

**RAPPORT DE LA COUR CONSTITUTIONNELLE DE BELGIQUE PRÉSENTÉ AU
XVII^E CONGRÈS DE LA CONFÉRENCE DES COURS CONSTITUTIONNELLES
EUROPÉENNES**

VIENNE 12-14 MAI 2014

**LA COOPÉRATION ENTRE LES COURS CONSTITUTIONNELLES
EN EUROPE – SITUATION ACTUELLE ET PERSPECTIVES**

**RÉPONSES AU QUESTIONNAIRE DEVANT SERVIR DE BASE
AUX RAPPORTS NATIONAUX**

André Alen¹
Jean Spreutels²
Etienne Peremans³
Willem Verrijdt⁴

1. La Cour constitutionnelle belge n'est pas compétente pour exercer un contrôle direct au regard du droit international et européen, mais ces normes, telles qu'elles sont interprétées par la Cour de justice de l'Union européenne et la Cour européenne des droits de l'homme, jouent néanmoins un rôle essentiel dans sa jurisprudence. En effet, la Cour a développé deux techniques pour contrôler indirectement des normes législatives au regard du droit international et du droit européen et les utilise pour incorporer la jurisprudence européenne pertinente dans ses propres arrêts.

La Cour constitutionnelle utilise toutefois le droit européen non seulement comme norme de contrôle indirect, mais également en vue de justifier des restrictions aux garanties qu'offrent la Constitution belge et/ou les normes de contrôle indirectes. En outre, la Cour constitutionnelle tient compte des obligations procédurales qui, en vertu de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour de justice, découlent de la CEDH et du droit de l'Union européenne, comme l'obligation de poser des questions préjudicielles à la Cour de justice.

En revanche, la jurisprudence des autres cours constitutionnelles européennes joue un rôle nettement moins prépondérant dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle belge. L'incidence pratique de l'interaction entre les deux juridictions européennes sur le contentieux constitutionnel belge est, pour l'heure, aussi limitée.

¹ Président néerlandophone de la Cour constitutionnelle, professeur extraordinaire de droit constitutionnel à la KU Leuven et secrétaire honoraire du Conseil des ministres.

² Président francophone de la Cour constitutionnelle, professeur ordinaire honoraire de l'Université libre de Bruxelles (ULB).

³ Référendaire à la Cour constitutionnelle.

⁴ Référendaire à la Cour constitutionnelle, doctorant à la KU Leuven.

I. INFLUENCE DU DROIT EUROPÉEN ET DES JURIDICTIONS EUROPÉENNES

1. Contrôle au regard du droit international et du droit européen

1.1 Interdiction de procéder à un contrôle direct

2. L'article 142 de la Constitution et la loi organique sur la Cour constitutionnelle⁵ habilite la Cour à contrôler des normes législatives au regard de certaines dispositions constitutionnelles et au regard des règles répartitrices de compétences. Il s'agit d'une compétence exclusive : si un juge ordinaire ou administratif estime qu'il est question d'une inconstitutionnalité, il doit poser une question préjudicielle à la Cour constitutionnelle⁶ et il doit ensuite se conformer à la décision de la Cour.⁷

3. Le pouvoir de contrôle⁸ de la Cour constitutionnelle a été constitué en trois phases et chacune de ces phases porte seulement sur un contrôle au regard de normes de droit interne.⁹

Entre 1985 et 1989, la Cour d'arbitrage, dénomination de la Cour constitutionnelle avant le 8 mai 2007, était uniquement compétente pour contrôler des normes législatives de l'autorité fédérale ou des entités fédérées au regard des « règles qui sont établies par la Constitution ou en vertu de celle-ci pour déterminer les compétences respectives de l'Etat, des communautés et des régions ». Ce rôle de gardien des compétences dans le processus de fédéralisation à peine amorcé était également la raison pour laquelle la Cour avait été créée. Les règles répartitrices de compétences sont principalement contenues dans la Constitution et dans des lois à majorité spéciale.¹⁰

En 1989, la compétence de la Cour constitutionnelle a été élargie en lui permettant d'exercer un contrôle au regard des articles 10, 11 et 24 de la Constitution. L'article 24 de la Constitution garantit plusieurs libertés en matière d'enseignement, dont le respect a été placé sous le contrôle de la Cour constitutionnelle lorsque les communautés sont devenues compétentes pour l'enseignement, de sorte que le Constituant a estimé devoir protéger la minorité catholique dans l'enseignement francophone et la minorité laïque dans l'enseignement néerlandophone. L'article 10 de la Constitution garantit le principe d'égalité et l'article 11 de la Constitution garantit le principe de non-discrimination, mais la Cour constitutionnelle considère ces deux dispositions comme l'expression d'un seul principe, qu'elle dénomme systématiquement « principe d'égalité et de non-discrimination ». ¹¹ Le contrôle que la Cour constitutionnelle exerce au regard de ce principe suit en règle la même trame que celui de la Cour européenne des droits de l'homme. ¹² La Cour constitutionnelle

⁵ Articles 1er et 26, § 1er, de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle.

⁶ Article 26, § 2, de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle.

⁷ Article 28 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle.

⁸ En ce qui concerne les « normes contrôlées », il est établi que la Cour constitutionnelle peut uniquement contrôler des normes législatives formelles. Il s'agit tant de normes législatives fédérales que de normes des entités fédérées : les termes « une loi » portent, à l'article 142 de la Constitution, sur une norme législative fédérale, « un décret » sur les normes législatives des communautés et « une règle visée à l'article 134 » sur les normes législatives des régions.

⁹ A. ALEN et K. MUYLLE, *Handboek van het Belgisch Staatsrecht*, Malines, Kluwer, 2011, 487-528.

¹⁰ Ce sont des lois qui ne peuvent être modifiées qu'à la majorité spéciale visée à l'article 4, alinéa 3, de la Constitution.

¹¹ C.C. n° 37/97, 8 juillet 1997.

¹² Comp. l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 23 juillet 1968, affaire linguistique belge, à l'arrêt de la Cour constitutionnelle n° 23/89, 13 octobre 1989. Voy. concernant le contrôle au regard des articles 10 et 11 de la Constitution par la Cour constitutionnelle, A. ALEN et K. Muylle, *o.c.*, 504-520.

examine d'abord si les catégories de personnes prétendument traitées de manière distincte¹³ sont suffisamment comparables. Elle examine ensuite si le but poursuivi par le législateur est légitime et, si tel est le cas, elle examine si le critère de distinction est objectif et pertinent. Le dernier examen, le plus important, est le contrôle de proportionnalité.

L'article 142 de la Constitution contient une habilitation pour étendre par une loi à majorité spéciale le pouvoir de contrôle de la Cour constitutionnelle à un contrôle au regard d'autres articles de la Constitution. Par la loi spéciale du 9 mars 2003, le législateur spécial a fait usage de cette possibilité : depuis, la Cour est compétente pour exercer un contrôle au regard des dispositions constitutionnelles qui garantissent un droit fondamental : il s'agit du Titre II (les articles 8 à 32) et des articles 170, 172 et 191 de la Constitution.¹⁴ Etant donné que les articles 10, 11 et 24 de la Constitution font partie du Titre II, la Cour a actuellement deux types de normes de contrôle directes : d'une part, les règles répartitrices de compétences et, d'autre part, les droits fondamentaux consacrés par la Constitution.

4. Il ressort de cette énumération que la Constitution et la loi organique n'habilitent pas la Cour constitutionnelle à contrôler la législation au regard du droit européen. Ce silence peut s'expliquer parce que la Cour de cassation a déjà jugé en 1971 que la compétence pour ne pas appliquer la législation si celle-ci est contraire à une Convention internationale ayant effet direct dans l'ordre juridique belge appartient au juge ordinaire et au juge administratif.¹⁵ Au cours des travaux préparatoires des lois organiques sur la Cour constitutionnelle, la compétence pour exercer un contrôle direct au regard du droit international a certes toujours été discutée, mais a jusqu'à présent chaque fois été rejetée.¹⁶

1.2 Deux formes de contrôle indirect

5. La Cour constitutionnelle a cependant mis au point deux techniques afin de contrôler *indirectement* la législation au regard des normes juridiques supérieures au regard desquelles elle ne peut exercer un contrôle *direct*. Ce contrôle indirect signifie que la Cour constitutionnelle fait usage, en tant que norme de contrôle formelle, d'une norme au regard de laquelle elle peut exercer un contrôle en vertu de l'article 142 de la Constitution, mais qu'elle interprète cette norme de contrôle formelle en combinaison avec une autre norme juridique supérieure au regard de laquelle elle ne peut exercer un contrôle direct. La Cour a (voy. n^{os} 6 et 13) développé ces deux techniques dans le premier arrêt qu'elle a rendu après une extension explicite de ses compétences et a à chaque fois utilisé une de ses compétences de contrôle direct nouvellement acquises afin d'étendre la portée de son contrôle. Grâce à ces deux techniques, qui seront examinées ci-après, un contrôle *de facto* au regard du droit européen ou international est néanmoins possible.

¹³ Une « distinction » peut consister en un traitement différent de situations égales comme en un traitement égal de situations différentes.

¹⁴ L'article 1er et l'article 26, § 1er, de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle.

¹⁵ Cass. 27 mai 1971, *SA Fromagerie Franco-Suisse Le Ski, Pas*. 1971, 886. Par contre, la Cour de cassation a confirmé par la suite que le juge ordinaire et le juge administratif ne sont pas compétents pour contrôler la législation au regard de la Constitution : Cass. 3 mai 1974, *RW 1974-1975*, 77; Cass. 25 juin 1974, *RW 1974-75*, 108.

¹⁶ *Doc. parl.* Sénat, 1979-1980, n^o. 435/1, pp. 11 et 39 et l'annexe, pp. 5-7; *Doc. parl.* Sénat, 1988-1989, n^o 483/2, pp. 44 et 59; *Doc. parl.* Sénat, 2000-2001, n^o 897/6, p. 14. Voy. à ce sujet P. POPELIER, *Procederen voor het Grondwettelijk Hof*, Anvers, Intersentia, 2008, 136; M.-F. RIGAUX et B. RENAULD, *La Cour constitutionnelle*, Bruxelles, Bruylant, 2008, 99; M. VERDUSSEN, *Justice constitutionnelle*, Bruxelles, Larcier, 2012, 123-125.

1.2.1. Contrôle indirect via les articles 10 et 11 de la Constitution

6. La première technique du contrôle indirect est fondée sur les articles 10 et 11 de la Constitution (voy. n° 3).¹⁷ Dans l'arrêt *Biorim*, la Cour a considéré que ces dispositions interdisent « toute discrimination, quelle qu'en soit l'origine ». ¹⁸ Par conséquent, la Cour peut constater une violation du principe d'égalité et de non-discrimination lorsque le législateur établit une distinction injustifiée en mettant en œuvre les obligations qui reposent sur lui en vertu d'autres normes juridiques supérieures.

7. Cette technique du contrôle indirect permet à la Cour constitutionnelle de prendre en considération plusieurs autres normes juridiques supérieures. Il s'agit des dispositions constitutionnelles au regard desquelles la Cour ne peut exercer un contrôle direct,¹⁹ de principes généraux de droit non écrits²⁰ et du droit international et européen. Dans son *arrêt de pacification*²¹, la Cour a admis pour la première fois qu'elle était compétente pour exercer, à travers les articles 10 et 11 de la Constitution, un contrôle au regard de « tous les droits et libertés garantis aux Belges, en ce compris ceux résultant de dispositions conventionnelles internationales liant la Belgique et rendues applicables dans l'ordre juridique interne par un acte d'assentiment et ayant effet direct ». ²²

Lorsque la Cour exerce un contrôle au regard des articles 10 et 11 de la Constitution, combinés avec les conventions relatives aux droits de l'homme, elle fait intervenir dans son contrôle les critères de fond en vertu desquels des restrictions peuvent être apportées aux droits et libertés consacrés par ces conventions.²³

8. La formulation de l'*arrêt de pacification* indique que le droit international et européen ne peut faire fonction de norme de contrôle indirect que s'il est satisfait à trois conditions : (1) il s'agit d'une norme ayant effet direct dans l'ordre juridique interne; (2) cette norme consacre des droits et libertés; (3) ce droit est violé de manière discriminatoire par un législateur. La Cour constitutionnelle a dans l'intervalle abandonné la première condition et il ressort de la pratique qu'elle interprète les deux autres conditions avec tant de souplesse que leur portée est très limitée.

¹⁷ A. ALEN en K. MUYLLE, *o.c.*, 497-501; M. BOSSUYT et W. VERRIJDT, « The Full Effect of EU Law and of Constitutional Review in Belgium and France after the Melki Judgment », *EuConst* 2011, 357-358; P. POPELIER, *o.c.*, 137-140; M.-F. RIGAUX et B. RENAULD, *o.c.*, 78; M. VERDUSSEN, *o.c.*, 126-131.

¹⁸ C.C. n° 23/89, 13 octobre 1989. Depuis 1993, cette technique est formulée comme suit : « Les articles 10 et 11 de la Constitution ont une portée générale. Ils interdisent toute discrimination, quelle qu'en soit l'origine : les règles constitutionnelles d'égalité et de non-discrimination sont applicables à l'égard de tous les droits et de toutes les libertés reconnus aux Belges, en ce compris ceux résultant des conventions internationales [...] » (C.C. n° 62/93, 15 juillet 1993).

¹⁹ Par exemple C.C. n° 81/95, 14 décembre 1995; C.C. n° 34/96, 15 mai 1996; C.C. n° 17/97, 25 mars 1997; C.C. n° 122/98, 3 décembre 1998, etc.

²⁰ C.C. n° 72/92, 18 novembre 1992 (les droits de la défense); C.C. n° 49/96, 12 juillet 1996 (le principe de la sécurité juridique); C.C. n° 46/2000, 3 mai 2000 (le secret professionnel de l'avocat); C.C. n° 43/2001, 29 mars 2001 (la personnalité de la peine); C.C. n° 107/2004, 16 juin 2004 (le respect des attentes légitimes); C.C. n° 154/2004, 22 septembre 2004 (l'accès au juge); C.C. n° 138/2006, 14 septembre 2006 (le contrôle du juge concernant les sanctions administratives); C.C. n° 81/2007, 7 juin 2007 (la proportionnalité de la peine).

²¹ Cet arrêt (C.C. n° 18/90, 23 mai 1990) est appelé « arrêt de pacification » parce que la Cour constitutionnelle devait statuer dans cette affaire sur des recours en annulation de la loi de pacification, qui apportait une solution à quelques problèmes communautaires qui avaient marqué la politique belge au cours des années 1980.

²² C.C. n° 18/90, 23 mai 1990; C.C. n° 57/93, 8 juillet 1993; C.C. n° 62/93, 15 juillet 1993; C.C. n° 122/98, 3 décembre 1998.

²³ C.C. n° 124/2000, 29 novembre 2000.

9. Même si quelques arrêts ont pu faire croire le contraire,²⁴ la Cour constitutionnelle a continué jusqu'en 2001 d'exiger explicitement que les dispositions de droit international ou supranational au regard desquelles elle exerçait un contrôle indirect aient effet direct. Elle n'examinait cependant pas toujours si tel était le cas, de sorte qu'on aurait pu considérer que la Cour avait implicitement attribué un effet direct à une disposition conventionnelle.²⁵

Dans son arrêt n° 41/2002, la Cour a également exercé un contrôle indirect au regard d'une disposition conventionnelle, en l'espèce le droit au travail, contenu dans l'article 6 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, sans examiner si cette disposition a effet direct. Un arrêt de 2003 indique clairement qu'il ne s'agit pas d'un oubli, mais d'un choix délibéré : lorsque le Conseil des ministres a fait valoir que la Cour constitutionnelle n'était pas en mesure d'exercer un contrôle indirect au regard des articles 24 à 27 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant, parce que ces dispositions n'auraient pas effet direct, la Cour constitutionnelle a jugé : « *Compétente pour apprécier si une norme législative viole les articles 10 et 11 de la Constitution, la Cour doit, lorsqu'elle est interrogée sur une violation de ces dispositions combinées avec une convention internationale, non pas examiner si celle-ci a effet direct dans l'ordre interne, mais apprécier si le législateur n'a pas méconnu de manière discriminatoire les engagements internationaux de la Belgique* ». ²⁶

La doctrine approuve ce changement de cap : en effet, la procédure devant la Cour est un contentieux objectif, dans lequel une norme est contrôlée de manière abstraite au regard d'une autre norme et dans lequel les droits subjectifs du requérant ou des parties dans l'instance soumises au juge *a quo* jouent tout au plus un rôle dans l'examen de l'intérêt requis ou de la pertinence de la question préjudicielle. Dans ce contexte, la question de savoir si ces normes internationales ou supranationales octroient des droits subjectifs est dénuée de pertinence.²⁷

Par ailleurs, il n'y a pas de contradiction avec la jurisprudence de la Cour de cassation, qui exige en revanche l'effet direct de dispositions conventionnelles invoquées (voy. n° 4) : en effet, c'est le juge ordinaire qui, en vertu des articles 144 et 145 de la Constitution, statue sur des droits subjectifs et, dans le cadre d'une telle procédure, la question de savoir si une norme de droit international ou européen a effet direct reste pertinente. Une réponse affirmative de la Cour constitutionnelle à une question préjudicielle peut avoir pour effet que le juge *a quo* doive laisser une disposition législative inappliquée pour cause de violation d'une disposition de droit international au regard de laquelle il ne peut lui-même exercer un contrôle à défaut

²⁴ C.C. n° 40/94, 19 mai 1994; C.C. n° 51/94, 29 juin 1994. Dans le premier arrêt, la Cour a exercé un contrôle indirect au regard de l'obligation de *standstill* en matière de gratuité de l'enseignement, consacré par l'article 13 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels et, dans le second arrêt, elle a exercé un contrôle indirect au regard de l'article 13 de la Charte sociale européenne « sans devoir examiner si l'article 13 a effet direct dans l'ordre juridique interne ».

²⁵ P. ex. C.C. n° 62/93, 15 juillet 1993; P. VANDEN HEEDE et G. GOEDERTIER, « De doorwerking van het internationaal recht in de rechtspraak van het Arbitragehof » in J. WOUTERS et D. VAN EECKHOUTTE (éd.), *Doorwerking van internationaal recht in de Belgische rechtsorde*, Anvers, Intersentia, 2006, 251.

²⁶ C.C. n° 106/2003, 22 juillet 2003. Cette jurisprudence a notamment été confirmée dans C.C. n° 92/2004, 19 juillet 2004 et C.C. n° 189/2004, 24 novembre 2004.

²⁷ A. ALEN, K. MUYLLE et W. VERRIJDT, « De verhouding tussen het Grondwettelijk Hof en het Europees Hof voor de Rechten van de Mens », in A. ALEN et J. THEUNIS (éd.), *Leuvense Staatsrechtelijke Standpunten 3. De Europese dimensie in het Belgische publiekrecht*, Bruges, die Keure, *La Charte*, 2012, 18-19; P. POPELIER, *o.c.*, 138-139; P. VANDEN HEEDE et G. GOEDERTIER, *o.c.*, 251-254. La jurisprudence du Conseil d'Etat va d'ailleurs dans le même sens : C.E., *Tillieux*, 28 mai 2002, n° 107.085.

d'effet direct.²⁸ Cela s'explique par le fait que la norme de contrôle formelle reste le principe d'égalité et de non-discrimination.

La question de savoir si la norme de contrôle indirecte de droit international ou européen a effet direct ne se pose donc plus, mais il faut bien sûr que la norme internationale en question lie la Belgique, ce qui n'est pas le cas de la Déclaration universelle des droits de l'homme²⁹ ou d'un acte de droit dérivé de l'Union qui ne vise pas les Etats membres, mais les institutions européennes.³⁰

10. Eu égard au caractère objectif du contentieux constitutionnel, la condition selon laquelle la norme internationale ou supranationale au regard de laquelle il est exercé un contrôle indirect doit attribuer des droits ou libertés ne joue aussi quasiment plus aucun rôle. Dans un arrêt de 2000, la Cour a jugé qu'elle ne peut exercer qu'un contrôle indirect au regard du droit de l'Union européenne en ce qu'il attribue des droits et libertés³¹, mais, en réalité, la Cour exerçait à l'époque déjà un contrôle indirect au regard de dispositions internationales et supranationales qui prescrivent uniquement des formalités, comme l'obligation d'informer la Commission européenne de prescriptions techniques.³²

Dans des arrêts ultérieurs, la Cour n'a pas davantage examiné si la norme de droit international ou européen invoquée se situait ou non dans la sphère des droits et libertés. Elle exerce souvent un contrôle indirect au regard d'obligations internationales et supranationales qui ne sont pas des droits fondamentaux, comme les directives de l'Union européenne³³ ou les principes généraux du droit de l'Union européenne.³⁴ La Cour constitutionnelle garantit ainsi la primauté du droit européen et international.³⁵

Cette conception large est également partagée par la doctrine : les articles 10 et 11 de la Constitution interdisent en effet toute discrimination, et non seulement les discriminations qui portent sur les droits et libertés.³⁶ La distinction entre les normes internationales et européennes qui garantissent des droits fondamentaux et celles qui ne le font pas n'importe donc plus que pour la mesure de la sévérité de l'appréciation à laquelle procède la Cour constitutionnelle; celle-ci a jugé que le contrôle de proportionnalité doit être plus sévère lorsqu'un droit fondamental est en cause.³⁷

11. La condition selon laquelle la prétendue violation du droit international ou européen crée une distinction entre des catégories de personnes doit cependant continuer à jouer un certain rôle, étant donné que la Cour ne peut exercer un contrôle au regard de ces normes qu'à travers les articles 10 et 11 de la Constitution.³⁸ Par conséquent, la Cour constitutionnelle se déclarera toujours incompétente lorsque le requérant ou le juge qui pose la question préjudicielle

²⁸ P. VANDEN HEEDE et G. GOEDERTIER, *o.c.*, 254.

²⁹ C.C. n° 119/2008, 31 juillet 2008.

³⁰ C.C. n° 94/2003, 2 juillet 2003.

³¹ C.C. n° 136/2000, 21 décembre 2000.

³² C.C. n°s 7/95 et 8/95, 2 février 1995. Il s'agissait en l'espèce de la directive 83/189/CEE du Conseil du 28 mars 1983 prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques.

³³ C.C. n° 105/2000, 25 octobre 2000.

³⁴ C.C. n° 81/2007, 7 juin 2007.

³⁵ C.C. n° 151/2003, 26 novembre 2003; P. POPELIER, *o.c.*, 139; W. VERRIJDT, « Het Grondwettelijk Hof en het Unierecht: over constitutioneel pluralisme en rechterlijke dialoog », in I. SAMOY, V. SAGAERT et E. TERRYIN (éd.), *De invloed van het Europese recht op het Belgische privaatrecht*, Anvers, Intersentia, 2012, 53.

³⁶ P. VANDEN HEEDE et G. GOEDERTIER, *o.c.*, 260.

³⁷ C.C. n° 74/92, 18 novembre 1992.

³⁸ C.C. n° 136/2000, 21 décembre 2000; P. POPELIER, *o.c.*, 140.

mentionne uniquement des normes de contrôle au regard desquelles la Cour ne peut exercer un contrôle direct.³⁹

La doctrine relève que toute violation d'une norme de droit international ou européen ne constitue pas *ipso facto* une violation du principe d'égalité et de non-discrimination.⁴⁰ La Cour a elle aussi déjà considéré que toute violation du droit de l'Union européenne ne sera pas assimilée à une violation du principe d'égalité et de non-discrimination, parce qu'elle exercerait autrement, en contradiction avec l'intention du Constituant, un contrôle direct au regard du droit européen.⁴¹

Pour les droits fondamentaux, le lien avec le principe d'égalité et de non-discrimination est évident : hormis l'hypothèse improbable de la suppression d'un droit fondamental, la limitation d'un droit fondamental lèse quasiment toujours une catégorie de personnes par rapport à une autre catégorie de personnes.⁴² Pour les normes de droit primaire de l'Union, comme les dispositions qui régissent le marché commun,⁴³ il n'est pas davantage difficile d'établir le lien avec le principe d'égalité, parce qu'elles sont souvent imprégnées du principe de non-discrimination.⁴⁴ Par contre, la doctrine relève que, pour les obligations souvent détaillées qui découlent de directives, le lien avec le principe d'égalité et de non-discrimination est moins évident.⁴⁵

Dans la pratique, la Cour constitutionnelle fait preuve d'une grande souplesse et admet presque toujours le lien avec le principe d'égalité et de non-discrimination. Pour les droits fondamentaux ou d'autres garanties fondamentales, le lien avec les articles 10 et 11 de la Constitution consiste en ce que cette garantie est retirée à une catégorie de personnes, alors que cette même garantie reste valable pour toutes les autres personnes.⁴⁶ Pour ce qui est du droit primaire de l'Union, la Cour a déjà jugé qu'une disposition législative contraire à la libre circulation des biens et services est *ipso facto* contraire au principe d'égalité et de non-discrimination parce qu'une telle disposition lèse les producteurs ou prestataires de services d'autres Etats membres pour ce qui est de l'accès au marché belge.⁴⁷ En cas de contrôle indirect au regard de directives, il existe également un lien avec le principe d'égalité et de non-discrimination, même si celles-ci contiennent uniquement des prescriptions de forme.⁴⁸ Dans la pratique, un traitement inégal est toujours qualifié d'injustifié s'il s'assimile à une violation du droit de l'Union européenne.⁴⁹

³⁹ C.C. n° 26/90, 14 juillet 1990; C.C. n° 22/91, 4 juillet 1991; C.C. n° 24/99, 24 février 1999; C.C. n° 95/2001, 12 juillet 2001.

⁴⁰ P. VANDEN HEEDE et G. GOEDERTIER, *o.c.*, 258-260.

⁴¹ C.C. n° 136/2000, 21 décembre 2000.

⁴² P. MARTENS, « L'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur la Cour constitutionnelle », *CDPK* 2010, 351.

⁴³ C.C. n° 68/93, 29 septembre 1993; C.C. n° 13/2000, 2 février 2000; C.C. n° 195/2004, 1er décembre 2004; C.C. n° 50/2011, 6 avril 2011.

⁴⁴ R. ERGEC, « La Cour d'arbitrage et le juge international et européen. La censure du législateur: le justiciable entre la Cour d'arbitrage, la Cour de Strasbourg et la Cour de Luxembourg », in F. DELPÉRÉE, A. RASSON-ROLAND et M. VERDUSSEN (éd.), *Regards croisés sur la Cour d'arbitrage*, Bruxelles, Bruylant, 1995, 221.

⁴⁵ E. BRIBOSIA, « Applicabilité directe et primauté des traités internationaux et du droit communautaire. Réflexions générales sur le point de vue de l'ordre publique belge », *RBDI* 1996, 79; P. VANDEN HEEDE et G. GOEDERTIER, *o.c.*, 258-259.

⁴⁶ C.C. n° 29/2010, 18 mars 2010; A. ALEN et K. MUYLLE, *o.c.*, 500-501.

