

ETUDES DOCTRINALES

LA COUR CONSTITUTIONNELLE, PARTENAIRE DE LA COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPÉENNE

PAR

MARC VERDUSSEN (*)

La Constitution belge contient plusieurs dispositions relatives au droit international en général. Elle n'en est pas moins fort lacunaire sur ce terrain. Ainsi, à la différence de nombreux Etats européens, elle reste en défaut de régler la question de l'articulation entre les normes constitutionnelles et les normes de droit international conventionnel. Cette inaction du Constituant conduit à la plus grande insécurité juridique, comme en témoignent les jurisprudences divergentes adoptées sur cette question par la Cour constitutionnelle, la Cour de cassation et le Conseil d'Etat (1). Des tentatives ont pourtant été entreprises afin d'insérer dans le texte constitutionnel une disposition prévoyant la primauté du droit international conven-

(*) Marc Verdussen est professeur ordinaire à l'Université Catholique de Louvain, où il dirige le Centre de recherche sur l'Etat et la Constitution (CRECO). Le présent texte est la version élargie et remaniée d'un rapport présenté lors d'un colloque international sur les interactions normatives entre le droit de l'Union européenne et le droit international, colloque qui s'est tenu à l'Université de Paris I-Sorbonne les 3 et 4 février 2011 et dont les actes sont en voie de publication aux Editions Pedone (Paris). Il n'entend pas aborder tous les aspects de l'articulation entre la Constitution belge et le droit de l'Union européenne. Il se limite à la seule question de la place réservée à ce droit par la Cour constitutionnelle de Belgique. L'auteur remercie Anne Rasson-Roland, référendaire à la Cour constitutionnelle et professeur à l'UCL, et Bernadette Renauld, référendaire à la Cour constitutionnelle et maître de conférences à l'UCL, pour leurs judicieuses observations.

(1) La littérature juridique sur cette question est foisonnante. Voy. not. M. MELCHIOR, «Considérations sur les rapports entre traités, lois et Constitution», in *En hommage à Francis Delpérée — Itinéraires d'un constitutionnaliste*, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 2007, pp. 1015-1026, et P. POPELIER, «De verhouding tussen de Belgische Grondwet en het internationale recht», in *ibid.*, pp. 1231-1254, et les références citées par les auteurs. Voy. égal. C. BEHRENDT et F. BOUHON, *Introduction à la théorie générale de l'Etat*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 471-476; S. FEYENS, «Verdragsrechtelijke inwerking. Enkele overwegingen omtrent de inwerkingsmechanismen in de Belgische rechtsorde en hun rechtstheoretische grondslag», *C.D.P.K.*, 2008, pp. 166-202; Y. LEJEUNE, *Droit constitutionnel belge — Fondements et institutions*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 153-156; E. SLAUTSKY, «De la hiérarchie entre Constitution et droit international. Réflexions au départ de l'arrêt de la Cour de cassation du 16 novembre 2004», *A.P.T.*, 2009, pp. 227-242; M. UYTENDAELE, *Trente leçons de droit constitutionnel*, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 98-109; J. VANDE LANOTTE et G. GOEDERTIER, *Handboek Belgisch Publiekrecht*, 6^e éd., Bruges, Die Keure, 2010, pp. 101-111. Pour ce qui concerne la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, voy. *infra*.



tionnel (2). Elles n'ont pu être menées à bien. Bref, d'un point de vue constitutionnel, «la situation est bancaire» (3).

Pire encore, la Constitution est tout particulièrement «avare de dispositions sur l'Europe», que ce soit pour «envisager le rôle que les autorités de l'Union sont désormais habilitées à remplir» ou pour «préciser le rôle des institutions et notamment des assemblées qui, dans l'ordre interne, sont amenées à collaborer avec les autorités européennes» (4). L'inventaire des dispositions constitutionnelles spécifiquement consacrées au droit de l'Union européenne, ou qui sont expressément liées à celui-ci, est d'ailleurs très aisé à établir. Il s'agit de l'article 8, alinéa 3, de l'article 34 et de l'article 168, insérés dans la Constitution respectivement en 1998, 1970 et 1993.

Inséré en 1998, l'alinéa 3 de l'article 8 de la Constitution dispose que «par dérogation à l'alinéa 2, la loi peut organiser le droit de vote des citoyens de l'Union européenne n'ayant pas la nationalité belge, conformément aux obligations internationales et supranationales de la Belgique» (5). Il s'agit bien de la loi fédérale. Le Constituant a voulu permettre au législateur fédéral d'étendre les droits électoraux – jusque-là réservés aux seuls Belges – à tous les citoyens de l'Union européenne. L'extension opérée par le Constituant est expressément justifiée par la nécessité de se conformer aux obligations internationales et supranationales de la Belgique. Or, le Traité de Maastricht sur l'Union européenne se limite à imposer aux États membres l'obligation d'octroyer aux ressortissants européens résidant sur leur territoire «le droit de vote et d'éligibilité aux élections municipales». Seules les élections communales sont donc concernées par la révision constitutionnelle. En revanche, ce sont bien les droits de vote et d'éligibilité qui sont visés. Le 27 janvier 1999, une loi a été adoptée en ce sens (6). Il n'est pas inutile de rappeler que, dans la foulée, le Constituant a inséré un alinéa 4 dans le même article 8, qui autorise l'extension du droit de vote – à l'exclusion cette fois du droit d'éligibilité – aux résidents en Belgique qui ne sont pas des ressortissants d'un État membre de l'Union européenne, et ce, dans

(2) Voy. not. F. DELPÉRÉE et F. JONGEN, *Quelle révision constitutionnelle?*, Louvain-la-Neuve, Cabay, 1985, p. 165.

(3) F. DELPÉRÉE, «La Constitution belge et le droit communautaire», in *En hommage à Louis Dubouis — Droits nationaux, droit communautaire : influences croisées*, Paris, La Documentation française, 2000, p. 72.

(4) F. DELPÉRÉE et F. DOPAGNE, *Le dialogue parlementaire Belgique-Europe*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 34.

(5) Voy. M. VERDUSSEN, «L'évolution des droits constitutionnels», in *Les droits constitutionnels en Belgique — Les enseignements jurisprudentiels de la Cour constitutionnelle, du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation* (dir. M. VERDUSSEN et N. BONBLED), Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 82-83.

(6) Loi du 27 janvier 1999 modifiant la loi du 19 octobre 1921 organique des élections provinciales, la nouvelle loi communale et la loi électorale communale, et portant exécution de la directive du Conseil de l'Union européenne n° 94/80/CE du 19 décembre 1994 (*Mon. b.*, 30 janvier 1999).



des conditions et selon des modalités à déterminer par le législateur fédéral. Le 19 mars 2004, une loi a été adoptée sur ce point (7).

En 1970, la Constitution a été révisée, afin d'y insérer un nouvel article 34, rédigé en ces termes : «L'exercice de pouvoirs déterminés peut être attribué par un traité ou par une loi à des institutions de droit international public» (8). L'article 34 de la Constitution a été adopté dans le but de contourner l'obstacle que constituait l'article 33 – qui dispose que «tous les pouvoirs émanent de la nation» et «sont exercés de la manière établie par la Constitution» – pour le transfert d'exercice de compétences étatiques, et notamment de compétences constitutionnelles, à une autorité internationale (9). Tenu pour l'«un des plus nets qui soient quant à la possibilité d'attribuer à des institutions internationales l'exercice de pouvoirs déterminés» (10), le texte de l'article 34 «a été rédigé dans des termes fort larges», de telle sorte qu'«il permet des transferts importants, sinon décisifs, de compétences» (11). Deux éléments importants se dégagent du libellé de l'article 34. Tout d'abord, c'est l'«exercice» de pouvoirs qui peut être transféré, et non la jouissance de ces pouvoirs. Il faut, en effet, garder à l'esprit qu'en vertu de l'article 33 – qui représente une des assises les plus fondamentales du système constitutionnel belge et qui, pour cette raison, est resté inchangé depuis 1831 –, la nation reste bien la source unique et le dépositaire exclusif des pouvoirs constitutionnels. Il en résulte que toute délégation à une institution internationale est nécessairement réversible, par exemple en cas de disparition de celle-ci. Ensuite, seuls peuvent être transférés des pouvoirs «déterminés». Lors des discussions parlementaires, le sénateur Fernand Dehousse a souligné que l'Etat doit savoir ce qu'il donne et l'institution ce qu'elle reçoit, car «l'amoindrissement des compétences de l'Etat est chose trop grave et la construction de la société internationale chose trop sérieuse pour que cela ne s'exprime pas nettement» (12). Le terme «déterminés» signifie également qu'il ne saurait être question de transférer l'intégralité des prérogatives et des responsabilités attachées à un pouvoir, qu'il soit législatif, exécutif ou judiciaire, et que, par la force des choses, la souveraineté étatique ne pourrait être

(7) Loi du 19 mars 2004 visant à octroyer le droit de vote aux élections communales à des étrangers (*Mon. b.*, 23 avril 2004).

(8) Voy. égal. l'art. 77, al. 1^{er}, 5^o, de la Constitution.

(9) Voy. J. VELU, *Droit public*, t. I^{er}, *Le statut des gouvernants*, Bruxelles, Bruylant, 1986, pp. 84-90, et les références citées par l'auteur.

(10) N. VALTICOS, «Expansion du droit international et Constitutions nationales, un cas significatif : le transfert de pouvoirs à des organisations internationales et la Constitution belge», in *Evolution constitutionnelle en Belgique et relations internationales — Hommage à Paul De Visscher*, Paris, Pedone, 1984, p. 22.

(11) F. DELPÉRÉE, «Belgique», in J.-C. MASCLÉ et D. MAUS (dir.), *Les Constitutions nationales à l'épreuve de l'Europe*, Paris, La Documentation française, 1993, p. 31.

(12) Rapport fait par M. Fernand Dehousse au nom de la commission de révision de la Constitution, *Doc. parl.*, Sénat, sess. 1969-1970, n° 275, p. 4.



dépouillée de l'exercice de tous les pouvoirs constitutionnels. Raisonnablement, rien ne permet d'affirmer que le champ d'application de l'article 34 doit être limité aux seuls traités relatifs à l'Union européenne. Il reste que son adoption en 1970 procédait uniquement du souci de légitimer les transferts de souveraineté inhérents aux premiers traités communautaires (13). Il procure ainsi une base constitutionnelle au droit dérivé de l'Union européenne.

Intitulé «Des relations internationales» et composé des articles 167 à 169, le Titre IV de la Constitution jette les bases de la politique internationale de la Belgique (14). Il détermine notamment quelles sont les autorités compétentes pour la conclusion des traités internationaux et pour l'assentiment à ceux-ci, questions assurément complexes dans un Etat fédéral. La plupart des dispositions du Titre IV s'appliquent indifféremment à tous les traités internationaux. A cela, il n'y a qu'une exception. L'article 168 de la Constitution, inséré en 1993, dispose que «dès l'ouverture des négociations en vue de toute révision des traités instituant les Communautés européennes et des traités et actes qui les ont modifiés ou complétés, les Chambres en sont informées». Il précise qu'«elles ont connaissance du projet de traité avant sa signature». En permettant à la Chambre des représentants et au Sénat d'intervenir plus tôt dans la procédure d'adoption des traités de l'Union européenne, donc avant l'étape de l'assentiment parlementaire, l'article 168 entend renforcer la participation des parlementaires fédéraux dans le processus d'intégration européenne (15). La loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980, en son article 16, §2, alinéa 2, adopté lui aussi en 1993, prévoit une disposition similaire au profit des Parlements de communauté et de région.

