

LE MAINTIEN DES EFFETS DES NORMES CENSURÉES PAR LA COUR D'ARBITRAGE – RECOURS EN ANNULATION ET QUESTIONS PRÉJUDICIELLES

par

Bruno LOMBAERT

Auditeur adjoint au Conseil d'Etat

Assistant à l'U.C.L.

En vertu de l'article 142 de la Constitution, la Cour d'arbitrage « statue par voie d'arrêt » sur la violation par des normes de rang législatif des articles 10, 11 et 24 de la Constitution ou des règles de répartition des compétences entre l'Etat et les collectivités fédérées.

La loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage précise ses pouvoirs au regard de ses modes de saisine.

Soit la Cour est saisie d'un recours direct introduit par une autorité législative ou exécutive, ou par un particulier – personne physique ou morale justifiant d'un intérêt – et dirigé contre une loi, un décret ou une ordonnance, qu'elle peut annuler avec effet *erga omnes* (articles 1^{er} et 8).

Soit une juridiction lui pose une question préjudicielle relative à la constitutionnalité d'une loi, d'un décret ou d'une ordonnance et la réponse de la Cour à cette question concrète s'impose à la fois au juge qui l'a posée et à tous les juges qui auront à connaître du même litige (articles 26 et 28).

Gardienne de la Constitution contre les atteintes qu'y portent les législateurs fédéral et fédérés, la Cour peut donc censurer le fruit de la volonté de ces législateurs. Elle peut aussi, reculant devant les conséquences de la censure d'une norme législative parfois ancienne, la corriger par le truchement de techniques d'interprétation conciliante, qui lui permettent de neutraliser les effets néfastes de la norme, d'y ajouter ou de donner des directives aux autorités chargées de son application ¹.

C'est également en vue de permettre à la Cour d'arbitrage de remédier aux conséquences radicales de l'annulation d'une norme que le législateur spécial l'a dotée du pouvoir, particulier ², de maintenir les effets de cette norme.

L'article 8, alinéa 2, de la loi spéciale du 6 janvier 1989 ³ se lit :

« 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 ».

On le voit, le législateur spécial n'a consacré expressément le pouvoir de maintenir les effets des normes censurées qu'au contentieux de l'annulation (I).

Cela se justifie surtout par le souci d'éviter les effets néfastes de la rétroactivité sur la sécurité juridique (A). On ne peut donc faire l'économie d'un rappel des principes relatifs à la rétroactivité de l'annulation (A.1) et au régime juridique de l'article 8, alinéa 2, de la loi spéciale (A.2).

A l'aide de ces instruments théoriques, l'on observe ensuite l'application que la Cour d'arbitrage a faite de son pouvoir (B). Après un essai de typologie de cette pratique (B.1), l'on se livre à des observations critiques (B.2).

Par ailleurs, la Cour d'arbitrage s'est parfois arrogé le même pouvoir de façon prétorienne dans le cadre du contentieux des questions préjudicielles (II).

De sa propre initiative, la Cour a ainsi limité dans le temps l'effet d'un constat d'inconstitutionnalité formulé en réponse à une question préjudicielle ⁴. Dans un arrêt plus récent, elle a refusé d'accéder à la demande d'un juge du fond, qui lui proposait de limiter les effets dans le temps d'un arrêt rendu antérieurement sur question préjudicielle ⁵.

Après avoir décrit succinctement ces arrêts (A), l'on se demande si la Cour d'arbitrage ne sera pas amenée, à l'avenir, à consacrer son pouvoir de moduler les effets des constats d'inconstitutionnalité faits sur questions préjudicielles (B).

¹ Voy. notre étude « Les techniques d'arrêt de la Cour d'arbitrage », *R.B.D.C.*, 1996, n° 3, pp. 317 à 355.

² La même faculté a récemment été accordée à la section d'administration du Conseil d'Etat pour les arrêts d'annulation d'actes réglementaires (article 141ter des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, qui y a été inséré par la loi du 4 août 1996). Pour une première application, voy. C.E., arrêt Evrard, n° 71.610, du 5 fév. 1998 et l'arrêt en interprétation Ville de Wavre, n° 75.712, du 10 sept. 1998.

³ La loi spéciale reprend ainsi les termes de l'article 6, alinéa 2, de la loi du 28 juin 1983 organique de la Cour d'arbitrage.

⁴ C.A., arrêts n° 18/91, du 4 juill. 1991 et n° 83/93, du 1^{er} déc. 1993.

⁵ C.A., arrêt n° 8/97, du 19 fév. 1997.

I. LES ARRÊTS D'ANNULATION

A. LA RÉTROACTIVITÉ ET LA PROTECTION DE LA SÉCURITÉ JURIDIQUE

1° Le principe de rétroactivité des arrêts d'annulation

Le législateur spécial a défini précisément les pouvoirs de la Cour d'arbitrage. Lorsqu'elle estime fondé un recours direct introduit devant elle, elle doit annuler, en tout ou en partie, la norme irrégulière⁶.

L'annulation opère avec effet rétroactif⁷.

Cela signifie que la norme annulée est anéantie depuis le jour où elle est entrée en vigueur⁸. N'ayant jamais existé, elle est censée n'avoir produit aucun effet de droit dans le passé⁹. Elle n'en produira plus à l'avenir.

C'est essentiellement quant à ses effets dans le temps que l'annulation se distingue de l'abrogation, qui ne supprime la norme que pour l'avenir¹⁰.

Malgré l'impression que peuvent donner les travaux préparatoires de la loi sur la Cour d'arbitrage, le choix de la sanction radicale de l'annulation ne s'imposait pas au législateur spécial.

⁶ Voy. surtout les articles 1^{er} et 8, alinéa 1^{er}, de la loi spéciale du 6 janvier 1989.

⁷ Voy. les études de E. KRINGS, « Propos sur les effets des arrêts rendus par la Cour d'arbitrage », *J.T.*, 1985, pp. 577 à 591 ; M.F. RIGAUX, « L'effet rétroactif des arrêts d'annulation rendus par la Cour d'arbitrage et les effets de la norme annulée », *J.T.*, 1986, pp. 589 à 594 ; « Les conséquences des arrêts de la Cour d'arbitrage sur les actes juridiques dérivés de la norme annulée », in *La Cour d'arbitrage. Actualité et perspectives* (dir. F. DELPÉRIE), Bruxelles, Bruylant, 1988, pp. 191 et 192 ; H. SIMONART, *La Cour d'arbitrage. Une étape dans le contrôle de la constitutionnalité des lois*, Bruxelles, Story-scientia, 1988, pp. 195 à 211 ; J. VELAERS, *Van Arbitragehof tot Grondwettelijk Hof*, Antwerpen, Maklu, 1990, pp. 295 à 299.

⁸ C'est ainsi que la Cour d'arbitrage définit la portée dans le temps de ses propres arrêts d'annulation. Voy. notamment C.A., arrêts n° 13, du 25 mars 1986 ; n° 18, du 20 mai 1986 ; n° 19, du 12 juin 1986 ; n° 20, 21, 22 et 23, du 25 juin 1986 ; n° 26, du 21 oct. 1986 ; n° 18/89, du 5 juill. 1989 ; n° 11/92, du 13 fév. 1992 et n° 17/93, du 4 mars 1993. La Cour de cassation a adopté la même conception. Voy. Cass., 29 sept. 1986, *Chron. dr. soc.*, 1987, p. 19 ; Cass., 27 oct. 1986, *Pas.*, 1987, I, pp. 254 et 255.

⁹ Ainsi, les normes législatives qu'elle avait abrogées renaissent, même si elles sont entachées du même vice que la norme annulée. Voy. H. SIMONART, *La Cour d'arbitrage. Une étape...*, op. cit., p. 198 ; J. VELAERS, op. cit., pp. 296 et 297.

¹⁰ Voy. à cet égard l'avis « complémentaire » de la section de législation du Conseil d'Etat sur le projet qui deviendra la loi du 28 juin 1983 organique de la Cour d'arbitrage : « D'une manière extrêmement générale, le droit recourt au concept d'annulation pour viser une opération juridique par laquelle une juridiction (...) déclare qu'un acte ne satisfait pas aux conditions requises pour sa validité et que, dès lors, il est nul. Il en résulte logiquement que cet acte doit être considéré comme n'ayant pas produit d'effets, même dans le passé. (...) Employer le terme 'annulation' pour désigner une mise à néant de la loi ou du décret qui produirait des effets uniquement pour l'avenir, serait dénaturer la notion d'annulation. Si le législateur entendait écarter tout effet rétroactif, il devait recourir à un terme autre que le terme 'annulation' » (in *Doc. parl.*, Sénat, sess. 1981-1982, n° 246/2, pp. 359 et 360). Voy. aussi, sur les (autres) différences entre l'annulation et l'abrogation, l'avis de J. VELU (in *Doc. parl.*, Sénat, *ibid.*, p. 417).

D'une part, l'ancien article 107^{ter} de la Constitution, devenu ses articles 141 et 142, laissait au législateur spécial une grande latitude.

D'autre part, les exemples étrangers montrent que des sanctions différentes peuvent assortir les décisions des cours constitutionnelles, même si l'annulation est souvent considérée comme la sanction la plus classique, du moins en Europe occidentale¹¹. Certaines cours ne peuvent qu'anéantir pour l'avenir la norme législative irrégulière¹². D'autres doivent se borner à formuler des constats d'inconstitutionnalité et renvoyer la norme au législateur¹³.

¹¹ En ce sens voy. J. VELU et A. VANWELKENHUYZEN, « Le contrôle de la conformité des normes ayant force de loi aux règles distribuant le pouvoir législatif », *A.P.T.*, 1979-1980, pp. 140 et s.

Les cours constitutionnelles peuvent annuler les normes législatives irrégulières, notamment en Allemagne et en Italie.

Pour l'Allemagne, voy., à titre de documentation de base, J.C. BEGUIN, *Le contrôle de la constitutionnalité des lois en R.F.A.*, Paris, Economica, 1982 ; W. ZEIDLER, « Cour constitutionnelle fédérale allemande » (rapport à la 7^e conférence des cours constitutionnelles européennes tenue à Lisbonne du 26 au 30 avril 1987), in *A.I.J.C.*, spéc. pp. 50 à 52. Pour l'Italie, voy. V. CRISAFULLI, « Le système de contrôle de la constitutionnalité des lois en Italie », *R.D.P.*, 1968, pp. 83 à 132 ; L. ELIA, *La Corte Costituzionale nel 1983*, Roma, 1984 ; G. ZAGREBELSKI, *La Giustizia costituzionale*, Bologna, 1977 ; Rapport de la Cour constitutionnelle italienne (conférence de Lisbonne de 1987), in *A.I.J.C.*, 1987, spéc. pp. 188 à 192.

¹² Tel est le cas, par exemple, en Autriche, en Grèce et dans la plupart des pays de l'Est ayant instauré récemment une Cour constitutionnelle.

En Autriche, l'arrêt de la Cour constitutionnelle entre en vigueur le jour de sa publication au journal officiel. Il n'affecte pas l'existence antérieure de la norme invalidée. Voy. Ch. EISENMANN, *La justice constitutionnelle et la haute cour constitutionnelle d'Autriche*, Paris, L.G.D.J., 1928, pp. 227 et s. ; C.S. DOUIN, *Le fédéralisme autrichien*, Paris, L.G.D.J., 1977, pp. 135 et s. ; F. ERMACORA, « Procédures et techniques de protection des droits fondamentaux (Cour constitutionnelle autrichienne) », *R.D.I.D.C.*, 1981, pp. 425 et s. ; Rapport de la Cour constitutionnelle autrichienne (conférence de Lisbonne de 1987), *A.I.J.C.*, 1987, pp. 77 et s.

