

rarchie ne semble pas être sans ambiguïté. La hiérarchie des normes est avant tout une idée, « qui se construit de manière variable »<sup>68</sup>, écrit justement Millard. Il semble que cela est d'autant inévitable que nous vivons dans un ordre juridique à plusieurs niveaux, ou l'ordre juridique national, européen et international, utilisent d'autres principes de départ pour leurs relations mutuelles. Si le débat sur l'arrêt *Franco-*

*Suisse Le Ski* qui dure depuis plus de cinquante ans a fait ressortir une chose, c'est bien celle-ci.

Jan VELAERS  
Professeur ordinaire à l'Université d'Anvers  
Assesseur au Conseil d'État

(68) E. MILLARD, « La hiérarchie des normes. Une critique sur un fonde-

ment empiriste (*Hierarchy of Norms. An Empiricist Critique*) », *Revue de*

*théorie constitutionnelle et de philosophie*, 2013, pp. 163-199, n° 90.

(1) Les auteurs remercient Antoine

# L'effet direct comme condition d'application du principe de primauté : de filiations en désaveu partiel<sup>1</sup> ?

## Introduction

1. L'enseignement de principe de l'arrêt *Le Ski* est bien connu : « lorsque le conflit existe entre une norme de droit interne et une norme de droit international qui a des effets directs dans l'ordre juridique interne, la règle établie par le traité doit prévaloir »<sup>2</sup>.

L'exigence d'effet direct<sup>3</sup> est au cœur de cet enseignement. Tout comme la solution réservée à la primauté, cette exigence est de nature prétorienne : aucun texte ne l'a jamais imposée<sup>4</sup>. La seule indication que l'on trouve dans la Constitution concerne une question distincte et préalable à celle de l'effet direct, à savoir la nécessité d'un assentiment pour permettre au traité de produire des effets dans l'ordre juridique interne<sup>5</sup>. La Cour de cassation y fait du reste allusion dans l'arrêt *Le Ski* pour préciser que « lorsque l'assentiment à un traité, exigé par l'article (167, § 2) de la Constitution, est donné dans la forme d'une loi, le pouvoir législatif en accomplissant cet acte, n'exerce pas une fonction normative », de sorte que « le conflit qui existe entre une norme de droit établie par un traité international et une norme établie par une loi postérieure n'est pas un conflit entre deux lois ». D'où la nécessité de le résoudre au départ d'une autre règle que l'adage *lex posterior derogat priori*, et l'enseignement de principe fondé sur un critère hiérarchique que la juridiction suprême délivre en l'espèce, avec, en son cœur, l'exigence d'effet direct. Mais de celle-ci, la Cour de cassation

n'en dit pas davantage. Elle se limite à l'ériger en condition de la primauté de la disposition internationale considérée, sans la définir ou en préciser les critères constitutifs. Si elle continue d'essayer<sup>6</sup>, la notion d'effet direct est pourtant loin d'être univoque (1), et son exigence dans le cadre d'un contrôle de conformité, fût-il opéré à titre incident comme dans l'arrêt *Le Ski*, ne va pas nécessairement de soi (2).

## 1 La notion d'effet direct : contexte, origine et portée

2. La notion d'effet direct est apparue dans le contexte des relations entre ordres juridiques international et internes, en réponse à la question suivante : les particuliers, qui ne sont pas des sujets de droit international et en conséquence jamais parties à un traité, peuvent-ils néanmoins s'en prévaloir en justice à l'encontre d'un État partie ?

3. La Cour permanente de justice internationale (CPJI) fut, semble-t-il, la première à rencontrer cette question dans l'avis qu'elle rendit le 3 mars 1928 au sujet de la compétence des tribunaux de *Dantzic*<sup>7</sup>. D'après la Cour, « On peut facilement admettre que, selon un principe de droit international bien établi, le *Beamtenabkommen*, accord inter-

Baillieux, Bénédicte Inghels, Sébastien Van Drooghenbroeck et Jérémie Van Meerbeeck pour leurs échanges au sujet du présent texte, tout en précisant que ce dernier s'adosse à un précédent commentaire dont il reprend de larges extraits (cfr I. HACHEZ, « La pertinence de l'exigence d'applicabilité directe selon le type de contentieux », obs. sous C. const., n° 106/2003, S. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *Le droit international et européen des droits de l'Homme devant le juge national*, Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 174-186).

(2) Cass., 27 mai 1971, *J.T.*, 1971, pp. 460 et s., précédé des conclusions du procureur général M. Ganshof van der Meersch (notre ac-

cent).

(3) Ou d'applicabilité directe — on tient les deux notions pour synonymes.

(4) L'idée avait cependant émergé dans le giron des discussions relatives à l'insertion dans la Constitution d'un article 107bis, à la suite de l'actuel article 159. Au libellé proposé par le gouvernement (« Les cours et tribunaux n'appliqueront les lois et arrêtés qu'autant qu'ils sont conformes aux règles du droit international, et notamment aux traités en vigueur régulièrement publiés »), Fernand Dehousse avait suggéré de privilégier une formulation faisant écho au caractère directement applicable des dispositions internationales considérées : « Les cours et tribunaux

n'appliqueront les lois et arrêtés qu'autant qu'ils sont conformes aux dispositions directement applicables des traités en vigueur régulièrement publiés » (voy. le rapport de F. Dehousse au Sénat du 26 novembre 1970, *R.B.D.I.*, 1971, spéc. pp. 773 et 776 ; notre accent). Consécutivement à la jurisprudence *Le Ski*, le constituant belge renonça à convertir l'essai envisagé — ce qu'on peut regretter.

