

**LE DROIT DÉRIVÉ DE L'UNION EUROPÉENNE,  
JUSTIFICATION D'UNE LÉGISLATION  
PRÉTENDUMENT INCONSTITUTIONNELLE ?**

Pierre NIHOUL

*Professeur à la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain  
Juge à la Cour constitutionnelle de Belgique  
Conseiller d'État honoraire*

**INTRODUCTION**

Le professeur Yves Lejeune a depuis longtemps été un pionnier et un moteur de la recherche et de l'enseignement portant sur la rencontre entre le droit constitutionnel et le droit international. Il a scientifiquement jeté des ponts entre ces deux disciplines qui s'entremêlent de plus en plus en raison de l'émergence d'un droit « constitutionnel » de l'Union européenne et en raison de la multiplication et de l'affirmation des juridictions constitutionnelles au sein des pays de l'Union. La doctrine parle ainsi du *multilevel constitutionalism*.

Dans ce cadre, il nous a paru intéressant de se pencher sur un des aspects de cette rencontre entre la Constitution et le droit de l'Union européenne. Le point de départ de la réflexion est le suivant : une législation interne peut se révéler incompatible avec la norme constitutionnelle. Le contenu de cette législation est toutefois inspiré du droit de l'Union européenne, voire même rendu obligatoire par le droit dérivé de l'Union. Le droit dérivé de l'Union peut-il dans ce cas servir de justification à une législation interne dont le contenu matériel n'est pas compatible avec la Constitution ?

Quelle est la réponse des juridictions belges à cette question ? Il s'agit en effet ici de refléter le point de vue des organes juridictionnels internes et non celui du droit international. On sait, en effet, que du point de vue du droit international, un État ne peut se prévaloir de sa Constitution pour s'exonérer de sa responsabilité en cas de violation du droit international, que celui-ci soit conventionnel ou coutumier. Il en va d'autant plus ainsi en droit de l'Union européenne que l'article 267 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après : TFUE) (ex art. 234 du Traité CE) et l'interprétation qu'en a déduite la Cour de justice de l'Union européenne ont accentué la prétention du droit de l'Union à la primauté, et ce même

sur le texte constitutionnel. Depuis l'arrêt *Costa* (1), la Cour de justice déclare que le droit issu des institutions européennes s'intègre aux systèmes juridiques des États membres qui sont obligés de le respecter. Le droit européen a dès lors la primauté sur les droits nationaux en ce que, si une règle nationale est contraire à une disposition européenne, les autorités des États membres doivent appliquer la disposition européenne. Le droit national n'est ni annulé ni abrogé mais sa force obligatoire est suspendue. La Cour a par la suite précisé que la primauté du droit européen s'applique à tous les actes nationaux, qu'ils aient été adoptés avant ou après l'acte européen concerné.

Le seul article de la Constitution belge qui traite des rapports entre le droit belge et, notamment, le droit de l'Union européenne est l'article 34 qui dispose :

« L'exercice de pouvoirs déterminés peut être attribué par un traité ou par une loi à des institutions de droit international public ».

### POSITION DU CONSEIL D'ÉTAT BELGE

Le Conseil d'État place l'article 34 de la Constitution à la base de son analyse du conflit potentiel entre les deux normes (2). En résumé, cet article 34 rend constitutionnelle, aux yeux du Conseil d'État, l'attribution de l'exercice de pouvoirs déterminés à une institution de droit international public. En cas de conflit entre une norme constitutionnelle et une règle de droit international qui porte sur un domaine qui n'a pas fait l'objet d'une telle attribution au sens de l'article 34, une modification de la Constitution est alors nécessaire avant toute ratification d'une norme internationale ou avant l'adoption d'une législation qui la transpose. Par contre, la norme de droit international qui est prise en vertu d'un traité par lequel la Belgique a transféré des compétences déterminées à une institution internationale prime, en vertu de l'article 34, le droit interne, en ce compris les autres dispositions de la Constitution, puisqu'elle n'est rien d'autre que le produit de ce transfert constitutionnel de l'exercice des compétences. Tel est le cas du droit dérivé de l'Union né de l'exercice, par les institutions de l'Union, de ces

(1) CJCE, 15 juillet 1964, *Costa c. E.N.E.L.*, 6-64.

