L'ASSESSEUR AU CONSEIL D'ÉTAT

PAR

ROBERT ANDERSEN

PRÉSIDENT DU CONSEIL D'ÉTAT
PROFESSEUR À L'UNIVERSITÉ CATHOLIQUE DE LOUVAIN

1. Même si, depuis quelque temps, les médias véhiculent régulièrement des informations concernant les diverses activités du Conseil d'Etat et contribuent ainsi à rendre l'institution mieux connue du public en général, des zones d'ombre subsistent. Ainsi, la distinction n'est pas toujours faite entre les activités qui relèvent de la section de législation et celles qui ressortissent à la section d'administration comme en atteste l'amalgame encore souvent établi entre les avis et les arrêts et leurs effets respectifs à l'égard de leurs destinataires. Si l'institution est mieux connue qu'auparavant, il n'en va pas de même des personnes en lesquelles elle s'incarne. Certes, l'homme de la rue n'ignore pas qu'il existe des conseillers d'Etat et des auditeurs, même si leurs rôles respectifs ne sont pas toujours perçus clairement, mais ils ignorent tout des assesseurs. Il y a là une lacune qu'il convient impérativement de combler.

2. L'étymologie nous apprend que le mot assesseur trouve son origine dans le mot latin *adsessor* et, plus exactement, dans le latin médiéval où le mot *assessor* servait à désigner « celui qui est assis auprès de quelqu'un, un aide, un adjoint ». Le mot apparaît en effet pour la première fois sous la forme *assisseur* « conseiller des juges » en 1236 (Trésor des chartes du comté de Rethel). La forme moderne assesseur, de même sens, remonte, quant à elle, à 1538 (*Dictionarium latinogallicum* de Robert Estienne). En français médiéval et moderne, le mot assesseur connaîtra divers emplois juridiques, politico-administratifs ou encore liés à l'histoire romaine. Un sens daté de 1586 ne manque pas de piquant : « conseiller intime », pour les magiciens à propos des démons ! (1). Ce n'est évidemment pas ce

(1) Voir l'article *assessor*, dû à Eva BUCHI, in Walther von WARTBURG, *Französisches Etymologisches Wörterbuch*, Bâle, Zbinden, 1990, T. XXV, pp. 530-532.

rôle que joue l'assesseur au Conseil d'Etat. Peut-il être qualifié de conseiller des juges ? A cet égard, il convient d'emblée de souligner que l'assesseur au Conseil d'Etat n'exerce aucune fonction juridictionnelle, ni celle d'un juge, laquelle est exercée par les seuls conseillers d'Etat, ni celle d'« *amicus curiae* » chargé d'éclairer, par ses conseils, le juge sur la solution à donner au litige, ce rôle étant assumé par les membres de l'auditorat. De manière plus générale, il n'intervient en aucune manière dans les multiples activités de la section d'administration du Conseil d'Etat, pas même dans les avis motivés dont il est question à l'article 9 des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973. L'assesseur au Conseil d'Etat est membre de la section de législation, c'est-là exclusivement qu'il exerce sa fonction. En quoi celle-ci consiste-t-elle ? Pour en avoir une juste perception et en mesurer exactement toute la portée, il convient de se rapporter à l'histoire de l'institution (2).

3. On rappellera que si l'institution a seulement été créée en 1946, après maintes et maintes tergiversations, dues essentiellement à l'opposition de certains milieux craignant qu'il soit porté tant soi peu atteinte aux compétences que la Constitution attribue au pouvoir judiciaire. Les discussions homériques qui précédèrent l'adoption des articles 9 et 10 et, davantage encore, de l'article 7 de la loi précitée du 23 décembre 1946 portant création d'un Conseil d'Etat sont, à cet égard, tout à fait significatives. Par contre, l'utilité de créer une commission composée de jurisconsultes chargés d'assister l'exécutif gouvernemental et les Chambres législatives dans l'exercice de leur fonction normative ne fut jamais sérieusement contestée. Tout au plus le souci fut-il exprimé de voir la section de législation être cantonnée dans une fonction purement consultative limitée aux seuls aspects juridiques.