(5) Sur la différence entre les notions d'effet direct et d'immédiateté d'application, cfr *infra*, note 10.

(6) Dans la ligne de la jurisprudence *Le Ski*, tout comme dans d'autres contentieux (Cass., 9 février 2017, *J.T.*, 2019, p. 33, et pour un commentaire : F. AUVRAY, « La viola-

tion d'un traité est-elle une faute ? Incidence de l'absence d'effet direct sur la responsabilité extracontractuelle de l'État », *J.T.*, 2019, pp. 21-28) ou ordres juridiques (cfr not. : C.J.U.E., gr. ch., arrêt du 14 juin 2019, *Poplawski*, aff. C-573/17, spéc. cons. 68).

(7) D'aucuns attribuent toutefois la paternité de la notion à la Cour suprême des États-Unis (cfr C. BEHRENDT et F. BOUHON, « Chapitre 17 - En guise de conclusion », *Introduction à la Théorie générale de l'État*, 4<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Larcier, 2020, p. 519 et les références citées).

national, ne peut, comme tel, créer directement des droits et des obligations pour des particuliers. Mais on ne saurait contester que l'objet même d'un accord international, dans l'intention des Parties contractantes, puisse être l'adoption, par les Parties, de règles déterminées, créant des droits et des obligations pour des individus, et susceptibles d'être appliquées par les tribunaux nationaux. Que telle ait été l'intention, dans le cas présent, c'est ce que l'on peut établir en se référant aux termes du *Beamtenabkommen*. (...) L'intention des Parties — que l'on doit rechercher dans le contenu de l'Accord, en prenant en considération la manière dont l'Accord a été appliqué — est décisive. (...) Le texte et la teneur générale du *Beamtenabkommen* montrent que les dispositions de cet acte sont *directement applicables* entre les fonctionnaires et l'Administration »<sup>8</sup>.

De ces propos, qui méritent d'être largement reproduits tant leur influence est considérable<sup>9</sup>, se dégagent deux enseignements. Concrètement, tout d'abord, la *notion* d'effet direct : est directement applicable la règle juridique internationale qui confère des droits aux particuliers dont ils peuvent se prévaloir directement devant le juge national, sans devoir faire l'objet d'une « traduction » préalable au sein de l'ordre juridique interne considéré<sup>10</sup>. Concernant, ensuite, les *critères* de l'effet direct, destinés à déterminer *in casu* si, en dépit de sa qualité d'accord international, celui-ci se prête à son invocation par des particuliers, c'est l'intention des parties, appréciée au travers des termes et de la teneur de l'accord tout comme de son application, qui s'avère déterminante.

4. Si l'avis précité incarne la doctrine la plus classique sur l'effet direct en droit international, l'arrêt *Thonon* de la Cour de cassation — rendu douze ans après l'arrêt *Le Ski* — en constitue le pendant en droit belge. Aux termes de cet arrêt, « la notion d'applicabilité directe d'un traité envers les nationaux de l'État qui l'a conclu implique que l'obligation assumée par cet État soit exprimée d'une manière complète et précise et que les parties contractantes aient eu l'intention de donner au Traité l'objet de conférer des droits subjectifs ou d'imposer des obligations aux individus »<sup>11</sup>. Ici encore<sup>12</sup>, l'applicabilité directe vise le fait pour

des particuliers de pouvoir directement se prévaloir en justice des dispositions internationales leur conférant des *droits subjectifs*<sup>13</sup>, et son existence est établie au départ de deux critères cumulatifs : un *critère subjectif* (les parties contractantes ont-elles eu l'intention de conférer des droits subjectifs aux particuliers) et un *critère objectif* (la disposition est-elle libellée de manière complète et précise, de telle sorte, ajouterons-nous, qu'elle ne requiert pas de mesure d'exécution de l'État pour être appliquée ?). En pratique, cependant, l'intention des États parties est rarement exprimée de manière explicite, à telle enseigne qu'elle est recherchée au travers de la précision et de la clarté de la norme. Dans ce cas, le critère subjectif tend à se confondre avec le critère objectif. Traduit dans le langage de l'ordre juridique interne, ce dernier critère conduit le juge à faire le départ entre les dispositions internationales sur lesquelles il peut, en l'état, fonder son dispositif et celles qui appellent au préalable une intervention du législateur pour remplir l'engagement souscrit par l'État<sup>14</sup>.

5. En vertu du critère objectif, on considère généralement qu'une obligation négative — imposant une abstention à l'État — est dotée d'effet direct. Vingt ans avant le prononcé de l'arrêt *Thonon*, la Cour de justice des Communautés européennes (C.J.C.E.) s'était exprimée en ce sens au sujet de l'article 12 TCEE<sup>15</sup>. Cet article interdisait aux États membres d'établir entre eux de nouveaux droits à l'importation ou taxes d'effets équivalents. Dans son arrêt *van Gend & Loos* du 5 février 1963, la Cour luxembourgeoise jugea que « le texte de l'article 12 énonce une interdiction claire et inconditionnelle qui est une obligation non pas de faire, mais de ne pas faire » et que « cette prohibition se prête parfaitement, par sa nature même, à produire des effets directs dans les relations juridiques entre les États membres et leurs justiciables ». Et la Cour d'ajouter « que l'exécution de l'article 12 ne nécessite pas une intervention législative des États » : « selon l'esprit, l'économie et le texte du Traité, l'article 12 doit être interprété en ce sens qu'il produit des effets immédiats et engendre des droits individuels que les juridictions internes doivent sauvegarder »<sup>16</sup>. C'est ce même article 12 TCEE qui était en cause dans l'arrêt *Le Ski* rendu le 27 mai 1971.

