

PUBLICATION DES AVIS DU CONSEIL D'ETAT – REFLEXIONS
 AUTOUR DE LA LOI DU 16 AOÛT 2016 MODIFIANT LES LOIS SUR LE
 CONSEIL D'ETAT, ET L'ARRET DE LA COUR CONSTITUTIONNELLE DU
 21 DECEMBRE 2017

Christian Behrendt en Quentin Pironnet

I. INTRODUCTION

Un an après son entrée en vigueur, et un an avant l'accès – en principe – intégral aux avis du Conseil d'Etat, il nous paraissait indiqué de nous arrêter sur la loi du 16 août 2016 qui a modifié les lois sur le Conseil d'Etat afin d'assurer la publication des avis de la section de législation¹.

Fruit de la patiente attente de la part des acteurs du monde juridique belge, cette réforme ouvre de nouveaux horizons. Dès son adoption, elle fut favorablement reçue par la doctrine. Marc JOASSART y a vu une « avancée majeure dans le domaine de la transparence administrative »². Un constat partagé par d'autres commentateurs³. « [N]u kan iedereen over de schouder van de minister meekijken », a ajouté Jeroen VAN NIEUWENHOVE⁴. L'adoption de la loi de 2016 se révèle « [t]out bénéfique pour l'Etat de droit », conclura un ancien Premier président du Conseil d'Etat⁵.

Afin d'appréhender de la meilleure manière la question, il importe en premier lieu d'effectuer un rappel du régime applicable avant la réforme (I.) avant de se pencher sur le droit positif actuel (II.) – nourri des travaux parlementaires⁶ – au cours duquel nous aborderons les enseignements de l'avis du Conseil d'Etat⁷ (II.A.), le contenu de la loi et sa mise en œuvre (II.B.). Enfin, la Cour s'est très récemment prononcée sur la loi de 2016 suite à un recours en annulation.

1 Loi du 16 août 2016 « modifiant les lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973, en vue de la publication des avis de la section de législation », *MB*, 14 septembre 2016. Pour les premiers commentaires, voy. Geoffrey NINANE, « Publication des avis de la section de législation du Conseil d'Etat », *J.T.*, 2017, pp. 101-102, Robert ANDERSEN, « Vers une publicité générale et intégrale des avis du Conseil d'Etat », in *Les visages de l'Etat. Liber Amicorum Yves Lejeune*, Bruxelles, Bruylant, 2017, pp. 74-89 et Jeroen VAN NIEUWENHOVE, « Openbaarheid van de adviezen van de Raad van State », *TvW*, 2017/1, pp. 3-18. Nous nous référerons aux lois coordonnées par L.C.C.E.

2 Marc JOASSART, « Le secret en droit administratif », in *Le secret*, Limal, Anthemis, 2017, pp. 7-30, ici p. 29.

3 Geoffrey NINANE, « Publication des avis de la section de législation du Conseil d'Etat », *J.T.*, 2017, pp. 101-102, ici p. 102.

4 Jeroen VAN NIEUWENHOVE, « Openbaarheid van de adviezen van de Raad van State », *TvW*, 2017/1, pp. 3-18, ici p. 18.

5 Robert ANDERSEN, « Vers une publicité générale et intégrale des avis du Conseil d'Etat », in *Les visages de l'Etat. Liber Amicorum Yves Lejeune*, Bruxelles, Bruylant, 2017, pp. 74-89, ici p. 89.

6 *Doc. parl.*, Chambre, 2014-2015, n° 54-0682/001.

7 Avis du Conseil d'Etat n° 57 690/AG du 6 octobre 2015. Tous les avis du Conseil d'Etat à partir du numéro 11.000 étant à présent publiés sur le site internet du Conseil d'Etat, nous ne référencerons désormais plus, en note, que le numéro de l'avis, pour autant qu'il soit postérieur à l'avis publié le plus ancien. Les avis sont disponibles à l'adresse électronique suivante : <http://www.raadvst-consetat.be/>.

L'arrêt du 21 décembre 2017 clôturera par conséquent notre tour d'horizon (III.).

II. REGIME APPLICABLE AVANT LA REFORME

Depuis 1946, date de naissance de la plus haute juridiction administrative, l'évolution en matière de publication des avis de la section de législation n'a pas été, il faut l'avouer, d'une particulière célérité. La confidentialité de principe (A.) a perduré au long des années. Néanmoins, de nombreuses tentatives de réforme, parfois abouties, ont jalonné ce long fleuve tranquille (B.).

A. La confidentialité de principe

Initialement, le principe était que les avis de la section de législation du Conseil d'Etat étaient confidentiels, sauf lorsque la loi en disposait autrement.

La publication des avis du Conseil d'Etat n'a néanmoins pas toujours été une préoccupation majeure depuis sa création en 1946. Il est vrai qu'à ce moment, la section de législation était supposée cantonnée à un avis exclusivement *légistique*, « de zorg om heldere, goed leesbare en begrijpbare, eenvouding te interpreteren, taalkundig correcte en coherente teksten te hebben »⁸. Ainsi, on se souviendra qu'en 1957, Pierre VERMEYLEN, alors ministre de l'Intérieur, pointait comme principal problème relatif aux avis du Conseil d'Etat, le fait que leur diffusion et publication « ne sont pas assuré[e]s comme il se doit dans les deux langues nationales »⁹. Le « strikt vertrouwelijk karakter » des avis n'était, lui, pas remis en question.

Toutefois, les voix s'élevant contre le secret des avis furent de plus en plus nombreuses. On jugeait d'ailleurs la confidentialité d'autant plus « regrettable lorsqu'il s'agit des droits et libertés des individus »¹⁰, dans un sens de l'histoire qui se meut de plus en plus vers l'idée d'un contrôle de constitutionnalité le plus ouvert et accessible possible.

La *ratio legis* de la confidentialité des avis était simple à comprendre. On considérait en effet généralement que les avis étaient la propriété de l'organe qui les a demandés, et qu'il relevait de la libre appréciation de celui-ci de les divulguer ou non. La section de législation est avant tout un outil processuel et légistique au service du (puis des) législateur(s) du pays, et non de ses citoyens. D'ailleurs, il faut se rappeler que le « Conseil d'Etat ne donne par conséquent aucune suite aux demandes de copies d'avis non publiés »¹¹.

A titre d'exception, la publicité des avis est cependant obligatoire lorsqu'ils portent sur des avant-projets de normes de rang législatif, à savoir de lois,

8 Jan VELAERS, *De Grondwet en de Raad van State Afdeling wetgeving*, Antwerpen, Maklu, 1999, p. 20

9 Pierre VERMEYLEN, « Le Conseil d'Etat belge », in *Livre jubilaire du Conseil d'Etat du Grand-Duché de Luxembourg, publié à l'occasion du centenaire de son institution*, 1957, p. 146

10 Jacques SALMON, *Le Conseil d'Etat*, t. 1, Bruxelles, Bruylant, 1994, p. 137

11 Christian LAMBOTTE, *Le Conseil d'Etat*, 2^e éd., Gand, Story-Scientia (coll. Tout savoir sur...), 1992, p. 81

L'arrêt du 21 décembre 2017 clôturera par conséquent notre tour d'horizon (III.).

II. REGIME APPLICABLE AVANT LA REFORME

Depuis 1946, date de naissance de la plus haute juridiction administrative, l'évolution en matière de publication des avis de la section de législation n'a pas été, il faut l'avouer, d'une particulière célérité. La confidentialité de principe (A.) a perduré au long des années. Néanmoins, de nombreuses tentatives de réforme, parfois abouties, ont jalonné ce long fleuve tranquille (B.).