⁴⁷ C.C. n° 149/2010, 22 décembre 2010.

⁴⁸ C.C. n°s 7/95 et 8/95, 2 février 1995; C.C. n° 94/2003, 2 juillet 2003; C.C. n° 149/2010, 22 décembre 2010.

⁴⁹ C.C. n° 120/98, 3 décembre 1998; C.C. n° 5/2004, 14 janvier 2004; P. VAN NUFFEL, « Het Europese recht in de rechtspraak van het Arbitragehof. Prejudiciële vragen, te veel gevraagd ? », *TBP* 2005, 247; W. VERRIJDT, *o.c.*, 53.

La doctrine explique cette souplesse en suggérant que la Cour constitutionnelle, pour savoir si le législateur n'a pas méconnu les obligations internationales de la Belgique, s'érige de façon quasi directe en gardien du droit international, parce que la violation de ce droit est de nature à léser les justiciables belges par rapport aux ressortissants d'autres Etats qui sont liés par la même convention ou la même directive et qui ont déjà donné exécution à ces obligations.⁵⁰

12. Il résulte de ce qui précède que, bien que les articles 10 et 11 de la Constitution soient les normes de contrôle consacrées, ce sont souvent les normes de contrôle indirectes qui constituent les normes de contrôle les plus pertinentes. Ces normes de contrôle indirectes donnent en effet un contenu normatif au principe d'égalité et de non-discrimination qui, en soi, n'est qu'une coquille vide.⁵¹ Un contrôle au regard du droit européen et international par le biais des articles 10 et 11 de la Constitution aboutira dès lors souvent, quant au fond, à une solution identique à celle qui découlerait d'un contrôle direct. Le biais des articles 10 et 11 de la Constitution ne constitue donc qu'un obstacle nécessaire, qui complique la tâche des avocats et allonge la motivation des arrêts, mais qui est pour ainsi dire indifférent quant au contenu.⁵²

1.2.2. Contrôle indirect au regard de droits fondamentaux analogues

13. La deuxième technique du contrôle indirect est celle des *droits fondamentaux analogues*.⁵³ L'extension des compétences de 2003 (voy. n° 3) visait, en ce qui concerne le contrôle au regard des droits fondamentaux consacrés par la Constitution, à remédier aux difficultés que causait le détour via les articles 10 et 11 de la Constitution (voy. n° 12).⁵⁴ Dans son arrêt n° 136/2004, la Cour a ensuite constaté que de nombreux droits fondamentaux qui sont consacrés par la Constitution ont un équivalent dans un ou plusieurs traités internationaux. Dans ces cas, les dispositions constitutionnelles et les dispositions de droit international constituent un tout indissociable. Par conséquent, lorsqu'elle exerce un contrôle au regard d'un droit fondamental du Titre II de la Constitution belge, la Cour doit tenir compte⁵⁵ des dispositions de droit international qui garantissent des droits ou libertés analogues.⁵⁶ Dans les

⁵⁰ P. VANDEN HEEDE et G. GOEDERTIER, *o.c.*, 264-265.

⁵¹ P. MARTENS, *o.c.*, 351.

⁵² R. ERGEC, « La Cour constitutionnelle belge et le droit européen » in A. DE WALSCHE et L. LEVY (éd.), *Mélanges en hommage à Georges Vandensanden. Promenades au sein du droit européen*, Bruxelles, Bruylant, 2008, 172; P. MARTENS et B. RENAULD, « L'interprétation et la qualification de la norme de contrôle et de la norme contrôlée » in A. ARTS e.a. (éd.), *Les rapports entre la Cour d'arbitrage, le Pouvoir judiciaire et le Conseil d'Etat*, Bruges, La Charte, 2006, 45; P. VANDEN HEEDE et G. GOEDERTIER, *o.c.*, 243; M. VERDUSSEN, *o.c.*, 129. Le Conseil d'Etat le confirme : C.E., *Apers*, n° 154.603, 7 février 2006.

⁵³ A. ALEN et K. MUYLLE, *o.c.*, 521-528; A. ALEN, K. MUYLLE et W. VERRIJDT, *o.c.*, 19-22; M. BOSSUYT et W. VERRIJDT, *o.c.* 358-359; P. POPELIER, *o.c.*, 140-142; M.-F. RIGAUX et B. RENAULD, *o.c.*, 93-94; M. VERDUSSEN, *o.c.*, 133-138.

⁵⁴ *Doc.parl.* Sénat, 2000-2001, n° 2-897/1, p. 2. En effet, avant l'extension des compétences, il fallait toujours démontrer qu'une certaine catégorie de personnes, s'agissant de la jouissance du droit fondamental en question, était traitée autrement qu'une autre catégorie de personnes. Voy. également C.C. n° 182/2008, 18 décembre 2008; C.C. n° 59/2009, 25 mars 2009; P. MARTENS, *o.c.*, 351; J. THEUNIS, « De toetsing door het Arbitragehof aan de grondrechten » in A. ALEN et P. LEMMENS (éd.), *Themis-Cahier Staatsrecht*, Bruges, La Charte, 2006, 29; J. VELAERS, « Samenloop van grondrechten: het Arbitragehof, titel II van de Grondwet en de internationale mensenrechtenverdragen », *TBP* 2005, 301-304.

⁵⁵ Cette formulation est prudente : la Cour ne dit pas qu'elle « applique » la disposition conventionnelle analogue, mais uniquement qu'elle « en tient compte » (P. MARTENS, *o.c.*, 351).

⁵⁶ C.C. n° 136/2004, 22 juillet 2004; voy. ultérieurement notamment C.C. n° 162/2004, 20 octobre 2004; C.C. n° 189/2005, 14 décembre 2005; C.C. n° 71/2006, 10 mai 2006; C.C. n° 2/2008, 17 janvier 2008; C.C. n° 195/2009, 3 décembre 2009; C.C. n° 29/2010, 18 mars 2010; C.C. n° 23/2011, 10 février 2011.

cas où la Constitution belge ne contient pas de droit fondamental analogue à un droit fondamental contenu dans une disposition conventionnelle, le détournement des articles 10 et 11 de la Constitution reste obligatoire.⁵⁷

14. Il s'agit parfois d'une analogie complète, telle celle entre l'article 22 de la Constitution et l'article 8 de la CEDH : lorsque le droit au respect de la vie privée et familiale a été consacré dans la Constitution en 1994, il a été déclaré au cours des travaux préparatoires que le Constituant souhaitait donner un même contenu et une même interprétation à cette disposition.⁵⁸

Mais une analogie totale entre le droit fondamental consacré par la Constitution et son équivalent consacré par une convention n'est pas obligatoire : dans ce cas, la technique du contrôle au regard des droits fondamentaux analogues n'apporterait par ailleurs pas grand-chose. Généralement, il est seulement question d'une analogie partielle, comme entre l'article 16 de la Constitution, qui contient uniquement un droit à une indemnité intégrale et préalable en cas d'expropriation, et l'article 1er du Premier Protocole additionnel à la CEDH, qui est également applicable à d'autres limitations de propriété.⁵⁹

La Cour constitutionnelle constate parfois aussi une analogie entre une garantie plutôt procédurale dans la Constitution et un droit fondamental matériel dans la CEDH. Ainsi, l'article 13 de la Constitution ne contient qu'un droit formel d'accès au juge compétent, mais la Cour a néanmoins déjà lu cette disposition en combinaison avec l'exigence matérielle d'impartialité objective à l'article 6.1 de la CEDH, parce que le droit d'accès au juge serait dénué de contenu si ce juge ne satisfaisait pas aux normes de l'article 6.1 de la CEDH.⁶⁰

La Cour lit également les articles 12, alinéa 2, et 14 de la Constitution (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), qui exigent uniquement que les éléments essentiels d'une incrimination ou d'une peine soient fixés par le législateur, en combinaison avec les exigences matérielles contenues dans l'article 7 de la CEDH et dans l'article 15 du PIDCP, comme le principe *lex certa*.⁶¹

15. Le contrôle au regard des droits fondamentaux analogues a pour avantage principal que la Cour constitutionnelle peut appliquer la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, ce qu'elle fait également amplement dans les arrêts dans lesquels elle exerce un contrôle au regard de droits fondamentaux analogues : ainsi, dans l'arrêt n° 195/2009, qui portait sur le retrait du financement de partis non démocratiques, la Cour a mentionné pas moins de 18 arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, après avoir fait référence à

⁵⁷ A. ALEN, K. MUYLLE et W. VERRIJDT, *o.c.*, 20. Voy. récemment par exemple C.C. n° 20/2014, 29 janvier 2014, arrêt dans lequel la Cour a exercé, via les articles 10 et 11 de la Constitution, un contrôle au regard de l'article 3 de la CEDH. La Cour a ensuite annulé partiellement une loi qui permettait la fouille à nu systématique de détenus.

⁵⁸ *Doc. parl. Sénat*, SE 1991-1992, n° 100-4/5, p. 6; *Doc. parl. Chambre*, 1992-1993, n° 997/5, p. 2.

⁵⁹ C.C. n° 32/2010, 30 mars 2010; A. ALEN, « Het eigendomsrecht in de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof. Over de samenlezing van de relevante grondwets- en verdragsbepalingen » in D. D'HOOGHE, K. DEKETELAERE et A.-M. DRAYE (éd.), *Liber amicorum Marc Boes*, Bruges, La Chartre, 263-281.

⁶⁰ C.C. n° 195/2009, 3 décembre 2009. En fait, ce raisonnement est identique à l'argument de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'arrêt *Golder c. Royaume-Uni* (21 février 1975) pour déduire des garanties matérielles explicitement mentionnées à l'article 6.1 de la CEDH un droit sous-jacent d'accès au juge.

⁶¹ C.C. n° 92/2005, 11 mai 2005.

17 autres arrêts de cette même Cour dans l'arrêt interlocutoire relatif à une demande de récusation de cinq des douze juges.⁶²

De cette manière, la Cour constitutionnelle peut donner aux dispositions contenant des droits fondamentaux, figurant dans la Constitution belge, dont la plupart n'ont pas changé depuis 1831, une interprétation évolutive qui les fait correspondre à l'interprétation contemporaine de la CEDH, du PIDCP et de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Le principe de la primauté de la protection juridique la plus étendue est ainsi respectée et l'on évite un conflit entre la jurisprudence constitutionnelle et la jurisprudence supranationale.⁶³

16. Second avantage du contrôle au regard des droits fondamentaux analogues, ce contrôle maximise la protection juridique dans l'optique du principe de la protection juridique la plus étendue⁶⁴ : si tant un droit fondamental inscrit dans la Constitution que son équivalent dans une disposition conventionnelle sont en cause, la Cour constitutionnelle exige en effet qu'il soit simultanément satisfait aux conditions restrictives formelles contenues dans la Constitution⁶⁵ et aux conditions restrictives matérielles contenues dans la CEDH.⁶⁶ Un droit fondamental analogue ne peut donc être limité que s'il est satisfait à quatre conditions : (1) la restriction est prescrite par une disposition légale formelle suffisamment précise et accessible⁶⁷; (2) elle répond à une nécessité sociale impérieuse; (3) elle poursuit un but légitime; (4) les effets de la restriction sont proportionnés à cet objectif.⁶⁸ Cette sévérité amène la Cour constitutionnelle à constater une violation dans 40 % des affaires dans lesquelles un droit fondamental analogue est en cause, chiffre qui est deux fois plus élevé que lorsque la Cour exerce uniquement un contrôle au regard des articles 10 et 11 de la Constitution.⁶⁹

17. Dans le cadre du contrôle au regard des droits fondamentaux analogues, la Cour constitutionnelle s'en tient aussi strictement à l'interdiction d'exercer un contrôle direct au regard de dispositions de droit international : si seule la violation d'une disposition de la CEDH, de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne⁷⁰ ou du PIDCP est invoquée, la Cour se déclare incompétente.⁷¹ Inversement, la Cour associe d'office les

⁶² C.C. n° 157/2009, 13 octobre 2009; C.C. n° 195/2009, 3 décembre 2009.

⁶³ A. ALEN, K. MUYLLE et W. VERRIJDT, *o.c.*, 22; M. VERDUSSEN, *o.c.*, 126.

⁶⁴ Voy. cependant M. VERDUSSEN, *o.c.*, 134-135, qui craint qu'après un certain temps, la CEDH et la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme constituent l'unique véritable standard, sans application de la protection constitutionnelle spécifique.

⁶⁵ La majorité des droits fondamentaux garantis par la Constitution ne peuvent être limités que s'il est satisfait à deux conditions : (1) la restriction doit être contenue dans une loi formelle et (2) si des restrictions régulatrices et répressives sont admises, les restrictions préventives sont interdites (voy. A. ALEN et K. MUYLLE, *o.c.*, 78-79). Ces conditions s'expliquent par le fait que le Constituant de 1831 se méfiait du pouvoir exécutif : entre 1815 et 1830, le Roi Guillaume Ier des Pays-Bas régnait par voie d'arrêtés royaux et celui-ci a limité quelques droits fondamentaux, comme la liberté d'expression, sur la base de restrictions préventives.

⁶⁶ En vertu de la CEDH, des restrictions par voie d'une loi matérielle sont généralement admises, pour autant que cette restriction soit nécessaire dans une société démocratique en vue de protéger les biens juridiques énumérés limitativement.

⁶⁷ C.C. n° 115/2004, 30 juin 2004.

⁶⁸ C.C. n° 202/2004, 21 décembre 2004; A. ALEN et K. MUYLLE, *o.c.*, 526; P. VANDEN HEEDE et G. GOEDERTIER, *o.c.*, 275-277.

⁶⁹ J. THEUNIS, *o.c.*, 46.

⁷⁰ Il est évident que la Cour n'exercera ici un contrôle indirect que dans le cadre du champ d'application du droit de l'Union.

⁷¹ C.C. n° 27/2006, 1er mars 2006; C.C. n° 91/2006, 7 juin 2006; C.C. n° 64/2008, 17 avril 2008; C.C. n° 47/2010, 29 avril 2010; A. ALEN, K. MUYLLE et W. VERRIJDT, *o.c.*, 21.

dispositions de ces conventions relatives aux droits de l'homme à son contrôle exercé au regard des dispositions constitutionnelles analogues.⁷²

Il découle cependant de la circonstance qu'une analogie partielle suffit, mais que la Cour exige néanmoins un cumul de motifs de justification, que la norme de contrôle indirecte est ici aussi (cf. n° 12) souvent la véritable norme de contrôle.

1.3 Conclusion

18. Bien que la Cour constitutionnelle ne soit, formellement, pas compétente pour exercer un contrôle *direct* au regard du droit européen et international, les deux techniques de contrôle *indirect* développées par la Cour ont pour effet que le droit européen et le droit international jouent un rôle capital dans la jurisprudence de la Cour. A travers les articles 10 et 11 de la Constitution, la Cour peut exercer un contrôle au regard de toutes les normes de droit européen ou international qui lient la Belgique, même si ces normes n'ont pas effet direct. La technique du contrôle au regard de droits fondamentaux analogues n'est en revanche pertinente que pour les droits fondamentaux européens et internationaux qui ont un équivalent (à tout le moins partiel) dans la Constitution belge, mais la sévérité de la Cour dans le cadre de ce contrôle offre une protection juridique très élevée.

Lorsqu'elle utilise une de ces deux techniques, la Cour veille à ne pas exercer un contrôle direct au regard du droit européen ou international. C'est néanmoins souvent au regard de la norme de contrôle indirecte que s'effectue *de facto* le contrôle.

2. Le rôle important du droit international et européen

2.1 Le droit international et européen en tant que norme de contrôle indirect

19. Lorsque la Cour constitutionnelle tient compte de la jurisprudence de Strasbourg et de Luxembourg, elle ne s'en cache jamais, mais mentionne les dispositions pertinentes du droit international et européen et se réfère à la jurisprudence supranationale en question. Elle cite même souvent ces arrêts. L'aperçu suivant démontre le rôle capital de toutes les normes de droit international et européen dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle.

2.1.1. Références à la CEDH

a. Chiffres

20. Les références à la CEDH sont certainement les plus fréquentes : en 2013, la Cour a, dans 35 de ses 183 arrêts, mentionné une disposition de la CEDH ou d'un des protocoles additionnels. En 2012, il s'agissait de 38 sur 166 arrêts et en 2011, il s'agissait de 49 arrêts sur 201. Elle ne le fait pas toujours dans le cadre du contrôle au regard de droits fondamentaux analogues : si par exemple le droit à des élections libres et secrètes est en cause, la Cour doit utiliser le biais des articles 10 et 11 de la Constitution, parce que ce droit fondamental ne fait pas partie du Titre II de la Constitution.⁷³

b. Loyauté

⁷² Par exemple C.C. n° 108/2006, 28 juin 2006; C.C. n° 93/2008, 26 juin 2008. Bien que, dans ces affaires, seul l'article 22 de la Constitution soit invoqué, la Cour fait intervenir l'article 8 de la CEDH dans son raisonnement.

⁷³ C.C. n° 86/2012, 28 juin 2012.

21. Les références à la CEDH sont les plus évidentes dans les matières dans lesquelles la Belgique a été condamnée par la Cour européenne des droits de l'homme. En 1979, la Cour européenne des droits de l'homme a déclaré que le droit de filiation belge était contraire à l'article 8 de la CEDH, en ce que les enfants nés hors mariage étaient, dans le droit successoral, moins bien traités que les enfants nés dans le mariage.⁷⁴ Lorsque le législateur a, en 1987, adapté la législation sur la filiation, il n'a pas donné effet rétroactif à la nouvelle réglementation, de sorte que la discrimination constatée par la Cour européenne des droits de l'homme a subsisté jusqu'au 6 juin 1987. La Cour constitutionnelle a cependant jugé que ce régime transitoire était contraire aux articles 10 et 11 de la Constitution, eu égard au raisonnement de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'arrêt *Marckx*.⁷⁵ Elle a ainsi anticipé l'arrêt *Vermeire* de la Cour européenne des droits de l'homme, dans lequel cette Cour a jugé que le traitement égal en matière successorale devait également s'appliquer aux successions antérieures au 6 juin 1987.⁷⁶

Cette sévérité a par la suite toujours caractérisé la jurisprudence de la Cour constitutionnelle belge en matière de filiation, même pour les problèmes sur lesquels la Cour européenne des droits de l'homme ne s'était pas encore penchée. Cette attitude est non seulement fondée sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, mais également sur une application stricte du principe d'égalité. Par les lois du 1er juillet 2006 et du 27 décembre 2006, le législateur a pour cette raison adapté la législation sur la filiation par suite des nombreuses inconstitutionnalités constatées par la Cour constitutionnelle dans la loi de 1987.⁷⁷ Mais, dans l'intervalle, la Cour a condamné plusieurs aspects du nouveau droit de la filiation : l'impossibilité pour le père biologique de contester la paternité légale si l'enfant a la possession d'état à l'égard du conjoint de la mère⁷⁸; le délai trop bref dont dispose l'enfant pour contester sa filiation paternelle⁷⁹; un délai qui prend fin dans certaines circonstances avant de commencer à courir⁸⁰; l'impossibilité pour un enfant incestueux de faire établir sa paternité⁸¹; le fait que des décisions de justice peuvent être prises sans qu'il soit tenu compte de l'intérêt de l'enfant.⁸² La Cour constitutionnelle se réfère dans ces arrêts non seulement à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, mais également au nouvel article 22bis, alinéa 4, de la Constitution, qui prévoit depuis 2008 que, pour chaque décision qui concerne un enfant, l'intérêt de celui-ci doit primer.

La Cour européenne des droits de l'homme se fait actuellement un peu moins sévère en matière de filiation. Elle relève la marge d'appréciation étendue du législateur national à

⁷⁴ CEDH 13 juin 1979, *Marckx* c. Belgique.

⁷⁵ C.C. n° 18/91, 4 juillet 1991.

⁷⁶ C.C. 29 novembre 1991, *Vermeire* c. Belgique.

⁷⁷ P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, Louvain, Acco, 2011, 235-240.

⁷⁸ C.C. n° 22/2011, 3 février 2011; C.C. n° 122/2011, 7 juillet 2011; C.C. n° 29/2013, 7 mars 2013. Dans ces arrêts, il est notamment fait référence à CEDH, 28 novembre 1984, *Rasmussen* Danemark, § 33; CEDH 24 novembre 2005, *Shofman* c. Russie, § 30; EHRM 12 janvier 2006, *Mizzi* c. Malte, § 102; CEDH, 6 juillet 2010, *Grönmark* c. Finlande, § 48 et CEDH, 6 juillet 2010, *Backlund* c. Finlande, § 46.

⁷⁹ C.C. n° 96/2011, 31 mai 2011, avec référence à notamment CEDH, 20 décembre 2007, *Phinikaridou* c. Chypre.

⁸⁰ C.C. n° 54/2011, 6 avril 2011, avec référence à CEDH, 22 juillet 2010, *Melis* c. Grèce, §§ 27-28. Le délai dont dispose le père biologique pour contester une reconnaissance mensongère par un autre homme commence à courir lorsque le père biologique découvre qu'il est le père, même si cette reconnaissance mensongère n'a lieu que (beaucoup) plus tard.

⁸¹ C.C. n° 103/2012, 9 août 2012, avec référence à CEDH, 12 avril 2012, *Stübing* c. Allemagne, § 28.

⁸² C.C. n° 44/2010, 16 décembre 2010; C.C. n° 61/2012, 3 mai 2012; C.C. n° 30/2013, 7 mars 2013.

défaut de consensus au sujet de telles questions⁸³ et souligne qu'elle n'a pas à se substituer aux autorités nationales.⁸⁴ La Cour constitutionnelle a dans l'intervalle fait référence à cette jurisprudence lorsqu'elle a justifié le délai d'un an seulement dont dispose le conjoint pour contester la présomption de paternité en se fondant sur la volonté du législateur de faire primer la paix des familles après l'échéance de ce bref délai.⁸⁵ Par ailleurs, la Cour a dans l'intervalle reconfirmé sa jurisprudence stricte.⁸⁶ Elle suit ainsi la sévérité changeante dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en ce qui concerne le contrôle analogue au regard de l'article 22 de la Constitution et de l'article 8 de la CEDH, mais elle maintient ses normes sévères dans la mesure où la Constitution offre une protection plus poussée, comme pour l'importance attachée à l'intérêt de l'enfant à l'article 22bis, alinéa 4, de la Constitution.

Cette jurisprudence de la Cour constitutionnelle est critiquée par une partie de la doctrine. Il s'ensuivrait une insécurité juridique en ce que la Cour remet déjà en question la troisième génération de la législation sur la filiation. Le « respect aveugle » de la jurisprudence de Strasbourg par la Cour constitutionnelle est également mis en cause, parce que cette jurisprudence de Strasbourg est elle-même fortement critiquée.⁸⁷ Enfin, il est affirmé que la Cour a transposé trop rapidement un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme à une législation distincte.⁸⁸

22. Cette dernière critique touche un point qui préoccupe la Cour constitutionnelle chaque fois qu'elle mentionne la jurisprudence de Strasbourg : dans quelle mesure les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, qui sont toujours rendus dans le cadre d'un contrôle concret des faits, sont-ils en effet transposables au contrôle abstrait effectué par la Cour constitutionnelle dans le cadre de l'examen d'une disposition législative sans avoir égard au cas concret ?⁸⁹

Les suites que la Cour constitutionnelle a données à l'arrêt de Strasbourg *TV Vest*, dans lequel il a été jugé que l'interdiction absolue de slogans publicitaires politiques violait l'article 10 de la CEDH parce qu'elle empêchait les petits partis de faire connaître leur programme, en sont une bonne illustration.⁹⁰ La Cour constitutionnelle a fait référence à cet arrêt lorsqu'elle a annulé un décret de la Communauté française prévoyant une interdiction absolue analogue.⁹¹ La doctrine a critiqué cette référence parce que les parties requérantes devant la Cour constitutionnelle n'étaient pas de petits partis politiques, mais de puissants groupes de médias qui poursuivaient uniquement un but de lucre.⁹² La Cour constitutionnelle ne pouvait toutefois en tenir compte : dès qu'il est établi que le requérant justifie d'un intérêt pour demander l'annulation – un intérêt purement financier suffit sur ce point –, la Cour ne peut, dans son jugement abstrait concernant la disposition attaquée, tenir compte de la situation du requérant. Quels qu'étaient en l'espèce les requérants, cette disposition avait par ailleurs pour

⁸³ C.C., 22 mars 2012, *Ahrens* c. Allemagne, § 68.

⁸⁴ C.C., 15 janvier 2013, *Laakso* c. Finlande, § 41.

⁸⁵ C.C. n° 46/2013, 28 mars 2013.

⁸⁶ C.C. n° 29/2013, 7 mars 2013 (concernant l'impossibilité pour le père biologique de contester la présomption de paternité en cas de possession d'état); C.C. n° 30/2013, 7 mars 2013 (concernant l'intérêt de l'enfant).

⁸⁷ P. SENAËVE, « Kan er inzake afstamming nog zinvol wetgevend werk verricht worden ? », *T.Fam.* 2011, 171.

⁸⁸ F. SWENNEN, « Afstamming en Grondwettelijk Hof », *RW* 2011-12, 1102.

⁸⁹ A. ALEN, K. MUYLLE et W. VERRIJDT, *o.c.*, 29.

⁹⁰ CEDH 11 décembre 2008, *TV Vest AS et Rogaland Pensjonistparti* c. Norvège.

⁹¹ C.C. n° 161/2010, 22 décembre 2010.