(8) Publications de la Cour permanente de justice internationale - Recueil des avis consultatifs, série B, n° 15, pp. 17-18 (notre accent).

(9) Cf. F. RIGAUX, obs. sous C.J.C.E., 5 février 1963, *J.T.*, 1963, p. 190, et les références mentionnées aux notes 5 et 6. Cet avis est encore souvent cité aujourd'hui (cf. not. A. BAILLEUX, « Le droit international, (re)sources du droit de l'Union européenne », *Les sources du droit revisitées*, vol. 4, I. HACHEZ, Y. CARTUYVELS, H. DUMONT, P. GÉRARD, F. OST et M. VAN DE KERCHOVE (dir.), *Théorie des sources du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Limal, Anthemis, 2012, p. 367 ; F. DOPAGNE, « L'effet direct est-il une condition de la primauté du droit international sur le droit belge ? », *R.B.D.I.*, 2/2012, p. 463 ; C. BEHRENDT et F. BOUHON, *op. cit.*, p. 515).

(10) À la lecture de l'avis, il semble que la « traduction » (on recourt à dessein à ce terme vague) que la Pologne appelait de ses vœux consistait, non pas dans l'adoption de mesures d'exécution de l'accord destinées à lui apporter d'éventuels prolongements normatifs requis, mais bien dans la reprise de cet accord par le droit polonais qui, à ses yeux, conditionnait son invocabilité par un particulier (cf. les passages cités in I. HACHEZ, *op. cit.*, p. 177, note 13). En tout cas dans le chef de la Pologne, les questions que, par convention, on qualifiera d'« effet direct » et d'« immédiateté d'application » semblent se recouvrir. Or, la première nous paraît de-

voir être distinguée de la seconde, qui vise la question de savoir si l'application d'une règle juridique internationale par les autorités nationales est ou non conditionnée à des formalités internes de réception, comme l'exige, par exemple, l'article 167, §§ 2 et 3, de la Constitution belge. Une fois la loi d'assentiment publiée et le Traité entré en vigueur dans l'ordre juridique international, le Traité fait partie du droit objectif belge, au même titre que les règles juridiques qui puisent leur origine au sein de l'ordre juridique belge. Ce n'est qu'alors que la question de l'effet direct trouve le cas échéant à se poser, étant entendu qu'on entend par effet direct l'« aptitude d'une règle de droit international à conférer par elle-même aux particuliers, sans requérir aucune mesure interne d'exécution, des droits dont ils puissent se prévaloir devant les autorités (juridictionnelles) de l'État où cette règle est en vigueur » (J. VERHOEVEN, « La notion d'« applicabilité directe » du droit international », *R.B.D.I.*, 1980, p. 243).

(11) Cass., 21 avril 1983, *R.C.J.B.*, 1985, p. 26, note M. WAELBROEK, « Portée et critères de l'applicabilité directe des traités internationaux ». Dans la ligne de cet arrêt, voy. e.a. T.T. Bruxelles, 9 décembre 2004, *Chr. D.S.*, 2005, n° 3, p. 137, qui en explicite les critères ; Cass., 11 mai 2001, *R.W.*, 2002-2003, pp. 658 et s. ; Cass., 26 mai 2008, RG n° S.06.0105.F, déniait l'effet direct, ainsi défini, aux articles 2.1, 9 et 10.3 du Pidesc ; Cass., 13 juin 2013,

*Pas.*, 2013, p. 1377.

(12) *In casu*, cependant, la Cour distingue sans ambiguïté les questions d'immédiateté d'application et d'effet direct.

(13) Par facilité, on se limitera, sous la forme d'un raccourci, à mettre la focale sur le versant droit subjectif, sans évoquer dans le même temps les obligations susceptibles d'être imposées aux particuliers. À cet égard, nous n'avons pas cherché à trancher la question de savoir si les obligations visées dans l'arrêt *Thonon* constituent uniquement l'envers des droits subjectifs ou leur sont potentiellement étrangères, dans la mesure où cette question nous semble dépourvue d'incidence pour la thèse que nous défendons — le degré de précision et de clarté requis étant selon nous identique dans tous les cas de figure.

(14) Le fondement *international* de l'effet direct, consistant à l'apprécier au départ de l'intention des parties contractantes et des qualités intrinsèques du texte, se double ainsi d'un fondement *interne* dès lors que rentre en ligne de compte le principe de la séparation des pouvoirs, ou, autrement dit, la répartition des compétences qui relèvent respectivement du juge et du législateur (cf. à cet égard : Cass., 4 novembre 1999, *J.T.*, 2000, p. 667 ; Cass., 2 mars 2012, RG n° C.10.0685.F). Le critère objectif fait du reste parfois l'objet d'une interprétation extrêmement littérale de la part des juridictions, lorsqu'elles considèrent que le simple fait qu'une obligation d'agir, ou de ne pas agir, s'adresse à l'État — et non aux particuliers — témoigne de la né-

cessité de l'adoption d'une mesure interne d'exécution par celui-ci (en ce sens : CE, n° 68914, 16 octobre 1997, *Verdoodt*, cons. 3.3.2.3.2 (rendu en suspension, l'arrêt fut néanmoins réformé, sur ce point, en annulation : C.E., n° 182.454, 28 avril 2008, *Verdoodt*) ; C.E., n° 233.197, 10 décembre 2015, *Mundiet*, p. 7 ; C.E., n° 237.821, 28 mars 2017, *XXX*, pp. 3 et 4 ; C.E., n° 241.302, 24 avril 2018, *Djib Bond*, p. 13 ; C.E., arrêt n° 250.823 du 8 juin 2021, *Brevat et al.*, p. 5 ; Cass., 31 mars 1999, *J.L.M.B.*, 1999, pp. 1430 et s.).

