

ROYAUME DE BELGIQUE

- - - - -

AVIS DU CONSEIL D'ETAT

- - - - -

Le CONSEIL D'ETAT, section de législation, deuxième chambre des vacations, saisi par le Ministre de l'Emploi et de la Formation de la Région wallonne, le 30 juin 2000, d'une demande d'avis, dans un délai ne dépassant pas un mois, sur un avant-projet de décret "modifiant la loi du 8 juillet 1976 organique des centres publics d'aide sociale", a donné le 30 août 2000 l'avis suivant :

1. L'avant-projet a pour but de permettre aux ressortissants de l'Union européenne de pouvoir être élus membres effectifs ou suppléants d'un conseil de l'aide sociale et de faire partie du personnel d'un centre public d'aide sociale.

2. La condition de nationalité pour pouvoir être élu membre effectif ou suppléant d'un conseil de l'aide sociale ne peut actuellement être supprimée. En outre cette suppression, tributaire d'une modification éventuelle des règles du droit international, ne pourrait être l'oeuvre que du seul législateur fédéral. Ces principes ont été récemment rappelés dans un avis L. 30.118/VR donné le 13 juin 2000 par la section de législation du Conseil d'Etat sur un avant-projet de loi "modifiant la loi du 8 juillet 1976 organique des centres publics d'aide sociale" qui s'est exprimé comme suit :

"Les mandats publics au sein des organes des centres publics d'aide sociale constituent des droits politiques au sens de l'article 8 de la Constitution (1) (2).

-
- (1) Cour d'arbitrage, arrêt n° 18/90 du 23 mai 1990, considérant B.16.3.1., Rec., 1990, p. 121. Il est à noter que la Cour d'arbitrage ne fait pas de distinction selon que les membres du conseil de l'aide sociale sont élus directement au suffrage universel, ou indirectement par le conseil communal. Les dispositions soumises à sa censure concernaient en effet également les communes visées à l'article 8, 3° à 10°, des lois sur l'emploi des langues en matière administrative.
- (2) La notion de "droits politiques" au sens de l'article 8 de la Constitution doit être distinguée de celle à laquelle renvoie l'article 145 pour préciser les compétences respectives des tribunaux de l'ordre judiciaire et des juridictions administratives.
(... suite page suivante)

Suivant l'alinéa 2 de cette disposition constitutionnelle, la qualité de Belge est une condition d'exercice de ces droits. Les autres conditions sont déterminées par "la Constitution et les autres lois relatives aux droits politiques".

En ce qui concerne les centres publics d'aide sociale, ces autres conditions sont principalement déterminées par les communautés. La loi spéciale du 16 juillet 1993 visant à achever la structure fédérale de l'Etat a, en effet, modifié la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles pour leur attribuer "la politique d'aide sociale, en ce compris les règles organiques relatives aux centres publics d'aide sociale". Cette même loi spéciale a, toutefois, maintenu dans la sphère de compétence de l'autorité fédérale certaines règles relatives aux centres publics d'aide sociale des communes de la Région de Bruxelles-Capitale, des communes de la périphérie bruxelloise visées à l'article 7 des lois sur l'emploi des langues en matière administrative, et des communes de Fourons et Comines-Warneton.

Postérieurement à ce transfert de compétence, l'article 8 de la Constitution a été modifié pour permettre la reconnaissance à des catégories déterminées d'étrangers de certains droits politiques.

(...)

Selon la doctrine dominante, les droits politiques dont la Constitution a entendu exclure les étrangers sont les "droits de participer - personnellement ou par des représentants - à l'activité des assemblées délibérantes, en particulier celles qui doivent décider de l'impôt et du contingent" (F. DELPEREE, Droit constitutionnel, Larcier, 1987, p. 155; Les étrangers et les élections en Belgique, Administration publique, 1978-1979, pp. 34 et s.). La Cour d'arbitrage, en rangeant dans les droits politiques au sens de l'article 8 de la Constitution, l'exercice des mandats politiques au niveau local, que ce soit au sein des institutions communales ou des centres publics d'aide sociale, s'est apparemment ralliée à cette conception.

.../...

L'article 8 a ainsi été complété par deux alinéas formulés comme suit :

"Par dérogation à l'alinéa 2, la loi peut organiser le droit de vote des citoyens de l'Union européenne n'ayant pas la nationalité belge, conformément aux obligations internationales et supranationales de la Belgique.

