux administratif*, *op. cit.*, pp. 82-86 ; P. LEWALLE, *Contentieux administratif*, *op. cit.*, pp. 227-230, 446-453 ; A. MAST, A. ALEN ET J. DUJARDIN, *Précis de droit administratif belge*, Story-Scientia, Bruxelles, 1989, pp. 496-513 ; A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME ET J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch Administratief Recht*, 15^e éd., Kluwer, Anvers, 1999, pp. 703-709 ; O. ORBAN, *Le droit constitutionnel de la Belgique*, tome II, Dessain, Liège, 1908, pp. 561-574 ; F. PERIN, « Faut-il réviser l'article 93 [145] de la Constitution ? », *J.T.*, 1957, pp. 141-144 ; J. SALMON, *Le Conseil d'Etat*, tome I, Bruylant, Bruxelles, 1994, pp. 248-258 ; J.J. THONISSEN, *La Constitution belge annotée*, 3^e édition, Bruylant, Bruxelles, 1879, pp. 263-274 ; M. UYTENDAELE, *Précis de droit constitutionnel belge*, Bruylant, Bruxelles, 2001, pp. 512-519 ; J. VELU, « Le partage des attributions entre le pouvoir judiciaire et le Conseil d'Etat », *A.P.T.*, 1987, pp. 280-314.

¹² A. MAST, « Les fondements constitutionnels de la juridiction administrative », *R.J.D.A.*, 1956, pp. 81-94, ici p. 82.

¹³ O. ORBAN, *op. cit.*, pp. 565-567.

Mais l'évolution de la société au XX^e siècle, par la multiplication des interventions de l'Etat-Providence, a généré de nouveaux contentieux, confiés à de nouvelles juridictions créées en dehors de l'ordre judiciaire : le critère *matériel* de « participation à l'exercice de la puissance publique » devenait de plus en plus difficile à mettre en œuvre.

La solution proposée par certains auteurs a été de recourir au critère *organique* et à la volonté du législateur : à partir du moment où le législateur a confié la compétence de connaître d'une contestation à une juridiction administrative, cette compétence *en dehors de l'ordre judiciaire* permet de conclure que ce droit est de nature *politique*¹⁴.

Englobant des droits qui n'impliquaient plus qu'une participation *passive* à l'exercice de la puissance publique¹⁵, cette conception du législateur souverain a entraîné une certaine « dilution » de la notion de droit politique.

5. Au fond, peu importait que le critère soit matériel ou organique : tant que subsistait le principe de souveraineté de la loi, la distinction établie par les articles 144 et 145 de la Constitution présentait un intérêt davantage doctrinal que pratique.

On peut considérer, comme certains auteurs, que « ce qui importe au premier chef pour les cours et tribunaux, c'est toujours de savoir s'ils sont compétents *et non point de savoir s'ils le sont exclusivement* »¹⁶. La question n'est pas tant de rechercher le caractère civil ou politique du droit en cause, mais de savoir s'il existe un *droit subjectif* qui implique le droit à un juge, judiciaire ou administratif : « la qualification du droit importe moins que son existence »¹⁷. Par ailleurs, « les cours et tribunaux ne reconnaissent expressément avoir affaire à un droit subjectif politique que dans les situations où il leur est impossible de faire autrement, parce qu'ils pensent qu'une loi a expressément attribué un contentieux portant sur un droit subjectif déterminé à une juridiction administrative »¹⁸.

En l'absence d'un contrôle de constitutionnalité, la distinction constitutionnelle entre droits civils et politiques relevait davantage du vœu que de la contrainte : une éventuelle violation par le législateur des directives contenues dans les articles 144 et 145 de la Constitution était dépourvue de toute sanction. La création de la Cour d'arbitrage va changer la donne : sa jurisprudence dynamique en

¹⁴ A. MAST, A. ALEN ET J. DUJARDIN, *op. cit.*, p. 506.

¹⁵ Arrêt *Trine* précité, Cass., 21 décembre 1956, *Pas.*, I, 1957, 430 et suivantes.

¹⁶ A. MAST, A. ALEN ET J. DUJARDIN, *op. cit.*, p. 505.