(15) C.J.C.E., 5 février 1963, *van Gend & Loos*, aff. 26/62. L'arrêt *Van Gend & Loos* est le premier arrêt dans lequel la Cour de justice se prononce sur l'effet direct d'une disposition de droit européen. Dans cet arrêt, la Cour de justice ne se réfère pas à la volonté des États contractants pour déterminer si une disposition est directement applicable. Elle se contente de regarder si les dispositions sont claires, précises et inconditionnelles.

(16) À dire vrai, les questions d'immédiateté d'application et d'effet direct apparaissent étroitement imbriquées dans cette affaire (cf. les termes sur lesquels s'ouvre l'examen au fond : « Attendu que la Tariefcommissie pose en premier lieu la question de savoir si l'article 12 du Traité a un effet immédiat en droit interne, dans le sens que les ressortissants des États membres pourraient faire valoir sur la base de cet article des droits que le juge national doit sauvegarder »).

6. Que ce soit dans l'avis *Dantzig* de la C.P.J.I., l'arrêt *van Gend & Loos* de la C.J.C.E. ou l'arrêt *Thonon* de la Cour de cassation, l'effet direct se limitait, à chaque fois, à la possibilité pour un particulier de revendiquer en justice le bénéfice d'un droit subjectif issu du Traité considéré. Vu la filiation que l'arrêt *Le Ski* entretient avec l'arrêt *van Gend & Loos*, et en dépit d'indication explicite dans les motifs de l'arrêt *Le Ski*, on peut considérer que la notion d'effet direct qu'il mobilise doit se comprendre de cette manière également.

Il n'en demeure pas moins qu'une *définition large* de l'effet direct est très vite venue côtoyer la définition stricte qui lui était traditionnellement réservée<sup>17</sup>. Loin de cantonner l'effet direct au niveau des droits subjectifs, ses partisans situent cette problématique sur le plan du *droit objectif*<sup>18</sup>. Dans cette perspective, l'effet direct recouvre également l'hypothèse dans laquelle une norme internationale sert de base à l'exercice d'un contrôle de conformité des mesures étatiques et ce, quand bien même la norme en question ne conférerait pas de droit subjectif à celui qui en poursuit le respect<sup>19</sup>. L'*approche graduelle* de l'effet direct, qui s'est essentiellement développée dans la littérature néerlandophone, s'adosse à cette conception large de la notion tout en l'affinant, l'idée étant que chaque disposition normative présente un certain degré d'effet direct<sup>20</sup>.

Parallèlement à ce mouvement, visant à compléter la définition stricte de l'effet direct d'une compréhension large, et sans que l'articulation entre ces deux conceptions ne soit toujours pensée<sup>21</sup>, les *critères* déterminant l'effet direct d'un traité ont connu des fortunes diverses. Ainsi, sous l'impulsion du droit européen, la tendance générale consiste aujourd'hui à privilégier la clarté et la précision de la norme par rapport à l'intention des parties, voire même en contradiction de celle-ci<sup>22</sup>. Mais l'évolution observée en la matière ne porte pas seulement sur le *poids* respectivement accordé aux critères objectif et subjectif. La *portée* du critère objectif fait elle-même l'objet d'une remise en question par un courant, à ce jour minoritaire, qui propose de privilégier une *approche contextualisée* de l'effet direct<sup>23</sup>. Selon ses partisans, la détermination de la marge d'appréciation conférée par la norme ne doit pas être réalisée *in abstracto* — au départ du seul examen du libellé de la disposition considérée —, mais *in concreto*, c'est-à-dire en ayant égard au contexte normatif dans lequel son application est requise<sup>24</sup>.

7. Si à la lumière de l'arrêt *van Gend & Loos* (qui portait sur la même disposition normative : l'article 12 TCEE) et de l'arrêt *Thonon* (dans le-

quel la Cour de cassation définit l'applicabilité directe), il semble clair que la notion d'effet direct, au cœur de l'enseignement de principe de l'arrêt *Le Ski*, devait *in casu* se comprendre au sens restreint du terme, rien n'interdit de penser que la compréhension de cette notion — et de l'enseignement de principe au sein duquel elle s'inscrit — puisse évoluer au gré des avancées jurisprudentielles et doctrinales qu'elle a connues depuis lors. Considérer le caractère protéiforme de la notion d'effet direct permettrait en tout cas de mieux faire droit à la diversité des situations susceptibles de se présenter, compte tenu de l'objet de la demande et du type de contentieux concernés.