Le droit de vote visé à l'alinéa précédent peut être étendu par la loi aux résidents en Belgique qui ne sont pas des ressortissants d'un Etat membre de l'Union européenne, dans les conditions et selon les modalités déterminées par ladite loi." (1).

Par "loi" au sens de ces deux alinéas, il y a lieu d'entendre une loi fédérale. Si, en effet, le Constituant avait voulu permettre aux communautés et aux régions d'accorder, dans le cadre de leurs compétences respectives, des droits politiques aux étrangers, il aurait visé non seulement la loi, mais aussi le décret et la règle visée à l'article 134 de la Constitution.

Des travaux préparatoires, il résulte par ailleurs clairement que le "droit de vote" au sens de ces alinéas vise tant le droit d'être électeur que celui d'être élu (2).

L'article 8, alinéa 3, précise enfin que des droits politiques peuvent être accordés par la loi à des citoyens de l'Union européenne n'ayant pas la nationalité belge, "conformément aux obligations internationales et supranationales de la Belgique". C'est donc seulement dans la mesure où une obligation internationale ou supranationale le prévoit que le droit de vote peut être accordé à des ressortissants des Etats membres

-
- (1) Une disposition transitoire prévoit que la loi visée à l'alinéa 4 ne peut être adoptée avant le 1er janvier 2001.
- (2) Doc. parl., Chambre, n° 354/5 - 95/96, pp. 4 et suivantes, Sénat, n° 1-1131/3 - 1998/1999, p. 27. Voir à ce sujet, J. VAN NIEUWENHOVE, "Parlementair recht - toekenning van stemrecht aan vreemdelingen", T.B.P., 1999, p. 188.

.../...

de l'Union européenne (1). A partir du 1er janvier 2001, le droit qui leur aura ainsi été reconnu pourra être accordé aux autres étrangers résidents en Belgique.

Dans l'état actuel du droit international, la Belgique n'est tenue d'accorder le droit de vote et d'éligibilité aux ressortissants des Etats membres de l'Union européenne que pour les seules élections communales (2).

Les travaux préparatoires de la révision constitutionnelle témoignent du reste de la volonté, dans l'état actuel du droit international, de ne pas accorder aux citoyens de l'Union européenne n'ayant pas la nationalité belge, le droit d'être membres du conseil de l'aide sociale, ni le droit de participer à l'élection de ces membres lorsque cette élection se fait directement.

Le Rapport fait au nom de la Commission des affaires institutionnelles du Sénat relate, en effet, l'échange suivant :

"Dans son exposé introductif, le premier ministre a déclaré que le régime visé ne sera applicable que pour ce qui est des élections directes. Il ne sera donc pas applicable en ce qui concerne l'élection des conseils de l'aide sociale.

Le membre souligne cependant que dans certaines communes à facilité, les conseils de l'aide sociale sont élus directement, en même temps que les conseils communaux. Le régime en projet vaut-il également pour le cas de celles-ci ? Sinon le membre estime que l'on risque fort de voir la composition des conseils communaux différer de celle des conseils de l'aide sociale de ces communes.

...

(1) J. VAN NIEUWENHOVE, *idem*.

(2) L'annexe à la directive 94/80/CE du Conseil, qui détermine son champ d'application, ne vise, pour la Belgique, que les communes.

... le premier ministre précise que tous les conseils de l'aide sociale sont exclus du régime en projet, même ceux qui sont élus directement. Pour lui, le danger d'avoir des majorités différentes au conseil communal et au conseil de l'aide sociale ne peut se matérialiser que dans le cas de figure où des citoyens de l'UE seraient élus sur des listes exclusivement européennes. S'ils se portent candidats sur les listes des partis politiques existants, c'est l'ensemble de la liste qui voterait, au conseil communal, pour désigner les membres du conseil de l'aide sociale. Or, aucun non-belge, citoyen de l'UE ne peut se porter candidat." (1).