A. La confidentialité de principe

Initialement, le principe était que les avis de la section de législation du Conseil d'Etat étaient confidentiels, sauf lorsque la loi en disposait autrement.

La publication des avis du Conseil d'Etat n'a néanmoins pas toujours été une préoccupation majeure depuis sa création en 1946. Il est vrai qu'à ce moment, la section de législation était supposée cantonnée à un avis exclusivement *légitime*, « de zorg om heldere, goed leesbare en begrijpbare, eenvouding te interpreteren, taalkundig correcte en coherente teksten te hebben »⁸. Ainsi, on se souviendra qu'en 1957, Pierre VERMEYLEN, alors ministre de l'Intérieur, pointait comme principal problème relatif aux avis du Conseil d'Etat, le fait que leur diffusion et publication « ne sont pas assuré[e]s comme il se doit dans les deux langues nationales »⁹. Le « strikt vertrouwelijk karakter » des avis n'était, lui, pas remis en question.

Toutefois, les voix s'élevant contre le secret des avis furent de plus en plus nombreuses. On jugeait d'ailleurs la confidentialité d'autant plus « regrettable lorsqu'il s'agit des droits et libertés des individus »¹⁰, dans un sens de l'histoire qui se meut de plus en plus vers l'idée d'un contrôle de constitutionnalité le plus ouvert et accessible possible.

La *ratio legis* de la confidentialité des avis était simple à comprendre. On considérait en effet généralement que les avis étaient la propriété de l'organe qui les a demandés, et qu'il relevait de la libre appréciation de celui-ci de les divulguer ou non. La section de législation est avant tout un outil processuel et légistique au service du (puis des) législateur(s) du pays, et non de ses citoyens. D'ailleurs, il faut se rappeler que le « Conseil d'Etat ne donne par conséquent aucune suite aux demandes de copies d'avis non publiés »¹¹.

A titre d'exception, la publicité des avis est cependant obligatoire lorsqu'ils portent sur des avant-projets de normes de rang législatif, à savoir de lois,

8 Jan VELAERS, *De Grondwet en de Raad van State Afdeling wetgeving*, Antwerpen, Maklu, 1999, p. 20.

9 Pierre VERMEYLEN, « Le Conseil d'Etat belge », in *Livre jubilaire du Conseil d'Etat du Grand-Duché de Luxembourg, publié à l'occasion du centenaire de son institution*, 1957, p. 146.

10 Jacques SALMON, *Le Conseil d'Etat*, t. 1, Bruxelles, Bruylant, 1994, p. 137.

11 Christian LAMBOTTE, *Le Conseil d'Etat*, 2^e éd., Gand, Story-Scientia (coll. Tout savoir sur...), 1992, p. 81.

appliqués, on peut notamment citer le droit à la vie privée, la sécurité nationale, ou encore la recherche ou la poursuite de faits punissables¹⁷. Toutefois, en dépit de l'existence de voies de recours, le caractère fastidieux de telles demandes est de nature à en décourager plus d'un¹⁸.

Une seconde difficulté tient à l'accessibilité, en pratique, des avis du Conseil d'Etat, en ce compris ceux pour lesquels une publication obligatoire est édictée. On se souviendra en effet que le défaut de publication obligatoire, sous l'empire de l'article 3 des lois coordonnées, ne donnait pas lieu à une sanction¹⁹.

Bien entendu, si le chercheur non suffisamment alerté pouvait en pâtir, il n'en allait pas forcément de même des justiciables qui, bien entendu, disposaient du droit d'obtenir une copie de l'avis du Conseil d'Etat, dans le cadre d'un recours contre une norme réglementaire, qu'il soit porté en annulation devant la section de contentieux du Conseil d'Etat ou à travers l'exception d'illégalité devant tout juge en vertu de l'article 159 de la Constitution. L'autorité administrative, auteur de la norme, est en effet « tenue de déposer un dossier administratif complet », celui-ci devant comprendre l'avis et le projet de texte²⁰. Mais ceci suppose naturellement une procédure pendante, il n'est donc pas question d'évaluer les chances d'une procédure au regard d'un avis du Conseil d'Etat non publié, à défaut d'y avoir accès.

En outre, si les avis rendus sur des normes de rang législatif sont, comme on l'a dit plus haut, souvent intégrés dans les *Documents parlementaires*²¹, la grande majorité des avis du Conseil d'Etat ne concernent pas des normes législatives mais bien réglementaires. Selon le rapport annuel 2015-2016, sur les 1.930 demandes d'avis au Conseil d'Etat, 611 l'ont été relativement à des projets ou propositions de normes de rang législatif, soit à peine 31,65 %²². A la vue de ces chiffres, l'accessibilité aux avis du Conseil d'Etat est une notion toute relative.

Ceci explique que la doctrine, de manière constante, a pointé du doigt l'inefficacité de la loi. En 1998, Gustaaf BAETEMAN, Geert DEBERSAQUES et Marnix

17 Pour plus d'informations, voy Pierre-Olivier DE BROUX, Delphine DE JONGHE, Renaud SIMAR et Maxime VANDERSTRAETEN, « Chapitre 4 Les exceptions à la publicité des documents administratifs », in *La publicité de l'administration*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp 133-192.

18 Sur les voies de recours, voy. Pol DEBROUX, Jean-Baptiste LEVAUX et Valérie MICHIELS, « Chapitre 6 Les voies de recours », in *La publicité de l'administration*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 203-262

19 Jacques SALMON, Jacques JAUMOTTE et Eric THIBAUT, *Le Conseil d'Etat de Belgique*, vol 1, Bruxelles, Bruylant, 2012, p 301

20 Jacques SALMON, Jacques JAUMOTTE et Eric THIBAUT, *Le Conseil d'Etat de Belgique*, vol 1, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 299

21 *L'article 73 du Règlement de la Chambre dispose : « Les projets de loi, les propositions de loi, les amendements, les rapports des commissions, les avis du Conseil d'Etat, les décisions de la commission parlementaire de concertation ainsi que tous les autres documents parlementaires sont communiqués en même temps aux membres de la Chambre et du Sénat », tandis que l'article 153 dispose : « La liste des projets de loi adoptés par la Chambre est publiée chaque année avant le 31 octobre, sous la forme d'un document parlementaire. Cette liste mentionne selon le cas, pour chaque projet, l'état d'avancement de la discussion au Sénat, la date de sanction et de promulgation par le Roi et la date de publication au *Moniteur belge* ».*

22 Ces chiffres tirés du rapport d'activité du Conseil d'Etat 2015-2016 (spéc. pp 35-39), disponible à l'adresse suivante <http://www.raadvst-consetat.be/>, onglet « Institution »

VAN DAMME voyaient les avis de la section de législation du Conseil d'Etat principalement « met een waas van geheimhouding »²³. Ainsi, de nombreuses difficultés pratiques sont mises en exergue ; tant les avocats que les chercheurs sont confrontés à la « geringe toegankelijkheid » des avis du Conseil d'Etat, eux-mêmes, en outre, dispersés entre divers *Documents parlementaires* et le *Moniteur belge*²⁴. Cette dissémination ne jouait pas de clarté, alors que les avis du Conseil d'Etat sont précisément l'instrument de clarification de l'interprétation d'une règle juridique au profit des justiciables. Jan VELAERS ajoutait même, en 2000, que « [d]e aviezen van de Raad van State zijn relatief onbekend »²⁵, illustration, s'il en est, de l'inadéquation de la législation de l'époque en la matière.