⁹² P. DOCQUIR, « Accès à la tribune médiatique par la voie publicitaire : l'annulation de l'interdiction de la publicité politique dans les médias audiovisuels n'était pourtant pas nécessaire », *JLMB* 2011, 505.

conséquence que les petits partis politiques avaient plus de difficultés pour faire parvenir leur message auprès de l'électeur.⁹³

23. En matière de limitations du droit de propriété aussi, la Cour constitutionnelle suit la jurisprudence de Strasbourg, tenant compte de la marge d'appréciation étendue qui doit être laissée au législateur en matière socio-économique et du contrôle juridictionnel marginal qui en est la conséquence : le juge peut ne pas tenir compte de l'appréciation du législateur à condition que cette appréciation soit manifestement déraisonnable.⁹⁴ La Cour constitutionnelle a néanmoins déjà constaté des violations de l'article 1er du Premier Protocole additionnel à la CEDH : ainsi, elle a jugé qu'aucun taux des droits de succession ne pouvait dépasser 80 %.⁹⁵

Par ailleurs, le contexte constitutionnel spécifique peut justifier une limitation importante du droit de propriété. A cet égard, la Cour constitutionnelle tient compte notamment des droits fondamentaux socio-économiques, contenus dans l'article 23 de la Constitution⁹⁶, disposition qui a été instaurée en 1994 et au sujet de laquelle il a été précisé au cours des travaux préparatoires qu'elle n'avait pas effet direct, mais uniquement un effet de *standstill*.⁹⁷ Ainsi, la Cour a admis le transfert obligatoire de la gestion de bâtiments inoccupés à une société immobilière parce que cette technique stimule le logement social.⁹⁸ La Cour a par ailleurs jugé qu'une réglementation qui autorisait le locataire social à acheter l'habitation louée ne violait pas le droit à la libre jouissance de la propriété dans le chef des sociétés de logement social.⁹⁹

c. Timing

24. Il arrive même que la Cour constitutionnelle rouvre les débats lorsque, postérieurement aux plaidoiries, la Cour européenne des droits de l'homme rend un arrêt qui a une incidence sur l'affaire soumise à la Cour constitutionnelle.¹⁰⁰ Citons l'exemple de la jurisprudence relative aux amendes administratives en cas d'infraction à la législation sur les accises. Par le passé, la Cour avait jugé qu'une amende du décuple des droits d'accises éludés était conforme à la Constitution.¹⁰¹ Le 11 janvier 2007, la Cour confirme cette jurisprudence¹⁰², mais les débats sont rouverts dans une affaire ayant un objet identique. En effet, le même jour, la Cour européenne des droits de l'homme rend l'arrêt *Mamidakis*, dans lequel elle constate une violation de l'article 1er du Premier Protocole additionnel en raison du caractère disproportionné de la hauteur de l'amende.¹⁰³ La Cour constitutionnelle demande aux parties de se prononcer sur l'incidence de cet arrêt dans l'affaire qui lui est soumise. La Cour constitutionnelle opère ensuite un revirement de jurisprudence et se rallie à l'analyse de la Cour européenne des droits de l'homme. Elle est allée jusqu'à constater en outre une violation

⁹³ A. ALEN, K. MUYLLE et W. VERRIJDT, *o.c.*, 30.

⁹⁴ C.C. n° 173/2008, 3 décembre 2008; P. MARTENS, *o.c.*, 352-353.

⁹⁵ C.C. n° 107/2005, 22 juin 2005, avec référence à CEDH 23 février 1995, *Gasus Dossier- und Fördertechnik GmbH c. Pays-Bas*; CEDH 16 avril 2002, *SA Dangeville c. France*; CEDH 21 mai 2002, *Jokela c. Finlande*; CEDH 3 juillet 2003, *Buffalo SRL c. Italie*.

⁹⁶ P. MARTENS, *o.c.*, 353-354

⁹⁷ *Doc. parl.* Chambre, S.E. 1991-1992, n° 391/1, 8-9.

⁹⁸ C.C. n° 105/2000, 25 octobre 2000 et C.C. n° 69/2005, 20 avril 2005.

⁹⁹ C.C. n° 33/2007, 7 mars 2007.

¹⁰⁰ A. ALEN, K. MUYLLE et W. VERRIJDT, *o.c.*, 25-27.

¹⁰¹ C.C. n° 60/2002, 28 mars 2002.

¹⁰² C.C. n° 8/2007, 11 janvier 2007.

¹⁰³ CEDH 11 janvier 2007, *Mamidakis c. Grèce*.

de l'article 6.1 de la CEDH, au motif que la disposition légale en cause était à ce point rigide qu'elle ne permettait pas au juge d'éviter une violation de l'article 1er du Premier Protocole additionnel.¹⁰⁴

25. Il est également arrivé que la Cour constitutionnelle aille encore plus loin en reportant le prononcé d'un arrêt dans l'attente d'un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme.¹⁰⁵ Citons l'exemple de l'affaire dans laquelle la Cour devait statuer sur une loi qui excluait certaines personnes condamnées au pénal des droits électoraux actifs : les plaidoiries avaient lieu le 22 juin 2005, mais ce n'est qu'après le prononcé de l'arrêt *Hirst* de la Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme¹⁰⁶ que la Cour a traité l'affaire et appliqué les critères exposés dans cet arrêt.¹⁰⁷ Elle a également appliqué cette jurisprudence à une hypothèse au sujet de laquelle la Cour européenne des droits de l'homme n'avait pas encore statué, à savoir non seulement la suspension automatique des droits électoraux, mais également la démission d'office de fonctionnaires qui est la conséquence automatique de la perte de leurs droits électoraux.¹⁰⁸

d. Contradictions

26. La Cour constitutionnelle n'est jamais allée à contre-courant de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. La Cour constitutionnelle a toutefois éprouvé une certaine réticence en matière de conditions de nationalité pour bénéficier de droits à la sécurité sociale.¹⁰⁹ La Cour européenne des droits de l'homme juge qu'une allocation sociale relève de la protection de l'article 1er du Premier Protocole additionnel à la CEDH¹¹⁰ même si l'intéressé n'a pas cotisé.¹¹¹ La jurisprudence de Strasbourg implique qu'en matière de sécurité sociale aussi, seules des considérations très fortes peuvent justifier une différence de traitement fondée sur la nationalité.¹¹² La Cour constitutionnelle avait d'abord considéré que cette jurisprudence ne devait pas être appliquée aux étrangers en séjour légal en Belgique qui étaient exclus de l'allocation aux personnes handicapées, parce que cette catégorie de personnes avait déjà droit, selon le droit belge, à l'aide sociale ordinaire, alors qu'il était par ailleurs tenu compte de ce handicap.¹¹³ Plus tard, la Cour a toutefois nuancé cette position : elle a jugé que l'exclusion de l'allocation aux personnes handicapées était uniquement justifiée à l'égard des étrangers autorisés à séjourner sur le territoire et inscrits au registre des étrangers, mais pas à l'égard des étrangers qui sont autorisés à s'établir en Belgique et sont inscrits au registre de la population.¹¹⁴

2.1.2. Références au droit primaire et dérivé de l'Union européenne

¹⁰⁴ C.C. n° 81/2007, 7 juin 2007. Voy. J. THEUNIS, « Grondwettelijk Hof of grondrechtenhof ? De evenredigheid van de straf als casus » in A. ALEN et J. VAN NIEUWENHOVE (éd.), *Leuvense Staatsrechtelijke Standpunten 1*, Bruges, La Chartre, 2008, 173-196.

¹⁰⁵ P. MARTENS, *o.c.*, 352.

¹⁰⁶ CEDH (GC) 6 octobre 2005, *Hirst* c. Royaume-Uni.

¹⁰⁷ C.C. n° 187/2005, 14 décembre 2005.

¹⁰⁸ A. ALEN, K. MUYLLE et W. VERRIJDT, *o.c.*, 30-31.

¹⁰⁹ A. ALEN, K. MUYLLE et W. VERRIJDT, *o.c.*, 31-32; P. MARTENS, *o.c.*, 355-356.

¹¹⁰ CEDH 16 septembre 1996, *Gaygusuz* c. Autriche; CEDH 12 octobre 2004, *Ásmundsson* c. Islande.

¹¹¹ CEDH 30 septembre 2003, *Koua Poirrez* c. France.

¹¹² Voy. concernant cette jurisprudence M. BOSSUYT, « De uitbreiding van de rechtsmacht van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens tot socialezekerheidsregelgeving : een rechterlijke revolutie ? », *RW* 2007-2008, 842-856.

¹¹³ C.C. n° 92/2004, 19 mai 2004.

¹¹⁴ C.C. n° 153/2007, 12 décembre 2007.

a. Chiffres

27. Le contrôle indirect au regard du droit primaire et dérivé de l'Union européenne, en ce compris le contrôle indirect au regard de la Charte, occupe aussi une place prépondérante dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle. En 2011, il s'agissait de 18 arrêts sur 201.¹¹⁵ Dans 9 arrêts, la Cour constitutionnelle a notamment exercé un contrôle indirect au regard du droit primaire de l'Union, tandis que notamment des normes de droit dérivé de l'Union étaient en cause dans 15 arrêts. Ces normes de droit dérivé de l'Union étaient quasi toutes des directives.¹¹⁶

En 2012, il a été procédé à un contrôle indirect au regard du droit de l'Union européenne dans 14 des 166 arrêts.¹¹⁷ Dans 6 arrêts, ce contrôle porte notamment sur le droit primaire de l'Union et, dans 8 arrêts, notamment sur le droit dérivé de l'Union. Ces normes de droit dérivé de l'Union étaient toutes des directives.

En 2013, dans 18 arrêts sur 183, il a été effectué un contrôle indirect au regard du droit de l'Union. Dans 7 de ces arrêts, il a notamment été exercé un contrôle indirect au regard du droit primaire de l'Union, tandis que, dans 16 arrêts, notamment des normes du droit secondaire de l'Union étaient en cause.

Dans la plupart des affaires concernant le droit de l'Union européenne dans lesquelles la Cour procède à un examen quant au fond, elle se réfère aussi à la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne. En 2011, elle l'a fait dans 16 des 18 arrêts¹¹⁸ et dans 7 arrêts, cette jurisprudence a même été citée. En 2012, il a été fait référence à la jurisprudence luxembourgeoise dans 5 des 14 arrêts et dans deux arrêts, cette jurisprudence a été citée.¹¹⁹ En

¹¹⁵ C.C. n° 7/2011, 27 janvier 2011 (service universel en matière de téléphonie); C.C. n° 28/2011, 24 février 2011 (Mandat d'arrêt européen); C.C. n° 33/2011, 2 mars 2011 (droit d'émissions dans l'aviation); C.C. n° 42/2011, 24 mars 2011 (l'accord-PNR conclu entre l'Union européenne et les Etats-Unis); C.C. n° 49/2011, 6 avril 2011 (le décret flamand relatif à la politique foncière et immobilière); C.C. n° 50/2011, 6 avril 2011 (*idem*); C.C. n° 55/2011, 6 avril 2011 (le champ d'application de la LPMPC); C.C. n° 89/2011, 31 mai 2011 (libre circulation des étudiants en kinésithérapie et en médecine vétérinaire); C.C. n° 90/2011, 31 mai 2011 (le tarif des contrats d'assurances maladie); C.C. n° 97/2011, 31 mai 2011 (tarifs d'injection en matière d'électricité); C.C. n° 105/2011, 16 juin 2011 (marchés publics); C.C. n° 110/2011, 16 juin 2011 (communication électronique); C.C. n° 116/2011, 30 juin 2011 (discriminations en matière d'assurances fondées sur le sexe); C.C. n° 128/2011, 14 juillet 2011 (jeux de hasard sur internet); C.C. n° 142/2011, 27 juillet 2011 (la libération de la caution après une faillite); C.C. n° 166/2011, 10 novembre 2011 (le risque lié à la santé dans l'assurance du solde restant dû); C.C. n° 180/2011, 24 novembre 2011 (le contrôle des mutualités); C.C. n° 192/2011, 15 décembre 2011 (*idem* arrêt n° 55/2011).

¹¹⁶ Constituaient des exceptions : C.C. n° 142/2011 (un règlement) et C.C. n° 28/2011 (une décision-cadre).

¹¹⁷ C.C. n° 9/2012, 25 janvier 2012 (rapport d'incidences sur l'environnement); C.C. n° 10/2012, 25 janvier 2012 (homes pour personnes âgées); C.C. n° 14, 15 et 16/2012, 2 février 2012 (regroupement familial); C.C. n° 40/2012, 8 mars 2012 (services de taxi); C.C. n° 46/2012, 15 mars 2012 (rapport d'incidences sur l'environnement); C.C. n° 54/2012, 19 avril 2012 (cogénération); C.C. n° 58/2012, 3 mai 2012 (risque d'incidences sur l'environnement); C.C. n° 76/2012, 14 juin 2012 (droits d'émissions dans l'aviation); C.C. n° 95/2012, 19 juillet 2012 (rapport d'incidences sur l'environnement); C.C. n° 116/2012, 10 octobre 2012 (détectives privés); C.C. n° 119/2012, 18 novembre 2012 (jours de fermeture dans le commerce de détail); C.C. n° 144/2012, 22 novembre 2012 (directive Aarhus).

¹¹⁸ Ce n'est que dans les arrêts n° 33/2011 et 42/2011 qu'il n'a pas été fait référence à la jurisprudence de la Cour de justice. Dans le premier arrêt, la norme violée était une règle répartitrice de compétence de droit interne et le droit de l'Union européenne n'intervenait que parce que la disposition annulée était la mise en œuvre d'une norme de droit dérivé de l'Union. Dans le dernier arrêt, la Cour s'est déclarée incompétente.

¹¹⁹ Dans les arrêts n° 9/2012 et 58/2012, la Cour constitutionnelle a exercé un contrôle indirect au regard de normes du droit de l'Union européenne sans se référer à la jurisprudence de la Cour de justice. Dans les arrêts

2013, il a été fait référence à la jurisprudence de la Cour de justice dans 26 arrêts; c'était parfois aussi le cas dans des affaires dans lesquelles aucune norme du droit de l'Union n'était invoquée.

28. Les questions de droit européen qui sont soumises à la Cour le sont plus souvent dans un recours en annulation que dans une question préjudicielle : ainsi, 14 des 18 affaires dans lesquelles la Cour devait exercer un contrôle indirect au regard du droit de l'Union en 2011 concernaient un recours en annulation. En 2012, il s'agissait de 7 des 14 affaires. Normalement, ce rapport est inversé : en 2011, la Cour a rendu au total 147 arrêts sur question préjudicielle, pour 51 sur recours en annulation¹²⁰ et en 2012, 144 arrêts ont été rendus sur question préjudicielle contre 44 sur recours en annulation.¹²¹ Le pourcentage élevé de recours en annulation s'explique sans doute par le fait que les juges ordinaires et administratifs sont eux-mêmes compétents pour contrôler la législation au regard du droit international et européen ayant effet direct.¹²²

29. Dans les arrêts où intervient le droit primaire ou dérivé de l'Union européenne, la Cour est plus sévère que lorsqu'elle exerce un contrôle au regard de la Constitution belge. En 2011, la Cour a constaté une violation dans 10 des 14 affaires dans lesquelles elle exerçait un contrôle quant au fond au regard du droit européen et, en 2012, elle l'a fait dans 3 des 6 affaires dans lesquelles elle exerçait un contrôle quant au fond.¹²³ En dehors du droit de l'Union, la Cour a en revanche conclu à une violation dans seulement 20 à 25 % des affaires. Cette sévérité dans le droit de l'Union s'explique sans doute par le fait que le droit de l'Union porte généralement sur des normes de contrôle détaillées, qui ne peuvent être interprétées que d'une seule manière et par le fait que la Cour constitutionnelle doit se laisser guider par la jurisprudence – également sévère – de la Cour de justice.¹²⁴

Cette sévérité particulière ressort non seulement des chiffres, mais également du contenu : ainsi, la Cour a considéré que, dans d'autres circonstances, l'argumentation du Conseil des ministres suffirait pour faire fixer l'entrée en vigueur d'une disposition législative par le Roi, mais que cette même argumentation ne suffit pas si cette délégation peut avoir pour conséquence que l'entrée en vigueur excède le délai de transposition d'une directive.¹²⁵

b. Répercussions au contentieux préjudiciel

30. Le caractère abstrait du contrôle indirect exercé par la Cour constitutionnelle fait que les répercussions du droit dérivé de l'Union peuvent être plus étendues que ce qu'exige le droit de l'Union. Grâce à ce contrôle indirect, les particuliers peuvent en effet invoquer à l'égard d'autres particuliers aussi les dispositions d'une directive mal transposée, alors que la Cour de

n^{os} 10/2012 et 119/2012, la Cour pose une question préjudicielle à la Cour de justice. Dans les arrêts n^{os} 14/2012, 15/2012 et 16/2012, une demande de suspension a été rejetée.

¹²⁰ J. SPREUTELS, E. DERYCKE, M. PARISSÉ et R. MOERENHOUT, *Cour constitutionnelle Rapport 2011*, Bruges, Vanden Broele, 2012, 358.

¹²¹ J. SPREUTELS, E. DERYCKE, M. PARISSÉ et R. MOERENHOUT, *Cour constitutionnelle Rapport 2012*, Bruges, Vanden Broele, 2013, 245.

¹²² W. VERRIJDT, *o.c.*, 54.

¹²³ Les autres affaires mentionnées au n^o 27 ont été déclarées irrecevables pour d'autres raisons ou ont abouti à une décision de poser une question préjudicielle à la Cour de justice.

¹²⁴ W. VERRIJDT, *o.c.*, 55.

¹²⁵ C.C. n^o 105/2011, 16 juin 2011.

justice exige uniquement pareille invocabilité à l'égard de l'autorité.¹²⁶ Ainsi, la procédure constitutionnelle résout partiellement les problèmes relatifs à l'application uniforme du droit de l'Union qui sont la conséquence de la transposition défectueuse ou tardive d'une directive.¹²⁷

31. Cette situation s'est présentée dans une affaire concernant la nouvelle loi relative aux pratiques du marché. Cette loi visait à transposer la directive relative aux pratiques commerciales déloyales¹²⁸ en droit belge, mais elle excluait de son champ d'application, en contradiction avec cette directive, les titulaires d'une profession libérale.¹²⁹ Cette exclusion a été soumise à la censure de la Cour constitutionnelle par le Tribunal de commerce d'Anvers, qui constatait notamment que la législation particulière qui s'appliquait aux titulaires d'une profession libérale et qui n'était pas encore adaptée à la directive relative aux pratiques commerciales déloyales imposait à la demanderesse une charge de la preuve plus lourde que la charge de la preuve applicable en vertu de la nouvelle loi relative aux pratiques du marché entre d'autres entreprises. La demanderesse était une kinésithérapeute qui gérait un cabinet paramédical; elle avait introduit une action en cessation contre une logopède – et lui réclamait une indemnité – qui avait quitté le cabinet et qui avait envoyé un courriel à tous les patients pour faire de la publicité pour son nouvel établissement.

Dans le raisonnement de la Cour constitutionnelle, la jurisprudence de Luxembourg relative à la notion d'« entreprise » joue un rôle capital : en vertu de cette jurisprudence, les titulaires d'une profession libérale relèvent aussi de la notion d'entreprise.¹³⁰ La Cour déclare en vertu de cette jurisprudence que l'exception au champ d'application de la loi relative aux pratiques du marché est contraire au principe constitutionnel d'égalité et de non-discrimination, de sorte que le juge *a quo* doit appliquer la nouvelle loi relative aux pratiques du marché à l'instance qui oppose la logopède et la kinésithérapeute. Les juges qui sont appelés à statuer dans d'autres affaires concernant des actions¹³¹ doivent, en vertu de la loi relative aux pratiques du marché, eu égard à l'autorité de la chose jugée de cet arrêt, appliquer cette loi aux titulaires d'une profession libérale.

c. Répercussions au contentieux de l'annulation

32. Le contentieux de l'annulation de la Cour constitutionnelle peut, lui aussi, fournir une plus-value considérable à la transposition du droit européen. Tout juge ordinaire et administratif est tenu d'écarter l'application d'une législation nationale contraire au droit de l'Union, mais cette législation continue, dans ce cas, d'exister dans l'ordre juridique et *peut* donc encore être appliquée – à tort – par l'administration ou par d'autres juges à des situations régies par le droit européen. Une annulation par la Cour constitutionnelle sort au contraire ses effets *ex tunc* et *erga omnes*, de sorte que la disposition annulée est réputée n'avoir jamais existé.¹³² L'autorité absolue de la chose jugée d'un tel arrêt a donc non seulement pour effet

¹²⁶ CJCE 14 juillet 1994, C-91/92, *Faccini Dori*, point 24; CJCE 7 janvier 2004, *Wells*, C-201/02, points 56 et 58.

¹²⁷ K. LENAERTS et P. VAN NUFFEL, *Europees recht*, Anvers, Intersentia, 2011, 601.

¹²⁸ Directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur.

¹²⁹ Article 3, § 2, de la loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection des consommateurs.

¹³⁰ C.C. n° 55/2011, 6 avril 2011, avec référence à CJCE 12 septembre 2000, C-180/98-C-184/98, *Pavlov e.a.*, point 77; CJCE 19 février 2002, C-309/99, *Wouters e.a.*, points 45-49.

¹³¹ C.C. n° 192/2011, 15 décembre 2011, dans un litige opposant un géomètre et son client.

¹³² A. ALEN et K. MUYLLE, *o.c.*, 534-536.

qu'un juge n'est plus *autorisé* à appliquer la disposition annulée mais simultanément qu'il ne lui plus *possible* de l'appliquer.

Si la disposition annulée transposait un acte de droit européen dérivé, l'annulation requerra ensuite une nouvelle intervention législative parce que l'annulation peut avoir pour effet que cet acte, tout en cessant d'être transposé de manière fautive, ne soit plus du tout transposé. Dans certaines limites, la Cour constitutionnelle peut pourtant éviter ce problème en faisant usage de son pouvoir de maintenir temporairement les effets de dispositions annulées (voy. toutefois le n° 71).

33. Si la Cour constitutionnelle constate dans son contentieux de l'annulation une violation du droit européen, elle doit en principe annuler la disposition attaquée : les règles en matière de primauté du droit de l'Union ne permettent en effet généralement pas de maintenir certains effets juridiques de la disposition annulée (voy. n° 71).

Cette annulation peut toutefois également constituer une mesure trop radicale, en ce sens que la violation d'une règle de droit européen par une disposition législative exige seulement l'annulation ou, le cas échéant, la non-application de cette disposition dans le cadre du champ d'application du droit de l'Union européenne mais non en dehors.¹³³ A cet égard, il convient d'établir une distinction selon que l'applicabilité du droit de l'Union découle d'une *agency situation* ou résulte d'une *derogation situation*.¹³⁴

Une *agency situation* est une situation dans laquelle le droit européen s'applique parce que la disposition attaquée constitue la transposition d'un acte de droit européen dérivé et que le moyen critique en substance le caractère incomplet ou fautif de cette transposition.

Une *derogation situation* se présente en revanche lorsqu'un moyen fondé sur une violation indirecte du droit européen est invoquée contre une disposition législative qui ne constitue pas la transposition d'un acte de droit européen dérivé. Il s'agit alors d'une matière pour laquelle le législateur européen n'est pas compétent ou dans laquelle il n'a pas encore exercé son pouvoir mais qui relève du champ d'application du droit européen parce qu'elle implique la limitation – éventuellement justifiée – d'une règle de droit européen primaire ou dérivé. De même, l'hypothèse dans laquelle le législateur transpose un acte de droit européen dérivé qui confère une quelconque marge de manœuvre aux Etats membres et où l'on allègue que l'usage de cette marge de manœuvre viole une autre règle de droit de l'Union relève des *derogation situations*.

Il convient de faire une distinction, au sein des *derogation situations*, selon le facteur de rattachement avec le droit européen. Souvent, ce facteur de rattachement résultera de l'existence d'un rapport de droit transfrontalier, le cas le plus typique étant une limitation apportée à la libre circulation des personnes, des biens, des services ou des capitaux. Par contre, en matière de droit européen dérivé, le rapport de droit transfrontalier n'est pas souvent requis : la directive 85/337/CEE était ainsi applicable à « l'évaluation des incidences de certains projets publics ou privés sur l'environnement »¹³⁵, qu'il ait été fait appel, lors de la réalisation de ces projets, à des travailleurs, des services ou des capitaux étrangers ou non.

¹³³ K. LENAERTS et P. VAN NUFFEL, *o.c.*, 518.

¹³⁴ Voy. pour cette terminologie K. LENAERTS et J. GUTTIÉREZ-FONS, "The Constitutional Allocation of Powers and General Principles of EU Law", *CMLR* 2010, 1657-1660.

¹³⁵ L'article 1.1 de la directive 85/337/CEE du Conseil du 27 juin 1985 concernant l'évaluation des incidences de certains projets publics ou privés sur l'environnement (voy. notamment C.C. n° 144/2012, 22 novembre 2012).

34. Dans le cas des *agency situations*, le champ d'application de la disposition attaquée coïncide toujours avec le champ d'application du droit de l'Union et le bien-fondé du moyen implique que cette disposition législative doit être annulée dans son intégralité.

La Cour a prononcé une telle annulation dans l'affaire relative aux tarifs de distribution d'électricité. Ces tarifs avaient été modifiés, après avis du régulateur d'énergie, par le Roi, tandis que la deuxième directive sur l'électricité¹³⁶ permet seulement à l'autorité publique d'accepter ou de rejeter les tarifs fixés par le régulateur, sans possibilité de les modifier. Les juges ordinaires ont toutefois écarté l'application de cet arrêté royal en raison de vices de forme de droit interne, comme le fait d'invoquer à tort l'urgence lors de l'avis obligatoire de la section de législation du Conseil d'Etat.¹³⁷ Pour contrer cette jurisprudence, cet arrêté royal a été confirmé par la loi, de sorte que la structure tarifaire est devenue une norme législative avec effet rétroactif et que les juges n'étaient plus compétents pour sanctionner ces vices de forme de droit interne.¹³⁸

La Cour constitutionnelle examine le plus souvent les validations législatives à la lumière de la jurisprudence strasbourgeoise relative à la législation rétroactive et n'autorise une intervention rétroactive dans un litige pendant que s'il existe des « motifs impérieux d'intérêt général ». ¹³⁹ La Cour utilise l'application de ces critères de manière souple et accepte souvent les arguments invoqués par l'autorité publique : entre 2001 et 2011, elle n'a constaté une violation que dans une seule des 31 affaires relatives à des validations législatives.

En l'espèce, les normes de contrôle indirectes n'étaient toutefois pas l'article 6.1 de la CEDH et l'article 1er du Premier Protocole additionnel à la CEDH, mais des règles détaillées de droit européen dérivé. En outre, la Cour de justice avait déjà condamné la Belgique sur ce point.¹⁴⁰ La Cour constitutionnelle a dès lors jugé que « la confirmation législative d'un arrêté royal contraire au droit de l'Union européenne ne couvre pas l'irrégularité de cette réglementation ». Etant donné que la troisième directive sur l'électricité¹⁴¹ est encore plus stricte sur ce point¹⁴² et que le délai de transposition de cette directive avait entre-temps expiré, la Cour a ajouté dans un *obiter dictum* que la disposition attaquée était *a fortiori* contraire à cette directive. Par conséquent, elle a annulé la disposition de confirmation.¹⁴³

35. Les *derogation situations* dans lesquelles le facteur de rattachement avec le droit de l'Union européenne ne résulte pas d'un rapport juridique transfrontalier requièrent, elles aussi,

Cette directive a entre-temps été remplacée par la directive 2011/92/UE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2011 concernant l'évaluation des incidences de certains projets publics et privés sur l'environnement.

¹³⁶ Directive 2003/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2003 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité.

¹³⁷ Bruxelles, 8 juin 2009, *inédit*.

¹³⁸ Article 41 de la loi du 15 décembre 2009 portant confirmation de divers arrêtés royaux pris en vertu de la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité et de la loi du 12 avril 1965 relative au transport de produits gazeux et autres par canalisations.

¹³⁹ Par exemple CEDH, 28 octobre 1999, *Zielinski et Pradal et Gonzalez c. France*; CEDH, 9 janvier 2007, *Arnolin e.a. c. France*; CEDH, 7 juin 2011, *Agrati c. Italie*.

¹⁴⁰ CJCE, 29 octobre 2009, *Commission c. Belgique*, C-474/08, point 29.

¹⁴¹ Directive 2009/72/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité.