4. Si, à l'origine, dans la proposition de loi Carton de Wiart de 1936, il était seulement question de créer « une Cour du contentieux administratif » – l'auteur de la proposition était d'avis qu'en ce qui concerne l'aide à la fonction normative, il suffisait d'étendre l'activité du Comité permanent de législation constitué auprès du Ministère de la Justice par l'arrêté royal du 3 décembre 1911 et réorganisé par celui du 13 mai 1922 à l'ensemble des départements minis-

(2) Sur l'élaboration de la loi du 23 décembre 1946 portant création d'un Conseil d'Etat, voir *Pasinomie*, 1946, T. 2, pp. 1065 à 1383.

tériels et de rattacher plus méthodiquement cette activité à celle du Parlement lui-même – (3), les esprits furent rapidement gagnés par l'idée de réunir dans une seule et même institution une « Cour administrative » et un « Conseil de législation », ceci tant pour des considérations de rationalité que d'économie. Il fut toutefois souligné, à maintes reprises, que la composition de la section de législation et d'administration du Conseil d'Etat devait refléter la nature distincte de leurs attributions et, par suite, être elle-même distincte.

5. A la différence de la section d'administration dont les membres doivent tous être versés dans les matières du droit public et administratif sur lesquelles portent les affaires contentieuses qui leur sont soumises, la section de législation, ayant à connaître de projets de textes normatifs relevant de toutes les disciplines juridiques, a besoin de jurisconsultes spécialisés dans ces diverses disciplines. C'est ainsi qu'il fut décidé que cette section serait composée de deux éléments distincts : un noyau permanent, destiné à assurer la continuité et l'unité des travaux, formé de conseillers d'Etat et, en nombre plus important en raison même de la diversité des matières à traiter, des jurisconsultes spécialisés dans ces matières, qui collaboreraient aux travaux de la section tout en continuant à exercer leurs fonctions principales au dehors. Initialement dénommés membres extraordinaires du Conseil d'Etat, par opposition aux membres permanents, membres ordinaires du Conseil, ces collaborateurs reçurent ultérieurement le titre d'assesseurs. Alors que les premiers étaient nommés à vie, les seconds l'étaient pour un terme déterminé, en principe de cinq ans. Les membres extraordinaires disposaient même de la majorité au sein de la section de législation. Ce n'est qu'ultérieurement, dans le rapport fait au nom de la commission par Monsieur Kluyskens, que le texte du projet gouvernemental fut modifié en ce sens qu'en dehors des cas d'urgence, la section de législation siègerait au nombre de cinq membres, étant les trois membres du Conseil d'Etat ou leurs suppléants, et deux assesseurs » (4).

6. Si le nombre de conseillers membres de la section de législation a varié au fil du temps : d'abord en cours d'élaboration de la loi du 23 décembre 1946 précitée aux fins de diviser la section en deux

(3) *Pasinomie*, 1946, T. 2, p. 1068.
(4) *Pasinomie*, 1046, T. 2, p. 1096.

chambres, l'une de langue néerlandaise, l'autre de langue française, ensuite pour tenir compte de l'accroissement constant du nombre d'affaires soumises à ladite section, le nombre des assesseurs est, lui, demeuré constant depuis l'origine : il est de dix au maximum. Si, initialement, cette possibilité n'avait pas été prévue, les textes originels furent rapidement modifiés afin de permettre aux chambres de la section de législation d'appeler exceptionnellement en consultation sur des questions spéciales des juristes particulièrement qualifiés. Suite aux interventions de Monsieur Carton de Wiart, le texte fut modifié sur deux points : d'une part, il fut admis qu'à l'instar du Conseil de législation, il pourrait être fait appel à des experts, chaque fois que la matière le justifierait, ce qui justifia la suppression de la restriction résultant de l'adverbe « exceptionnellement »; d'autre part, il fut entendu qu'en raison même de l'extrême complexité de sa fonction consultative, la section de législation devrait pouvoir consulter sur des questions spécialisées non seulement des juristes, mais également d'autres experts particulièrement au fait de celles-ci, comme l'avait fait d'ailleurs en certaines circonstances le susdit Conseil de législation (5).