¹⁷ F. PERIN, *op. cit.*, p. 142.

¹⁸ B. BLERO, « L'article 145 de la Constitution... », *op. cit.*, p. 231.

matière d'égalité va conférer à la distinction entre droits civils et politiques sa pleine effectivité (juridicité?)¹⁹.

III. La jurisprudence de la Cour d'arbitrage : de la distinction constitutionnelle entre droits civils et droits politiques...

6. Avant l'arrêt n°41/2002, la Cour avait déjà été appelée à se prononcer sur la distinction constitutionnelle entre droits civils et politiques contenue dans les articles 144 et 145 de la Constitution.

Le premier arrêt de la Cour en la matière²⁰ est l'arrêt n°14/97 du 18 mars 1997 concernant la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers. Dans le cadre de cette question préjudicielle posée par le Conseil d'Etat, la Cour a considéré que les contestations relatives à la qualité de réfugié concernaient des droits politiques au sens de l'article 145 de la Constitution²¹.

Dans les arrêts n°133/2001 du 30 octobre 2001 et n°26/2002 du 30 janvier 2002, la Cour s'est prononcée sur la loi relative à l'assurance obligatoire soins de santé et indemnités : les contestations portant sur l'interdiction d'intervention dans le coût des prestations de santé sont des contestations relatives à un droit politique.

La sensibilité particulière de la matière a toujours justifié une *séance plénière*. Et à chaque reprise, la Cour d'arbitrage a décidé qu'en considérant les droits en cause comme *politiques*, l'appréciation du législateur n'était pas « manifestement déraisonnable ».

7. Dans chaque arrêt, la Cour se croit obligée de rappeler qu'elle n'est pas compétente pour vérifier *directement* si une norme législative viole l'article 144 de la

¹⁹ Pour une illustration de cette nouvelle contrainte encadrant le travail législatif, voy. M. CROMHEECKE, « Problèmes de constitutionnalité posés par la création de commissions juridictionnelles de libération conditionnelle, et ce, à la lumière notamment de l'arrêt de la Cour d'arbitrage du 18 mars 1997 », *Doc. parl.*, Chambre, session ordinaire 1997-1998, n°1070/8, pp. 155-162.

²⁰ Nous évoquons uniquement les arrêts dans lesquels la distinction entre droits civils et politiques constitue le moyen unique ou essentiel.

²¹ A. ALEN, « De controle van het Arbitragehof op de wettelijke kwalificatie van politieke rechten in de zin van artikel 145 van de Grondwet : meer rechtsbescherming, maar minder rechtszekerheid ? », note sous C.A. n°14/97 du 18 mars 1997, *R.W.*, 1996-1997, pp. 1425-1428; B. BLERO, « Les droits subjectifs, les droits civils et les droits politiques dans la Constitution. Observations relatives à l'arrêt de la Cour d'arbitrage n°14/97 du 18 mars 1997 », *A.P.T.*, 1997, pp. 233-279 ; S. SAROLEA, « La nature civile du droit des réfugiés en droit belge et au sens de la Convention européenne des droits de l'homme. Essai de définition et analyse des enjeux. L'arrêt de la Cour d'arbitrage du 18 mars 1997 », *R.B.D.I.*, 1996, pp. 633-670.

Constitution²² : « Toutefois, en disposant que les contestations qui ont pour objet des droits civils sont exclusivement du ressort des tribunaux, l'article 144 accorde à tous une garantie qui ne peut être retirée à certains : s'il apparaissait qu'une catégorie de personnes est privée du droit de saisir les tribunaux à propos d'une contestation portant sur un droit civil, cette différence de traitement ne pourrait être justifiée puisqu'elle se heurterait à l'article 144. Elle violerait donc les articles 10 et 11 de la Constitution »²³.

Or, le mécanisme consistant à combiner les articles 10 et 11 de la Constitution avec d'autres droits était déjà bien rôdé en 1997, *a fortiori* en 2002. Que la garantie d'un droit fondamental comporte en elle-même une interdiction de discrimination, la violation de ce droit s'analysant dès lors en discrimination²⁴, semble aller de soi : c'est l'essence même de la « conquête jurisprudentielle » de la Cour d'arbitrage en matière d'égalité²⁵.