Hormis ces trois dispositions, la Constitution ignore le droit de l'Union européenne.

Toutefois, le statut constitutionnel du droit de l'Union européenne en Belgique ne doit pas seulement être examiné au regard de la Constitution elle-même, mais aussi, et surtout, au regard de l'interprétation que la Cour constitutionnelle procure à celle-ci. A dire vrai, la place réservée par les juges constitutionnels au droit de l'Union européenne mérite d'être étudiée sous deux angles différents, selon que les normes européennes sont envisagées comme normes contrôlées (I) ou comme normes de contrôle (II). Les normes européennes sont-elles des normes contrôlées au regard de la

(13) M. MELCHIOR et P. VANDERNOOT, «Contrôle de constitutionnalité et droit communautaire dérivé», *R.B.D.C.*, 1998, p. 13.

(14) Voy. égal. l'art. 77, al. 1^{er}, 3^o, 6^o et 7^o, l'art. 127, §1^{er}, al. 1^{er}, 3^o, l'art. 128, §1^{er}, al. 1^{er}, et l'art. 130, §1^{er}, al. 1^{er}, 4^o, de la Constitution.

(15) Y. LEJEUNE, «Article 168», in *La Constitution belge — Lignes & entrelignes* (dir. M. VERDUSSEN), Bruxelles, Le Cri, 2004, pp. 386-387.



Constitution? Sont-elles des normes de contrôle à travers la Constitution? Telles sont les deux questions examinées ici.

I. — LE CONTRÔLE DU DROIT EUROPÉEN PAR LA COUR CONSTITUTIONNELLE

On distingue le droit primaire (A) et le droit dérivé (B) de l'Union européenne. Pour autant que de besoin, on rappellera que le droit primaire est constitué, pour l'essentiel, du Traité sur l'Union européenne (TUE) et du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), tandis que le droit dérivé regroupe l'ensemble des règles – règlements, directives et décisions – édictées par les institutions de l'Union européenne sur la base du droit primaire.

A. — *Le droit primaire de l'Union européenne*

Les normes législatives susceptibles d'être soumises au contrôle de la Cour constitutionnelle s'entendent de tout acte émanant du pouvoir législatif sans qu'il faille distinguer selon que cet acte est le résultat de l'exercice de la fonction normative au sens strict ou d'une activité de nature administrative ou de haute tutelle. Toutes les lois – tant au sens matériel du terme qu'au sens simplement formel – peuvent faire l'objet du contrôle de la Cour, qui s'étend donc également aux lois portant assentiment aux traités internationaux.

S'agissant des lois, des décrets et des ordonnances d'assentiment, jusqu'où va le contrôle exercé par les juges constitutionnels? Depuis 1991, ceux-ci ne limitent pas le contrôle de constitutionnalité au seul acte législatif portant assentiment – contrôle en soi inconsistant –, mais l'étendent aux normes internationales visées par cet assentiment (16). Selon les juges, le contrôle sur ces dernières est, en quelque sorte, «impliqué» – c'est le terme utilisé par la Cour (17) – par le contrôle exercé sur la loi d'assentiment. Ce faisant, la Cour prend une position très nette dans la controverse, à la fois jurisprudentielle et doctrinale, relative à l'articulation entre le droit international conventionnel et la Constitution (18).

(16) C.C., arrêt n° 26/91 du 16 octobre 1991. Voy. not. C. NAÛMÉ, «Les relations entre le droit international et le droit interne belge après l'arrêt de la Cour d'arbitrage du 16 octobre 1991», *R.D.I.D.C.*, 1994, pp. 24-56; P. POPELIER, «Ongrondwettige verdragen : de rechtspraak van het Arbitragehof geplaatst in een monistisch tijdsperspectief», *R.W.*, 1994-1995, pp. 1076-1080; H. SIMONART et P. BROUWERS, «La Cour d'arbitrage face au contrôle de constitutionnalité des traités», *J.T.*, 1992, pp. 670-676.

(17) *Ibid.*, B.4.

(18) Voy. M.-F. RIGAUX et B. RENAULD, *La Cour constitutionnelle*, Bruxelles, Bruylant, 2008, pp. 48-51.



Dans l'exercice de ce contrôle par les juges constitutionnels, toutes les normes internationales sont-elles soumises à un même traitement procédural? Depuis sa modification en 2003, la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle oblige à opérer une distinction entre les recours en annulation (1) et les questions préjudicielles (2).

1. *En ce qui concerne les recours en annulation*

Toute loi, tout décret et toute ordonnance d'assentiment à un traité international peuvent faire l'objet d'un recours en annulation. Toutefois, en vertu de l'article 3, §2, de la loi spéciale du 6 janvier 1989, ce recours doit être formé dans un délai de soixante jours à compter de la publication de la loi, du décret ou de l'ordonnance, ce délai abrégé visant à «garantir la sécurité et la stabilité des relations internationales» (19). Comme l'a relevé la Cour constitutionnelle elle-même, «cet objectif serait méconnu si la Cour, sans limitation de temps, par un arrêt ayant autorité de chose jugée *erga omnes*, pouvait annuler la loi donnant effet dans l'ordre juridique belge à une disposition du droit conventionnel international» (20). Les autorités compétentes prennent d'ailleurs garde de ne ratifier le traité qu'après l'expiration du délai de recours ou, si un recours est formé, après que la Cour ait rendu son arrêt sur le fond.

En ce sens, le droit de l'Union européenne fait ainsi l'objet d'un contrôle par la Cour constitutionnelle au regard de la Constitution, mais qui n'est pas différent de celui qu'exerce la Cour à l'égard de toute norme internationale conventionnelle.

Par exemple, la Cour a statué sur deux recours en annulation dirigés contre la loi du 19 juin 2008 portant assentiment au Traité de Lisbonne du 13 décembre 2007 modifiant le Traité sur l'Union européenne (Traité UE) et le Traité instituant la Communauté européenne (Traité CE) et à l'Acte final, rejetant le premier comme non fondé et déclarant le second irrecevable (21). Des recours ont également été formés contre des lois d'assentiment à des traités plus spécifiques. On pense, par exemple, à un recours dirigé contre la loi du 30 novembre 2009 portant assentiment à l'Accord entre l'Union européenne et les Etats-Unis d'Amérique sur le traitement et le transfert de données des dossiers passagers – données dites «PNR» – par les transporteurs aériens au Ministère américain de la Sécurité intérieure, fait à Bruxelles le 23 juillet 2007 et à Washington le 26 juillet 2007, qui a été déclaré irrecevable (22).

(19) *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 1981-1982, n° 246/1, p. 6.

(20) C.C., arrêt n° 26/91 du 16 octobre 1991, B.3.

(21) C.C., arrêts n° 125/2009 du 16 juillet 2009 et n° 156/2009 du 13 octobre 2009.

(22) C.C., arrêt n° 42/2011 du 24 mars 2011. Voy. égal. l'arrêt n° 92/2009 du 28 mai 2009.



2. *En ce qui concerne les questions préjudicielles*

Depuis l'insertion d'un paragraphe *1bis* dans l'article 26 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle par la loi spéciale du 9 mars 2003, la saisine de la Cour constitutionnelle par renvoi d'une question préjudicielle – qui intervient nécessairement après la ratification, donc à un moment où l'Etat est engagé – n'est plus possible s'agissant des lois, décrets et ordonnances portant assentiment à la Convention européenne des droits de l'homme ou un de ses protocoles additionnels ou à «un traité constituant de l'Union européenne» (23). Il s'agit par là de contribuer à la stabilité des relations internationales de la Belgique, sans toutefois pouvoir la garantir totalement (24). Par exemple, la Cour constitutionnelle s'est déclarée incompétente pour répondre à une question préjudicielle posée par le Tribunal de première instance de Bruxelles à propos de la loi du 7 août 1986 portant approbation de l'Acte unique européen (25). La saisine de la Cour par renvoi préjudicielle ne reste donc possible que pour les traités internationaux non visés par l'article 26, § *1bis*.

Pourquoi seuls les traités précités échappent-ils à la possibilité d'un renvoi préjudiciel ? Selon l'exposé des motifs du projet de loi spéciale, l'immunité de ces traités se justifie «non seulement en raison de leur caractère particulier – le premier jette les bases de l'Union européenne et le second les bases des droits fondamentaux reconnus au niveau européen –, mais également en raison du contrôle judiciaire supranational dont ils font l'objet» (26). Le même exposé des motifs omet cependant «de préciser en quoi ces originalités justifient un traitement différencié de ces conventions» (27). En réalité, «le législateur spécial entendait surtout éviter que l'Etat belge ne se voit confronté à la mise en cause effective de sa responsabilité pour non-respect du droit européen» (28). Ce sont principalement les condamnations par la Cour de justice de l'Union européenne que le législateur a voulu éviter.

B. — *Le droit dérivé de l'Union européenne*

Un contrôle de constitutionnalité du droit dérivé de l'Union européenne n'est concevable qu'à la condition d'établir l'infériorité hiérarchique de ce dernier à l'égard de la Constitution. Or, il semble bien que le rapport hiérarchique entre

(23) Des discussions ont été soulevées sur l'identification des traités dont la justiciabilité est ainsi limitée, discussions sur lesquelles nous ne revenons pas ici.

(24) T. BOMBOIS, «La restriction des compétences de la Cour d'arbitrage à l'égard des traités internationaux», in *La Cour d'arbitrage vingt ans après — Analyse des dernières réformes* (dir. A. RASSON-ROLAND, D. RENDERS et M. VERDUSSEN), Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 180-182.

(25) C.C., arrêt n° 3/2004 du 14 janvier 2004.

(26) *Doc. parl.*, Sénat, sess. 2000-2001, n° 2-897/1, p. 8.

(27) T. BOMBOIS, *op. cit.*, p. 183.

(28) *Ibid.*, p. 184.



les deux soit inverse (1). Pour autant, le droit dérivé de l'Union européenne n'échappe pas complètement au contrôle de la Cour constitutionnelle (2).

1. *Le droit dérivé de l'Union européenne et la Constitution*

Au regard du droit de l'Union européenne, il ne fait aucun doute que «la suprématie du droit dérivé sur le droit interne est une conséquence logique de la primauté consacrée par l'ordre juridique communautaire» (29). Cette primauté est reconnue par la Cour de justice de Luxembourg depuis près de cinquante ans (30). Elle s'étend aux règles constitutionnelles : «l'invocation d'atteintes portées, soit aux droits fondamentaux tels qu'il sont formulés par la Constitution d'un Etat membre, soit aux principes d'une structure constitutionnelle nationale, ne saurait affecter la validité d'un acte [communautaire] ou son effet sur le territoire de cet Etat» (31).