C. Différentes tentatives de modifier la loi

A la suite de ce mouvement doctrinal, plusieurs tentatives de modifier le régime de publicité et de publication des avis du Conseil d'Etat ont vu le jour. Nous nous pencherons succinctement sur la période avant 2008 (1.) avant d'analyser la proposition de 2008 et l'avis de Conseil d'Etat y relatif (2.).

1. Tentatives avant 2008

La doctrine a longtemps appelé de ses vœux un changement de régime. Au fil du temps, certains ont plaidé pour des solutions diverses. Ainsi, on a pu proposer l'installation d'un porte-parole du Conseil d'Etat, dont la tâche aurait été de porter à la connaissance du public les jugements et avis du Conseil d'Etat et d'en préciser le contenu. Cette solution, pour toute originale qu'elle fut, n'a pas manqué de laisser la doctrine sceptique²⁶. Pour Christian LAMBOTTE, la publication pourrait être circonscrite aux « avis de portée doctrinale et abstraite » à l'exclusion des avis qui créeraient des difficultés politiques²⁷. Si l'intention est intéressante, sa potentielle concrétisation se serait avérée pour le moins ardue. Jan VELAERS, quant à lui, a plaidé pour une obligation de publication intégrale de tous les avis, ou à tout le moins des avis que le Conseil d'Etat lui-même considère comme susceptibles d'être publiés, compte tenu de l'importance des projets traités dans l'avis²⁸.

23 Gustaaf BAETEMAN, Geert DEBERSAQUES en Marnix VAN DAMME, *50 jaar Raad van State*, Brugge, die Keure, 1998, p. 105

24 Gustaaf BAETEMAN, Geert DEBERSAQUES en Marnix VAN DAMME, *50 jaar Raad van State*, Brugge, die Keure, 1998, p. 106.

25 Jan VELAERS, « Preadvies. De wetgevingsadvisering door de Raad van State in België », in *Vereniging voor de vergelijkende studies van het recht van België en Nederland*, Deventer, Tjeenk Willink, 2000, p. 68

26 Gustaaf BAETEMAN, Geert DEBERSAQUES en Marnix VAN DAMME, *50 jaar Raad van State*, Brugge, die Keure, 1998, p. 108

27 Christian LAMBOTTE, *Le Conseil d'Etat*, 2^e éd., Gand, Story-Scientia (coll. Tout savoir sur...), 1992, p. 82

28 Jan VELAERS, « Preadvies. De wetgevingsadvisering door de Raad van State in België », in *Vereniging voor de vergelijkende studies van het recht van België en Nederland*, Deventer, Tjeenk Willink, 2000, p. 71. A noter que, même après la publication de la loi de 2016, certains auteurs n'ont, étonnamment, pas abandonné cette conception. Robert Andersen écrivait ainsi : « La question mérite d'ailleurs d'être posée s'il n'aurait pas été justifié de ne publier qu'une partie des anciens

En 2003, une première réforme est menée à bien. Selon le Conseil des ministres, « [c]ompte tenu du nombre élevé d'avis donnés par la section de législation dans les matières les plus diverses, il est en effet essentiel que ceux-ci soient recensés dans une pareille banque de données »²⁹.

Cette réforme consiste principalement à refondre le cadre du personnel du Conseil d'Etat mais contient également une disposition qui confie à l'Auditorat le soin de tenir à jour une base de données comprenant notamment les avis de la section de législation du Conseil d'Etat³⁰. A l'époque, l'avant-projet avait été le fruit d'une concertation et d'un accord entre la majorité politique en place et le Conseil d'Etat lui-même³¹.

2. La proposition de 2008 et l'avis du Conseil d'Etat

En 2008, une nouvelle proposition voit le jour³². Déposée par Mme Isabelle DURANT, elle reprend le texte d'une proposition qui a déjà été déposée au Sénat le 17 juillet 2003³³. La proposition dispose : « Après leur transmission à l'instance ou à la personne qui les a sollicités, les avis de la section de législation sont publiés le plus rapidement possible par un réseau d'information accessible au public ».

A cette date, on remarquera d'ores et déjà que la conception de la confidentialité des avis a évolué, tant du côté du monde politique que du côté de la section de législation du Conseil d'Etat elle-même, et que ceux-ci sont prêts à mener à bien la réforme. En dépit de cette volonté, la proposition ne sera toutefois pas relevée de caducité.

Nous pouvons néanmoins effectuer un détour par la position du Conseil d'Etat³⁴, à ce moment-là.

D'une légisprudence plutôt « rigoriste », le Conseil d'Etat, au fil de ses avis rendus sur les diverses tentatives de changement des lois coordonnées, a progressivement mué vers une position plus conciliante. Ceci est particulièrement patent en ce qui concerne l'interprétation des règles répartitrices de compétences.

Le principal apport de l'avis de 2009 est de se pencher sur la question du législateur compétent en matière de publication des avis du Conseil d'Etat mais aussi des textes sur lesquels ces avis portent. En substance, la section de législation estime que l'article 160 de la Constitution n'étend pas sa portée jusqu'à couvrir la publication de textes fédérés, contrairement à la publication

avis, ceux présentant encore un intérêt du point de vue doctrinal, à sélectionner par le Conseil d'Etat » (Robert ANDERSEN, « Vers une publicité générale et intégrale des avis du Conseil d'Etat », in *Les visages de l'Etat. Liber Amicorum Yves Lejeune*, Bruxelles, Bruylant, 2017, pp 74-89, ici p 88)

29 Avis du Conseil d'Etat n° 34.262/AG du 23 octobre 2002, p. 9.

30 Loi du 2 avril 2003 modifiant certains aspects de la législation relative à l'organisation et au fonctionnement de la section de législation du Conseil d'Etat, *M B*, 14 mai 2003

31 Rédaction d'un avant-projet de loi 33 630/AV-AG, pp. 18-19.

32 *Doc. parl*, Sénat, 2007-2008, n° 4-247/1.

33 *Doc. parl*, Sénat, sess extr 2003, n° 3-95/1.

34 Avis du Conseil d'Etat n° 45.646/AG du 13 janvier 2009.

des avis du Conseil d'Etat. Si la publication de ces textes affecte certes « dans une certaine mesure le fonctionnement des organes des communautés et des régions »³⁵, le législateur fédéral reste compétent au titre de l'article 160 de la Constitution pour régler l'ensemble des questions touchant à la consultation du Conseil d'Etat. Il en est autrement de la publicité des textes légaux qui ont fait l'objet de l'avis. Pour ceux-ci, le Conseil d'Etat conclut, en 2009, à l'incompétence du législateur fédéral ordinaire car il toucherait « de manière étroite au fonctionnement même des organes »³⁶. Face à ce constat, la section de législation formule une proposition qui, selon elle, « permettrait d'assurer une meilleure sécurité juridique »³⁷. Celle-ci est simple : une majorité fédérale ordinaire suffit pour la publicité des avis du Conseil d'Etat, ainsi que des textes fédéraux et de la Communauté germanophone ; tandis qu'une majorité spéciale devrait être atteinte si l'on désire modifier le régime de publicité des textes législatifs ou réglementaires des Communautés, Régions, de la Commission communautaire commune et de la Commission communautaire française³⁸.

III. ANALYSE DU REGIME ACTUEL

Enfin, une proposition de loi modifiant les lois sur le Conseil d'Etat en vue de la publication des avis de la section de législation est déposée le 4 décembre 2014 par M. Stefaan VAN HECKE et Mme Zakia KHATTABI³⁹. Cette nouvelle proposition est sensiblement similaire aux précédentes mais vise, en outre, à obliger le Conseil d'Etat à publier, à terme, sur Internet⁴⁰, les dizaines de milliers d'avis déjà rendus par la section de législation.

