

## Colophon

**Rédacteur en chef:** Mr. Frederik Riebbels,  
Assistant du Secrétaire général  
Email: frederik.riebbels@raadstvst-consetat.be  
Conseil d'Etat  
Rue de la Science, 33  
B-1040 Bruxelles

**Editeur responsable:** Mr. Yves Kreins  
Secrétaire général  
Email: yves.kreins@raadstvst-consetat.be  
Conseil d'Etat  
Rue de la Science, 33  
B-1040 Bruxelles

Cette publication a été réalisée grâce au soutien de l'Union européenne

La version électronique de la présente publication peut être consultée sur le site Internet de l'Association des Conseils d'Etat et des Juridictions administratives suprêmes de l'Union européenne, accessible via le site du Conseil d'Etat de Belgique ([www.raadvst-consetat.be](http://www.raadvst-consetat.be)).

## Liste des personnes de contact:

### Pays

Allemagne  
Autriche  
Belgique  
Danemark  
Espagne  
Estonie  
Finlande  
France  
Grande-Bretagne  
Grèce  
Hongrie  
Irlande  
Italie  
Lettonie  
Lithuanie  
Luxembourg  
Luxembourg  
Malte  
Pays- Bas  
Pologne  
Portugal  
Suède

M Michael Groepper  
M Martin Koehler  
M Tom De Waele  
M Torben Melchior  
M Manuel Campos Sanchez Bordona  
M. Kaljumae Sirje  
Mme Hannele Klemettinen  
M Laurent Olléon  
Lord Konrad Schiemann  
Mme Christina Sitara  
Mr. Nagy Gabor  
M John Murray  
M Giuseppe Barbagallo  
Mr. Jonikans Valerijans  
Mr. Ambrasaité Goda  
M Marc Besch  
Mme Marion Lanners  
Mr. David Scicluna  
M Johan van Haersholte  
M. Marta Kulikowska  
M Rosendo Dias José  
M Schader Goran

### Email

groepper@bverwg.bund.de  
martin.koehler@vwgh.gv.at  
tom.dewaele@raadstvst-consetat.be  
torbenmelchior@hotmail.com  
m.campos@ts.mju.es  
sirje@nc.ee  
hannele.klemettinen@om.fi  
laurent.olleon@conseil-etat.fr  
kschiemann@lix.compulink.co.uk  
s-epikr@otenet.gr  
nagyg@legfelsobb.birosag.hu  
johnmurray@Courts.ie  
annamaria.tiberi@libero.it  
valerijans.jonikans@at.gov.lv  
gambrasaité@lvat.lt  
marc.besch@ce .etat.lu  
marion.lanners@ja.etat.lu  
david.scicluna@gov.mt  
j.vanhaersholte@raadvanstate.nl  
mkulikowska@nsa.gov.pl  
correio@lisboa.sta.mj.pt  
goran.schader@reg.dom.se

# Table des matières

<b>COLOPHON</b> .....	<b>1</b>
<b>TABLE DES MATIÈRES</b> .....	<b>2</b>
<b>EDITORIAL DU SECRÉTAIRE GÉNÉRAL</b> .....	<b>3</b>
<b>AVANT-PROPOS</b> .....	<b>4</b>
<b>A. ASPECTS ORGANISATIONNELS DE LA FONCTION CONSULTATIVE DES CONSEILS D'ÉTAT</b> .....	<b>6</b>
1. L'ORGANISATION DE LA FONCTION CONSULTATIVE ET LA PROCÉDURE AU SEIN DES CONSEILS D'ÉTAT .....	6
2. L'INDÉPENDANCE DES COLLÈGES ET LA SÉLECTION, LA NOMINATION ET LE STATUT JURIDIQUE DES CONSEILLERS D'ÉTAT REMPLISSANT UNE FONCTION CONSULTATIVE. ....	10
3. LA DOUBLE AFFECTATION, SES AVANTAGES ET SES PROBLÈMES.....	13
<b>B. ASPECTS DES ACTIVITÉS CONSULTATIVES EN MATIÈRE DE LÉGISLATION</b> .....	<b>18</b>
1. LE CHAMP D'ACTION DES CONSEILS D'ÉTAT EN TANT QUE CONSEILLERS EN MATIÈRE DE LÉGISLATION.....	18
2. LE CONTRÔLE DES TEXTES PAR LES CONSEILS D'ÉTAT .....	20
3. LE DÉLAI DE LA CONSULTATION.....	24
4. LES CONSÉQUENCES DES AVIS.....	26
5. LA PUBLICATION DES AVIS .....	27
<b>C. LES CONSEILS D'ÉTAT ET LA LÉGISLATION EUROPÉENNE</b> .....	<b>29</b>
<b>D. AUTRES ACTIVITÉS CONSULTATIVES DES CONSEILS D'ÉTAT</b> .....	<b>31</b>
1. AVIS DES CONSEILS D'ÉTAT DE LEUR PROPRE INITIATIVE .....	31
2. AVIS DES CONSEILS D'ÉTAT SUR DES QUESTIONS INDIVIDUELLES .....	32
3. AVIS DES CONSEILS D'ÉTAT SUR D'AUTRES QUESTIONS.....	33
<b>E. CONCLUSIONS</b> .....	<b>35</b>

## Editorial du Secrétaire Général

L'article 3 des statuts de notre association prévoit :

L'Association a pour objet de favoriser, dans les limites de ses possibilités financières, les échanges d'idées et d'expériences sur les questions relatives à la jurisprudence, à l'organisation et au fonctionnement de ses membres dans l'exercice de leurs fonctions, qu'elles soient juridictionnelles ou consultatives, particulièrement au regard du droit communautaire.

L'article 4.1. des mêmes statuts dispose :

Les membres de l'Association sont la Cour de Justice des Communautés européennes, les juridictions suprêmes et les Conseils d'Etat des Etats membres de l'Union qui ont compétence pour régler en dernier ressort les litiges qui peuvent naître de l'activité des administrations publiques ou qui sont chargés d'une fonction consultative générale de nature juridique dans l'élaboration des textes normatifs.

C'est de façon tout à fait consciente que les membres fondateurs de notre association ont visé les institutions qui exercent une fonction consultative et ont inclus cette fonction dans l'objet de l'association.

La fonction consultative revêt effectivement une grande importance, puisqu'elle implique la participation à la rédaction des textes normatifs : plus les textes seront clairs, moins le juge aura de difficultés à les appliquer.

Force est cependant de constater que cet aspect n'avait jusqu'à présent guère été pris en compte dans les activités de l'association. La Présidence néerlandaise vient de combler cette lacune en organisant un séminaire à l'intention des Conseils d'Etat membres de notre association.

Je tiens à féliciter le Président Tjeenk Willink pour cette initiative et le succès qu'elle a rencontré.

Le présent bulletin d'information est entièrement consacré à cette rencontre. Il a été rédigé par M. Albert Heijmans du Conseil d'Etat des Pays-Bas. Je l'en remercie vivement.

Yves Kreins

Secrétaire général

## Avant-propos

L'Association des Conseils d'État et des Juridictions administratives suprêmes de l'Union européenne se compose de membres chargés de la juridiction administrative suprême, de membres chargés d'une fonction consultative indépendante en matière de législation, et de membres remplissant les deux fonctions. Au sein de l'Union, les Conseils d'État, à l'exception des Conseils d'État du Luxembourg et d'Espagne, allient la fonction de juge administratif suprême et celle de conseiller indépendant en matière de législation.

Lors du premier colloque du groupe d'institutions qui a vu naître l'Association, qui s'est tenu du 4 au 6 mars 1968 à Rome, l'assemblée se composait exclusivement de Conseils d'État chargés de la double fonction, à l'exception du Bundesverwaltungsgericht. Lors du colloque qui se tiendra les 15 et 16 juin 2004 à La Haye, les conseillers en matière de législation feront partie de la minorité. Sur les 26 membres que compte l'Association, 6 seulement assumeront encore une fonction consultative !

Pour bon nombre de membres de l'Association, la fonction consultative indépendante en matière de législation, exercée par les Conseils d'État, et l'impact que cette fonction consultative peut avoir sur la qualité de la législation, est un phénomène inconnu.

La fonction consultative indépendante des Conseils d'État dans le domaine de la législation était le thème d'une réunion qui s'est tenue à La Haye le 16 février 2004, dans le cadre de l'Association. L'objectif était de faire un tour d'horizon des analogies et des divergences entre les différents Conseils d'État dans l'exercice de leur fonction consultative, et d'explorer l'utilité et les possibilités d'une collaboration future au sein de l'Association.

Ce numéro du bulletin d'information est un compte rendu des documents préparatoires de la réunion et des discussions qui ont eu lieu à cette occasion.

Cette publication vise à expliquer clairement aux autres membres de l'Association, mais aussi aux instances européennes et nationales, ainsi qu'au public intéressé, ce que les Conseils d'État sont exactement, comment ils remplissent leur fonction consultative en matière de législation, et quelles sont et peuvent être l'utilité et la signification l'exercice de cette fonction pour le législateur, l'administration et le juge, tant à l'échelle nationale qu'europpéenne.

La réunion de La Haye était uniquement ouverte aux membres de l'Association ayant une fonction consultative en matière de législation. A la fin de la réunion, il a été question d'organiser des réunions de suivi. De telles réunions pourraient, à condition bien entendu que le sujet s'y prête, être également ouvertes aux membres de l'Association remplissant exclusivement une fonction juridictionnelle intéressés. De cette façon, le débat ne pourra que gagner en importance. En effet, les questions auxquelles le conseiller en matière de législation et le juge sont confrontés sont identiques quant au fond. La perspective différente sous laquelle ils abordent ces questions crée une synergie importante pour l'exercice de ces deux fonctions.

La réunion de La Haye était réservée aux Conseils d'État membres de l'Association des Conseils d'État et des Juridictions administratives suprêmes de l'Union européenne. En dehors de cette Association, l'Union européenne compte encore deux autres institutions nationales qui ont une fonction consultative en matière de législation : le Consejo de Estado en Espagne et le Lagrâdet en Suède. L'implication éventuelle de ces institutions dans la collaboration entre les collèges consultatifs dans le domaine de la législation, et les formes qu'elle pourrait prendre,

si bien entendu ces institutions le souhaitent, seront examinées.

Dans le cercle de pays qui, en principe, sont candidats à l'adhésion à l'Union européenne, il existe encore des collèges consultatifs indépendants dans le domaine de la législation en Roumanie et en Turquie. Ces collèges sont donc aussi des candidats potentiels à l'adhésion à l'Association et sur cette base, ils pourront être impliqués en temps utile dans la collaboration entre les conseillers indépendants en matière de législation.

J'espère que cette publication pourra favoriser une bonne compréhension du travail effectué par les Conseils d'État en leur qualité de conseillers indépendants dans le domaine de la législation et de leur importance pour la qualité de la législation au sein de l'Union européenne.

Cette publication traite dans les grandes lignes de différents sujets touchant à l'organisation et au travail des conseillers en matière de législation, l'accent étant essentiellement mis sur les analogies et les divergences mutuelles. Vous trouverez de plus amples détails relatifs à chaque collège individuel sur le site web du collège en question, qui est facilement accessible via le site de l'Association, [www.raadvst-consetat.be](http://www.raadvst-consetat.be).

H.D. Tjeenk Willink

Président de l'Association des Conseils d'État et des Juridictions administratives suprêmes de l'Union européenne

Vice-Président du Conseil d'État des Pays Bas

## **A. Aspects organisationnels de la fonction consultative des Conseils d'État**

### **1. L'organisation de la fonction consultative et la procédure au sein des Conseils d'État**

Les Conseils d'État de l'Union européenne, à l'exception des Conseils d'État du Luxembourg et d'Espagne<sup>1</sup>, sont à la fois chargés de la fonction consultative pour la législation et la juridiction administrative suprême.

D'un point de vue organisationnel les deux fonctions sont certes scindées dans tous les Conseils d'État, mais en France, aux Pays-Bas, en Grèce et en Italie, les Conseils d'État - ou certains d'entre eux – exercent néanmoins les deux fonctions simultanément. La Belgique est le seul pays où cette double affectation est exclue, et où un Conseil d'État ne peut remplir les deux fonctions en même temps.

On constate en de nombreux points une similitude dans l'organisation et dans la procédure de la fonction consultative des Conseils d'État.

On retrouve au sein de tous les Conseils d'État des sections spécialisées, chargées de la préparation des avis, ainsi que de la désignation d'un rapporteur au sein de ces sections, à qui l'élaboration d'un projet d'avis, qui sera ensuite arrêté par la section, est confiée.

Au sein des Conseils d'État néerlandais et luxembourgeois l'avis est arrêté de manière définitive en assemblée générale.

Au sein du Conseil d'État français, les avis concernant les projets de loi sont arrêtés par

l'assemblée générale et les ordonnances par les sections elles-mêmes.