En Grèce, la norme déclarée irrégulière ne devient inopérante qu'à partir de la publication de l'arrêt de la Cour spéciale supérieure ou à la date fixée par cet arrêt. Voy. V. PERIFANAKI ROTOLU, « La Corte Suprema Speciale nelle Costituzione greca del 1975 », *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1979, p. 183 ; D. PRODRAMOS DAGTALOU, « Die Griechische Verfassung von 1975 », *J.O.R.*, 1983, p. 356 ; « Die Verfassungsgerichtsbarkeit in Griechenland », in C. STARCK et A. WEBER, *Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa*, Baden-Baden, Nomos, t. I, p. 363.

En Bulgarie, Hongrie, Slovaquie et Tchéquie, les décisions des cours constitutionnelles n'ont d'effets que pour l'avenir. Voy. les études rassemblées dans *La justice constitutionnelle en Europe centrale* (dir. M. VERDUSSEN), Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 1997.

¹³ Dans les anciens systèmes tchécoslovaque et yougoslave, la décision de la cour constitutionnelle obligeait le législateur à modifier la règle irrégulière dans un délai de six mois. A défaut, l'arrêt produisait ses effets et la norme perdait vigueur. Voy. H. SIMONART, op. cit., p. 196 ; L. FAVOREU, *Les cours constitutionnelles*, coll. *Que sais-je ?*, 2^e éd., 1992, pp. 115 à 120, qui cite P. NIKOLIC, in *Le contrôle juridictionnel des lois (Colloque d'Uppsala)*.

Actuellement, le Tribunal constitutionnel polonais ne peut, lorsqu'il constate que la loi est inconstitutionnelle, que la renvoyer à la Diète. Sa décision n'est pas définitive. La Diète peut modifier ou abroger la loi, mais elle peut aussi, à une majorité qualifiée, repousser la décision du tribunal constitutionnel et assurer ainsi le maintien en vigueur de la loi inconstitutionnelle. Voy. L.L. GARLICKI, « La justice constitutionnelle en Pologne », in *La justice constitutionnelle en Europe centrale* (dir. M. VERDUSSEN), op. cit., pp. 112 et 113.

Pour une critique de ce système, peu compatible avec l'idée de prééminence du droit, voy. M. FROMONT, *La justice constitutionnelle dans le monde*, Paris, Dalloz, coll. *Connaissance du droit*, 1996, p. 26.

Le choix de cette sanction radicale a été justifié très tôt ¹⁴ par le constat que le vice affecte nécessairement la norme depuis son adoption. Il a donc semblé logique que le constat d'inconstitutionnalité reçoive une portée déclarative et que la sanction remonte dans le temps jusqu'au moment où l'irrégularité a été commise. Ainsi, l'annulation permet réellement de remettre le « terrain législatif » dans son pristin état ¹⁵.

En outre, la conception défendue par Jacques Velu lors de l'élaboration de la loi organique du 28 juin 1983 semble avoir frappé les esprits ¹⁶. Pour lui, l'abrogation est une mesure qui, par sa nature, doit être réservée au législateur. Ce dernier peut aménager l'abrogation en prenant des dispositions transitoires. Toujours selon Jacques Velu, admettre qu'une cour constitutionnelle abroge la loi, sans rétroactivité, revient à accepter, pour des raisons d'opportunité, que la loi viole la Constitution pendant une période comprise entre son entrée en vigueur et le jour de son invalidation.

Enfin, le recours en annulation des actes et règlements administratifs pour excès de pouvoir organisé devant le Conseil d'Etat a pu servir d'exemple au législateur spécial. Ne s'agit-il pas d'une sorte d'archétype du recours juridictionnel objectif dirigé contre un acte unilatéral – le cas échéant normatif s'agissant de règlements – adopté par les pouvoirs publics ?

Quoi qu'il en soit, le choix de l'annulation rétroactive a des incidences importantes dans la pratique. La rétroactivité n'est en définitive qu'une fiction. Entre son entrée en vigueur et son annulation, la loi a fait l'objet de nombreuses applications. Le pouvoir exécutif a adopté des arrêtés d'exécution, l'administration a pris des règlements ou des actes individuels, les particuliers ont passé des conventions, les juges ont tranché des conflits. Tous ces actes juridiques faits en application de la loi perdent, avec effet rétroactif, leur assise juridique. Cela implique que leur irrégularité pourra, dans le respect de certaines conditions, être constatée par le juge ¹⁷.

En effet, le législateur spécial ¹⁸ a permis aux citoyens de bénéficier de la rétroactivité d'un arrêt d'annulation, par le truchement d'un recours juridic-

tionnel spécifique. Ce recours leur permet d'obtenir la rétractation soit des jugements rendus en matières civile ou pénale et coulés en force de chose jugée, soit des arrêts du Conseil d'Etat, dans la mesure où ces décisions juridictionnelles reposent sur une norme législative annulée. Par ailleurs, l'article 18 de la loi spéciale ouvre un nouveau délai de six mois, à partir de la publication de l'arrêt d'annulation de la Cour d'arbitrage au Moniteur Belge, pour introduire les recours juridictionnels appropriés contre les actes et règlements des autorités administratives ou contre les jugements fondés sur la norme annulée ¹⁹.

On le voit, la rétroactivité est un facteur puissant d'insécurité juridique ²⁰.

L'article 8, alinéa 2, de la loi spéciale permet à la Cour d'arbitrage de limiter les atteintes à la sécurité juridique que porte en elle l'annulation rétroactive. Il convient d'analyser sous cet angle le régime juridique de cette disposition.

2° Le régime de l'article 8, alinéa 2, de la loi spéciale sur la Cour d'arbitrage

L'article 8, alinéa 2, permet à la Cour d'arbitrage de maintenir les « effets des dispositions annulées ».

A l'évidence, cette disposition a été directement inspirée de l'article 174 du Traité de Rome instituant la Communauté économique européenne ²¹.

Comme l'ont précisé Marie-Françoise Rigaux ²² et Henri Simonart ²³, la notion d'effets vise ici l'aptitude de la norme à fournir un titre juridique à un certain nombre d'actes d'exécution et d'application.

Il ne faut donc pas confondre les effets de la norme annulée avec les effets de la rétroactivité des arrêts d'annulation. Lorsque la Cour fait usage de l'article 8, alinéa 2, c'est parce qu'elle a annulé au préalable la norme législative, qui est donc anéantie avec effet rétroactif ²⁴. Ce que peut faire la Cour d'arbitrage, c'est décider que, malgré l'annulation de la norme, ses actes d'application et d'exécution ne pourront voir leur validité remise en question. Par

¹⁴ Voy. H. SIMONART, *op. cit.*, p. 196, qui montre, en citant les travaux préparatoires, que c'est dès l'origine qu'il a été envisagé de confier à la Cour d'arbitrage un pouvoir d'annulation.

¹⁵ Voy. surtout la déclaration du sénateur Lallemand lors de l'élaboration de la loi du 10 mai 1985 relative aux effets des arrêts d'annulation rendus par la Cour d'arbitrage, in *Ann. parl.* Sénat, séance du 14 mars 1985, p. 1836 et la note du sénateur Goossens, in *Doc. parl.* Sénat, sess. 1983-1984, n° 579/2 (annexe), p. 11 et réf. La doctrine reprend à son compte cette justification. Voy. M.F. RIGAU, « L'effet rétroactif... », *op. cit.*, p. 589 ; H. SIMONART, *op. cit.*, pp. 195 et 196 ; J. VELAERS, *op. cit.*, p. 296.

¹⁶ Avis précité, in *Doc. parl.* Sénat, sess. 1981-1982, n° 246/2, p. 417. Voy. les références qu'y font E. KRINGS, *op. cit.*, p. 580 ; M.F. RIGAU, *ibid.*, p. 589 et J. VELAERS, *ibid.*, p. 296.

¹⁷ Voy. surtout à cet égard, J. VELAERS, *ibid.*, pp. 298 et 299.

¹⁸ Loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage, articles 11 à 18.

¹⁹ Voy. les études très complètes consacrées à ce sujet par M.F. RIGAU, « L'effet rétroactif... », *op. cit.*, pp. 591 à 594 et E. KRINGS, *op. cit.*, pp. 580 à 586.

²⁰ C'est sans doute le motif pour lequel de nombreux Etats ont opté pour une suppression pour l'avenir de la norme censurée par la cour constitutionnelle. La solution est peut-être moins logique en théorie, elle est certainement moins périlleuse en pratique.

²¹ L'article 174, alinéa 2, du Traité de Rome dispose que la Cour de Justice peut, après avoir annulé un règlement du Conseil ou de la Commission, indiquer « si elle l'estime nécessaire, ceux des effets du règlement annulé qui doivent être considérés comme définitifs ». Le Traité instituant la Cour de Justice Benelux contient une disposition analogue.

²² « L'effet rétroactif... », *op. cit.*, p. 590.

²³ La Cour d'arbitrage. Une étape..., *op. cit.*, pp. 212 et 213. Voy. les références aux travaux préparatoires.

²⁴ Même si la précision est purement théorique, on ne peut donc soutenir, comme l'a fait E. KRINGS (*op. cit.*, p. 580), que l'article 8, alinéa 2, « déroge au principe de la rétroactivité » de l'arrêt d'annulation.

une fiction, ces actes gardent un fondement juridique dans la norme annulée ²⁵.

Il ne faut pas non plus donner de la notion d'effets de la norme annulée une interprétation trop large, qui y comprendrait les actes individuels pris sur la base de la norme annulée. On l'a vu, ces actes subsistent tant qu'ils ne font pas l'objet de recours.

La Cour d'arbitrage ne peut maintenir les effets de la norme annulée que « *par voie de disposition générale* ».

Le législateur a ainsi voulu empêcher la Cour de se prononcer au cas par cas, en considération d'actes individuels pris à la suite de la norme annulée. En effet, seules les juridictions judiciaires et administratives sont compétentes, à l'exclusion de la Cour d'arbitrage, pour censurer de tels actes individuels. Pour le surplus, il n'est pas interdit à la Cour de maintenir les effets dans tel domaine ou telle matière à l'exclusion d'autres, ou de telle catégorie d'actes (administratifs, juridictionnels, ...) à l'exclusion d'autres ²⁶.

L'article 8, alinéa 2, de la loi spéciale laisse le choix à la Cour d'arbitrage de *maintenir définitivement les effets* de la norme annulée ou de les *maintenir provisoirement pour un délai* qu'elle détermine.

Dans la première hypothèse, les effets passés de la norme annulée sont définitivement acquis. Rien n'empêche que la Cour limite dans le temps le maintien des effets de la norme. On peut imaginer que ces effets subsistent jusqu'à l'introduction du recours en annulation, jusqu'à la publication au Moniteur Belge de l'avis annonçant l'introduction de cette requête, jusqu'à la suspension de la norme, jusqu'au prononcé de l'arrêt d'annulation ou jusqu'à la publication de cet arrêt au Moniteur. Dans ce dernier cas de figure, l'annulation équivaut, en pratique, à une abrogation *ex nunc* ²⁷. Dans la mesure du maintien des effets de la norme annulée, les demandes en rétractation et les recours contre les actes pris en exécution de cette norme ne peuvent être formés.

Dans la seconde hypothèse, la Cour suspend pour un délai déterminé la portée destructrice de l'arrêt d'annulation. Elle peut ainsi estimer que, dans certains cas, il est moins préjudiciable de laisser subsister quelques temps une norme inconstitutionnelle que de créer un vide juridique. Conserver ainsi un fondement légal tant les actes accomplis avant la publication de l'arrêt d'annulation, que ceux faits après cette publication et dans un délai défini par la

Cour ²⁸. Le législateur peut tirer parti de ce délai pour modifier la norme, le cas échéant en rapportant des situations irrégulières. Henri Simonart décrit en ces termes, auxquels on se rallie, l'alternative laissée au législateur censuré :

« *Si le législateur modifie sa législation dans le délai qui lui est imparti, il y a lieu de considérer que les actes et faits qui peuvent se revendiquer de la décision relative au maintien provisoire d'effets ne peuvent définitivement plus se voir opposer l'absence de fondement résultant de l'annulation de la loi ou du décret en vertu duquel ils sont accomplis. Si par contre, le législateur ne modifie pas sa législation, deux solutions sont théoriquement concevables. On peut, en premier lieu, considérer que les actes et faits qui pouvaient jusqu'au jour fixé par la Cour d'arbitrage se revendiquer du maintien d'effets de la règle annulée ne le peuvent plus par la suite, ce qui signifie qu'ils deviennent contestables. On peut, en second lieu, considérer que les actes et faits survenus avant l'expiration du délai continuent à bénéficier de la décision relative au maintien d'effets, l'absence de fondement ne pouvant être opposé qu'aux actes et faits accomplis ou survenus après l'expiration du délai fixé par la Cour d'arbitrage. Cette solution paraît la plus raisonnable* » ²⁹.