Il résulte des considérations qui précèdent que :

1. les mandats exercés au sein des organes des centres publics d'aide sociale relèvent des droits politiques au sens de l'article 8 de la Constitution, que ces mandats soient attribués par élection au suffrage universel direct, ou indirectement par les conseils communaux;
2. il revient au législateur fédéral d'autoriser les étrangers (2) à participer - activement et passivement - à l'élection des membres du conseil de l'aide sociale et le cas échéant du bureau permanent; la Constitution ne l'autorise toutefois à le faire que s'il y est tenu, en vertu d'une obligation internationale ou supranationale, envers les citoyens de l'Union européenne n'ayant pas la nationalité belge;

(1) N° 1131/3 - 1998/1999, p. 26.

(2) Aux seuls ressortissants des Etats membres de l'Union européenne jusqu'au 1er janvier 2001, aux autres étrangers résidents en Belgique après cette date.

3. aucune disposition de droit international ou supranational ne requiert actuellement que les ressortissants des Etats membres de l'Union européenne se voient reconnaître le droit de vote et d'éligibilité aux organes des centres publics d'aide sociale, à l'exception toutefois de la participation active de ces ressortissants à l'élection des membres du conseil de l'aide sociale, lorsque cette participation est une prérogative des conseillers communaux (1).

En conclusion, le présent projet doit, dans l'état actuel du droit international et de la Constitution, être abandonné. Pour plus de sécurité juridique, il conviendrait par contre de modifier les dispositions en cause pour préciser que seuls les électeurs belges peuvent participer aux élections visées aux articles 17bis et 27bis de la loi du 8 juillet 1976 organique des centres publics d'aide sociale."

En conclusion, les articles 2 à 4 inclus du présent avant-projet doivent être omis.

3. En ce qui concerne les emplois au sein du centre public d'aide sociale, la situation se présente de manière différente.

L'article 10, alinéa 2, de la Constitution dispose que seuls les Belges sont admissibles aux emplois civils et militaires, sauf les exceptions qui peuvent être établies

(9) Les citoyens de l'Union européenne pourront donc, s'ils sont élus conseillers communaux, participer au vote des membres du conseil de l'aide sociale dans la grande majorité des communes où cette élection ne se fait pas directement. La directive 94/80/CE n'autorise en effet d'exclure ces citoyens élus communaux que de la seule participation "à la désignation des électeurs d'une assemblée parlementaire" ou "à l'élection des membres de cette assemblée" (article 5, paragraphe 4).

par une loi pour des cas particuliers. Selon une interprétation dominante, cette règle s'applique à tous les emplois publics, au sens le plus large du terme (1), et donc également aux emplois dans les communes et les centres public d'aide sociale (2).

Cette disposition constitutionnelle est lue actuellement à la lumière de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes à propos de l'article 39 (ex-article 48) du Traité instituant la Communauté européenne. Cet article établit la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté, ce qui implique l'abolition de toute discrimination, fondée sur la nationalité, entre les travailleurs des Etats membres, en ce qui concerne l'emploi, la rémunération et les autres conditions de travail. En vertu de son paragraphe 4, il peut être fait exception à la règle de la libre circulation des travailleurs pour les emplois dans l'administration publique (3). Selon la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, les emplois, qui peuvent être réservés aux nationaux, sont ceux qui comportent une participation, directe ou indirecte, à l'exercice de la puissance publique

(1) F. DELPEREE, Les droits politiques des étrangers, P.U.F., 1995, p. 69.

(2) F. DELPEREE, Droit constitutionnel, Bruxelles, Larcier, T. I, 1980, n° 94, p. 163; F. DELPEREE, "Les législations nationales - Le droit belge - La nationalité belge, condition d'accès aux emplois publics ?", A.P.T, 1981, p. 255 qui rappelle la controverse ayant existé en ce qui concerne les administrations locales.

(3) Des dispositions identiques sont également prévues par l'article 28 de l'Accord sur l'Espace économique européen, signé à Porto le 2 mai 1992 et approuvé par la loi du 18 mars 1993.

et aux fonctions qui ont pour objet la sauvegarde des intérêts généraux de l'Etat ou des autres collectivités publique (1). En vertu de cette jurisprudence, les emplois qui n'impliquent pas une telle participation sont accessibles aux ressortissants de l'Union européenne. Il en va ainsi notamment du personnel infirmier des centres publics d'aide sociale.