(2) Pour la section de législation du Conseil d'État : voir l'avis rendu le 4 novembre 2005 sur l'avant-projet de loi portant révision de la législation pharmaceutique, *Doc. parl.*, Chambre, 2005-2006, n° 51-2189/1, pp. 113 à 116, spéc. n° 46.3. (à propos de la transposition en droit belge d'une directive incompatible avec l'article 19 de la Constitution) et l'avis rendu le 15 février 2005 sur les avant-projets de loi, de décret et d'ordonnance portant assentiment au Traité établissant une Constitution pour l'Europe, *Doc. parl.*, Sénat, 2004-2005, n° 3-1091/1, p. 526. Pour la section du contentieux administratif : voir les arrêts *Goosse*, 5 octobre 1996, n° 62.921, et *Orfinger*, 5 octobre 1996, n° 62.922, rendus à propos d'un arrêté (l'arrêté royal du 26 septembre 1994 dit « des principes généraux applicables à l'ensemble de la fonction publique ») qui ouvrait en partie à des ressortissants européens la fonction publique régionale et communautaire, le Conseil d'État constatant un conflit entre l'article 8 ancien de la Constitution, réservant l'accès à ces fonctions aux seuls Belges, et l'article 48 du Traité de Rome, tel qu'interprété par la Cour de justice.

compétences transférées lors de l'assentiment des différents traités constitutifs de l'Union.

Synthétiquement, l'article 34 de la Constitution permet donc de régler en faveur du droit dérivé de toute organisation de droit international public un conflit entre celui-ci et la Constitution. Cette solution, limitée par la portée même de l'article 34 de la Constitution, n'est pas applicable pour ce qui concerne les conflits entre traité et Constitution, portant sur un point autre que l'attribution de l'exercice de pouvoirs déterminés.

### POSITION DE LA COUR DE CASSATION BELGE

Depuis l'arrêt du 27 mai 1971, *Le Ski*, la Cour de cassation affirme la primauté du droit international qui a des effets directs sur une norme de droit interne, la prééminence du premier sur la seconde résultant « de la nature même du droit international conventionnel ». Si cet arrêt a été rendu à l'occasion d'un conflit entre une loi et un traité, trois arrêts de novembre 2004 ont appliqué cette solution à la Constitution (3) :

« Attendu qu'une convention ayant un effet direct prime la Constitution ; que lorsque la Constitution, comme en l'espèce, ne pose pas plus d'exigences qu'une disposition conventionnelle ayant un effet direct, un contrôle de la loi à la lumière de la convention suffit et un contrôle ultérieur de la loi à la lumière de la Constitution est sans pertinence ».

Cette jurisprudence repose sur le postulat, qui est celui de la doctrine moniste, que le droit international et le droit interne constituent un système juridique unique intégré et hiérarchisé, et ce en raison de « la nature même du droit international conventionnel ».

### POSITION DE LA COUR CONSTITUTIONNELLE BELGE

#### I. – PRINCIPE

La Cour constitutionnelle estime qu'aucune disposition constitutionnelle n'autorise la Belgique à porter assentiment à des conventions internationales contraires à sa Constitution. Dès lors, elle se reconnaît compétente pour annuler sur recours ou écarter sur question préjudicielle la norme législative d'assentiment à un traité lorsque celui-ci comprend des dispositions contraires à la Constitution. Pour ce faire, la Cour ne se limite pas à un examen de la constitutionnalité extrinsèque de la loi d'assentiment mais examine bel et bien, *in concreto*, la compatibilité avec la Constitution des dispositions contenues dans le traité au motif qu'elle ne peut utilement contrôler une telle loi sans impliquer dans son examen le contenu des dispositions pertinentes du traité. Elle estime en effet que le législateur ne

---

(3) Cass., 9 novembre 2004, *Pas.*, 2004, p. 1745 (affaire du Vlaamse Blok) ; Cass., 16 novembre 2004 (deux arrêts), *Pas.*, 2004, pp. 1795 et 1802 (perquisition irrégulière) ; voy. aussi Cass., 1<sup>er</sup> juin 2006, *Pas.*, 2006, p. 1274.

pourrait adopter des normes contraires à la Constitution, soit directement soit indirectement, comme l’assentiment donné à un traité qui lui serait contraire (4). La Cour se déclare également compétente pour contrôler la manière dont le législateur fait usage d’une possibilité prévue par une disposition d’un traité (5). Cette jurisprudence est constante et récemment répétée.

Cette perspective implique le postulat, qui est celui de la doctrine dualiste, que les ordres juridiques interne et international sont distincts et que l’ordre juridique interne n’est pas dérivé de l’ordre juridique international ni hiérarchisé à celui-ci. Bien au contraire, l’ordre juridique interne est le fondement de l’ensemble normatif applicable, qu’il soit interne ou international.

Comment dans cette perspective dualiste assurer le respect des obligations internationales contractées par la Belgique et leur transposition en droit interne ? Outre une jurisprudence prudente en matière de contrôle des traités de la part de la Cour (6), on peut relever deux procédés utilisés par la Cour pour éviter l’imperméabilité de ces deux ordres juridiques et assurer le respect de ces deux exigences juridiques.

