

ROYAUME DE BELGIQUE

KONINKRIJK BELGIE

AVIS DU CONSEIL D'ETAT

ADVIES VAN DE RAAD VAN STATE

Le CONSEIL D'ETAT, section de législation, deuxième chambre, saisi par le Ministre de la Justice, le 21 octobre 1996, d'une demande d'avis sur un projet de loi "portant ratification de l'arrêté royal du 2 mai 1996 visant à la transposition, en ce qui concerne la profession d'avocat, de la Directive 89/48/CEE du Conseil du 21 décembre 1988 relative à un système général de reconnaissance des diplômes d'enseignement supérieur qui sanctionnent des formations professionnelles d'une durée minimale de trois ans, complétée par la Directive 92/51 du Conseil du 18 juin 1992", a donné le 12 mars 1997 l'avis suivant :

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, tweede kamer, op 21 oktober 1996 door de Minister van Justitie verzocht hem van advies te dienen over een ontwerp van wet "houdende bekrachtiging van het koninklijk besluit van 2 mei 1996 tot omzetting van de Richtlijn 89/48/EEG van de Raad van 21 december 1988 betreffende een algemeen stelsel van erkenning van hoger-onderwijsdiploma's waarmee beroepsopleidingen van tenminste drie jaar worden afgesloten, aangevuld bij de Richtlijn 92/51 van de Raad van 18 juni 1992 wat het beroep van advocaat betreft", heeft op 12 maart 1997 het volgend advies gegeven :

En son avis L. 24.511/2 du 30 mai 1995 rendu sur le projet qui deviendra l'arrêté royal du 2 mai 1996 "visant à la transposition, en ce qui concerne la profession d'avocat, de la Directive 89/48/CEE du Conseil du 21 décembre 1988 relative à un système général de reconnaissance des diplômes d'enseignement supérieur qui sanctionnent des formations professionnelles d'une durée minimale de trois ans, complétée par la Directive 92/51 du Conseil du 18 juin 1992", la section de législation du Conseil d'Etat avait fait l'observation suivante :

"Selon l'article 8, 2., de la directive du Conseil du 21 décembre 1988, la décision par laquelle l'autorité compétente de l'Etat membre d'accueil se prononce sur la demande d'accès à une profession réglementée doit être "susceptible d'un recours juridictionnel de droit interne".

L'arrêté en projet semble bien avoir été élaboré sans avoir suffisamment égard à cette exigence européenne. Ainsi, rien n'est prévu en faveur du ressortissant étranger auquel la dispense de l'épreuve d'aptitude est refusée alors qu'en l'espèce, l'intéressé ne trouve dans aucune disposition préexistante du Code judiciaire la faculté de soumettre à la censure d'une juridiction cette décision du Conseil général de l'Ordre national des avocats.

S'agissant des décisions par lesquelles l'Ordre national des avocats se prononce sur la réunion, dans le chef des demandeurs, des conditions énoncées par l'article 428bis, alinéa 1er, 1^o et 2^o, en projet, le respect du prescrit de l'article 8, 2., de la directive ne paraît guère mieux assuré. Certes, l'article 428ter, § 5, en projet permet à l'intéressé de saisir une commission de recours (1). Toutefois, vu

(1) dont les décisions ne sont, selon le paragraphe 9, alinéa 2, du même article, susceptibles d'aucun recours.

l'ampleur des pouvoirs que le projet (1) accorde à l'Ordre national des avocats en ce qui concerne la composition ainsi que la détermination des règles de fonctionnement de cette commission de recours, celle-ci s'apparente davantage à un organe de l'ordre qu'à une véritable juridiction au sens de l'article 146 de la Constitution."

Interrogé sur les raisons pour lesquelles les auteurs du projet n'ont pas tenu compte de cette remarque, le fonctionnaire délégué répond :

"La commission de recours instituée par l'article 428ter, § 6, du Code judiciaire est une juridiction dotée d'un statut légal. Sa composition, qui est réglée par l'article 428ter, § 7, du Code judiciaire, assure à celle-ci indépendance et impartialité. Cette disposition énonce en effet : "que la commission de recours comprend deux sections, l'une de langue française, et l'autre de langue néerlandaise. Chaque section est composée :

- 1° d'un conseiller ou conseiller émérite à la Cour de cassation. Il est président de la commission;
- 2° d'un bâtonnier ou ancien bâtonnier. Il est secrétaire de la commission;
- 3° d'un professeur actif ou émérite enseignant le droit dans une université belge, qui ne peut être avocat.