Au regard du droit interne et, tout spécialement, du droit constitutionnel, la suprématie du droit dérivé trouve-t-elle également une justification ? Force est de constater qu'une controverse subsiste autour de cette question, même si une opinion dominante tend progressivement à s'imposer.

Une doctrine très largement majoritaire voit dans l'article 34 de la Constitution le fondement constitutionnel de la primauté des actes du droit dérivé. C'est l'idée que si la Belgique a confié l'exercice de pouvoirs, tant législatif et exécutif que juridictionnel, à l'ordre juridique communautaire, «elle s'est par là même déclarée tenue de n'exercer relativement aux actes communautaires aucun contrôle juridictionnel, fût-il de nature constitutionnelle» (32), de telle sorte que «cette disposition peut être lue comme une 'soupape de sécurité' quant à la constitutionnalité des normes dérivées européennes, permettant en quelque sorte de dépasser l'éventuel conflit entre celles-ci et la Constitution» (33). Elle donne en quelque sorte «la bénédiction constitutionnelle préalable aux interventions dérivées futures de l'organe supranational dès lors qu'un traité ou une loi lui a attribué l'exercice de pouvoirs» (34). Pour reprendre une expression du Conseil

(29) *Ibid.*, p. 156.

(30) C.J.C.E., 15 juillet 1964, *Costa c. Enel*, aff. 6/64. Voy. égal. Cass., 4 avril 2008, *R.C.J.B.*, 2009, p. 248, note J. ETIENNE, «Cassation, effet direct et responsabilité» : «L'obligation du juge belge de faire prévaloir la norme communautaire sur la norme nationale et d'écarter celle-ci lorsqu'elle est contraire au droit communautaire découle du principe de primauté du droit communautaire sur toutes les normes nationales» (p. 255)

(31) C.J.C.E., 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, aff. 11/70, §3.

(32) M. MELCHIOR et P. VANDERNOOT, *op. cit.*, p. 38.

(33) *Ibid.*, p. 40.

(34) P. VANDERNOOT, «Regards du Conseil d'Etat sur une disposition orpheline : l'article 34 de la Constitution», in *En hommage à Francis Delpérée...*, *op. cit.*, p. 1614. Voy. égal. Y. LEJEUNE, *op. cit.*, p. 106; S. VAN RAEPENBUSCH, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 4^e éd., Bruxelles, Larcier, 2005, p. 518. Comp. avec F. DELPÉRÉE, «Belgique», in *Cours suprêmes nationales et cours européennes : concurrence ou collaboration?* (dir. J. ILIOPOULOS-STRANGAS), Athènes, Sakkoulas, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 134-135.



constitutionnel français, «la transposition en droit interne d'une directive communautaire résulte d'une exigence constitutionnelle» (35).

Dans le même sens, la section de législation du Conseil d'Etat a rendu un avis sur le projet de loi portant assentiment au Traité de Lisbonne d'où il ressort que «l'attribution de l'exercice de pouvoirs déterminés à des institutions de droit international public, qu'autorise l'article 34 de la Constitution, implique nécessairement que ces institutions puissent décider de manière autonome de la manière dont elles exercent ces pouvoirs, sans être liées par les dispositions de la Constitution belge», ce qui «signifie, du moins en principe, que, si, en application des présents Traités à l'examen, un règlement ou une directive par exemple devaient être adoptés à l'avenir qui, soit seraient eux-mêmes contraires à la Constitution belge, soit obligeraient les autorités belges à accomplir des actes incompatibles avec la Constitution, celle-ci ne pourra pas être invoquée à l'encontre de ces actes de droit européen dérivé» (36).

La controverse s'articule autour de la portée exacte à attribuer à l'article 34 de la Constitution. La Cour constitutionnelle n'a pas encore eu vraiment l'occasion de rentrer dans cette controverse, ne s'étant «pas encore prononcée clairement sur ce type de conflit opposant un acte de droit communautaire dérivé et la Constitution» (37). Néanmoins, en 1993, Michel Melchior et Louis De Grève écrivaient, en leur qualité de présidents de la juridiction constitutionnelle, que «si le problème était soumis à la Cour, la question de la compétence de celle-ci ne pourrait être tranchée sans tenir compte de l'article 25*bis* (devenu 34) de la Constitution relatif à l'attribution de pouvoirs déterminés à des institutions de droit international public telles que les Communautés européennes» (38).

Plusieurs de ses homologues européennes ont eu cette occasion. Selon Didier Maus, il en ressort, de manière assez convergente, qu'«une norme législative interne découlant de la transposition d'une directive euro-

(35) Conseil const. fr., déc. n° 2004-496 DC du 10 juin 2004, §7; déc. n° 2006-543 DC du 30 novembre 2006, §4. Voy. L. FAVOREU et L. PHILIP, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 16^e éd., Paris, Dalloz, 2011, pp. 377-387.

(36) Avis de l'assemblée générale de la section de législation du Conseil d'Etat du *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 2007-2008, n° 4-568/1, p. 341. Voy. égal. l'avis de l'assemblée générale de la section de législation du Conseil d'Etat du 15 février 2005 sur des avant-projets de loi, de décret et d'ordonnance tendant à donner l'assentiment au Traité établissant une Constitution pour l'Europe et à l'Acte final, faits à Rome le 29 octobre 2004, *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 2004-2005, n° 3-1091/1, p. 530. Le texte de cet avis a été publié dans la *R.F.D.A.*, 2005, pp. 242-248. Sur ce dernier avis, voy. A. ALLEN, «De Grondwet, hoogste rechtsnorm?», in *En hommage à Francis Delpérée...*, *op. cit.*, pp. 111-112.

(37) H. DUMONT, «La traduction, ciment du 'Pacte constitutionnel européen'. Une relecture du débat sur la primauté du droit européen par rapport aux Constitutions nationales (avec une postface sur l'arrêt Lisbonne de la Cour constitutionnelle allemande)», *R.B.D.C.*, 2010, p. 34.

(38) M. MELCHIOR et L. DE GRÈVE, «Protection constitutionnelle et protection internationale des droits de l'homme : concurrence ou complémentarité?», Rapport pour la IX^e Conférence des cours constitutionnelles européennes (10-13 mai 1993), *R.U.D.H.*, 1995, p. 228.

péenne (...) est compatible avec les obligations internationales découlant de l'appartenance [aux] traités tant qu'il ne s'agit pas de remettre en cause le noyau dur de l'identité constitutionnelle nationale» (39). Malheureusement, on doit bien «constater que l'ampleur de la défense de l'identité constitutionnelle dans certains Etats finit par ébranler les certitudes traditionnelles et par remettre en cause les dogmes sur lesquels repose la construction européenne : primauté et effet direct» (40). On le voit, le débat dépasse largement les frontières de la Belgique.

2. Le droit dérivé de l'Union européenne au crible de la Cour constitutionnelle

La Cour constitutionnelle est habilitée à exercer un contrôle de constitutionnalité à l'égard des normes législatives transposant des actes de droit communautaire dérivé. Il y a plus. Il arrive que ce contrôle l'amène à intégrer dans son champ le droit dérivé lui-même. Pour la bonne compréhension des choses, une distinction s'impose selon que l'inconstitutionnalité de la norme de transposition est immédiate ou médiate.

D'une part, la Cour constitutionnelle conserve la possibilité d'invalidier une norme par laquelle le législateur, transposant un acte de droit communautaire dérivé, fait un usage inconstitutionnel de la marge d'appréciation que cet acte laisse à l'Etat. Dans ce cas, la norme législative de transposition doit être tenue pour immédiatement inconstitutionnelle : le vice d'inconstitutionnalité la frappe de manière immédiate, sans la médiation de l'acte communautaire qu'elle transpose (a).

D'autre part, il faut encore que le droit dérivé soit compatible avec le droit primaire. Un tel contrôle ne relève évidemment pas des attributions de la Cour constitutionnelle, puisque seule la Cour de justice de l'Union européenne est habilitée à apprécier la validité des actes communautaires (41). Néanmoins, la juridiction constitutionnelle peut contribuer à l'exercice de ce contrôle par la juridiction européenne, en lui posant une

(39) D. MAUS, «L'Europe constitutionnelle», in *Mélanges en l'honneur de Philippe Manin — Union de droit, Union des droits*, Paris, Pedone, 2010, p. 141. Voy. égal. 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, pp. 672-688.

(40) C. GREWE et J. RIDEAU, «L'identité constitutionnelle des Etats membres de l'Union européenne : flash back sur le coming-out d'un concept ambigu», in *Chemins d'Europe — Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Jacqué*, Paris, Dalloz, 2010, p. 343.

(41) C.J.C.E., 22 octobre 1987, *Foto-Frost et Hauptzollamt Lübeck-Ost*, aff. 314/85, §§12-20. Pour d'autres arrêts dans le même sens, voy. not C.J.C.E., 21 février 1991, *Zuckerfabrik Süderdithmarschen et Zuckerfabrik Soest*, aff. 143/88 et 92/89, §17; 10 décembre 2002, *British American Tobacco Investments et Imperial Tobacco*, aff. 491/01, §39; 6 décembre 2005, *Gaston Schul Douane-expéditeur*, aff. 461/03, §17; 10 janvier 2006, *IATA et ELFAA*, aff. 344/04, §27; 18 juillet 2007, *Lucchini SpA*, aff. 119/05, §53. Voy. égal. C.J.U.E., 8 juillet 2010, *Afton Chemical*, aff. 343/09, §18.



question préjudicielle sur la validité de l'acte de droit dérivé dont la norme législative mise en cause assure la transposition. Lorsque la Cour de justice invalide l'acte communautaire, la Cour constitutionnelle est normalement conduite à invalider la norme législative de transposition. Cette dernière doit alors être tenue pour médiatement inconstitutionnelle : le vice d'inconstitutionnalité la frappe de manière médiate, par la médiation de l'acte communautaire qu'elle transpose (b).

a) *L'inconstitutionnalité immédiate de la norme législative de transposition*

Il peut advenir qu'un acte de droit communautaire dérivé laisse aux Etats membres une sensible marge d'appréciation. Le cas échéant, le législateur ne peut l'utiliser qu'en respectant la Constitution.

La Cour constitutionnelle l'a souligné dans un arrêt rendu le 26 juin 2008 (42). Dans cette affaire, des recours en annulation sont introduits notamment contre une disposition législative transposant une directive 2003/86/CE du Conseil du 23 septembre 2003 relative au regroupement familial. Il ressort notamment de cette directive, d'une part, qu'en cas de mariage polygame, si le regroupant a déjà un conjoint vivant avec lui sur le territoire de l'Etat, le regroupement familial de l'autre conjoint, ou d'un autre conjoint, est interdit et d'autre part, que les Etats membres «peuvent imposer des restrictions concernant le regroupement familial des enfants mineurs d'un autre conjoint auprès du regroupant». Cette dernière habilitation est utilisée par le législateur fédéral, qui décrète que lorsque le père est en Belgique et que l'une de ses épouses est aussi en Belgique, le regroupement ne peut exister qu'à l'égard des enfants de ce couple. Statuant sur le recours, la Cour constitutionnelle souligne que «l'autorisation donnée aux Etats de formuler des restrictions au regroupement familial ne saurait être interprétée comme permettant au législateur de violer les articles 10 et 11 de la Constitution» (43). Elle poursuit en ces termes : «En refusant le droit au regroupement familial aux seuls enfants issus d'un mariage polygame lorsqu'une épouse autre que leur mère réside déjà sur le territoire belge, le législateur établit une différence de traitement entre ces enfants et les autres enfants mineurs de l'étranger, qui bénéficient tous du droit au regroupement familial avec leur auteur, qu'ils soient issus d'un mariage monogame, d'un mariage polygame conclu avec l'épouse présente sur le territoire, d'un précédent mariage dissous, d'une relation entre deux personnes célibataires ou d'une relation extraconjugale» (44).