## II. – DEUX NUANCES

### A. – La Cour interprète la Constitution à la lumière du droit international

Un constat préalable s’impose : la Constitution belge date de 1831. Le Titre II de la Constitution, qui contient le catalogue belge des libertés publiques et des droits fondamentaux, n’a pratiquement pas été mis à jour par le Constituant en dehors de quelques interventions ponctuelles.

Pour actualiser le catalogue du Titre II, la Cour constitutionnelle intègre largement les dispositions correspondantes de la Convention européenne des droits de l’homme et de la Charte des droits fondamentaux de l’Union européenne de même que l’interprétation qui est conférée à ces deux conventions par la Cour de justice de l’Union européenne et par la Cour européenne des droits de l’homme. En synthèse, elle recourt pour ce faire à deux techniques :

---

(4) C.C., n° 26/91 du 16 octobre 1991, *J.T.*, 1992, p. 670, note Y. LEJEUNE et Ph. BROUWERS ; n° 12/94 du 3 février 1994 ; n° 33/94 du 26 avril 1994 ; n° 84/2005 du 4 mai 2005 ; n° 128/2007 du 10 octobre 2007 ; n° 118/2012 du 10 octobre 2012 ; n° 137/2012 du 30 octobre 2012 ; n° 32/2013 et n° 35/2013 du 7 mars 2013 ; n° 14/2014 du 29 janvier 2014 ; n° 169/2014 du 27 novembre 2014 ; n° 62/2016 du 28 avril 2016.

(5) C.C., n° 3/2014 du 16 janvier 2014.

(6) La Cour répète généralement l’antienne suivante : « la Cour doit tenir compte de ce qu’il ne s’agit pas d’un acte de souveraineté unilatéral, mais d’une norme conventionnelle par laquelle la Belgique a pris un engagement de droit international à l’égard d’un autre État » (arrêts n° 20/2004 du 4 février 2004 ; n° 19/2006 du 1<sup>er</sup> février 2006 ; n° 96/2009 du 4 juin 2009 ; n° 87/2010 du 8 juillet 2010 ; n° 117/2011 du 30 juin 2011 ; n° 120/2011 du 30 juin 2011 ; n° 32/2013 du 7 mars 2013 ; n° 169/2014 du 27 novembre 2014 ; n° 62/2016 du 28 avril 2016).

- d’une part, la combinaison des droits contenus dans ces conventions avec les articles 10 et 11 de la Constitution qui garantissent le principe d’égalité et de non-discrimination : utilisant les articles 10 et 11 de la Constitution comme un prisme ou un réceptacle, la Cour constitutionnelle juge que la privation de la garantie d’un droit fondamental dans le chef de certaines catégories de citoyens, celles visées par le recours en annulation ou la question préjudicielle, peut constituer une violation de ce principe ;
- d’autre part, la technique de l’ensemble indissociable : lorsque des droits analogues sont en cause dans une convention internationale et dans la Constitution, la Cour constitutionnelle les combine et augmente de la sorte la protection constitutionnelle par celle généralement plus large figurant dans les normes internationales.

Par ces deux procédés, la Cour constitutionnelle peut conférer aux dispositions constitutionnelles contenant des droits fondamentaux, dont la plupart sont restés immuables depuis 1831, une interprétation évolutive qui les fait correspondre à l’interprétation contemporaine internationale. Le principe de la primauté de la protection juridique la plus étendue est ainsi respecté et l’on évite un conflit entre les deux ordres normatifs (7). Tel n’est toutefois pas le propos de cette contribution.

### **B. – Le droit dérivé de l’Union européenne, cause de justification ?**

La Cour a récemment été confrontée à des législations transposant une directive de l’Union européenne dont le contenu matériel, en certains de ces aspects, pouvait s’avérer contraire à la Constitution.

Ces législations ont trait à un certain nombre de secteurs économiques (énergie, banques et assurances, transports, télécommunications) dans lesquels les directives de l’Union européenne préconisent la création d’autorités dotées d’une indépendance accrue envers les opérateurs du secteur mais aussi envers les pouvoirs publics et investies de pouvoirs autonomes. Plus particulièrement, ces autorités se sont vu octroyer certains pouvoirs réglementaires (fixation des tarifs, conditions d’accès au réseau, etc.). La question de la constitutionnalité de l’existence de ces autorités, d’une part, et de la délégation à ces autorités de pouvoirs réglementaires, d’autre part, a été soumise à la Cour constitutionnelle.

---

(7) 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 Chartre, 2012, 22 ; M. VERDUSSEN, *Justice constitutionnelle*, Bruxelles, Larcier, 2012, 126. Voy. aussi *Rapport de la Cour constitutionnelle de Belgique présenté au XVI<sup>e</sup> Congrès de la Conférence des Cours constitutionnelles européennes*, Vienne 12-14 mai 2014, n<sup>os</sup> 4 à 26, 43, 44, 65, 66, 80-85 et 96, publié sur le site internet de la Cour <http://www.const-court.be>.