En Belgique, les avis sont arrêtés par les sections.

En Italie aussi, les avis sont arrêtés par les sections, avec cette nuance que lorsqu'un avis devrait être rendu sur des lois, ce qui s'arrive rarement, et dans d'autres cas importants, laissés à l'appréciation souveraine de la section chargée d'émettre l'avis ou du Président du Conseil d'État, l'avis est arrêté en assemblée générale.

En Grèce, où une seule section du Conseil d'État est chargée de la fonction consultative, l'adoption de l'avis se fait par la section siégeant en formation de 3 ou 4 membres. Cette section peut néanmoins renvoyer, lorsqu'il s'agit notamment de questions importantes, l'élaboration du décret devant la formation plénière de la fonction consultative. Cette formation se compose du Président du Conseil d'État ou de son suppléant, de 6 conseillers et de deux maîtres des requêtes.

Dans la procédure belge, on note l'intervention de l'auditorat, qui en toute indépendance, émet un préavis sur la proposition de loi ou de règlement à la section chargée d'élaborer l'avis. Cette procédure ne se rencontre nulle part ailleurs. Dans les autres Conseils d'État, un rapporteur est toujours chargé de préparer l'avis, avec ou sans l'aide de collaborateurs juristes.

En termes de procédure, le Conseil d'État français se distingue de tous les autres, en ce sens qu'il est traditionnellement coauteur de la législation. Les avis de ce Conseil n'ont pas essentiellement un caractère de commentaire, comme c'est habituellement le cas dans les autres Conseils d'État, mais ils sont élaborés presque exclusivement sur la base des propositions de texte du rapporteur. C'est effectivement sur la base du texte du rapporteur, et non pas sur celle du texte initial du gouvernement, que s'engagera la discussion devant la section et l'Assemblée générale.

---

<sup>1</sup> Le Consejo de Estado d'Espagne n'est pas membre de l'Association, et à ce titre, il ne sera pas pris en considération ultérieurement.

Vous trouverez ci-dessous, par Conseil d'État, une brève description de l'importance des Conseils d'État, de la procédure de consultation et de l'insertion organisationnelle de la fonction consultative.

## **Pays-Bas**

Le Conseil d'État des Pays-Bas se compose au total de 23 membres, parmi lesquels un Vice-Président<sup>2</sup> et cinq Présidents de Chambre. Pour les activités consultatives, le Conseil est divisé en cinq chambres qui traitent chacune les propositions émanant de deux ou trois ministères.

Les Chambres sont chargées de préparer les avis qui seront présentés pour examen et approbation à l'assemblée générale du Conseil, où siègent tous les conseillers. La préparation des avis au sein des Chambres est confiée à un rapporteur.

Les avis sont arrêtés en séance plénière à la majorité des voix. Chaque membre du Conseil d'État a le droit de proposer un avis séparé, qui peut être appuyé par un ou plusieurs autres membres.

Les conseillers d'État remplissent parallèlement une fonction consultative et une fonction juridictionnelle, la première à concurrence de 20 %, la seconde à concurrence de 80 % de leur temps de travail.

Le Conseil dispose d'une Division contentieux administratif distincte, dont tous les conseillers d'État et tous les conseillers d'État en service extraordinaire<sup>3</sup> sont membres. Ces derniers ne remplissent pas de fonction consultative, ils ont exclusivement des attributions juridictionnelles.

La Constitution des Pays Bas offre la possibilité d'assigner une fonction consultative à une division du Conseil. Dans cette optique, une réforme actuellement en préparation prévoit que seule une partie des conseillers, et non plus l'ensemble des conseillers, seront à l'avenir investis d'une fonction consultative. L'objectif consiste à créer à l'avenir une division distincte pour la consultation en matière de législation à côté de la division contentieux administratif qui existe déjà. La législation nécessaire à cette fin doit toutefois encore être présentée au parlement.

## **Luxembourg**

Le Conseil d'État luxembourgeois compte 21 conseillers qui exercent exclusivement une fonction consultative. La fonction juridictionnelle administrative, que le Conseil a exercé jusqu'au 1<sup>er</sup> janvier 1997, a été transférée à des juridictions administratives distinctes, chargées exclusivement du contentieux administratif (tribunal administratif et Cour administrative d'appel), à la suite de l'arrêt de la Cour européenne des Droits de l'Homme du 28 septembre 1995 dans l'affaire Procola c. Luxembourg. Au sein du Conseil, le travail est réparti entre 19 commissions chargées d'élaborer une proposition d'avis. Ces commissions ont été instituées non pas en tenant compte de la dénomination des départements ministériels existants mais à fonction des différentes matières à traiter. Un rapporteur est chargé de la préparation de l'avis au sein de chaque commission.

Les avis sont arrêtés en séance plénière du Conseil d'État à la majorité des voix. Chaque membre du Conseil a le droit de proposer un avis séparé, qui peut être appuyé par un ou plusieurs autres membres.

---

<sup>2</sup> Le président du Conseil est le chef de l'État.

<sup>3</sup> Vingt-neuf à la fin de l'année 2003.

## France

Le Conseil d'État compte 196 personnes <sup>4</sup> au total, et se compose d'un Vice-Président, des Présidents de section, des conseillers d'État en service ordinaire, des conseillers d'État en service extraordinaire, des maîtres des requêtes, des auditeurs de 1<sup>ère</sup> classe, et des auditeurs de 2<sup>nde</sup> classe.

Au sein du Conseil d'État, la fonction consultative en matière de législation est dévolue à quatre sections administratives spécialisées : la section de l'intérieur, la section des finances, la section des travaux publics et la section sociale.

Le travail dans les sections administratives est assuré par 41 membres du Conseil exclusivement chargés de la fonction consultative en matière de législation, et 56 membres chargés de la fonction consultative à concurrence de 1/3 de leur temps de travail et de la fonction juridictionnelle à concurrence de 2/3 de leur temps de travail.

A côté des sections administratives, une section du contentieux exerce la fonction juridictionnelle. Cette section est composée des membres qui ont une double affectation et de 88 membres exclusivement chargés de la fonction juridictionnelle.

Les avis relatifs aux projets de loi, préparés par les sections, sont rendus par l'assemblée générale du Conseil. Lorsqu'il s'agit de règlements d'un rang inférieur aux lois, les sections élaborent elles-mêmes les avis. En outre, sur les 196 membres de la formation collégiale, seul un petit nombre participe à l'assemblée générale.

---

<sup>4</sup> Source : Annuaire des membres du Conseil d'État, en activité au Conseil au 15 mai 2003.

Pour les questions qui, à la demande du gouvernement, doivent être traitées de toute urgence, l'examen du texte est confié à la Commission permanente, constituée du Vice-Président et de 10 conseillers d'État désignés par le Vice-Président.

Pour chaque texte transmis à une section administrative déterminée, le Président de la section désigne un rapporteur, membre du Conseil d'État, chargé d'étudier le texte, d'analyser le dossier ministériel l'accompagnant, puis après s'être entretenu, le cas échéant, avec les représentants - commissaires du gouvernement - du ou des ministères intéressés, de rédiger son rapport.

C'est, en effet, sur la base du texte du rapporteur, et non pas sur celle du texte initial du gouvernement, que s'engagera la discussion devant la formation collégiale délibérante (section et Assemblée générale).

En ce qui concerne cette procédure particulière, il convient de souligner que traditionnellement, le Conseil d'État français joue le rôle de coauteur de la législation. Il s'agit d'une caractéristique particulière propre au Conseil d'État français, qui ne se retrouve nulle part ailleurs.

## Belgique

Le Conseil d'État belge compte actuellement<sup>5</sup> un Premier Président et un Président et 44 conseillers d'État, dont 12 sont exclusivement affectés à la section de législation. Ces conseillers sont assistés par 24 magistrats de l'auditorat.

Le Conseil se compose de deux sections : la section d'administration et la section de législation. En tant que juridiction administrative suprême, la section d'administration est chargée

---

<sup>5</sup> Début 2004.

de statuer sur le contentieux administratif ; la section de législation, elle, rend des avis.

Il appartient au Premier Président du Conseil d'État d'affecter le conseiller qui vient d'être nommé à une section déterminée du Conseil, compte tenu des besoins concrets en termes d'organisation. À cet égard, il est veillé à la stricte séparation des fonctions juridictionnelles et consultatives. Ainsi, un conseiller d'État ne peut faire partie des deux sections à la fois.

Les avis de la section de législation sont émis par une chambre, composée de trois conseillers. Il y a deux chambres francophones et deux chambres néerlandophones. Les demandes d'avis soulevant un problème lié à la répartition des compétences entre l'autorité fédérale et les entités fédérées peuvent être examinées par les "chambres réunies", c'est-à-dire par une chambre francophone et une chambre néerlandophone conjointement.

La répartition des affaires entre les différentes chambres s'opère compte tenu du département ministériel à l'origine de la demande, de sorte qu'une matière déterminée sera toujours traitée par la même chambre.

La rédaction des avis est précédée d'un examen effectué par un membre de l'auditorat, qui consigne ses constatations dans un rapport écrit qui servira de base à la discussion de l'affaire au cours d'une séance, à huis clos, de la chambre. À l'occasion de son examen, l'auditeur concerné peut prendre contact avec le fonctionnaire ou le membre du cabinet ministériel, qui doit être désigné dans la demande d'avis, en vue de fournir des précisions sur le projet de texte soumis pour avis.

## **Italie**

L'effectif total du Conseil d'État compte 1 Président, 18 présidents de section, 82 conseillers d'État.

La fonction consultative est exercée par les 1<sup>re</sup>, 2<sup>ème</sup> et 3<sup>ème</sup> sections, la section consultative pour les actes normatifs et par l'assemblée plénière. En général, chaque section consultative comprend deux présidents de section et huit conseillers.

Au début de chaque année le Président du Conseil d'État détermine la composition des sections consultatives et des sections du contentieux sur la base des critères fixés par le Conseil de Présidence.

Les conseillers chargés d'une fonction consultative ne sont pas investis en parallèle de fonctions juridictionnelles, mais ils peuvent au cours de leur carrière passer d'une fonction à l'autre. Actuellement, les membres de la section pour les actes normatifs sont tout au plus également membres d'une section consultative.

Les avis sont débattus et pris en assemblée présidée par un président et composée des membres de la section, eu vu d'un rapport rédigé par un conseiller rapporteur, qui a préalablement étudié l'affaire. L'avis est rédigé par écrit par le conseiller rapporteur et revu par le président.

La section consultative pour les actes normatifs est chargée de l'examen des projets d'actes réglementaires pour lesquels l'avis du Conseil d'État est prescrit par la loi, ou en tout état de cause est sollicité par l'administration. La section examine également, à la suite d'une demande du Président du Conseil des Ministres, les projets d'actes réglementaires de l'Union européenne. L'avis est toujours rendu en assemblée générale pour les projets de loi ou de règlements renvoyés par la section ou par le Président du Conseil en raison de leur importance particulière.

## **Grèce**

Le Conseil d'État compte actuellement 153 personnes et est constitué comme le modèle français d'un Président, de vice-présidents, de conseillers d'État, de maîtres des requêtes et

d'auditeurs. Le Conseil d'État est chargé de la compétence juridictionnelle suprême et de la consultation relative aux décrets. Ni Les projets de loi, ni les propositions de loi sont soumises au Conseil.

Le Conseil d'État exerce ses compétences en Assemblée plénière et en six sections. La fonction consultative est exercée par la 5<sup>e</sup> Section, parallèlement aux compétences juridictionnelles de cette même Section, qui compte 7 conseillers et 9 maîtres de requêtes au total.

Les projets de tous les décrets à caractère réglementaire sont discutés et les avis sont arrêtés par la 5<sup>e</sup> Section, siégeant en formation de 3 membres (le président ou son suppléant un conseiller et un maître des requêtes) ou en formation de 5 membres (le président ou son suppléant trois conseillers et un maître des requêtes). La section siégeant en formation de trois ou cinq membres, peut renvoyer, lorsqu'il s'agit notamment de questions juridiques importantes, l'élaboration de l'avis devant la formation plénière de la fonction consultative. Cette formation se compose du Président du Conseil d'État ou de son suppléant, de 6 conseillers et de 2 maîtres des requêtes.

## ***2. L'indépendance des collèges et la sélection, la nomination et le statut juridique des conseillers d'État remplissant une fonction consultative.***

L'indépendance des Conseils d'État en tant que collèges chargés de la juridiction administrative et de la consultation dans le domaine de la législation est garantie par la constitution ou par la loi. L'indépendance du Conseil d'État du Luxembourg, qui, comme nous l'avons déjà souligné, remplit uniquement une fonction consultative, est ancrée dans la Loi fondamentale.