8. Chaque fois, la Cour examine si, en confiant à une juridiction administrative les litiges en question, le législateur a considéré à *juste titre* les droits en cause, de manière implicite, comme des droits politiques²⁶.

La Cour d'arbitrage rejette ainsi le critère organique. En s'arrogeant la compétence de contrôler le « juste titre », la Cour d'arbitrage réintroduit un critère matériel dans la distinction entre droits civils et droits politiques, reléguant le critère organique au rang de *présomption juristantum* de droit politique, appelée à subir le contrôle du juste titre...

²² Dans l'arrêt n°133/2001, le requérant alléguait une violation des articles 10 et 11 de la Constitution, sans invoquer l'article 144 de la Constitution. Pour répondre à la question, la Cour a considéré qu'elle devait inclure *d'office* l'article 144 dans son contrôle (B.4.2. *in fine*).

²³ C.A. n°133/2001, B.4.2. ; C.A. n°41/2002, B.9.2. Les arrêts n°14/97 (B.3.) et n°26/2002 (B.4.) n'évoquent *pas* l'article 11 de la Constitution. Pourtant, à proprement parler, c'est le principe de non-discrimination, et non celui d'égalité, qui est violé par la privation injustifiée de la garantie prévue par l'article 144 de la Constitution.

²⁴ M. MELCHIOR., « La Cour d'arbitrage et les droits fondamentaux », in *Le point sur les droits de l'homme*, C.U.P., Liège, vol. 39, mai 2000, pp. 7-30, ici p. 13.

²⁵ Conquête initiée dès le premier arrêt de la Cour d'arbitrage en matière d'égalité, C.A. n°23/89 du 13 octobre 1989. Voy. X. DELGRANGE, « Quand la Cour d'arbitrage s'inspire de la Cour de Strasbourg », obs. sous C.A., 13 octobre 1989, *Rev. rég. dr.*, 1989, pp. 619-622 ; X. DELGRANGE, « Les articles 6 [10] et 6bis [11] de la Constitution, des dispositions longue portée », *Rev. rég. dr.*, 1990, pp. 422-434 ; D. LAGASSE, obs. sous C.A., 13 octobre 1989, *J.T.*, 1990, pp. 7-10 ; J.-Cl. SCHOLSEM, « L'égalité devant la Cour d'arbitrage », in *Liber Amoricorum Prof. Em. E. Krings*, Story-Scientia, Bruxelles, 1991, pp. 773-787 ; M. UYTENDAELE, « La Cour d'arbitrage depuis 1989 : une Cour constitutionnelle à vocation limitée ? », *J.T.*, 1991, pp. 265-269 ; P.VANDERNOOT, « Le principe d'égalité dans la jurisprudence de la Cour d'arbitrage », *A.P.T.*, 1997, pp. 87-113.

²⁶ C.A. n°14/97, B.4. ; C.A. n°133/2001, B.6.1. ; C.A. n°26/2002, B.5. ; C.A. n°41/2002, B.11.

Ce critère matériel est le rapport avec les prérogatives de la puissance publique.

Lorsque la juridiction statue sur les contestations en question, « elle agit dans l'exercice d'une fonction qui se trouve dans un rapport tel avec les prérogatives de puissance publique de l'Etat qu'elle se situe en dehors de la sphère des litiges de nature civile au sens de l'article 144 de la Constitution »²⁷.

Dans l'arrêt annoté par contre, la Cour d'arbitrage ne peut conclure *de plano* au rapport inhérent entre l'exercice de la puissance publique et les P.M.E. du commerce et de l'artisanat. Considérant que la réglementation d'une profession comporte des aspects de droit privé et des aspects de droit public, qu'elle met en balance²⁸, la Cour conclut en B.12.2. que « le législateur n'a pas procédé à une appréciation manifestement déraisonnable en considérant que les aspects de droit public étaient en l'espèce prédominants ».