La proposition de loi, bicamérale optionnelle, fait l'objet d'un avis du Conseil d'Etat le 20 octobre 2015, est amendée, puis est votée à la Chambre le 16 juin 2016 sans avoir été évoquée par le Sénat. Elle est publiée au *Moniteur belge* le 14 septembre 2016. Nous analyserons l'avis du Conseil d'Etat rendu sur la proposition de loi (A.) avant de nous pencher sur le contenu de la loi finalement adoptée et sa mise en œuvre (B.).

A. L'avis du Conseil d'Etat du 5 octobre 2015

La section de législation du Conseil d'Etat a rendu, en assemblée générale, un avis sur la proposition qui a mené à la loi de 2016, le 5 octobre 2015⁴¹. Nous constatons d'emblée que cet avis est en grande partie favorable à la

35 Avis du Conseil d'Etat n° 45.646/AG du 13 janvier 2009, § 3

36 Avis du Conseil d'Etat n° 45.646/AG du 13 janvier 2009, § 7

37 Avis du Conseil d'Etat n° 45.646/AG du 13 janvier 2009, § 8

38 Avis du Conseil d'Etat n° 45.646/AG du 13 janvier 2009, §§ 10.1 et 10.2

39 *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 2014-2015, n° 54-682/1

40 A la question de savoir si les termes « par la voie d'un réseau d'information électronique accessible au public » visent Internet, une réponse affirmative tombe sous le sens. C'est à titre surabondant que le Conseil d'Etat avait relevé que « C'est d'ailleurs actuellement ce réseau électronique, souvent identifié par les trois lettres "www" du protocole utilisé pour y accéder, qui permet la consultation du site du Conseil d'Etat identifié ci-dessus » (Avis du Conseil d'Etat n° 45.646/AG du 13 janvier 2009, § 13.1)

41 Avis du Conseil d'Etat n° 57.690/AG du 5 octobre 2015

réforme entreprise. L'avis contient par ailleurs quelques inflexions, voire des revirements, par rapport à l'avis de 2009.

Le point le plus marquant à cet égard est la question de savoir quel législateur est compétent pour régler cette matière. Comme on le sait, précédemment, le Conseil d'Etat avait, pour des raisons de sécurité juridique, préconisé une réforme en deux temps, correspondant aux deux types de majorités à obtenir au sein du Parlement fédéral, ordinaire ou spéciale.

*

A titre de propos liminaire, deux informations importantes sont à relever.

D'une part, il faut noter que le Conseil d'Etat effectue une distinction nouvelle par rapport à sa jurisprudence antérieure, à savoir entre les textes « aboutis » et les textes « non aboutis ». Celle-ci sera d'une grande importance dans ses conséquences juridiques, comme nous le verrons plus loin. Le Conseil d'Etat définit ces notions nouvelles comme suit :

« Par textes "aboutis", on entend, d'une part, les propositions de norme législative publiées dans les documents parlementaires, les avant-projets de norme législative déposés sous la forme de projets, les projets de loi adoptés par une des assemblées du Parlement fédéral, ainsi que les amendements – d'initiative parlementaire ou gouvernementale – et, d'autre part, les textes réglementaires adoptés et publiés. A l'inverse, les textes "non aboutis" concernent, d'une part, les propositions de norme législative non publiées dans les documents parlementaires, les avant-projets de norme législative non déposés sous la forme de projets ainsi que les projets d'amendement non déposés sous la forme d'amendements et, d'autre part, les textes réglementaires non adoptés ni publiés »⁴².

D'autre part, le Conseil d'Etat maintient sa position selon laquelle « la lecture d'un avis ne peut en effet utilement se comprendre que si le texte concerné peut être consulté par la même occasion. A défaut, la portée de cet avis risque d'apparaître difficilement, voire se révéler incompréhensible »⁴³. Dès lors, « il est permis de soutenir que des mesures garantissant la publicité des textes soumis à l'avis de la section de législation peuvent raisonnablement être considérées comme nécessaires pour assurer l'efficacité d'un dispositif qui organise la publicité des avis eux-mêmes »⁴⁴.

Partant de ces deux constats, nous analyserons donc l'avis n° 57.690 sous le prisme de la compétence relative à la publication des avis et des textes y relatifs, à la lumière de la dichotomie entre textes aboutis et non aboutis. Nous traiterons les textes *aboutis* fédéraux (1.) puis fédérés (2.) avant d'aborder les textes *non aboutis* fédéraux (3.) et fédérés (4.).

42 Avis du Conseil d'Etat n° 57.690/AG du 5 octobre 2015, § 16

43 Avis du Conseil d'Etat n° 57.690/AG du 5 octobre 2015, § 6

44 Avis du Conseil d'Etat n° 57.690/AG du 5 octobre 2015, § 13.

1. *Les textes fédéraux aboutis et les avis rendus sur ceux-ci*

La compétence fédérale ordinaire par rapport à la publication des avis du Conseil d'Etat dans ce cas est confirmée. Le Conseil d'Etat insiste légitimement sur l'objectif essentiel de la réforme, à savoir celui de « contribuer à la qualité de l'œuvre législative et réglementaire »⁴⁵.

S'agissant des textes tant législatifs que réglementaires, leur réglementation par le législateur fédéral ne pose pas plus de difficulté⁴⁶. Pour les textes législatifs, l'argument est simple : les textes sont en effet d'ores et déjà disponibles par un autre biais, à savoir les *Documents parlementaires*. Pour les normes réglementaires, par contre, aucune publicité n'a jusqu'à présent été prévue. C'est donc par un argument de proportionnalité que le Conseil d'Etat raisonne, ne constatant à l'encontre de cette conclusion « aucune justification pertinente, même au titre de la nécessité »⁴⁷.

2. *Les textes fédérés aboutis et les avis rendus sur ceux-ci*

A la question de savoir, comme en 2009, si la consultation des textes « est à ce point nécessaire que son règlement serait intégré à la compétence du législateur fédéral en matière de publicité des avis proprement dits, fût-ce de manière accessoire »⁴⁸, la section de législation infléchit sa position prise six ans plus tôt.

En ce qui concerne la publication des textes des Communautés et Régions, de la COCOM et de la COCOF, le revirement de jurisprudence en ce qui concerne la compétence du législateur est clairement annoncé :

« Après avoir procédé à un nouvel examen, le Conseil d'Etat, assemblée générale de la section de législation, pense pouvoir conclure de manière plus certaine à la compétence du législateur fédéral agissant à la majorité ordinaire »⁴⁹.

La section de législation abandonne donc l'idée, exprimée dans l'avis n° 45.646, que cette matière pourrait idéalement être réglée par une loi adoptée à la majorité spéciale ; le législateur fédéral ordinaire est donc bien compétent pour régler la publicité des avis relatifs à des textes fédérés aboutis, en ce compris la publicité des textes eux-mêmes. Aucun accord de la part de l'entité fédérée, auteur du texte, n'est dès lors requis : le Conseil d'Etat n'aperçoit en effet pas « en quoi la publication intégrale de ces textes avec les avis y relatifs pourrait affecter de manière disproportionnée les compétences dévolues aux entités fédérées »⁵⁰.