### 1. – Un constat

La Constitution belge ne prévoit pas la création de ce type d'autorité. Toutefois, dans un régime de libertés, l'absence d'habilitation constitutionnelle expresse en ce sens n'empêche pas en soi les pouvoirs publics de créer de tels organismes au nom de leur pouvoir résiduel. L'émergence de telles autorités n'est donc pas en soi inconstitutionnelle de sorte que l'hypothèse d'un conflit entre la Constitution et le droit dérivé de l'Union n'est pas rencontrée.

Ensuite, la conformité de la création de ces autorités à notre système constitutionnel doit s'apprécier au regard de la licéité ou non des délégations de pouvoir qui leur sont consenties. Selon les prérogatives qui leur sont reconnues, la constitutionnalité de telles autorités est ainsi plus ou moins mise en cause ou admise.

### 2. – Quelles prérogatives ?

Si l'octroi à une autorité administrative indépendante d'une mission de conseil, sous la forme de pouvoirs d'avis, de recommandations ou de propositions, ou la délégation de pouvoirs de décision individuelle, tels que la délivrance d'autorisation ou d'agrément, de pouvoirs d'investigation et de règlement des différends ou de compétences en matière d'infliction de sanctions ne suscite guère d'objections constitutionnelles (8), il en va autrement de l'octroi d'un pouvoir réglementaire.

La délégation à ces autorités de l'exercice du pouvoir réglementaire se heurte en principe à la Constitution. En effet, la Constitution belge pose le principe de l'unicité du pouvoir réglementaire (articles 37 et 108) dans le chef des exécutifs fédéral et fédérés (9) sans prévoir de possibilité pour ces titulaires du pouvoir exécutif de déléguer le pouvoir réglementaire d'exécution des normes législatives à des autorités ou à des institutions ou organismes qui se situent hors du pouvoir exécutif. En outre, la Constitution investit de la fonction réglementaire des autorités qui sont responsables politiquement devant les assemblées législatives de l'usage qu'elles en font et dont les actes font l'objet d'un contrôle juridictionnel. Or, les autorités administratives dites indépendantes se caractérisent précisément par le fait qu'elles ne relèvent pas de l'autorité hiérarchique du Roi ou d'un gouvernement fédéré ni ne sont soumises à un contrôle de tutelle de leur part de sorte qu'elles n'encourent, même indirectement, aucune responsabilité politique devant le Parlement.

Comment alors réconcilier la Constitution qui ne prévoit pas cette délégation de pouvoir réglementaire à de telles autorités et le droit dérivé de

---

(8) P. Nihoul, « Les autorités administratives indépendantes en Belgique », *R. Fr. D. A.*, 2013/4, pp. 897-902.

(9) L'article 20 de la loi spéciale du 8 août 1980 retient le même principe pour les Régions et les Communautés.

l’Union qui le prévoit, voire l’impose ? La question s’est posée devant la Cour constitutionnelle.

**3. – L’arrêt n° 130/2010 du 18 novembre 2010  
de la Cour constitutionnelle**

La Commission de Régulation du Gaz et de l’Électricité (ci-après, la CREG) inflige à une régie communale d’électricité une amende administrative. Cette régie introduit contre cette décision un recours en annulation devant le Conseil d’État, lequel saisit la Cour constitutionnelle de la question de savoir si l’absence de contrôle suffisant du pouvoir exécutif sur une telle décision de la CREG viole ou non les articles 10 et 11 de la Constitution, lus isolément ou combinés avec les articles 33 et 37 de la Constitution.

La réponse de la Cour s’opère en deux temps.

Elle examine tout d’abord le statut de la CREG (B.4). Celle-ci est bien une autorité administrative qui jouit d’une large autonomie. Cette large autonomie est voulue expressément par le législateur et s’oppose à l’existence d’un contrôle hiérarchique ou de tutelle. La Cour reconnaît ainsi et légitime le concept d’autorité administrative indépendante. Il s’agit bien d’une organisation administrative différente de celle issue de la décentralisation fonctionnelle classique. Il reste toutefois à examiner si cette figure juridique est conforme à la Constitution.