¹⁴² En vertu de l'article 37, paragraphe 6, a), de la troisième directive sur l'électricité, la structure tarifaire est fixée par le régulateur de l'énergie lui-même, à l'exclusion d'autres autorités publiques.

¹⁴³ C.C. n° 97/2011, 31 mai 2011.

le plus souvent une annulation complète, étant donné que toute application de la disposition attaquée ressortirait au champ d'application du droit de l'Union européenne.

Cette hypothèse s'est réalisée dans les affaires dans lesquelles la Cour constitutionnelle a statué sur une procédure particulière de délivrance de permis d'urbanisme par le législateur.¹⁴⁴ En vertu de cette procédure, le permis était préparé par l'administration mais il était attribué par le législateur décrétal lui-même, celui-ci pouvant seulement se prononcer sur la question de savoir si des motifs impérieux d'intérêt général existaient. De ce fait, les riverains de projets d'infrastructure importants ne disposaient pas de la protection juridique normale offerte devant le Conseil d'Etat et le juge ordinaire, comme l'exigeaient entre autres la directive 85/337/CEE précitée et la Convention d'Aarhus. La Cour constitutionnelle a d'abord interrogé la Cour de justice quant au champ d'application et à l'interprétation de cette directive avant d'annuler, à la suite de la réponse de la Cour de justice, la plupart des dispositions du décret attaqué.¹⁴⁵

36. Dans les *derogation situations* où le facteur de rattachement avec le droit de l'Union résulte d'un rapport de droit transfrontalier, la Cour constitutionnelle pourrait dans certains cas se satisfaire d'une annulation « dans la mesure où la disposition attaquée entre dans le champ d'application du droit européen ». En effet, une annulation *erga omnes* a, sans cela, comme conséquence que cette disposition est retirée de l'ordre juridique tant dans le champ d'application du droit européen qu'en dehors de celui-ci, alors qu'il n'existe aucun fondement juridique pour ce retrait en dehors du champ d'application du droit européen.

Dans l'arrêt concernant l'assurance soins flamande, la Cour constitutionnelle a prononcé une annulation ainsi limitée. En réponse à une question préjudicielle de la Cour constitutionnelle, la Cour de justice avait constaté que la libre circulation des personnes s'oppose à une réglementation d'une entité fédérée « limitant l'affiliation à un régime de sécurité sociale et le bénéfice des prestations prévues par celui-ci aux seules personnes résidant sur le territoire de cette entité, dans la mesure où une telle limitation affecte des ressortissants d'autres États membres exerçant une activité professionnelle sur le territoire de ladite entité, ou des ressortissants nationaux ayant fait usage de leur droit de libre circulation à l'intérieur de la Communauté européenne ». La Cour constitutionnelle n'a pas annulé en conséquence le système flamand de sécurité sociale mais seulement les aspects problématiques du champ d'application de celui-ci par rapport au droit de l'Union européenne.¹⁴⁶

37. Toutefois, la Cour constitutionnelle doit, dans certains cas, même dans des *derogation situations* où le facteur de rattachement avec le droit européen résulte d'un rapport juridique transfrontalier, annuler l'ensemble de la disposition. Tel est par exemple le cas si la violation réside dans une discrimination fondée sur la nationalité, comme dans l'affaire relative à un décret de la Communauté française qui réservait l'accès à un certain nombre de formations médicales et paramédicales aux personnes résidant en Belgique. Il est ressorti de la réponse de la Cour de justice aux questions préjudicielles posées par la Cour constitutionnelle que cette exclusion de certaines orientations était contraire à la libre circulation des personnes et à l'interdiction de la discrimination fondée sur la nationalité. La Cour constitutionnelle a annulé

¹⁴⁴ Décret du Gouvernement wallon du 17 juillet 2008 relatif à quelques permis pour lesquels il existe des motifs impérieux d'intérêt général (DAR).

¹⁴⁵ C.C. n° 30/2010, 30 mars 2010; CJUE 16 février 2012, *Solvay e.a.*, C-182/10; C.C. n° 144/2012, 22 novembre 2012.

¹⁴⁶ C.C. n° 51/2006, 19 avril 2006; CJCE, 1er avril 2008, *Gouvernement de la Communauté française et Gouvernement wallon c. Gouvernement flamand*, C-212/06; C.C. n° 11/2009, 21 janvier 2009.

la disposition attaquée en ce qui concerne ces formations, en mentionnant que, dans la mesure où il interdit toute discrimination fondée sur la nationalité dans le champ d'application des traités, l'article 18, alinéa 1er, du TFUE a une portée analogue à celle des articles 10 et 11 de la Constitution.¹⁴⁷

2.1.3. Références à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne

38. La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne est moins fréquemment utilisée comme norme de contrôle, ce qui peut probablement s'expliquer en partie par le fait qu'en vertu de son article 51.1, la Charte ne s'applique aux Etats membres que « *lorsque ceux-ci mettent en œuvre le droit de l'Union* », même si la Cour de justice a entretemps interprété cette clause restrictive comme visant toute situation régie par le droit de l'Union.¹⁴⁸ Ce champ d'application distinct n'empêche cependant pas que les droits fondamentaux puissent être analogues, de sorte qu'il est effectivement possible d'appliquer la Charte, en combinaison avec la Constitution, dans le champ d'application du droit européen.¹⁴⁹

Lorsque le champ d'application du droit européen résulte d'une *agency situation*, la contradiction de la loi de transposition avec la Charte impliquera souvent que la directive transposée est elle-même contraire à la Charte. Une question préjudicielle à la Cour de justice s'impose dans ce cas (voy. n° 72).

39. Pourtant, on trouve déjà des traces de la Charte dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle. Tout comme la Cour de justice¹⁵⁰, la Cour constitutionnelle a déjà fait référence à la Charte avant l'entrée en vigueur de celle-ci, non pas au titre de norme de contrôle mais parce que la Charte représentait aussi déjà à l'époque l'expression des principes communs aux traditions constitutionnelles des Etats membres, parmi lesquelles la tradition constitutionnelle belge.¹⁵¹

Après son entrée en vigueur, la Cour constitutionnelle a surtout renvoyé à la Charte dans des arrêts dans lesquels elle posait des questions préjudicielles à la Cour de justice¹⁵² ou dans des arrêts dans lesquels elle se prononçait après un arrêt de la Cour de justice rendu sur question préjudicielle.¹⁵³

40. La Cour constitutionnelle contrôle rigoureusement les limitations apportées au champ d'application de la Charte. Lorsque les parties requérantes ne démontrent pas l'existence d'un facteur de rattachement entre leur situation et la mise en œuvre du droit européen, les moyens

¹⁴⁷ C.C. n° 12/2008, 14 février 2008; CJUE 13 avril 2010, *Bressol e.a.*, C-73/08; C.C. n° 89/2011, 31 mai 2011.

¹⁴⁸ CJUE, 26 février 2013, *Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson*, C-617/10, point 19.

¹⁴⁹ W. VERRIJDT, *o.c.*, 58-59.

¹⁵⁰ TPICE, 3 mai 2002, *Jégo-Quéré c. Commission*, T-177/01, point 42; CJCE, 27 juin 2006, *Parlement européen contre Conseil de l'Union européenne*, C-540/03, points 38 et 58; CJCE, 18 décembre 2007, *Laval un Partneri*, C-341/05, points 90-91.

¹⁵¹ C.C. n° 167/2005, 23 novembre 2005 (liberté académique); C.C. n° 81/2007, 7 juin 2007 (proportionnalité de la peine); C.C. n° 10/2008, 23 janvier 2008 (la Charte ne constitue pas une norme impérative, mais l'expression de principes); C.C. n° 17/2009, 12 février 2009 (mention de l'article 10 de la Charte avec celle de l'article 10 CEDH, mais la jurisprudence citée était celle de la Cour européenne); C.C. n° 58/2009, 19 mars 2009 (la Charte ne peut pas être soulevée comme moyen de droit à l'encontre de l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne).

¹⁵² C.C. n° 49/2011, 6 avril 2011; C.C. n° 116/2012, 10 octobre 2012. Dans ce dernier cas, il s'agissait d'une référence indirecte: la Charte est mentionnée dans la jurisprudence citée de la Cour de justice mais non pas dans les considérants mêmes de la Cour constitutionnelle.

¹⁵³ C.C. n° 116/2011, 30 juin 2011, qui a donné suite à CJUE, 1 mars 2011, *Association belge des Consommateurs Test-Achats e.a.*, C-236/09.

ne sont pas recevables dans la mesure où ils sont pris de la violation de la Charte. En l'espèce, la Cour a donc contrôlé la disposition attaquée au regard de la liberté de religion de l'article 19 de la Constitution, combiné avec l'article 9 de la CEDH, mais non combiné avec l'article 10 de la Charte.¹⁵⁴

Lorsque la Cour constitutionnelle a déjà effectué le contrôle d'une disposition pénale au regard du principe de légalité en matière pénale consacré par l'article 12 de la Constitution, combiné avec l'article 7 de la CEDH et avec l'article 15 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, un examen supplémentaire au regard de l'article 49.1 de la Charte n'ajouterait pas grand-chose, de sorte que la Cour ne doit même pas examiner si cette disposition s'applique effectivement en l'espèce.¹⁵⁵

41. La question préjudicielle concernant l'obligation de tenir compte ou nom d'un jour hebdomadaire de fermeture offre un exemple récent de renvoi à la Charte. Cette obligation ne s'applique qu'au commerce de détail, mais pas au commerce de gros et n'est, en outre, pas applicable dans des périmètres délimités comme zone touristique. Par ailleurs, une telle restriction est par définition plus défavorable aux commerçants qui travaillent depuis un point de vente physique, avec un contact direct avec le consommateur, qu'aux commerçants qui vendent leurs marchandises par internet.

Le juge *a quo*, qui se demandait si cette réglementation était contraire au principe d'égalité et à la liberté de commerce et d'industrie, pose en même temps des questions préjudicielles à la Cour constitutionnelle et à la Cour de justice.¹⁵⁶ La Cour constitutionnelle constate que la liberté de commerce et d'industrie, qui constitue un principe constitutionnel non écrit en Belgique, est étroitement liée à « la liberté professionnelle, le droit de travailler et la liberté d'entreprise » des articles 15 et 16 de la Charte et à la libre circulation des biens, des services et des capitaux du TFUE. De surcroît, le principe d'égalité et de non-discrimination constitue également un principe de base de l'Union européenne. La Cour constitutionnelle confie à la Cour de justice le soin de déterminer si la disposition en cause entre dans le champ d'application du droit européen et pose, à son tour, des questions préjudicielles à la Cour de justice.¹⁵⁷

De ce fait, la même affaire que doit trancher le juge du fond a été portée, au même moment, à deux reprises devant la Cour de justice. La question préjudicielle posée par la Cour constitutionnelle à la Cour de justice évite des décisions contradictoires.¹⁵⁸

2.1.4. *Références au droit international*

42. Le droit conventionnel fait, lui aussi, parfois office de norme de contrôle indirecte. Un exemple parlant est l'affaire de l'abrogation de la loi sur le génocide. Entre 1993 et 2003, la Belgique a connu un système de compétence universelle, même *in absentia*, pour les crimes de guerre, les crimes contre l'humanité et le génocide.¹⁵⁹ Lorsque cette loi a été abrogée à la suite d'une importante pression internationale et que la mise en œuvre des poursuites de ces

¹⁵⁴ C.C. n° 145/2012, 6 décembre 2012.

¹⁵⁵ C.C. n° 145/2012, 6 décembre 2012.

¹⁵⁶ Affaire C-559/11.

¹⁵⁷ C.C. n° 119/2012, 18 octobre 2012.

¹⁵⁸ En l'espèce, la Cour de justice a déclaré les deux affaires irrecevables à défaut de point de rattachement avec le droit de l'Union (CJUE (déc.) 4 octobre 2012, *Pelckmans*, C-559/11; CJUE 8 mai 2014 *Pelckmans*, C-483/12).

¹⁵⁹ Loi du 16 juin 1993 relative à la répression des violations graves du droit international humanitaire.

crimes a été assortie d'un principe de personnalité active et passive, le législateur a prévu une procédure transitoire complexe pour les affaires déjà pendantes qui étaient devenues irrecevables sous l'empire des nouvelles règles de juridiction : le procureur fédéral devait transmettre ces affaires au procureur général près la Cour de cassation, en suite de quoi la Cour de cassation distrairait ces affaires des juridictions belges.¹⁶⁰

La Cour de cassation a posé dans une telle affaire une question préjudicielle à la Cour constitutionnelle parce que les victimes belges seraient traitées plus favorablement que des victimes reconnues réfugiés ou qui sont des candidats réfugiés. Le litige ayant donné lieu à la question préjudicielle portait sur des faits qui auraient été commis par TotalFinaElf en Birmanie et était devenu, à la suite de l'abrogation de la compétence universelle, irrecevable parce qu'aucune des victimes alléguées ne possédait la nationalité belge. Cependant, l'une de ces victimes avait entre-temps été reconnue par la Belgique comme réfugiée.

En ce qui concerne les réfugiés reconnus, la Cour constitutionnelle a renvoyé à l'article 16.2 de la Convention du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés, lequel garantit que tout réfugié doit bénéficier, dans l'Etat où il a sa résidence ordinaire, du même accès aux tribunaux qu'un ressortissant de celui-ci. Cette catégorie de victimes devait par conséquent disposer du même droit à se constituer partie civile que les victimes belges, de sorte que la Cour a constaté une violation du principe d'égalité et de non-discrimination en ce qui les concerne. Etant donné que cette Convention n'accordait pas un tel droit aux candidats réfugiés, le législateur belge pouvait les traiter différemment.¹⁶¹

2.2. Le droit international ou européen en tant que cause de justification

2.2.1. Généralités

43. Le droit international et le droit européen ne servent pas seulement de normes de contrôle dans les arrêts de la Cour constitutionnelle mais l'obligation que de telles dispositions imposent au législateur est également souvent invoquée pour justifier la limitation apportée à un droit fondamental garanti par la CEDH et/ou par la Constitution.¹⁶²

C'est ainsi que la Cour constitutionnelle a approuvé l'incrimination de la diffusion d'idées fondées sur la supériorité ou la haine raciale, même si cette mesure limite la liberté d'expression, en faisant référence à l'obligation en la matière résultant de l'article 4 de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale.¹⁶³ En vertu de cette disposition conventionnelle, la Belgique devait prendre des mesures positives afin d'incriminer toute forme de diffusion d'idées fondées sur la supériorité raciale.

En ce qui concerne cet article de la Convention, la Belgique avait déposé une déclaration explicative, laquelle visait à ce que l'obligation découlant de cet article soit interprétée de manière à être compatible, entre autres, avec la liberté d'expression garantie par l'article 19 de la Constitution et la liberté de la presse garantie par l'article 25 de la Constitution. Eu égard à cet exercice d'équilibre, la Cour constitutionnelle¹⁶⁴ a souligné qu'un dol spécial était

¹⁶⁰ Article 29, § 3, de la loi du 5 août 2003 relative aux violations graves du droit international humanitaire.

¹⁶¹ C.C. n° 68/2005, 13 avril 2005.

¹⁶² P. VANDEN HEEDE et G. GOEDERTIER, *o.c.*, 260-261.

¹⁶³ Convention internationale du 21 décembre 1965 sur l'élimination de toutes formes de discrimination raciale.

¹⁶⁴ C.C. n° 17/2009, 12 février 2009, B.74.2-B.74.6.

requis¹⁶⁵ dans le cadre de l'application de cette incrimination et que celle-ci devait être appliquée par le juge répressif à la lumière de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de liberté d'expression.¹⁶⁶

44. Le droit européen fonctionne lui aussi depuis quelque temps comme norme de justification, même pour des questions de société délicates. La Cour constitutionnelle a ainsi justifié une différence entre les hommes et les femmes en matière d'âge de la retraite en faisant référence à la directive 79/7/CEE, laquelle autorisait, selon l'interprétation de la Cour de justice, les Etats membres à n'adapter que progressivement sur ce point leurs systèmes de retraite.¹⁶⁷

Toutefois, deux questions particulières se posent dans le cadre du droit de l'Union. La première question, qui apparaît dans le contexte du contrôle au regard du principe d'égalité et de non-discrimination, porte sur le champ d'application distinct du droit national et du droit européen, d'une part, et du droit européen et du droit international, d'autre part. La seconde question a trait au contexte spécifique de la législation transposant des directives.

2.2.2. *Justification en raison de la coexistence d'ordres juridiques distincts*

45. Souvent, les affaires dans lesquelles le droit de l'Union justifie une distinction entre certaines catégories de personnes concernent une situation dans laquelle une de ces catégories puise des droits dans le droit européen tandis que la situation de l'autre catégorie n'entre pas dans le champ d'application du droit européen.

Dans ces affaires il peut s'agir soit d'une comparaison interne, c'est-à-dire la comparaison entre des situations purement internes et des situations régies par le droit européen, comme d'une comparaison externe, c'est-à-dire la comparaison de situations régies par le droit de l'Union avec des situations qui concernent des pays tiers.

46. Une comparaison externe s'est présentée dans l'affaire relative à la déductibilité fiscale des revenus définitivement taxés à l'étranger. Au sein de l'Union européenne, il est possible de transférer sur l'exercice comptable suivant certains dividendes de sociétés filiales qui, en l'absence de bénéfices imposables, ne peuvent plus être déduits.¹⁶⁸ Si cette société filiale est en revanche établie en dehors de l'Union européenne, ce transfert n'est pas possible. Pour justifier cette distinction, la Cour constitutionnelle a jugé entre autres ce qui suit : « *Les Etats membres de l'Union européenne constituent un ordre juridique spécifique. Cette forme d'intégration juridique peut justifier qu'un Etat membre ne procède pas systématiquement de la même manière à l'imposition des activités économiques ayant des aspects transfrontaliers qui se situent au sein de l'Union et à celle des activités économiques ayant trait à des relations entre les Etats membres et les pays tiers* ». ¹⁶⁹

¹⁶⁵ Cet élément ressort déjà des travaux préparatoires : *Doc. parl.*, Chambre, 2006-2007, DOC 51-2720/009, p. 63; *Doc. parl.*, Sénat, 2006-2007, n° 3-2362/3, p. 32.

¹⁶⁶ La Cour constitutionnelle pouvoir faire référence à cet égard à la jurisprudence de la Cour européenne qui soulignait qu'il importait au plus haut point de lutter contre la discrimination raciale sous toutes ses formes et manifestations (CEDH, 10 juillet 2008, *Soulas e.a. c. France*, § 42).

¹⁶⁷ C.C. n° 6/99, 20 janvier 1999.

¹⁶⁸ Article 205 du Code des impôts sur les revenus. Cette disposition législative est la résultante de la décision de la Cour de justice dans CJCE, 12 février 2009, *Cobelfret*, C-138/07.

¹⁶⁹ C.C. n° 118/2012, 10 octobre 2012.

47. La Cour constitutionnelle a également recouru pleinement à ce raisonnement dans des comparaisons internes. Une discrimination « à rebours » n'a dès lors pas été sanctionnée : dans une situation qui n'est pas régie par le droit européen, la règle nationale en cause ne doit pas être comparée à un régime éventuellement plus favorable qui s'applique à des situations effectivement régies par le droit européen.¹⁷⁰

Dans un arrêt récent, la Cour constitutionnelle a nuancé cette approche. Dans une affaire relative au droit au regroupement familial, la distinction entre le regroupement familial avec un Belge et le regroupement familial avec un autre citoyen de l'Union en Belgique était en cause. Bien que le droit de l'Union ne soit pas applicable à la première situation dans la mesure où ce Belge n'avait jamais fait usage de son droit à la libre circulation, la Cour constitutionnelle a jugé que les articles 10 et 11 de la Constitution ont, dans l'ordre juridique belge, une portée générale et interdisent toute discrimination, en ce compris les discriminations en matière de droits et libertés qui découlent de dispositions conventionnelles internationales qui lient la Belgique. Lorsqu'une disposition législative impose une différence de traitement entre des personnes en situation comparable, la seule circonstance que cette disposition permet à l'Etat de respecter ses engagements internationaux ne peut, selon la Cour constitutionnelle, suffire à justifier la différence de traitement critiquée.¹⁷¹ La Cour a cependant ajouté que, dans de telles affaires, le principe d'égalité n'exige généralement pas l'existence de règles de droit identiques : vu la spécificité et les objectifs du droit de l'Union, certaines différences de traitement entre les situations auxquelles le droit de l'Union est applicable et les situations auxquelles le droit de l'Union n'est pas applicable peuvent être justifiées.¹⁷² Enfin, en l'espèce, la Cour n'a pas constaté de violation des articles 10 et 11 de la Constitution.

48. De même, dans l'affaire relative à la non-déductibilité, au titre de frais professionnels, des amendes européennes pour formation de cartel, le droit européen a apporté une justification à la distinction en cause entre une situation purement interne et une situation régie par le droit européen, l'élément particulier dans ce cas était qu'il s'agissait du traitement égal de situations inégales.

En vertu du droit belge, les amendes répressives infligées par le juge ne sont pas déductibles au titre de frais professionnels¹⁷³ et il en va de même, en vertu de la jurisprudence de la Cour de justice, pour les amendes qui ont été imposés par la Commission européenne sur la base des articles 101 et 102 du TFUE pour la formation de cartels.¹⁷⁴ Une entreprise à qui la Commission avait infligé une amende pour formation de cartel a toutefois essayé de déduire cette amende au titre de frais professionnels, argumentant que cette demande ne tombait pas sous le coup de l'interdiction de déductibilité prévue dans la disposition législative applicable.

L'importance de cette affaire est illustrée par le fait que la Commission européenne est intervenue pour la première fois dans une procédure pendante devant la Cour constitutionnelle : elle a fait principalement valoir que la déductibilité d'une amende pour formation de cartel affecterait l'efficacité de son dispositif répressif. La Cour a renvoyé au principe de la collaboration loyale consacré par l'article 4.3 du TUE, selon lequel les

¹⁷⁰ C.C. n° 56/2009, 19 mars 2009, B.4.4.

¹⁷¹ C.C. n° 121/2013, 26 septembre 2013, B.49, avec référence à CEDH, 6 novembre 2012, *Hode en Abdi c. Royaume-Uni*, § 55.

¹⁷² *Ibid.* B.50.2

¹⁷³ Articles 48 et 53, 6°, du Code des impôts sur les revenus.

¹⁷⁴ CJCE, 11 juin 2009, C-429/07, *Inspecteur van de Belastingdienst c. X BV*, points 35-39.

instances judiciaires nationales sont tenues d'interpréter autant que possible le droit national conformément aux exigences du droit européen. Puisque le plein effet du droit européen en matière de cartels requiert que les amendes européennes pour formation de cartel ne soient pas déductibles, elle a jugé que la non-déductibilité des amendes européennes pour formation de cartel ne violait pas le principe d'égalité et de non-discrimination.¹⁷⁵

2.2.3. *Législation transposant des directives européennes*

49. Dans la plupart des arrêts justifiant de cette manière une restriction apportée à une disposition de la Constitution belge ou à des droits fondamentaux garantis internationalement, cette norme de justification est une disposition de droit européen dérivé, plus précisément une directive.

Le principe est que la seule circonstance que la disposition législative attaquée transpose une directive européenne n'affecte pas la compétence de la Cour de contrôler celle-ci au regard de la Constitution, même si cette circonstance constitue pourtant un élément dont la Cour doit tenir compte lors de cet examen.¹⁷⁶ De même, la législation organique sur la Cour constitutionnelle ne limite pas cette possibilité : lorsque le législateur spécial a limité, en 2003, le contrôle de lois approuvant (certains) traités et conventions (voy. n° 59), il n'a en effet pas imposé de limitation similaire pour des lois transposant des actes de droit européen dérivé.¹⁷⁷

Dans la pratique, la Cour constitutionnelle exerce toutefois cette compétence de manière très prudente et avec un grand respect pour le plein effet du droit européen. Elle justifiera probablement toujours la limitation de la norme de contrôle constitutionnelle en faisant référence à l'obligation découlant de la directive.

50. Cette justification souple aura le plus souvent trait à la législation qui restreint des droits fondamentaux ou des autres garanties fondamentales, mais elle peut aussi se présenter dans le contentieux de la répartition des compétences. La Cour constitutionnelle a ainsi jugé que, même si le législateur fédéral n'est pas compétent pour imposer aux entités fédérées, à la majorité ordinaire, la conclusion d'un accord de coopération, il avait néanmoins pu, à juste titre, agir de la sorte dans certaines limites afin d'assurer en matière de fréquences radio, lesquelles ont un effet au-delà des frontières linguistiques, la transposition d'une directive relative aux communications électroniques.¹⁷⁸

51. Pour ce qui est du contrôle de la Cour constitutionnelle, il convient de faire une distinction entre les directives qui laissent aux Etats membres une certaine marge de manœuvre pour atteindre le résultat prescrit et les directives qui ne confèrent pas une telle marge de manœuvre.

a. Les directives qui laissent aux Etats membres une marge de manœuvre

52. Si la directive transposée laisse un choix aux autorités publiques, il convient de vérifier en premier lieu si le législateur est demeuré dans les limites de la marge de manœuvre autorisée.

¹⁷⁵ C.C. n° 161/2012, 20 décembre 2012.

¹⁷⁶ C.C. n° 110/2001, 20 septembre 2001.

¹⁷⁷ R. ERGEC, *o.c.*, 175.

¹⁷⁸ C.C. n° 112/2011, 23 juin 2011; il s'agissait de la directive 2002/21/CE du Parlement et du Conseil du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques.

Même dans cette hypothèse, le choix que fait le législateur doit cependant respecter les normes juridiques supérieures. Dans la mesure où le législateur peut atteindre le résultat prescrit par la directive d'une autre manière autorisée par cette directive, cette dernière n'offre en effet aucune justification à la violation d'autres normes de droit supérieures. À cet égard, il s'agit tant des normes supérieures de droit interne que des autres normes de droit européen.

53. La Cour constitutionnelle a déjà indiqué que l'usage de la marge de manœuvre autorisée par une directive doit être constitutionnel : « *Etant donné que l'exclusion prévue par la directive est facultative, la manière dont le législateur use ou non de cette faculté n'est pas nécessairement justifiée au regard des articles 10 et 11 de la Constitution* ». ¹⁷⁹ Dans un arrêt ultérieur, la Cour a jugé que la manière dont le législateur use d'une faculté prévue dans une directive doit être justifiée au regard des articles 10 et 11 de la Constitution. ¹⁸⁰ Du point de vue du droit européen, un tel contrôle ne constitue pas un problème puisque, dans le cadre de la marge laissée par la directive, on se trouve dans une situation purement interne. ¹⁸¹

L'affaire relative au mariage polygame donne un exemple d'un tel contrôle. Une directive ¹⁸² interdisait le regroupement familial avec un second conjoint, si le regroupant cohabitait déjà avec un autre conjoint sur le territoire de cet Etat membre. En outre, la directive autorisait dans ce cas les Etats membres à limiter également le regroupement familial à l'égard des enfants mineurs de ce second conjoint. Le législateur belge a usé de cette faculté en n'autorisant le regroupement familial qu'à l'égard des enfants mineurs qu'a eus le regroupant avec le conjoint avec lequel il cohabite en Belgique. La Cour constitutionnelle a pourtant annulé cette disposition pour cause de violation des articles 10 et 11 de la Constitution, au motif qu'elle discriminait certains enfants par rapport à certains autres enfants, alors que tous les enfants doivent disposer d'un même droit au regroupement familial avec leur géniteur. ¹⁸³

54. La Cour constitutionnelle doit, en outre, également vérifier, en combinaison avec les articles 10 et 11 de la Constitution, si le choix opéré par le législateur respecte les autres normes de droit européen dérivé, ainsi que le droit européen primaire.