(42) C.C., arrêt n° 95/2008 du 26 juin 2008. Voy. B. RENAULD, T. BOMBOIS et P. MARTENS, «Existe-t-il un droit au regroupement familial à Strasbourg, à Luxembourg et à Bruxelles?», in *Liège, Strasbourg, Bruxelles : parcours des droits de l'homme — Liber Amicorum Michel Melchior*, Louvain-la-Neuve, Anthémis, 2010, pp. 793-828.

(43) *Ibid.*, B.20.2.

(44) *Ibid.*, B.20.4.



Dans le même ordre d'idées, la Cour constitutionnelle rappelle que «la transposition dans l'ordre juridique belge d'une directive européenne ne peut se faire que dans le respect des règles qui déterminent les compétences respectives de l'Etat, des communautés et des régions» (45).

On en trouve un exemple dans un arrêt rendu le 2 mars 2011 (46), au terme duquel la Cour annule, pour dépassement des compétences régionales, un décret de la Région flamande qui transpose la directive 2008/101/CE du 18 novembre 2008 du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive 2003/87/CE afin d'intégrer les activités aériennes dans le système communautaire d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre. On relèvera, au passage, qu'afin d'éviter l'insécurité juridique qui résulterait de l'annulation et de permettre à la Belgique de continuer à donner exécution à la directive précitée, la Cour décide de maintenir les effets des dispositions annulées jusqu'à l'entrée en vigueur d'une réglementation résultant d'un accord de coopération conclu entre la collectivité fédérale et les régions en vue de la mise en œuvre de la directive précitée, et au plus tard jusqu'au 31 décembre 2011. Cette possibilité lui est offerte par l'article 8, alinéa 2, de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle qui dispose que «si la Cour l'estime nécessaire, elle indique, par voie de disposition générale, ceux des effets des dispositions annulées qui doivent être considérés comme définitifs ou maintenus provisoirement pour le délai qu'elle détermine».

La nécessité de transposer une directive européenne peut toutefois amener la Cour constitutionnelle à faire preuve d'une certaine tolérance. Dans un arrêt rendu le 23 juin 2011 (47), elle admet que les règles répartitrices de compétences s'opposent «à ce qu'une loi ordinaire subordonne à la conclusion d'un accord de coopération l'exercice d'une compétence fédérale, et *a fortiori* d'une compétence communautaire», précisant qu'«en principe, il n'appartient donc pas au législateur fédéral, se prononçant à la majorité ordinaire, de prendre une disposition telle que la disposition en cause» (48). Il s'agissait, en l'occurrence, de l'article 17 de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques, qui impose aux communautés de conclure avec la collectivité fédérale un accord de coopération relatif à la coordination des radiofréquences destinées à la radiodiffusion. La Cour juge cependant que le législateur fédéral «a pu agir de la sorte en l'espèce» (49), à tout le moins pour ce qui concerne «les radiofréquences dont l'utilisation peut entraîner des interférences avec des fréquences utilisées à d'autres fins que la radiodiffusion ou par

(45) C.C., arrêt n° 109/2000 du 31 octobre 2000, B.4.1.

(46) C.C., arrêt n° 33/2011 du 2 mars 2011.

(47) C.C., arrêt n° 112/2011 du 23 juin 2011.

(48) *Ibid.*, B.6.2.

(49) *Id.*



d'autres émetteurs de radiodiffusion relevant de la compétence d'une autre communauté» (50). Pour cela, la Cour se réfère au principe de proportionnalité propre à tout exercice de compétence. Selon elle, «il faut tenir compte du fait que le législateur fédéral, se prononçant à la majorité ordinaire n'a pas désigné *motu proprio* les matières pour lesquelles un accord de coopération est requis – ce qui serait manifestement contraire aux règles répartitrices de compétence – mais qu'il s'est borné, dans les limites de sa compétence, à donner suite à l'exigence de coopération qui est imposée pour l'exercice des compétences en vertu du principe de proportionnalité» (51). Il reste, et la Cour le souligne elle-même, que le législateur fédéral a tenu compte de l'obligation de transposer, «dans les limites de sa compétence» précise-t-elle, la directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services communications électroniques et «de l'exigence qui y est contenue de veiller, le cas échéant, à ce qu'une coopération ait lieu entre les différentes autorités nationales compétentes à propos de sujets d'intérêt commun» (52). Et la Cour d'en conclure «qu'en adoptant la disposition en cause, le législateur fédéral n'a pas méconnu les règles répartitrices de compétences» (53).

b) *L'inconstitutionnalité médiate de la norme législative de transposition*

L'hypothèse visée est très classique. Un recours en annulation est dirigé contre une norme législative qui transpose fidèlement un acte de droit communautaire dérivé ou une question préjudicielle est posée à propos de la constitutionnalité d'une telle norme. En sanctionnant la loi de transposition, la Cour constitutionnelle condamnerait indirectement la norme européenne transposée, ce que normalement seule la Cour de Luxembourg peut faire. Toutefois, la Cour constitutionnelle peut, et même parfois doit, emprunter une autre voie : transformer le conflit entre la loi et la Constitution en un conflit entre la directive et le droit primaire. En effet, les droits fondamentaux reconnus par la Constitution belge sont généralement consacrés de manière similaire ou analogue au niveau supranational et notamment par les dispositions applicables au niveau européen – telles la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et, subsidiairement, la Convention européenne des droits de l'homme –, de telle sorte que la juridiction constitutionnelle est alors en mesure – ce qui, dans le cas d'une saisine préjudicielle, suppose que le juge *a quo* ne l'aie pas fait lui-

(50) C.C., arrêt n° 112/2011 du 23 juin 2011, B.3.2. Voy. égal. B.5, B.6.3 et B.7.

(51) *Ibid.*, B.6.2.

(52) *Id.*

(53) C.C., arrêt n° 112/2011 du 23 juin 2011, B.6.3.



même (54) – d’interroger la juridiction européenne sur la validité dans l’ordre juridique de l’Union européenne des normes transposées litigieuses. Cela diminue d’autant le risque que la Cour constitutionnelle mette la Belgique en difficulté avec l’Union européenne. A plusieurs reprises, la Cour constitutionnelle a adressé à la Cour de justice des questions préjudicielles portant sur la validité de directives européennes (55).

Par exemple, en 2008, un recours est dirigé contre une loi du 21 décembre 2007 qui, transposant la directive 2004/113/CE du Conseil du 13 décembre 2004 mettant en œuvre le principe de l’égalité de traitement entre les hommes et les femmes dans l’accès à des biens et services et la fourniture des biens et services, fait usage, pour les contrats d’assurance sur la vie, de la possibilité faite par l’article 5, §2, de cette directive de décider «d’autoriser des différences proportionnelles en matière de primes et de prestations pour les assurés lorsque le sexe est un facteur déterminant dans l’évaluation des risques». La Cour constitutionnelle rend un premier arrêt le 19 juin 2009. Selon elle (56), «dès lors que la loi attaquée fait usage de la faculté offerte par l’article 5, §2, de la directive du 13 décembre 2004 et que les critiques formulées par les parties requérantes, en leur premier moyen, à l’encontre de la loi valent dans la même mesure pour cet article 5, §2, il est nécessaire, pour statuer sur le recours, de trancher préalablement la question de la validité de cette disposition de la directive précitée». Or, il

(54) Voy. C.J.U.E., 22 juin 2010, *Melki et Abdeli*, aff. 188/10 et 189/10 : «les juridictions nationales, dont les décisions ne sont pas susceptibles d’un recours juridictionnel de droit interne, sont, en principe, tenues, en vertu de l’article 267, troisième alinéa, TFUE, d’interroger la Cour de justice sur la validité de cette directive et, par la suite, de tirer les conséquences qui découlent de l’arrêt rendu par la Cour à titre préjudiciel, à moins que la juridiction déclenchant le contrôle incident de constitutionnalité n’ait elle-même saisi la Cour de justice de cette question sur la base du deuxième alinéa dudit article» (§56). Certes, il peut «être avantageux pour le juge *a quo* de se tourner vers la juridiction constitutionnelle, dès lors que celle-ci pourra à son tour saisir la Cour de justice et évaluer, une fois cette dernière réponse obtenue, la compatibilité de la norme interne tant au regard du droit interne que du droit de l’Union. Mais ce processus implique que la juridiction constitutionnelle accepte de se saisir du droit de l’Union comme norme de contrôle et qu’elle se montre encline à poser des questions préjudicielles à la Cour de justice. Si cette approche est remarquablement suivie par la Cour constitutionnelle belge, elle est loin d’être partagée par l’ensemble de ses homologues» (N. CARIAT, «Quelques réflexions quant à la compatibilité de la loi spéciale sur la Cour constitutionnelle avec le droit de l’Union européenne», *J.T.*, 2011, p. 578). Comp. P. GILLIAUX, «Constitutionnalité et conformité au droit de l’Union. Question de priorité», *J.D.E.*, 2010, pp. 271-272. Sur l’arrêt *Melki et Abdeli*, voy. égal., pour se limiter à la doctrine belge, T. MOONEN, «Concours de droits fondamentaux ou concours de juridictions? Evaluation des réformes de 2009 de la loi spéciale sur la Cour constitutionnelle», *R.B.D.C.*, 2011, pp. 43-74; B. RENAULD, «Les questions préjudicielles à la Cour constitutionnelle belge : l’application du droit international», in *La question de constitutionnalité — Etude comparée France-Belgique-Canada* (dir. G. GUIHEUX) (à paraître); 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 internationaal en het Europees recht», *R.W.*, 2011, pp. 770-794.

(55) Sur le mécanisme des questions préjudicielles à la Cour de justice de l’Union européenne, voy. not. A. BARAV, *Etudes sur le renvoi préjudiciel dans le droit de l’Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2011.