C’est le second temps du raisonnement (B.5 à B.8). Celui-ci s’articule en trois étapes :

1. Une affirmation générale de constitutionnalité.  
La Cour tire argument de l’absence de prescription constitutionnelle relative aux autorités administratives indépendantes et même à la décentralisation fonctionnelle. Elle souhaite sans doute également répondre à l’objection tirée de l’article 33 de la Constitution (indisponibilité des compétences) : cette disposition est en effet invoquée dans la question mais la Cour ne la reprend pas comme telle dans son arrêt.
2. L’unicité du pouvoir exécutif est affirmée à l’article 37 de la Constitution, celle du pouvoir réglementaire à l’article 108 de la Constitution. La Cour répond à cette double objection, il est vrai, au regard du seul article 37 mais l’article 108 n’était pas invoqué dans la question. Elle affirme la constitutionnalité de la délégation d’une compétence exécutive à une autorité administrative indépendante moyennant trois conditions :
  - il doit s’agir d’une matière technique déterminée : la mission d’une autorité administrative indépendante ne peut être générale mais doit avoir trait à un marché ou à un domaine particulier. Il s’agit en effet de procéder ou de participer à l’organisation d’un secteur d’activités pour le faire fonctionner au mieux ;

- il doit y aller de compétences exécutives spécifiques : la compétence exécutive attribuée doit être de portée limitée ;
- et surtout, il doit subsister un contrôle juridictionnel et un contrôle parlementaire. Pourquoi cette exigence ? C’est que l’indépendance de ces autorités administratives ne modifie pas la nature du pouvoir qu’elles exercent : cette compétence reste un pouvoir d’État et celui-ci doit être soumis à la légitimité démocratique, laquelle ressort de ce double contrôle.

La Cour va surtout s’attacher à vérifier l’existence de cette dernière double condition (B.6 et B.7). Cette exigence de légitimité démocratique est en effet fondamentale. Dans un arrêt ultérieur (10), la Cour constitutionnelle insiste sur cette dimension en reprenant un passage d’un arrêt de la Cour de justice :

« À cet égard, la Cour de justice a précisé comme suit le principe de la démocratie dans le droit de l’Union, qui doit être pris en considération pour l’interprétation d’un acte de droit dérivé de l’Union :

“Ce principe ne s’oppose pas à l’existence d’autorités publiques situées en dehors de l’administration hiérarchique classique et plus ou moins indépendantes du gouvernement. L’existence et les conditions de fonctionnement de telles autorités relèvent, dans les États membres, de la loi ou même, dans certains États membres, de la Constitution et ces autorités sont soumises au respect de la loi, sous le contrôle des juridictions compétentes. De telles autorités administratives indépendantes [...] ont souvent des fonctions régulatrices ou exercent des missions qui doivent être soustraites à l’influence politique, tout en restant soumises au respect de la loi, sous le contrôle des juridictions compétentes. [...] Certes, l’absence de toute influence parlementaire sur ces autorités ne saurait se concevoir” (CJUE, grande chambre, 9 mars 2010, *Commission/Allemagne*, C-518/07, points 42-43) ».

3. La Cour relève enfin les exigences du droit européen qui s’imposent à la Belgique via l’article 34 de la Constitution non invoqué dans la question. Elle note à cet égard le renforcement progressif des exigences européennes en la matière (B.8.2 et B.8.3).

#### 4. – Quelles sont les conséquences de l’arrêt n° 130/2010 ?

1. La constitutionnalité des autorités administratives indépendantes est reconnue. Certes, la Cour constitutionnelle avait déjà admis des délégations de compétences à d’autres organes que le pouvoir exécutif, comme en matière d’enseignement (11) ou de logement (12). Toutefois, il s’agissait d’opérateurs du secteur concerné qui se voyaient en outre confier certaines compétences individuelles ou normatives (13) alors qu’il s’agit ici d’un organisme de régulation distinct des opérateurs.

(10) C.C., arrêt n° 158/2013 du 21 novembre 2013, B.14.4.

(11) C.C., arrêts n° 41/2004 du 17 mars 2004, B.3.2 ; n° 40/2011 du 15 mars 2011, B.10 à B.14.

(12) C.C., arrêt n° 24/98 du 10 mars 1998.

(13) Voy. C.C., arrêt n° 162/2015 du 19 novembre 2015, B.8.4. : « L’article 33 de la Constitution et l’article 20 de la loi spéciale du 8 août 1980 ne s’opposent pas à ce que le législateur confie des compétences exécutives spécifiques à un organisme public décentralisé qui est soumis à une tutelle administrative et à un contrôle juridictionnel ».

En outre, et surtout, la Cour se prononce pour la première fois sur le degré d’indépendance d’un tel organisme. Constitutionnellement, un tel organisme ne doit pas être soumis à un contrôle hiérarchique ou tutélaire ; un contrôle parlementaire et juridictionnel suffit (14) tout en étant nécessaire (15).

Cette jurisprudence est confirmée dans quatre arrêts ultérieurs.