Il faut enfin insister sur le très large pouvoir d'appréciation laissé par le législateur à la Cour d'arbitrage, qui peut maintenir les effets de la norme qu'elle annule, « *si elle l'estime nécessaire* ».

Ces termes indiquent sans ambages ce que le pouvoir confié à la Cour d'arbitrage possède de particulier. Il ne correspond en rien à la conception classique des fonctions de juger et de gouverner selon laquelle le juge serait chargé uniquement de dire le droit, l'appréciation de l'opportunité d'une mesure appartenant aux organes politiques. La cour constitutionnelle est ici chargée d'apprécier l'opportunité d'une mesure.

Cela peut étonner, voire effrayer. Le professeur Velu ne considérerait-il pas, lors de l'élaboration de la loi ordinaire de 1983 sur la Cour d'arbitrage, que l'annulation juridictionnelle doit être une sanction rigide dont la rétroactivité s'impose et que le pouvoir de prendre des mesures transitoires est évidemment de nature législative ³⁰ ?

Or, comment ignorer que maintenir les effets de la norme annulée pendant un délai – dans le passé ou dans l'avenir – qu'elle détermine revient en pratique pour la Cour d'arbitrage à prendre des mesures transitoires avant la disparition de cette norme. En quel-

²⁵ M.F. RIGAUX (« L'effet rétroactif... », *op. cit.*, p. 590) précise même que le dispositif de l'arrêt de la Cour d'arbitrage fournit un fondement juridique neuf aux actes pris en vertu de la norme annulée.

²⁶ Rapport complémentaire de R. LALLEMAND, in *Doc. parl.*, Sénat, sess. 1981-1982, n° 579/3, pp. 25 et 43 ; précisions fournies par R. LALLEMAND et H. WECKX en séance publique in *Ann. parl.* Sénat, sess. 1984-1985, séance du 14 mars 1985, pp. 1840 et 1844.

²⁷ Voy. la question de J. WATHELET, in *Ann. parl.* Sénat, sess. 1982-1983, séance du 28 avril 1983, p. 1838.

²⁸ Voy. V. PERIFANAKI ROTOLO, « La Cour d'arbitrage in Belgio », *Riv. Trim. dir. pubbl.*, 1986, p. 1079 ; H. SIMONART, « La Cour d'arbitrage. Une étape... », *op. cit.*, p. 13.

²⁹ *La Cour d'arbitrage. Une étape...*, *ibid.*, pp. 214 et 215.

³⁰ Avis précité, in *Doc. parl.*, Sénat, sess. 1981-1982, n° 246/2, p. 417.

que sorte, le législateur négatif³¹ est ainsi habilité à prendre des « dispositions transitoires négatives ».

Des cours constitutionnelles étrangères exercent aussi ce type de pouvoir, soit que le Constituant ou le législateur le leur ait attribué, soit qu'elles s'en soient emparées de manière prétorienne³². Il en est de même de la Cour de Justice des Communautés européenne³³.

Il n'y a pas lieu de s'en émouvoir.

Il convient plutôt de constater que les décisions des cours constitutionnelles peuvent produire des effets importants sur la vie politique. En effet, ces cours participent au processus de création de la norme législative.

Lorsqu'elles censurent, elles forcent le législateur à se remettre à l'ouvrage³⁴.

Lorsqu'elles interprètent, elles assurent une réécriture constitutionnelle de la norme. Comme le souligne Dominique Rousseau, « la loi réellement applicable est moins celle du parlement que celle du juge constitutionnel qui, au fil des recours, la complète, la précise, la neutralise ».

Et cet auteur ne perd pas de vue qu'en toute hypothèse, « les cours constitutionnelles participent à la fabrication des lois par la simple existence de leur

jurisprudence qui, en amont, représente une contrainte pour le législateur lorsqu'il élabore les lois »³⁵.

On comprend mieux, après avoir pris conscience de cette « incidence politique »³⁶ des arrêts de la Cour d'arbitrage, que lui soit confié le pouvoir d'apprécier de manière discrétionnaire l'opportunité de maintenir les effets des normes qu'elle annule.

B. LA JURISPRUDENCE

Depuis sa création³⁷, la Cour d'arbitrage a rendu vingt-trois arrêts dans le dispositif desquels elle a maintenu les effets d'une ou plusieurs normes annulées³⁸. Dans un arrêt, elle a refusé d'accéder à la demande de la partie adverse de recourir à ce pouvoir³⁹.

1° Essai de typologie

Les arrêts peuvent tout d'abord être distingués selon que la Cour exerce son pouvoir d'office ou à la demande des parties (a). Ensuite, il convient d'étudier la rédaction des dispositifs, qui renseignent sur la portée du maintien des effets de la norme annulée (b). Enfin, l'on se livre à un examen des motifs pour lesquels la Cour recourt à son pouvoir de maintenir les effets de la norme annulée (c).

a) L'initiative du maintien des effets

Dans vingt-et-un arrêts sur vingt-trois, la Cour a décidé d'office le maintien des effets de la norme annulée. Ces arrêts ne comportent pas de discussion à ce sujet dans leurs motifs consacrés aux arguments des parties (les « points A »). La Cour n'avertit donc pas les parties, avant la clôture des débats, de l'éventualité d'un maintien des effets de la norme, en cas d'annulation, et ne leur permet pas de s'expliquer à cet égard.

³¹ Selon les termes de Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, Paris, Dalloz, 2^e éd., 1962 ; « La garantie juridictionnelle de la Constitution » (trad. Ch. EISENMANN), *R.D.P.*, 1928, pp. 197 à 257.

³² Les exemples les plus marquants sont l'Autriche et l'Allemagne. En Autriche, où la décision de censure de la Cour constitutionnelle n'a, en principe d'effets que pour l'avenir, la Cour peut retarder ces effets pour un terme maximal d'un an : voy. T. ÖLINGHER, *Le contrôle de la constitutionnalité des lois en Autriche*, Aix en Provence, Economica, 1983 ; Rapport de la Cour constitutionnelle (colloque de Lisbonne de 1987), *op. cit.* En Allemagne, le Tribunal constitutionnel fédéral peut, au lieu d'annuler, faire appel au législateur, estimant que la loi est encore régulière mais qu'elle deviendra inconstitutionnelle au terme d'un délai que le Tribunal peut fixer et dont le législateur peut profiter pour revoir la loi : voy. J.C. BEGUIN, *op. cit.* ; W. ZEIDLER, *op. cit.*, et H. SIMONART, « La Cour d'arbitrage. Une étape... », *op. cit.*, p. 214, qui montre que le pouvoir confié à la Cour d'arbitrage de maintenir provisoirement les effets de la norme annulée a été inspiré par cette pratique allemande.

Il en est de même en Grèce, en Espagne et au Portugal. Pour une vue d'ensemble, voy. J.J. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, « Typologie des dispositifs des décisions des cours constitutionnelles », *R.B.D.C.*, 1998, n° 3, pp. 333 et s.

³³ Cf. *supra*.

³⁴ On l'a vu, la censure opérée par la Cour d'arbitrage peut être de deux sortes. Sur recours direct, elle annule la norme législative. Le législateur ne peut remédier à cet anéantissement qu'en refaisant une nouvelle norme. Sur question préjudicielle, elle déclare la norme inconstitutionnelle, cette déclaration s'imposant à tout juge qui connaîtra de la même affaire en vertu de l'article 28 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage. Toutefois, les articles 4, 2°, et 26, § 2, 3°, alinéa 1^{er}, de la loi spéciale font apparaître que la portée d'un arrêt de déclaration d'inconstitutionnalité rendu sur question préjudicielle excède les limites fixées à l'article 28. Il a des répercussions importantes en dehors du litige à l'occasion duquel la question d'inconstitutionnalité a surgi. Il possède, selon les termes empruntés à Francis DELPÉRÉE, une autorité de chose jugée relative mais renforcée (« Les effets des décisions du juge constitutionnel », *A.I.J.C.*, 1994, pp. 16 à 19). Cette autorité marque au fer rouge la norme censurée, qui sera, jusqu'à la fin de son existence, considérée comme invalide. Le législateur concerné doit, pour respecter la Constitution, revoir la norme ainsi « mise hors jeu » par la Cour.

³⁵ D. ROUSSEAU, *La justice constitutionnelle en Europe*, 2^e éd., Paris, Montchrestien, 1996, coll. Clefs/Politique, p. 38.

³⁶ Sur le caractère « politique » (« au sens le plus élevé du terme ») des cours constitutionnelles, voy. l'opinion partiellement dissidente du juge L.-E. PETTITI, approuvée par les juges M.A. LOPES RACHA et D. RUIZ-JARABO COLOMER sous l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 23 juin 1993, en cause *Ruiz-Mateos c. l'Espagne*, in *R.U.D.H.*, 1993, p. 314. Voy. aussi les considérations relatives à l'influence des jurisprudences des juridictions constitutionnelles sur les systèmes politiques, dans les ouvrages généraux tels que ceux de L. FAVOREU, *op. cit.* et D. ROUSSEAU, *ibid.*

³⁷ La période de recension s'arrête au 1^{er} janvier 1999.

³⁸ C.A., arrêts n° 40, du 15 oct. 1987 ; n° 41, du 29 oct. 1987 ; n° 45, du 20 janv. 1988 ; n° 58, du 8 juin 1988 ; n° 71, du 21 déc. 1988 ; n° 1/89, du 31 janv. 1989 ; n° 2/89, du 2 fév. 1989 ; n° 26/90, du 14 juill. 1990 ; n° 4/91, du 21 mars 1991 ; n° 2/92, du 15 janv. 1992 ; n° 33/92, du 7 mai 1992 ; n° 56/92, du 9 juill. 1992 ; n° 79/92, du 23 déc. 1992 ; n° 6/93, du 27 janv. 1993 ; n° 10/93, du 11 fév. 1993 ; n° 32/93, du 22 avril 1993 ; n° 57/94, du 14 juill. 1994 ; n° 30/96, du 15 mai 1996 ; n° 37/96, du 13 juin 1996 ; n° 42/97, du 14 juill. 1997 ; n° 43/97, du 14 juill. 1997 ; n° 30/98, du 18 mars 1998 ; n° 66/98, du 10 juin 1998.

³⁹ C.A., arrêt n° 34/97, du 12 juin 1997.

Dans deux arrêts, la Cour a accédé à la demande du Conseil des ministres de maintenir les effets de la norme annulée ⁴⁰.

b) Les dispositifs

Dans les dispositifs, la Cour d'arbitrage utilise toujours les termes : « *maintient les effets* ». Elle consacre au maintien des effets un point spécifique de son dispositif, qui prend place après le point relatif à l'annulation de la norme.

On l'a vu, la Cour ne peut maintenir les effets de la norme qu'elle annule que « *par voie de disposition générale* ».

Elle l'a fait à l'égard de tous les agréments accordés ⁴¹, de tous les actes de tutelle accomplis ⁴², de toutes les conventions intervenues ⁴³, de tous les actes pris par le tribunal de la jeunesse à l'encontre de mineurs ⁴⁴, de tous les agents nommés à titre définitif et qui ont été repris au cadre d'une nouvelle administration après une restructuration ⁴⁵, des sociétés qui se sont vues reconnaître l'avantage fiscal instauré par la disposition annulée ⁴⁶, ou encore de toutes les décisions prises par les députations permanentes en matière de recouvrement des taxes locales ⁴⁷.