(56) C.C., arrêt n° 103/2009 du 18 juin 2009, spéc. B.5.1 à B.5.6.



ne relève pas de la compétence de la Cour de se prononcer sur la question de savoir si cette disposition de la directive est compatible ou non avec l'interdiction de discrimination fondée sur le sexe, contenue entre autres dans l'article 6, §2, du Traité sur l'Union européenne. En conséquence, la Cour estime qu'il convient, préalablement à l'examen des moyens, de poser à la Cour de justice, notamment, la question préjudicielle suivante : «L'article 5, §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 à des biens et services et la fourniture de biens et services est-il compatible avec l'article 6, §2, du Traité sur l'Union européenne, et plus spécifiquement avec le principe d'égalité et de non-discrimination garanti par cette disposition?». La Cour de justice a répondu à la question préjudicielle par un arrêt du 1^{er} mars 2011, dans lequel elle invalide l'article 5, §2, de la directive, avec effet au 21 décembre 2012, et ce afin d'aménager une période de transition adéquate (57). Dans son second arrêt, rendu le 30 juin 2011, la Cour constitutionnelle annule la loi du 21 décembre 2007 et, conformément à l'article 8, alinéa 2, de la loi spéciale du 6 janvier 1989, en maintient les effets jusqu'au 21 décembre 2012, date de l'échéance fixée par la Cour de justice (58).

Parfois, il advient que l'interprétation procurée au droit fondamental en cause par la Cour de justice de l'Union européenne, sur renvoi préjudiciel, ne corresponde pas à l'interprétation plus protectrice qu'en donne la Cour constitutionnelle dans sa jurisprudence. On en trouvera un exemple bien connu dans des arrêts rendus en 2008 relativement à une loi transposant la 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 de blanchiment de capitaux (59). Dans son arrêt, rendu le 26 juin 2007 (60), la Cour de justice avait répondu à la Cour constitutionnelle que le droit à un procès équitable, garanti par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme mais aussi par l'article 6 du Traité UE, n'est pas violé par les obligations

(57) C.J.U.E., 1^{er} mars 2011, *Association belge des consommateurs Test-Achats et autres c. Conseil des ministres*, aff. 236/09. Voy. Y. THIERY, «La fin de la tarification homme-femme en Europe», *J.T.*, 2011, pp. 344-348.

(58) C.C., arrêt n° 116/2011 du 30 juin 2011.

(59) C.C., arrêts n° 10/2008 du 23 janvier 2008 et n° 102/2008 du 10 juillet 2008. Voy. égal. C.E. de France, arrêt du 10 avril 2008, *Conseil national des barreaux et autres et Conseil des barreaux européens*, req. n° 296.845 et n° 296.907. Cet arrêt a été publié dans la *R.F.D.A.*, 2008, pp. 575-591, avec les conclusions de M. Guyomar, commissaire du gouvernement. Sur cet arrêt, voy. H. LABAYLE et R. MEHDI, «Le Conseil d'Etat et la protection communautaire des droits fondamentaux», *R.F.D.A.*, 2008, pp. 711-720; R. TINIÈRE, «Le Conseil d'Etat, juge de la conventionalité du droit communautaire», *J.C.P.*, 2008, II, pp. 46-48. Voy. égal. G. BRAIBANT, P. DELVOLVÉ, B. GENEVOIS, M. LONG et P. WEIL, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 18^e éd., Paris, Dalloz, 2011.

(60) C.J.C.E., 26 juin 2007, *Ordre des barreaux francophones et germanophone e.a. c. Conseil des ministres*, aff. 305/05.

faites aux avocats d'informer les autorités responsables de la lutte contre le blanchiment de capitaux et de coopérer avec elles, compte tenu des limites à ces obligations imposés ou permises par la directive de 2001. Dans les arrêts précités, rendus à la suite de cette réponse, la Cour constitutionnelle constate que, dans ses conclusions précédant l'arrêt de la Cour de justice, l'avocat général proposait «d'interpréter la directive en ce sens qu'elle exonère de toute obligation d'information les avocats exerçant une activité de conseil juridique». Elle en conclut que l'avocat ne peut être soumis à l'obligation de communiquer aux autorités des informations dont il a connaissance que dans le cadre d'une activité qui va au-delà de sa mission spécifique de défense ou de représentation en justice et de conseil juridique. En revanche, les informations dont l'avocat a connaissance à l'occasion de l'exercice des activités essentielles de sa profession, y compris l'assistance et la défense en justice du client et le conseil juridique, demeurent couvertes par le secret professionnel et ne peuvent pas être portées à la connaissance des autorités, même si les activités en question se situent en dehors de toute procédure judiciaire. Ce faisant, la Cour constitutionnelle vide la loi, et partant la directive elle-même, d'une grande partie de sa portée (61).

On précisera encore que, lorsque le grief dénoncé devant la Cour constitutionnelle ne trouve pas sa source dans la norme législative en cause, mais dans les dispositions d'un règlement de l'Union européenne, la Cour doit bien constater qu'elle est sans compétence pour exercer un contrôle à l'égard de ce règlement. Ce constat a été fait dans un arrêt rendu le 27 juillet 2011 (62). La Cour était en l'espèce saisie d'une question préjudicielle par le Tribunal de commerce de Charleroi. C'est pourquoi elle précise qu'«il appartiendra, le cas échéant, au juge *a quo* d'apprécier s'il doit poser une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne sur la validité de la différence de traitement en cause» (63). Celle-ci trouve, en effet, son unique origine dans les articles 3 et 4 du règlement (CE) n° 1346/2000 du Conseil du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité.

II. — LE RESPECT DU DROIT EUROPÉEN PAR LA COUR CONSTITUTIONNELLE

Les normes internationales font-elles partie des normes de référence utilisées par la Cour constitutionnelle dans l'exercice de sa mission de contrôle de la

(61) Voy. J.-P. BUYLE, «La vigilance de l'avocat en matière de blanchiment lui évitera d'entendre de trop près le bruit des bottes des autorités...», in *Les avocats face au blanchiment* (dir. A. RISPOULOS), Bruxelles, Larcier, 2011, p. 7.

(62) C.C., arrêt n° 142/2011 du 27 juillet 2011.

(63) *Ibid.*, B.6.2.



constitutionnalité des lois ? En d'autres termes, les litiges dont est saisie la Cour peuvent-ils trouver un règlement à travers des normes internationales ?

A priori, l'utilisation des normes internationales, en ce compris les normes de l'Union européenne, comme mode de résolution des litiges constitutionnels peut emprunter deux voies différentes. En effet, l'application que fait une juridiction constitutionnelle de la norme internationale peut être «autonome» ou «auxiliaire» (64). Dans les deux hypothèses, la norme internationale se voit réserver une certaine place dans le bloc de constitutionnalité.

En Belgique, la Cour constitutionnelle n'est pas autorisée à opérer une application autonome de normes internationales pour résoudre les litiges dont elle est saisie (65) (A). Elle peut, en revanche, recourir à la méthode de l'application auxiliaire (B).

A. — *L'impossibilité d'une application autonome du droit de l'Union européenne*

Dans le cas d'une application autonome, la contestation dont est saisie la juridiction constitutionnelle est directement soumise à la norme internationale elle-même, sans l'entremise d'une norme de droit interne. L'application autonome est largement tributaire du statut assigné à la norme internationale par les Etats concernés. En effet, pour que les juges constitutionnels puissent réaliser une telle application, il faut avant tout que la norme internationale soit tenue pour directement applicable dans l'ordre juridique interne, c'est-à-dire qu'elle ne requière pour son application aucune mesure interne d'exécution. Or, il faut rester attentif au fait que, dans chaque Etat, la question de l'applicabilité directe suppose, à titre de préalable, que la norme internationale ait été introduite dans l'ordre juridique interne, que ce soit par incorporation ou par transformation. En somme, là où la norme internationale est dépourvue de toute efficacité interne, la question de son applicabilité directe ne se pose même pas.

Cependant, en Belgique, à la différence d'autres Etats, la Cour constitutionnelle n'est pas autorisée à faire une application autonome de normes

(64) M. VERDUSSEN, «La Convention européenne des droits de l'homme et le juge constitutionnel», in *La mise en oeuvre interne de la Convention européenne des droits de l'homme*, Editions du Jeune Barreau de Bruxelles, 1994, pp. 17-63; ID., «L'application de la Convention européenne des droits de l'homme par les Cours constitutionnelles», in *The Spanish Constitution in the European Constitutional Context* (ed. F. FERNANDEZ SEGADO), Madrid, Dykinson, 2003, pp. 1555-1572.

(65) En revanche, la Cour constitutionnelle donne une application autonome aux normes internationales dont elle est destinataire. On se souviendra à cet égard que, le 23 juin 1993, dans l'arrêt *Ruiz-Mateos c. Espagne*, la Cour européenne des droits de l'homme a décidé que les garanties de l'article 6 de la Convention européenne peuvent trouver à s'appliquer, dans certaines conditions, aux contestations portées devant les juridictions constitutionnelles. Par la suite, cette jurisprudence a été confirmée, puis élargie. Voy. not. Cour eur. dr. h., arrêt *Gorraiz Lizarraga et autres c. Espagne* du 27 avril 2004. Pour une étude approfondie de cette question, voy. D. SZYMCAK, *La Convention européenne des droits de l'homme et le juge constitutionnel national*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 391-475.



internationales. Il y eut pourtant des tentatives en ce sens. En effet, lors des discussions relatives à la création de la juridiction constitutionnelle, en 1980, le Gouvernement avait envisagé de conférer à cette dernière la compétence de statuer sur la conformité des lois par rapport au droit international (66). A la suite des objections soulevées par la section de législation du Conseil d'Etat (67), il s'était résolu à renoncer à ce projet. Le même scénario se reproduisit, sans plus de succès, lors des discussions parlementaires précédant tant la révision de l'article 142 de la Constitution en 1988 (68) que l'adoption de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle (69) et, plus récemment encore, à l'occasion de la dernière modification de cette loi, votée en février 2003.

A cette époque, afin de permettre à la Cour constitutionnelle de faire une application autonome de certaines normes internationales – la Convention européenne des droits de l'homme et ses protocoles additionnels –, il avait été envisagé par le Gouvernement fédéral d'introduire dans la Constitution un article 32*bis*. En effet, l'article 142 de la Constitution n'était pas révisable. Donc, par une modification de la loi spéciale du 6 janvier 1989, on étendait les compétences de la Cour constitutionnelle à tout le Titre II de la Constitution – ce qui, on le sait, a effectivement été fait – pour, par ailleurs, insérer dans ce même Titre II un article 32*bis* «constitutionnalisant» la Convention, en ces termes : «Chacun bénéficie des droits et libertés reconnus par la Convention du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ainsi que par les Protocoles additionnels à cette Convention ratifiés par l'Etat belge». Par l'effet de cette incorporation, la Convention devait ainsi tomber dans la nacelle des normes de références utilisables par la Cour constitutionnelle. A la lumière de l'avis de la section de législation du Conseil d'Etat (70) et de l'audition de plusieurs juristes, constitutionnalistes et représentants des juridictions les plus élevées (71), le Gouvernement s'est finalement résolu à abandonner le projet d'adoption de l'article 32*bis* (72). Les objections ne manquaient pas. Cer-

(66) Exposé des motifs du projet de loi ordinaire de réformes institutionnelles du 23 mai 1980, *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 1979-1980, n° 435/1, pp. 11 et 39.

(67) Avis de la section de législation du Conseil d'Etat du 9 juin 1980, *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 1979-1980, n° 435/1, Annexe, pp. 5-7.