De l'examen de cet article, il ressort que les pouvoirs de l'Ordre national des avocats sont, en ce qui concerne la composition de cette commission, réduits : seul le membre bâtonnier ou ancien bâtonnier étant désigné par celui-ci. Les autres sont désignés par le ministre de la Justice (article 428ter, § 9). Donc, en ce qui concerne le vote, le bâtonnier, unique représentant du barreau au sein de la commission, ne

(1) voyez les articles 428ter, § 8, alinéa 1er, et 428septies en projet (articles 2 et 6 du projet).

peut à lui seul créer la majorité. La représentation du barreau ne sera dès lors pas prépondérante (1).

D'autre part, s'il est exact que, selon l'article 428septies du Code judiciaire, le Conseil général de l'Ordre national des avocats fixe les règles de procédure devant le jury et la commission de recours et le fonctionnement de ceux-ci, on ne peut cependant, vu le contenu du règlement intérieur, assimiler cette juridiction à un organe de l'Ordre, les dispositions principales étant fixées par la législation.

Vu les considérations qui précèdent, on peut conclure que la commission de recours est une véritable juridiction au sens de l'article 146 de la Constitution et que le prescrit de l'article 8, 2., de la directive susmentionnée a été respecté."

Il n'apparaît pas que cette réponse énerve totalement la remarque formulée dans l'avis L. 24.511/2.

D'une part, les compétences de la commission de recours énoncées au paragraphe 6 de l'article 428ter du Code judiciaire, introduit par l'article 2 de l'arrêté royal du 2 mai 1996, ne semblent pas couvrir toutes les décisions prises par l'Ordre national des avocats de Belgique visées au paragraphe 1er de la même disposition, notamment le refus

(1) Dans l'arrêt H. contre la Belgique, la Cour européenne des droits de l'homme, statuant sur une demande de réinscription d'un avocat au tableau de l'Ordre, a décidé que le Conseil de l'Ordre d'un arrondissement judiciaire, composé uniquement d'avocats, a fonctionné en tant que juridiction au sens de l'article 6, § 1er, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. En outre, la Cour a estimé que la question de l'impartialité structurelle du Conseil de l'Ordre, ensemble d'avocats élus par leurs pairs, ne se posait pas puisque rien dans le dossier ne permettait de douter de leur impartialité personnelle.

de dispense de l'épreuve d'aptitude. Or, l'article 8, 2., de la directive requiert que la décision ou l'absence de décision relative à une demande d'exercice d'une profession réglementée soit susceptible d'un recours juridictionnel en droit interne.

D'autre part, les règles essentielles relatives à l'organisation, au fonctionnement et à la procédure, en ce qu'elles participent de l'"établissement" d'une juridiction au sens de l'article 146 de la Constitution, doivent être fixées par la loi et non par l'Ordre national des avocats de Belgique. Ce faisant, le législateur doit veiller à ce que cette juridiction soit établie conformément aux exigences, notamment, des articles 148 et 149 de la Constitution et de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme.

Les auteurs du projet doivent revoir fondamentalement les dispositions relatives à la commission de recours afin de la rendre conforme, notamment, à la directive, à la Constitution et à la Convention européenne des droits de l'homme. En outre, conformément à un principe général de procédure, le pourvoi en cassation est de droit à l'encontre de toute décision juridictionnelle.

Observation finale

Le texte néerlandais de l'article 2 devrait être rédigé en tenant compte de l'observation qui est faite dans la version néerlandaise, in fine, du présent avis.