## 2 Les variations de l'effet direct selon le type de contentieux et l'objet de la demande

8. L'arrêt *Le Ski*, contenant l'exigence d'effet direct que nous discutons, a été rendu dans le cadre d'un contentieux subjectif porté devant les cours et tribunaux judiciaires. Les faits étaient les suivants. Entre 1958 et 1964, la société en cause avait payé des droits spéciaux sur l'importation de produits laitiers en provenance d'États membres de la CEE. Ces droits avaient été perçus sur la base d'arrêtés royaux, qui ont par la suite été validés, pour le passé, par une loi du 19 mars 1968. Or, l'article 12 TCEE interdisait aux États membres d'établir entre eux de nouveaux droits à l'importation ou taxes d'effets équivalents. Se fondant sur la contrariété de la loi du 19 mars 1968 à l'article 12 TCEE, la société *Le Ski* agit en répétition de l'indu pour exiger le remboursement des droits acquittés<sup>25</sup>.

C'est au départ de ce contexte juridique que la Cour de cassation a érigé son enseignement de principe et subordonné la primauté de la norme de droit international à son caractère directement applicable. Il n'est pourtant pas certain que, dans le cas d'espèce, l'effet direct au sens strict de la disposition concernée ait été absolument nécessaire, ni que cette exigence gagne à être posée *in abstracto* dans tout contentieux subjectif où intervient à titre incident un conflit entre une norme de droit international et une norme de droit interne de rang (*infra*) législatif (B). La direction empruntée par la Cour constitutionnelle, dans le cadre du contrôle de conformité qu'elle réalise à titre principal au contentieux objectif, est à cet égard porteuse d'enseignements (A).

(17) Parmi les auteurs partisans de cette définition stricte, *cf.* not. les références citées par H. BRIBOSIA, « Applicabilité directe et primauté des traités internationaux et du droit communautaire. Réflexions générales sur le point de vue de l'ordre juridique belge », *R.B.D.I.*, 1996, p. 45, note 49 ; J. VANDE LANOTTE et G. GOEDERTIER, m.m.v. T. DE PELSMACKER, *Handboek Belgisch Publiekrecht*, 7<sup>e</sup> éd., Bruges, die Keure, 2013, spéc. n<sup>os</sup> 180 et 461 ; J. VERHOEVEN, *op. cit.*, pp. 243-244 ; Y. LÉJEUNE, *Droit constitutionnel belge. Fondements et institutions*, Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 137 et s., n<sup>o</sup> 134.

(18) Voy. not. en ce sens : M. WAELBROECK, *op. cit.*, spéc. p. 34 ; R. ERGEC, « Le minerval exigé des élèves étrangers et les effets directs des droits économiques et sociaux », obs. sous Cass., 20 décembre 1990, *J.L.M.B.*, 1991 p. 1208, n<sup>o</sup> 6 ; M. LEROY, « Le pouvoir, l'argent, l'enseignement et les juges », obs. sous C.E., *M'Feddal*, *R.T.D.H.*, 1991, spéc. p. 197 ; C. SCIOTTI-LAM, *L'applicabilité des traités internationaux relatifs aux droits de l'homme en droit interne*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 345 et s., n<sup>os</sup> 584 et s.

(19) Dans cette dernière hypothèse, la question de l'effet direct se ramène à celle de son *invocabilité* par un par-

ticulier.

(20) Ainsi, pour les auteurs qui promeuvent cette approche, l'obligation de *standstill* est une forme d'effet direct. Voy. A. ALLEN et W. PAS, « L'effet direct de la Convention des Nations unies relative aux droits de l'enfant », *J.D.J.*, 1995, liv. 144, p. 166 et 167 ; E. CLAES et A. VANDAELE, « L'effet direct des traités internationaux. Une analyse en droit positif et en théorie du droit axée sur les droits de l'homme », *R.B.D.I.*, 2001, spéc. pp. 464 et s. ; D. VAN ECKHOUTTE et A. VANDAELE, « Doorwerking van internationale normen in de Belgische rechtsorde », *Working paper*, n<sup>o</sup> 33, Instituut voor Internationaal Recht, KUL, octobre 2002, spéc. n<sup>o</sup> 20 ; A. VANDAELE et E. CLAES, « Naar een gradueel concept van directe werking van verdragsrecht en van internationaal gewoonterecht », in D. Van Eckhoutte et J. Wouters (dir.), *Doorwerking van Internationaal Recht in de Belgische rechtsorde*, Anvers, Intersentia, 2006, pp. 83-109, spéc. pp. 91 et s. Parmi la doctrine francophone, voy. notamment : J. PIERET, « L'influence du juge belge sur l'effectivité de la Convention : retour doctrinal et jurisprudentiel sur le concept d'effet direct », *Entre ombres et lumières : cinquante ans d'application de la Convention européenne des droits de l'homme en Belgique*,

Bruxelles, Bruylant, 2008, spéc. pp. 123 et s.

(21) La question de savoir si ce sont des *critères* identiques à ceux de l'effet direct *subjectif* qui président à la détermination de l'effet direct *objectif* est controversée. En soutien d'une appréciation différenciée, et plus contraignante pour l'effet direct *subjectif*, *cf.* : M. WAELBROECK, « Portée et critères... », *op. cit.*, pp. 36-37 ; H. BRIBOSIA, *op. cit.*, p. 49, note 72. (22) H. VANDERLINDEN, « Effectiviteit van de sociale grondrechten in het Belgische recht, mythe of realiteit ? », *R.W.*, 2008-2009, n<sup>o</sup> 29, p. 1205.