45 Avis du Conseil d'Etat n° 57.690/AG du 5 octobre 2015, § 6

46 Avis du Conseil d'Etat n° 57.690/AG du 5 octobre 2015, § 5

47 Avis du Conseil d'Etat n° 57.690/AG du 5 octobre 2015, § 17.1.

48 Avis du Conseil d'Etat n° 57.690/AG du 5 octobre 2015, § 7.

49 Avis du Conseil d'Etat n° 57.690/AG du 5 octobre 2015, § 11.

50 Avis du Conseil d'Etat n° 57.690/AG du 5 octobre 2015, § 17.1

3. *Les textes fédéraux non aboutis et les avis rendus sur ceux-ci*

Concernant les textes fédéraux non aboutis, il ne fait aucun doute pour le Conseil d'Etat que la publication des avis qui les concernent, ainsi que celle des textes eux-mêmes, puissent être réglées par le législateur fédéral ordinaire en vertu de l'article 160 de la Constitution.

Dans un registre qui tend légèrement vers l'opportunité, mais qui repose certainement sur des arguments tenant à la protection de l'initiative politique (voy. *infra* dans le cadre de l'analyse de l'arrêt de la Cour constitutionnelle), le Conseil d'Etat rajoute : « Il peut toutefois assortir la publicité de ces avis et textes de certaines conditions, par exemple en prescrivant que leur publication n'interviendra qu'à la fin de la législature ». C'est le choix que fera par la suite le législateur dans la loi de 2016. Nous y reviendrons.

A cet égard, la non-publication des avis relatifs à des textes non aboutis, avant la réforme de 2016, mène parfois à des situations très peu souhaitables, ce que la section de législation du Conseil d'Etat relève incidemment⁵¹. En effet, la proposition de loi déposée en 2008 n'ayant finalement eu de suite sur le plan législatif, l'avis du Conseil d'Etat y relatif n'a par conséquent pas été publié. Lorsqu'on connaît la portée dudit avis, analysé plus haut, cela ne manque pas de piquant.

4. *Les textes fédérés non aboutis et les avis rendus sur ceux-ci*

Il s'agit là pour le Conseil d'Etat de la catégorie la plus délicate du point de vue de l'analyse de légalité de la compétence. La section de législation résout le problème par un argument de proportionnalité.

La solution à laquelle arrive celle-ci est la suivante :

« Le législateur ne peut pas régler unilatéralement la publicité des avis du Conseil d'Etat donnés sur des textes non aboutis des communautés et des régions, pas plus que la publicité de ces textes eux-mêmes »⁵².

Il s'agit donc ici de la seule catégorie pour laquelle le Conseil d'Etat conclut à l'incompétence totale du législateur fédéral. Bien entendu, poursuit l'avis, il est envisageable que les Communautés et Régions elles-mêmes assentent expressément à la publication de leurs textes et aux avis relatifs. Cette dernière éventualité sera par ailleurs intégrée dans la loi de 2016. Nous y reviendrons.

*

Il apparaît de la sorte que la distinction entre textes aboutis et non aboutis, *in casu*, n'est en définitive rien d'autre qu'une spécification concrète et adaptée du principe de proportionnalité en matière de répartition de compétences. Subtile, cette distinction vise également à éclairer la Cour constitutionnelle sur un éventuel contrôle de constitutionnalité de la loi du 16 août 2016 au regard d'arguments tirés de la répartition de compétences, voire de la loyauté

51 Avis du Conseil d'Etat n° 57.690/AG du 5 octobre 2015, § 8 et note 18.

52 Avis du Conseil d'Etat n° 57.690/AG du 5 octobre 2015, § 19, 3°

fédérale. On le verra *infra*, la Cour n'aura pas eu directement l'occasion de se saisir frontalement du sujet mais a, de façon incidente, avalisé le raisonnement dichotomique de la section de législation.

B. Le contenu de la loi de 2016 et sa mise en œuvre

La loi du 16 août 2016 insère quatre nouveaux articles dans les lois coordonnées sur le Conseil d'Etat. Ils concernent tous la publication des avis de la section de législation et des textes juridiques qui y sont relatifs.

L'article 5/1 L.C.C.E. consacre le principe et gouverne la matière à partir du 1^{er} janvier 2017. « Le Conseil d'Etat assure sans délai, par la voie d'un réseau d'information électronique accessible au public, la publication des avis qu'il donne et qui sont mentionnés au présent titre. Il y joint l'ensemble des textes sur lesquels ces avis portent. »

L'article 5/2 L.C.C.E. émet quant à lui des exceptions, ou nuances, au principe ainsi énoncé, en différant dans le temps la publication de certains textes. Cette dérogation concerne trois catégories d'instruments juridiques, dans trois alinéas différents.

Premièrement, « [...] si l'avis se rapporte à un avant-projet de loi, de décret ou d'ordonnance, la publication n'intervient qu'au dépôt du projet qui en résulte ».

Deuxièmement, « [s]i l'avis se rapporte à des amendements à un projet ou à une proposition, la publication intervient au dépôt de ceux-ci ou, si l'avis est demandé postérieurement au dépôt, lorsque l'avis est remis à l'assemblée qui l'a demandé ».

Ces deux exceptions ont pour objectif de ne pas mettre en péril les arbitrages, auprès des auteurs des textes, en matière d'opportunité politique. Il s'agit, en quelque sorte, de ne pas sanctionner l'autorité qui aura fait preuve de diligence en soumettant un avant-projet de texte à l'avis du Conseil d'Etat mais que ce dernier aurait trop critiqué, sous peine de décourager l'audace législative et réglementaire.

Enfin, troisièmement, « [s]'il se rapporte à un projet d'arrêté ou à un projet d'arrêté rendant obligatoire une convention collective de travail, elle n'intervient que si celui est publié au *Moniteur belge* ».

Cette exception peut également être appréhendée sous un angle politique. Il ne s'agit ici plus tant de mettre à mal d'éventuelles décisions en opportunité politique, mais plutôt de ne pas porter atteinte au fragile équilibre que constitue la concertation sociale dans l'ordre juridique belge.

L'article 5/3, quant à lui, est directement inspiré de la jurisprudence précitée du Conseil d'Etat en matière de publication de ses avis. Il respecte sur ce point d'une part la répartition des compétences entre les législateurs fédéral et fédérés et d'autre part la dichotomie effectuée par la section de législation du Conseil d'Etat entre textes aboutis et non aboutis.

Le paragraphe 1^{er} dispose : « Les avis qui portent sur des avant-projets de loi qui n'ont pas été déposés, sur des amendements à ceux-ci et sur des projets d'arrêtés fédéraux qui n'ont pas été publiés au *Moniteur belge*, ainsi que les textes de ces avant-projets, amendements et projets d'arrêtés sont publiés après la dissolution de la Chambre des représentants »⁵³. Il ne s'agit là que du prolongement logique des deux premières exceptions à la publication sans délai, vues plus haut. Si tant l'argument d'une absence d'effet juridique que celui de la préservation politique trouvent leur place dans la justification d'une « post-position » dans le temps de la publication, ils ne suffisent pas à les exclure à jamais de toute publication.