Au sein des Conseils d'État dotés de la double affectation, aucune différence n'est faite en termes de sélection, de nomination et de statut juridique entre les membres chargés entièrement ou partiellement de la fonction consultative et de la fonction juridictionnelle ou de l'une des deux fonctions. Pour ceux qui remplissent une fonction consultative, les garanties constitutionnelles et légales en matière d'indépendance sont donc identiques à celles dont jouissent les membres actifs en tant que juge.

Une différence sensible existe entre les Conseils d'État de France et de Grèce d'une part, et les autres Conseils d'État d'autre part en ce qui concerne la sélection et la nomination des membres des collèges.

En France et en Grèce, les conseillers d'État sont pour la plupart issus directement respectivement de l'École Nationale d'Administration et de l'École Nationale de la Magistrature. Au cours d'une carrière de plusieurs années au sein du Conseil, les intéressés assument les différentes fonctions d'auditeur, de maître des requêtes, de conseiller d'État, de président de section. Seul un nombre limité des membres sont recrutés à un âge plus avancé normalement de la magistrature. Dans les autres Conseils d'État, un membre est en général recruté au sein de la formation collégiale après avoir assumé d'autres fonctions ailleurs.

En règle générale, les membres des collèges sont des juristes. Dans la plupart des cas, ils ont fait carrière dans le pouvoir judiciaire ordinaire ou administratif ; les membres sont également recrutés parmi les professeurs de droit dans les universités. Aux Pays-Bas, même si la majorité des membres ont également un passé juridique et souvent judiciaire, on trouve également parmi les membres un certain nombre d'autres disciplines, comme par exemple des économistes et des gestionnaires. En outre, aux Pays-Bas, lors de la sélection des conseillers d'État, l'objectif visé est que le Conseil reflète les

principaux courants sociaux et politiques du pays. Cette particularité ne se retrouve pas ailleurs.

Au Luxembourg, la loi prescrit que 11 des 21 conseillers d'État doivent être juristes. En 2004 le conseil comptait 13 juristes et pour le reste une large palette de disciplines est représentée.

En ce qui concerne la sélection des membres du collège à proprement parler, des différences existent entre les Conseils d'État. Même si la nomination formelle des conseillers d'État est généralement dévolue aux gouvernements, les Conseils d'État de Grèce, de France et des Pays-Bas, sélectionnent en fait leurs membres de manière indépendante.

En Belgique et au Grand-Duché, par contre, le gouvernement et le Conseil d'État, mais aussi les deux Chambres parlementaires, exercent leur influence sur la sélection des membres du Conseil d'État.

En Italie, le Conseil d'État semble n'exercer qu'une faible influence sur la sélection des conseillers d'État.

Voici ci-dessous un aperçu, par Conseil d'État, de la sélection et de la nomination des membres des Conseils et de la composition de l'effectif des Conseils.

## **France**

Les membres entrent généralement au Conseil d'État dès leur sortie de l'École Nationale d'Administration. En principe, au sein du Conseil, ils assument les différentes fonctions d'auditeur, de maître des requêtes, de conseiller d'État et de président de section, conformément à un calendrier bien établi.

Un nombre limité d'entre eux est engagé ailleurs dans l'administration, après avoir rempli les différentes fonctions. Les membres du Conseil peuvent en outre occuper temporairement des fonctions en dehors du Conseil, dans

l'administration par exemple. En conséquence, même s'ils ont tous un passé juridique, ils peuvent accumuler une vaste expérience pratique, ce qui se traduit concrètement par une assemblée dotée d'antécédents et d'une expertise très diversifiés, qui sont profitables tant pour les fonctions consultatives que pour les fonctions juridictionnelles du Conseil.

## **Grèce**

Les auditeurs sont nommés par décret, parmi les anciens élèves de l'École Nationale de la Magistrature. Comme en France, ils passent par les différents échelons au cours de leur carrière au sein du Conseil. Un petit pourcentage des postes vacants de conseillers (1/5) est néanmoins réservé aux conseillers des cours administratives d'appel. Le Conseil se compose par conséquent exclusivement de juristes.

Les promotions aux postes de maîtres des requêtes et de conseillers se font par décret, après une décision du Conseil Supérieur de la Justice Administrative. Les promotions aux postes de président ou de vice-président se font par décret pris sur proposition du Conseil des Ministres.

## **Belgique**

Les conseillers d'État sont nommés à vie par le Roi sur deux listes, comprenant chacune trois candidats, l'une présentée par le Conseil d'État et l'autre alternativement par la Chambre des représentants et le Sénat. Un premier candidat ne peut en principe être nommé immédiatement, sans que la Chambre des représentants ou le Sénat ne doive encore procéder à l'établissement d'une seconde liste de candidats, que si le Conseil d'État le présente à l'unanimité. D'une manière plus générale, on peut dire que la présentation de candidats faite par le Conseil d'État est dans la majorité des cas, mais pas toujours, adoptée par la Chambre des représentants ou le Sénat.

Les conseillers d'État sont nommés au Conseil d'État en tant que tel, et non pas dans la section de législation ou dans celle d'administration. Il appartient au Premier Président du Conseil d'État d'affecter le conseiller qui vient d'être nommé à une section déterminée du Conseil, compte tenu des besoins concrets en termes d'organisation.

Conformément à la loi, le Conseil d'État se compose exclusivement de juristes.

## **Luxembourg**

Les conseillers sont nommés par le Grand-Duc. S'il s'agit de pourvoir à la vacance d'un siège de conseiller d'Etat, le remplacement se fait alternativement et dans l'ordre :

1. par nomination directe du Grand-Duc ;
2. par nomination d'un des trois candidats présentés par la Chambre des députés ;
3. par nomination d'un des trois candidats présentés par le Conseil d'Etat.

Par dérogation à ces règles, des membres de la famille régnante peuvent toujours être désignés par nomination directe du Grand-Duc.

En cas de renouvellement intégral du Conseil d'État, le Grand-Duc procède à la nomination directe de sept membres pour exercer la fonction de conseiller d'État. Sept autres membres au moins sont choisis par le Grand-Duc sur une liste de dix candidats présentée par la Chambre des députés. Sept membres au moins sont choisis par le Grand-Duc sur une liste de dix candidats présentée par le Conseil d'État, composé selon les règles qui précèdent.

La fonction de conseiller d'État prend fin après une période continue ou discontinue de quinze ans ou au moment où l'intéressé a atteint l'âge de soixante-douze ans.

La loi prescrit que 11 des 21 membres du collège doivent être juristes. Le Conseil comptait en 2004, 13 conseillers d'Etat avec une formation

juridique, 6 conseillers d'Etat avec une formation en sciences physiques et mathématiques, en sciences économiques, en lettres modernes, en sciences sociales et philosophie et lettres, tandis qu'un conseiller d'Etat infirmière graduée sociale – assistante d'hygiène sociale et un autre indépendant – commerçant.

## **Italie**

En cas de vacance, les postes de conseiller d'État, sans aucune distinction préalable entre les fonctions consultative et juridictionnelle, sont attribués, conformément à la loi, comme suit :

1 Pour moitié, aux juges près les tribunaux administratifs régionaux (T.A.R.) qui ont fait la demande, selon leur ancienneté, sur avis favorable du Conseil de présidence de la justice administrative (organe de direction des juges administratifs présidé par le président du Conseil d'État, lequel est composé de six magistrats des T.A.R. et quatre conseillers d'État, élus dans leurs catégories respectives, et de quatre juristes élus, deux par le Sénat, deux par la Chambre des députés).

2 Pour un quart, à des professeurs de droit titulaires dans des universités ou à des directeurs généraux ou assimilés des ministères ou à des magistrats de rang inférieur à celui de conseiller à la Cour d'appel.

La nomination s'effectue par décret du Président de la République, sur délibération du Conseil des ministres, après avis du Conseil de Présidence.

3 Pour un quart, via un concours public sur diplômes et examens écrits et oraux, auquel peuvent participer des magistrats de toute juridiction, des avocats de l'État et des fonctionnaires bénéficiant d'une ancienneté suffisante.

La loi stipule que les membres du collège doivent être des juristes.

## **Pays Bas**

Les conseillers sont nommés à vie par la Reine (le gouvernement), sur recommandation du Conseil. La recommandation du Conseil est toujours suivie. A côté des juristes, qui constituent du reste la majorité du Conseil, il y a aussi d'anciens hauts fonctionnaires et hommes politiques, des économistes et des gestionnaires. On s'efforce aussi de faire en sorte que la composition du Conseil reflète autant que possible les différents courants politiques et les différentes facettes de la société néerlandaise. Les membres du Conseil sont donc aussi choisis en fonction de leurs affinités politiques, ce qui ne signifie du reste pas qu'ils doivent nécessairement être inscrits à un parti politique.

### **3. La double affectation, ses avantages et ses problèmes**

Hormis le Conseil d'État du Grand-Duché, tous les Conseils d'État sont investis d'une double fonction, à savoir une fonction consultative en matière de législation et une fonction juridictionnelle, qu'ils accomplissent en leur qualité de juridiction administrative suprême.

En Belgique et en Italie, les conseillers d'État ont une affectation exclusive ; ils sont en effet affectés soit à la fonction juridictionnelle soit à la fonction consultative. Cependant, dans ces deux pays, un conseiller d'État peut changer d'affectation en cours de carrière, et passer d'un type de fonction à l'autre.

Aux Pays-Bas, les conseillers d'État remplissent parallèlement une fonction consultative et une fonction juridictionnelle (phénomène de la double affectation ou de l'affectation partagée), encore que ce partage se fasse selon des proportions différentes de leur temps de travail (en moyenne 20% législation et 80% juridiction). La France se distingue par l'affectation partagée d'un effectif important de ses conseillers d'État, alors qu'au sein du Conseil d'État français, on dénombre un effectif de conseillers doté d'une affectation

juridictionnelle quasi-exclusive (section contentieux) et un autre doté d'une affectation consultative quasi-exclusive (sections administratives).

En Grèce, on retrouve uniquement ce mélange des fonctions consultative et juridictionnelle au sein de la cinquième section du Conseil d'État. Les autres cinq sections remplissent seulement la fonction juridictionnelle.

Les Conseils d'État qui exercent à la fois la fonction consultative et la fonction juridictionnelle sont très attachés au maintien de cette double fonction, du fait de l'influence positive qu'elle a sur la teneur des avis rendus par le Conseil et sur l'autorité du Conseil en matière consultative.

Dans l'arrêt *Procola c. Luxembourg*, la Cour européenne des Droits de l'Homme a relevé que l'instauration d'une double affectation de certains conseillers sans autre mesure peut être source de problèmes, car elle pourrait mettre en cause l'impartialité du juge. Dans l'arrêt *Kleyn*, la Cour a précisé sa position.

Les pays en cause, à l'exception du Luxembourg, ont trouvé, pour autant que de besoin, des solutions pratiques à ce problème, tout en préservant les avantages de la double fonction.

Cette partie traite successivement des avantages de la double affectation, des arrêts rendus par la Cour européenne des Droits de l'Homme qui concernent les Conseils d'État du Luxembourg et des Pays-Bas, ainsi que des répercussions qu'ils ont eues.

### **Les avantages de la double affectation pour la fonction consultative**

Pour l'exercice de la fonction consultative, l'association avec la plus haute fonction juridictionnelle au sein d'un collège et chez une même personne, entièrement ou partiellement, présente des avantages considérables.

Un avantage non négligeable est que le conseiller en matière législative n'est pas isolé des évolutions sociales telles qu'elles se manifestent dans l'administration et dans la justice. Pour un conseiller, il importe en effet que ses conseils ne soient pas donnés dans le vide.

En outre, la synergie entre les deux fonctions permet au conseiller de mieux remplir sa fonction d'un point de vue qualitatif. D'une part, l'évaluation quotidienne de la qualité juridique et pratique de la législation est importante pour l'exécution de la fonction judiciaire, qui consiste à donner une interprétation correcte de ces lois, et d'autre part, à travers la pratique judiciaire quotidienne, le conseiller est confronté à l'application et au fonctionnement des lois dans la pratique, avec ses points forts mais aussi ses points faibles, avec ses possibilités, mais aussi ses impossibilités. Cette pratique le sensibilise ainsi aux problèmes et aux solutions dans le domaine constitutionnel, juridique et légistique.

En somme, l'expérience juridictionnelle permet en effet aux conseillers d'État de juger d'un oeil plus critique les textes qui leur sont soumis.

En outre, l'association avec la fonction juridictionnelle confère de l'autorité et du prestige au conseiller. En effet, l'autorité du juge administratif suprême se trouve toujours, directement ou indirectement, à la base de l'avis rendu, certainement lorsqu'il s'agit d'aspects juridiques ou constitutionnels. Le gouvernement – et le parlement lorsque c'est pertinent – sait que s'il ne suit pas les avis, il prend de grands risques juridiques dans l'application de la loi, et il y réfléchira à deux fois avant de s'y résoudre.