A plusieurs reprises, la Cour a même maintenu « les effets » de la disposition annulée, sans préciser lesquels ⁴⁸. Il est vrai qu'il s'agissait soit de normes dont l'objet était très précis et circonscrit, soit d'annulations partielles dont la portée était très limitée, soit encore des deux à la fois. L'arrêt n° 26/90 illustre bien le propos. La loi qui faisait l'objet du recours était une loi ponctuelle d'organisation d'une élection des membres du parlement européen. L'élection ayant eu lieu avant le prononcé de l'arrêt d'annulation partielle, la loi avait épuisé tous ses effets. La Cour d'arbitrage a estimé nécessaire d'en maintenir les effets « *étant donné la portée limitée de l'annulation* » (motif 11.B.1).

Dans l'arrêt n° 56/92, la Cour d'arbitrage a maintenu tous les effets de la disposition législative annulée, « *sauf ceux qui concernent la cause qui a donné lieu à l'arrêt n° 5/91* ». Un premier arrêt d'invalidation de la même norme avait été rendu à la suite d'une question préjudicielle, ce qui avait ouvert un nouveau délai de recours en annulation en application de l'article 4 de la loi spéciale du 6 janvier 1989.

La Cour d'arbitrage a utilisé aussi bien la possibilité du *maintien définitif* ⁴⁹ des effets produits dans le passé que celle du *maintien provisoire* ⁵⁰ des effets futurs.

Dans l'arrêt n° 2/92, elle a maintenu définitivement les effets de certaines dispositions annulées et maintenu provisoirement certaines autres. Dans ce même arrêt, la Cour a défini très précisément la mesure dans laquelle les effets sont maintenus provisoirement pour l'avenir.

Le dispositif de l'arrêt n° 1/89, précité, est atypique. Il porte que sont maintenus « *jusqu'au 31 décembre 1989 les effets de l'article 14 annulé à l'égard de tous les agréments donnés et tous les tarifs et indemnités fixés, avant le jour de la publication du présent arrêt, sur base de cet article* ». Seules les applications de la loi annulée, qui ont été acquises dans le passé sont maintenues, mais elles ne le sont que provisoirement pour l'avenir. Dans cette utilisation quelque peu hybride, le maintien des effets a une portée plus restreinte qu'un maintien définitif.

Le plus souvent, le *maintien définitif* des effets produits dans le passé est décidé jusqu'à la publication de l'arrêt d'annulation au Moniteur Belge ⁵¹. Dans l'arrêt n° 6/93, le terme du maintien des effets a toutefois été fixé au prononcé de l'arrêt.

Dans l'arrêt n° 37/96, le maintien des effets n'a été décidé que pour une période limitée et éloignée dans le passé : du 1^{er} janvier 1990 au 1^{er} février 1991. Le 1^{er} janvier 1990 est la date à laquelle la disposition annulée par la Cour, qui validait un arrêté royal annulé par le Conseil d'Etat, entré en vigueur avec effet rétroactif. Le 1^{er} février 1991 est la date d'entrée en vigueur d'un nouvel arrêté royal qui supprimait la discrimination contenue dans le premier arrêté royal annulé par le Conseil d'Etat, puis validé irrégulièrement par le législateur.

Le dispositif des arrêts n° 26/90 et n° 32/93, comprend un point relatif au maintien des effets, sans en fixer le terme. Il s'agissait, dans les deux cas, de normes qui avaient épuisé leurs effets dans le passé ⁵².

Le *maintien provisoire* des effets est décidé jusqu'à la fin de l'année civile ⁵³, jusqu'à la fin de l'année

⁴⁰ C.A., arrêts n° 58 et n° 30/98, précités.

⁴¹ C.A., arrêts n° 40, n° 41 et n° 1/89, précités.

⁴² C.A., arrêt n° 45, précité.

⁴³ C.A., arrêts n° 58, n° 71 et n° 2/89, précités.

⁴⁴ C.A., arrêt n° 2/92, précité.

⁴⁵ C.A., arrêt n° 32/93, précité.

⁴⁶ C.A., arrêt n° 57/94, précité.

⁴⁷ C.A., arrêt n° 30/98, précité.

⁴⁸ C.A., arrêts n° 26/90, n° 4/91, n° 33/92, n° 79/92, n° 6/93, n° 10/93, n° 30/96, n° 37/96, n° 42/97, n° 43/97 et n° 66/98, précités.

⁴⁹ C.A., arrêts n° 40, n° 41, n° 45, n° 58, n° 71, n° 2/89, n° 26/90, n° 56/92, n° 6/93, n° 32/93, n° 57/94, n° 37/96, n° 30/98, précités.

⁵⁰ C.A., arrêts n° 4/91, n° 33/92, n° 79/92, n° 10/93, n° 30/96, n° 42/97, n° 43/97, n° 66/98, précités.

⁵¹ C.A., arrêts n° 40, n° 41, n° 45, n° 58, n° 71, n° 2/89, n° 2/92, n° 56/92, n° 57/94, n° 30/98, précités.

⁵² Les élections européennes passées pour l'arrêt n° 26/90 et le transfert de membres du service de l'inspection scolaire dans de nouvelles structures administratives en Communauté flamande pour l'arrêt n° 32/93.

⁵³ C.A., arrêts n° 1/89, précité (agréments d'entreprises de traitement de produits animaux et fixation des tarifs) ; n° 4/91, précité (subventions accordées aux pouvoirs locaux pour l'engagement de travailleurs contractuels subventionnés) ; n° 66/98 (règles de composition des organes des intercommunales wallonnes).

académique et scolaire en cours ⁵⁴, pour un délai d'un an maximum ⁵⁵ ou jusqu'à la fin de l'année d'imposition en cours ⁵⁶.

Dans l'arrêt n° 10/93, la Cour a « *maintenu les effets de la disposition annulée jusqu'à la fixation, par les autorités compétentes, des modalités de renonciation à l'agrément et au plus tard jusqu'au 31 décembre 1993* ». Le terme du maintien provisoire des effets est, dans cette hypothèse, variable et dépend de l'attitude des autorités compétentes.

c) Les motifs

Du point de vue de la rédaction formelle des arrêts, la Cour a tout d'abord utilisé, dans ses motifs, les termes : « *il y a lieu de restreindre – ou de supprimer – l'effet rétroactif de l'annulation* » ⁵⁷. Dans l'arrêt n° 26/90, elle a adopté la formule, plus correcte du point de vue conceptuel : « *maintenir les effets* » de la norme. Elle ne l'a plus abandonnée depuis.

Comme on l'a montré, l'article 8, alinéa 2, de la loi spéciale a pour objet de permettre à la Cour d'arbitrage d'éviter les conséquences dommageables pour la sécurité juridique, de la rétroactivité de l'annulation. Il n'est donc pas étonnant que, dans la grande majorité des arrêts, la Cour motive expressément le maintien des effets par un « *souci de protection de la sécurité juridique* » ou, plus simplement, « *un souci de sécurité juridique* ».

En outre, elle veille toujours à préciser quel aspect de la sécurité juridique elle entend protéger. L'observation des motifs des arrêts permet ainsi de classer en deux grandes catégories les objectifs de protection de la sécurité juridique poursuivis par la Cour.

Dans la première catégorie, la Cour d'arbitrage protège les administrés. Elle empêche que puissent être remises en cause les situations juridiques qu'ils ont acquises en application de la norme annulée.

Ainsi, elle a maintenu les effets pour les agréments accordés ⁵⁸, pour les contrats de travail passés dans le cadre de programmes de remise au travail subventionnés ⁵⁹, pour les actes de tutelle accomplis ⁶⁰, pour les mesures de protection de la jeunesse prises à l'égard de certains mineurs ⁶¹, à l'égard des agents nommés à titre définitif et qui ont été repris au cadre d'une nouvelle administration après une restructura-

tion ⁶² ou pour les sociétés qui se sont vues reconnaître l'avantage fiscal instauré par la disposition annulée ⁶³.

D'ordinaire, la Cour maintient définitivement les effets passés de la norme puisqu'elle entend consacrer des avantages juridiques acquis dans le passé. Il lui est arrivé, toutefois, de maintenir provisoirement ces effets en vue de permettre, par exemple, que « *l'agrément des entrepreneurs de travaux soit réglée sans interruption* » ⁶⁴.

Dans la deuxième catégorie, la Cour d'arbitrage assure la sauvegarde des intérêts de l'autorité publique. Elle maintient les effets, par exemple en considération de l'ampleur des difficultés administratives et financières qui résulteraient de la rétroactivité ⁶⁵, afin de garantir la continuité de la politique sociale ⁶⁶ ou de la politique de l'enseignement ⁶⁷.

Au sein de cette catégorie, une distinction doit encore être faite suivant que la Cour a égard aux réelles difficultés administratives qui résulteraient de la rétroactivité ou qu'elle tient compte plutôt du manque à gagner financier qui en découlerait pour les pouvoirs publics.

Dans les cas de la première hypothèse, l'exécution d'un arrêt d'annulation rétroactive serait très difficile en pratique pour les autorités, voire impossible. L'arrêt n° 6/93 fournit un bon exemple : l'annulation rétroactive aurait obligé la Communauté française à reprendre les titres-repas accordés à ses enseignants et « *dépensés* » par eux au long des années précédentes et à leur restituer les allocations de fin d'année que ces titres-repas avaient remplacées ⁶⁸. Dans une autre affaire, la Cour a pu aussi estimer qu'une telle exécution, qui emporterait des conséquences énormes, serait une exigence disproportionnée eu égard à la portée limitée de l'annulation ⁶⁹. En vue de remédier à ces difficultés d'exécution que causerait la rétroactivité, la Cour maintient définitivement les effets pour le passé ⁷⁰.

Dans les cas de la seconde hypothèse, la rétroactivité de l'annulation permettrait aux personnes qui ont payé à l'autorité des taxes, impôts, redevances ou autres minervals instaurés par les dispositions

⁵⁴ C.A., arrêts n° 33/92 et n° 30/96, précités (droits et minervals dans l'enseignement).

⁵⁵ C.A., arrêt n° 79/92, précité (agréments des entrepreneurs de travaux).

⁵⁶ C.A., arrêts n° 42/97, précité (redevance imposée aux producteurs pour la lutte contre la pollution due aux engrais) et n° 43/97, précité (taxe sur les paris).

⁵⁷ C.A., arrêts n° 40, n° 41, n° 45, n° 58, n° 71, n° 1/89 et n° 2/89, précités.

⁵⁸ C.A., arrêts n° 40, n° 41, n° 1/89, n° 79/92, précités.

⁵⁹ C.A., arrêts n° 58, n° 71 et n° 2/89, précités.

⁶⁰ C.A., arrêt n° 45, précité.

⁶¹ C.A., arrêt n° 2/92, précité.

⁶² C.A., arrêt n° 32/93, précité.

⁶³ C.A., arrêt n° 57/94, précité.

⁶⁴ C.A., arrêt n° 79/92, précité. Voy. aussi les arrêts n° 1/89 et n° 2/92, précités.

⁶⁵ C.A., arrêts n° 6/93, n° 30/96, n° 37/96 et n° 42/97, précités.

⁶⁶ C.A., arrêt n° 4/91, précité.

⁶⁷ C.A., arrêt n° 33/92, précité.

⁶⁸ Voy. aussi C.A., arrêts n° 4/91, n° 37/96 et n° 30/98, précités.

⁶⁹ C.A., arrêt n° 26/90, précité. La rétroactivité aurait privé de base légale les élections pour le parlement européen qui avaient été organisées.

⁷⁰ Voy. toutefois l'arrêt n° 4/91, précité, où la Cour maintient les effets jusqu'à la fin de l'année budgétaire. Cela était nécessaire pour éviter les graves difficultés d'exécution liées à la rétroactivité de l'annulation, puisque la disposition annulée réglait la manière dont avaient été réparties les sommes servant à financer les CPAS.

annulées, d'en réclamer le remboursement⁷¹. Le maintien des effets, dans ces cas, exclut toute demande de remboursement.