Cette situation s'est présentée dans l'affaire relative à l'incorporation de biocarburant dans les carburants ordinaires. ¹⁸⁴ En instaurant cette obligation, le législateur visait à transposer la directive sur les biocarburants de 2003, qui exigeait notamment que les biocarburants représentent 5,75% de la consommation de carburants d'ici 2010 ¹⁸⁵. Les distributeurs de carburants ont pourtant soutenu que le choix belge en faveur d'une obligation d'incorporation était contraire à l'article 5 de la directive sur les biocarburants, qui interdit aux Etats membres de limiter la mise sur le marché de carburants conformes aux exigences de cette directive. ¹⁸⁶ La Cour constitutionnelle a posé sur ce point une question préjudicielle à la Cour de justice ¹⁸⁷,

¹⁷⁹ C.C. n° 110/2001, 20 septembre 2001; comp. C.C. n° 71/2006, 10 mai 2006.

¹⁸⁰ C.C. n° 118/2003, 17 septembre 2003; voy. implicitement aussi C.C. n° 125/2005, 13 juillet 2005.

¹⁸¹ M. VERDUSSEN, "La Cour constitutionnelle, partenaire de la Cour de Justice de l'Union européenne", *RBDC* 2011, 90.

¹⁸² Directive 2003/86/CE du Conseil du 23 septembre 2003 relative au droit au regroupement familial.

¹⁸³ C.C. n° 95/2008, 26 juin 2008.

¹⁸⁴ Articles 4 et 5 de la loi du 22 juillet 2009 relative à l'obligation d'incorporation de biocarburant dans les carburants fossiles mis à la consommation.

¹⁸⁵ Article 3, paragraphe 1, de la directive 2003/30/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 mai 2003 visant à promouvoir l'utilisation de biocarburants ou autres carburants renouvelables dans les transports.

¹⁸⁶ Article 5 de la directive 98/70/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 octobre 1998 concernant la qualité de l'essence et des carburants diesel.

¹⁸⁷ C.C. n° 149/2010, 22 décembre 2010.

qui a jugé que les différentes directives en matière d'énergie ne sauraient être interprétées indépendamment les unes des autres car le législateur européen a voulu assurer la nécessaire cohérence de sa politique. En conséquence, l'article 5 de la directive sur les biocarburants ne s'oppose pas à l'obligation d'incorporation attaquée, quand bien même cette dernière constitue une restriction commerciale.¹⁸⁸ La Cour constitutionnelle a ensuite rejeté le moyen fondé sur les articles 10 et 11 de la Constitution, lus en combinaison avec la directive précitée¹⁸⁹.

b. Les directives qui ne confèrent aucune marge de manœuvre

55. La situation est différente lorsqu'une disposition législative qui transpose une directive ne conférant aucune marge de manœuvre est attaquée car le législateur est tenu au respect tant de la Constitution que du droit européen. Dans de tels cas, la Cour constitutionnelle considère soit que l'obligation découlant de la directive permet de justifier la différence de traitement qu'elle doit contrôler¹⁹⁰ (voy. n° 56 et n° 64), soit, si la protection offerte par la Constitution est analogue à celle offerte par le droit européen primaire, qu'il y a lieu d'interroger la Cour de justice de l'Union européenne sur le respect de celui-ci par la directive¹⁹¹ (voy. n° 79).

56. L'obligation de transposer une directive qui ne laisse aucune marge de manœuvre peut même aller jusqu'à justifier, dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle de Belgique, une différence de traitement dans la jouissance d'une garantie constitutionnelle fondamentale. La Cour constitutionnelle a ainsi jugé que le défaut de contrôle parlementaire sur le régulateur fédéral de l'énergie, la CREG, et l'absence d'une obligation de justification de cette institution devant un Ministre sont justifiées par l'autonomie que la directive sur l'électricité confère aux régulateurs de l'énergie.¹⁹²

2.2.4. Influence sur la question de la hiérarchie

57. C'est surtout cette dernière hypothèse qui fait surgir la question du rapport hiérarchique entre la Constitution et le droit de l'Union européenne. La question de la relation hiérarchique entre les ordres juridiques constitutionnel, international et supranational a fait couler beaucoup d'encre dans la doctrine belge.¹⁹³ Quelques incertitudes se font encore jour dans la

¹⁸⁸ CJUE, 31 janvier 2013, *Belgische Petroleum Unie e.a.*, C-26/11, points 37 et 38.

¹⁸⁹ C.C. n° 94/2013, 9 juillet 2013.

¹⁹⁰ C.C., n° 130/2010, 9 décembre 2010.

¹⁹¹ C.C., n° 126/2005, 13 juillet 2005.

¹⁹² CC, n° 130/2010, 9 décembre 2010; voy. l'article 35 de la directive 2009/72/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité.

¹⁹³ Voy. récemment e.a. A. ALEN, "De Grondwet, hoogste rechtsnorm?", in *En hommage à Francis Delpérée. Itinéraires d'un constitutionnaliste*, Bruxelles, Bruylant, 2007, 105-113; A. ALEN, "Les relations entre la Cour de justice des Communautés européennes et les Cours constitutionnelles des Etats membres" in *Liber amicorum Paul Martens. L'humanisme dans la résolution des conflits. Utopie ou réalité?*, Bruxelles, Larcier, 2007, 665-672; A. ALEN, "Kanttekeningen bij de samenwerking tussen de hogere rechtscollèges inzake mensenrechten" in A. ALEN, V. JOOSTEN, R. LEYSEN et W. VERRIJDT (éds.), *Liber amicorum Marc Bossuyt*, Anvers, Intersentia, 2013, 7-32; P. BROUWERS et H. SIMONART, "Le conflit entre la Constitution et le droit international conventionnel dans la jurisprudence de la Cour d'arbitrage", *Cah. Dr. Eur.* 1995, 7-22; M. BOSSUYT, "Les rapports entre la Constitution belge et les traités", *RBDI*, 2012, 431-438. S. FEYEN, "Verdragsrechtelijke inwerking. Enkele overwegingen omtrent de inwerkingsmechanismen in de Belgische rechtsorde en hun rechtstheoretische grondslag", *CDPK* 2008, 166-202; F. MEERSSCHAUT, "De ondraaglijke lichtheid van de Grondwet", *TBP* 2005, 47-53; M. MELCHIOR, "Considérations sur les rapports entre traités, lois et Constitution", in *En hommage à Francis Delpérée. Itinéraires d'un constitutionnaliste*, Bruxelles, Bruylant, 2007, 1015-1026; P. POPELIER, "Belgium. The supremacy dilemma: The Belgian Constitutional Court caught between the European Court of Human Rights and the European Court of Justice", in P. POPELIER, C. VAN DE HEYNING en P.

jurisprudence également. Il convient préalablement de faire une distinction entre, d'une part, le rapport entre la Constitution et le droit conventionnel et, d'autre part, le rapport entre la Constitution et le droit européen dérivé.

a. Le rapport entre les traités et la Constitution

i. *Jurisprudence contradictoire*

58. En ce qui concerne le rapport entre le droit des traités¹⁹⁴ et la Constitution, la jurisprudence de la Cour de cassation et celle de la Cour constitutionnelle étaient diamétralement opposées. La Cour de cassation avait jugé, en 2004, qu'un traité ayant effet direct avait primauté sur la Constitution.¹⁹⁵ Ces arrêts ne contenaient sur ce point aucune motivation de sorte qu'il a pu être considéré que, de l'avis de la Cour de cassation, cette primauté résulte « de la nature même du droit international conventionnel », comme elle l'avait formulé en 1971 concernant le rapport entre la loi et le traité ayant effet direct (voy. n° 4).

En revanche, la Cour constitutionnelle estime depuis 1991 que le droit des traités occupe une place inférieure à celle de la Constitution belge dans la hiérarchie des normes juridiques. En vertu de l'article 167 de la Constitution, un traité ne peut en effet lier la Belgique que s'il est approuvé par une norme législative émanant du législateur compétent. Cette loi d'assentiment, de même que le texte du traité approuvé,¹⁹⁶ ressortissent intégralement au pouvoir de contrôle de la Cour constitutionnelle.¹⁹⁷ Cette vision des choses garantit que le législateur ne puisse pas faire indirectement, par le biais de l'approbation d'un traité international, ce qu'il ne pourrait davantage faire directement, à savoir violer la Constitution.¹⁹⁸

Le Conseil d'Etat, section de législation, semble s'appuyer sur la jurisprudence de la Cour constitutionnelle dans ses propres avis, parce qu'il déclare que le législateur ne peut pas approuver un traité inconstitutionnel avant que la Constitution n'ait été révisée.¹⁹⁹

59. A supposer qu'un tel contrôle d'un traité, via le contrôle de sa loi d'assentiment, au regard de la Constitution conduise à constater une violation, la stabilité des relations internationales de la Belgique serait naturellement compromise, *a fortiori* si la Belgique a déjà

VAN NUFFEL (éds.), *Human rights protection in the European legal order: The interaction between the European and the national courts*, Anvers, Intersentia, 2011, 149-172; E. SLAUTSKY, "De la hiérarchie entre constitution et droit international", *APT* 2009, 227-242; A. VANDAELE, "Het Hof van Cassatie tussen de hamer van de directe werking en het aambeeld van de prejudiciële vraagstelling", *CDPK* 2005, 611-624; P. VANDEN HEEDE et G. GOEDERTIER, *o.c.*, 280-292; J. VAN MEERBEECK et M. MAHIEU, "Traité international et Constitution nationale", *RCJB* 2007, 42-90; W. VERRIJDT, *o.c.*, 89-99.

¹⁹⁴ Le droit européen primaire en fait également partie en principe (E. SLAUTSKY, *o.c.*, 236; J. VAN MEERBEECK et M. MAHIEU, *o.c.*, 45-47; W. VERRIJDT, *o.c.*, 89).

¹⁹⁵ Cass. 9 novembre 2004, P.04.0849.N/20, *Rev. Dr. Pén.* 2005, 789; Cass. 16 novembre 2004, P.04.0644.N/3 et Cass. 16 novembre 2004, P.04.1127.N/3, *RW* 2005-06, 387.

¹⁹⁶ Cette loi d'assentiment n'est le plus souvent constituée que d'une seule disposition, qui prévoit que le traité produira ses pleins effets. Le contenu de cette disposition est dès lors déterminé par le contenu du traité qu'elle approuve (A. ALEN et K. MUYLLE, *o.c.*, 50).

¹⁹⁷ C.C. n° 26/91, 16 octobre 1991; C.C. n° 12/94, 3 février 1994; C.C. n° 20/2004, 4 février 2004; C.C. n° 84/2005, 4 mai 2005; C.C. n° 96/2009, 4 juin 2009; C.C. n° 87/2010, 8 juillet 2010; C.C. n° 117/2011, 30 juin 2011; C.C. n° 120/2011, 30 juin 2011; C.C. n° 32/2013, 7 mars 2013.

¹⁹⁸ A. ALEN et K. MUYLLE, *o.c.*, 50-51.

¹⁹⁹ Avis n° 21.540/AV, 6 mai 1992 (*Citoyenneté de l'Union*), *Doc. parl.*, Chambre, 1991-1992, n° 482/1, pp. 69-72; Avis n° 28.936/2, 21 avril 1999 (*Cour pénale internationale*), *Doc. parl.*, Sénat, 1999-2000, n° 329/1, pp. 94-101.

ratifié le traité : dans ce cas-là, la Belgique demeure toujours liée, après le contrôle effectué par la Cour constitutionnelle, par le traité au niveau international, mais les autorités publiques ne sont plus en mesure de respecter leurs obligations au niveau national.²⁰⁰ Le législateur spécial a tenté d'éviter une telle situation de deux manières.

En premier lieu, la règle veut que, pour tout traité, le délai permettant d'attaquer la loi d'assentiment par un recours en annulation ne s'élève qu'à soixante jours après la publication de celle-ci au *Moniteur belge*, tandis que le délai normal d'introduction des recours en annulation s'élève à six mois.²⁰¹ La raison d'être de ce délai réduit est que le pouvoir exécutif attende pour opérer la ratification l'expiration du délai ou que la Cour ait achevé son contrôle²⁰² mais il n'agit pas ainsi dans la pratique, de sorte que le délai de recours réduit n'écarte pas la menace.

En second lieu, depuis la loi spéciale du 9 mars 2003, il n'est plus possible de poser à la Cour constitutionnelle des questions préjudicielles concernant des normes législatives portant assentiment d'un traité « constitutif » relatif à l'Union européenne ou à la Convention européenne des droits de l'homme ou à ses protocoles additionnels.²⁰³ Cette disposition reconnaît donc *a contrario* la compétence de la Cour constitutionnelle de pouvoir contrôler d'autres traités, par le biais de leur loi d'assentiment, au regard de la Constitution et rejoint donc la vision de la Cour constitutionnelle, selon laquelle la Constitution occupe une place hiérarchique plus élevée que le traité. Mais cette technique, elle non plus, ne résout pas le problème étant donné que des recours en annulation peuvent encore être intentés contre tous les traités, y compris les traités « constitutifs » relatifs à l'Union européenne et à la Convention européenne des droits de l'homme ou à ses protocoles additionnels, et étant donné que des questions préjudicielles relatives à tous les autres traités restent toujours possibles sans limite dans le temps.²⁰⁴

60. La principale solution réside probablement dans la prudence avouée de la Cour constitutionnelle. Dans les arrêts dans lesquels elle est amenée à contrôler un traité par le biais de sa loi d'assentiment, elle mentionne systématiquement devoir faire preuve de retenue lors de ce contrôle, parce qu'elle doit tenir compte du fait qu'une norme conventionnelle ne constitue pas un acte de souveraineté unilatéral mais que la Belgique se lie simultanément à l'égard d'autres Etats. En conséquence de cette retenue, la Cour constitutionnelle n'a encore constaté aucune violation dans de telles affaires, qui concernent le plus souvent la différence de traitement de deux catégories de Belges à la suite d'une convention préventive de la double imposition²⁰⁵. Par ailleurs, les conflits entre les traités et la Constitution seront assez exceptionnels, parce que les juridictions supérieures optent plutôt pour les interprétations conformes à la Constitution et aux traités.

²⁰⁰ M. MELCHIOR et L. DE GRÈVE, "Protection constitutionnelle et protection internationale des droits de l'homme: concurrence ou complémentarité?", *RUDH* 1995, 226-227.

²⁰¹ Article 3, § 2, de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle.

²⁰² *Doc. parl.*, Sénat, 1981-82, n° 246/1, p. 6 et n° 246/2, pp. 40, 52 et 105.

²⁰³ Article 26, § 1bis, de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle.

²⁰⁴ Voy. l'avis critique du Conseil d'Etat, section de législation, in *Doc. parl.*, Sénat, 2000-2001, n° 2-897/1, pp. 26-30; A. ALEN et K. MUYLLE, *o.c.*, 52.

²⁰⁵ À ce sujet, la Cour constitutionnelle a jugé ce qui suit: « Le principe d'égalité n'exige pas que, dans chacune des conventions qu'elle conclut avec d'autres pays pour éviter les doubles impositions, la Belgique se préoccupe d'assurer au cas par cas aux contribuables le régime qui leur serait à tout moment le plus favorable, ni que l'Etat belge ne puisse conclure des conventions avec d'autres parties contractantes qu'à la condition que ces conventions règlent les mêmes matières de manière analogue. » (C.C. n° 118/2012, 10 octobre 2012, B.9).

ii. Une solution limitée : l'ordre du contrôle

61. Un problème supplémentaire afférent à la position de la Cour de cassation (voy. n° 58) est qu'elle vide de sa substance l'obligation imposée aux juges de poser des questions préjudicielles à la Cour constitutionnelle, notamment dans le cadre des droits fondamentaux analogues : la Cour de cassation utilise en effet dans ces arrêts la primauté du traité sur la Constitution comme argument pour effectuer elle-même un contrôle de dispositions législatives au regard de la CEDH et pour ne pas poser ensuite de question préjudicielle à la Cour constitutionnelle concernant la disposition constitutionnelle analogue.

En 2009, le législateur spécial y a remédié en insérant un nouvel article 26, § 4, dans la loi spéciale sur la Cour constitutionnelle.²⁰⁶ Cette disposition vise, d'une part, à concilier le contrôle centralisé de constitutionnalité et le contrôle diffus de conventionalité et, d'autre part, à résoudre le problème de compétence concernant le contrôle des droits fondamentaux analogues en accordant une priorité de contrôle à la Cour constitutionnelle. Dès lors qu'une partie devant une juridiction soulève l'argument qu'une disposition législative viole un droit fondamental garanti tant par le titre II de la Constitution que par une disposition conventionnelle intégralement ou partiellement analogue, ce juge doit, même d'office, poser une question préjudicielle à la Cour constitutionnelle. Si la Cour constitutionnelle constate une violation lors de son contrôle au regard de la disposition constitutionnelle concernée - qu'elle peut toujours lire en combinaison avec la disposition conventionnelle analogue -, le juge *a quo* doit laisser cette disposition inappliquée. Si la Cour constitutionnelle ne constate pas de violation, le juge *a quo* demeure intégralement compétent pour effectuer le contrôle de cette disposition au regard du droit conventionnel.²⁰⁷

Le fait que la priorité du contrôle a été confiée à la Cour constitutionnelle se justifie par la logique de la procédure préjudicielle, par la spécialisation de la Cour constitutionnelle, par le fait que les autorités publiques peuvent toujours se défendre dans la procédure devant cette juridiction, par le fait que les tiers intéressés peuvent toujours intervenir devant celle-ci et par l'autorité de la chose jugée des arrêts.²⁰⁸ Les exceptions suivantes à l'obligation de renvoi s'appliquent à la Cour de cassation et au Conseil d'Etat pour des raisons d'économie de la procédure : une question préjudicielle n'est pas obligatoire si la disposition issue du titre II de la Constitution n'est manifestement pas violée (acte clair) ou si un arrêt de la Cour constitutionnelle, de la Cour de justice ou bien de la Cour européenne des droits de l'homme a déjà fait apparaître que la disposition du titre II de la Constitution, de droit international ou bien de droit européen a été violée (acte éclairé).²⁰⁹

iii. L'ordre du contrôle remis en question

²⁰⁶ Cette modification a été fondée sur J. VELAERS, « Le contrôle des lois, décrets et ordonnances au regard du titre II de la Constitution et des conventions internationales relatives aux droits de l'homme, en cas de concours de droits fondamentaux » in A. ARTS, I. VEROUGSTRAETE, R. ANDERSEN e.a. (éds.), *Les rapports entre la Cour d'arbitrage, le pouvoir judiciaire et le Conseil d'Etat*, Bruges, La Charte, 2005, 101-123.

²⁰⁷ A. ALEN et K. MUYLLE, *o.c.*, 55-57; M. BOSSUYT et W. VERRIJDT, *o.c.*, 366-370; J. SPREUTELS, "Droits fondamentaux en concours et concours des questions préjudicielles: la Cour constitutionnelle et la jurisprudence *Melki* et *Chartry* de la Cour de justice de l'Union européenne", in A. ALEN, V. JOOSTEN, R. LEYSEN et W. VERRIJDT, *Liber amicorum Marc Bossuyt*, Anvers, Intersentia, 2013, 681-693; J. VELAERS, "Article 26, § 4 van de bijzondere wet op het Grondwettelijk Hof: naar een nieuw evenwicht tussen de rechtscolleges bij samenloop van grondrechten", *TBP* 2010, 387-410.

²⁰⁸ J. VELAERS, *o.c.*, 567-568; M. BOSSUYT et W. VERRIJDT, *o.c.*, 368-369.

²⁰⁹ Voy. sur ce point l'opinion critique de P. POPELIER, "Prejudiciële vragen bij samenloop van grondrechten. Prioriteit voor bescherming van grondrechten of voor bescherming van de wet?", *RW* 2009-10, 54-55, qui craint que ces exceptions, notamment celle de l'acte clair, n'entraînent des abus.

62. Certains auteurs ont soutenu que, pour les affaires qui se situent dans le champ d'application du droit de l'Union européenne, la nouvelle procédure de concours serait contraire à la condition d'immédiateté dégagée par la jurisprudence *Simmenthal* et à la liberté de renvoi dégagée par la jurisprudence *Rheinmühlen*.²¹⁰ La chambre fiscale du Tribunal de première instance de Liège a posé, pour cette même raison, une question préjudicielle à la Cour de justice dans l'affaire dans laquelle elle s'estimait - à tort -²¹¹ tenue de poser une question préjudicielle à la Cour constitutionnelle.²¹² La Cour de justice a toutefois déclaré cette question préjudicielle irrecevable étant donné que les faits du litige au fond ne présentaient aucun lien de rattachement avec le champ d'application du droit de l'Union européenne.²¹³

En revanche, la Cour s'est prononcée quant au fond sur une procédure de concours dans l'affaire *Melki*. Lorsque le Conseil constitutionnel français est devenu compétent en matière de question prioritaire de constitutionnalité (QPC), le législateur a instauré une procédure en matière de concours des droits fondamentaux, fortement inspirée du régime belge.²¹⁴ La Cour de cassation française a demandé, en urgence, à la Cour de justice si cette réglementation était compatible avec le principe du plein effet du droit européen. La Cour de justice a constaté que la procédure de concours française était susceptible de deux interprétations. Si elle doit être interprétée en ce sens que le Conseil constitutionnel se prononce, avec l'autorité de la chose jugée, non seulement sur la constitutionnalité de la disposition législative portée devant lui mais également sur la conformité de celle-ci au regard du droit européen, ce qui empêcherait les juges ordinaires et administratifs d'effectuer encore eux-mêmes un contrôle au regard du droit européen,²¹⁵ cette procédure est contraire au principe du plein effet du droit européen. La Cour de justice a néanmoins souligné que tous les juges sont tenus d'interpréter autant que possible le droit national conformément au droit européen (voy. n° 68) et elle déclare que la procédure de concours française peut vraisemblablement encore être interprétée d'une autre manière. La Cour de justice laisse au juge *a quo* le soin de vérifier si cette interprétation est en effet envisageable, mais elle fonde néanmoins la suite de son arrêt sur cette interprétation, qui est celle du Conseil d'Etat français et du Conseil constitutionnel²¹⁶, en vertu de laquelle le concours de droits fondamentaux dans une QPC n'exclut pas le contrôle conventionnel ultérieur exercé par le juge *a quo*.

Dans cette seconde interprétation, la Cour de justice a estimé que la procédure de concours française est conforme au droit européen, dans la mesure où elle remplit quatre conditions. En premier lieu, un juge doit pouvoir poser une question préjudicielle à la Cour de justice à tout moment de la procédure, même lorsqu'une QPC a également été posée. En deuxième lieu, avant de poser une QPC, le juge doit prendre toutes les mesures provisoires permettant d'assurer l'effectivité de sa décision finale. En troisième lieu, le juge ordinaire et le juge

²¹⁰ P. VAN NUFFEL, "Prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie van de Europese Unie: leidraad voor de rechtspraak na het Verdrag van Lissabon", *RW* 2009-10, 1170-1172, avec références à CJCE, 16 janvier 1974, *Rheinmühlen*, 166/73, point 2 et CJCE, 9 mars 1978, *Simmenthal*, 106/77, points 21 et 24.

²¹¹ M. BOSSUYT et W. VERRIJDT, *o.c.*, 371-372 et 380.

²¹² Trib. Liège, 23 novembre 2009, *Claude Chartry c. Etat belge*, *J.O.U.E.*, 13 février 2010, C-37/3.

²¹³ CJUE (ord.), 1er mars 2011, *Chartry*, C-457/09, points 21-25.

²¹⁴ M. BOSSUYT et W. VERRIJDT, *o.c.*, 360-362 et 372-375 ainsi que la doctrine qui y est citée; J. SPREUTELS, *o.c.* (2013).

²¹⁵ Il s'agissait de l'interprétation de la Cour de cassation française: Cass. fr., 16 avril 2010, n° N 10-40.002, concl. Domingo, *Gazette du Palais*, 23-27 mai 2010, 8-16.

²¹⁶ Conseil constitutionnel, n° 2010-605 DC, 12 mai 2010, *Jeux en ligne*, cons. 13-15 et 18; CE 14 mai 2010, *Rujovic*, n° 312305.

administratif restent compétents sans restriction après une réponse négative du Conseil constitutionnel pour laisser inappliquée la disposition législative méconnaissant le droit européen. En quatrième lieu, une question préjudicielle à la Cour de justice est obligatoire si la contradiction avec les droits fondamentaux est invoquée par rapport à une disposition législative qui constitue la transposition littérale de dispositions impératives issues d'une directive.²¹⁷ Cet arrêt instaure en réalité un léger assouplissement de la jurisprudence *Simmenthal*, étant donné qu'il permet de remplacer l'applicabilité immédiate du droit de l'Union européenne par une autre garantie de l'application effective de celui-ci, à savoir l'obligation de prendre des mesures provisoires fondées sur la jurisprudence *Factortame*.²¹⁸

63. Selon la doctrine belge, la procédure de concours prévue par l'article 26, § 4, de la loi spéciale sur la Cour constitutionnelle est compatible avec le principe du plein effet du droit de l'Union, parce que les quatre critères dégagés par l'arrêt *Melki* sont remplis.²¹⁹ Pour exclure tout doute, l'article 26, § 4, de la loi spéciale sur la Cour constitutionnelle a été modifié par la loi à majorité spéciale du 4 avril 2014 : dorénavant, la possibilité de poser des questions préjudicielles parallèles à la Cour de justice et à la Cour constitutionnelle est expressément mentionnée.²²⁰ Le nouvel article 30, § 2, de la même loi spéciale garantit en outre que la juridiction qui pose une question préjudicielle à la Cour constitutionnelle peut prendre les mesures provisoires requises, notamment pour assurer la protection des droits octroyés par l'ordre juridique de l'Union européenne.