(68) *Ann. parl.*, Sénat, S.E. 1988, séance du 14 juin 1988, pp. 471-472.

(69) Rapport fait au nom de la Commission de la révision de la Constitution et des réformes des institutions par MM. Lallemand et Baert le 25 novembre 1988, *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 1988-1989, n° 483/2, pp. 44 et 59; Rapport fait au nom de la Commission de la justice par MM. Onkelinx et Merckx-Van Goey le 30 décembre 1988, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1988-1989, n° 633/4, pp. 12 et 19.

(70) Avis de la section de législation du Conseil d'Etat du 25 avril 2000, *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 2000-2001, n° 2-897/1, pp. 19-23.

(71) Rapport fait au nom de la Commission des Affaires institutionnelles par M. BARBEAUX, *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 2000-2001, n° 897/6, pp. 14-185.

(72) S. DEPRÉ et V. OST, «La Cour d'arbitrage et les droits fondamentaux du Titre II de la Constitution», in *La Cour d'arbitrage vingt ans après...*, *op. cit.*, spéc. pp. 101-106.



taines objections étaient relatives à l'articulation entre cette extension des compétences de la Cour constitutionnelle et la jurisprudence définie par la Cour de cassation dans l'arrêt *Le Ski* du 27 mai 1971 (73). Selon cette jurisprudence, lorsqu'un conflit oppose une norme législative de droit interne et une norme de droit international conventionnel, la règle établie par le traité international doit prévaloir, la prééminence de celle-ci résultant «de la nature même du droit international conventionnel», et toutes les juridictions sont habilitées à le constater à titre incident. D'autres objections dénonçaient un risque de dénaturation de la Convention européenne des droits de l'homme. «N'est-il, en fin de compte, pas préférable de ne pas confondre les genres et de conserver aux divers textes qui consacrent les droits fondamentaux leur nature propre et leur technique de contrôle?» (74).

En conséquence, les juridictions ordinaires – judiciaires et administratives – sont restées seules compétentes pour examiner, à titre incident, la conformité des lois par rapport aux normes internationales directement applicables, et ce, en vertu de la jurisprudence définie par la Cour de cassation dans l'arrêt *Le Ski* du 27 mai 1971. La responsabilité réservée ainsi au juge ordinaire est exclusive de toute intervention de la Cour constitutionnelle en ce domaine. Cette dernière l'a parfaitement compris, n'ayant de cesse de rappeler que ni le Constituant, ni le législateur spécial ne lui ont conféré le pouvoir de censurer des lois pour violation directe de normes internationales (75). En aucune manière, le droit de l'Union européenne n'échappe à cette exclusion.

B. — *La possibilité d'une application auxiliaire du droit de l'Union européenne*

Dans le cas d'une application auxiliaire, la référence à la norme internationale s'opère par le truchement d'une norme constitutionnelle, celle-ci confinant celle-là dans un rôle complémentaire. En effet, si la vocation de toute juridiction constitutionnelle est d'appliquer des normes tirées de la Constitution, l'exercice de cette mission peut l'entraîner à appliquer, par la médiation des normes constitutionnelles, des normes internationales. De la sorte, ces dernières acquièrent une fonction auxiliaire, donc complémentaire, par rapport au contrôle de constitutionnalité. Une telle médiation peut apparaître sous deux configurations distinctes selon que la norme internationale est utilisée comme modèle d'interprétation ou comme valeur

(73) Cass., 27 mai 1971, *Pas.*, 1971, I, p. 887, avec les conclusions de l'avocat général W.-J. GANSHOF VAN DER MEERSCH.

(74) H. SIMONART et M. VERDUSSEN, «La Cour d'arbitrage et la protection des droits fondamentaux», *R.B.D.C.*, 2000, pp. 189-190.

(75) Voy. not. C.C., arrêt n° 29/95 du 4 avril 1995, B.2.



de référence des normes constitutionnelles. Ces deux herméneutiques ne peuvent être confondues : l'une vise à concilier, l'autre à combiner.

A défaut de pouvoir recourir à la technique de l'application autonome, la Cour constitutionnelle belge s'est rabattue sur celle de l'application auxiliaire, dans ses deux configurations : l'application conciliatoire (1) et l'application combinatoire (2). Dans les deux cas, elle inclut le droit de l'Union européenne dans les considérants, voire le dispositif, des arrêts.

1. *L'application conciliatoire du droit de l'Union européenne*

La Cour constitutionnelle recourt à une méthode conciliatoire (a), qu'elle met en œuvre à l'égard du droit de l'Union européenne (b).

a) *La Cour constitutionnelle et la méthode conciliatoire*

Lorsqu'elle est saisie d'une demande alléguant une violation d'une norme constitutionnelle, et spécialement d'un droit fondamental reconnu par la Constitution, une juridiction constitutionnelle se trouve immanquablement confrontée à la question de savoir s'il lui revient d'interpréter ce droit à la lumière de droits similaires, reconnus au niveau international.

L'utilisation du droit international conventionnel comme modèle d'interprétation de la Constitution peut être réalisée de deux manières. Soit la juridiction constitutionnelle inclut la norme internationale dans la *ratio decidendi*, en s'y référant expressément dans son arrêt. Soit elle l'inclut, mais ne s'y réfère pas expressément. Dans ce dernier cas, on parlera, selon l'expression du professeur Laurence Burgorgue-Larsen, d'application «furtive» des traités internationaux (76). C'est l'idée que la juridiction constitutionnelle, tout en renvoyant formellement au seul référent constitutionnel, ne s'en inspire pas moins implicitement de normes tirées de traités internationaux relatifs aux droits de l'homme. Au travers de ces traités, c'est la jurisprudence des organes internationaux de contrôle – juridictionnels ou non – qui a vocation à guider les juges constitutionnels.

La Cour constitutionnelle belge développe en ce sens, depuis 2004, une méthode conciliatoire, dite du «tout indissociable». Selon cette méthode, lorsqu'une norme internationale conventionnelle liant la Belgique a une portée analogue à une ou plusieurs normes constitutionnelles, les garanties consacrées par la norme conventionnelle «constituent un ensemble indissociable avec les garanties inscrites dans les dispositions constitutionnelles en cause», de telle sorte que lorsqu'est alléguée la violation d'une norme constitutionnelle, «la Cour tient compte, dans son examen, des dispositions de droit international qui garantissent des droits ou libertés analo-

(76) L. BURGORGUE-LARSEN, «L'autonomie constitutionnelle aux prises avec la Convention européenne des droits de l'homme», *R.B.D.C.*, 2001, p. 51.

gues» (77). La Cour constitutionnelle n'hésite pas à se référer explicitement à la jurisprudence internationale et, plus particulièrement, à celle de la Cour européenne des droits de l'homme.

b) *La conciliation des normes constitutionnelles avec le droit de l'Union européenne*

La Cour constitutionnelle utilise la méthode conciliatoire à l'égard du droit primaire de l'Union européenne. Dans le cadre de cette méthode, elle se réfère également à la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, quoique dans une moindre mesure qu'à la jurisprudence strasbourgeoise.

On retient ici un exemple (78). Une taxe est adoptée sur la coïncinération des déchets. Un recours en annulation de cette taxe est introduit auprès de la Cour constitutionnelle. Les parties requérantes sont la fédération professionnelle qui défend les intérêts de l'industrie cimentière belge, des producteurs de ciment et une entreprise de traitement de déchets. Elles exposent que des déchets sont utilisés dans la production de ciment. Ils ne sont pas simplement incinérés, mais ils sont coïncinérés, dans des fours à ciment. Selon elles, cette utilisation doit être qualifiée de «valorisation» de déchets. Il est, en effet, question de valorisation lorsque des déchets remplacent d'autres matières, préservant ainsi les ressources naturelles. Dans le procédé de coïncinération des déchets, les déchets utilisés remplacent notamment des combustibles fossiles (houille). La taxe est attaquée en ce qu'elle est alignée sur la taxe frappant l'incinération des déchets, de telle manière que l'incitation à la valorisation des déchets par leur coïncinération disparaîtrait au profit de leur incinération. La violation de l'article 23 de la Constitution est invoquée, cette disposition consacrant le droit à la protection d'un environnement sain. A la demande des requérants, la Cour examine la compatibilité de la taxe querellée avec l'article 23 précité, qu'elle interprète à la lumière d'un certain nombre de normes internationales et européennes, dont il découlerait que toutes les mesures politiques relatives au traitement des déchets doivent avoir pour but d'inciter à la valorisation de ceux-ci, de sorte que la quantité de déchets à éliminer soit en constante diminution. Le recours en annulation sera rejeté comme non fondé. A l'appui du constat selon lequel, en l'espèce, le législateur entend encourager d'autres formes de valorisation dont il considère qu'elles sont moins polluantes que la coïncinération des déchets, la Cour s'en remet à la jurisprudence de la Cour de justice, selon laquelle «parmi les différents modes de

(77) C.C., arrêt n° 136/2004 du 22 juillet 2004.

(78) C.C., arrêt n° 121/2008 du 1^{er} septembre 2008. Voy. égal. C.C., arrêt n° 145/2006 du 28 septembre 2006.



valorisation, le recyclage doit constituer une part importante de celle-ci et, avec la réutilisation, recevoir la préférence» (79).

La spécificité donnée au droit de l'Union européenne résulte ici de ce que cette dernière forme un ordre juridique qui, à l'instar du Conseil de l'Europe, n'est pas seulement normatif, mais aussi juridictionnel. Cependant, à la différence de la Cour européenne des droits de l'homme, la Cour de justice de l'Union européenne peut être saisie de questions préjudicielles. C'est ainsi que, lorsqu'un doute surgit sur la portée d'une norme tirée d'un traité communautaire que la Cour constitutionnelle entend soumettre à une application conciliatoire, il lui revient d'interroger la Cour de justice sur l'interprétation à donner à cette norme. Il y va d'un renvoi préjudiciel, non plus en validité, mais en interprétation.

Par exemple, dans le cadre d'un recours en annulation dirigé contre un décret de la Communauté française du 16 juin 2006 régulant le nombre d'étudiants dans certains cursus de premier cycle de l'enseignement supérieur, la Cour constitutionnelle a considéré qu'en ce qu'il interdit certaines discriminations, l'article 12, alinéa 1^{er}, du Traité CE a une portée analogue aux articles 10 et 11 de la Constitution et, dans la foulée, elle a décidé d'interroger la Cour de Luxembourg sur l'interprétation à donner à cette norme dans le cas particulier dont elle était saisie (80). De quoi s'agit-il ? Le décret querellé entend rencontrer un problème auquel sont confrontées les autorités belges depuis plusieurs années : de nombreux étudiants français viennent étudier en Belgique, dans leur langue nationale, avant de rentrer dans leur pays d'origine à la fin de leurs études pour y exercer la profession à laquelle ils ont ainsi été formés, ce qui – selon les autorités de la Communauté française – est de nature à porter atteinte à la qualité de l'enseignement et donc à la santé publique. Le législateur a voulu restreindre le droit de ces non-résidents d'accéder à l'enseignement supérieur dans un pays avec lequel ils n'ont pas de lien réel, à tout le moins dans les domaines concernés par cet afflux, à savoir, pour l'essentiel, la kinésithérapie et la médecine vétérinaire. Pour ce faire, il se fonde précisément sur la distinction entre les étudiants résidents et les étudiants non-résidents. Seuls ces derniers sont affectés par la limitation posée par le législateur. Or, même si le critère retenu n'est pas la nationalité, la limitation est susceptible d'affecter davantage les non-nationaux que les nationaux, puisque les premiers pourront plus difficilement être qualifiés d'étudiants résidents. Il y va donc d'une discrimination indirecte. C'est pourquoi la Cour décide de poser à la Cour de justice de l'Union européenne, notamment, la question suivante : «Les articles 12, premier alinéa, et 18, paragraphe 1, du Traité

(79) C.J.C.E., 19 juin 2003, *The Queen c. Environment Agency and Secretary of State for the Environment, Transport and the Regions*, aff. 444/00, §72.