De afdeling wetgeving van de Raad van State heeft in haar advies L. 24.511/2 van 30 mei 1995, uitgebracht over een ontwerp dat het koninklijk besluit van 2 mei 1996 is geworden, "tot omzetting van de richtlijn 89/48/EEG van de Raad van 21 december 1988 betreffende een algemeen stelsel van erkenning van hoger-onderwijsdiploma's waarmee beroepsopleidingen van tenminste drie jaar worden afgesloten, aangevuld bij de richtlijn 91/51 van de Raad van 18 juni 1992 wat het beroep van advocaat betreft", de volgende opmerking gemaakt :

"Volgens artikel 8, 2., van de richtlijn van de Raad van 21 december 1988, dient tegen de beslissing waarbij de bevoegde overheid van de ontvangende Lid-Staat zich uitspreekt over een aanvraag om toelating tot een gereglementeerd beroep "bij een nationale rechterlijke instantie beroep te kunnen worden aangekend".

Het ontworpen besluit blijkt te zijn opgesteld zonder dat met die Europese eis voldoende rekening is gehouden. Zo is niets bepaald ten voordele van de buitenlandse onderdaan aan wie de vrijstelling van het bekwaamheidsexamen geweigerd is terwijl de belanghebbende in casu in geen enkele reeds bestaande bepaling van het Gerechtelijk Wetboek de mogelijkheid vindt om een rechtscollege te adiëren naar aanleiding van die beslissing van de algemene raad van de Nationale Orde van advocaten.

Aangezien het gaat om beslissingen waarbij de Nationale Orde van advocaten uitspraak doet over het feit of de aanvragers voldoen aan alle voorwaarden vermeld in het ontworpen artikel 428bis, eerste lid, 1^o en 2^o, lijkt de naleving van artikel 8, 2., van de richtlijn nauwelijks beter gewaarborgd. Het ontworpen artikel 428ter, § 5, maakt het de belanghebbende weliswaar mogelijk de zaak voor een commissie van

.../...

beroep te brengen (1). Gelet op de uitgebreidheid van de bevoegdheden die bij het ontwerp (2) aan de Nationale Orde van advocaten worden gegeven inzake de samenstelling en de vaststelling van de regels voor het functioneren van die commissie van beroep, lijkt die commissie meer op een orgaan van de orde dan op een echt met eigenlijke rechtspraak belast orgaan in de zin van artikel 146 van de Grondwet."

Op de vraag waarom de stellers van het ontwerp geen rekening hebben gehouden met deze opmerking, antwoordt de gemachtigde ambtenaar het volgende :

"La commission de recours instituée par l'article 428ter, § 6, du Code judiciaire est une juridiction dotée d'un statut légal. Sa composition, qui est réglée par l'article 428ter, § 7, du Code judiciaire, assure à celle-ci indépendance et impartialité. Cette disposition énonce en effet : "que la commission de recours comprend deux sections, l'une de langue française, et l'autre de langue néerlandaise. Chaque section est composée :

- 1^o d'un conseiller ou conseiller émérite à la Cour de cassation. Il est président de la commission;
- 2^o d'un bâtonnier ou ancien bâtonnier. Il est secrétaire de la commission;
- 3^o d'un professeur actif ou émérite enseignant le droit dans une université belge, qui ne peut être avocat.

De l'examen de cet article, il ressort que les pouvoirs de l'Ordre national des avocats sont, en ce qui concerne la composition de cette commission,

-
- (1) waarvan de beslissingen, volgens paragraaf 9, tweede lid, van hetzelfde artikel, niet vatbaar zijn voor enig rechtsmiddel.
- (2) zie de ontworpen artikelen 428ter, § 8, eerste lid, en 428septies (de artikelen 2 en 6 van het ontwerp).

.../...

réduits : seul le membre bâtonnier ou ancien bâtonnier étant désigné par celui-ci. Les autres sont désignés par le ministre de la Justice (article 428ter, § 9). Donc, en ce qui concerne le vote, le bâtonnier, unique représentant du barreau au sein de la commission, ne peut à lui seul créer la majorité. La représentation du barreau ne sera dès lors pas prépondérante (1).

D'autre part, s'il est exact que, selon l'article 428septies du Code judiciaire, le Conseil général de l'Ordre national des avocats fixe les règles de procédure devant le jury et la commission de recours et le fonctionnement de ceux-ci, on ne peut cependant, vu le contenu du règlement intérieur, assimiler cette juridiction à un organe de l'Ordre, les dispositions principales étant fixées par la législation.