(23) Voy. not. : E.A. ALKEMA, *Toepassing van de Europese Conventie voor de rechten van de Mens in Nederland. Preadvies Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland*, Zwolle, 1985, pp. 34-35 ; O. DE SCHUTTER, *Fonction de juger et droits fondamentaux : transformation du contrôle juridictionnel dans les ordres juridiques américains et européens*, Bruxelles, Bruylant, 1999, spéc. pp. 157-160 et 362-370 ; C. SCIOTTI-LAM, *op. cit.*, spéc. pp. 441-443, n<sup>os</sup> 749-750. Adde le rapport de l'auteur P. LEMMENS dans l'affaire *De Moor* (C.E., 31 octobre 1991, n<sup>o</sup> 38.014), *R.W.*, 1991-1992, pp. 638 et s. (pour un commentaire de ce rapport : S. VAN DROOGHEN-

BROECK, in *Droit international...*, *op. cit.* [note 1], pp. 357 et 359). Adde les références citées à la note 20, l'approche graduelle de l'effet direct (au sens large) postulant également une appréciation contextualisée de celui-ci (*cf.* A. VANDAELE et E. CLAES, « Naar een gradueel concept... », *op. cit.*, pp. 92-93, n<sup>os</sup> 17-18).

(24) Ce changement de perspective conduira, le cas échéant, à reconnaître le caractère directement applicable d'obligations positives. Sur les différents degrés qu'au-delà de ces caractéristiques communes, l'approche contextualisée est susceptible de revêtir, et pour des exemples de jurisprudence, *cf.* e.a. I. HACHEZ, *Droit international...*, *op. cit.* (note 1), pp. 207 et s. Adde I. HACHEZ, *Le principe de standstill dans le droit des droits fondamentaux : une irréversibilité relative*, Bruxelles, Bruylant, Athènes, Sakkoulas, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2008, n<sup>os</sup> 244 et s., et les références citées.

(25) Les requérants avaient été déboutés en première instance par un jugement du 6 février 1967 (*iné.*) et avaient obtenu gain de cause en degré d'appel (Bruxelles, 4 mars 1970, *Pas.*, 1970, II, p. 125). L'État belge s'est ensuite pourvu en cassation.

## A. Effet direct et contentieux objectif (à titre principal)

9. Peut-être influencée par l'arrêt *Le Ski*, la Cour constitutionnelle a, dans un premier temps, conditionné l'invocabilité de dispositions internationales dans le cadre du contrôle combiné qu'elle opère, à leur caractère directement applicable. Ainsi pouvait-on alors lire, sous sa plume, que « les règles constitutionnelles d'égalité et de non-discrimination sont applicables à l'égard de tous les droits et de toutes les libertés reconnus aux Belges, en ce compris ceux résultant des conventions internationales liant la Belgique, rendues applicables dans l'ordre juridique interne par un acte d'assentiment et ayant effet direct »<sup>26</sup>.

Depuis 2003, elle a cependant rompu avec cette jurisprudence constante. Jugé par la Cour que « lorsqu'elle est interrogée sur une violation (des articles 10 et 11 de la Constitution) combinée (...) avec une convention internationale, (elle doit) *non pas examiner si celle-ci a effet direct dans l'ordre interne*, mais apprécier si le législateur n'a pas méconnu de manière discriminatoire les engagements internationaux de la Belgique »<sup>27</sup>. Sauf rares exceptions<sup>28</sup>, la Cour constitutionnelle ne semble désormais plus s'encombrer de considérations relatives à l'effet direct des dispositions internationales qu'elle considère.

Si l'un ou l'autre arrêts isolés mais néanmoins bien inspirés du Conseil d'État avaient anticipé le prononcé de l'arrêt n° 106/2003 de la Cour constitutionnelle<sup>29</sup>, force est de constater que la jurisprudence du Haut Conseil en la matière se caractérise globalement par un certain éclectisme et une forte tendance à ériger l'effet direct, au sens strict, en condition *sine qua non* du contrôle de conformité qu'il exerce<sup>30</sup>. De ce point de vue, elle apparaît bien plus restrictive que celle de la Cour constitutionnelle.

10. La position entérinée par la Cour constitutionnelle doit, selon nous, être approuvée sans réserve. La procédure de contentieux objectif « ne protège les particuliers que par ricochet ; et encore protège-t-elle leurs intérêts, et non leurs droits, et même si elle protège aussi leurs droits, ce n'est pas en raison de leur qualité juridique, mais en

considérant la part d'intérêt qui y est incluse »<sup>31</sup>. Autrement dit, l'existence d'un droit subjectif n'est pas une condition de l'action ; la démonstration d'un intérêt à agir suffit pour que le juge se déclare compétent. Il en va de la recevabilité comme au fond : peu importe que la norme à l'aune de laquelle le contrôle de conformité est exercé confère ou non des droits subjectifs au requérant. L'effet direct (au sens strict) n'a pas lieu d'être au contentieux objectif<sup>32</sup>.

L'exigence d'effet direct (au sens strict) antérieurement posée par la Cour constitutionnelle était du reste difficilement conciliable avec sa propre jurisprudence en matière de *standstill*, l'utilité et la reconnaissance de ce principe procédant précisément de l'absence d'effet direct des dispositions internationales invoquées<sup>33</sup>.