Le second paragraphe de l'article 5/3 concerne les avis rendus sur des textes non aboutis des entités fédérées ainsi que, *a fortiori*, les textes eux-mêmes. Conformément à l'avis n° 57.690, le Parlement fédéral, tant à la majorité ordinaire qu'à la majorité spéciale, est incompétent pour régler la publication des textes fédérés non aboutis, de même que les avis y afférents. Afin de parer à un recours en annulation probablement victorieux devant la Cour constitutionnelle, le législateur fédéral n'a donc eu de choix que de s'en référer au bon vouloir des entités fédérées en prévoyant que ces avis et textes « ne peuvent être publiés qu'avec l'accord de la région ou communauté concernée ». Il s'agit là de la dernière épine dans la chaussure de la publication intégrale sur le site du Conseil d'Etat. Nous partageons par conséquent l'espoir des premiers commentateurs de la loi de 2016 de voir à l'avenir les législateurs des entités fédérées adopter les dispositions idoines concernant l'autorisation de la publication par le Conseil d'Etat de leur propre législation non aboutie⁵⁴. A l'heure où nous écrivons, aucune disposition de ce genre n'est à l'agenda des parlements fédérés.

*

Enfin, en ce qui concerne les modalités de la publication des avis du Conseil d'Etat, l'article 5/4 délègue au Roi le soin de les fixer, sous réserve d'avis conjoint du premier président et de l'auditeur général du Conseil d'Etat. Cet arrêté royal n'a toujours pas, plus d'un an après l'entrée en vigueur de la loi, été adopté. Néanmoins, le Conseil d'Etat, d'initiative, a intégré ses avis sur son site Internet, dans le respect des conditions légales. La même constatation peut être faite pour le second vœu du législateur, à savoir celui de progressivement mettre à jour la banque de données informatisée du Conseil d'Etat en rendant accessible l'intégralité des avis rendus par la section de législation (article 6 de la loi du 6 août 2016). Le délai imparti aux services administratifs du Conseil d'Etat s'étend jusqu'au 1^{er} janvier 2019. Malgré l'absence d'arrêté royal pour en déterminer les modalités, force est de constater que l'entreprise suit son cours à un rythme soutenu, de l'initiative du Conseil d'Etat, puisqu'au 21 février 2017, les avis numéros 47.000 à 56.999, rendus entre 2009 et 2015, étaient publiés⁵⁵,

53 Nous remarquerons, incidemment, qu'aucune sanction n'est actuellement prévue pour le respect de cette disposition. Il sera temps, au moment de la dissolution des chambres en 2019, d'observer la situation de la publication des avis.

54 Geoffrey NINANE, « Publication des avis de la section de législation du Conseil d'Etat », *J.T.*, 2017, p. 102

55 Actualités du Conseil d'Etat, 21 février 2017, disponible à l'adresse suivante <http://www.raadvst-consetat.be/?page=news&lang=nl&newsitem=397>.

au 10 juillet 2017, la collection remontait à l'avis numéro 18.000, datant de 1987⁵⁶, et enfin, à l'heure où ce texte est finalisé (à la mi-janvier 2018), nous en sommes à l'avis numéro 11.000, rendu le 8 janvier 1970.

IV. L'ARRET DE LA COUR CONSTITUTIONNELLE DU 21 DECEMBRE 2017

La Cour a rendu le 21 décembre 2017 un arrêt à la suite d'un recours en annulation introduit par une série de particuliers et d'ASBL le 3 octobre 2016⁵⁷. La Cour a rejeté le recours, mais il est néanmoins intéressant de s'y attarder.

A. Positions des parties et arguments au fond

Les requérants attaquaient les articles 5/2, alinéa 3, et 5/3, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, insérés par la loi du 16 août 2016.

Les moyens avancés par les requérants sont pris de la violation des articles 10, 11, 23 et 32 de la Constitution, combinés ou non avec la Convention d'Aarhus, la directive 2003/4/CE, l'article 160 de la Constitution et, le cas échéant, les articles 6, 8 et 13 de la Convention européenne des droits de l'homme. Un moyen est également pris de la violation des règles répartitrices de compétences.

En tout état de cause, les requérants focalisent leur attention sur le fait que, selon eux, l'obligation de publication insérée par la loi du 16 août 2016 ne concerne pas tous les textes sur lesquels portent les avis du Conseil d'Etat. Ceci constitue, à les croire, une discrimination non justifiée, de même que la situation des personnes qui devront en outre faire face à l'obligation d'obtenir l'accord de l'autorité fédérée compétente.

B. Position de la Cour

On peut d'emblée déplorer que le recours ait été formulé de telle manière que la Cour, selon elle, n'a pu raisonnablement opérer qu'un contrôle d'intérêt et de recevabilité sur la plupart des griefs avancés. Seul un seul moyen a, finalement, retenu l'attention de la Cour au fond. L'intérêt et la recevabilité retiendront néanmoins également notre attention.

1. Quant à l'intérêt

Un premier élément doit tout d'abord être relevé. Au travers d'un raisonnement strictement cantonné à l'intérêt à agir, la Cour fait sien le raisonnement tenu par la section de législation du Conseil d'Etat dans son avis relatif à la loi de 2016, spécialement en ce qui concerne la distinction entre les textes qui ont abouti et les textes non aboutis.

56 Yves LEJEUNE, *Droit constitutionnel belge. Fondements et institutions* (3^e éd.), Bruxelles, Larcier, 2017, p. 270, note 395

57 C.C., 21 décembre 2017, n° 149/2017

D'une part, pour ce qui est des textes qui ont abouti, après avoir rappelé que « l'action populaire n'est pas admissible » (B.3.2.), la Cour énonce que

« la faculté pour chaque personne de prendre connaissance en tout temps des règles édictées est un droit inhérent à l'Etat de droit puisque c'est cette connaissance qui permettra à chacun de s'y conformer » (B.3.4.)⁵⁸.

Or,

« [l]avis de la section de législation du Conseil d'Etat constitue en principe une composante intrinsèque de l'élaboration des règles concernées » (B.3.5., § 1^{er}).

Partant,

« toute personne possède un intérêt à contester les dispositions d'une loi qui règle le mode de publication de ces avis » (B.3.5., § 3).

Le syllogisme est éclairant, et l'ouverture de l'intérêt à agir paraît plus large que jamais.

D'autre part, en ce qui concerne les textes non aboutis, force est de constater que la Cour effectue une gymnastique assez périlleuse dans son rejet de l'intérêt des parties. Face au « droit inhérent à l'Etat de droit » que constitue l'accès par un justiciable à tous les avis du Conseil d'Etat, la Cour pouvait difficilement exonérer les textes non aboutis de cette protection constitutionnelle forte, protection qui de plus est déduite d'un principe général de droit.

Les juges de la Place royale avancent dès lors un argument plus fort encore : l'« atteinte à un aspect de l'Etat de droit démocratique qui est à ce point essentiel que sa protection intéresse tous les citoyens » (B.3.5., § 3). Sur cette notion d'« aspect de l'Etat de droit démocratique qui est à ce point essentiel que sa protection intéresse tous les citoyens », on peut relever que la Cour l'a introduit dans son arrêt 62/2016 relatif au Traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance au sein de l'Union économique et monétaire (T.S.C.G.)⁵⁹. Bien que la Cour eût conclu, à l'époque, à l'inapplicabilité *in casu* de cette notion, certains commentateurs y ont vu la possibilité prétorienne d'une « action populaire matériellement limitée »⁶⁰. Nous sommes ici face à un même constat.

58 Voy. C.C., 16 juin 2004, n° 106/2004, B 3 2. Bien qu'ayant déjà été soulevé par des requérants, le concept de « droit inhérent à l'Etat de droit » n'a été consacré que dans l'arrêt de 2004.