Se bornant à censurer le « manifestement déraisonnable », le contrôle de la Cour d'arbitrage demeure *marginal*²⁹ et valide de la sorte la conception assez large de la notion de droit politique adoptée par le législateur.

Parmi les différentes conceptions³⁰ du critère matériel distinctif des droits civils et politiques, la Cour d'arbitrage semble opter, à l'instar de B. BLERO, pour la conception selon laquelle « en principe, un droit est civil ou politique selon que l'obligation qu'invoquent les individus à l'appui des prétentions qu'ils formulent à l'égard de tiers est consacrée par une norme relevant du Droit privé ou par une norme relevant du Droit public »³¹.

Les contestations relatives à l'exercice d'une profession illustrent une hypothèse de « situation juridique complexe »³² : le droit en cause conserve sa nature

²⁷ C.A. n°14/97, B.5. ; C.A. n°133/2001, B.6.3. ; C.A. n°26/2002, B.7.

²⁸ « Les aspects de droit privé résident essentiellement dans le fait que c'est par la conclusion et l'exécution de contrats soumis en principe à des dispositions de droit civil que se réalisera l'exercice de la profession. Toutefois, ce droit présente également des aspects de droit public en ce que, dans la réglementation en cause, le commerçant ou l'artisan est soumis à l'action d'autorités administratives. En effet, la profession est réglementée non seulement afin de protéger celui qui veut exercer cette profession mais aussi, et principalement, dans le souci, relevant de la sauvegarde de l'intérêt général, d'établir un équilibre entre la protection de la profession dans son ensemble et celle des consommateurs » (B.12.1.).

²⁹ A. ALEN, « De controle van het Arbitragehof... », *op. cit.*, p. 1428.

³⁰ B. Bléro distingue trois conceptions : la conception *jusnaturaliste* selon laquelle le droit civil se borne à reconnaître un droit « naturel » tandis qu'un droit politique est créé par le droit « positif », la conception basée sur le caractère privé ou public des intérêts protégés et la conception basée sur la distinction entre *Droit privé et Droit public*, B. BLERO, « L'article 145 de la Constitution... », *op. cit.*, pp. 234 et suivantes.

³¹ B. BLERO, « L'article 145 de la Constitution... », *op. cit.*, p. 240.

³² B. BLERO, « L'article 145 de la Constitution... », *op. cit.*, p. 241.

initiale, principale (politique), par rapport à des aspects accessoires régis par des normes de Droit privé.

9. En confiant des contestations relatives à des droits politiques à une juridiction administrative, le législateur a fait usage de la faculté qui lui est offerte par l'article 145 de la Constitution. « *Ce faisant, il a donc pris une mesure qui n'est pas incompatible avec les articles 10 et 11 combinés avec l'article 144 de la Constitution* »³³.

Dans les arrêts antérieurs, la Cour énonçait : « *Compte tenu de l'article 145 de la Constitution, le fait d'attribuer la connaissance de litiges portant sur des droits politiques à une juridiction administrative plutôt que de laisser ce contentieux à une juridiction de l'ordre judiciaire ne peut constituer en soi une violation du principe d'égalité et de non-discrimination* »³⁴. La Cour d'arbitrage trace ainsi la frontière entre la légalité et l'opportunité : une fois passé le contrôle du « juste titre » de la qualification de droit politique, le législateur retrouve sa marge de manœuvre.

La formulation de l'arrêt annoté, avec une double négation, peut paraître plus circonspecte³⁵.

IV. ... à la notion de « droit civil » au sens de la Convention européenne des droits de l'homme

10. Paradoxalement, pour examiner la nature *interne* d'un droit, la Cour s'inspire d'un contrôle de « type strasbourgeois » développé par la Cour européenne des droits de l'homme : *la balance des aspects de droit public et de droit privé*.

Mais l'inspiration se mue en trahison puisque cette balance a été précisément conçue pour permettre d'englober dans la notion *autonome* de « droit civil » des contestations qualifiées par le droit interne comme relevant du droit administratif ou public³⁶...

³³ C.A. n°41/2002, B.12.3. (nous soulignons).