11. Que l'on se comprenne bien, toutefois. L'idée selon laquelle l'effet direct au sens strict n'est pas nécessaire au contentieux objectif ne dispense pas la norme de référence de présenter un caractère *suffisamment clair et précis*, ou, autrement dit, une certaine densité normative, pour servir utilement de fondement au contrôle de conformité de la norme litigieuse<sup>34</sup>. Mais l'allusion au caractère suffisamment clair et précis de la norme qu'on s'autorise diffère, en termes de degré, de la complétude de la norme requise pour conférer un droit subjectif<sup>35</sup>. En clair, si on mobilise ici aussi le critère objectif présidant à l'établissement de l'effet direct au sens strict, c'est à d'autres fins (celle du contentieux objectif) et avec une intensité potentiellement moindre mais néanmoins suffisante pour permettre un contrôle de conformité respectueux du principe de la séparation des pouvoirs. Tout l'enjeu est alors de déterminer le niveau d'intensité exigé, et de le rendre opérationnel pour le juge<sup>36</sup>.

Sachant que toute norme se prête généralement à interprétation<sup>37</sup>, il appartiendra au plaideur d'éclairer la juridiction saisie sur la portée de la disposition internationale à l'aune de laquelle elle est invitée à apprécier la conformité de la norme litigieuse. Il s'agira tantôt d'invoquer, le cas échéant dans le cadre d'un contrôle combiné, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme<sup>38</sup> ou le *soft law* interna-

(26) C.E. const., 19 décembre 1991, n° 39/91, cons. 6.B.6 (notre accent). Voy. à cet égard : C. HOREVOETS, in *Droit international...*, op. cit. (note 1), pp. 85 et s.

(27) C. const., 22 juillet 2003, n° 106/2003, cons. B.4.2 (notre accent). Implicitement mais certainement, la Cour mobilise une conception stricte de l'effet direct.

(28) Voy. I. HACHEZ, in *Droit international...*, op. cit. (note 1), p. 182, note 37.

(29) C.E. const., 7 octobre 1968, *Corvelyn*, n° 13.146, J.T., 1969, p. 634, note J. VERHOEVEN ; C.E., 6 septembre 1989, *M'Feddal et crts*, n° 32.989. Au sujet de l'arrêt *Verdoodt* (C.E., 28 avril 2008, n° 182.454) et du sens à conférer, dans cet arrêt, à la notion d'effet direct invoquée, *cfr* P.-O. DE BROUX, in *Le droit international...*, op. cit. (note 1), pp. 187 et s.

(30) En ce sens : S. VAN DROOGHENBROECK, « L'effectivité des droits sociaux fondamentaux de l'enfant : le contentieux de l'aide sociale aux étrangers en séjour illégal comme paradigme », *Les enfants & l'aide sociale*, Actes de la journée d'études du jeudi 18 septembre 2003, Bruxelles, Éditions Jeunesse et droit, Publications des facultés universitaires Saint-Louis, 2003, p. 92 ; D. VAN ECKHOUTTE et J. WOUTERS, « Le droit international devant le juge belge », *R.B.D.C.*, 2013/3-4, pp. 299-331, spéc. pp. 324-325, et les références citées. En jurisprudence, *cfr*, parmi d'autres : J.C., 30 décembre 1993, *De Wispelaere*, n° 45.552, *Chr. D.S.*, 1994, p. 244, obs. J. JACQMAIN, « Le sexe comme condition déterminante » ; C.E., 10 décembre 1996, *Hoefkens*, n° 63.473 ; C.E., 16 octobre 1997, *Verdoodt*, n° 68.914, *R.W.*, 1998-1999, p. 331,

note W. RAUWS ; C.E., 21 novembre 1997, *XXX*, n° 69.715 ; C.E., 9 juin 2005, *L.*, n° 145.720 ; C.E., 25 septembre 2009, *XXX*, n° 196.388 ; C.E., 16 mai 2012, *XXX*, n° 219.380 ; C.E., 14 août 2012, *Ligue royale pour la protection des oiseaux*, n° 220.463 ; C.E., 15 janvier 2013, *Boiro*, n° 222.077 ; C.E., 10 décembre 2015, *Mundiete*, n° 233.197, p. 7 ; C.E., 28 mars 2017, *XXX*, n° 237.821, pp. 3 et 4 ; C.E., 24 avril 2018, *Djob Bond*, n° 241.302, p. 13 ; C.E., 17 mai 2018, *Uddin*, n° 241.518, cons. 16 ; C.E., 2 avril 2019, *Commune d'Aywaille*, n° 244.110 ; C.E., 8 juin 2021, *Brevet et al.*, n° 250.823, pp. 5-6, cons. 10. Voy. encore C.E., 7 août 2020, *Ligue des droits humains et al.*, n° 248.129, dans lequel le Conseil d'État est expressément invité par les parties requérantes à prendre position sur la reconnaissance d'une conception large de l'effet direct d'une norme de droit international dans le cadre d'un contentieux objectif, mais n'estime pas devoir rencontrer cette question comme telle au stade de la procédure en suspension dont il est saisi (voy. en particulier pp. 8 et 11). Compar. avec l'avis 52.163/3 rendu le 6 novembre 2012 par la section de législation du Conseil d'État, *Doc. parl.*, VI. parl., sess. 2012-2013, n° 1867/1 (« De toevoeging dat die verdragen "directe werking" dienen te hebben, dient in deze context overigens te worden geschrapt, nu dit concept slechts relevant is in de context van de inroepbaarheid van de bepalingen bij een rechtscollège dat uitspraak doet in het raam van het subjectieve contentieux »).

(31) M. LEROY, op. cit., p. 197.