59 C.C., 28 avril 2016, n° 62/2016, B.8.9. A noter toutefois que l'arrêt de 2016 semble circonscrire cette notion aux dispositions qui porteraient atteinte à l'identité nationale inhérente aux structures fondamentales, politiques et constitutionnelles ou aux valeurs fondamentales de la protection que la Constitution confère aux justiciables. Voy. sur ce point : Anne LEVADE, « Identité nationale ou constitutionnelle ? », in *L'identité à la croisée des Etats et de l'Europe*, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 187-206, Céline ROMAINVILLE, Paul DERMINE et Matthieu LYS, « L'influence du droit constitutionnel sur le droit de l'Union européenne », *Revue*, 2015/3-4, pp. 451-497, spéc. pp. 484-495.

60 Mathias EL BERHOUMI, Luc DETROUX, Julian CLARENNE, Pierre-Olivier DE BROUX, Hélène LEROUXEL, Youri MOSSOUX, Célia NENNEN, Cécilia RIZCALLAH, Nathan TULKENS, Sébastien VAN DROUGHENBROECK,

En trois considérants, la Cour trace une frontière éthérée entre (1.) l'impossibilité de principe d'une action populaire, (2.) l'intérêt extensible au titre de règle inhérente à l'Etat de droit et (3.) l'action populaire matériellement limitée, axée sur le concept d'atteinte à un aspect de l'Etat de droit démocratique qui est à ce point essentiel que sa protection intéresse tous les citoyens. Une chose est certaine, le droit à l'accès à des textes aboutis relève de la seconde catégorie, voire de la troisième, au contraire du droit à l'accès à des textes non aboutis.

Les requérants ont donc un intérêt quasiment absolu à attaquer les normes qui ont trait à la publication et à l'accessibilité du processus législatif (textes et avis) relatif à des textes aboutis, mais se voient refuser l'intérêt à agir pour les textes non aboutis.

2. *Quant à la recevabilité*

La Cour, après avoir rappelé la possibilité d'effectuer un raisonnement combinatoire devant elle, estime, à raison, que la simple mention de l'article 23 de la Constitution, sans exposer « en quoi la disposition attaquée violerait cette disposition constitutionnelle, ne peut pas suffire pour satisfaire aux exigences de l'article 6 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle » (B.4.3.).

3. *Quant au quatrième moyen*

On l'a dit, seul le quatrième moyen, pris de la violation des articles 10, 11, 23 et 32 de la Constitution, combinés ou non avec la Convention d'Aarhus, la directive 2003/3/CE et l'article 160 de la Constitution, a été retenu par la Cour, uniquement pour l'article 5/2, alinéa 3, des lois coordonnées.

Pour la Cour, la restriction d'accès des justiciables à une norme non publiée, quand bien même elle ferait déjà naître des droits dans leur chef, n'est pas discriminatoire. Il est parfaitement compréhensible que le législateur ne prévoie cette accessibilité qu'à partir du moment où le texte est publié, conformément à l'article 190 de la Constitution. « Par conséquent, il est raisonnablement justifié que le justiciable puisse consulter l'avis dès que l'arrêté devient obligatoire » (B.9., § 2).

4. *Réflexions conclusives*

Cet arrêt de rejet, bien qu'il n'emporte aucune conséquence juridique pratique pour les justiciables face à la loi de 2016, est néanmoins intéressant à plus d'un titre.

En effet, la lecture conjointe de l'avis du Conseil d'Etat n° 57.690 et de l'arrêt de la Cour constitutionnelle n° 149/2017 renforce l'idée de l'existence, désormais partagée par les deux juridictions, d'une différenciation juridique entre les

textes normatifs non aboutis et les textes aboutis, tels que définis par la section de législation. Tous deux seraient, en raison de leur contenu, des éléments inhérents au fonctionnement de l'Etat de droit, ainsi que les avis du Conseil d'Etat qui y sont liés, en ce qu'ils sont un rouage nécessaire du processus législatif démocratique. L'accès à ces textes et avis est dès lors protégé, dans le chef de chaque justiciable, et constitue un droit subjectif inhérent à l'Etat de droit.

Une différenciation est cependant à relever. L'atteinte au droit d'accès, relevé plus haut, ne serait pas, à en croire la Cour, constitutive d'une violation de la Constitution de manière absolue. Les premiers – aboutis – bénéficient d'une large protection inhérente à leurs effets juridiques sur les justiciables, tandis que les seconds – non aboutis – peuvent faire l'objet de restrictions justifiées.

Sur les contours de ces éventuelles restrictions et justifications, la Cour ne dit mot. Il est toutefois permis, selon nous, de tenter une prospective, à la lumière des termes de l'arrêt. Ainsi, pour les avis rendus par le Conseil d'Etat relatifs à des projets de textes non aboutis, l'accès peut être en partie réduit, à la condition que cette restriction ne porte pas directement atteinte à un aspect de l'Etat de droit démocratique qui est à ce point essentiel que sa protection intéresse tous les citoyens. Il s'agit donc d'un critère de proportionnalité. On serait tenté de voir, dans ce raisonnement, une réminiscence de l'ancienne conception de la publicité des avis au regard de leur contenu potentiellement politique. Certes, la manière d'appréhender le contenu de l'avis de la section de législation s'est fortement juridicisée ces dernières années, ce qui explique qu'un argument tel que celui tiré du secret des délibérations du gouvernement n'a plus une place aussi importante dans un discours sur la nécessité de publier ces avis⁶¹. Néanmoins, la césure opérée entre textes aboutis et non aboutis ne jette pas aux oubliettes cette notion. On peut en effet raisonnablement penser que les textes non aboutis, par le fait même de ne pas avoir été finalement déposés, sont par essence plus sensibles politiquement. Leur non-dépôt peut, notamment, refléter un désaccord au sein de la majorité, que celle-ci n'a aucune intention d'étaler sur la place publique. Comme l'avait écrit Christian LAMBOTTE, « [1] n'est certes pas indiqué de permettre la publication ou la publicité d'un avis qui engendrerait des problèmes à l'autorité chargée de faire un choix politique en toute opportunité »⁶².

Il est donc sain, dans une société démocratique, de traiter ce type de textes différemment. C'est également ainsi que raisonne le législateur, en permettant tout de même la publication de ces textes après la dissolution des chambres (article 5/3, nouveau, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat). Le critère, dans ce cas, est bien plus le contenu politique que l'existence d'effet juridique.

61 Un tel argument avait encore été mentionné par la section du contentieux du Conseil d'Etat dans son arrêt *Jordan*, précité, comme pouvant amener à restreindre l'accès à certains types d'avis en fonction de leur contenu. Par contre, dans son avis relatif à la proposition de loi de 2008, la section de législation a estimé qu'« il ne paraît pas pertinent d'opposer un argument pris de la confidentialité des délibérations gouvernementales à la publication intégrale du projet d'arrêté lui-même » (avis du Conseil d'Etat n° 45 646/AG du 13 janvier 2009, § 12.3.)

62 Christian LAMBOTTE, *Le Conseil d'Etat*, 2^e éd., Gand, Story-Scientia (coll. Tout savoir sur...), 1992, p. 82.

V. CONCLUSION

« Rien ne sert de courir, il faut partir à point », écrivait LA FONTAINE. D'ici 2019, à l'aube de sa soixante-treizième année d'existence, le Conseil d'Etat rendra disponibles plus de soixante mille avis de manière électronique sur son site Internet. Avec cela, c'est une ère qui s'achève, une véritable époque, celle du papier et des bibliothèques, celle des académiques et « cabinetards » bien informés, capables de sortir, à la surprise de leur interlocuteur, un avis non publié et complètement inconnu rendu il y a dix ou vingt ans qui a somnolé dans un lointain tiroir d'un ministère... ou dans une bibliothèque bien tenue d'un centre d'études ou d'un service universitaire, prêt à être exhibé au moment opportun.