³⁴ C.A. n°14/97, B.7. (nous soulignons). Dans les arrêts n°133/2001 (B.6.4.) et n°26/2002 (B.8.), « en soi » a disparu.

³⁵ Cependant, hormis la qualification des droits, nous apercevons difficilement quels arguments supplémentaires pourraient être invoqués à l'appui d'une violation du principe d'égalité combiné avec l'article 144 de la Constitution.

³⁶ Lorsque le droit interne qualifie le droit en cause de « public », la Cour de Strasbourg s'estime compétente pour vérifier si les aspects de droit public ou les aspects de droit privé prédominent ; dans ce dernier cas, le droit en question sera considéré comme civil au sens de la Convention, voy. par exemple les arrêts de la Cour eur. D.H. *Feldbrugge / Pays-Bas*, 29 mai 1986, A-99, *Deumeland / R.F.A.*, 29 mai 1986, A-100, concernant respectivement une allocation maladie et une pension complémentaire de veuve, ainsi que *Francesco et Giancarlo Lombardo / Italie*, 26 novembre 1992, A-249-B et C (pension de retraite) et *Salesi / Italie*, 26 février 1993, A-257-E (aide sociale). Par la *balance des aspects* de droit public

Autrement dit, si la balance penche en faveur des aspects de droit public et de la qualification de droit politique au niveau interne, cette même opération de pesée conduit, au niveau de la Convention européenne des droits de l'homme, à la conclusion inverse et à la qualification de droit civil.

Une même technique aboutit donc à des conclusions opposées en fonction du niveau auquel on se situe !

11. Cet apparent paradoxe s'explique par l'autonomie de la notion de « droit civil »³⁷ au sens de la Convention européenne des droits de l'homme.

Cette autonomie implique un recouvrement partiel des notions interne et européenne de « droit civil » : « La notion de 'droits et obligations à caractère civil' visée à l'article 6 de la Convention est plus large que celle de 'droits civils' visée à l'article [144] de la Constitution et englobe certains 'droits politiques' visés à l'article [145] de celle-ci »³⁸.

C'est ce que semble rappeler l'arrêt annoté – et ce qui fonde son originalité – puisque la Cour ajoute en B.13. : « *Le fait que, selon une jurisprudence constante de la Cour européenne des droits de l'homme, le droit d'exercer une profession comme indépendant soit considéré comme un droit civil au sens de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme n'est pas de nature à conduire à une conclusion différente. En effet, les exigences de cette disposition conventionnelle sont satisfaites par la législation belge en ce que les contestations portant sur les conditions d'accès à une telle profession sont attribuées à une instance juridictionnelle disposant d'une compétence de pleine juridiction, instance par ailleurs soumise au contrôle de cassation du Conseil d'Etat* ».

et de droit privé, la Cour européenne des droits de l'homme a fait ainsi rentrer des prestations de sécurité sociale dans le champ d'application de l'article 6 de la Convention.

³⁷ P. MOCK, « Le droit à un procès équitable en matière civile », *R.T.D.H.*, 1995, pp. 385-400 ; CH. PETTITI, « La notion autonome de droit de caractère civil : vers une conception restrictive ? », in *Le procès équitable et la protection juridictionnelle du citoyen. Colloque organisé pour le 50^e anniversaire de la Convention européenne des droits de l'homme, Bordeaux, 29-30 septembre 2000*, Bruylant, Bruxelles, 2001, pp. 23-42 ; F. QUILLERE-MAJZOUB, *La défense du droit au procès équitable*, Bruylant, Bruxelles, 1999, pp. 163-195 ; J.-Cl. SOYER ET M. DE SALVIA, « L'article 6 », in E. DECAUX, P.-H. IMBERT ET L.-E. PETTITI, *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, 2^e édition, Economica, Paris, 1999, pp. 239-292, spéc. pp. 249-253 ; P. TAVERNIER, « Faut-il réviser l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme ? (A propos du champ d'application de l'article 6) », in *Mélanges en hommage à L.-E. Pettiti*, Bruylant, Bruxelles, 1998, pp. 707-720.