Dans l'article 26, § 4, modifié, de la loi spéciale sur la Cour constitutionnelle, il a en outre été précisé que les parties devant le juge *a quo* n'ont pas le droit de choisir le for : dans une situation de concurrence de droits fondamentaux, le juge ordinaire ou administratif à qui il est uniquement demandé de contrôler au regard d'un droit fondamental consacré par la CEDH, le PIDCP ou la Charte doit examiner d'office si le même droit fondamental est aussi consacré par le Titre II de la Constitution belge et il doit, le cas échéant, d'abord poser une question préjudicielle à la Cour constitutionnelle.

b. Le rapport entre le droit européen dérivé et la Constitution

64. Le rapport entre le droit européen dérivé et la Constitution est différent parce qu'il faut également tenir compte dans ce cas de l'article 34 de la Constitution. Cette disposition, qui permet le transfert de l'exercice de certaines compétences à des organisations internationales, a été insérée dans la Constitution en 1970 au motif que la participation de la Belgique à des organisations internationales (en particulier les Communautés européennes) et la restriction de la souveraineté nationale y afférente n'auraient autrement disposé d'aucune base juridique.

Dans l'affaire relative à la CREG (voy. n° 56), la Cour constitutionnelle s'est fondée sur cette disposition pour juger que le défaut de contrôle parlementaire est justifié par les exigences

²¹⁷ CJUE, 22 juin 2010, *Melki et Abdeli*, C-188/10 et C-189/10.

²¹⁸ M. BOSSUYT et W. VERRIJDT, *o.c.*, 377, F.-X. MILLET, "Le dialogue des juges à l'épreuve de la QPC", RDP 2010, 1735-1737.

²¹⁹ M. BOSSUYT et W. VERRIJDT, *o.c.*, 380-383; P. GERARD, "De hoeder van de meerlagige Europese Constitutie tussen unierecht en grondwet in Frankrijk en België", *SEW* 2011, 152-165; D. KEYAERTS, "De europeanisering van het Belgische staatsrecht: impressies betreffende integratie van het Unierecht en convergentie met het Unierecht", in A. ALLEN et J. THEUNIS (éds.), *L.c.*, 66-69; J. SPREUTELS, *o.c.* (2013); J. VELAERS, "Het arrest-*Melki-Abdeli* van het Hof van Justitie van de Europese Unie: een voorwaardelijk 'fiat' voor de voorrang van de toetsing aan de Grondwet op de toetsing aan het internationale en het Europese recht", *RW* 2010-2011, 770-794.

²²⁰ Voy. T. SOUVERIJNS, "Bijzondere wetgever verduidelijkt de regeling van artikel 26, § 4, van de bijzondere wet op het Grondwettelijk Hof inzake samenloop van grondrechten", *RW* 2013-2014, 1523-1531.

découlant du droit de l'Union.²²¹ Quant à savoir si la Cour a reconnu de ce fait la primauté du droit européen dérivé sur la Constitution, la doctrine observe que cette primauté découlerait dans ce cas de la Constitution même et que le Constituant peut toujours revoir l'article 34 de la Constitution.²²² Certains soutiennent également que la technique utilisée s'inscrit plutôt dans le cadre du contrôle de proportionnalité, en ce sens que l'article 34 de la Constitution laisse au législateur une liberté d'appréciation très étendue pour transposer les obligations découlant de l'ordre juridique international sans que cette liberté d'appréciation ne soit illimitée, par exemple si une telle obligation entraînait un conflit avec une disposition qui participe de l'identité constitutionnelle de la Belgique.²²³

2.3. *Respect des obligations procédurales*

65. Il ressort de ce qui précède que la Cour constitutionnelle tient largement compte, lors de son contrôle, de normes de droit international et européen ainsi que de la jurisprudence luxembourgeoise et strasbourgeoise interprétant ces normes. Cette attitude ne se limite toutefois pas au contenu de son contrôle mais s'étend également aux exigences procédurales. La Cour constitutionnelle respecte, dans le cadre de son pouvoir de contrôle, toutes les limitations procédurales résultant du droit européen et international.

2.3.1. *Limitations fondées sur la Convention européenne des droits de l'homme*

66. Les exigences procédurales qu'impose la CEDH résultent surtout de l'article 6.1 de ladite Convention. En 1987, la Cour constitutionnelle avait jugé, dans le cadre d'une requête en récusation, que l'article 6.1 de la CEDH n'était pas applicable à sa procédure, étant donné que la Cour ne se prononçait pas sur des « droits et obligations de caractère civil » mais était seulement compétente pour exercer un contrôle de constitutionnalité abstrait.²²⁴ L'unique application de l'article 6.1 de la Convention européenne des droits de l'homme qu'avait admis la Cour dans cet arrêt concernait le délai raisonnable, qui doit être calculé compte tenu de l'ensemble de la procédure, y compris les questions préjudicielles.²²⁵ Il y a lieu d'observer à cet égard que la Cour était seulement autorisée à l'époque à effectuer un contrôle au regard des règles répartitrices de compétence.

En 1994, la Cour a été à nouveau confrontée à une requête en récusation : un des juges constituant le siège ne disposait pas, selon les parties requérantes, de l'impartialité objective requise, étant donné qu'il avait participé, en tant que parlementaire, au vote de la disposition législative attaquée. La Cour a modifié sa ligne de conduite concernant l'applicabilité de l'article 6.1 de la CEDH en faisant référence à l'arrêt *Ruiz-Mateos* de la Cour européenne des droits de l'homme.²²⁶ De même, la Cour s'est basée sur un arrêt de la Cour européenne des

²²¹ C.C. n° 130/2010, 9 décembre 2010; voy. sur cet arrêt K. MUYLLE, "Het grondwettelijk delegatieverbod en het Unierecht: welke democratisch verkozen beraadslagende vergadering?", in A. ALEN et J. THEUNIS (éds.), *l.c.*, 317-353.

²²² A. ALEN, "Les relations...", *l.c.*, 671-672; M. MELCHIOR et L. DE GRÈVE, *o.c.*, 228; E. SLAUTSKY, *o.c.*, 231; P. VANDERNOOT, "Regards du Conseil d'Etat sur une disposition orpheline: l'article 34 de la Constitution" in *En hommage à Francis Delpérée*, Bruxelles, Bruylant, 2007, 1609. Cette logique ressort aussi de la jurisprudence de la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat (CE, 5 novembre 1996, *Orfinger*, n°s 62.920 et 62.922).

²²³ J. VELAERS et J. VANPRAET, "De materiële en territoriale bevoegdheidsverdeling inzake sociale zekerheid en sociale bijstand (II)", *TBP* 2009, 207-208; W. VERRIJDT, *o.c.*, 92.

²²⁴ C.C. n° 32, 29 janvier 1987.

²²⁵ C.C. n° 18/91, 4 juillet 1991, à la suite de CEDH, 26 mai 1986, *Deumeland c. Allemagne*.

²²⁶ CEDH, 23 juin 1993, *Ruiz-Mateos c. Espagne*.

droits de l'homme pour l'appréciation de la requête en récusation : cette juridiction ayant souligné, dans son arrêt *Padovani*²²⁷, que seules les appréhensions légitimes du requérant entraînent la violation de l'article 6.1 de la Convention européenne des droits de l'homme, la Cour constitutionnelle a pu rejeter la requête en récusation en estimant que le jugé récusé s'était limité à voter conformément à la discipline de vote de son groupe parlementaire.²²⁸

En 2009, dans une affaire relative à la suppression du financement de partis politiques non démocratiques, la Cour a même fait référence à dix-sept arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme lorsqu'elle a été appelée à se prononcer sur une requête en récusation dirigée contre cinq juges, requête invoquant qu'ils seraient trop proches de centres universitaires, de partis politiques ou de la franc-maçonnerie.²²⁹

2.3.2. Limitations fondées sur le droit de l'Union

67. Se fondant sur le principe du plein effet du droit de l'Union, la Cour de justice impose bon nombre d'obligations procédurales et de limitations au juge national.²³⁰ La Cour constitutionnelle observe ces exigences et se nomme elle-même, dans ce cadre, une des juridictions nationales qui assurent la primauté du droit de l'Union.²³¹

68. Une des obligations que la Cour de justice impose est celle de l'interprétation conforme au droit de l'Union : lorsque l'application d'une norme de droit interne risque de se heurter à une norme du droit de l'Union, il faut d'abord examiner si la norme de droit interne ne peut pas être interprétée et appliquée de telle manière qu'un conflit soit évité.²³² Si une telle interprétation est possible, l'application de cette norme ne doit pas être écartée puisqu'à proprement parler, elle n'est pas contraire au droit de l'Union.

La Cour constitutionnelle respecte cette obligation : ainsi, dans l'arrêt relatif au champ d'application de la loi relative aux pratiques du marché (voy. n° 31), elle a examiné en tout premier lieu, à la demande du Conseil des ministres, si la disposition en cause pouvait être interprétée en ce sens que les titulaires d'une profession libérale relèveraient de la notion d'« entreprise » prévue par le droit européen. Une telle interprétation allant à l'encontre du texte clair de la disposition précitée,²³³ la Cour a dû déclarer cette disposition inconstitutionnelle.

69. Une autre obligation que la Cour de justice impose au juge national est de prendre des mesures provisoires : il doit écarter la législation nationale si elle l'empêche de prendre, dans l'attente d'une décision sur le fond de l'affaire – ou d'un arrêt de la Cour de justice en réponse

²²⁷ CEDH, 26 février 1993, *Padovani c. Italie*. Voy. également les arrêts ultérieurs comme CEDH, 8 février 2000, *McGonnell c. Royaume-Uni*; CEDH 22 juin 2004, *Pabla Ky c. Finlande*. Voy. à ce sujet F. TULKENS et S. VAN DROOGHENBROECK, "La double vie du juge est-elle compatible avec son impartialité?", in *L'humanisme dans la résolution des conflits. Utopie ou réalité ? Liber Amicorum P. Martens*, Bruxelles, Larcier, 2007, 485-509.

²²⁸ C.C. n° 35/94, 10 mai 1994.

²²⁹ C.C. n° 157/2009, 13 octobre 2009; voy. P. MARTENS, *o.c.*, 350-351.

²³⁰ Voy. à ce sujet M. CLAES, *The National Courts' Mandate in the European Constitution*, Oxford, Hart Publishing, 2006.

²³¹ C.C., n° 151/2003, 26 novembre 2003; W. VERRIJDT, *o.c.*, 61-65.

²³² Jurisprudence constante depuis CJCE, 13 novembre 1990, *Marleasing*, C-106/89, point 8; voy. aussi CJUE, 26 septembre 2000, *Engelbrecht*, C-262/97, point 39; CJUE, 22 juin 2010, *Melki et Abdeli*, C-188/10 et C-189/10, point 50.

²³³ C.C., n° 55/2011, 6 avril 2011, B.2.

à une question préjudicielle -, toutes les mesures provisoires nécessaires en vue de protéger les droits que les particuliers tirent du droit de l'Union.²³⁴ L'article 30, § 2, de la loi spéciale sur la Cour constitutionnelle modifié par la loi spéciale du 4 avril 2014, confirme la compétence du juge *a quo* pour prendre des mesures provisoires avant de poser une question préjudicielle à la Cour constitutionnelle, mais cette loi spéciale ne confirme pas pour autant expressément la possibilité, pour la Cour constitutionnelle, de prendre des mesures provisoires.

La Cour constitutionnelle a cependant déjà admis que, lorsqu'un droit conféré par le droit de l'Union est en cause, elle pouvait prendre des mesures provisoires à tous les stades de la procédure, même après avoir rejeté une demande de suspension basée sur le droit interne et alors que l'examen au fond est en cours.²³⁵ Cette position est logique, étant donné que le principe selon lequel un juge peut toujours prendre les mesures provisoires et conservatoires nécessaires est inscrit dans le droit commun que constitue l'article 19 du Code judiciaire.

70. La Cour constitutionnelle est compétente pour soulever des moyens d'office,²³⁶ bien qu'elle ne fasse qu'un usage parcimonieux de cette possibilité.²³⁷ Elle doit dès lors aussi soulever d'office les moyens qui relèvent du droit de l'Union, ce qu'elle a déjà fait dans deux affaires.

La première affaire est celle de l'obligation d'incorporer des biocarburants dans les carburants commercialisés (voy. n° 54). Les parties requérantes avaient souligné qu'elles ne se prévalaient, devant la Cour constitutionnelle, que des griefs pris de l'inconstitutionnalité des dispositions attaquées, tandis qu'elles adresseraient les griefs pris de leur contrariété au droit de l'Union à la Commission européenne. Ayant décidé que le principe de droit interne de la liberté de commerce et d'industrie ne pouvait pas être dissocié de la liberté de circulation des marchandises instaurée par le droit européen, la Cour constitutionnelle a toutefois soulevé elle-même ces moyens de droit européen et a posé à ce sujet des questions préjudicielles à la Cour de justice.²³⁸ En outre, la Cour a abordé d'office la question de l'éventuelle obligation de notification à la Commission européenne des spécifications techniques attaquées.²³⁹

La seconde affaire est celle déjà mentionnée relative à la validation législative des tarifs de distribution d'électricité (voy. n° 34). Les parties requérantes attaquaient cette validation uniquement sur la base des articles 10 et 11 de la Constitution, combinés avec l'article 6.1 de la CEDH. La partie intervenante, le régulateur fédéral de l'énergie (la CREG), soutenait que ce moyen devait être complété d'un contrôle au regard de la deuxième et de la troisième directive sur l'électricité. La Cour a répondu que la partie intervenante ne peut pas soulever de nouveaux moyens²⁴⁰ mais a ajouté à cette constatation : « *Il y a lieu toutefois d'examiner d'office ce moyen au sujet duquel les parties se sont exprimées* ». ²⁴¹ C'est sur la base du moyen soulevé d'office que la confirmation législative a été annulée.

²³⁴ CJCE, 19 juin 1990, *Factortame e.a.*, C-213/89, point 13.

²³⁵ C.C., n° 96/2010, 29 juillet 2010.

²³⁶ Article 90, alinéa 3, de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle.

²³⁷ C.C., n° 45, 20 janvier 1988; C.C., n° 26/91, 16 octobre 1991; C.C., n° 34/96, 15 mai 1996; C.C., n° 129/2011, 14 juillet 2011.

²³⁸ C.C., n° 149/2010, 22 décembre 2010.

²³⁹ Article 8 de la directive 98/34/CE du Parlement Européen et du Conseil du 22 juin 1998 prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques et des règles relatives aux services de la société de l'information.

²⁴⁰ Article 87 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle.

²⁴¹ C.C., n° 97/2011, 31 mai 2011, B.7.3.

71. Enfin, la Cour de justice a décidé que les cours constitutionnelles qui sont compétentes pour maintenir les effets d'une disposition législative annulée ne peuvent pas utiliser ce pouvoir dans le cadre du champ d'application du droit de l'Union, du moins dans la mesure où elles permettent par là qu'une norme contraire au droit de l'Union soit appliquée. Si, dans ce contexte, la Cour constitutionnelle procédait néanmoins au maintien, le juge ordinaire doit passer outre à ce maintien et écarter l'application des dispositions contraires au droit de l'Union.²⁴²

Début 2009, la Cour constitutionnelle a encore prononcé un arrêt dans lequel elle maintenait, dans une *derogation situation*, les effets d'une disposition décrétales qu'elle avait déclarée contraire aux articles 10 et 11 de la Constitution, combinés avec la libre circulation des travailleurs et avec la liberté d'établissement (voy. n° 36).²⁴³ Toutefois, après l'arrêt *Filipiak*, la Cour constitutionnelle a veillé constamment à ce qu'un maintien ne contrevienne pas au principe de pleine effectivité du droit de l'Union. Elle a ainsi souligné, dans une affaire relative au pouvoir de maintien du Conseil d'Etat, qu'elle ne répondait à la question préjudicielle que celui-ci lui posait que dans la mesure où les faits du litige *a quo* ne relevaient pas du champ d'application du droit de l'Union européenne.²⁴⁴

Si la disposition attaquée n'est annulée qu'en raison d'une contrariété aux règles constitutionnelles de droit interne, la Cour constitutionnelle peut pleinement utiliser son pouvoir de maintien.²⁴⁵ Si la norme de contrôle est une règle de droit interne, mais que l'annulation non modulée aie pour effet qu'une norme du droit dérivé de l'Union ne soit plus transposée, le maintien est sans doute également la meilleure option.²⁴⁶

Une situation particulière s'est présentée dans une affaire de discrimination, dans le cadre d'assurances-vie, fondée sur le sexe (voy. n° 78). Lorsqu'elle a annulé, le 1er mars 2011, une disposition de la directive 2004/113/CE dans un arrêt prononcé à la suite d'une question préjudicielle posée par la Cour constitutionnelle, la Cour de justice a elle-même maintenu les effets juridiques de cette disposition jusqu'au 21 décembre 2012, sans motiver exactement pourquoi ce maintien était nécessaire.²⁴⁷ La Cour constitutionnelle a annulé le 30 juin 2011 la disposition législative qui mettait en œuvre la disposition annulée par la Cour de justice et a attaché à cette annulation le même délai de maintien, afin de permettre aux compagnies d'assurances d'adapter leurs produits à la nouvelle jurisprudence.²⁴⁸ La Cour n'a pas porté atteinte par là au plein effet du droit de l'Union, étant donné que, dans le délai de maintien accordé par la Cour de justice, la disposition annulée était couverte par une norme du droit dérivé de l'Union, qui, à son tour, conservait son fondement juridique grâce à l'arrêt de la Cour de justice.

2.3.3. Questions préjudicielles posées à la Cour de justice

²⁴² CJCE, 19 novembre 2009, *Filipiak*, C-314/08, point 84; CJUE, 8 septembre 2010, *Winner-Wetten*, C-409/06. Voy. pour une légère nuance dans des matières environnementales CJUE, 28 février 2012, *Inter-Environnement Wallonie et Terre Wallonie*, C-41/11.

²⁴³ C.C., n° 11/2009, 21 janvier 2009.

²⁴⁴ C.C., n° 18/2012, 9 février 2012.

²⁴⁵ Voy. par exemple C.C., n° 37/2011, 30 mars 2011; C.C., n° 184/2011, 8 décembre 2011; C.C., n° 135/2012, 30 octobre 2012; C.C., n° 7/2013, 14 février 2013.

²⁴⁶ C.C., n° 33/2011, 2 mars 2011; C.C., n° 76/2012, 14 juin 2012.

²⁴⁷ CJUE, 1er mars 2011, *Association belge de consommateurs Test-Achats e.a.*, C-236/09.

²⁴⁸ C.C., n° 116/2011, 30 juin 2011.

a. Obligation de poser des questions préjudicielles

72. Une autre obligation que le droit de l'Union européenne impose est celle de poser des questions préjudicielles à la Cour de justice.²⁴⁹ Une distinction doit être faite à cet égard entre les questions de validité et les questions d'interprétation.

Lorsqu'elle s'aperçoit qu'un acte de droit dérivé de l'Union pourrait être contraire à une norme de droit primaire de l'Union, la juridiction nationale ne peut pas apprécier elle-même cette contrariété mais doit poser une question préjudicielle à la Cour de justice, qui assure de cette manière l'application uniforme du droit de l'Union.²⁵⁰ Le même principe s'applique pour une législation nationale qui transpose une disposition impérative d'une directive : si cette disposition est contraire aux droits fondamentaux, la directive transposée l'est également et cet examen revient dès lors à la Cour de justice.²⁵¹ Lorsque les parties soulèvent une telle question devant une juridiction dont les décisions ne sont pas susceptibles de recours et que la réponse à cette question est nécessaire pour que celle-ci puisse se prononcer, la juridiction est tenue de poser cette question préjudicielle, même si elle considère que la norme de droit dérivé de l'Union est valable.²⁵²

De même, si une question relative à l'interprétation d'une norme du droit de l'Union est soulevée devant une juridiction dont les décisions ne sont pas susceptibles de recours selon le droit national, cette juridiction est tenue en principe de poser ladite question à la Cour de justice.²⁵³ Cette règle entend éviter que les plus hautes juridictions développent une jurisprudence contraire au droit de l'Union européenne et que cette jurisprudence soit ensuite adoptée par les juridictions inférieures.²⁵⁴ Une question préjudicielle n'est cependant pas obligatoire lorsqu'elle n'est pas pertinente pour le règlement du litige, lorsqu'il ne peut y avoir aucun doute raisonnable sur l'interprétation exacte du droit de l'Union (acte clair) ou lorsque la disposition concernée a déjà été interprétée par la Cour de justice (acte éclairé).²⁵⁵ Un renvoi préjudiciel n'est pas davantage exigé dans une procédure en référé, si la question tranchée sommairement dans cette procédure peut être réexaminée ultérieurement dans le cadre du procès au fond.²⁵⁶

73. L'observation de cette obligation de renvoi n'est pas sans importance : en effet, sur la base de l'article 6.1 de la CEDH, la Cour européenne des droits de l'homme s'est déclarée compétente pour vérifier si le refus de poser une question préjudicielle décidé par une juridiction n'est pas arbitraire. Tel est le cas si l'obligation de renvoi ne connaît pas d'exception ou si le refus de poser une question préjudicielle est motivé sur la base d'autres arguments que ceux prévus par les règles de procédure concernées. Même lorsqu'il n'existe aucune obligation mais seulement une faculté de poser des questions préjudicielles, le refus de poser une question soulevée par les parties doit du reste être motivé de façon adéquate.²⁵⁷

²⁴⁹ A. ALEN, "Les relations..." *l.c.*, 688-692; D. KEYAERTS, *o.c.*, 52-61; R. ERGEC, *o.c.*, 176-177.

²⁵⁰ CJUE, 22 octobre 1987, *Foto-Frost*, 314/85, points 15-20.

²⁵¹ CJUE, 22 juin 2010, *Melki et Abdeli*, C-188/10 et C-189/10, point 55.

²⁵² CJUE, 6 décembre 2005, *Gaston Schul Douane-expéditeur*, C-461/03; CJUE, 10 janvier 2006, *IATA et ELFAA*, C-344/04, points 27-32; A. ALEN et K. MUYLLE, *o.c.*, 543; K. LENAERTS et P. VAN NUFFEL, *o.c.*, 682.

²⁵³ Article 267, paragraphe 3, TFUE.

²⁵⁴ P. VAN NUFFEL, "Het Europees recht in de rechtspraak van het Arbitragehof. Prejudiciële vragen, teveel gevraagd?", *TBP* 2005, 1165.

²⁵⁵ CJUE, 6 octobre 1982, *CILFIT*, 283/81, points 13-21.

²⁵⁶ CJUE, 27 octobre 1982, *Morson et Jhanjan*, 35-36/82, points 8-9.

²⁵⁷ CEDH, 20 septembre 2011, *Ullens de Schooten et Rezabek c. Belgique*, §§ 59-60.

b. Chiffres

74. La relation préjudicielle entre la Cour constitutionnelle et la Cour de justice a déjà souvent été commentée.²⁵⁸ Les auteurs en question soulignent que la Cour constitutionnelle belge est non seulement une des rares cours constitutionnelles qui s'engagent dans un dialogue préjudiciel avec la Cour de justice mais aussi que c'est celle qui, de loin, pose le plus de questions préjudicielles.²⁵⁹ Le site internet de la Cour constitutionnelle contient d'ailleurs une section distincte dans laquelle toutes les questions préjudicielles déjà posées sont répertoriées avec les conclusions de l'avocat général, l'arrêt de la Cour de justice et l'arrêt de la Cour constitutionnelle y faisant suite.²⁶⁰

75. Au total, jusqu'à présent (27 mai 2014), la Cour constitutionnelle a posé 70 questions préjudicielles à la Cour de justice, dans 23 arrêts de renvoi. A six exceptions près, ces arrêts de renvoi ont été prononcés dans le cadre de recours en annulation.²⁶¹ De ces arrêts, dix-sept concernaient uniquement des questions d'interprétation, trois ne posaient que des questions de validité et trois abordaient les deux sortes de questions.²⁶²

L'intensité avec laquelle la Cour constitutionnelle interroge la Cour de justice augmente d'ailleurs de manière systématique : en effet, 18 des 23 arrêts de renvoi et 58 des 70 questions datent de 2008 ou sont postérieures, tandis que les 5 autres arrêts de renvoi comportant les 12 autres questions ont été prononcés entre 1997 et 2006.

Parmi les questions d'interprétation, treize avaient trait au droit primaire de l'Union²⁶³ et 55 au droit dérivé,²⁶⁴ avec un chevauchement limité. Sur les questions de validité, trois portaient sur la décision-cadre relative au mandat d'arrêt européen,²⁶⁵ une concernait la directive sur la

²⁵⁸ A. ALEN, *o.c.*, 692-701; E. CLOOTS, "Germs of pluralist judicial adjudication: Advocaten voor de Wereld and other references from the Belgian Constitutional Court", *CMLR* 2010, 645-672; J.-T. DEBRY, "Quand la Cour constitutionnelle pose les questions préjudicielles...", *JLMB* 2005, 1191-1199; T. VANDAMME, "Prochain arrêt: la Belgique! Explaining Recent Preliminary References of the Belgian Constitutional Court", *EuConst* 2008, 127-148; W. VERRIJDT, *o.c.*, 70-81.

²⁵⁹ L. Burgorgue-Larsen, « Chronique de jurisprudence européenne comparée (2011) », R.D.P. 2013, p. 1758.

²⁶⁰ <http://www.const-court.be>.

²⁶¹ Ces exceptions sont : C.C., n° 128/2009, 24 juillet 2009; C.C., n° 10/2012, 25 janvier 2012; C.C., n° 54/2012, 19 avril 2012; C.C., n° 116/2012, 10 octobre 2012; C.C., n° 119/2012, 18 octobre 2012 ; C.C., n° 124/2013, 26 septembre 2013.

²⁶² Cette dernière catégorie concerne : C.C., n° 128/2009, 24 juillet 2009; C.C., n° 116/2012, 10 octobre 2012 et C.C. n° 172/2013, 19 décembre 2013.

²⁶³ Ces questions ont été posées dans C.C., n° 51/2006, 19 avril 2006; C.C., n° 12/2008, 14 février 2008; C.C., n° 49/2011, 6 avril 2011; C.c., n° 50/2011, 6 avril 2011; C.c., n° 119/2012, 18 octobre 2012; C.C., n° 18/2013, 21 février 2013. Ces questions avaient trait à la discrimination sur la base de la nationalité, à la citoyenneté de l'Union, à la libre circulation des personnes, des marchandises, des services et des capitaux et à la coopération en matière d'enseignement et à l'accès à celui-ci.

²⁶⁴ Ces questions ont été posées dans C.C., n° 6/97, 19 février 1997; C.C., n° 139/2003, 29 octobre 2003; C.C., n° 131/2008, 1er septembre 2008; C.C., n° 128/2009, 24 juillet 2009; C.C., n° 30/2010, 30 mars 2010; C.C., n° 133/2010, 25 novembre 2010; C.C., n° 149/2010, 22 décembre 2010; C.C., n° 49/2011, 6 avril 2011; C.C., n° 50/2011, 6 avril 2011; C.C., n° 110/2011, 16 juin 2011; C.C., n° 10/2012, 25 janvier 2012; C.C., n° 54/2012, 19 avril 2012; C.C., n° 116/2012, 10 octobre 2012; C.C., n° 68/2013, 16 mai 2013. Nombre de ces questions avaient trait au droit économique ou au droit de l'environnement.