Pour des raisons évidentes, les effets de dispositions établissant des impôts, des redevances, des taxes ou des minervals, sont toujours maintenus provisoirement jusqu'à la fin de l'année.

Le maintien provisoire des effets futurs permet également à la Cour d'arbitrage, outre la protection de la sécurité juridique, de donner un délai au législateur pour « revoir sa copie ».

La disposition mise en cause dans l'arrêt n° 10/93 était l'article 90, alinéa 3, littéra g, de la loi du 17 juin 1991 portant organisation du secteur public du crédit et harmonisation du contrôle et des conditions de fonctionnement des établissements de crédit, qui interdisait de manière générale et absolue aux associations de crédit agréées par la Caisse nationale de crédit professionnel de renoncer à leur agrément. La Cour a jugé que cette interdiction était discriminatoire, en ce qu'elle portait une atteinte disproportionnée à la liberté de ces associations. Elle a maintenu les effets de la disposition, après l'avoir annulée, « afin de permettre aux autorités compétentes de prévoir les modalités de renonciation à l'agrément [et] jusqu'à la fixation, par les autorités compétentes, des modalités de renonciation à l'agrément et au plus tard jusqu'au 31 décembre 1993 ». Dans ce cas, la rétroactivité de l'annulation n'aurait porté atteinte ni aux droits acquis par des tiers, ni au bon fonctionnement du secteur public du crédit. On ne voit pas quel aspect de la sécurité juridique aurait pu être menacé. Partant, le souci que semble y poursuivre la Cour d'arbitrage est, non pas de protéger la sécurité juridique, mais uniquement de permettre au législateur, en lui donnant un délai, de revoir la disposition annulée.

La Cour a manifesté ce même souci dans l'arrêt n° 66/98. Le maintien provisoire des effets y est justifié en ces termes :

« Afin de permettre au législateur régional wallon de reconsidérer dans leur ensemble les articles (...), les effets des dispositions annulées sont maintenus jusqu'au 31 décembre 1998 ».

2° Observations

a) L'initiative

On l'a vu, l'article 8, alinéa 2, de la loi spéciale laisse à la Cour d'arbitrage un large pouvoir d'appréciation de l'opportunité de maintenir les effets des dispositions qu'elle annule. Par conséquent, il lui est certainement permis de faire usage de son pou-

voir d'office, c'est-à-dire sans qu'une partie le demande.

En revanche, il est choquant que la Cour ne permette pas aux parties, en l'état actuel de sa pratique procédurale, de s'expliquer sur la mesure qu'elle envisage de prononcer d'office. Ne s'agit-il pas d'une violation des droits de la défense, dont la protection devant la Cour d'arbitrage est assurée par des règles de droit national ou de droit international ?

La première de ces règles, de droit international, est l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme.

Dans son arrêt Ruiz-Mateos contre l'Espagne, la Cour européenne des droits de l'homme a tout d'abord décidé que l'article 6 de la Convention s'appliquait à la procédure menée devant une cour constitutionnelle lorsque cette procédure constitue un incident d'une instance portant sur un litige civil. Les garanties de l'article 6 doivent donc être respectées devant les cours constitutionnelles dans le cadre du contentieux préjudiciel lorsque l'instance principale porte sur une contestation de caractère civil au sens de la Convention⁷².

Même si, dans l'arrêt Ruiz-Mateos, la Cour a pris soin de préciser qu'elle « n'avait pas à se prononcer sur l'applicabilité de l'article 6, § 1^{er}, aux cours constitutionnelles en général » (§ 57)⁷³, elle a admis ensuite, dans des cas particuliers, que l'article 6 s'appliquait à des procédures initiées devant le juge constitutionnel par un recours direct en annulation⁷⁴.

La jurisprudence de la Cour d'arbitrage semble laisser entendre que l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme peut s'appliquer à toute procédure menée devant elle, qu'elle soit initiée par un recours direct ou par une question préjudicielle, pour autant qu'elle ait une incidence sur des

⁷² Cour eur. dr. h., arrêt Ruiz-Mateos c. l'Espagne, du 23 juin 1993 et obs. de M. VERDUSSEN, « Le juge constitutionnel face à l'article 6, § 1^{er}, de la Convention européenne des droits de l'homme », R.B.D.C., 1994, n° 1-2, pp. 123 et s. Cette jurisprudence a été confirmée par les arrêts Pammel c. l'Allemagne et Probstmeier c. l'Allemagne, du 1^{er} juill. 1997.

⁷³ Cette prudente réserve a été confirmée par un arrêt du 21 octobre 1997 selon lequel l'article 6 n'est pas applicable au contentieux de l'éligibilité devant le juge constitutionnel, en l'espèce le Conseil constitutionnel (Cour eur. dr. h., arrêt Bloch c. la France, du 21 octobre 1997, in Rev. trim. dr. h., 1998, pp. 339 et s., avec les observations de J.-F. FLAUSS, intitulées « Contentieux des élections parlementaires et garanties du procès équitable »).

⁷⁴ Cour eur. dr. h., arrêt Süßman c. l'Allemagne, du 16 septembre 1996 et Cour eur. dr. h., arrêt Pauger c. l'Autriche, du 28 mai 1997, commentés par S. VAN DROOGHENBROECK, « Les paroles s'envolent, les écrits restent. A propos du principe de l'égalité des armes dans les procédures abrégées devant le Conseil d'Etat », A.P.T., 1997, n° 3, pp. 217 et s., spéc. p. 223. Sur l'évolution de la jurisprudence de Strasbourg en la matière, voy. J.-F. FLAUSS, « Droit constitutionnel et Convention européenne des droits de l'homme. 1^{re} partie. Le droit constitutionnel national devant les instances de contrôle de la Convention européenne des droits de l'homme », R.F.D.C., 1997, spéc. pp. 383 à 387.

⁷¹ C.A., arrêts n° 33/92, n° 34/97, n° 42/97 et n° 43/97, précités.

droits ou obligations de caractère civil ou sur une accusation en matière pénale ⁷⁵.

A n'en point douter, l'article 6, § 1^{er}, de la Convention européenne des droits de l'homme implique que les parties puissent tenir un débat contradictoire sur tous les éléments susceptibles d'influencer la solution du litige qui les oppose, y compris les moyens ou exceptions soulevés d'office par le juge lui-même ⁷⁶. L'éventuel maintien des effets de la norme est un aspect important du litige qui se noue devant la Cour d'arbitrage. Ce maintien peut, en effet, modifier fondamentalement la portée de l'arrêt d'annulation pour les parties, jusqu'à rendre platonique la victoire du requérant ⁷⁷. Il y a donc lieu d'y appliquer les garanties de l'article 6 de la Convention, en particulier le principe du contradictoire.

L'on ne perd pas de vue, toutefois que l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme ne vise que les procédures déterminantes pour des droits et obligations de nature civile ou pour des accusations en matière pénale, ces termes étant entendus dans le sens autonome que leur donne la jurisprudence des organes de contrôle de la Convention.

Les règles nationales qui garantissent les droits de la défense devant la Cour d'arbitrage sont les dispositions de la loi spéciale du 6 janvier 1989 organisant la procédure devant la Cour ⁷⁸. Ces dispositions garantissent un débat contradictoire par le truchement d'écrits de procédure, puis de plaidoiries à l'audience. A l'inverse de l'article 6 de la Convention, elles s'appliquent à toutes les procédures introduites devant la Cour, quelle que soit leur incidence sur des droits civils ou des poursuites pénales.

Ces dispositions permettent aux parties de s'expliquer sur tous les aspects du litige. Leur lecture ne permet pas d'exclure du débat contradictoire la question importante du maintien des effets de la norme annulée ⁷⁹.

La loi spéciale organise la manière dont la Cour doit demander aux parties de s'expliquer sur une exception ou un moyen qu'elle entend soulever d'office. Lorsque la question survient au cours de l'instruction, l'article 90 prescrit à la Cour de demander

aux parties, par ordonnance, de déposer un mémoire sur le moyen qui lui semble devoir être soulevé. Lorsque la question se pose après l'audience, la Cour doit, en vertu de l'article 107, prononcer la réouverture des débats afin de permettre aux parties de déposer un mémoire et de plaider sur une exception ou un moyen à propos duquel elles n'ont pas été mises en mesure de s'expliquer.

Certes, les articles 90 et 107 de la loi spéciale ne visent que les exceptions et les moyens qui pourraient être soulevés d'office et le maintien des effets ne peut s'analyser, à strictement parler, comme une exception ou un moyen. Il s'agit toutefois d'un élément important de la solution du litige. Or, les articles 90 et 107 doivent se lire à la lumière tant de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme que du principe général des droits de la défense devant les juridictions, qui impliquent le respect du contradictoire ⁸⁰.

L'on estime donc que la Cour devrait organiser la contradiction des parties lorsqu'elle envisage de maintenir les effets de la norme qu'elle compte annuler, sous peine de violer l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme dans les hypothèses où il est applicable et les dispositions de la loi spéciale relative au règlement de sa procédure éclairées par le principe général des droits de la défense, dans tous les cas.

b) Les dispositifs

Par certains des arrêts recensés, la Cour d'arbitrage a annulé et maintenu les effets de normes législatives dont l'objet était très ponctuel ⁸¹. A n'en point douter, cette circonstance est de nature à compliquer singulièrement le respect par la Cour de l'exigence légale de maintien des effets « *par voie de disposition générale* ».

On ne peut toutefois lui reprocher de s'être jamais départie de cette limite assignée à son pouvoir. La circonstance que certaines lois ont une portée ponctuelle, voire même peu normative, lui est étrangère, et on ne peut l'en rendre responsable.

Qui plus est, la Cour a parfois fait preuve d'un souci très aigu de ne pas prendre de mesures particulières. Ainsi, il semble que ce soit en vue de ne pas intervenir *a posteriori* dans un litige concret qu'elle a exclu le maintien des effets décidé dans son arrêt n° 56/92, pour la cause qui avait donné lieu à l'arrêt n° 5/91 invalidant la même disposition sur question

⁷⁵ C.A., arrêts n° 35/94 et n° 36/94, du 10 mai 1994 commentés par M. VERDUSSEN, « Le juge constitutionnel... », *op. cit.*, spéc. pp. 141 à 143. Voy. aussi C.A., arrêts n° 49/97, 50/97, 51/97 et 52/97, du 14 juill. 1997.

⁷⁶ Voy. J. VELU et R. ERGEC, *La Convention européenne des droits de l'homme*, R.P.D.B., Cpl., t. VII, Bruxelles, Bruylant, 1990, pp. 414 et s., et les références citées.

⁷⁷ Comme on l'a vu, le maintien des effets empêche les personnes intéressées d'introduire les recours en rétractation ou de profiter de la réouverture des délais pour intenter les autres recours juridictionnels utiles (articles 11 à 18 de la loi spéciales du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage).

⁷⁸ Il s'agit du titre V de la loi, comprenant les articles 67 à 122.

⁷⁹ La Cour a d'ailleurs admis, comme on l'a relevé, que les parties s'expriment spontanément dans leurs mémoires sur cette question. Elle a fait état de leur argumentation et y a même répondu dans l'arrêt.

⁸⁰ Sur les principes généraux du droit de la fonction juridictionnelle, voy. W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, « Le droit de la défense, principe général de droit. Réflexions sur des arrêts récents », *Mélanges J. DABIN*, t. II, Bruxelles, Larcier, 1963, p. 594; P. LEWALLE, *Contentieux administratif*, éd. Collection scientifique de la Faculté de droit de Liège, 1997, p. 606 et les références jurisprudentielles citées.

⁸¹ On pense surtout à la loi d'organisation des élections européennes (C.A., arrêt n° 26/90, précité).

préjudicielle. En vertu de l'article 26 de la loi spéciale sur la Cour d'arbitrage, la norme invalidée par un arrêt préjudiciel ne peut être appliquée au litige concret qui a donné lieu à la question. La Cour semble donc avoir veillé à ne pas remettre en cause les effets de son arrêt d'invalidation préjudiciel pour les parties au litige devant le juge *a quo*.