³⁸ M. MELCHIOR ET L. DE GREVE, « Protection constitutionnelle et internationale des droits de l'homme : concurrence ou complémentarité ? Rapport de la Cour d'arbitrage de Belgique », *R.U.D.H.*, 1995, pp. 217-247, ici p. 229, note 93.

De la sorte, la Cour d'arbitrage semble *glisser* de la distinction constitutionnelle entre droits civils et politiques au contrôle de la notion de « droit civil » au sens de la Convention européenne des droits de l'homme, notion indépendante de la qualification interne de la nature du droit³⁹.

Il est vrai que le mémoire d'une partie alléguait que « l'exercice d'une activité professionnelle constitue l'exercice d'un droit civil, tant au sens de la Convention européenne des droits de l'homme que de l'article 144 de la Constitution ». Cependant, la question préjudicielle, telle que formulée, ne se référait qu'à l'article 144 de la Constitution combiné avec le principe d'égalité. Étonnamment, la Cour accepte – en vue de dissiper toute équivoque – de répondre à cette confusion opérée entre une notion interne et une notion internationale.

Vu le cloisonnement étanche de ces qualifications, la remarque de la Cour d'arbitrage pourrait n'être que *surabondante*. Mais il serait bien impertinent de croire qu'un *obiter dictum* de la Cour d'arbitrage serait dû à une inadvertance : le hasard a peu de place face à un aréopage constitutionnel de douze juges...

On peut d'ailleurs se demander si cette remarque ne se borne pas à *explicitier* un contrôle qui était déjà en germe dans les arrêts précédents, où la Cour précise que le législateur a pu confier le contentieux relatif à un droit politique à une juridiction administrative *disposant en la matière d'une compétence de pleine juridiction*, créée en application de l'article 146 de la Constitution⁴⁰.

Pour énoncer ce passage, force est de constater que la Cour d'arbitrage a effectué un contrôle *direct* de la compétence de pleine juridiction⁴¹ qui constitue une exigence de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. Et ce, en l'absence de l'invocation, même purement formelle, de la combinaison avec les

³⁹ Le droit d'exercer une profession a été reconnu comme un « droit civil » au sens de la Convention, voy., concernant les procédures disciplinaires pour les médecins, les arrêts de la Cour eur. D.H. *König / R.F.A.*, 28 juin 1978, A-27, *Le Compte, Van Leuven et De Meyere / Belgique*, 23 juin 1981, A-43, et *Albert et Le Compte / Belgique*, 10 février 1983, A-58, ainsi que pour les avocats, arrêt *H. / Belgique*, 30 novembre 1987, A-127-B ; P. LEMMENS, *Geschillen over burgerlijke rechten en verplichtingen*, Kluwer, Anvers, 1989, pp. 172-176. Le rapport de la Comm. eur. D.H., *Muyldermans / Belgique*, 2 octobre 1990, considère comme relative à un « droit civil » la procédure en responsabilité des comptables devant la Cour des comptes, voy. J. STEVENS, « Het Rekenhof en artikel 6 E.V.R.M. », *T.B.P.*, 1992, pp. 539-547. Voy. aussi R. ERGEC, « L'incidence du droit du Conseil de l'Europe sur le développement du droit administratif », *A.P.T.*, 1993, pp. 1-11.

⁴⁰ C.A. n°14/97, B.6 ; C.A. n°133/2001, B.6.3 ; C.A. n°26/2002, B.7.

⁴¹ Sur la compétence de pleine juridiction, notion empruntée au droit administratif français, voy. M. MELCHIOR, « La notion de compétence de pleine juridiction en matière civile dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in *Présence du droit public et des droits de l'homme. Mélanges offerts à Jacques Velu*, Bruylant, Bruxelles, tome III, 1992, pp. 1327-1346 ; P. LEMMENS, *Geschillen over burgerlijke rechten en verplichtingen*, op. cit., pp. 279-287.

principes d'égalité et de non-discrimination⁴². N'introduit-elle pas un contrôle *implicite* de conventionnalité dans son contrôle de constitutionnalité?