Vu les considérations qui précèdent, on peut conclure que la commission de recours est une véritable juridiction au sens de l'article 146 de la Constitution et que le prescrit de l'article 8, 2., de la directive susmentionnée a été respecté."

Het laat zich niet aanzien dat dit antwoord de in advies L. 24.511/2 gemaakte opmerking volledig ontkracht.

(1) Dans l'arrêt H. contre la Belgique, la Cour européenne des droits de l'homme, statuant sur une demande de réinscription d'un avocat au tableau de l'Ordre, a décidé que le Conseil de l'Ordre d'un arrondissement judiciaire, composé uniquement d'avocats, a fonctionné en tant que juridiction au sens de l'article 6, § 1er, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. En outre, la Cour a estimé que la question de l'impartialité structurelle du Conseil de l'Ordre, ensemble d'avocats élus par leurs pairs, ne se posait pas puisque rien dans le dossier ne permettait de douter de leur impartialité personnelle.

Enerzijds lijken de bevoegdheden van de commissie van beroep, die vastgesteld zijn in paragraaf 6 van artikel 428ter van het Gerechtelijk Wetboek, ingevoegd bij artikel 2 van het koninklijk besluit van 2 mei 1996, niet alle in paragraaf 1 van dezelfde bepaling bedoelde beslissingen te bestrijken die worden genomen door de Belgische Nationale Orde van Advocaten, onder meer de weigering tot vrijstelling van het bekwaamheidsexamen. Artikel 8, 2., van de richtlijn vereist evenwel dat tegen de beslissing of het ontbreken van een beslissing over een aanvraag om een gereguleerd beroep uit te oefenen, bij een nationale rechterlijke instantie beroep kan worden aangetekend.

Anderzijds moeten de grondregels voor de organisatie, de werkwijze en de procedure, in zoverre zij voortvloeien uit het "instellen" van een rechtscollege in de zin van artikel 146 van de Grondwet, bij wet worden vastgesteld en niet door de Belgische Nationale Orde van Advocaten. Zodoende moet de wetgever erop toezien dat dit rechtscollege wordt ingesteld overeenkomstig de vereisten van onder meer de artikelen 148 en 149 van de Grondwet en artikel 6 van het Europees Verdrag over de rechten van de mens.

De stellers van het ontwerp moeten de bepalingen betreffende de commissie van beroep grondig herzien om deze in overeenstemming te brengen met onder meer de richtlijn, de Grondwet en het Europees Verdrag over de rechten van de mens. Overeenkomstig een algemeen beginsel van procesrecht staat bovendien cassatieberoep open tegen elke rechterlijke beslissing.

.../...

Slotopmerking

In artikel 2 zou het beter zijn te schrijven :
"... hoger-onderwijsdiploma's ... wordt bekrachtigd met
ingang van de datum van inwerkingtreding ervan".

La chambre était composée de

De kamer was samengesteld uit

Messieurs J.-J. STRYCKMANS,
de Heren

président,
voorzitter,

Y. KREINS,
P. LIENARDY,

conseillers d'Etat,
staatsraden,

F. DELPEREE,
J. van COMPERNOLLE

assesseurs de la
section de législation,
assessoren van de
afdeling wetgeving,

Madame
Mevrouw

J. GIELISSEN,

greffier,
griffier.

Le rapport a été présenté par
M. X. DELGRANGE, auditeur adjoint.
La note du Bureau de coordination
a été rédigée et exposée par
M. B. CUVELIER, référendaire
adjoint.

Het verslag werd uitgebracht
door de H. X. DELGRANGE, adjunct-
auditeur. De nota van het
Coördinatiebureau werd op-
gesteld en toegelicht door de
H. B. CUVELIER, adjunct-
referendaris.

La concordance entre la version
française et la version néerlandai-
se a été vérifiée sous le contrôle
de M. J.-J. STRYCKMANS.

De overeenstemming tussen de
Franse en de Nederlandse tekst
werd nagezien onder toezicht van
de H. J.-J. STRYCKMANS.

LE GREFFIER - DE GRIFFIER,

LE PRESIDENT - DE VOORZITTER,

J. GIELISSEN

J.-J. STRYCKMANS