²⁶⁵ Décision-cadre 2002/584/JAI du Conseil du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre États membres. Ces questions ont été posées dans C.C., n° 124/2005, 13 juillet 2005 et C.C., n° 128/2009, 24 juillet 2009.

prévention du blanchiment des capitaux (voy. n° 79),²⁶⁶ deux avaient trait à la directive sur l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes (voy. n° 78)²⁶⁷, une traitait de la directive sur la protection des données à caractère personnel²⁶⁸ et une traitait de la directive sur le service universel.²⁶⁹ Dans ces affaires, les normes de contrôle du droit primaire de l'Union étaient le principe d'égalité, le droit à un procès équitable et à l'assistance d'un avocat, le principe de légalité en matière pénale et la procédure concernant l'adoption de décisions-cadre.

76. Vingt arrêts de renvoi ont déjà abouti à une réponse de la Cour de justice et ce, en moyenne 19 mois plus tard.²⁷⁰ Dans ces affaires, la Cour constitutionnelle a déjà prononcé 19 arrêts définitifs et ce, six mois en moyenne après la réponse de la Cour de justice.²⁷¹

Le dialogue direct avec la Cour de justice prolonge donc la durée du contentieux constitutionnel d'environ 26 mois, alors que la Cour constitutionnelle est censée prononcer tout arrêt dans l'année de l'introduction de la requête ou de la réception de la question préjudicielle.²⁷² Même si ce délai est considéré comme suspendu pendant le laps de temps entre l'envoi de la question préjudicielle et la réception de la réponse,²⁷³ le double examen auquel la Cour constitutionnelle procède a pour effet que le délai précité est dépassé. Mais les exigences du débat contradictoire nécessitent que la Cour donne l'occasion aux parties de se prononcer par écrit et oralement sur les conséquences de l'arrêt luxembourgeois.²⁷⁴

Le délai précité est du reste un délai d'ordre dont le dépassement ne fait pas l'objet de sanction.²⁷⁵ Il n'y a pas davantage de risque d'un dépassement du délai raisonnable garanti par l'article 6.1 de la CEDH, puisque la Cour européenne des droits de l'homme ne tient pas compte du délai pendant lequel une question préjudicielle est pendante devant la Cour de justice.²⁷⁶

Un tel ralentissement peut cependant avoir pour résultat que la décision ne présente presque plus d'intérêt pour les parties : ainsi, l'affaire *Bressol* (voy. n° 79) aura duré presque 5 ans,

²⁶⁶ Directive 2001/97/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 décembre 2001 modifiant la directive 91/308/CEE du Conseil relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux. Ces questions ont été posées dans C.C., n° 126/2005, 13 juillet 2005.

²⁶⁷ Directive 2004/113/CE du Conseil du 13 décembre 2004 mettant en œuvre le principe de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès à des biens et services et la fourniture de biens et services. Ces questions ont été posées dans C.C., n° 103/2009, 18 juin 2009.

²⁶⁸ Article 13, paragraphe 1, g), in fine, de la directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données. Cette question a été posée dans C.C., n° 116/2012, 10 octobre 2012.

²⁶⁹ Directive 2002/22/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services des communications électroniques.

²⁷⁰ La réponse la plus prompte a été fournie par l'arrêt CJCE, 1er octobre 2004, *Clerens et Valkeniersgilde*, C-480/03 (11 mois), alors que l'arrêt CJUE, 13 avril 2010, *Bressol et Chaverot e.a.*, C-73/08 s'est fait attendre le plus longtemps (26 mois). L'arrêt CJUE du 15 juillet 2013, *Kleynen*, C-99/13 (5 mois) n'est pas pris en compte parce que la Cour de justice a rayé l'affaire du rôle après avoir répondu à une question analogue dans une affaire portant un numéro de rôle antérieur.

²⁷¹ Cinq arrêts ont été prononcés après 4 mois, quatre arrêts après 5 mois. Celui qui l'emporte est l'arrêt dans l'affaire *Bressol* (C.c., n° 89/2011, 31 mai 2011) qui s'est fait attendre pendant 13 mois.

²⁷² Article 109 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle.

²⁷³ S. VAN RAEPENBUSCH, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Bruxelles, Larcier, 2005, 538.

²⁷⁴ J.-T. DEBRY, *o.c.*, 1198; W. VERRIJDT, *o.c.*, 74.

²⁷⁵ *Doc. parl.* Sénat 2000-01, 2-897/1, p. 10; P. POPELIER, *o.c.*, 283.

²⁷⁶ CEDH, 26 février 1998, *Pafitis e.a. c. Grèce*; CEDH, 24 avril 2008, *Mathy c. Belgique*.

alors qu'elle portait sur l'accès à une formation supérieure d'une durée de 4 ans. Dans de telles affaires, le pouvoir dont la Cour constitutionnelle dispose pour prendre des mesures provisoires n'est certainement pas sans utilité (voy. n° 69).

c. Respect de l'obligation de renvoi

77. La plupart des questions préjudicielles que la Cour constitutionnelle pose à la Cour de justice sont des questions qui ont été soulevées par les parties. Mais, lorsqu'elle pose d'office des questions préjudicielles, la Cour donne néanmoins d'abord l'opportunité aux parties de se prononcer à cet égard.²⁷⁷

Lorsqu'elle refuse de poser la question préjudicielle suggérée par une des parties, la Cour applique les critères de l'affaire *CILFIT*. Ainsi, un renvoi préjudiciel à la Cour de justice est dénué de pertinence²⁷⁸ lorsque la disposition contrôlée dont la contrariété au droit européen est alléguée est (aussi) contraire aux règles répartitrices de compétence de droit interne²⁷⁹ ou lorsque le législateur est resté dans la marge de manœuvre que le droit européen lui laisse.²⁸⁰ L'acte éclairé²⁸¹ et l'acte clair²⁸² sont également souvent invoqués pour ne pas poser la question préjudicielle soulevée par l'une des parties.²⁸³

En ce qui concerne l'exception pour les procédures en référé, il peut être constaté que la procédure de suspension devant la Cour constitutionnelle répond aux conditions posées (voy. n° 72) : elle est en effet toujours subsidiaire à un recours en annulation²⁸⁴ et pour autant que le sérieux des moyens fasse déjà l'objet d'un examen dans un arrêt de non-suspension – la plupart des demandes de suspension étant rejetées en raison de l'exigence d'un préjudice grave difficilement réparable – cet examen n'est que de nature superficielle et provisoire.²⁸⁵

d. Répercussions du droit de l'Union européenne

²⁷⁷ Par ex. C.C., n° 50/2011, 6 avril 2011, où les parties requérantes ne demandaient pas que des questions préjudicielles soient posées, mais où la Cour en a finalement posées 14, après qu'elle a demandé aux parties dans l'ordonnance en vue de la mise en état si elles estimaient qu'il était nécessaire d'en poser. Voy. aussi C.C., n° 119/2012, 18 octobre 2012.

²⁷⁸ Voy. pour d'autres applications de ce motif de refus C.C., n° 114/2007, 19 septembre 2007; C.C., n° 121/2008, 1er septembre 2008; C.C., n° 174/2009, 3 novembre 2009.

²⁷⁹ C.C., n° 36/2001, 13 mars 2001. En effet, la Cour examine en principe par priorité les moyens qui concernent les règles répartitrices de compétence (A. ALEN et K. MUYLLE, *o.c.*, 494-495).

²⁸⁰ C.C., n° 92/2006, 14 juin 2006.

²⁸¹ Par ex. C.C., n° 62/98, 4 juin 1998; C.C., n° 91/98, 15 juillet 1998; C.C., n° 100/2001, 13 juillet 2001; C.C., n° 5/2004, 14 janvier 2004; C.C., n° 128/2011, 14 juillet 2011; C.C., n° 161/2012, 20 décembre 2012.

²⁸² C.C., n° 7/95, 2 février 1995; C.C., n° 67/2000, 14 juin 2000; C.C., n° 114/2001, 20 septembre 2001; C.C., n° 94/2003, 2 juillet 2003; C.C., n° 151/2003, 26 novembre 2003; C.C., n° 194/2004, 1er décembre 2004.

²⁸³ E. CLOOTS, *o.c.*, 654-655; P. VAN NUFFEL, *o.c.*, 249; W. VERRIJDT, *o.c.*, 75-76. Ainsi, en matière de libre circulation, non seulement une référence aux arrêts de base ne suffit pas, mais il faut rechercher pour l'application de l'acte éclairé une jurisprudence suffisamment spécifique et comparable. En ce qui concerne l'acte clair, l'évidence du droit de l'Union européenne doit être évaluée "en fonction des caractéristiques propres au droit de l'Union, des difficultés particulières que présente son interprétation", compte tenu de l'interprétation autonome de certaines notions et des différentes versions linguistiques des normes de l'Union européenne (arrêt *CILFIT*, points 17-20).

²⁸⁴ P. POPELIER, *o.c.*, 215; M.-F. RIGAUX et B. RENAULD, *o.c.*, 153.

²⁸⁵ C.C., n° 106/2007, 19 juillet 2007. Dans son arrêt quant au fond, la Cour ne s'écartera que rarement des conclusions auxquelles elle aura abouti lors de son examen du sérieux des moyens dans le cadre de la procédure de suspension (R. MOERENHOUT, "De vordering tot schorsing voor het Arbitragehof" in A. ALEN (éd.), *20 jaar Arbitragehof*, Anvers, Kluwer, 2005, 146).

78. Le nombre considérable de renvois préjudiciels auxquels la Cour constitutionnelle procède est dû d'un côté à l'interdépendance en augmentation constante de l'ordre juridique national et de l'ordre juridique supranational mais s'explique aussi, d'un autre côté, dans la mesure où les parties ont découvert en la Cour constitutionnelle un juge du droit de l'Union européenne. Elles optent parfois pour la juridiction de la Cour constitutionnelle belge pour tenter de faire contrôler, par la Cour de justice, une norme du droit dérivé de l'Union au regard du droit primaire de l'Union. La combinaison de la stricte obligation de renvoi pour les juridictions supérieures avec l'accès plus souple à la justice devant la Cour constitutionnelle belge, entre autres pour les groupements d'intérêts, est, en effet, un moyen habile de contourner le défaut d'accès direct à la Cour de justice.²⁸⁶

L'affaire *Test-Achats* (voy. n° 71) est une bonne illustration de la commodité de cet accès indirect à la Cour de justice. Une directive européenne qui tendait à éliminer la discrimination fondée sur le sexe dans l'accès aux biens et aux services avait permis, à titre d'exception, que le législateur puisse, en matière d'assurances, autoriser des différences proportionnelles dans les primes et dans les prestations pour les assurés lorsque le sexe est un facteur déterminant dans l'évaluation des risques, à condition que des données actuarielles et statistiques pertinentes et précises soient disponibles à cet égard.²⁸⁷ Le législateur belge avait fait usage de cette possibilité, quoiqu'uniquement en matière d'assurances-vie, au motif qu'une contribution moins élevée pour les femmes était justifiée parce qu'en moyenne, leur durée de vie était de quelques années supérieure à celle des hommes. A la demande de la Cour constitutionnelle belge,²⁸⁸ la Cour de justice a toutefois considéré que cette possibilité était contraire aux articles 21 et 23 de la Charte, parce qu'il ressort de l'article 5, paragraphe 1, de la même directive que même en matière d'assurances, il faut partir du principe que la situation des hommes et des femmes est identique. Or, puisque l'article 5, paragraphe 2 de la directive permet de traiter ces catégories de personnes de manière inégale sans limitation dans le temps, cette disposition est contraire au principe d'égalité et a été annulée avec effet au 21 décembre 2012.²⁸⁹ La Cour constitutionnelle a annulé à son tour, avec le même délai de maintien, la disposition de transposition belge pour contrariété aux articles 10 et 11 de la Constitution, même si, pour la concrétisation du principe constitutionnel belge d'égalité et de non-discrimination, elle s'est intégralement référée à ce que la Cour de justice a exposé en ce qui concerne les articles 21 et 23 de la Charte.²⁹⁰

79.²⁹¹ Il incombe au juge qui pose une question préjudicielle à la Cour de justice de se conformer à l'arrêt de réponse, exception faite de la possibilité de poser de nouvelles questions préjudicielles s'il subsiste des difficultés d'interprétation. La Cour constitutionnelle se conforme toujours à cette obligation, bien que deux affaires méritent une attention particulière.

²⁸⁶ J. NOWAK, "Wettigheidstoetsing van handelingen van de instellingen van de Europese Unie: complementaire rechtsbescherming in een meerlagige context", *TBP* 2012, 209; W. VERRIJDT, *o.c.*, 77.

²⁸⁷ Article 5, paragraphe 2, de la directive 2004/113/CE du Conseil du 13 décembre 2004 mettant en œuvre le principe de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès des biens et services et la fourniture de biens et services.

²⁸⁸ C.C., n° 103/2009, 18 juin 2009.

²⁸⁹ CJUE, 1er mars 2011, *Association belge des consommateurs Test-Achats e.a.*, C-236/09, points 30-32.

²⁹⁰ C.C., n° 116/2011, 30 juin 2011, B.12.

²⁹¹ CJUE, 24 juin 1969, *Milch, Fett- und Eierkontor*, 29/68, points 2-3; K. LENAERTS et P. VAN NUFFEL, *o.c.*, 656.

La première a trait à la directive sur la prévention du blanchiment des capitaux. Se fondant sur une des obligations de la directive en question,²⁹² le législateur belge avait étendu aux avocats l'obligation de déclaration de transactions suspectes. Lorsqu'il fut soutenu devant elle que cette obligation était contraire aux principes du secret professionnel de l'avocat et de confidentialité de la concertation entre l'avocat et son client, la Cour constitutionnelle demanda à la Cour de justice si la directive précitée était, sur ce point, compatible avec l'article 6 de la CEDH.²⁹³ La Cour de justice n'a pas constaté de contrariété,²⁹⁴ mais la Cour constitutionnelle a néanmoins imposé, dans son arrêt y faisant suite, quelques interprétations conformes à la Convention sur la base d'un contrôle au regard de l'article 8 de la CEDH. Ainsi, selon la Cour constitutionnelle, les informations qu'un avocat reçoit au cours de l'exercice de ce qui constitue l'essence de son travail, à savoir la défense ou la représentation en justice du client et la fourniture d'avis juridiques, même en dehors de toute procédure judiciaire, devaient en tout cas rester couvertes par le secret professionnel et le devoir de déclaration ne s'appliquait donc pas à ce niveau.²⁹⁵ Dans la doctrine, il fût observé que la Cour constitutionnelle avait formulé une réserve d'interprétation en ce qui concerne la loi de transposition, alors que la Cour de justice n'avait constaté aucune violation.²⁹⁶ Toutefois, à y regarder de plus près, la Cour constitutionnelle a suivi la décision de la Cour de justice en ce qui concerne l'article 6 de la CEDH mais a associé en plus, tout comme l'avait fait l'avocat général POIARES MADURO dans ses conclusions, l'article 8 de la CEDH, et par conséquent l'article 22 de la Constitution, dans son contrôle de la loi de transposition, sans poser de nouvelles questions préjudicielles à cet égard à la Cour de justice.

La deuxième est l'affaire *Bressol* (voy. aussi n° 76). Selon la Cour de justice, la crainte du coût trop élevé des formations (para)médicales ne saurait offrir de justification pour le traitement inégal d'étudiants sur la base de la nationalité. Seule la protection de la santé publique constituait, selon la Cour de justice, une justification suffisante et ce, uniquement si le Gouvernement de la Communauté française était en mesure de convaincre la Cour constitutionnelle à cet égard au moyen de données chiffrées.²⁹⁷ Or, au lieu de procéder immédiatement à ce contrôle, la Cour constitutionnelle a critiqué le fait que la Cour de justice n'avait pas suffisamment tenu compte des charges financières, bien qu'elle ait expliqué dans son arrêt de renvoi que l'afflux considérable d'étudiants venus de France menaçait effectivement d'obérer les finances publiques. Elle ajouta que, par suite de l'arrêt de réponse, un petit Etat membre qui subit les conséquences de la politique de l'enseignement d'un Etat membre plus grand de la même langue ne disposait pas de la moindre protection.²⁹⁸ Après cette intermède critique, la Cour constitutionnelle a néanmoins exécuté correctement l'arrêt de réponse de la Cour de justice. Elle a en effet uniquement examiné si la santé publique justifiait les dispositions attaquées, ce qui s'avérait être bien le cas pour les formations en sciences vétérinaires et en matière de kinésithérapie mais pas pour les autres formations. En d'autres

²⁹² Directive 2001/97/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 décembre 2001 modifiant la directive 91/308/CEE du Conseil relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux.

²⁹³ C.C., n° 126/2005, 13 juillet 2005.

²⁹⁴ CJCE, 26 juin 2007, *Orde des barreaux francophones et germanophone e.a.*, C-305/05.

²⁹⁵ C.C., n° 10/2008, 23 janvier 2008.

²⁹⁶ E. CLOOTS, *o.c.*, 666-667.

²⁹⁷ CJUE, 14 avril 2010, *Bressol et Chaverot e.a.*, C-73/08.

²⁹⁸ C.C., n° 89/2011, 31 mai 2011. La Cour s'est appuyée ici sur le considérant 151 des conclusions de l'avocat général Sharpston, qui avait déclaré que l'on ne pouvait ignorer "les problèmes très réels des États membres qui accueillent un grand nombre d'étudiants d'autres États membres" et qui avait ajouté qu'il incombait à l'État membre d'origine de contribuer à chercher une solution négociée lorsque se crée, entre États membres d'une même langue mais de politique différente en matière d'accès à l'enseignement supérieur, un volume particulièrement élevé de mobilité estudiantine.

termes, la Cour constitutionnelle tient compte de l'arrêt de la Cour de justice mais poursuit indirectement le dialogue direct qui a été entamé en rendant la Cour de justice attentive à une faiblesse présumée dans sa jurisprudence, dans l'espoir d'influencer la jurisprudence luxembourgeoise ultérieure.²⁹⁹

2.4. Importance de l'attitude de la Cour constitutionnelle

80. La prise en compte ou non du droit de l'Union européenne et de la CEDH par la Cour constitutionnelle n'est pas sans conséquence. Si un arrêt de la Cour constitutionnelle constituait une violation du droit de l'Union ou si la Cour constitutionnelle devait ne pas éliminer une violation commise par le législateur, la Belgique risquerait d'encourir une condamnation de la Cour de justice ou de la Cour européenne des droits de l'homme. La lecture conciliante et le cas échéant combinée par la Cour constitutionnelle constitue, avec le principe de la protection juridique la plus large, la meilleure manière d'éviter un conflit entre les différents catalogues des droits fondamentaux, qu'ils soient national, supranational ou international.³⁰⁰

Le fait que la Cour constitutionnelle tente d'éviter que des procédures d'infraction soient intentées par la Commission européenne, et donc que la Belgique encoure la condamnation qui peut en résulter, ressort entre autres de l'affaire relative aux biocarburants (voy. n° 54). Les fréquentes références à la jurisprudence de Strasbourg visent également à harmoniser l'interprétation des droits fondamentaux et à éviter, ainsi, des condamnations de la Belgique. Les efforts de la Cour ont jusqu'à présent porté leurs fruits, étant donné que la Belgique n'a que rarement été condamnée après un arrêt de la Cour constitutionnelle et, souvent, cette condamnation était même due au fait qu'il n'avait pas été donné une suite suffisante à la jurisprudence de la Cour constitutionnelle. La position de la Cour constitutionnelle est en outre importante pour l'attitude des autres juges et pour la relation entre d'autres juridictions.

2.4.1. La jurisprudence de la Cour constitutionnelle examinée par la Cour européenne des droits de l'homme

81. Dans la plupart des arrêts où elle examine un arrêt antérieur de la Cour constitutionnelle, la Cour européenne des droits de l'homme ne constate aucune violation.³⁰¹ Ainsi la Cour européenne des droits de l'homme a considéré, tout comme la Cour constitutionnelle, que les articles 6 et 14 de la CEDH ne sont pas violés en ce que c'est le juge de paix, et non le Conseil d'Etat, qui se prononce dans des affaires d'expropriation, étant donné que la protection juridictionnelle devant les deux juges est équivalente.³⁰² La Cour européenne des droits de l'homme s'est également ralliée à la jurisprudence de la Cour constitutionnelle sur le pouvoir du juge de moduler des amendes administratives, même si elle a néanmoins constaté une violation en l'espèce, en ce que la Cour de cassation avait considéré que le juge n'était pas compétent pour ce faire, faute d'habilitation légale.³⁰³

Il y avait également une divergence de vues entre la Cour de cassation et la Cour constitutionnelle en ce qui concerne l'expertise en matière pénale : la Cour de cassation avait

²⁹⁹ W. VERRIJDT, *o.c.*, 79.

³⁰⁰ M. VERDUSSEN, *o.c.*, 121.

³⁰¹ A. ALEN, K. MUYLLE et W. VERRIJDT, *o.c.*, 34-40.

³⁰² Commission EDH (déc.) 14 janvier 1998, *NV Remo Milieubeheer c. Belgique*; C.C., n° 51/95, 22 juin 1995.

³⁰³ CEDH, 4 mars 2004, *Silvester's Horeca Service c. Belgique*; C.C., n° 96/2002, 12 juin 2002; Cass. 5 février 1999, *Pas.* 1999, 142.

considéré que ces rapports d'expertise ne pouvaient pas être contestés par le prévenu, mais la Cour constitutionnelle, déclarant que cette manière de procéder était contraire aux articles 10 et 11 de la Constitution, se rangea à une interprétation conforme à la Constitution selon laquelle le juge pénal peut appliquer le droit commun du Code judiciaire et permettre la contestation des rapports d'expertise. La Cour européenne des droits de l'homme s'est ralliée à la position de la Cour constitutionnelle, en décidant que le caractère non contradictoire d'une expertise décisive en matière pénale est contraire à l'article 6 de la CEDH.³⁰⁴

Dans l'affaire *Vergauwen*, la Cour européenne des droits de l'homme a confirmé que la Cour constitutionnelle avait admis à juste titre, en l'espèce, l'existence de « motifs impérieux d'intérêt général » pour laisser le législateur décretaal flamand utiliser la technique de la confirmation législative dans le cadre de l'extension du port d'Anvers.³⁰⁵ Dans le même arrêt, la Cour européenne des droits de l'homme a considéré que les requérants ne pouvaient pas démontrer que la présence d'anciens parlementaires au sein de la Cour constitutionnelle compromettrait l'impartialité de cette juridiction.

Dans l'affaire *Loncke*, la Cour européenne des droits de l'homme s'est ralliée à la position de la Cour constitutionnelle qui avait considéré que l'obligation de consigner le montant d'une amende fiscale, réclamée par l'Administration de la TVA, avant de pouvoir introduire un recours judiciaire contre ladite amende était contraire au droit d'accès à un juge et avec les conditions d'un procès équitable.³⁰⁶ La Belgique a néanmoins été condamnée, en l'espèce, parce que l'Administration fiscale n'avait pas mis en œuvre l'interprétation conforme à la constitution imposée par la Cour constitutionnelle. Pourtant l'interprétation précitée était contraignante pour le juge qui devait contrôler cette administration en l'espèce, étant donné qu'elle était une condition *sine qua non* pour la constitutionnalité de la disposition examinée.³⁰⁷

82. L'arrêt *RTBF* est un cas à part, parce que la Cour européenne des droits de l'homme aperçoit une violation dans le fait que la Cour constitutionnelle et la Cour de cassation avaient une jurisprudence contradictoire en ce qui concerne le champ d'application de la liberté de la presse. Selon l'interprétation téléologique de la Cour constitutionnelle, suivie en cela par le Conseil d'Etat, l'article 25 de la Constitution, lequel interdit les mesures préventives à l'égard de « la presse », s'applique également aux médias audiovisuels et à Internet, qui n'existaient pas lors de la proclamation de la Constitution en 1831.³⁰⁸ La Cour de cassation restait fidèle, quant à elle, à une interprétation littérale de la notion de « presse » et avait rejeté pour cette raison le pourvoi en cassation formé par la chaîne publique de télévision RTBF, dans une affaire relative à l'interdiction, ordonnée judiciairement, de la diffusion d'un reportage sur les fautes médicales d'un neurochirurgien.³⁰⁹

³⁰⁴ CEDH, 2 juin 2005, *Cottin c. Belgique*.

³⁰⁵ CEDH (déc.) 10 avril 2012, *Vergauwen e.a. c. Belgique*; C.C., n° 116/2002, 26 juin 2002; C.C., n° 174/2002, 27 novembre 2002; C.C., n° 56/2006, 19 avril 2006.

³⁰⁶ CEDH 25 septembre 2007, *Loncke c. Belgique*; C.C., n° 73/92, 18 novembre 1992; C.C., n° 44/95, 6 juin 1995.

³⁰⁷ G. ROSOUX et F. TULKENS, "Considérations théoriques et pratiques sur la portée des arrêts de la Cour d'arbitrage" in *La Cour d'arbitrage: un juge comme les autres?*, Liège, Ed. Jeune Barreau Liège, 2004, 128; voy. aussi l'exposé des présidents M. BOSSUYT et R. HENNEUSE sur les conséquences des arrêts de la Cour constitutionnelle in *Doc.parl.*, Chambre, 2012-2013, DOC 53 - 2580/001, p. 69.

³⁰⁸ C.C., n° 157/2004, 6 octobre 2004, B.75; C.E., *Vanhecke*, n° 89.368, 28 août 2000.

³⁰⁹ Cass. 2 juin 2006, C.0302.11.F.

La Cour européenne des droits de l'homme a vérifié cette interdiction de diffusion au regard de l'article 10 de la CEDH et s'est heurtée immédiatement dans ce cadre à l'exigence que la restriction soit prévue par la loi : eu égard à la jurisprudence opposée de la Cour de cassation et de la Cour constitutionnelle, une telle restriction est imprévisible et le juge des référés auquel il est demandé d'ordonner une interdiction de diffusion dispose d'un pouvoir discrétionnaire trop vaste.³¹⁰

Il est frappant de constater qu'en associant également le cadre constitutionnel en matière de liberté d'expression lors du contrôle de la clarté et de la prévisibilité des dispositions de droit interne qui limitent ladite liberté, la Cour européenne des droits de l'homme garantit le respect de dispositions constitutionnelles qui prévoient une protection juridique plus étendue que celle que la CEDH offre. A la différence de l'article 25 de la Constitution, en effet, l'article 10 de la CEDH ne prévoit pas d'interdiction absolue de mesures préventives.

La Cour de cassation a immédiatement adapté sa jurisprudence à l'arrêt *RTBF* : le 6 mars 2012, elle a considéré en effet qu'une « diffusion numérique » pouvait aussi constituer un délit de presse au sens des articles 25 et 150 de la Constitution.³¹¹ Ce revirement de jurisprudence vaut probablement aussi pour la diffusion d'idées par voie radiophonique et télévisée.