De deux choses l'une. Soit la Cour d'arbitrage se borne à rappeler que les notions de droit civil au niveau interne et au niveau de la Convention européenne des droits de l'homme sont différentes : pareille précision, surabondante, constituerait un *obiter dictum*. Soit la Cour veut introduire dans son contrôle de constitutionnalité un contrôle *d'office et indépendant* de conventionnalité : ce qui serait la nouvelle étape de la conquête jurisprudentielle de la Cour d'arbitrage. Un détail ou une révolution.

Conclusion : le nouvel engrenage de la Cour d'arbitrage ?

12. En acceptant de contrôler la distinction entre droits civils et politiques, la Cour d'arbitrage a accepté d'entrer dans un engrenage. La multitude de juridictions administratives⁴³ créées par le législateur risque de générer un afflux de questions préjudicielles. Et comme si l'arrêt n°14/97 révélait seulement ses potentialités, une accélération des arrêts sur cette distinction constitutionnelle paraît se dessiner⁴⁴. En contrôlant la qualification des droits, la Cour d'arbitrage semble devenir l'organe ultime de répartition des compétences entre les juridictions judiciaires et administratives...

Mais la marge de manœuvre de la Cour d'arbitrage est cependant limitée : dès 1997, A. ALEN estimait que la Cour d'arbitrage devait se borner à un contrôle marginal et tenir compte de la réalité du droit positif⁴⁵. La volonté de préserver cette marginalité conduit à des conclusions parfois étonnantes : qui aurait cru à la

⁴² Dans l'arrêt n°18/90 du 23 mai 1990, la Cour d'arbitrage a fait entrer dans son contrôle, *via le principe de non-discrimination*, la Convention européenne des droits de l'homme : elle a considéré que parmi les droits et libertés garantis aux Belges par l'article 11 de la Constitution figurent les droits et libertés garantis par les dispositions internationales ayant effet direct qui lient la Belgique (B.11.3.). Sur les rapports de la Cour d'arbitrage avec la Convention, voy. notamment M. MELCHIOR ET L. DE GREVE, *précité* ; J.-Cl. SCHOLSEM, « La Cour d'arbitrage », *Rev. dr. ULB*, 1999, pp. 205-237 ; M. VERDUSSEN, « La Convention européenne des droits de l'homme et le juge constitutionnel », in *La mise en œuvre interne de la Convention européenne des droits de l'homme*, actes du colloque du 20 janvier 1994, Editions du Jeune Barreau de Bruxelles, 1994, pp. 17-88.

⁴³ Pour un aperçu de ces juridictions, voy. notamment *Le citoyen face à l'administration. Commissions et juridictions administratives : quels droits de la défense ?*, *op. cit.*, pp. 257 et suivantes.

⁴⁴ Depuis l'arrêt annoté, deux arrêts rendus coup sur coup (mais non en séance plénière) concernent à nouveau la distinction entre droits civils et politiques : C.A. n°94/2002 du 5 juin 2002 et n°98/2002 du 12 juin 2002.

⁴⁵ A. ALEN, « De controle van het Arbitragehof... », *op. cit.*, p. 1428.

prépondérance des aspects de droit public pour l'accès à la profession dans les P.M.E. du commerce et de l'artisanat ?...

Ce *self restraint* inhabituel de la Cour d'arbitrage s'explique peut-être par une mutation de l'ensemble de notre droit face à l'importance croissante de la Convention européenne des droits de l'homme. La distinction constitutionnelle entre droits civils et politiques ne perd-elle pas de son intérêt face à la notion essentielle de « droit civil » enclenchant les garanties juridictionnelles de l'article 6 de la Convention ?

Subsiste l'interrogation : que déciderait la Cour d'arbitrage dans l'hypothèse d'une éventuelle violation de la Convention ?...

Le temps où le domaine des droits civils de l'article 144 de la Constitution apparaissait comme « une sorte de réduit sacré, où jamais l'administration ne pourrait empiéter sur la compétence des tribunaux »⁴⁶ a fait long feu.

Le réduit sacré du XXI^e siècle est désormais l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. Et la Cour d'arbitrage semble avoir compris ce nouveau rapport de force.

⁴⁶ F. PERIN, *op. cit.*, p. 142.