7. Comme on peut le constater, les assesseurs sont membres à part entière de la section de législation. Leur fonction ne se différencie de celle des conseillers d'Etat que par le caractère temporaire de leur mandat. Les uns et les autres ont voix délibérative et leur vote a le même poids et ce, aussi bien lorsque le vote intervient au sein d'une chambre unilingue qu'en chambres réunies ou en assemblée générale de la section de législation. L'existence de ce lien institutionnel fort qui relie l'assesseur à la section de législation est encore attestée par le fait que les assesseurs assistent aux assemblées générales lorsque l'ordre du jour comporte des objets intéressant la section à laquelle ils appartiennent et qu'ils y ont voix délibérative en ce qui concerne ces objets-là, notamment les dispositions du règlement d'ordre intérieur qui ont trait à ladite section (art. 100 et 101 des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973). Leur situation s'écarte, quant à ce, de celle des experts (6) et également de celle des auditeurs affectés spécialement à la section de légis-

(5) *Pasinomie*, 1946, t. 2, p. 1122 et pp. 1147 et 1148.

(6) Sur la distinction entre l'assesseur et l'expert, voir R. ANDERSEN et M. VAN DAMME, « La section de législation du Conseil d'Etat », in *Conseil d'Etat, Liber Memorialis 1948-1998*, p. 101, n° 30.

lation qui, bien que participant aux travaux de celle-ci selon les directives de l'auditeur général, n'y ont pas droit de vote.

8. Le mot « assesseur » (de la section de législation du Conseil d'Etat) peut dès lors paraître quelque peu équivoque en ce qu'il pourrait donner à penser que le titulaire de cette fonction peut certes prêter assistance aux conseillers d'Etat membres de la section, en être les collaborateurs mais sans disposer en propre du même pouvoir de décision. Au risque de se répéter, la section de législation est composée de conseillers d'Etat et d'assesseurs et les avis qu'elle donne est leur œuvre commune. L'avis est donné par eux sur le rapport de l'auditeur. Les premiers sont membres permanents et à temps plein de la section de législation, les seconds en sont membres temporaires et à temps partiel.

9. A l'origine cependant, il fut fait exception pour les cas d'urgence (7). A l'époque, il était toutefois entendu que la plupart du temps les avis seraient donnés par une chambre composée de trois conseillers et de deux assesseurs et ce n'est que dans des circonstances exceptionnelles, lorsque l'avis serait sollicité dans un délai si court qu'il serait impossible de convoquer les deux assesseurs, qu'il serait donné en leur absence par les seuls conseillers. Inutile de dire que cette vue idyllique ne correspond plus à la réalité, la procédure d'urgence étant devenue la règle et la procédure normale l'exception. L'article 81 des lois sur le Conseil d'Etat coordonnées le 2 janvier 1973 consacre une formule plus souple : c'est au président de la chambre saisie de la demande d'avis qu'il appartient de décider non plus seulement en fonction du délai dans lequel l'avis doit être donné, mais plus généralement selon les nécessités de l'affaire, qu'un seul assesseur sera appelé à siéger ou qu'elle siègera sans assesseur.

10. Appelés les uns et les autres à exercer la même fonction consultative, rien de plus normal que leur statut soit, dans une très large mesure, semblable sous réserve de quelques différences notables qui tiennent au fait que les assesseurs continuent à exercer ailleurs leur fonction principale. Au départ, les conditions de nomination étaient les mêmes. Selon l'article 30, alinéa 1er, de la loi du 23 décembre 1946 précitée, pour être nommé membre du Conseil d'Etat ou assesseur de la section de législation, il fallait avoir 35 ans

(7) *Pasinomie*, 1946, t. 2, pp. 1096 et 1104.

accomplis, être docteur en droit et avoir, pendant au moins dix ans, suivi le barreau, occupé des emplois d'administration générale ou des fonctions judiciaires, ou encore avoir enseigné le droit dans une université belge. La procédure était toutefois légèrement différente puisque si les conseillers d'Etat et les assesseurs étaient nommés par le Roi, les premiers l'étaient à vie, sur deux listes comprenant chacune trois candidats et présentées par le Conseil d'Etat et alternativement par la Chambre des représentants et le Sénat (8), et les seconds pour un terme de cinq ans renouvelable sur une liste triple de candidats présentés par l'assemblée générale des membres du Conseil d'Etat (9).