- Dans un premier arrêt, la Cour a ainsi annulé une disposition législative qui, tout en affirmant qu’un organisme est « autonome et fonctionnellement indépendant », le place ensuite sous « l’autorité hiérarchique du ministre », au motif que « ce contrôle hiérarchique est incompatible avec l’indépendance voulue » notamment par une directive de l’Union européenne (16).
- Dans un deuxième arrêt, la Cour a aussi annulé la création, au sein de la CREG, d’un Conseil général habilité à définir des orientations pour l’exécution de la loi, au motif qu’il était composé « de divers acteurs du secteur de l’énergie et de la société civile qui n’ont manifestement pas l’indépendance requise pour faire partie de l’autorité de régulation » ; il revient dès lors au législateur de créer ce Conseil général indépendamment de la CREG d’une manière qui garantisse l’indépendance complète de celle-ci (17).
- Dans un troisième arrêt (18), la Cour a admis le pouvoir reconnu à la FSMA de fixer des conditions restrictives à la commercialisation de produits financiers ou de certaines catégories de produits financiers auprès des clients de détail et d’imposer un label obligatoire ou toute autre mesure permettant de favoriser la transparence. Elle a reproduit le considérant de principe de l’arrêt n° 130/2010 (B.22.4) en s’attachant à démontrer l’existence de contrôles parlementaire et juridictionnel (B.22.5. et B.22.6).
- Dans un quatrième arrêt (19), La Cour a également admis, dans le chef de la FSMA le pouvoir de définir le contenu, la forme et les

(14) À la suite de cet arrêt, le Conseil d’État a rejeté le premier moyen pris de la violation des dispositions constitutionnelles invoquées dans la question préjudicielle mais a annulé la décision de la CREG sur la base d’autres moyens (C.E., *Ville de Wavre*, n° 212.557, du 7 avril 2011).

(15) La Cour a ainsi admis l’obligation pour la CREG de communiquer à la Chambre des représentants son projet de méthodologie tarifaire au motif que cette obligation n’est pas « de nature à porter atteinte à l’indépendance de la CREG dès lors que l’obligation est limitée à une obligation de communication qui n’implique aucune limitation des pouvoirs de la CREG et qui s’inscrit dans la mise en oeuvre du contrôle parlementaire que la Chambre des représentants exerce sur les autorités publiques » (C.C., arrêt n° 117/2013 du 7 août 2013, B.28).

(16) C.C., arrêt n° 158/2013 du 21 novembre 2013, B.11 (à propos d’un organisme d’enquête sur les accidents de navigation).

(17) C.C., arrêt n° 117/2013 du 7 août 2013, B.10 à B.11.3. Dans le même arrêt, la Cour annule aussi une obligation de concertation avec la Direction générale de l’Énergie dans la surveillance de la congestion du réseau au motif que « s’il est vrai qu’une concertation n’implique pas un partage du pouvoir de décision dont l’exercice est assorti de cette concertation, il reste qu’elle est de nature à porter atteinte à l’exigence de l’indivisibilité du régulateur » (B.20.6).

(18) C.C., arrêt n° 86/2015 du 11 juin 2015.

(19) C.C., arrêt n° 89/2016 du 9 juin 2016.

modalités de transmission des rapports qui portent sur, selon les cas, le service d'intermédiation en assurances que le prestataire fournit au client ou les contrats d'assurance que le client a souscrits auprès de ce prestataire. Elle a ici aussi reproduit le considérant de principe de l'arrêt n° 130/2010 (B.9.6.4.) en s'attachant à démontrer l'existence de contrôles parlementaire et juridictionnel (B.9.6.6. et B.9.6.7.).

2. L'interprétation donnée par la Cour à la Constitution consacre le fractionnement du pouvoir exécutif. Des conditions à ce brevet de constitutionnalité sont néanmoins émises.

Deux questions subsistent à cet égard :

- dans quelles matières ?

Selon l'arrêt, la matière doit être « technique » et « déterminée » : ce faisant, la Cour rencontre la plupart des autorités administratives indépendantes existantes en droit belge, lesquelles ont été instaurées dans des secteurs présentant une certaine technicité comme l'énergie, les télécoms, la poste, le contrôle aérien, le secteur financier et des assurances, etc. Toutefois, de telles autorités existent également dans d'autres secteurs touchant cette fois aux libertés fondamentales, comme l'audiovisuel, la vie privée et le droit des étrangers. Celles-ci peuvent-elles également bénéficier de l'absolution donnée par la Cour ?

- avec quelles compétences ?

Selon l'arrêt, les compétences exécutives doivent être « spécifiques ». En l'espèce, les prérogatives en jeu de la CREG étaient un pouvoir de contrôle et de surveillance des comptes d'une régie d'électricité et un pouvoir de sanction individuelle sous la forme d'une amende administrative. Peut-on étendre les enseignements de cet arrêt au-delà de ces compétences, notamment à l'égard de compétences réglementaires ?