Concernant la dernière digue justificative, à savoir celle de la protection de l'opportunité politique pour les textes non aboutis, il est fort à parier, selon nous, qu'elle finisse elle aussi, à terme, par disparaître. Une anecdote récente est à cet égard illustrative. Le gouvernement wallon a planché sur une réforme des allocations familiales et a, à ce titre, transmis une demande d'avis au Conseil d'Etat, avis dont les conclusions, quelque peu critiques, ont immédiatement « fuité » dans la presse⁶³. Du côté du site Internet du Conseil d'Etat cependant, l'avis est manquant, étant donné qu'il porte, à ce stade, sur un texte inabouti.

Faut-il s'en réjouir ? Que reste-t-il de marge de manœuvre politique à un ministre s'il sait que la moindre idée juridiquement audacieuse peut le conduire à être publiquement épinglé dans un avis... pourtant *de jure secret* ?

Si la loi de 2016 est une bonne réforme, il convient donc de ne pas s'emporter d'enthousiasme : la transparence a des vertus de connaissance et de sécurité juridique incontestables, mais il est également essentiel de ne pas verser dans une situation qui décourage structurellement, au niveau des décideurs politiques, des idées inédites et novatrices : la publicité des avis du Conseil d'Etat peut en effet, si elle n'est pas, à l'égard de tels projets, bien encadrée, s'avérer contre-productive – il faut préserver, parmi les décideurs, ceux qui ont le courage de faire des propositions qui sortent des sentiers battus, en veillant à ce que d'éventuelles critiques faites par le Conseil d'Etat ne viennent pas, par une publicité prématurée et indue, tuer dans l'œuf des projets pourtant sensés et juridiquement amendables : l'objectif de transparence ne justifie pas tout.

Ce point mis à part, la réforme réalisée par la loi de 2016 est assurément positive. La « mine d'or constitutionnelle », comme Jan VELAERS l'appelle dans l'une de ses contributions consacrées à la matière, s'apprête donc à être ouverte au grand public⁶⁴. L'avocat s'en réjouira. Le chercheur également.

63 « Le Conseil d'Etat recale le gouvernement wallon sur les allocations familiales », *La Libre Belgique*, 10 janvier 2018.

64 Jan VELAERS, « De Grondwet en de Raad van State, afdeling wetgeving Vijftig jaar adviezen aan wetgevende vergaderingen », in *Het Licht van de rechtspraak van het Arbitragehof*, Antwerpen, Maklu, 1999, p. 13

PUBLIEKRECHT

S. SOTTIAUX (ed.)

De omgevingsvergunning: de krachtlijnen van het vernieuwde vergunningenlandschap

*Prof. dr. Kurt DEKETELAERE, Gewoon hoogleraar KU Leuven
Mr. Thomas STERCKX, Vrij medewerker KU Leuven en advocaat*

Actualia aanbestedingsrecht

*Prof. dr. David D'HOOGHE, Deeltijds Hoogleraar KU Leuven – Advocaat-vennoot Stibbe
Rozanne VANDER HULST, Advocaat Stibbe*

De Concessiewet. Kleine zusje van de Overheidsopdrachtenwet voor grote(re) projecten

*Prof. dr. Steven VAN GARSSE, Universiteit Hasselt en Antwerpen/Antwerp Management School, advocaat te Brussel
Mr. Alexander VERSHAVE, Advocaat te Antwerpen*

Het Vlaams Onteigeningsdecreet in veertien doelstellingen

*Prof. dr. Stijn VERBIST, Docent UHasselt, advocaat-vennoot Verbist Advocatuur
Dr. Claire BUGGENHOUDT, Vrijwillig wetenschappelijk medewerker UHasselt, advocaat Verbist Advocatuur*

Discriminatiewetgeving revisited Recente Europese en nationale rechtspraak over discriminatie (2012-2017)

*Marie SPINOY, Master in de Rechten KU Leuven, studente Magister Juris Universiteit Oxford
Stefan SOTTIAUX, Hoofddocent KU Leuven, advocaat*

Beperkingen aan het recht op bescherming van eigendom

*Prof. dr. Niels APPERMONT, Docent Universiteit Hasselt
Prof. dr. Jan THEUNIS, Hoofddocent Universiteit Hasselt referendaris Grondwettelijk Hof*

Publication des avis du Conseil d'Etat – Réflexions autour de la loi du 16 août 2016 modifiant les lois sur le Conseil d'Etat, et l'arrêt de la Cour constitutionnelle du 21 décembre 2017

*Christian BEHRENDT, Deeltijds gewoon hoogleraar KU Leuven, Professeur ordinaire à l'Université de Liège, Assesseur au Conseil d'Etat
Quentin PIRONNET, Maître de conférences et assistant à l'Université de Liège*

Tijdens het academiejaar 2014-2015 zijn volgende cahiers verschenen

- 89. Vennootschaps- en financieel recht, Prof dr K. GEENS (ed)
- 90. Publiekrecht, Prof dr S. SOTTIAUX, Prof dr P. SCHOLLEN (eds)
- 91. Economisch recht, Prof dr W. DEVROE, Prof. dr B. KEIRSBILCK, Prof. dr E. TERRYN (eds.)
- 92. Bijzondere overeenkomsten, Prof. dr. B. TILLEMAN, Prof. dr A.-L. VERBEKE, Prof dr P. BRULEZ (eds)
- 93. Aansprakelijkheids- en verzekeringsrecht, Prof dr. C. Van SCHOUBROECK,
Prof dr I. SAMDY (eds.)

Tijdens het academiejaar 2015-2016 zijn volgende cahiers verschenen

- 94 Insolventie- en beslagrecht, Prof. dr. E. STORME (ed)
- 95. Verbintenissenrecht, Prof dr S. STIJS (ed)
- 96. Familiaal vermogensrecht, Prof. dr. C. DECLERCK, J. DU MONGH, A.-L. VERBEKE (eds.)
- 97. Straf- en strafprocesrecht, Prof dr F. VERBRUGGEN (ed.)

Tijdens het academiejaar 2016-2017 zijn volgende cahiers verschenen

- 98 Personen- en familierecht, Prof dr. P. SENAËVE, Prof dr I. BOONE, Prof. dr C. DECLERCK, Prof dr J. DU MONGH (eds)
- 99 Vastgoedrecht, Prof dr V. SAGAERT (ed.)
- 100 Gerechtelijk recht, Prof. dr S. VOËT, Prof. dr. B. ALLEMEERSCH (eds)
- 101 Medisch recht, Prof dr S. LIERMAN, Prof dr G. SCHAMPS (eds.)

Deze boeken kunnen besteld worden bij:

DIE KEURE - Professional Publishing
Kleine Pathoekeweg 3
8000 Brugge
tel.: 050/47.12.72
fax: 050/33.51.54
e-mail: professional.publishing@diekeure.be
website: www.diekeure.be

Depotnummer
2017 / 0147 / 467

ISBN (EAN)-nummer
978 90 4863 253 4

Bestelcode: 202 181 100

die Keure, Kleine Pathoekeweg 3, 8000 Brugge
Niets van deze uitgave, zelfs gedeeltelijk, mag openbaar gemaakt worden, gereproduceerd worden, vertaald of aangepast, onder enige vorm ook, hierin begrepen fotokopie, microfilm, bandopname of plaat, of opgeslagen worden in een geautomatiseerd gegevensbestand behoudens uitdrukkelijke en voorafgaande toestemming van de uitgever.