Par conséquent, une contribution non négligeable peut être apportée à la qualité de la législation, qui est qualifiée à juste titre de point d'Archimède de l'État de droit.

C'est pour des raisons comme celles-là que les Conseils d'État dotés de la double affectation sont attachés à son maintien.

L'existence du Lagrådet en Suède, un conseil consultatif en matière législative, composé de façon paritaire de membres de la Cour suprême et de membres du Regeringsrätten, la Cour administrative suprême, prouve que l'association de la fonction de conseil en matière législative et du travail judiciaire est également jugée comme étant appréciable en dehors du cercle de pays qui disposent d'un Conseil d'État.

### **Les jugements de la Cour européenne des Droits de l'Homme dans l'affaire Procola et Kleyn**

Dans son jugement du 28 septembre 1995 dans l'affaire Procola contre le gouvernement luxembourgeois, la Cour a mis l'impartialité du comité du contentieux du Conseil d'État à l'ordre du jour, à la lumière de l'article 6 de la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales.

La Cour a constaté que 4 des 5 membres du Comité *«avaient eu à se prononcer sur la légalité d'un règlement qu'ils avaient examiné auparavant dans le cadre de leur mission de caractère consultatif »* et a considéré à cet égard

*« qu'il y a eu confusion dans le chef de quatre conseillers d'État de fonctions consultatives et de fonctions juridictionnelles. Dans le cadre d'une institution telle que le Conseil d'État luxembourgeois, le seul fait que certaines personnes exercent successivement, à propos des mêmes décisions, les deux types de fonctions, est de nature à mettre en cause l'impartialité structurelle de ladite institution. En l'espèce, Procola a pu légitimement craindre que les membres du comité du contentieux se soient sentis liés par l'avis donné précédemment. Ce simple doute, aussi peu justifié soit-il, suffit à altérer l'impartialité du tribunal en question... ».*

Dans le jugement du 6 mai 2003 dans l'affaire Kleyn c.s. contre les Pays-Bas, dans lequel la position du Conseil d'État néerlandais était à

l'ordre du jour, la Cour s'est exprimée de manière explicite sur trois points.

Premièrement, elle a constaté que l'indépendance du Conseil d'État des Pays-Bas et de ses membres ne faisait aucun doute :

*«Eu égard aux modalités et conditions de nomination des membres du Conseil d'État néerlandais, et en l'absence du moindre élément permettant de dire que les garanties contre d'éventuelles pressions extérieures ne sont pas suffisantes et adéquates, la Cour n'aperçoit rien dans l'argumentation des requérants qui soit de nature à étayer leurs doutes quant à l'indépendance du Conseil d'État et de ses membres.... ».*

Deuxièmement, elle a déclaré que la plainte relative à l'impartialité de la chambre saisie, dont 1 des 3 conseillers d'État a été impliqué dans la consultation, n'était pas fondée, mais a néanmoins émis des observations critiques vis-à-vis des mesures prises par le Conseil d'État à propos du jugement dans l'affaire Procola :

*« Le gouvernement défendeur a attiré l'attention de la Cour sur les mesures internes adoptées par le Conseil d'État afin de donner effet à l'arrêt Procola aux Pays-Bas (voir les paragraphes 142-145 ci-dessus). D'après la description de ces mesures que l'on trouve dans le rapport annuel 2000 du Conseil d'État, la composition de la formation appelée à connaître d'une affaire ne fait l'objet d'un examen que si des doutes sont exprimés par une partie ; le critère appliqué dans ce cas est que si le recours concerne une question explicitement abordée dans un avis consultatif antérieur, la composition de la formation doit être modifiée de manière à exclure tous les membres ayant participé à l'adoption de l'avis en question.*

*La Cour n'est pas aussi certaine que le gouvernement ne semblait l'être dans la déclaration faite par lui au cours des discussions budgétaires menées au sein du Parlement en*

*2000 que ces mesures soient propres à garantir que, dans tous les recours portés devant elle, la section du contentieux administratif constitue un « tribunal impartial » aux fins de l'article 6 § 1 de la Convention. Cela dit, il n'appartient pas à la Cour de statuer dans l'abstrait sur la compatibilité avec la Convention du système néerlandais sur ce point. »*

Troisièmement, la Cour a précisé le passage cité à cet effet dans le jugement Procola concernant "les mêmes décisions" comme suit :

*"En l'espèce, le Conseil d'État plénier rendit, concernant le projet de loi sur la planification des infrastructures de transport, un avis qui prévoyait des règles procédurales encadrant le processus décisionnel applicable à l'aménagement supra régional de nouvelles grandes infrastructures de transport. Or, les recours formés par les requérants étaient, quant à eux, dirigés contre l'arrêté de tracé, qui constituait une décision prise conformément à la procédure prévue dans la loi sur la planification des infrastructures de transport. Les recours formés antérieurement contre la décision directrice d'aménagement ne sont pas ici en cause, dès lors qu'ils se fondaient sur des règles juridiques distinctes.*

*La Cour estime qu'à la différence de la situation examinée par elle dans les affaires Procola c. Luxembourg et McGonnell c. Royaume-Uni précitées, les avis consultatifs rendus relativement au projet de loi sur la planification des infrastructures de transport et la procédure subséquente d'examen des recours introduits contre l'arrêté de tracé, ne peuvent passer pour représenter « la même affaire » ou « la même décision ».*

Cette partie examine, par Conseil d'État, les réglementations restrictives ou non, qui existent éventuellement dans les Conseils d'État en relation avec la double affectation, ainsi que les réglementations éventuellement engendrées par

les jugements de la Cour Européenne des droits de l'homme dont il est question ci-dessus.

## **Luxembourg**

Le jugement dans l'affaire Procola a débouché sur la création d'une Cour administrative distincte. Le Conseil d'État n'exerce depuis la réforme de 1996 plus qu'une fonction consultative. Cette modification cependant n'a pas fondamentalement modifié l'exercice de la fonction consultative. En effet, les défis dans l'exercice de cette tâche sont restés les mêmes. S'y ajoute que les conseillers d'Etat ne sont évidemment plus en contact direct avec l'évolution du droit administratif. La participation directe, active des conseillers à l'évolution du droit qui a été supprimée, fait défaut. Pour ce qui est de l'enrichissement pour la fonction consultative, à cause de l'interaction entre la section législative et la section administrative, le Conseil d'Etat a la possibilité théorique de faire nommer des conseillers d'Etat provenant du monde de la justice et d'intégrer au sein du secrétariat des personnes ayant une expérience judiciaire.

## **Belgique**

En Belgique, depuis la création du Conseil en 1947, un conseiller d'État ne peut être membre de la section de législation et de la section d'administration simultanément. A l'époque, cette disposition n'a pas tellement été inspirée par des considérations doctrinaires, mais plutôt pratiques. L'exercice concomitant des deux fonctions au Conseil d'État se heurterait à une impossibilité pratique ; d'une part, parce que les avis doivent généralement être rendus à très court terme et, d'autre part, parce qu'au sein de la section d'administration, les procédures de suspension doivent, elles aussi, être traitées dans les plus brefs délais.

Il appartient au Premier Président du Conseil d'État d'affecter le conseiller qui vient d'être nommé à une section déterminée du Conseil, compte tenu des besoins concrets en termes

d'organisation. Les conseillers d'État peuvent passer d'une section à l'autre, en fonction des besoins et de la charge de travail du Conseil d'État. Leur charge est alors modifiée par une décision du Premier Président.

En outre, une disposition légale expresse interdit qu'un conseiller d'État de la section d'administration connaisse des demandes concernant la légalité des arrêtés et des règlements<sup>6</sup> sur les projets desquels il a rendu un avis en tant que membre de la section de législation.

Cette disposition date également de loi originelle sur le Conseil d'État de 1946, elle date donc d'avant le prononcé de l'arrêt Procola.

## **Italie**

Au début de chaque année, le Président du Conseil d'État détermine la composition des sections consultatives et des sections du contentieux, sur la base des critères fixés par le Conseil de Présidence.

Les conseillers chargés d'une fonction consultative ne sont pas investis en parallèle de fonctions juridictionnelles, mais ils peuvent au cours de leur carrière passer d'une fonction à l'autre.

## **Grèce**

La double fonction n'est exercée que par un petit groupe de conseillers d'État. En effet, seule une des cinq sections du Conseil est chargée de la double fonction ; elle comprend 7 conseillers d'État et 9 juristes conseillers. La fonction

---

<sup>6</sup> Si ces dispositions dans cet article font uniquement état des arrêtés et règlements, et non pas des lois, c'est parce qu'en Belgique, les juges, y compris donc le Conseil d'État, n'ont pas le droit de se prononcer, dans l'exercice de leur fonction juridictionnelle, sur la légalité des lois.

consultative représente d'ailleurs la principale activité de cette section.

L'arrêt Procola n'a pas donné lieu à la prise de mesures spécifiques au sein du Conseil d'État grec. Comme le nombre de conseillers d'État qui exercent une fonction consultative est très limité, il n'est généralement pas difficile d'éviter qu'un conseiller d'État participe à l'examen d'un recours portant sur la légalité d'un décret sur lequel il a donné son avis dans le cadre de sa fonction consultative.

## **France**

Le Conseil d'État de France est très attaché à sa double fonction, à la fois pour des raisons historiques et pour des raisons liées à la structure de l'État. A la différence de la quasi-totalité des autres Conseils d'État, le Conseil d'État français joue depuis toujours un rôle de coauteur dans le processus législatif. Les propositions de texte qu'il soumet au gouvernement sont confidentielles. Cela est particulièrement important lorsqu'il s'agit d'avis concernant des aspects constitutionnels. En effet, de telles affaires peuvent être soumises à l'avis délibératif du Conseil constitutionnel, qui peut alors établir le lien avec l'avis du Conseil d'État. Le Conseil s'abstient du reste de rendre un avis au gouvernement sur des questions relatives à des affaires dont a été saisi le Conseil ou une autre juridiction administrative française.

D'éventuels problèmes résultant de l'arrêt Procola sont généralement réglés de façon très pragmatique : les membres du Conseil qui sont chargés de la double fonction s'abstiennent de participer aux délibérations concernant un avis auquel ils pourraient être confrontés par la suite dans l'exercice de leur fonction juridictionnelle.

## **Pays Bas**

A la suite du jugement rendu par la Cour dans l'affaire Kleyn, le Conseil d'État a décidé de vérifier activement si un avis du Conseil et une

affaire dont il est saisi en appel se rapportent à «la même affaire » ou à « la même décision ». Le cas échéant, il en tient compte lors de la composition de la chambre de la Division contentieux administratif qui traitera l'affaire. Comme le Conseil d'État néerlandais comprend un grand nombre de conseillers d'État en service extraordinaire, qui ne participent pas à la fonction consultative du Conseil, il est d'ailleurs possible, lorsque le cas se présente, de constituer des chambres administratives exclusivement composées de juges n'ayant pas exercé de fonction consultative en l'espèce. De tels cas sont toutefois assez rares.

## **B. Aspects des activités consultatives en matière de législation**

### **1. Le champ d'action des Conseils d'État en tant que conseillers en matière de législation**

Une différence essentielle dans l'attribution des tâches entre les Conseils d'État est que seuls les Conseils d'État de France et des pays du Benelux doivent obligatoirement être consultés sur les projets de loi, c'est-à-dire les textes d'origine gouvernementale soumis au parlement.

En Italie, la sollicitation de l'avis du Conseil d'État sur des projets de loi est facultative, et n'a pratiquement jamais lieu.

En Grèce, la fonction consultative se limite aux décrets et ne porte pas sur les lois.

Le Conseil d'État est uniquement consulté sur les propositions de loi émanant des parlements dans les pays du Benelux.

En Belgique, le Conseil d'État ne rend pas uniquement des avis au gouvernement central, comme dans les autres pays, mais également aux gouvernements des communautés et des régions, qui structurent le pays depuis les réformes d'état de 1970, 1980, 1988, 1993 et de 2001.

En conséquence, la tâche consultative en matière de législation de ce Conseil d'État est très vaste.

Des divergences existent entre les Conseils d'État concernant les avis relatifs aux modifications apportées aux textes à la suite de la consultation, et qui ne découlent pas de la consultation. En ce qui concerne les modifications apportées aux décrets, les Conseils d'État, à l'exception de celui des Pays-Bas,

doivent toujours être entendus. Concernant les lois, cette obligation n'est en général pas de mise lorsque des modifications sont apportées au cours du débat parlementaire.

Cette partie aborde, par Conseil d'État, le champ d'action de la consultation en matière de législation et donne une indication sur l'étendue de cette consultation.

### **Belgique**

La section de législation rend des avis sur tous les textes concernant des avant-projets de loi, de projets de convention internationale, de la législation déléguée arrêtée par le chef de l'État, ainsi que de textes de nature législative des autorités des différentes entités fédérées (communautés et régions). Les conventions internationales concernant des matières pour lesquelles l'autorité fédérale et les entités fédérées sont chacune en partie compétentes, doivent être approuvées par les différents législateurs (fédéral, communautaire et régional).