Cinq arrêts postérieurs de la Cour constitutionnelle nous apportent un début de réponse.

- Un premier arrêt (20) concerne à nouveau la CREG mais cette fois sont en jeu ses pouvoirs de fixation des méthodes tarifaires en matière de transport et de distribution d'énergie, soit des pouvoirs réglementaires. La deuxième directive sur l'électricité prévoit que cette compétence de réglementation revient aux autorités de régulation tout en permettant aux États de maintenir une tutelle d'approbation sur les décisions de ces autorités (art. 23, §§ 2 et 3). Or, la loi belge n'est pas jugée conforme à cette directive dès lors qu'elle prévoit également l'intervention du pouvoir exécutif dans la détermination d'éléments importants pour la fixation des tarifs (21). En exécution de cette loi, le Roi prend un arrêté en matière tarifaire sur la base de propositions de la CREG mais en

(20) C.C., arrêt n° 97/2011 du 31 mai 2011.

(21) C.J.U.E., 29 octobre 2009, *Commission c. Belgique*, C-474/08.

les modifiant. Contesté, cet arrêté royal est confirmé par une loi. Saisie de cette loi, la Cour constitutionnelle l’annule au motif que la confirmation législative d’un arrêté royal contraire au droit de l’Union européenne ne couvre pas l’irrégularité de cette réglementation. Ce faisant, la Cour admet que le pouvoir de réglementation échappe désormais au Roi et revient exclusivement à l’autorité de régulation en raison d’une directive européenne.

- Un second arrêt confirme la voie ainsi empruntée (22). En matière d’assurance-vie, le législateur aurait octroyé un pouvoir réglementaire à des organes privés, ce qui serait contraire aux articles 33, 37 et 108 de la Constitution (7<sup>e</sup> moyen de la requête). Dans le premier cas relatif à un pouvoir d’évaluation de la surprime réclamée par l’assureur au candidat, la Cour a jugé que ce pouvoir ne pouvait être considéré ni comme un pouvoir réglementaire ni comme un pouvoir de décision discrétionnaire (B.56.2) en raison de la délimitation suffisante de ce pouvoir par le législateur de sorte qu’il n’y avait pas de raisons d’examiner la conformité aux dispositions constitutionnelles précitées. Le second cas concerne la fixation par la Caisse de compensation des versements à effectuer par les assureurs « pour l’accomplissement de sa mission et pour supporter ses frais de fonctionnement ». La Cour a jugé à cet égard, d’une part, que « la fixation du montant des versements constitue une modalité d’exécution ayant une portée limitée et technique, n’emportant aucun choix politique » (B.58.3) et, d’autre part, qu’étant donné que le Roi doit agréer la Caisse de compensation, aux conditions qu’il détermine, en approuver les statuts et régler le contrôle des activités de cette Caisse, celle-ci « est dès lors contrôlée par un organe qui porte une responsabilité politique à l’égard d’une assemblée démocratiquement élue » (B.58.4).
- Dans un troisième arrêt, la Cour a répété, à propos d’un pouvoir reconnu à un organisme d’enquête sur les accidents de navigation de formuler et d’édicter des recommandations de sécurité, que « même si les recommandations étaient obligatoires, l’article 37 de la Constitution, également invoqué dans le moyen, n’empêche pas que le législateur confie des compétences exécutives spécifiques, dans une matière technique déterminée, à une autorité administrative autonome qui, pour le surplus, demeure soumise tant au contrôle juridictionnel qu’au contrôle parlementaire » (23).
- Enfin, dans des quatrième et cinquième arrêts, la Cour a validé le pouvoir réglementaire reconnu à la FSMA aux motifs que « le législateur a suffisamment défini, dans une matière technique qui justifie de faire appel à l’autorité administrative concernée, l’objet de l’habilitation législative et il n’a pas, par ailleurs, délégué des éléments essentiels de l’exercice d’une activité professionnelle »

(22) C.C., arrêt n° 166/2011 du 10 novembre 2011.

(23) C.C., arrêt n° 158/2013 du 21 novembre 2013, B.14.

et que la législation applicable « soumet les règlements de la FSMA à l’approbation du Roi » (24).

L’absence de contrôle de tutelle sur les décisions de ces organismes est donc à nouveau compensée, pour être admise, par la double affirmation d’une compétence normative limitée et d’un possible contrôle parlementaire et juridictionnel.

3. Quel est l’impact du droit européen ?

L’appui du raisonnement de la Cour sur les règles de droit de l’Union est certes exprimé à titre surabondant puisque la conformité de ces autorités administratives aux articles 33, 37 et 108 de la Constitution est préalablement affirmée.