Il est logique que le maintien définitif soit décidé, en règle générale, jusqu'à la publication de l'arrêt de la Cour au Moniteur Belge. En effet, c'est à dater de cette publication, qui permet de rendre l'annulation et sa portée opposables aux citoyens, que l'arrêt a autorité absolue de chose jugée⁸². Lorsqu'elle accorde le maintien des effets seulement jusqu'au prononcé de l'arrêt d'annulation⁸³, la Cour entend donc donner un signal particulier. Elle interdit que la norme annulée puisse faire encore l'objet du moindre acte d'exécution et enjoint au législateur censuré de tirer immédiatement, avant même sa publication, les conséquences de l'arrêt d'annulation. Cette application est remarquable, en ce qu'elle confère au prononcé de l'arrêt une portée particulière, que la loi spéciale ne prévoit pas. Le prononcé rend d'ores et déjà l'arrêt opposable à l'auteur de la norme annulée, avec la conséquence que les actes d'exécution et d'application postérieurs à ce prononcé et qui ne respecteraient pas l'arrêt, pourraient être remis en cause.

De manière générale, la Cour d'arbitrage veille à limiter au maximum la portée du maintien des effets qu'elle décide. L'arrêt n° 37/96 est très éclairant à cet égard : les effets ne sont maintenus que pour la courte période éloignée dans le passé durant laquelle la discrimination a pu opérer. De même, l'arrêt n° 1/89 opère un maintien « minimal » des effets acquis dans le passé, pour un terme déterminé dans l'avenir. Enfin, les effets des dispositions établissant, par exemple, des minervals⁸⁴, sont maintenus seulement jusqu'à la fin de l'année scolaire ou académique en cours.

c) Les motifs

On l'a vu, la plupart des arrêts décidant le maintien des effets visent la protection de la sécurité juridique. La sécurité juridique reçoit toutefois deux visages dans la jurisprudence. Le premier est tourné vers les citoyens et exprime le souci de ne pas remettre en cause les situations juridiques qu'ils ont acquises. Le second regarde l'autorité et lui permet parfois de conserver les contributions financières qu'elle a perçues sur la base de normes annulées. Ce deuxième aspect de la sécurité juridique est plus difficilement justifiable que le premier. Peut-on faire

prévaloir le seul intérêt du trésor public au détriment de celui des citoyens qui y ont versé des contributions financières dont la base légale est déclarée inconstitutionnelle ? La jurisprudence témoigne des hésitations de la Cour à ce sujet.

Dans son arrêt n° 33/92, elle a maintenu les effets de dispositions établissant des minervals jusqu'à la fin de l'année académique et scolaire en cours. Ce maintien des effets semble pouvoir s'expliquer par la portée de l'annulation, laquelle n'est pas justifiée par une critique fondamentale des minervals établis, mais bien de la manière dont ils l'ont été. La Cour a jugé excessive, au regard de l'article 24, § 5, de la Constitution, la délégation de pouvoir faite au Gouvernement pour fixer les montants de ces minervals. En revanche, elle a montré systématiquement que, quant à leur principe et leurs montants, les minervals sont conformes au droit d'accès à l'enseignement tel qu'il est garanti par l'article 13 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, fait à New-York le 19 décembre 1966 et à l'obligation de « *standstill* » qu'implique cette disposition pour les Etats signataires. L'arrêt n'exclut donc pas que les mêmes minervals soient rétablis, à condition que leur principe et la fourchette étroite à l'intérieur de laquelle leurs montants doivent être fixés, soient définis précisément par le décret lui-même. Implicitement, l'arrêt semble ainsi admettre que ce rétablissement puisse être rétroactif.

L'arrêt n° 34/97 semble confirmer cette interprétation de la jurisprudence. La Cour d'arbitrage a refusé d'accéder à la demande du Gouvernement flamand de maintenir les effets de la disposition critiquée, qui établissait une redevance sur les déchets émanant de Flandre et transportés vers une autre Région – essentiellement la Région wallonne – pour y subir certains traitements. Le Gouvernement wallon et les sociétés et associations professionnelles requérantes s'opposaient, devant la Cour, à ce que soient maintenus les effets de cette disposition qui pénalisait l'économie et les entreprises wallonnes de gestion des déchets. La Cour a jugé que la redevance devait être considérée comme une taxe d'effet équivalent à un droit de douane interrégional, contraire au principe de l'union économique et monétaire consacré à l'article 6, § 1^{er}, VI, alinéa 3, de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980. La taxe n'est donc pas admissible en son principe. Sans doute est-ce la raison pour laquelle la Cour a décidé que n'apparaissait « *aucune circonstance particulière qui suffirait à justifier qu'il soit fait application en l'espèce, de l'article 8, alinéa 2 (...)* ».

Pour autant que l'attitude de la Cour puisse bien s'expliquer de la sorte, cela pourrait justifier le maintien des effets. Quel intérêt y aurait-il, en effet, à permettre aux citoyens de réclamer le remboursement

⁸² Articles 9 et 114 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage.

⁸³ C.A., arrêt n° 6/93, précité.

⁸⁴ C.A., arrêts n° 33/92 et n° 30/96, précités.

de contributions qui, compte tenu du motif de leur annulation juridictionnelle, pourront être rétablies ?

En revanche, une telle explication du maintien des effets de la norme annulée ne peut être décelée dans les arrêts n° 42/97 et 43/97, rendus le même jour.

Dans l'arrêt n° 42/97, la Cour a annulé une disposition d'un décret flamand qui instaurait une redevance à charge des producteurs agricoles en vue de financer la Banque du Lisier (« Mestbank »). La Cour a considéré que cette disposition était discriminatoire à l'égard de certaines catégories de redevables, parce « *qu'il n'existait aucun rapport raisonnable de proportionnalité entre les charges réelles et le montant de la redevance* » (motif B.52.5). C'est donc bien la légalité interne de la disposition fixant la redevance qui est mise en cause. La Cour a pourtant maintenu les effets de cette disposition jusqu'à la fin de l'année d'imposition en cours, « *compte tenu de l'incidence que l'annulation aurait sur les moyens de fonctionnement de la Mestbank et eu égard aux difficultés administratives et financières qui résulteraient de l'effet rétroactif de l'annulation* » (motif B.52.7).

Dans l'arrêt n° 43/97, la Cour d'arbitrage a annulé une disposition décrétale wallonne qui fixait une taxe sur les paris dont le taux était plus élevé pour les paris sur les courses de chevaux courues à l'étranger que pour les paris sur les courses courues en Belgique. La Cour a jugé cette taxe discriminatoire pour les opérateurs du secteur des courses courues à l'étranger.

Elle a cependant considéré que : « *Compte tenu que l'annulation, ne faisant pas revivre en l'espèce la norme antérieure, entraîne l'absence de base légale pour la taxation des paris sur les seules courses courues à l'étranger alors qu'aucun opérateur du secteur des paris sur les courses courues en Belgique ne paraît avoir un chiffre d'affaire qui, si les taux mentionnés dans la disposition annulée leur était applicables, relèverait des tranches d'imposition soumises aux taux de 10,5 p.c. et de 11 p.c.* »⁸⁵, il y a lieu de faire application de l'article 8, alinéa 2 (..) » (motif B.14). La Cour a maintenu les effets jusqu'à la fin de l'année d'imposition.

Comment expliquer autrement le maintien des effets opérés dans ces deux arrêts que par le seul souci de faire conserver aux autorités concernées le bénéfice des contributions mises en cause, au détriment des citoyens qui les ont payées ?

Compte tenu de ce que la Cour a admis que ces rétributions étaient inconstitutionnelles quant à leur

principe, le maintien des effets apparaît comme une mesure inique pour ces citoyens, qui peuvent à juste titre se sentir victimes d'une sorte de « raison d'Etat »⁸⁶.

Dans ces hypothèses, le maintien des effets est comparable à une confiscation arbitraire des biens des citoyens concernés. A ce titre, il est difficilement justifiable, notamment en considération de l'article 1^{er} du premier protocole à la Convention européenne des droits de l'homme.

Enfin, les arrêts n° 10/93 et n° 66/98 montrent que l'article 8, alinéa 2, de la loi spéciale peut être utilisé par la Cour pour encourager le législateur concerné à revoir la norme annulée dans un délai précis. Le pouvoir de la Cour est ainsi comparable à celui mis en œuvre par le Tribunal constitutionnel fédéral allemand lorsqu'il fait appel au législateur.

II. LES ARRÊTS PRÉJUDICIELS

Les arrêts d'invalidation rendus sur questions préjudicielles n'ont pas d'effet rétroactif. Ils n'opèrent pas *erga omnes*. En vertu de l'article 28 de la loi spéciale sur la Cour d'arbitrage, ils s'imposent seulement aux juges qui connaissent du litige concret.

Dès lors que le maintien des effets est conçu comme un accessoire de la rétroactivité des arrêts d'annulation, il s'agit, en principe, d'une question étrangère au contentieux des questions préjudicielles. C'est ce que la Cour d'arbitrage a voulu souligner dans son arrêt n° 46/97, du 14 juillet 1997 :

« *Le Gouvernement flamand et la Région flamande demandent, en ordre subsidiaire, de 'faire en sorte que la violation ne produise des effets que pour l'avenir, compte tenu des nombreuses procédures qui ont déjà conduit à une décision judiciaire coulée en force de chose jugée'.*

Il suffit d'observer que, dans le cadre d'une procédure préjudicielle, la constatation qu'une norme viole les règles établies pour déterminer les compétences respectives de l'Etat, des communautés et des régions n'a aucune incidence sur les décisions judiciaires passées en force de chose jugée qui sont fondées sur cette norme » (B.7).

Dans des circonstances particulières, la Cour d'arbitrage a toutefois été amenée à moduler dans le temps les effets d'une déclaration d'inconstitutionnalité formulée à titre préjudiciel. C'est cette jurisprudence que l'on se propose de commenter à présent.

⁸⁵ Il ressort du motif B.9. de l'arrêt que, selon les dires de la requérante – la s.a. Derby –, elle serait la seule soumise à la tranche d'imposition supérieure pour les courses courues à l'étranger.

⁸⁶ Les motifs de l'arrêt n° 43/97, reproduits ci-avant, sont particulièrement significatifs de ce que la société requérante est sacrifiée sur l'autel de l'intérêt du trésor public.

A. PRÉSENTATION DES ARRÊTS

1^o Arrêts n^o 18/91 du 4 juillet 1991 et n^o 83/93 du 1^{er} décembre 1993⁸⁷

La Cour d'arbitrage était saisie d'une question préjudicielle, posée par la Cour de cassation, et formulée comme il suit :

« L'article 756 du code civil, aux termes duquel : 'Les enfants naturels ne sont point héritiers ; la loi ne leur accorde de droits sur les biens de leur père ou mère décédés, que lorsqu'ils ont été légalement reconnus. Elle ne leur accorde aucun droit sur les biens des parents de leur père ou mère', est-il contraire aux articles [10 et 11] de la Constitution, dans la mesure où ces dispositions légales, conformément à l'article 107 de la loi du 31 mars 1987⁸⁸, excluent les enfants naturels non reconnus de la succession de leur mère naturelle ou de la succession des parents de leur mère naturelle, lorsque ces successions se sont ouvertes successivement le 21 juillet 1956 et le 22 mai 1983, alors que cette exclusion n'existe plus depuis l'entrée en vigueur de la loi précitée et que les enfants légitimes ne sont pas exclus de la succession de leurs père et mère ou des parents de leurs père et mère » ?