Après l'introduction d'une proposition de loi par le gouvernement, des modifications peuvent y être apportées par le gouvernement et par le parlement. En Belgique, le gouvernement n'est pas obligé de demander l'avis du Conseil sur les modifications et les amendements apportés au cours du débat parlementaire. Les parlementaires ont toutefois le droit de le solliciter, ce qu'ils font parfois.

Au cours de l'année judiciaire 2002/2003, 197 avis ont été rendus concernant des projets de loi, 23 concernant des propositions de loi et 690 avis concernant des projets d'arrêté royal. En outre, 503 avis ont encore été rendus sur des projets d'arrêté d'un gouvernement d'une communauté ou d'une région.

### **France**

Le Conseil d'État est obligatoirement consulté sur tous les projets de lois - textes d'origine

gouvernementale -, sans exception, sans distinction d'objet (lois constitutionnelles, lois organiques, lois ordinaires, lois de finances, lois de financement de la sécurité sociale), sans distinction de procédure (lois référendaires) et sans autre distinction pour les projets dont l'urgence est signalée par le gouvernement que de les soumettre, le cas échéant, à la Commission permanente. Dans ces derniers cas, l'examen du texte est confié à la Commission permanente, constituée du Vice-Président et 10 conseillers d'État désignés par le Vice-Président.

Selon la loi organique du 19 mars 1999, les projets de lois du pays, que le gouvernement de Nouvelle-Calédonie envisage de soumettre au Congrès de cette collectivité, font l'objet d'un avis du Conseil d'État (rendu en principe par la Section de l'intérieur).

Le gouvernement est tenu de consulter le Conseil d'État sur toutes les modifications dans les décrets - pas dans les lois - qu'il apporte après que le Conseil a rendu son avis, sauf évidemment si les modifications sont conformes à l'avis du Conseil.

Au cours de l'année 2002, le Conseil d'État a été saisi de 92 projets de loi, dont 89 ont été examinés par l'assemblée générale, parmi lesquels 53 avaient pour objet l'autorisation de la ratification de conventions internationales, d'accords ou de traités.

En 2002, 12 projets d'ordonnances ont été examinés par l'assemblée générale.

## **Grèce**

Le Conseil d'État exerce sa fonction consultative et émet uniquement des avis à propos des projets de décrets à caractère réglementaire.

En Grèce aussi, le gouvernement est tenu de consulter le Conseil d'État sur toutes les modifications qu'il apporte après que le Conseil

d'État a rendu son avis, sauf évidemment si les modifications sont conformes à l'avis du Conseil.

En 2003, le Conseil d'État a émis des avis à propos de 507 projets de décrets.

## **Italie**

L'avis du Conseil d'État est obligatoirement sollicité, afin d'arrêter les actes réglementaires du gouvernement et de chacun des ministres.

Si le gouvernement modifie le projet dans un sens différent de l'avis, il est obligé de demander à nouveau l'avis du Conseil d'État sur ces modifications. Dans son nouvel avis, le Conseil d'État se contente d'examiner le nouveau projet, sans tenir compte de l'ancien.

Entre le premier janvier 2003 et le 31 octobre 2003, le Conseil d'État a rendu 334 avis sur des projets de décrets.

## **Luxembourg**

Le Conseil d'État est appelé à émettre un avis sur tout projet de loi émanant du Gouvernement, ainsi que sur toute proposition de loi émanant d'un ou de plusieurs députés. Y sont dès lors englobés les projets de loi relatifs à l'approbation de traités ou de conventions internationales.

En ce qui concerne la législation déléguée arrêtée par le gouvernement, les projets de règlement pris pour l'exécution des lois et des traités ne peuvent être soumis au Grand-Duc qu'après que le Conseil d'État a été entendu en son avis.

En cas d'urgence, à apprécier par le Grand-Duc, le gouvernement peut cependant se dispenser de l'avis du Conseil. Tel n'est cependant pas le cas si la loi exige formellement la consultation du Conseil d'État. Il en est ainsi, notamment, des lois portant habilitation pour le Grand-Duc de réglementer certaines matières ou de la loi du 9 août 1971 concernant l'exécution et la sanction des décisions et des directives, ainsi que la

sanction des règlements des Communautés européennes en matière économique, technique, agricole, forestière, sociale et en matière de transports.

Finalement, de par sa loi organique, le Conseil d'État n'est appelé à intervenir que dans le cadre de la législation et de la réglementation émanant d'organes de l'État proprement dits.

Le Conseil d'État donne généralement son avis sur toutes les modifications et tous les amendements apportés en cour de procédure aux projets de loi. Il n'est que rarement appelé à donner son avis au sujet d'amendements apportés aux projets de règlements grand ducaux.

Au cours de la période du 1<sup>er</sup> août 2002 au 31 juillet 2003, le Conseil d'État a émis 305 avis en matière législative et réglementaire, dont 105 avis sur des projets de loi, 16 sur des propositions de loi et 120 sur des projets de règlement grand-ducal.

Le Conseil d'État a dispensé 124 projets et propositions de loi du second vote constitutionnel<sup>7</sup>. Il a refusé la dispense du second vote constitutionnel pour un projet de loi.

## **Pays-Bas**

Le gouvernement est obligé d'entendre le Conseil sur les projets de loi, les projets de règlement royal, et sur les traités internationaux qui doivent être soumis au parlement pour approbation.

Le parlement est obligé d'entendre le Conseil sur les propositions de loi avant qu'elles ne soient débattues. Le Conseil ne rend pas d'avis à d'autres institutions publiques.

---

<sup>7</sup> Etant donné que le Grand-Duché ne connaît pas le système du bicamérisme, toutes les lois sont en principe soumises à un second vote par la Chambre des députés. Celle-ci peut toutefois, avec l'accord du Conseil d'État, se dispenser du second vote constitutionnel.

Le Conseil est uniquement entendu sur des modifications et dans les projets de loi en cours, et qui ont trait à des amendements si, de l'avis du gouvernement, elles sont "radicales" et qu'aucun "motif urgent" ne s'oppose à la demande d'avis. La demande d'avis sur ces textes s'effectue de manière sporadique.

En 2002, le Conseil a émis des avis sur 176 projets de loi, 13 propositions de loi, 50 traités qui n'avaient pas besoin d'être approuvés par une loi, et 339 projets de textes législatifs délégués au gouvernement.

## **2. Le contrôle des textes par les Conseils d'État**

Tous les Conseils d'État examinent la conformité des textes qui leur sont soumis avec la Constitution, les traités internationaux, le droit communautaire et avec les normes de rang supérieur. Ils veillent également à leur cohérence avec le dispositif législatif déjà en place, et contrôlent les aspects juridiques et techniques des textes soumis à leur avis.

Ils contrôlent également la régularité de la procédure d'élaboration.

Tous les Conseils d'État examinent également la conformité des projets avec les principes généraux du droit, même quand ils ne sont pas exprimés en droit positif. Il s'agit ici surtout de principes de droit tels que celui de sécurité juridique, qui exige que la législation soit claire et précise, l'impératif consistant à prévoir des dispositions transitoires (celles qui décident du sort des droits acquis et autres matières similaires), le principe de proportionnalité (dans les sanctions applicables en cas d'infraction), etc.

Presque tous les Conseils d'État veillent aussi au respect des principes que l'on pourrait qualifier de principes de bonne législation, comme l'impératif

proscrivant toute législation inutile<sup>8</sup>, la nécessité d'une nouvelle législation et la proscription de la législation dépourvue d'effet et n'ayant qu'une valeur symbolique, l'efficacité et la pertinence d'une législation, la faisabilité et le potentiel de l'administration à la faire respecter.

Les Conseils d'État français, néerlandais et luxembourgeois examinent également la qualité « politique », au sens du terme anglais « policy », des législations en projet qui leur sont soumises pour avis.

Dans tous les pays, hormis aux Pays-Bas, les avis comportent régulièrement des propositions de texte visant à remplacer le texte proposé par le gouvernement.

En revanche, les avis émanant du Conseil d'État français, comme coauteur de la législation française, comportent pour l'essentiel des modifications concrètes du texte proposé. Ainsi, le Conseil d'État français intervient, plus que les autres Conseils d'État, directement et activement dans l'élaboration des textes des lois et ordonnances.

La partie ci-après aborde, par Conseil d'État, la façon dont les Conseils d'État peuvent examiner les propositions qui leur sont soumises.

## **Belgique**

Le Conseil d'État belge émet généralement des avis juridico-techniques. En ce qui concerne plus spécifiquement la fonction consultative de la section de législation, il convient de souligner que celle-ci veille à ne pas formuler d'observation portant un jugement sur l'opportunité ou le caractère politique de la réglementation en projet. L'examen juridique effectué par la section de législation consiste essentiellement en l'examen de la légalité quant au fond, de la régularité de la

procédure administrative d'élaboration et de l'aspect légistique.

Le contrôle a donc généralement un caractère juridique, mais il va aussi, à l'occasion, plus loin que cela. Le Conseil peut se poser aussi la question de la réalité du problème et de l'adéquation du texte proposé pour le résoudre, si cela se justifie.

Bien qu'il n'existe pas formellement de modèle d'examen, les avis de la section de législation examinent habituellement les points suivants : compétence, fondement juridique et respect des formalités préalables.

Dans le cas d'un avis à rendre dans un délai de 5 jours ouvrables, la section de législation est tenue de limiter l'examen au fondement juridique, à la compétence de l'autorité concernée et au respect des formalités, et doit d'ailleurs obligatoirement limiter son examen à ces points.

En fonction du temps que lui accorde l'auteur de la demande d'avis, la section de législation soumet le projet de texte qui lui est transmis pour avis à un examen plus approfondi du point de vue du contenu et de la légistique.

Le Conseil accorde toujours, dans ses avis, une grande importance à la hiérarchie des normes et au respect des principes généraux du droit, tels que le principe de la sécurité juridique dans les cas de rétroactivité de la loi et le principe de proportionnalité.

Si les principes de qualité de la législation ne font pas l'objet d'un contrôle systématique, le Conseil d'État belge prend en compte la complexité des textes de loi soumis, et l'impact que cela peut avoir sur l'administration.

## **Grèce**

Le Conseil contrôle deux aspects en ce qui concerne les projets des décrets à caractère

---

<sup>8</sup> Montesquieu : Ne faites pas de lois inutiles, elles affaiblissent les lois nécessaires.

réglementaire : la qualité juridique et la qualité technique.

Même si le contrôle de la qualité juridique est au centre des préoccupations du Conseil d'État, l'opportunité politique et l'opportunité administrative peuvent aussi, le cas échéant, être prises en compte.

Le Conseil a mis au point un cadre de contrôle des projets portant essentiellement sur les points suivants:

### **Qualité juridique**

- Le projet du décret est-il contraire à une règle de droit supérieure telle que la Constitution, les conventions internationales et le droit communautaire ?
- Le projet du décret est-il conforme aux principes de la démocratie et de l'État de droit et aux principes fondamentaux de droit en général ?
- Le projet du décret est-il conforme aux principes tels que l'égalité juridique, la sécurité juridique, la non-rétroactivité de la loi, la proportionnalité et l'intérêt général?

### **Qualité technique**

- La réglementation proposée a-t-elle été élaborée de manière logique et systématique ?
- Le projet du décret est-il approprié du point de vue de la technique d'expression juridique ?

### **France**

Dans l'exercice de ses attributions consultatives, le Conseil d'État est essentiellement une assemblée de légistes. Dans sa fonction de légiste, le Conseil d'État veillera à la qualité rédactionnelle du projet de loi (légistique), assumera son rôle de veille juridique, et se prononcera sur l'opportunité administrative du texte - et nullement politique -, que l'on définira comme étant la cohérence de l'action du

gouvernement et la capacité des pouvoirs publics à mettre en oeuvre la réforme envisagée.

La consultation du Conseil d'État sur les projets de lois s'exerce en premier lieu relativement à la qualité juridique du texte. A ce titre, les formations administratives saisies s'assurent du respect des règles de compétences (domaines respectifs de la loi et du règlement), de procédure (singulièrement l'effectivité des consultations préalables) et de forme (structure rédactionnelle du texte afin de prévenir les divergences d'interprétation).

Le Conseil d'État s'assurera surtout du contenu normatif, c'est-à-dire prescriptif, du projet de loi considéré. Enfin, il veillera au respect de la hiérarchie des normes : normes de valeur constitutionnelle, conventions internationales.

Le Conseil d'État français contrôle cependant aussi la nécessité d'adopter une nouvelle législation (il rejette, par exemple, toute législation qui ne sert que des intérêts « de propagande »), la hiérarchie des normes et la qualité de la politique (au sens du mot anglais « policy ») qui sous-tend le texte soumis.