Mais les considérants B.8.1. à B.8.3. de l’arrêt n° 130/2010 indiquent que pour la Cour, dès lors que le droit européen prévoit l’existence d’autorités de régulation, des exigences d’indépendance de ces autorités de régulation vis-à-vis des pouvoirs publics et l’octroi à ces autorités de compétences de réglementation exclusive, les dispositions constitutionnelles, muettes, voire contraires sur certains de ces points, ne pourraient faire obstacle à la création de ces autorités et à l’octroi par le législateur de prérogatives importantes à ces mêmes autorités.

Le droit de l’Union sert donc à légitimer la création de figures juridiques inconnues de la Constitution, ce qui en soi n’est pas absolument requis dès lors que dans un régime de libertés, le législateur pourrait créer de telles figures sans l’appui du droit de l’Union. Mais plus encore, le droit de l’Union permet à la Cour de valider le fractionnement du pouvoir réglementaire qui, lui, n’apparaît pas compatible avec certaines dispositions constitutionnelles. L’article 34 de la Constitution est ici primordial dans le raisonnement de la Cour. Il permet à la Cour de considérer que dès lors que la Belgique a adhéré au TFUE, elle a délégué aux instances de l’Union le soin de prendre les mesures adéquates dans les domaines en question.

### RÉFLEXIONS FINALES

La conception moniste de la Cour de cassation, en ce qu’elle nie toute possibilité pour un des organes de l’État, cadre de référence pour les structures du système démocratique, de contrôler les décisions prises au niveau international, lesquelles sont supérieures au droit interne en raison même de leur nature, nous paraît démocratiquement contestable et manquer de fondement constitutionnel.

Le passage, dans l’opération de contrôle juridictionnel, par une disposition constitutionnelle, reflet d’une conception dualiste, permet de conserver au niveau de l’ordre étatique la possibilité même d’un contrôle de compatibilité des normes internationales avec les fondements mêmes de l’ordre

---

(24) C.C., arrêt n° 86/2015 du 11 juin 2015, B.23.3. ; C.C., arrêt n° 89/2016 du 9 juin 2016, B.9.6.8.

juridique belge. En l’absence d’une disposition constitutionnelle spécifique fixant les rapports entre les deux ordres juridiques, la Cour constitutionnelle, tout comme le Conseil d’État, ont eu recours à l’article 34 relatif aux transferts déterminés de souveraineté. Dans les domaines déterminés qui ont été transférés par la Belgique à l’Union européenne au travers des différents traités constitutifs de l’Union, cet article 34 permet à la Cour de valider, dans le champ constitutionnel, des législations nationales prévoyant, en exécution du droit de l’Union, des délégations de compétences non conformes à la Constitution à des autorités non prévues par la Constitution.

Cette opération de « blanchiment » constitutionnel pose toutefois un double problème. D’une part, l’article 34 ne peut être interprété comme conférant un blanc-seing absolu à toute incursion du droit dérivé de l’Union dans le champ constitutionnel. La Cour constitutionnelle n’avait toutefois pas émis jusqu’il y a peu, de réserve de constitutionnalité semblable à la *Grundgesetz*, soit une réserve à l’égard d’actes de l’Union qui remettraient en question l’identité de l’ordre constitutionnel établi par la Constitution belge (25). Toutefois, dans un arrêt récent, la Cour a emprunté cette voie dont l’avenir nous dira si elle est prometteuse d’une nouvelle tension entre Constitution et droit de l’Union (26).

D’autre part, ce procédé ne peut servir que d’*ultimum remedium*, soit lorsque la Constitution n’a pu au préalable être adaptée à ces nouvelles exigences issues du droit dérivé de l’Union. À cet égard, par rapport à l’arrêt n° 130/2010, il faut souligner que la fonction réglementaire est une des trois fonctions essentielles de notre appareil constitutionnel. Son mode d’exercice dans une ou plusieurs de ses composantes ne peut dès lors rester indéfiniment étranger au texte constitutionnel. Il est temps de donner une assise constitutionnelle à ces nouveaux modes de réglementation et surtout aux limites qui les entourent. Par respect de l’État de droit. Mais aussi par souci de légitimité.

(25) Pour une critique de cette jurisprudence, voy. 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), *Rev. b. dr. const.* 2010, 15-54.

(26) C.C., arrêt n° 62/2016 du 28 avril 2016, B.8.7. : « l’article 34 de la Constitution ne peut être réputé conférer un blanc-seing généralisé, ni au législateur, lorsqu’il donne son assentiment au traité, ni aux institutions concernées, lorsqu’elles exercent les compétences qui leur ont été attribuées. L’article 34 de la Constitution n’autorise en aucun cas qu’il soit porté une atteinte discriminatoire à l’identité nationale inhérente aux structures fondamentales, politiques et constitutionnelles ou aux valeurs fondamentales de la protection que la Constitution confère aux sujets de droit ».