De même, à l'exception du Premier Président qui prête serment entre les mains du Roi, les conseillers et assesseurs prêtent eux serment entre les mains du Premier Président et ce, dans le mois à compter du jour où leur nomination leur aura été notifiée faute de quoi il peut être pourvu à leur remplacement (10).

La loi du 8 septembre 1997 a sensiblement modifié la situation préexistante. Outre les conditions habituelles d'âge, fixé actuellement à 37 ans, de diplôme universitaire et d'expérience professionnelle utile de nature juridique de dix ans au moins, il est désormais exigé des candidats qu'ils satisfassent à une condition supplémentaire objectivement constatable et attestant de la haute valeur des candidats (art. 70, § 2, des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973). Quant à la procédure de nomination proprement dite, le changement est plus radical en ce que l'article 70, § 1er, des mêmes lois distingue nettement selon que l'assemblée générale du Conseil d'Etat présente sa liste de trois candidats à l'unanimité ou non : en cas d'unanimité, la présentation ne peut être refusée qu'à des conditions restrictives qui, en l'absence d'unanimité, font défaut; dans le premier cas, l'assemblée générale du Conseil d'Etat est invitée à procéder à une nouvelle présentation tandis que dans le second (et également lors d'une nouvelle présentation à la suite d'un refus), la Chambre des représentants ou le Sénat peuvent alternativement soit confirmer la liste présentée par l'assemblée générale, soit présenter une seconde liste de trois noms. Sur la suggestion

(8) Art. 34 de la loi du 23 décembre 1946. Ce n'est qu'au cours des travaux préparatoires de cette loi que cette intervention des Chambres législatives dans la procédure de nomination fut prévue (*Pas.*, 1946, t. 2, p. 1301).

(9) Art. 35 de la loi du 23 décembre 1946.

(10) Art. 38 de la loi du 23 décembre 1946, précitée.

de la section de législation du Conseil d'Etat (11), le projet devenu la loi précitée du 8 septembre 1997 modifie également l'article 80 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat de manière à rétablir la similarité quant aux conditions et à la procédure de nomination applicables aux conseillers d'Etat et aux assesseurs de la section de législation du Conseil d'Etat. A noter cependant que ce rétablissement de la similarité implique, en ce qui concerne la nomination de ces derniers, une intervention des Chambres législatives inexistante auparavant.

11. Cette similarité porte, pour l'essentiel, sur les conditions et la procédure de nomination et ne se prolonge guère au-delà. Ceci s'explique par la circonstance que les assesseurs de la section de législation n'acquièrent pas de par leur nomination la qualité de magistrat, même pas pour la durée de leur mandat (12). La raison en est que leur fonction au Conseil d'Etat revêt seulement un caractère accessoire. Ainsi, le régime des incompatibilités prévu à l'article 107 des lois coordonnées, qui est applicable aux membres du Conseil d'Etat, ne l'est pas aux assesseurs. Ainsi encore, les articles 108 (interdiction d'être requis pour un service public sauf les cas prévus par la loi) et 109 (interdiction d'exercer certaines activités) des mêmes lois coordonnées ne leur sont pas davantage applicables, à une exception près : l'interdiction d'assumer la défense des intéressés et de leur donner des consultations en ce qui concerne les recours en annulation et en cassation au Conseil d'Etat. De même, les dispositions des lois coordonnées relatives à l'accomplissement des missions ou à l'exercice de fonctions auprès d'institutions nationales, supranationales, internationales ou étrangères ne leur sont pas applicables.

Ils ne sont pas soumis non plus au régime disciplinaire prévu à l'article 115 des lois coordonnées précitées. En l'absence de texte spécifique les concernant, la seule sanction consiste dans le non-renouvellement de leur mandat à l'échéance du terme.

Quant au statut pécuniaire, il n'est pas sans intérêt de relever qu'à la différence des conseillers qui perçoivent un traitement, les

(11) *Doc. parl.*, Sénat, sess. 1996-1997, doc. n° 1-539/1, p. 11.

(12) Si un magistrat (de l'ordre judiciaire) est nommé assesseur au Conseil d'Etat, il conserve évidemment la qualité de magistrat, qui lui vaut notamment de bénéficier du privilège de juridiction.

assesseurs ont droit à des indemnités (art. 103 des lois coordonnées) (13).