Après avoir rappelé que la Cour européenne des droits de l'homme avait considéré, dans son arrêt Marckx du 13 juin 1979, que l'absence de vocation successorale de l'enfant naturel à l'égard du patrimoine de sa mère était contraire aux articles 8 (droit au respect de la vie familiale) et 14 (interdiction des discriminations) réunis de la Convention européenne des droits de l'homme, la Cour d'arbitrage a constaté que le maintien de ce système après l'arrêt de la Cour de Strasbourg était discriminatoire et donc inconciliable avec les articles 10 et 11 de la Constitution. Le dispositif de l'arrêt est rédigé en ces termes :

« L'article 756 ancien du Code civil, maintenu en vigueur en vertu de l'article 107 de la loi du 31 mars 1987, viole les articles [10 et 11] de la Constitution en tant qu'il s'applique à des successions ouvertes à partir du 13 juin 1979 ».

Ce faisant, la Cour aménage dans le temps la portée de son constat d'inconstitutionnalité de l'article 756 du Code civil, combiné avec l'article 107 de la loi du 31 mars 1987. Elle se fonde, pour ce faire, sur la portée déclarative de l'arrêt Marckx, qui précisait que :

⁸⁷ Ces deux arrêts concernent la même question et sont rédigés de manière semblable. Sauf précision, les commentaires qui suivent se réfèrent à l'arrêt n^o 18/91, dont l'arrêt n^o 83/93 confirme l'enseignement et la solution.

⁸⁸ L'article 107 de la loi du 31 mars 1987 est une disposition transitoire dont le premier alinéa dispose que cette loi est applicable aux enfants nés avant son entrée en vigueur et encore en vie à cette date, mais sans qu'il puisse en résulter aucun droit dans les successions ouvertes auparavant.

« Le principe de sécurité juridique nécessairement inhérent au droit de la Convention dispense l'Etat belge de remettre en cause des actes ou situations juridiques antérieurs au prononcé du présent arrêt »⁸⁹.

La Cour tire cependant toutes les conséquences de cette portée déclarative de l'arrêt Marckx, puisqu'elle impose au législateur de rendre applicable la nouvelle loi sur la filiation du 31 mars 1987, avec effet rétroactif au prononcé de l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme. Les motifs de l'arrêt n^o 83/93 sont éclairants à cet égard :

« Lorsque le législateur met fin à une discrimination qui est apparue à la suite d'une évolution des notions de vie familiale et de vie privée, il lui appartient de le faire dès que la distinction qui avait motivé à l'origine un traitement différent n'est plus justifiée.

En l'espèce, rien ne justifie que l'entrée en vigueur de la disposition mettant fin au régime discriminatoire de l'article 756 ancien du code civil fût retardée jusqu'au 6 juin 1987. En effet, il n'apparaît pas qu'en donnant à la disposition nouvelle une rétroactivité telle qu'elle eût été applicable à une succession ouverte le 10 janvier 1984, le législateur aurait porté une atteinte excessive à la sécurité juridique ». (B.5.3).

2^o Arrêt n^o 8/97, du 19 février 1997

Le tribunal de première instance de Namur avait posé à la Cour la question « de la conformité de l'article 26 du titre préliminaire du Code d'Instruction criminelle aux articles 10 et 11 de la Constitution en distinguant selon que l'action a été introduite en dehors du délai prévu, qu'aucune action n'a été introduite, et selon que les faits visés à l'article 26 sont antérieurs ou postérieurs au 21 mars 1995 ».

Le tribunal se référait ainsi à l'arrêt n^o 25/95 du 21 mars 1995, par lequel la Cour d'arbitrage avait jugé l'article 26 du titre préliminaire du Code d'Instruction criminelle contraire aux articles 10 et 11 de la Constitution, en ce que cet article 26 fixe à cinq ans le délai de prescription d'une action civile résultant d'une infraction, alors que, en vertu de l'article 2262 du Code civil, l'action civile résultant d'un acte fautif qui n'est pas pénalement punissable est prescrite après trente ans.

La Cour a constaté, à la lecture des motifs du jugement posant la question, que la question revenait pour le tribunal à lui demander de limiter dans le temps les effets de son arrêt n^o 25/95. Elle s'est déclarée incompétente pour ce faire, invoquant le motif suivant : « A supposer que (...) la Cour d'arbitrage puisse, à titre exceptionnel, même quand elle

⁸⁹ Voy. Cour eur. dr. h., arrêt Marckx c/ la Belgique, du 13 juin 1979, § 58, reproduit au point B. 10 de l'arrêt n^o 18/91 commenté.

statue sur renvoi préjudiciel, limiter dans le temps les effets de ses arrêts, une limitation qui interviendrait près de deux ans après un premier arrêt préjudiciel créerait une insécurité juridique puisqu'elle tromperait la légitime confiance de ceux qui se sont fiés à la solution consacrée par le premier arrêt » (motif B.4).

B. OBSERVATIONS

1° Arrêts n° 18/91, du 4 juillet 1991 et n° 83/93, du 1^{er} décembre 1993

Le législateur n'a pas doté la Cour d'arbitrage, au contentieux des questions préjudicielles, de la faculté dont elle dispose au contentieux de l'annulation et qui lui permet de déclarer quels sont les effets de la norme annulée qui doivent être considérés comme définitifs ou provisoirement maintenus.

La situation de la Cour d'arbitrage est identique, à cet égard, à celle de la Cour de justice des Communautés européennes⁹⁰. L'article 174 du Traité de Rome instituant la Communauté économique européenne permet à la Cour de justice d'indiquer ceux des effets d'un règlement annulé qui doivent être considérés comme définitifs ; l'article 177 du même Traité ne prévoit rien de semblable lorsque la Cour européenne se prononce à la suite d'une question préjudicielle sur la validité ou l'interprétation d'un règlement⁹¹.

La Cour de justice a néanmoins limité dans le temps les effets des décisions rendues suite à des questions préjudicielles. Cette extension de pouvoirs est purement prétorienne et ne se donne aucune base textuelle⁹².

La Cour d'arbitrage a donc imité la Cour de justice des Communautés européennes en s'arrogeant, dans les deux arrêts commentés, le pouvoir d'aménager les effets de ces arrêts dans le passé, alors que ceux-ci étaient rendus suite à des questions préjudicielles.

Dans la rigueur des principes, il faut considérer que la Cour d'arbitrage a excédé ses pouvoirs en

s'octroyant une faculté qui ne lui avait pas été attribuée par la Constitution et par la loi spéciale. En effet, les pouvoirs des autorités publiques, dont font partie les juridictions, doivent leur être attribués par la Constitution ou la loi et ces pouvoirs d'attribution sont de stricte interprétation⁹³.

Il convient toutefois de constater que les arrêts n° 18/91 et n° 83/93 constituent actuellement des cas isolés. Ils se justifient, d'une part, par les circonstances particulières de l'espèce, d'autre part, par les effets que le législateur spécial a choisi d'assigner aux arrêts rendus à la suite de questions préjudicielles.

Dans les arrêts commentés, la Cour était appelée à se prononcer sur l'utilisation par le législateur de son pouvoir d'adopter des mesures transitoires, et plus précisément sur le choix par celui-ci du critère de maintien en vigueur de certains effets de la loi abrogée.

Pour ce faire, la Cour d'arbitrage ne pouvait ignorer que, par son arrêt Marckx du 13 juin 1979, la Cour européenne des droits de l'homme avait condamné la Belgique en permettant expressément à l'Etat belge, au nom du principe de la sécurité juridique, de ne pas remettre en cause les situations antérieures au prononcé de cet arrêt. Sous peine de « déjuger » la Cour de Strasbourg ou à tout le moins, de se mettre en porte à faux par rapport à la jurisprudence européenne, la Cour d'arbitrage devait donc avoir égard non seulement au constat d'invalidité de l'ancien article 756 du Code civil, mais aussi au droit que la Cour européenne a reconnu au législateur, de maintenir les effets de la disposition annulée dans le passé. Il lui incombait simplement d'examiner si le maintien de ces effets de la loi abrogée dans le temps était fondé sur des critères objectifs et non discriminatoires.

Ces circonstances particulières ont pu encourager la Cour d'arbitrage à aménager dans le temps les effets des arrêts n° 18/91 et n° 83/93 rendus sur questions préjudicielles. En critiquant le critère adopté par le législateur pour maintenir les effets de l'ancien article 756 du Code civil, la Cour a émis son opinion sur le critère adéquat que le législateur aurait du adopter. Le motif B.11 de l'arrêt n° 18/91 et le motif B.8 de l'arrêt n° 83/93 sont rédigés en des termes semblables :

« La Cour est d'avis que le principe de la sécurité juridique justifie que les successions ouvertes avant le prononcé de l'arrêt Marckx ne soient pas affectées »

⁹⁰ La Cour de justice européenne a d'ailleurs servi de modèle, également, pour l'organisation du contentieux préjudiciel devant la Cour d'arbitrage. A ce sujet, voyez H. SIMONART, *La Cour d'arbitrage. Une étape ...*, op. cit., pp. 252 et 253 ; « Le contrôle exercé par la Cour d'arbitrage. L'autorité des arrêts de la Cour d'arbitrage », in *La Cour d'arbitrage. Actualités et perspectives*, op. cit., pp. 183 à 185.

⁹¹ Voy. J.V. LOUIS, G. VANDERSANDEN, D. WAELEBROECK et M. WAELEBROECK, *Commentaire Megret*, t. 10, 2^e éd., pp. 171 à 175 et pp. 263 à 271.

⁹² A propos de cette jurisprudence, voy. J.V. LOUIS, G. VANDERSANDEN, D. WAELEBROECK et M. WAELEBROECK, *ibid.* ; R. JOLIET, *Le droit institutionnel des Communautés européennes. Le contentieux*, Liège, Fac. de droit, 1981, pp. 218 et s. ; L. DEFALQUE, « Les effets des arrêts préjudiciels de la Cour de justice des Communautés européennes », *J.T.*, 1983, pp. 36 et s. ; W. VAN GERVEN, « Contribution de l'arrêt Defrenne au développement du droit communautaire », *Cah. dr. europ.*, 1977, p. 131 ; A. KOHL, « Observations sur la non-rétroactivité de l'autorité de l'arrêt Defrenne prononcé le 8 avril 1976 par la Cour de justice des Communautés européennes », *R.C.J.B.*, 1977, p. 231 ; O. STOCKER, « Observations sous C.J.C.C., 8 avril 1976 », *Cah. dr. europ.*, 1977, p. 180.

⁹³ Ce principe essentiel de droit public résulte de l'article 33 de la Constitution selon lequel : « Tous les pouvoirs émanent de la Nation. Ils s'exercent de la manière établie par la Constitution ». Les principes selon lesquels les pouvoirs sont d'attribution et les compétences sont d'interprétation stricte peuvent être considérés comme inhérents au concept d'Etat de droit. En ce sens, voy. R. ERGEC, *Introduction au droit public*, 2^e éd., Bruxelles, Story-Scientia, 1994, p. 42, note n° 9 et la jurisprudence citée ; p. 182, note n° 86.

tées par le constat d'inconstitutionnalité de l'ancien article 756 du Code civil. Il s'ensuit que l'ancien article 756 du Code civil peut encore s'appliquer aux successions ouvertes avant le 13 juin 1979 mais qu'il est inapplicable aux successions ouvertes à partir de cette date ».

Toutefois, la Cour d'arbitrage aurait pu constater l'inconstitutionnalité de l'article 107 de la loi du 31 mars 1987 sans insérer dans son dispositif, en l'imposant, un nouveau critère de maintien des effets dans le passé de l'article 756 ancien du Code civil.

La raison, plus profonde, qui a poussé la Cour à franchir ce pas est d'ordre structurel. Cette raison pourrait donc amener la Cour à réitérer la démarche qu'elle a inaugurée dans le cadre de les arrêts commentés, à l'occasion d'autres affaires et même si des circonstances semblables n'y sont pas réunies.

Comme on l'a observé, le législateur spécial s'est contenté, pour régler la portée des arrêts rendus par la Cour d'arbitrage en réponse à des questions préjudicielles, de reproduire le modèle fourni par le Traité de Rome établissant la Communauté économique européenne et par la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, qui lui était familier. Ainsi, les arrêts rendus sur questions préjudicielles n'ont qu'un caractère obligatoire restreint ; seules les juridictions qui auront à connaître du litige concret à l'occasion duquel la question a été posée, doivent respecter l'arrêt⁹⁴.