(80) C.C., arrêt n° 12/2008 du 14 février 2008, B.10 à B.13.5.



instituant la Communauté européenne, lus en combinaison avec l'article 149, paragraphes 1 et 2, deuxième tiret, et avec l'article 150, paragraphe 2, troisième tiret, du même Traité doivent-ils être interprétés en ce sens que ces dispositions s'opposent à ce qu'une communauté autonome d'un État membre compétente pour l'enseignement supérieur, qui est confrontée à un afflux d'étudiants d'un État membre voisin dans plusieurs formations à caractère médical financées principalement par des deniers publics, à la suite d'une politique restrictive menée dans cet État voisin, prenne des mesures telles que celles inscrites dans le décret de la Communauté française du 16 juin 2006 régulant le nombre d'étudiants dans certains cursus de premier cycle de l'enseignement supérieur, lorsque cette Communauté invoque des raisons valables pour affirmer que cette situation risque de peser excessivement sur les finances publiques et d'hypothéquer la qualité de l'enseignement dispensé?». La Cour de justice a rendu un arrêt le 13 avril 2010 (81). Les juges européens reconnaissent que la différence de traitement précitée peut être justifiée «par l'objectif [légitime] visant à maintenir un service médical de qualité, équilibré et accessible à tous, dans la mesure où il contribue à la réalisation d'un niveau élevé de protection de la santé publique», étant entendu que la différence de traitement doit être «propre à garantir la réalisation de cet objectif et ne pas aller «au-delà de ce qui est nécessaire pour l'atteindre» (82). Dans le dispositif de l'arrêt, ils renvoient la balle, en quelque sorte, aux juges constitutionnels belges : «Les articles 18 et 21 TFUE s'opposent à une réglementation nationale, telle que celle en cause au principal, qui limite le nombre d'étudiants non considérés comme résidents en Belgique pouvant s'inscrire pour la première fois dans les cursus médicaux et paramédicaux d'établissements de l'enseignement supérieur, à moins que la juridiction de renvoi, ayant apprécié tous les éléments pertinents présentés par les autorités compétentes, ne constate que ladite réglementation s'avère justifiée au regard de l'objectif de protection de la santé publique». En exécution de ce dispositif et tenant compte des nombreuses indications fournies par la juridiction européenne dans son arrêt (83), la Cour constitutionnelle a, dans un premier temps, pris une ordonnance invitant le Gouvernement de la Communauté française à répondre à six questions. La Cour a, dans un second temps, rendu son arrêt. Il date du 31 mai 2011 (84). A la lumière des données fournies par le Gouvernement, la Cour a entrepris, pour chacun des cursus menant à la délivrance des grades académiques visés par les dispositions attaquées, d'examiner s'il existe dans le domaine en question un risque effectif pour

(81) C.J.U.E., 13 avril 2010, *Nicolas Bressol e.a. et Céline Chaverot e.a. c. Gouvernement de la Communauté française*, aff. 73/08.

(82) *Ibid.*, §§62-63.

(83) Voy. les §§67 à 81 de l'arrêt.

(84) C.C., arrêt n° 89/2011 du 31 mai 2011.



la santé publique et, le cas échéant, si les dispositions attaquées sont propres à garantir la protection de la santé publique. Pour trois d'entre eux – «bachelier en kinésithérapie et réadaptation», «bachelier en kinésithérapie» et «bachelier en médecine vétérinaire» –, elle parvient à des réponses positives et, en conséquence, elle tient pour non fondés les moyens articulés contre les dispositions y afférentes. Pour les autres, le constat est, en revanche, négatif, ce qui conduit la Cour à annuler partiellement les dispositions attaquées.

L'application conciliatoire du droit primaire de l'Union européenne s'étend-t-il à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne? En 2008, la Cour constitutionnelle considérait qu'«à défaut d'inscription de la Charte dans un texte normatif de valeur contraignante qui s'imposerait à la Belgique, le moyen est irrecevable dans la mesure où il est pris de la violation de l'article 23 de la Constitution combiné avec l'article 34, paragraphe 3, de la Charte», mais qu'en ce que cette même Charte «affirme l'existence de valeurs communes de l'Union européenne qui se retrouvent également pour l'essentiel dans des dispositions de la Constitution, la Cour peut la prendre en considération dans son examen» (85). Depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, qui confère à la Charte la même valeur juridique que les traités et l'incorpore ainsi au droit primaire (86), cette rhétorique n'est plus nécessaire.

Qu'en est-il d'une application conciliatoire du droit dérivé de l'Union européenne? Les normes constitutionnelles se prêtent-elles à une interprétation réalisée à la lumière de normes tirées d'actes communautaires? La jurisprudence sur ce point n'est pas foisonnante. On relèvera tout de même un arrêt par lequel la Cour constitutionnelle interprète le droit constitutionnel à l'égalité et à la non-discrimination à la lumière de directives européennes reconnaissant l'égalité de traitement des hommes et des femmes en matière de sécurité sociale (87). Par ailleurs, la Cour s'est également inspirée du droit communautaire dérivé pour préciser les règles de répartition des compétences entre la collectivité fédérale et les collectivités fédérées, règles contenues pour l'essentiel dans des lois spéciales de réformes institutionnelles. Ainsi, elle a interprété les notions d'«enlèvement» et de «traitement» des déchets en se fondant sur une directive européenne relative aux déchets (88).

(85) C.C., arrêt n° 101/2008 du 10 juillet 2008, B.21.4.

(86) Voy. not. F. BENOÎT-ROHMER, «Valeurs et droits fondamentaux dans le Traité de Lisbonne», in *Le Traité de Lisbonne — Reconfiguration ou déconstitutionnalisation de l'Union européenne?* (dir. E. BROSSET, C. CHEVALLIER-GOVERS, V. EDJAHARIAN et C. SCHNEIDER), Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 152.

(87) C.C., arrêt n° 53/93 du 1^{er} juillet 1993, spéc. B.4.

(88) C.C., arrêt n° 18/89 du 29 juin 1989.

2. *L'application combinatoire du droit de l'Union européenne*

La Cour constitutionnelle recourt à une méthode combinatoire (a), qu'elle met en œuvre à l'égard du droit de l'Union européenne (b).

a) *La Cour constitutionnelle et la méthode combinatoire*

Lorsqu'elle est saisie d'une demande alléguant une violation par la loi du principe constitutionnel d'égalité et de non-discrimination, une juridiction constitutionnelle met normalement en œuvre – sur un mode explicite ou implicite – quatre contrôles distincts : un contrôle de la comparabilité, un contrôle de l'objectivité, un contrôle de la pertinence et, enfin, un contrôle de la proportionnalité. A l'occasion de ce dernier contrôle, il s'agit de vérifier que la différence de traitement opérée par le législateur est «raisonnablement proportionnée» ou, inversement, n'est pas «manifestement disproportionnée». Un «rapport raisonnable de proportionnalité» doit unir les moyens employés et le but visé par le législateur. Concrètement, une loi qui produit des effets disproportionnés est une loi qui cause une atteinte disproportionnée à une valeur de référence. La disproportion peut résulter de l'intensité de l'atteinte portée à cette valeur. Mais elle peut aussi découler de la «qualité» de cette valeur, lorsque celle-ci est considérée comme manifestement plus essentielle que le but poursuivi par le législateur à travers la loi litigieuse. En règle générale, la valeur de référence au regard de laquelle est évaluée la proportionnalité d'une norme différenciatrice est dégagée à partir de normes internationales et, plus particulièrement, de traités internationaux relatifs aux droits de l'homme. Une combinaison est ainsi réalisée entre le principe constitutionnel d'égalité et de non-discrimination et les droits fondamentaux consacrés par ces traités.

Incontestablement, la Cour constitutionnelle belge est la juridiction constitutionnelle qui offre l'illustration la plus paradigmatique de la méthode combinatoire (89). L'explication est connue. Jusqu'en 2003, pour des raisons purement conjoncturelles, deux catégories seulement de droits constitutionnels relevaient de la compétence de la Cour constitutionnelle : le droit à l'égalité et à la non-discrimination (articles 10 et 11) et les droits liés à l'enseignement (article 24). Succombant à la tentation de s'étendre au-delà de frontières par trop exigües, les juges constitutionnels ont voulu s'affranchir de ce carcan. Par un recours à une lecture combinatoire de la notion d'égalité, ils ont considéré qu'en réalité, la compétence de la Cour s'étendait à l'ensemble des droits et libertés, qu'ils soient consacrés par la Constitution ou par des traités internationaux. Le raisonnement de la Cour peut être schématisé de la manière suivante : dès le moment où elle est dis-

(89) Voy. A. RASSON-ROLAND et M. VERDUSSEN, «Le juge constitutionnel et la proportionnalité. Rapport belge», *A.I.J.C.*, 2009, vol. XXV, pp. 123-143.



criminoire, toute violation d'un droit fondamental constitue une violation du droit à l'égalité et à la non-discrimination et relève donc de sa compétence.

Depuis 2003, c'est l'ensemble des droits fondamentaux reconnus par le Titre II de la Constitution qui relèvent de la compétence de la Cour constitutionnelle, auxquels il faut ajouter les droits des articles 170, 172 et 191 de la Constitution. Tous ces droits fondamentaux font désormais partie du bloc de constitutionnalité. Mais la Cour continue toutefois à recourir à la méthode combinatoire pour intégrer dans son contrôle des droits fondamentaux – et d'autres normes – non intégrés dans le bloc de constitutionnalité ou non reconnus par la Constitution, mais consacrés par des traités internationaux liant la Belgique.

Est sans incidence la question de savoir si la norme internationale conventionnelle a ou non un effet direct : «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» (90). En revanche, il n'est pas suffisant «d'invoquer une combinaison des principes généraux ou des dispositions particulières du droit communautaire avec les articles 10 et 11 de la Constitution pour amener la Cour constitutionnelle à garantir leur respect», cette dernière ne pouvant «tenir compte de ce droit, dans l'exercice de son contrôle, qu'en ce qui concerne les dispositions qui garantissent des droits et libertés, lorsque leur méconnaissance est de nature à affecter une catégorie de personnes déterminée et s'il est précisé en quoi et par rapport à quelle autre catégorie de personnes elle est victime d'un traitement inégal injustifié» (91).

b) *La combinaison des normes constitutionnelles avec le droit de l'Union européenne*

La Cour constitutionnelle utilise la méthode combinatoire à l'égard du droit primaire de l'Union européenne, ce qui l'amène, ici encore, à se référer à la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne.