### **Italie**

Le Conseil d'État italien exerce surtout un contrôle juridique, il prend aussi en compte, dans ses considérations, l'opportunité administrative des textes qui lui sont soumis. C'est ainsi qu'il lui arrive d'attirer l'attention du gouvernement sur la possibilité de résoudre un problème de manière plus efficace que par voie de décret, par exemple par la conclusion d'un contrat. S'il y a lieu, le Conseil d'État recommande aussi parfois une solution moins compliquée que celle qui a été proposée par le gouvernement.

D'autre part, il arrive aussi que l'avis prenne en compte l'opportunité du décret, en ce sens que le Conseil demande au gouvernement d'étudier d'abord les effets des dispositions proposées.

Lors de l'examen de la législation, le Conseil contrôle la compatibilité des dispositions qui lui sont soumises avec la législation de rang supérieur et leur cohérence avec le système dans son ensemble.

Il existe un modèle relatif à la forme des actes normatifs, qui est prévu dans des directives de la présidence du Conseil des ministres.

Sur le fond, le Conseil a parfois demandé à l'administration un examen détaillé des conséquences juridiques et économiques des dispositions normatives qui lui sont soumises.

## **Luxembourg**

Dans le cadre de son examen, le Conseil d'État veille plus particulièrement à la

conformité des dispositions envisagées avec la Constitution, les conventions et traités internationaux et les principes généraux du droit qui sont consignés dans la Constitution et dans les conventions internationales auxquelles les États sont parties (principes tels que la sécurité juridique, la limitation de la rétroactivité, la séparation des pouvoirs, l'État de droit et l'éthique budgétaire), de sorte que l'examen en question est principalement axé sur la qualité juridique du projet qui lui est soumis.

S'il estime un projet ou une proposition de loi contraire à la Constitution, aux conventions et traités internationaux, dont entre autres les directives européennes, ainsi qu'aux principes généraux du droit, il est appelé, d'après sa loi organique du 12 juillet 1996, à en faire mention dans son avis.

Le Conseil d'État du Luxembourg fait toujours explicitement mention dans ses avis du principe de droit sur lequel il se fonde, de sorte que le public et les politiques en soient avertis.

Le Conseil d'État contrôle également la qualité technique des textes qui lui sont soumis.

Pour ce qui est de la qualité politique d'un projet ou une proposition de loi, le Conseil d'État se prononce, s'il y a lieu, sur cet aspect essentiellement dans le cadre des considérations générales de ses avis. Le Conseil vérifie aussi la qualité des textes qui lui sont soumis à la lumière de la «policy» qui les sous-tend.

Sans disposer d'un modèle-type pour le contrôle des textes qui lui sont soumis, les questions que se pose le Conseil d'État lors de l'élaboration de ses avis rejoignent dans une large mesure celles dont fait état le Conseil d'État des Pays-Bas.

## **Pays-Bas**

Le Conseil contrôle trois aspects des propositions de loi : la qualité politique, la qualité juridique et la qualité technique.

Le Conseil a mis au point un cadre de contrôle portant essentiellement sur les points suivants :

### **Qualité politique**

Pour ce qui est de la qualité politique, le Conseil se livre à une approche analytique de la politique, au sens du terme anglais « policy », qui sous-tend le texte qui lui est soumis. Il s'agit notamment de savoir quel est le problème que le législateur entend résoudre ou réduire, si on peut raisonnablement s'attendre à ce que le texte soumis permette d'atteindre l'objectif fixé et s'il pourra être appliqué, si son application pourra être contrôlée et s'il sera efficace.

Dans ce cadre, le Conseil se pose entre autres les questions suivantes :

Le problème posé doit-il et peut-il être résolu par la législation et la réglementation ?

La proposition est-elle donc nécessaire, et cette nécessité est-elle bien motivée ?

La proposition est-elle adéquate, efficace et équilibrée pour ce qui est des avantages et des inconvénients ?

La proposition peut-elle être appliquée, son application peut-elle être contrôlée et dispose-t-on des instruments nécessaires à cet effet ?

### **Qualité juridique**

Pour ce qui est de la qualité juridique, le Conseil vérifie principalement si le texte est conforme au droit supérieur, aux principes généraux du droit, aux principes de la démocratie et de l'État de droit et s'il s'intègre dans le système juridique.

Dans ce cadre, le Conseil se pose entre autres les questions suivantes :

La proposition est-elle contraire à un droit supérieur tel que la Constitution, les conventions internationales (convention des droits de l'homme, par exemple) et le droit communautaire ?

La proposition est-elle conforme aux principes de la démocratie et de l'État de droit ?

La proposition est-elle conforme aux principes de bonne législation tels que l'égalité juridique, la sécurité juridique, une protection juridique adéquate, la proportionnalité ?

La proposition peut-elle être intégrée dans le système juridique en vigueur ?

### **Qualité technique**

Pour ce qui est de la qualité technique, le Conseil vérifie essentiellement si les « Instructions pour la législation » (Aanwijzingen voor de Wetgeving), qui sont arrêtées par le Premier ministre et qui sont contraignantes pour tous les ministères, ont bien été suivies par le législateur.

Dans ce cadre, le Conseil se pose entre autres les questions suivantes :

La proposition est-elle bien conçue sur le plan technique ?

La réglementation proposée a-t-elle été élaborée de manière logique et systématique ?

## **3. Le délai de la consultation**

En ce qui concerne le délai de la consultation, de grandes divergences existent entre les Conseils d'État.

Les Conseils d'État de Grèce, du Luxembourg et des Pays-Bas peuvent en principe définir ce délai eux-mêmes.

Même si la loi a fixé certains cadres, les Conseils d'État de Belgique, de France et d'Italie sont en principe tributaires du délai fixé par le gouvernement lors de la demande d'avis. C'est la raison pour laquelle en Belgique et en France, le travail doit parfois être effectué en respectant des délais serrés, ce qui explique que le Conseil manque parfois de temps pour aboutir à un avis réellement pesé.

### **Belgique**

Dans la plupart des cas, la section de législation doit effectivement rendre ses avis dans des délais stricts imposés par le législateur, à savoir cinq jours ouvrables ou trente jours. Les lois coordonnées sur le Conseil d'État ont été récemment modifiées sur ce point, dans la mesure où lorsque l'avis n'est pas émis dans le délai précité, l'autorité requérante ne doit pas attendre l'avis si la demande d'avis porte sur un texte réglementaire, non législatif. Pour une demande d'avis à rendre dans un délai de 5 jours ouvrables, la section de législation est tenue de limiter l'examen au fondement juridique, à la compétence de l'autorité concernée et au respect des formalités. Dans le cas d'une demande d'avis à rendre dans un délai ne dépassant pas 30 jours, la section de législation a la possibilité de limiter son examen à ces points.

## France

Selon les textes, le Conseil d'État devrait disposer d'un délai de 4 semaines à compter de sa saisie pour examiner, dans des conditions satisfaisantes, le projet en cause. Pourtant, le rapport public du Conseil d'État en 1991 devait s'émouvoir de ce que les formations administratives ne disposaient pas d'un délai suffisant ; et il est devenu récurrent que la Haute Assemblée dénonce des délais d'examen trop brefs, en cela qu'ils privent le gouvernement des garanties juridiques nécessaires.

En cas d'urgence, l'examen du texte est confié à la Commission permanente ; une procédure qui nuit, semble-t-il, à la qualité de la consultation du fait d'une moindre collégialité et pour laquelle le Conseil d'État fait montre de la plus grande réserve

Dans le cadre de la mise en oeuvre de l'article 88- 4 de la Constitution du 4 octobre 1958, les délais impartis par le gouvernement au Conseil d'Etat sont extrêmement brefs (délai moyen réel de 5 à 6 jours), en conséquence de la négociation intra-communautaire en cours<sup>9</sup>.

## Grèce

Il n'y a pas de délai fixe. D'habitude, le Conseil se fixe un délai de 1 à 2 mois pour émettre un avis. Le ministre compétent peut proposer un délai raisonnable par rapport à l'importance et à l'éventuelle urgence du décret.

---

<sup>9</sup> Le gouvernement conseille le Conseil d'État pendant la phase de préparation des projets de directive européenne, afin de l'aider à déterminer si une directive particulière doit faire l'objet d'une transposition par une loi ou par un autre acte (article 88 - 4 de la Constitution du 4 octobre 1958).

## Italie

Sous réserve de délais plus brefs prévus par la loi, l'avis du Conseil d'État est rendu dans un délai de 45 jours à compter de la réception de la demande. A l'expiration de ce délai, l'administration peut poursuivre indépendamment de l'obtention de l'avis. Dans le cas où, en raison d'impératifs tenant à l'instruction de la demande, le délai susvisé ne pourrait être respecté, il peut être interrompu une seule fois et l'avis doit être rendu définitivement dans les 20 jours de la réception des pièces complémentaires adressées par les administrations intéressées.

Ce délai est applicable en toutes matières, à l'exception des recours extraordinaires. Il a été jugé suffisant et a été observé.

## Luxembourg

Le Conseil d'État n'est en principe soumis à aucun délai pour émettre son avis. Il n'en reste pas moins qu'il respecte, dans la mesure du possible, la liste de priorités établie périodiquement par le gouvernement.

Il faut toutefois noter que si la Chambre des députés a procédé au vote article par article d'un projet ou d'une proposition de loi, sans pouvoir procéder au vote sur l'ensemble de la loi du fait que tous les articles votés n'ont pas été avisés par le Conseil d'État, celui-ci doit rendre son avis sur les dispositions votées par la Chambre dans un délai de 3 mois au plus tard à partir de la date de la communication des dispositions en question. Faute d'avis dans ce délai, la Chambre peut passer au vote sur l'ensemble de la loi. Cette procédure, introduite en 1996, n'a à ce jour jamais trouvé application.

## Pays-Bas

Le Conseil d'État n'est en principe soumis à aucun délai pour émettre son avis. Le Conseil se fixe néanmoins un délai de 3 mois maximum pour émettre un avis. Dans un nombre de cas limité

(sujets très vastes ou d'une grande complexité), le Conseil a besoin de plus de 3 mois pour émettre son avis. Dans un petit nombre de cas urgents, l'avis est émis plus rapidement sur la demande explicite du gouvernement.

#### **4. Les conséquences des avis**

La règle générale est que le gouvernement, ou le parlement si celui-ci a sollicité l'avis, n'est pas tenu de suivre l'avis. En règle générale, il devra toutefois se justifier en réagissant à l'avis.

Au Luxembourg, le non-respect de l'avis du Conseil d'État peut, dans certains cas, engendrer des complications procédurales.

Généralement, les remarques juridiques et techniques formulées dans l'avis sont observées.

#### **Pays Bas**

Le gouvernement n'est pas obligé de suivre l'avis donné. Il est néanmoins tenu de répondre de façon motivée à l'avis du Conseil dans un rapport officiel à la Reine.

De même, les initiateurs d'une proposition de loi au sein du parlement ne sont pas tenus de suivre l'avis. Ils doivent toutefois réagir officiellement à l'avis dans un rapport adressé au parlement.

Plusieurs études ont montré que les avis de nature juridique et technique sont généralement suivis par le gouvernement, ce qui n'est pas le cas des avis qui touchent à la qualité de la « politique » - dans le sens du mot anglais « policy » - du projet.

#### **France**

Le gouvernement n'est pas obligé de suivre l'avis donné. On observera néanmoins que la position prise par le Conseil d'État relativement à un projet de loi aura d'autant plus de poids auprès du gouvernement que ce dernier sait que, s'il passe outre, il prend le risque d'une censure, sur

le terrain juridique, par le Conseil constitutionnel, éventuellement saisi de la loi votée.

#### **Grèce**

Le gouvernement n'est pas tenu de se conformer à l'avis du Conseil d'État. Il est toutefois peu vraisemblable qu'il ne le fasse pas. Etant donné que l'élaboration du décret constitue une forme substantielle de la procédure de son émission, l'omission de l'envoi du projet de décret au Conseil d'État en vue de son élaboration constitue une faute de procédure.

#### **Italie**

Le ministre n'est pas tenu de suivre l'avis. Toutefois, si le ministre n'entend pas suivre l'avis du Conseil en matière de règlements ou de textes uniques, le conseil des ministres doit être entendu. La règle veut que l'administration suive l'avis du Conseil d'État. Les exceptions sont rares.

#### **Luxembourg**

Le gouvernement n'est en principe pas tenu de suivre les observations du

Conseil d'État. Dans la pratique, il est rare que le gouvernement ne tienne pas compte des oppositions formelles que le Conseil a pu émettre au sujet de dispositions légales contraires à la Constitution, aux normes de droit supérieures ou aux principes généraux du droit.