Les distinctions suivantes doivent dès lors être établies :

- a) en ce qui concerne les emplois qui comportent une participation, directe ou indirecte, à l'exercice de la puissance publique et aux fonctions qui ont pour objet la sauvegarde des intérêts généraux de l'Etat ou des autres collectivités publiques, ces emplois doivent en principe être réservés, comme le requiert l'article 10, alinéa 2, de la Constitution, à ceux qui possèdent la qualité de belge;
- b) en ce qui concerne les emplois qui ne comportent pas une telle participation, ces emplois sont accessibles aux

(1) Voir CJCE, 12 février 1974, Sotgiu contre Deutsche Bundespost, affaire 152/73, Rec., 1974, p. 153; CJCE, 17 décembre 1980 et 26 mai 1982, Commission des Communautés européennes contre Royaume de Belgique, affaire 149/79, Rec. 1980, p. 3881 et Rec. 1982, p. 1845 ainsi que les arrêts ultérieurs mentionnés in F. DELPEREE, "Les droits politiques des étrangers", PUF, 1995, p. 64 et E. HONORAT, "Les incidences de la libre circulation des personnes sur l'accès aux fonctions publiques nationales, A.P.T., 1997, pp. 6 et s. Voir également E. SPILIOTOPOULOS, "L'article 48 (4) du Traité de Rome : ambiguïté de la jurisprudence", R.F.D. adm., 1997, p. 581.

Belges et aux autres ressortissants de l'Union européenne (1);

- c) le législateur, en l'espèce le législateur décrétoal, peut, comme l'y autorise l'article 10, alinéa 2 in fine de la Constitution, définir des catégories déterminées d'emplois, tant d'autorité que de gestion, qui pourront être ouverts à des étrangers non ressortissants de l'Union européenne (2).

(1) Voir l'article 16, alinéa 1er, 1°, de l'arrêté royal du 2 octobre 1937 portant le statut des agents de l'Etat et l'article 1er, § 3, 1°, de l'arrêté royal du 26 septembre 1994 fixant les principes généraux du statut administratif et pécuniaire des agents de l'Etat applicables au personnel des services des Gouvernements de Communauté et de Région et des Collèges de la Commission communautaire commune et de la Commission communautaire française ainsi qu'aux personnes morales de droit public qui en dépendent.

(2) Les exceptions ne peuvent être prévues, par une loi, un décret ou une ordonnance que dans des cas particuliers pour lesquels il est nécessaire de s'écarter de la condition de nationalité en raison des caractéristiques propres de certains emplois déterminés. (Voir en ce sens l'avis L. 18.564/2 donné le 11 juillet 1988 sur une proposition de loi prévoyant l'égalité de droits et de traitement entre étrangers et Belges (Doc. parl., Ch. repr., sess. extr. 1988, n° 331/2).

Expliquant l'origine des conceptions qui ont amené à réserver l'accès à la fonction publique aux nationaux, F. DELPEREE précise que les cas particuliers qui justifient une exception au principe sont ceux : "... où le législateur apprécie lui-même s'il est utile de recruter des catégories restreintes d'étrangers pour assumer des fonctions que les nationaux ne sont pas à même de remplir ..." (Les droits politiques des étrangers, PUF, 1995, n° 1, p. 55).

En l'espèce, il serait souhaitable que la justification des exceptions figure dans l'exposé des motifs de l'avant-projet.

.../...

- d) le législateur, en l'espèce le législateur décréteil, peut, comme l'y autorise l'article 10, alinéa 2 in fine de la Constitution, définir des catégories déterminées d'emplois d'autorité qui seront aussi accessibles aux ressortissants communautaires (1);

L'article 5 de l'avant-projet ne tient pas compte de ces distinctions; il devra être revu en conséquence.

(1) Idem note 2 de la page 10.

La chambre était composée de

Messieurs	R. ANDERSEN,	président de chambre,
	P. LEWALLE,	conseillers d'Etat,
	P. QUERTAINMONT,	
	F. DELPEREE,	assesseurs de la
	J.-M. FAVRESSE,	section de législation,
Madame	C. GIGOT,	greffier assumé.

Le rapport a été présenté par M. A. LEFEBVRE, auditeur. La note du Bureau de coordination a été rédigée par M. E. BOSQUET, référendaire adjoint et exposée par M. Y. HOUYET, référendaire adjoint.

LE GREFFIER,

LE PRESIDENT,

C. GIGOT

R. ANDERSEN