Par exemple, la Cour constitutionnelle a examiné le caractère discriminatoire ou non d'un décret de la Région wallonne du 6 décembre 2001 interdisant en principe – sous réserve de dérogations gouvernementales – la commercialisation d'espèces protégées d'oiseaux nés et élevés en captivité, sans étendre cette interdiction aux autres animaux en captivité, au regard

(90) C.C., arrêt n° 106/2003 du 27 juillet 2003, B.4.2.

(91) C.C., arrêt n° 136/2000 du 21 décembre 2000, B.49 et 50.



de l'interdiction faite par l'article 28 du Traité CE, au nom de la libre circulation des biens, de toute mesure qui, sans être justifiée en vertu de l'article 30 du Traité CE, aurait un effet équivalent à une restriction quantitative à l'importation (92). Jugeant que l'interdiction de commercialisation de principe doit être considérée comme justifiée en vertu de l'article 30, la Cour en conclut que «la différence de traitement critiquée au moyen entre les éleveurs d'espèces d'oiseaux protégées et les éleveurs d'autres groupes d'espèces animales protégées n'est pas dénuée de justification raisonnable» (93).

Il arrive également à la Cour constitutionnelle de combiner le droit à l'égalité et à la non-discrimination avec, non plus des normes de droit primaire, mais des normes tirées du droit dérivé de l'Union européenne. La Cour peut ainsi sanctionner une loi qui viole, de manière discriminatoire, un règlement ou une directive européenne.

Par exemple, la Cour s'est fondée sur le règlement n° 1775/2005/CE du Parlement européen et du Conseil du 28 septembre 2005 concernant les conditions d'accès aux réseaux de transport de gaz naturel et sur la directive 2003/55/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2003 concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel et abrogeant la directive 98/30/CE pour décider qu'une loi qui maintient des régimes tarifaires distincts pour le transit (acheminement de frontière à frontière) et pour le transport (acheminement à destination du marché belge) de gaz naturel n'est pas justifiée et viole les articles 10 et 11 de la Constitution (94). Selon la Cour, le droit européen interdit de subordonner l'accès au réseau de gaz naturel à des modalités discriminatoires.

Parfois, la Cour constitutionnelle est invitée à combiner le droit à l'égalité et à la non-discrimination avec à la fois des normes de droit primaire et des normes de droit dérivé, et ce dans l'examen du même moyen (95).

Si un doute surgit sur la portée de la norme européenne, primaire ou dérivée, il revient à la Cour constitutionnelle d'interroger la Cour de jus-

(92) C.C., arrêt n° 28/2005 du 9 février 2005. Voy. égal., dans la même affaire, C.C., arrêt n° 139/2003 du 29 octobre 2003.

(93) Arrêt précité du 9 février 2005, B.9 et B.10. Pour d'autres exemples de combinaison entre les articles 10 et 11 de la Constitution et des dispositions du Traité CE, voy. C.C., arrêt n° 150/2006 du 11 octobre 2006, B.6.8 à B.6.10; arrêt n° 40/2008 du 4 mars 2008, B.3. à B.14; arrêt n° 53/2008 du 13 mars 2008, B.14 à B.16; arrêt n° 108/2008 du 17 juillet 2008, B.14 à B.20; arrêt n° 120/2008 du 1^{er} septembre 2008, B.8.1 à B.8.4; arrêt n° 139/2008 du 22 octobre 2008, B.13 à B.16.5; arrêt n° 11/2009 du 21 janvier 2009, B.2.1. à B.10.3; arrêt n° 140/2009 du 17 septembre 2009; arrêt n° 99/2010 du 16 septembre 2010, B.4.8. et B.4.9; arrêt n° 90/2011 du 31 mai 2011, B.13.1 à B.13.9.

(94) C.C., arrêt n° 84/2010 du 8 juillet 2010, B.16 à B.19.9. Pour d'autres exemples de combinaison entre les articles 10 et 11 de la Constitution et un règlement ou une directive européenne, voy. C.C., arrêt n° 120/2008 du 1^{er} septembre 2008, B.9.1. à B.9.4; arrêt n° 55/2011 du 6 avril 2011; arrêt n° 90/2011 du 31 mai 2011, B.12.1 à B.12.4 et B.14.1 à B.14.4; arrêt n° 97/2011 du 31 mai 2011, B.7.1 à B.9.7 (moyen soulevé d'office par la Cour).

(95) C.C., arrêt n° 139/2006 du 14 septembre 2006, B.30 à B.35.



tice de l'Union européenne sur l'interprétation à donner à cette norme. Pour autant que de besoin, on rappellera que, lorsqu'une telle question est soulevée dans une affaire pendante devant une juridiction nationale dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne, cette juridiction est tenue de saisir la Cour de justice, en vertu de l'article 267, troisième alinéa, du Traité CE, à moins qu'elle ne constate «que la question soulevée n'est pas pertinente ou que la disposition communautaire en cause a déjà fait l'objet d'une interprétation de la part de la Cour de justice ou que l'application correcte du droit communautaire s'impose avec une telle évidence qu'elle ne laisse place à aucun doute raisonnable» (96). A plusieurs reprises, la Cour constitutionnelle a ainsi adressé des questions préjudicielles en interprétation à la Cour de Luxembourg (97). Récemment, elle a, dans le même arrêt, posé douze questions préjudicielles (98). Il arrive aussi que la Cour constitutionnelle considère qu'«il ne peut raisonnablement y avoir de doute» quant à la compatibilité des normes législatives en cause avec le droit de l'Union européenne (99).

CONCLUSION

Si «la prise en compte de l'Union européenne par les constitutions nationales est une donnée, un acquis pour emprunter une formulation chère à la doctrine du droit communautaire» (100), on peut difficilement créditer toutes les cours constitutionnelles nationales de la même ouverture, la majorité d'entre elles éludant la question du renvoi préjudiciel à la Cour de justice (101). Or, la procédure de renvoi préjudiciel à la Cour de justice «constitue très certainement un canal de premier ordre en vue d'un dialo-

(96) C.J.C.E., 6 octobre 1982, *SRL CILFIT et autres c. Ministère italien de la Santé*, aff. 283/81. Voy. P. POPELIER, *Procederen voor het Grondwettelijk Hof*, Anvers, Intersentia, 2008, p. 340 : «In de praktijk blijkt het Grondwettelijk Hof de weigeringsgronden vrij soepel toe te passen. Dat geldt vooral voor de weigering wegens het feit dat er geen ruimte voor twijfel bestaat over de interpretatie van de gemeenschappen». Sur la question, non examinée dans la présente étude, du concours de questions préjudicielles, spécialement entre des questions préjudicielles posées à la Cour constitutionnelle et à la Cour de justice de l'Union européenne, voy. *Les rapports entre la Cour d'arbitrage, le Pouvoir judiciaire et le Conseil d'Etat*, Bruxelles, La Chartre, 2005, pp. 307-340.

(97) Voy. not. C.C., arrêt n° 51/2006 du 19 avril 2006, spéc. B.12.5 à B.13.5; arrêts n° 30/2010 du 30 mars 2010, spéc. B.8 à B.11.3, et n° 70/2010 du 23 juin 2010, spéc. B.10 et B.11; arrêt n° 133/2010 du 25 novembre 2010, B.6 à B.9.2.2; arrêt n° 149/2010 du 22 décembre 2010, B.7 à B.12.2; arrêt n° 49/2011 du 6 avril 2011, B.11 à B.19.4; arrêt n° 110/2011 du 16 juin 2011, B.3.1 à B.6.

(98) C.C., arrêt n° 50/2011 du 6 avril 2011.

(99) C.C., arrêt n° 180/2011 du 24 novembre 2011, B.16.2. Voy. égal. B.13.9.

(100) A. LEVADE, «La prise en compte spécifique de l'Union européenne par les constitutions nationales», in *Constitution et construction européenne* (dir. M. MATTHIEU, M. VERPEAUX et F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN), Paris, Dalloz, 2006, p. 20.



gue des juridictions nationales, dont les juridictions constitutionnelles, et la Cour» (102). Par ailleurs, le respect par les Etats des compétences et de la jurisprudence de cette dernière est une question qui relève de l'«éthique de responsabilité» des juges nationaux (103).

Le cas de la Belgique montre toutefois que des juges constitutionnels peuvent faire «incontestablement preuve d'ouverture à l'égard du droit communautaire» (104). Alors qu'en Europe, comme on vient de le souligner, «les juges constitutionnels accusent un très grand retard en la matière» (105), la Cour constitutionnelle belge, depuis 1997 (106), se révèle comme étant particulièrement encline à adresser des questions préjudicielles, en validité ou en interprétation, à la Cour de justice de l'Union européenne, qu'elle tient ainsi pour un partenaire dans la protection des droits fondamentaux. Dans un contexte marqué par une pluralité croissante des sources du droit, cette ouverture nous paraît de nature à favoriser un dialogue fertile entre les juges nationaux et communautaires.

(101) M.-L. TRÉGUIER, «Cours constitutionnelles, Cour de justice des Communautés européennes et droits fondamentaux», in *Les droits fondamentaux dans l'Union européenne — Dans le sillage de la Constitution européenne* (dir. J. RIDEAU), Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 260. Voy. égal. A. ALEN, *op. cit.*, pp. 692-693. Voy. toutefois C.J.C.E., 8 novembre 2001, *Adria-Wien Pipeline et Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke*, aff. 143/99 (Cour constitutionnelle autrichienne); 9 octobre 2008, *Sabatauskas e.a.*, aff. 239/07 (Cour constitutionnelle lituanienne); 17 novembre 2009, *Presidente del Consiglio dei Ministri c. Regione Sardegna*, 169/08 (Cour constitutionnelle italienne).

(102) K. LENAERTS, «Dialogues juridictionnels et traductions constitutionnelles dans l'Union européenne», in *Traduction et droits européens : enjeux d'une rencontre — Hommage au recteur Michel van de Kerchove* (dir. A. BAILLEUX, Y. CARTUYVELS, H. DUMONT et F. OST), Bruxelles, Publications des F.U.S.L., 2009, p. 645.

(103) J.-M. SAUVÉ, «L'adhésion de l'Union européenne à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales», Table ronde organisée par le Conseil des barreaux européens, Luxembourg, 20 mai 2011 (<http://www.conseil-etat.fr/cde/media/document/DISOURS%20ET%20INTERVENTIONS/intervention-ccbe.pdf>).

(104) R. ERGEC, «La Cour constitutionnelle belge et le droit européen», in *Mélanges en hommage à Georges Vandensanden — Promenades au sein du droit européen*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 182.

(105) C. DE ARANJO, *Justice constitutionnelle et justices européennes des droits de l'homme — Etude comparée : France-Allemagne*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 367.

(106) C.C., arrêt n° 6/97 du 19 février 1997.