Au Luxembourg, trois situations peuvent en fait se présenter :

l'avis se limite strictement à des commentaires, auquel cas il y a peu de chances qu'il soit suivi ;

l'avis comprend une contre-proposition, auquel cas il y a beaucoup plus de chances qu'il soit suivi ;

le Conseil d'État s'oppose de façon formelle au texte qui lui est soumis, auquel cas le Parlement

doit se prononcer à deux reprises sur le texte par un vote pour qu'il puisse être adopté.

## **Belgique**

Les avis de la section de législation ne sont pas contraignants. Il se peut cependant que lorsque l'avis n'est pas suivi sur certains points à teneur juridique, l'autorité en fournisse la justification dans l'exposé des motifs d'une loi, d'un décret ou d'une ordonnance, ou dans le rapport au Roi ou au gouvernement de communauté ou de région. Une telle justification n'est toutefois pas imposée par la loi.

### **5. La publication des avis**

En ce qui concerne la publication des avis, on note de grandes divergences. En Italie, en Grèce, au Luxembourg et aux Pays-Bas, les avis sont publiés directement après avoir été rendus ou peu après. En Belgique, les avis sont certes publics, mais leur publication effective laisse à désirer. En France, les avis ne sont en principe pas publics.

## **Grèce**

Le Conseil d'État publie les avis.

## **Italie**

L'article 15 de la loi n° 205 du 21 juillet 2000, prévoit que les avis du Conseil d'État sont soumis à publicité et portent l'indication du président de la formation et du rédacteur. Les avis deviennent publics dès leur transmission à l'autorité requérante. Les avis sont publiés sur le site internet du Conseil d'État. Cette nouvelle réglementation de la publicité des avis a souligné leur rapprochement avec les jugements, puisque tous deux sont rendus de manière neutre dans l'intérêt de l'ordre juridique général.

## **Luxembourg**

Selon l'article 36 du règlement d'ordre intérieur du Conseil d'État, les avis et,

s'il en existe, les avis séparés, émis au sujet de projets ou propositions de loi ou de règlement, qui ont déjà fait l'objet d'un dépôt ou d'une communication à la Chambre des députés, ont un caractère public dès leur approbation en séance plénière.

A partir du moment où les avis ont été rendus conformes aux délibérations de l'assemblée plénière, le Secrétariat peut les communiquer aux autorités et aux personnes privées qui le désirent.

Le Secrétariat met ces avis revêtant un caractère public sur le site internet du Conseil d'État au plus tard au lendemain de la séance plénière au cours de laquelle ils ont été adoptés.

Les projets de loi et de règlement, qui n'ont pas fait l'objet d'un dépôt ou d'une communication à la Chambre des députés, conservent toutefois un caractère secret, et ne peuvent être communiqués qu'au gouvernement ou à l'administration concernée.

## **Pays-Bas**

Le gouvernement publie l'avis du Conseil dès qu'il a arrêté sa position dans sa réponse motivée à la Reine. S'il s'agit d'un texte de loi au sens formel, l'avis du Conseil et la réponse motivée du gouvernement font partie des actes parlementaires.

L'avis du Conseil est publié sur le site Internet du Conseil immédiatement après avoir été rendu public par le gouvernement. Le Conseil publie tous les ans un rapport annuel dans lequel il analyse les avis rendus publics au cours de l'année écoulée.

## **Belgique**

En principe, la loi du 11 avril 1994 relative à la publicité de l'administration s'applique aux avis de la section de législation. Dans la pratique, les avis ne sont cependant pas systématiquement

rendus publics, mais on peut en demander la communication à titre individuel, ce qui est plutôt rare (par exemple lors d'un litige devant la section d'administration du Conseil d'État sur l'application d'une norme ayant fait l'objet d'un avis de la section de législation).

Ils ne sont pas systématiquement publiés sur le site Internet du Conseil d'État. Les avis sont transmis à l'auteur de la demande d'avis qui apprécie s'il y a lieu de les rendre publics.

Il n'en demeure pas moins que certains avis sont publiés soit dans les documents parlementaires si l'avis porte sur un avant-projet ou une proposition de loi, de décret ou d'ordonnance, soit au Moniteur belge lorsque l'avis a trait à un projet d'arrêté royal ou d'arrêté d'un gouvernement de Communauté ou de Région et qu'un rapport au Roi ou au gouvernement de Communauté ou de Région a été rédigé.

Le Conseil d'État reproduit dans son rapport annuel d'activités des extraits des avis les plus significatifs émis au cours de l'année.

## **France**

Les avis ne sont pas rendus publics en principe. En effet, les avis des formations administratives du Conseil d'État ne sont pas des documents administratifs au sens de la loi n°78-753 du 17 juillet 1978 relative à la liberté d'accès aux documents administratifs. Seul le gouvernement peut et doit décider du principe et du moment de la divulgation des avis des formations administratives du Conseil d'État, car ce dernier est le conseiller juridique du gouvernement et de lui seul.

Avec l'autorisation du gouvernement, les avis les plus importants du Conseil d'État sont divulgués dans les rapports annuels. Ainsi, on peut noter, qu'à partir du numéro 28 en 1976, la revue Etudes et Documents a publié, avec l'accord du gouvernement, le texte d'un certain nombre de ces avis. Au surplus, la doctrine universitaire s'est

livrée à une analyse particulièrement argumentée et détaillée des avis les plus significatifs dans Les Grands avis du Conseil d'État, 2<sup>ème</sup> édit., Dalloz, 2002.

## C. Les Conseils d'État et la législation européenne

Tous les Conseils d'État sont saisis en cas de transposition de la réglementation européenne dans la législation nationale, dès lors que cette transposition doit s'effectuer par un instrument législatif (loi, ordonnance, etc.) qui relève de leur compétence générale.

En France, le Conseil d'État conseille le gouvernement dès la phase de préparation des projets de directive européenne, dès lors qu'il s'agit de savoir si une directive particulière doit faire l'objet d'une transposition par une loi ou par un autre acte (article 88 - 4 de la Constitution du 4 octobre 1958).

Le Conseil d'État d'Italie peut examiner les projets d'actes normatifs de l'Union européenne sur la requête du Premier ministre. Cette disposition n'est que rarement appliquée. Le Conseil d'État néerlandais peut être conseillé sur les projets de législation européenne en préparation par le ministre responsable.

Cette partie examine en détail, par Conseil d'État, l'implication des Conseils d'État dans la réglementation européenne.

### Belgique

La section de législation émet des avis sur les projets de mesures de droit interne, visant à transposer les normes de droit européen.

Le Conseil d'État belge n'est pas associé à la préparation de la réglementation européenne et ne rend donc aucun avis à cet égard.

### France

Le Conseil d'État, dans sa fonction consultative, se prononce sur les mesures (lois ou règlements) ayant pour objet la mise en oeuvre de la législation européenne.

Le Conseil d'État est invité à rendre un avis sur la législation européenne en préparation à Bruxelles, dans le cadre de la procédure prévue à l'article 88-4 de la Constitution du 4 octobre 1958, aux termes duquel, « Le Gouvernement soumet à l'Assemblée nationale et au Sénat, dès leur transmission au Conseil de l'Union européenne, les projets ou propositions d'actes des Communautés européennes et de l'Union européenne comportant des dispositions de nature législative. Il peut également leur soumettre les autres projets ou propositions d'actes ainsi que tout document émanant d'une institution de l'Union européenne » (art. 88-4, alinéa 1<sup>er</sup>, dans sa rédaction issue de la loi constitutionnelle du 25 janvier 1999).

Considérant l'imprécision des notions « projets ou propositions d'actes » et « comportant des dispositions de nature législative », le gouvernement a, dès l'origine et par circulaires, prévu la consultation pour avis du Conseil d'État, afin de l'aider à déterminer ce qui devait être transmis au Parlement.

Au cours de l'année 2002, le Conseil d'État s'est prononcé sur 342 propositions ou projets d'actes communautaires ; il a conclu que 228 d'entre eux comportaient des dispositions de nature législative, justifiant leur transmission au Parlement français.

Au-delà de ce rôle strictement opérationnel (détermination et tri des matières), le Conseil d'État souhaiterait être consulté, dans le cadre de l'article 88-4 de la Constitution, sur le fond des projets ou propositions d'actes des Communautés européennes et de l'Union européenne, susceptibles d'avoir des conséquences juridiques importantes.

### Grèce

Le Conseil d'État exerce sa fonction consultative à propos des décrets, 50 projets environ par an, visant à la mise en oeuvre de la législation européenne.

Le Conseil n'est pas associé à la préparation de la réglementation européenne.

européenne en préparation à Bruxelles. Jusqu'ici, cela s'est produit à cinq reprises.

## **Italie**

Lorsque la législation européenne est mise en oeuvre par voie d'actes réglementaires, l'avis du Conseil d'État est obligatoire. En cas de réception par voie législative, l'avis est facultatif et en général, il n'est pas sollicité.

La loi n° 127 du 15 mai 1997, en son article 17, alinéa 28, dispose que le Conseil d'État examine, sur requête du président du Conseil des ministres, les projets d'actes normatifs de l'Union européenne.

Cette disposition, qui prévoit un avis facultatif, a été peu appliquée.

## **Luxembourg**

Étant donné que le Conseil d'État est appelé à se prononcer sur tout projet de loi, il exerce *ipso facto* sa fonction consultative dans le cadre de la transposition de directives européennes par la voie législative. Il en va de même pour les directives qui sont transposées en droit national par le biais d'un règlement grand-ducal.

Le Conseil d'État n'émet actuellement pas d'avis sur les projets de législation européenne en préparation. Toutefois, le Gouvernement pourrait lui soumettre de tels projets pour avis dans le cadre de sa faculté de saisir le Conseil d'État de questions de haute administration.

## **Pays-Bas**

En 2003, le Conseil a exercé sa fonction consultative à propos de 54 projets de loi ou de législation déléguée visant à la mise en oeuvre de la législation européenne.

Lorsque le ministre responsable le juge nécessaire, il peut demander au Conseil d'émettre des avis sur des projets de législation

## **D. Autres activités consultatives des Conseils d'État**

### **1. Avis des Conseils d'État de leur propre initiative**

Les Conseils d'État néerlandais et luxembourgeois ont la faculté d'émettre des avis de leur propre initiative à leur gouvernement. Pourtant, ils n'en font pas usage ou guère. Il convient toutefois de noter que dans son rapport annuel, le Conseil d'État néerlandais fait des remarques sur la législation qui, selon lui, comporte des manquements.

Le Conseil d'État italien ne dispose pas de la faculté d'émettre des avis de sa propre initiative. La loi lui impose toutefois l'obligation, lorsqu'il résulte de l'examen d'une affaire par le Conseil que la législation en vigueur est sur quelque point obscure, imparfaite ou incomplète, de remettre un rapport en ce sens au chef du gouvernement.

Les Conseils d'État de Belgique et de Grèce ne disposent d'aucune compétence pour appeler, de leur propre initiative, l'attention du gouvernement sur un dossier particulier.

Le Conseil d'État français peut, de sa propre initiative, appeler l'attention des pouvoirs publics sur les réformes d'ordre législatif, réglementaire ou administratif qui lui paraissent conformes à l'intérêt général.

Il use de cette faculté par la publication, sous forme de rapports, d'études approfondies, qui trouvent souvent un aboutissement législatif, réglementaire ou administratif.

#### **Belgique**

Le Conseil d'État belge ne peut pas émettre d'avis de sa propre initiative.

#### **France**

Le Conseil d'État peut, de sa propre initiative, appeler l'attention des pouvoirs publics sur les réformes d'ordre législatif, réglementaire ou administratif qui lui paraissent conformes à l'intérêt général (art. 24 de l'ordonnance du 31 juillet 1945, codifié à l'article L. 112-3 du Code de justice administrative).

La présente compétence du Conseil d'État s'analysera davantage comme une fonction d'étude et d'expertise, éventuellement de conseil. Dévolue à la Section du rapport et des études du Conseil, elle consiste, dans un premier temps, à appréhender en profondeur les données d'un sujet ou d'une question qui, jusqu'alors, pouvaient paraître incertaines, puis, dans un second temps, à formuler quelques recommandations ou propositions ayant vocation à être intégrées dans le droit positif.

Selon le témoignage d'un ancien Président de la Section du rapport et des études, on peut évaluer à environ deux tiers le nombre des propositions formulées qui trouvent un aboutissement législatif, réglementaire ou administratif.

Parmi les études récentes les plus significatives, dont on trouve des prolongements immédiats en droit positif, on mentionnera celle de 1992 prônant une plus grande efficacité du droit de l'urbanisme qui semble avoir inspiré les parlementaires lors des débats préalables à la loi du 9 février 1994 réformant le code de l'urbanisme ; on soulignera, dans le même sens, l'apport doctrinal de l'étude « Les lois de bioéthique : cinq ans après - 1999 », dont les conclusions paraissent avoir conditionné l'élaboration d'un projet de loi en la matière, déposé sur le bureau de l'Assemblée nationale le 20 juin 2001.