83. Par contre, il n'y a que trois arrêts, et ce dans seulement deux matières, dans lesquels la Cour européenne des droits de l'homme a condamné la jurisprudence de la Cour constitutionnelle.³¹² L'affaire la plus connue est probablement celle faisant l'objet de l'arrêt *Pressos Compania Naviera*, concernant la modification, avec effet rétroactif, de la législation en vue d'exonérer l'Etat de la réparation de dommages causés aux navires par la faute des services de pilotage. La Cour constitutionnelle rejeta un recours en annulation introduit par quelques armateurs, parce qu'elle considéra que l'article 1er du Premier Protocole additionnel à la CEDH n'était pas applicable à des créances pendantes ou éventuelles.³¹³ C'est toutefois dans cette affaire que la Cour européenne des droits de l'homme a établi sa jurisprudence relative à l'applicabilité de l'article 1er du Premier Protocole additionnel aux espérances légitimes et elle a condamné la Belgique parce que les motifs budgétaires invoqués pouvaient effectivement justifier un régime de responsabilité dérogatoire pour l'avenir mais pas pour le passé.³¹⁴

Dans ses arrêts ultérieurs, la Cour constitutionnelle a adapté sa jurisprudence à l'application que la Cour européenne donne de l'article 1er du Premier Protocole additionnel à la CEDH, en jugeant qu'une créance peut être considérée comme un bien au sens de cette disposition s'il existe une espérance légitime de voir reconnaître par le juge le caractère illégal d'une cotisation.³¹⁵

84. L'autre matière dans laquelle la Cour européenne des droits de l'homme aura contredit la jurisprudence de la Cour constitutionnelle concerne la signification des jugements rendus par défaut. Selon la Cour européenne des droits de l'homme, l'article 6 de la CEDH exige que le

³¹⁰ CEDH, 29 mars 2011, *RTBF* c. Belgique.

³¹¹ Cass. 6 mars 2012, P.11.1374.N; *RW* 2012-2013, 144 et *JT* 2012, 505.

³¹² A. ALEN, K. MUYLLE et W. VERRIJDT, *o.c.*, 40-42.

³¹³ C.C., n° 25/90, 5 juillet 1990; C.C., n° 36/90, 22 novembre 1990.

³¹⁴ CEDH, 20 novembre 1995, *Pressos Compania Naviera SA e.a. c. Belgique*.

³¹⁵ C.C., n° 17/2000, 9 février 2000 (approuvé par CEDH, 10 novembre 2005, *EEG-Slachthuis Verbist c. Belgique*); C.C., n° 14/2005, 19 janvier 2005.

document par lequel un jugement par défaut est signifié informe la partie condamnée de toutes les voies de recours disponibles. La Belgique a été condamnée par deux fois, en l'espèce, parce que le délai d'opposition n'était pas mentionné.³¹⁶ Dans la deuxième affaire, la Cour constitutionnelle a répondu négativement à la question de savoir si les articles 10 et 11 de la Constitution avaient été violés en ce qu'aucune mention du délai de recours n'était requise pour la signification d'un jugement par défaut, alors que la législation en matière de la publicité de l'administration impose, quant à elle, la mention des délais de recours pour la notification d'une décision administrative : la Cour a jugé que ces deux situations n'étaient pas comparables.³¹⁷

La Cour de cassation aurait encore pu éviter cette condamnation, étant donné qu'au cours de la procédure, le demandeur en cassation lui avait suggéré de poser une nouvelle question préjudicielle dans laquelle la comparaison avec la notification d'une décision administrative n'était plus faite. Estimant que la Cour constitutionnelle était sans compétence pour examiner si l'absence d'une loi viole les articles 10 et 11 de la Constitution, la Cour de cassation refusa toutefois de poser cette question.³¹⁸ Dans une jurisprudence ultérieure, la Cour de cassation a bien reconnu la compétence dont la Cour constitutionnelle dispose pour sanctionner des lacunes législatives.³¹⁹

2.4.2. *Influence de la Cour constitutionnelle sur la Cour européenne des droits de l'homme et sur la Cour de justice*

85. L'attitude de la Cour constitutionnelle en matière de références à la jurisprudence luxembourgeoise et strasbourgeoise contribue non seulement à éviter des condamnations prononcées par des juridictions internationales mais aussi à instaurer le dialogue avec ces juridictions, puisqu'un dialogue juridictionnel se déroule plus aisément lorsque les juridictions qui dialoguent parlent la « même langue ». Ce dialogue peut avoir pour effet qu'une des deux juridictions, ou même les deux, reviennent sur leur jurisprudence : ainsi la Cour européenne des droits de l'homme a reconsidéré et éclairci sa jurisprudence sur le « *hearsay evidence* » après que la *Supreme Court* du Royaume-Uni avait dénoncé l'imprécision de l'état de la jurisprudence antérieure³²⁰ et la Grande Chambre a réformé l'arrêt de chambre dans l'affaire *Lautsi* après que la Cour constitutionnelle italienne avait expliqué que la présence, en classe, de crucifix faisait partie de l'identité culturelle italienne.³²¹

En ce qui concerne la Cour européenne des droits de l'homme, la Déclaration de Brighton encourage fortement le dialogue ouvert avec les plus hautes juridictions nationales et ce « afin d'améliorer la compréhension de leurs rôles respectifs dans la mise en œuvre de leur responsabilité partagée en matière d'application de la Convention ».³²² Cette recommandation vise à promouvoir l'application du principe de subsidiarité et la marge d'appréciation.³²³

³¹⁶ CEDH, 29 juin 2010, *Hakimi c. Belgique*; CEDH, 1er mars 2011, *Faniel c. Belgique*.

³¹⁷ C.C., n° 210/2004, 21 décembre 2004.

³¹⁸ Cass. 10 octobre 2007, P.07.0733.F.

³¹⁹ A. ALEN et K. MUYLLE, *o.c.*, 512-516.

³²⁰ *R c. Horncastle and others* [2009] UKSC 14; CEDH, 15 décembre 2011, *Al-Khawaja et Tahery c. Royaume-Uni*.

³²¹ CEDH (Grande Chambre) 18 mars 2011, *Lautsi c. Italie*; CEDH, 3 novembre 2009, *Lautsi c. Italie*.

³²² « Conférence sur l'avenir de la Cour européenne des droits de l'homme », Déclaration de Brighton, 19 et 20 avril 2012, § 12, c), i).

³²³ Concernant le développement de ceci dans un projet de Protocole additionnel n°16, voy. A. ALEN, « Kanttekening... », *l.c.* (2013).

Déceler si un revirement de la Cour européenne des droits de l'homme ou de la Cour de justice s'inspire de la jurisprudence d'une ou de plusieurs cours constitutionnelles ou d'autres juridictions supérieures n'est cependant pas évident. La Cour européenne des droits de l'homme se réfère parfois littéralement à la jurisprudence nationale qu'elle utilise comme source d'inspiration, comme lorsque qu'elle a admis l'application de l'article 6.1 de la CEDH aux procédures en matière de mesures provisoires à l'instar, entre autres, de la Cour de cassation belge.³²⁴ Mais le simple fait qu'un revirement dans la jurisprudence d'une juridiction internationale se produise après un développement analogue dans la jurisprudence d'une cour constitutionnelle ne permet évidemment pas de conclure que la juridiction internationale en question se soit laissée inspirer par cette cour constitutionnelle. Ainsi, il peut difficilement être démontré que, lorsqu'elle a également appliqué le principe d'égalité, en 2000, au traitement identique non justifié des personnes qui se trouvent dans des situations différentes, la Cour européenne des droits de l'homme³²⁵ se sera laissée inspirer par un développement analogue, en 1992, dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle.³²⁶

2.4.3. Influence sur d'autres juridictions internes

86. Enfin, l'attitude de la Cour constitutionnelle a pour effet que d'autres juges également seront enclins à être plus attentifs aux normes pertinentes du droit européen et international. Le contrôle indirect au regard des droits fondamentaux auquel la Cour constitutionnelle procède n'a, d'un point de vue formel, aucune autorité de chose jugée pour le juge ordinaire ou administratif en ce que ce contrôle se fait dans ce cadre au regard des normes de droit international et européen, mais, en raison de la spécialisation de la Cour en cette matière, il en émanera une très grande autorité de fait. Lorsqu'elle prend en considération la jurisprudence internationale pertinente, la Cour constitutionnelle jouit d'ailleurs d'autant plus d'autorité, puisque cette jurisprudence est effectivement contraignante pour tout juge interne.

Cet effet se manifeste en particulier dans la procédure préjudicielle, dans le cadre de laquelle la Cour constitutionnelle associe souvent d'office des normes de droit international et de droit européen à son contrôle, même si le juge *a quo* n'a formulé la question préjudicielle qu'en termes d'un contrôle au regard de dispositions constitutionnelles. Les juges dans d'autres affaires ne sont pas astreints à poser une question préjudicielle s'ils se plient à ce que la Cour constitutionnelle a déjà décidé.³²⁷

87. Dès lors, non seulement l'attitude de la Cour constitutionnelle contribue à harmoniser les différents catalogues des droits fondamentaux et à éviter les conflits avec les juridictions européennes, mais sa jurisprudence a en outre une influence harmonisante dans l'ordre juridique interne. La priorité de contrôle que l'article 26, § 4, de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle confère à celle-ci en cas de concours de droits fondamentaux est de nature à renforcer ce rôle. Sous cet angle, il est évident que la Cour de justice n'a vu aucun inconvénient à une telle priorité de contrôle (voy. n° 62).

La Cour européenne des droits de l'homme pourrait à son tour renforcer ce rôle d'harmonisation que la Cour constitutionnelle joue, en vérifiant systématiquement dans son examen afférent à l'épuisement des voies de recours internes si un requérant belge était en

³²⁴ CEDH, 15 octobre 2009, *Micallef* c. Malte, § 31; Cass. 14 janvier 2005, C.02.0221.N.

³²⁵ CEDH, 6 avril 2000, *Thlimmenos* c. Grèce, § 44.

³²⁶ C.C., n° 4/92, 23 janvier 1992, B.2.3.

³²⁷ Article 26, §§ 2, alinéa 2, 2°, et 4, 4°, de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle.

mesure de faire examiner sa plainte par la Cour constitutionnelle et si c'est ce qu'il a fait.³²⁸ La Cour européenne des droits de l'homme devrait examiner si le requérant, pendant le délai de 6 mois qui suit la publication d'une norme législative, savait ou aurait dû savoir qu'il deviendrait une victime de l'application de ladite norme et, dans l'affirmative, elle devrait déclarer la requête irrecevable s'il n'en a pas poursuivi l'annulation en temps utile devant la Cour constitutionnelle. La Cour européenne des droits de l'homme devrait également vérifier si le requérant a soulevé, devant le juge ordinaire ou administratif, une question préjudicielle à poser à la Cour constitutionnelle. Il serait indiqué également que, devant la Cour européenne des droits de l'homme, l'Etat belge défendeur soulève le non-épuisement de cette voie de recours. Cette manière de procéder comporte l'avantage supplémentaire de mettre la subsidiarité du mécanisme de contrôle strasbourgeois en exergue et contribue – serait-ce modestement – à réduire la charge du nombre d'affaires auquel la Cour européenne des droits de l'homme est confrontée.

II. INFLUENCE RECIPROQUE DES AUTRES COURS CONSTITUTIONNELLES

88. Il n'y a, dans l'état actuel des choses, aucun arrêt de la Cour se référant à la jurisprudence d'autres cours constitutionnelles européennes ou non européennes.

89. Ce constat mérite sinon une explication du moins un commentaire. Il n'est en effet plus le simple effet d'un caractère traditionnellement national du droit constitutionnel qui se concilierait mal avec des influences ou des références, voire avec des emprunts dont l'origine se situerait dans des droits constitutionnels étrangers. Mais sans même qu'il soit besoin de parler ici d'une internationalisation ou d'une mondialisation que l'on veut parfois voir en toute chose, l'on constate que le droit constitutionnel comparé a pris une place plus importante que par le passé, certes dans une mesure moindre dans la jurisprudence que dans la doctrine³²⁹. Pour ce qui est de la jurisprudence, l'on a ainsi pu parler d'un « dialogue des juges » permettant à la jurisprudence des uns de prendre en compte celle des autres, même si l'on ne peut assimiler le dialogue individuel des juges entre eux à un véritable dialogue entre les juridictions³³⁰. Ce dialogue ne fait certes pas l'unanimité et la question de savoir s'il y a lieu d'admettre que des décisions de justice puissent se référer au droit étranger a fait l'objet d'âpres discussions, notamment aux Etats-Unis³³¹. Il est cependant encouragé par divers éléments, telle la multiplication des cours constitutionnelles³³², dont les plus jeunes ont une propension plus affirmée que les autres à y recourir³³³ en particulier lorsqu'il s'agit de

³²⁸ La jurisprudence de la CEDH à cet égard n'est actuellement pas tout à fait cohérente : CEDH, (déc.) 6 avril 2004, *S.B. c. Belgique*; CEDH (déc.) 6 mai 2004, *Avci c. Belgique*; CEDH, 6 mai 2005, *EEG-Slachthuis Verbist c. Belgique*; CEDH, 1er mars 2011, *Faniël c. Belgique*. Voy. G. ROSOUX, « La règle de l'épuisement des recours internes et le recours au juge constitutionnel: une exhortation aux dialogues des juges », *RTDH* 2007, 757-822.

³²⁹ T. GROPPI, « Le recours aux précédents étrangers par les juges constitutionnels » in Hourquebie, F. et Ponthoreau, M.-C., *La motivation des cours suprêmes et cours constitutionnelles*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 47 et 50.

³³⁰ D. MAUS, « Le recours aux précédents étrangers et le dialogue des cours constitutionnelles », *R.F.D.C.* 2009, p. 682.

³³¹ D. MAUS, *op. cit.*, p. 679 et T. GROPPI, p. 49, qui indique qu'un sénateur « a même proposé que le recours au droit étranger dans le jugement soit considéré comme un délit susceptible d'*impeachment* ».

³³² D. MAUS, *op. cit.*, p. 675.

³³³ M.-C. PONTTHOREAU, « Cultures constitutionnelles et comparaison en droit constitutionnel – Contribution à une science du droit constitutionnel », in du Bois de Gaudusson e.a., *Mélanges MILACIC*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 235.

construire ou de reconstruire un Etat de droit³³⁴ et dont les plus anciennes se sont progressivement affranchies de l'Etat dont elles sont l'organe au point de pouvoir « se tutoyer par-dessus l'épaule des Etats qui les ont créées »³³⁵. Il peut l'être aussi par les traditions juridiques nationales, les pays de *common law* étant familiers de l'autorité accordée aux précédents³³⁶. Il peut même l'être par les Etats eux-mêmes lorsque la Constitution prévoit, d'abord, comme en Afrique du Sud, qu'en matière de libertés publiques, l'interprétation des tribunaux doit prendre en compte le droit international et ajoute ensuite, expressément, que le droit étranger peut être pris en considération³³⁷.

90. Si la Cour constitutionnelle de Belgique s'est, jusqu'à présent, abstenue de se référer à des arrêts d'autres Cours constitutionnelles, ce n'est donc pas, compte tenu des éléments qui viennent d'être évoqués, parce que rien ne l'y inciterait.

91. Indépendamment même des difficultés que peut susciter la transposition d'une jurisprudence étrangère dans le droit national, compte tenu des risques que suppose toute entreprise de droit comparé³³⁸, l'on peut en revanche considérer que la Cour ne semble jamais avoir estimé se trouver dans les hypothèses qui ont pu conduire d'autres cours à recourir à des précédents étrangers, à savoir une absence de jurisprudence nationale dans une matière déterminée³³⁹. Cela peut s'expliquer sans doute par l'objet des normes, constitutionnelles ou paraconstitutionnelles, que la Cour est habilitée à faire respecter : s'il s'agit des règles répartitrices de compétences entre l'Etat, les communautés et les régions, il est peu vraisemblable que les spécificités du système institutionnel de la Belgique puissent trouver un écho dans des normes adoptées dans d'autres Etats; s'il s'agit des dispositions constitutionnelles relatives au principe d'égalité et de non-discrimination - principale norme de contrôle de la Cour depuis plus de vingt ans - ou aux autres libertés publiques, il est peu vraisemblable que leurs divers aspects n'aient pas déjà été examinés par la jurisprudence belge, fût-ce en dehors de contrôle de constitutionnalité.

92. La Cour a pu, pourtant, se trouver confrontée à un vide de la jurisprudence nationale à propos, non pas des normes de contrôle qui viennent d'être évoquées, mais des normes sur lesquelles elle exerce son contrôle. Cette hypothèse n'est pas étrangère à celle, également évoquée par la doctrine, dans laquelle surgit une difficulté sérieuse³⁴⁰, résultant par exemple de lois nouvelles ayant fait l'objet de longues controverses et ayant divisé tant l'opinion que les assemblées parlementaires. Il ne peut être déduit du silence de l'arrêt que la Cour n'aurait pas examiné, dans de telles matières, les solutions retenues à l'étranger. Ainsi, lorsque la Cour, dans l'examen de la question délicate des effets de l'inceste sur la filiation, se réfère

³³⁴ F. HOURQUEBIE, « La réception des décisions étrangères » in X., *Internalisation du droit, internalisation de la justice*, AHJUCAF, Cour suprême du Canada, 2010.

³³⁵ P. MARTENS, « L'ébauche d'une culture commune des cours suprêmes ou constitutionnelles », in Université libre de Bruxelles (org.), *Le dialogue des juges*, Bruylant, coll. « Les cahiers de l'Institut d'études sur la justice; 9 », 2007, p. 10.

³³⁶ T. GROPPi, *op. cit.*, p. 10.

³³⁷ L'article 39, § 1er, de la Constitution sud-africaine dispose :

« Interpretation of Bill of Rights

1. When interpreting the Bill of Rights, a court, tribunal or forum;

a. must promote the values that underlie an open and democratic society based on human dignity, equality and freedom;

b. must consider international law; and

c. may consider foreign law » (cité par D. MAUS, *op. cit.*, p. 683). Voy. aussi T. GROPPi, *op. cit.*, p. 49.

³³⁸ T. GROPPi, T., *op. cit.*, p. 50.

³³⁹ D. MAUS, , *op. cit.*, p. 683.

³⁴⁰ D. MAUS, D., *op. cit.*, p. 683.

aux dispositions de la loi allemande³⁴¹, l'on peut penser que cet examen a aussi inclus la jurisprudence relative à ces dispositions. Ce faisant, la Cour se rangerait parmi les pays de *Civil Law* se caractérisant le « *doing it but not admitting* »³⁴².

93. A vrai dire, cette retenue, dont l'apparence est certes bien réelle en ce qui concerne la jurisprudence des juridictions étrangères, doit être sérieusement tempérée par les références régulières que fait la Cour à celle des juridictions internationales que sont la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour de justice de l'Union européenne, ce sujet étant évoqué par ailleurs.

La jurisprudence de ces juridictions internationales constitue une sorte de tronc commun à l'ensemble des Etats qui reconnaissent leur juridiction par le biais duquel, de manière certes indirecte, la jurisprudence des uns exerce une influence sur celle des autres.

94. Quant à la question de savoir si l'on peut constater une influence des arrêts de la Cour constitutionnelle de Belgique sur la jurisprudence de ses *alter ego* étrangers, il est malaisé d'y répondre. D'une part, parce qu'à supposer qu'une telle influence soit réelle, il faudrait, pour s'en assurer, que l'on puisse le vérifier dans les décisions des cours étrangères. Or, l'on peut imaginer sans peine que certaines de celles-ci aient, à l'égard du droit ou de la jurisprudence étrangère, la même attitude que celle de la Cour constitutionnelle belge décrite plus haut. Qui plus est, comme l'observe la doctrine, « [bien] souvent, les juges constitutionnels ne citent pas dans leurs décisions leurs sources d'inspiration étrangères. On peut avancer que c'est précisément pour ne pas donner à penser qu'ils puissent porter atteinte à la constitution nationale et donc pour ne pas être accusés d'y porter atteinte »³⁴³.

D'autre part, parce qu'à supposer que cette influence soit exprimée, il faut encore pouvoir disposer des instruments permettant de la déceler. Ils sont rares. La banque de données « CODICES » de la Commission de Venise ne contient pas d'exemple montrant qu'un arrêt de la Cour constitutionnelle belge aurait été prise en compte par des juridictions étrangères³⁴⁴ même si elle montre que des décisions émanant de juridictions différentes peuvent être rapprochées³⁴⁵. La doctrine fait cependant apparaître que de tels exemples existent. Il s'avère ainsi :

1) que dans un arrêt du 11 mars 2008 (n° 32/2008), la Cour constitutionnelle de Hongrie juge anticonstitutionnelle la loi portant assentiment d'un traité international relatif à un accord entre l'Union européenne, l'Islande et la Norvège relatif à la procédure de remise (« *surrender procedure* ») entre les Etats membres de l'Union et des deux pays; elle se réfère à cette occasion à des décisions de plusieurs juridictions constitutionnelles relatives à l'accord-cadre sur le mandat d'arrêt européen parmi lesquelles l'arrêt n° 128/2007 du 10 octobre 2007 de la Cour constitutionnelle de Belgique (point X);

³⁴¹ Arrêt n° 103/2012 du 9 août 2012 (B.4.2).

³⁴² T. GROPPI, *op. cit.*, p. 51 et les références citées.

³⁴³ M.-C. PONTTHOREAU, « *Le recours à « l'argument de droit comparé » par le juge constitutionnel. Quelques problèmes théoriques et pratiques* », in F. Mélin Soucramanien (dir.), *L'interprétation constitutionnelle*, Paris, Dalloz, 2005, p. 176.

(³⁴⁴) En tout cas pour ce qui concerne les décisions de ces juridictions qui figurent dans cette banque de données.

(³⁴⁵) Ce rapprochement est alors l'œuvre des responsables de la banque de données qui, dans l'analyse des décisions qu'ils y insèrent, renvoient à des décisions rendues par d'autres juridictions. C'est ainsi que l'on relève un tel rapprochement entre un arrêt de la Cour constitutionnelle de Belgique n° 187/2005 du 14 décembre 2005 et un arrêt du 28 février 2007 de la Cour suprême du Mexique, en matière de droits politiques des détenus. La banque de données ne fournit pas d'autre exemple.

2) que dans un arrêt du 15 décembre 2008 (n° 154/2008), la Cour constitutionnelle de Hongrie décide que la Constitution – qui protège le mariage – permet au législateur d’instituer un « partenariat enregistré » pour les personnes de même sexe mais ne lui permet pas de donner à cette institution les mêmes éléments constitutifs et les mêmes effets après avoir fait référence à des juridictions constitutionnelles allemande, française et belge (arrêts n^{os} 23/2000 du 23 février 2000 et 24/2002 du 23 janvier 2002) et après avoir constaté que ces décisions examinent avec précision les dispositions législatives organisant les formes de cohabitation qu’elles prévoient (point 2.1);

3) que dans un arrêt du 20 avril 2009 (n° 47/2009), la Cour constitutionnelle de Hongrie censure au nom, notamment, de la liberté de conscience et de la liberté de religion, la possibilité de faire suivre, dans le serment prêté par certains agents publics, la formule « Ainsi m’aide Dieu » (« So help me God ») après avoir constaté, notamment, que dans les démocraties constitutionnelles, un tel serment est destiné à garantir l’exigence de respect de l’ordre constitutionnel imposée aux agents publics et n’affecte pas les libertés précitées; se référant à l’arrêt n° 151/2002 du 15 octobre 2002 de la Cour constitutionnelle belge, la Cour relève qu’en Belgique et en Espagne, les agents publics ayant des convictions républicaines sont tenus de jurer fidélité au Roi (point 2.3).³⁴⁶.

95. Enfin, quant aux autres formes de coopération que celle de la réception réciproque de la jurisprudence étrangère, elles ne sont pas organisées en tant que telles. Les travaux des organisations dont la Cour est membre et les contacts qu’elle a avec les juridictions étrangères, que ce soit dans le cadre de ces travaux ou lors de contacts bilatéraux, constituent les canaux par lesquels cette coopération peut exister.

III. CONCLUSION

96. Bien que la Constitution et la loi organique ne l’obligent pas à tenir compte du droit de l’Union européenne ou de la Convention européenne des droits de l’homme, la Cour constitutionnelle belge prend ces deux ordres juridiques en considération de différentes manières. Premièrement, la Cour a développé deux techniques distinctes pour contrôler indirectement des normes législatives au regard du droit international et du droit européen et elle se réfère constamment dans ce contrôle à la jurisprudence pertinente de la Cour européenne des droits de l’homme et de la Cour de justice. Deuxièmement, la Cour utilise le droit européen et le droit international pour justifier une distinction que le législateur a instaurée, plus précisément une distinction entre une catégorie de personnes à l’égard desquelles le droit européen requiert des mesures déterminées et une catégorie de personnes à l’égard desquelles de telles mesures ne sont pas requises sur la base du droit européen. Troisièmement, la Cour constitutionnelle respecte les obligations procédurales découlant de la jurisprudence strasbourgeoise et luxembourgeoise qui s’adressent aux juges internes.

La Cour ne peut prendre ces obligations en considération que si elle s’informe de la jurisprudence des juridictions européennes. Un bulletin d’information interne est établi

⁽³⁴⁶⁾ Z. SZENTE, « Hungary : Unsystematic and Incoherent Borrowing of Law. The Use of Foreign Judicial Precedents in the Jurisprudence of the Constitutional Court, 1999-2010 » in T. GROPPi, et M.-C. PONTTHOREAU, *The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon 2013, pp. 263 et 264. L’auteur indique que la Cour constitutionnelle de Hongrie s’est référée trois fois, entre 1999 et 2010, à des arrêts de la Cour constitutionnelle de Belgique.

mensuellement à cette fin par quatre référendaires, qui y résument tous les arrêts de la Cour de justice et de la Cour européenne des droits de l'homme, susceptibles d'intéresser la Cour. La bibliothèque de la Cour rassemble le texte intégral de ces arrêts dans une banque de données et les pourvoit de liens avec la banque de données doctrinale interne, afin que, d'un clic de souris, les juges et les référendaires disposent en permanence de la doctrine pertinente pour chaque arrêt luxembourgeois ou strasbourgeois répertorié.

Cette attitude de la Cour constitutionnelle prévient les conflits entre les catalogues des droits fondamentaux et les conflits avec les juridictions européennes et joue de cette manière un rôle d'harmonisation. En conséquence, il arrive rarement que l'Etat belge soit condamné après que la Cour constitutionnelle se soit penchée sur l'affaire en cause. Cette attitude de la Cour constitutionnelle exerce à son tour une influence sur les autres juges internes, qui sont dispensés de l'obligation de poser des questions préjudicielles s'ils se rallient à un arrêt de la Cour constitutionnelle.

L'attitude de la Cour constitutionnelle à l'égard de la jurisprudence constitutionnelle étrangère est plus prudente, même s'il ne peut pas être déduit de l'absence de références à des arrêts étrangers que cette jurisprudence n'aurait pas été utilisée comme source d'inspiration. Cette prudence procède sans doute de l'incertitude quant à l'exhaustivité de l'examen de droit comparé et à la possibilité de transposer les arrêts trouvés à un contexte constitutionnel distinct.