12. Des réformes ont été proposées en vue de revoir la composition de la section de législation. Ainsi, il a été suggéré de supprimer les assesseurs de la section de législation laquelle serait dès lors exclusivement composée de conseillers d'Etat et, en quelque sorte pour compenser cette perte, d'établir une liste fournie d'experts dans laquelle la section de législation pourrait puiser au coup par coup en fonction de la nature de l'affaire. G. Baeteman, Premier Président émérite du Conseil d'Etat, a montré, dans son étude consacrée à la section de législation du Conseil d'Etat (14), les difficultés pratiques que ne manquerait pas de susciter cette réforme à première vue séduisante, la principale consistant à concilier l'agenda des experts avec les délais de plus en plus brefs dans lesquels les avis doivent être donnés. Par contre, le nombre des assesseurs étant depuis l'origine immuablement fixé à dix au maximum, peut-être serait-il bon de revoir ce chiffre et de le porter, par exemple, à douze de manière à couvrir un éventail plus large de spécialités.

Une autre proposition faite plus récemment (15) consiste à rendre les deux sections du Conseil d'Etat organiquement et fonctionnellement autonomes, supprimant ainsi tout passage des conseillers d'une section à l'autre, et, à l'instar de la Cour d'arbitrage, à composer, la section de législation, pour moitié de conseillers d'Etat, et, pour moitié, d'anciens parlementaires. Cette proposition encourt, selon nous, une double critique. D'une part, il serait regrettable de mettre fin à la rotation qui permet de faire siéger dans les chambres de législation, des conseillers d'Etat qui, soit occasionnellement, soit pour des périodes plus longues, siègent dans l'autre section et qui peuvent de ce fait se rendre mieux compte des difficultés d'application des normes soumises pour avis à la section de législation. Ce serait d'autant plus fâcheux que l'article 29, alinéa 2, 2e phrase, des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973 est de nature à rassurer ceux qui craindraient que cette rotation ne contrevienne au principe d'impartialité et d'indépendance que consacre

(13) Cette indemnité est égale à la moitié du traitement d'un conseiller d'Etat.

(14) « De Raad van State op de drempel van de 21ste eeuw », in *50 jaar. De Raad van State*, Die Keure, 1998, p. 16.

(15) *Doc. parl.*, Sénat. sess. 2001-2002. Doc. 2-1074/1 ; *Doc. parl.*, Chambre, sess. 2002-2003, Doc. 50 2191/001.

notamment l'article 6, § 1er, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. D'autre part, si la présence d'anciens parlementaires dans une Cour constitutionnelle peut se justifier, il n'en va pas de même dans un organe consultatif chargé de donner au pouvoir politique, en toute indépendance, des avis portant exclusivement sur les aspects juridiques des normes envisagées.

Relevons enfin, pour être complet, une proposition qui, sans toucher à cette composition bipartite de la section de législation, entend confier à une commission composée paritairement de conseillers d'Etat désignés par l'assemblée générale du Conseil d'Etat et de membres extérieurs, le soin de donner au Roi un avis motivé sur les candidats à la fonction de conseiller d'Etat ou d'assesseur (16). La proposition visiblement inspirée de la procédure de nomination des magistrats de l'ordre judiciaire n'apporte pas, à notre sens, de garanties supplémentaires quant à un choix objectif et équilibré des conseillers d'Etat et des assesseurs.

13. Le choix opéré après mûre réflexion, par le législateur originaire lors de la création du Conseil d'Etat, et constamment ratifié depuis lors, de grouper dans une même institution la « Cour administrative » et le « Conseil de législation » et de composer l'organisme consultatif de conseillers d'Etat à temps plein et de jurisconsultes à temps partiel s'est avéré judicieux. En particulier, la présence d'assesseurs, soigneusement choisis, le plus souvent parmi les professeurs de droit de nos universités, fut bénéfique pour la qualité des avis donnés par la section de législation. Le professeur Jacques van Compernolle n'a pas failli à la tradition : il est un grand assesseur.

(16) *Doc. parl.*, Sénat, sess. 1999-2000, Doc. n° 2-368/1.