#### **Grèce**

Le Conseil dispose de la possibilité de donner des avis de sa propre initiative, mais en fait très

rarement usage (dans la plupart de cas il s'agit de questions concernant son propre fonctionnement).

### **Italie**

Le Conseil d'État ne peut rendre d'avis de sa propre initiative, mais l'article 58 du décret n° 444 du 21 avril 1942 dispose que, lorsqu'il résulte de l'examen d'une affaire par le Conseil que la législation en vigueur est sur quelque point obscure, imparfaite ou incomplète, le Conseil est tenu de remettre un rapport en ce sens au chef du gouvernement.

### **Luxembourg**

La loi organique du Conseil d'État dispose qu'il peut appeler l'attention du gouvernement sur l'opportunité de nouvelles lois ou de nouveaux règlements ou de modifications à introduire dans les lois et règlements existants. Il dispose dès lors d'un pouvoir *sui generis* en matière législative et réglementaire.

Il ne fait toutefois que rarement usage de cette faculté, et s'est limité dans le passé à en user lorsqu'il estimait qu'il y avait péril en la demeure, notamment en matière institutionnelle ou juridictionnelle ou s'il s'agissait des domaines ayant trait à sa propre organisation interne. Le Conseil d'État propose alors le texte de projet de loi ou de règlement grand-ducal en question.

### **Pays-Bas**

Le Conseil dispose de cette possibilité, mais n'en a pas fait usage jusqu'à présent. Toutefois, dans le rapport annuel 2003, il a pour la première fois mis le doigt sur les manquements dans la législation qu'il avait constatés dans sa fonction judiciaire. Le Conseil entend désormais procéder de la même façon chaque année.

## **2. Avis des Conseils d'État sur des questions individuelles**

Outre les avis touchant à la législation, en vertu de la loi, les Conseils d'État doivent parfois être consultés par leur gouvernement en référence à des cas individuels. En Belgique et en Grèce, cela ne se produit jamais. Aux Pays-Bas, cela se produit rarement et au Luxembourg, cela arrive plus fréquemment. En France, le nombre de cas affiche une tendance à la baisse, et en Italie, le Conseil est entendu dans le cadre du recours extraordinaire devant le chef de l'État.

Cette partie reprend, par Conseil d'État, différents détails sur cette fonction consultative.

### **Belgique**

La section de législation n'émet pas d'avis sur des projets d'arrêté individuel. La compétence d'avis de la section d'administration peut tout au plus porter sur des mesures administratives ayant une portée individuelle.

### **Grèce**

Le Conseil émet uniquement des avis à propos de décrets à caractère réglementaire.

### **Pays-Bas**

Dans un nombre négligeable de cas, la loi prescrit au gouvernement de prendre une décision dans un cas individuel, sur avis du Conseil d'État. En 2002, il y a eu 5 cas.

### **Luxembourg**

Le Conseil d'État doit être entendu en son avis sur toutes les demandes relatives à un changement de nom ou de prénom. Pour la période du 1<sup>er</sup> août 2002 au 31 juillet 2003, il a émis 63 avis y relatifs.

Il s'est en outre prononcé pendant la même période de référence sur 6 demandes de

déclaration d'utilité publique d'associations sans but lucratif.

Le Conseil d'État est encore appelé à se prononcer en vertu de l'article 6, paragraphe 11, de la loi du 29 juin 1989 sur le régime des cabarets, sur les demandes en obtention d'un débit de boissons alcooliques hors nombre de plein exercice. Le Conseil d'État a, pendant la période du 1<sup>er</sup> août 2002 au 31 juillet 2003, émis 7 avis sur les demandes en question.

Il est à relever que, conformément à la prédite loi, les avis au sujet de telles demandes sont donnés par une commission de trois membres à désigner chaque fois pour un an par le président du Conseil d'État, sans que ces avis ne fassent l'objet d'une délibération en séance plénière.

### **France**

S'agissant des mesures individuelles, le Conseil d'État était compétent relativement aux demandes de changements de nom ; cette compétence, prévue par une loi du 11 Germinal an XI s'est maintenue jusqu'au 1<sup>er</sup> février 1994, date d'entrée en vigueur de la loi du 8 janvier 1993 qui prévoit désormais des décrets simples.

En matière de décisions individuelles, la tendance est à la réduction de la compétence du Conseil d'État, notamment de celle de la Section de l'Intérieur (179 en 2002 contre 241 en 2001)

### **Italie**

L'ensemble des avis rendus en matière de recours extraordinaire, distinct du recours juridictionnel, concerne des cas individuels. Entre le 1 janvier et le 31 octobre 2003, le Conseil d'État a rendu 2299 avis sur des recours extraordinaires.

Habituellement, les questions que le gouvernement a la faculté de soumettre au Conseil d'État concernent des difficultés générales d'interprétation, mais elles peuvent

également concerner des cas individuels, ainsi que cela s'est produit, par exemple, à l'occasion de l'interprétation de la XIII<sup>ème</sup> disposition annexée à la Constitution relative à l'entrée et au séjour des ex-rois, de leurs épouses et des descendants mâles de la Maison Savoie.

### **3. Avis des Conseils d'État sur d'autres questions**

En ce qui concerne les demandes d'avis émanant du gouvernement, et qui ne touchent pas à la législation ni à un cas individuel, de grandes divergences existent également.

En Grèce et en Belgique, cette possibilité n'existe pas. En Belgique, depuis la réforme d'état, le Conseil joue néanmoins un rôle consultatif lors de la résolution des questions de compétences.

Dans les autres pays, le Conseil peut être sollicité par le gouvernement pour émettre un avis si celui-ci le juge souhaitable. Cela ne se produit toutefois que dans un nombre limité de cas. En Italie, chacune des chambres parlementaires peut solliciter un avis auprès du Conseil.

### **Grèce**

La possibilité de saisir le Conseil d'État de demandes d'avis portant sur d'autres questions que la législation n'existe pas.

### **Belgique**

Un avis (obligatoire) peut être sollicité auprès de la section de législation sur la question de savoir si un litige politique déterminé (un "conflit d'intérêt"), survenu entre l'autorité fédérale et les autorités des entités fédérées, implique ou non aussi un problème juridique de compétence. Si l'avis apporte une réponse positive à cette question, l'affaire est soustraite à la compétence du Comité de concertation, qui est un organe politique composé de représentants du gouvernement fédéral et des gouvernements

régionaux et communautaires et qui peut être saisi des conflits d'intérêt en vue de leur règlement.

## **France**

Depuis ses origines, en l'an VIII, le Conseil d'État a toujours été consulté, par le Premier ministre ou les ministres, sur « les difficultés qui s'élèvent en matière administrative » (article 52 de la Constitution consulaire du 22 frimaire an VIII, repris dans l'article 23 de l'ordonnance du 31 juillet 1945 sur le Conseil d'État, désormais codifié à l'article L. 112-1 du Code de justice administrative).

Cette attribution consultative du Conseil d'État est sans doute moins importante que sa participation à la confection des lois, ordonnances et décrets, mais elle le conduit néanmoins à rappeler ou clarifier la portée des règles en vigueur.

Selon une règle traditionnelle, le Conseil d'État s'interdit de formuler un avis sur une difficulté qui fait l'objet d'un recours contentieux.

Le rapport public du Conseil d'État pour 2003 rend compte de 18 avis (dont quatre émanant de l'assemblée générale) prononcés au titre de l'article L. 112-1 du Code de justice administrative.

## **Italie**

Le gouvernement ou les Régions ou chacune des chambres du Parlement peuvent demander au Conseil un avis sur quelque question que ce soit.

Ainsi, par exemple, le Sénat de la République a demandé au Conseil d'État si un sénateur, devenu président de la République, avait droit aux émoluments de retraite de la part du Sénat au titre de la période au cours de laquelle il avait été Président de la République. Le Conseil a répondu par la négative.

Le gouvernement peut également demander un avis au Conseil sur des difficultés relatives à

l'interprétation des lois. Entre le 1<sup>er</sup> janvier 2003 et le 31 octobre 2003, le Conseil a rendu 70 avis sur ces difficultés.

## **Luxembourg**

Le Conseil d'État délibère, en séance plénière, sur toutes les questions de haute administration qui lui sont soumises par le gouvernement. Par ailleurs, le Premier ministre a le droit de convoquer des conférences entre le gouvernement et le Conseil d'État sur des questions de législation et de haute administration.

Il faut toutefois noter que le Conseil d'État n'est que très rarement saisi de telles questions et que c'est encore plus exceptionnellement que le Premier ministre convoque des conférences interinstitutionnelles.

## **Pays-Bas**

Le gouvernement peut demander l'avis du Conseil sur toutes les questions qu'il juge utiles. C'est ainsi qu'il demande tous les ans l'avis du Conseil sur la « Note relative à l'état des finances publiques », le rapport gouvernemental qui accompagne les chapitres budgétaires lors de leur présentation au Parlement.

Le Conseil est aussi saisi de demandes d'avis concernant la qualité de la politique en matière de législation, par exemple sur les instructions officielles concernant la législation.

## E. Conclusions

De l'étude comparative qui précède il apparaît que sur un certain nombre de points il existe parfois de grandes différences entre les conseils d'Etat en ce qui concerne leur fonction consultative. A ce sujet, l'on songe à l'organisation, la façon de travailler et la composition de ces collèges, leurs tâches et le rôle qu'ils jouent en ce qui concerne la législation européenne. Est particulièrement frappante la grande concordance dans la façon dont les conseils examinent les textes qui leur sont soumis.

En ce qui concerne leur appréciation au sujet de la qualité de la législation, il semble que les conseils d'Etat en tant que conseillers indépendants et impartiaux du gouvernement – et parfois du parlement – ont une vision largement concordante.

Leur tâche en tant que conseiller indépendant et impartial consiste en premier lieu à contrôler le texte qui leur est soumis par rapport à la norme supérieure, c'est-à-dire les traités internationaux qui lient leur pays, le droit européen, la constitution, les principes généraux de droit et lorsqu'il s'agit de règles de niveau inférieur, les lois. A côté de cela, ils sont aussi attentifs à d'autres aspects qui concernent la qualité (du système) de la législation et qui ont par conséquent trait à la sécurité juridique dans leur pays tels que la consistance, la clarté, l'accessibilité et la lisibilité.

La qualité de la législation revêt une importance capitale au sein des États de droit de l'Union européenne.

En effet, la loi, au sens formel du terme, qui voit le jour après avoir reçu l'approbation du parlement, peut être considérée comme le point d'Archimède de l'État de droit. Elle constitue le fondement de l'État et de l'ordre juridique national, elle est la force régulatrice par

excellence au sein de la société, elle s'impose tant comme le fondement que comme la limitation des compétences de l'administration, elle constitue le cadre de référence pour les juges et le canevas de la protection juridique du citoyen.

Une législation de mauvaise qualité limite la sécurité juridique, rend l'administration vulnérable et permet difficilement au juge de remplir sa fonction de manière satisfaisante.

Au sein de l'État de droit, une certaine tension existe toujours entre l'examen démocratique des intérêts d'une part, et les principes du droit d'autre part. Ces éléments ne sont pas toujours compatibles.

La législation est de ce fait soumise à l'influence de toutes sortes d'exigences, d'aspects et d'intérêts. Une législation de qualité supérieure n'est possible que lorsqu'un lien existe entre toutes les exigences, tous les aspects et tous les intérêts pertinents, et que différentes conditions techniques sont remplies.

En leur qualité de conseillers indépendants et impartiaux en matière de législation, les Conseils d'État de l'Union européenne – même lorsque leur compétence se limite à donner des avis sur des décrets et ordonnances et ne concerne pas les lois – apportent une contribution substantielle à la qualité de la législation de leur pays. Grâce à leur expérience et leur expertise vastes et approfondies, ils sont en mesure de juger avec autorité de la qualité des textes qui leur sont soumis, et d'avancer des suggestions d'amélioration.

En règle générale, ils s'acquitteront de cette tâche en se fondant sur les connaissances et l'expérience pratiques que les membres des collèges ont accumulées au cours de leur passé professionnel, mais dans la plupart des cas, ils s'inspirent de leur propre activité de juge administratif suprême ou des connaissances des juges administratifs suprêmes disponibles au sein

du collège. A quelques exceptions près, leur fonction consultative est publique et dès lors connue et contrôlable.

La signification particulière de la consultation est attribuable à la double fonction du juge administratif suprême et de conseiller en matière de législation, qui est exercée par tous les collèges à l'exception du conseil d'Etat du Luxembourg. Cette consultation est de nature à jouer un rôle non négligeable, pas uniquement pour ceux à qui les avis sont destinés – directement ou indirectement –, mais aussi pour le juge et le citoyen.