Or, il est évident que les arrêts rendus à la suite de questions préjudicielles ont des répercussions importantes en dehors du litige où la question de constitutionnalité a surgi. Tout d'abord, l'arrêt s'impose comme un précédent jurisprudentiel, qui empêche le juge du fond de considérer qu'une disposition législative invalidée par la Cour est régulière. L'arrêt d'invalidation marque au fer rouge la norme jugée inconstitutionnelle : jusqu'à la fin de son existence, elle sera considérée comme invalide. La loi spéciale sur la Cour d'arbitrage tient compte de cet effet étendu des arrêts d'invalidation au contentieux préjudiciel, puisqu'elle permet aux juridictions de fond de refuser de poser à la Cour une question à laquelle elle a déjà répondu⁹⁵. Par ailleurs, un arrêt d'invalidation rendu au contentieux préjudiciel ouvre un nouveau délai de 6 mois pour introduire une requête en annulation, selon les conditions prévues aux articles 4, 2°, et 26, § 2, de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage.

⁹⁴ H. SIMONART, « Le contrôle... », *op. cit.*, p. 183, observe qu'en Italie, en Espagne et en Allemagne, les arrêts rendus au contentieux préjudiciel ont la même autorité et les mêmes effets que les arrêts d'annulation.

⁹⁵ Article 26, § 2, de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage.

La Cour d'arbitrage invoque expressément cet état de fait au motif B.9. de son arrêt n° 18/91 et au motif B.6. de son arrêt n° 83/93 :

« En vertu de l'article 28 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage, l'autorité d'un arrêt rendu par la Cour en réponse à une question préjudicielle ne s'impose qu'au juge a quo et aux juridictions appelées à statuer 'dans la même affaire'. Compte tenu cependant de ce que les articles 4, 2°, et 26, § 2, 3° alinéa, 1°, de la même loi font apparaître que la portée d'un tel arrêt excède les limites fixées à l'article 28, la Cour se doit d'avoir égard aux répercussions que peut avoir sa décision sur d'autres situations que celle qui a fait l'objet de la question préjudicielle ».

A maints égards, le postulat des effets relatifs des arrêts rendus au contentieux préjudiciel constitue donc une fiction. C'est pour sortir de cette fiction que la Cour a commis le coup de force de modaliser les effets dans le temps d'un arrêt rendu en réponse à une question préjudicielle.

2° Arrêt n° 8/97, du 19 février 1997

Les motifs de l'arrêt n° 8/97 donnent l'impression d'un repli de la Cour d'arbitrage par rapport à la position nette et audacieuse qu'elle avait adoptée dans ses arrêts n° 18/91 et n° 83/93⁹⁶. Montrant une grande prudence, la Cour paraît douter de sa faculté de limiter dans le temps les déclarations d'inconstitutionnalité formulées dans ses arrêts préjudiciels.

Cette prudence doit toutefois être interprétée à la lumière des circonstances de l'espèce. La Cour ne devait pas se prononcer sur sa compétence de principe pour limiter les effets dans le temps d'un constat d'invalidité formulé à titre préjudiciel. Elle devait seulement répondre à la question particulière de savoir si, saisie d'une question préjudicielle, elle peut limiter les effets dans le temps d'un arrêt préjudiciel rendu longtemps auparavant.

Ainsi, la Cour a seulement évité d'adopter une position tranchée sur un épineux problème de compétence, alors que ce n'était pas nécessaire pour répondre à la question précise qui lui était posée. Il ne semble donc pas que cet arrêt doive être interprété comme un revirement par rapport à la jurisprudence antérieure. Tout au plus peut-on constater que la Cour aurait pu saisir cette occasion pour réaffirmer le principe de sa compétence et qu'elle ne l'a pas fait.

Concernant la demande précise qui lui était adressée, la Cour d'arbitrage ne pouvait que refuser d'y accéder⁹⁷.

⁹⁶ En ce sens, voy. M. MAHIEU, « obs. sous C.A., arrêt n° 8/97, du 19 fév. 1997 », *J.T.*, 1997, pp. 294 à 296.

⁹⁷ Sur ce que cette attitude est comparable à celle de la Cour de justice des Communautés européennes, voy. M. MAHIEU, *ibid.*

Le pouvoir de maintenir les effets des normes qu'elle annule a été attribué à la Cour en vue de protéger la sécurité juridique. Comment pourrait-elle user de ce même pouvoir, au contentieux préjudiciel, d'une manière qui, à l'évidence, mettrait plus en danger la sécurité juridique qu'elle ne la servirait ? L'on ne peut donc que se rallier à la motivation de l'arrêt sur ce point.

CONCLUSION

Le législateur spécial a adopté une option fondamentale en réglant les effets des arrêts rendus par la Cour d'arbitrage sur recours direct. Il a décidé que la sanction prononcée par la Cour, lorsqu'elle constate l'inconstitutionnalité d'une norme législative, est l'annulation rétroactive de cette norme. Il a tiré les conséquences de cette sanction radicale, en permettant la remise en cause des situations juridiques acquises sous l'empire de la norme législative annulée.

Cette option constitue un facteur puissant d'insécurité juridique. Le législateur spécial ne s'y est pas trompé. Il a attribué à la Cour le pouvoir de maintenir les effets des normes qu'elle annule, en vue d'éviter que soient portées à la sécurité juridique des atteintes jugées excessives. La Cour est ainsi chargée d'apprécier, de manière discrétionnaire, l'opportunité de maintenir ou non les effets des normes qu'elle annule.

De manière générale, la Cour semble avoir fait un usage de ce pouvoir qui est conforme à la manière dont l'a conçu le législateur spécial. Deux observations doivent toutefois être formulées.

La première observation concerne la procédure suivie par la Cour pour décider du maintien des effets. Se fondant sur son pouvoir discrétionnaire d'appréciation, la Cour a souvent décidé d'office de recourir au maintien des effets, ce qu'elle peut manifestement faire. Ce faisant, elle n'a toutefois pas permis aux parties de s'expliquer à ce sujet, ce qui est peu compatible avec l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme dans les cas où il s'applique et avec le principe général de respect des droits de la défense devant les juridictions dans tous les cas. L'on ne peut qu'encourager la Cour à remédier à cette lacune de sa pratique procédurale. Il lui suffirait, pour ce faire, de mettre en œuvre les procédures instaurées par la loi spéciale en vue d'assurer la contradiction des moyens et des exceptions soulevés d'office. Les plaideurs doivent aussi être encouragés à s'exprimer spontanément devant la Cour sur l'opportunité qu'il y aurait, ou non, de maintenir les effets d'une norme législative dont la régularité est en cause.

La seconde observation est relative aux motifs du maintien des effets. Si la Cour dispose d'un pouvoir

discrétionnaire d'appréciation, ce pouvoir ne peut toutefois être exercé de manière arbitraire. La Cour d'arbitrage doit respecter, comme tout organe de l'Etat, les obligations internationales de la Belgique relatives au respect des droits de l'homme. A cet égard, les arrêts qui, sans aucune justification, maintiennent les effets de dispositions fiscales ou financières au profit du trésor public et au détriment des citoyens, sont sujets à critique. Ils s'apparentent à des confiscations arbitraires des biens de ces citoyens, peu compatibles avec l'article 1^{er} du premier protocole à la Convention européenne des droits de l'homme. Une telle jurisprudence, dont les manifestations sont heureusement restées exceptionnelles à ce jour, ne peut être cautionnée.

Au contentieux des questions préjudicielles, la Cour d'arbitrage est hésitante au moment d'affirmer son pouvoir de prononcer le maintien des effets des normes qu'elle invalide. Elle l'a fait une seule fois, dans des circonstances particulières. Prudente, elle n'a pas saisi ensuite l'occasion qui lui était donnée de réaffirmer sa compétence de principe.

Le malaise de la cour constitutionnelle est compréhensible, dès lors que la loi spéciale ne lui attribue pas un tel pouvoir. Une juridiction ne peut qu'hésiter à s'arroger un pouvoir de manière prétorienne.

Ce malaise est surtout significatif de ce que les effets que la loi spéciale assigne aux arrêts d'invalidation rendus sur questions préjudicielles sont inadaptes.

Que la Cour se prononce sur recours direct ou sur question préjudicielle, son intervention poursuit le même objectif : assurer la conformité de la législation à la Constitution. En outre, on a vu que la déclaration d'invalidité formulée en réponse à une question préjudicielle possède une autorité renforcée et que la norme invalidée est réellement « mise hors jeu ».

Dès lors, il serait plus réaliste d'assigner des effets *erga omnes* aux déclarations d'invalidité dans les deux procédures. C'est d'ailleurs ce que la Cour semble appeler de ses vœux dans ses arrêts n° 18/91 et n° 83/93.

De lege ferenda, deux solutions sont concevables.

Soit le législateur spécial permet à la Cour d'arbitrage d'annuler, avec effet rétroactif, les dispositions législatives qui font l'objet des questions. Dans cette hypothèse, la Cour disposerait du pouvoir d'aménager dans le temps les effets de ces arrêts d'annulation rendus suite aux questions préjudicielles. Cette solution risquerait toutefois de créer l'insécurité juridique puisque la Cour pourrait anéantir *ex tunc* des normes parfois anciennes, et remettre en cause les applications de ces normes. Le maintien des effets risquerait, dans la pratique, de se généraliser en vue de limiter l'atteinte à la sécurité juridique.

Soit la Cour reçoit la pouvoir d'abroger pour l'avenir les normes qu'elle invalide à la suite de questions préjudicielles. Dans cette hypothèse, la sécurité juridique serait sauvegardée. Le pouvoir de maintenir définitivement les effets dans le passé serait évidemment inutile. Seule la possibilité du maintien provisoire dans le futur devrait être réservée à la Cour. La loi spéciale devrait aussi régler les effets de l'invalidation sur les litiges en cours, afin de permettre aux juges d'écarter l'application de la loi désormais abrogée. Enfin, l'article 87 de la loi spéciale sur la Cour d'arbitrage devrait être modifié en vue de permettre aux personnes qui ont un intérêt à l'abrogation de la norme mise en cause parce qu'elles sont parties à des procédures analogues à celle qui a donné lieu à la question, d'intervenir dans la procédure devant la Cour ⁹⁸.

⁹⁸ Dans l'arrêt n° 56/93, du 8 juillet 1993, la Cour d'arbitrage a examiné la question incidente de la conformité de l'article 87 de la loi spé-

Cette seconde solution, plus respectueuse de la sécurité juridique et plus praticable, semble préférable.

ciale du 6 janvier 1989, aux articles 10 et 11 de la Constitution. Après avoir constaté que l'article 87 ne permet l'intervention, dans les procédures préjudicielles, que des parties qui justifient d'un intérêt dans la cause soumise à la juridiction qui a posé la question, à l'exclusion des autres personnes intéressées dans des procédures analogues, la Cour a précisé que : « cette différence de traitement se justifie si l'on prend en considération les conditions du renvoi préjudiciel et l'autorité de chose jugée de l'arrêt rendu sur question préjudicielle (...). Dès lors qu'il limitait, à l'article 28 de la loi spéciale précitée, la portée de l'arrêt rendu sur question préjudicielle au litige à l'occasion duquel a été posée la question, le législateur pouvait limiter l'intervention devant la Cour aux personnes pouvant intervenir dans ce litige. Sans doute est-il exact que l'arrêt rendu sur question préjudicielle pourrait avoir un effet indirect sur des litiges comparables puisque le juge saisi pourrait estimer ne pas devoir poser une question à la Cour parce que celle-ci a déjà statué sur une question ayant le même objet. Rien n'empêche cependant les parties de développer des arguments devant ce juge pour le convaincre de poser à son tour une question à la Cour » (B. 2.8). La Cour a donc admis la constitutionnalité de l'article 87, en raison de la portée limitée des arrêts rendus sur question préjudicielle. Si cette portée était étendue, il y aurait lieu également d'assouplir les conditions d'intervention.