(32) En ce sens, not. : J. VERHOEVEN,

« Applicabilité directe des traités et intentions des parties contractantes », *Liber amicorum E. Krings*, Bruxelles, Story Scientia, 1991, pp. 904-905 ; R. ABRAHAM, conclusions avant C.E. fr., 23 avril 1997, *D.*, 1998, pp. 18-19 ; G. MAES, *Verkenning van afdwingbaarheid van sociale grondrechten*, Anvers, Intersentia, 2003, p. 462 ; P. D'ARGENT, « Jurisprudence belge relative au droit international public (2008-2011) », *R.B.D.I.*, 2012, p. 292, n° 13 ; Y. LEJEUNE, *Droit constitutionnel...*, op. cit., not. n° 136, p. 140 ; N. VAN LEUVEN et F. VANNESTE, « De inroepbaarheid van het recht op wonen », in N. BERNARD et B. HUBEAU (dir.), *Recht op wonen : naar een resultaatverbintenis ?*, *Droit au logement : vers une obligation de résultat ?*, Bruges, die Keure, la Charte, 2012, p. 235 et 236. Voy. également P. VANDEN HEEDÉ et G. GOEDERTIER, « De doorwerking van het internationaal recht in de rechtspraak van het arbitragehof », in D. VAN ECKHOUTTE et J. WOUTERS (dir.), *Doorwerking van Internationaal Recht in de Belgische rechtssorde*, Anvers, Intersentia, 2006, pp. 252-253, n° 15, en ce compris les références citées à la note 61. L'extension donnée à la notion d'effet direct par les tenants d'une conception objective (*supra*, note 18), voire d'une conception graduelle (*supra*, note 20) procédant également de la considération selon laquelle, au contentieux objectif, il n'est nul besoin que la norme confère un droit subjectif pour être invocable, elle aboutit, sur le fond quoique différemment (en élargissant la notion d'effet direct) à un résultat identique.

(33) *Cfr* I. HACHEZ, *Le principe de standstill...*, op. cit. (note 24), spéc.

pp. 256 et s.

(34) En ce sens not. : R. ERGEC, op. cit., p. 1208 ; J. VERHOEVEN, « Applicabilité... », op. cit., p. 904 ; F. AUVRAY, op. cit. (note 6), p. 24.

(35) Voy., dans le même ordre d'idée, même s'ils maintiennent pour leur part la notion d'effet direct, les auteurs qui proposent une approche graduelle de l'effet direct compris au sens large du terme (*supra*, note 20). Voy. en particulier le plaidoyer de D. Van Eckhoutte et A. Vandaele en faveur d'un « critère normatif » (op. cit., n° 20).

(36) Dans le cadre d'un contrôle intersystémique (i.e. lorsque la norme de contrôle et la norme contrôlée ne sont pas issues du même ordre juridique) et internalisé (où c'est le juge interne qui se voit appelé à contrôler un acte émanant de son ordre juridique au regard d'une norme issue d'un autre ordre juridique), on peut penser qu'une certaine forme d'inconditionnalité doit en outre être exigée (voy. à cet égard A. BAILLEUX et I. HACHEZ, « L'applicabilité directe des sources du droit », obs. sous C.J.U.E., *Glatzel*, et C. const., n° 42/2016, in I. HACHEZ et J. VRIELINK (dir.), *Les grands arrêts en matière de handicap*, Bruxelles, Larcier, 2020, pp. 48-66, spéc. p. 54, en ce compris la note 26).

(37) *Cfr* F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *Entre la lettre et l'esprit. Les directives d'interprétation en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1989, pp. 94-103 ; M. VAN DE KERCHOVE, « Le sens clair d'un texte : argument de raison ou d'autorité ? », *Arguments de raison et arguments d'autorité en droit*, Bruxelles, Némésis, 1989, pp. 291 et s.

(38) *Cfr* F. KRENC, in *Droit international...*, op. cit. (note 1), pp. 311 et s.

tional<sup>39</sup>, permettant de préciser, du haut de l'ordre juridique international, les contours d'un droit fondamental considéré ou, plus largement, d'une disposition internationale, tantôt d'aller puiser par le bas, dans les ressources de l'ordre juridique interne, des données de nature à clarifier son libellé. On songe notamment, en matière de droits fondamentaux, à un détour par l'obligation de *standstill*, laquelle offre au juge de vérifier la conformité d'une norme litigieuse à la norme de référence *telle qu'elle était auparavant garantie par les autorités publiques nationales*, plutôt qu'à l'aune du seul libellé par trop programmatique de celle-ci<sup>40</sup>.

## B. Effet direct et contentieux subjectif (doublé d'un contentieux objectif à titre incident)

**12.** Au contentieux subjectif, l'exigence d'effet direct (au sens restreint) apparaît à première vue logique et est du reste souvent explicitement requise<sup>41</sup>. Dans ce type de contentieux, il n'est plus tant question de faire triompher la légalité au sens noble du terme que de revendiquer, pour sa personne, la protection d'un droit propre. S'il prétend le tirer d'une règle de droit international, le particulier devra au préalable en rapporter le caractère directement applicable<sup>42</sup>.

**13.** En revanche, lorsque, dans le cadre d'un litige de droits subjectifs, intervient à titre incident un conflit de normes de droit objectif, on peut se demander s'il est toujours pertinent d'exiger l'effet direct de la norme internationale invoquée. Sans doute, on l'a dit, lorsque le particulier entend fonder la revendication de son droit sur la norme en question<sup>43</sup>. Mais l'invocation de la norme internationale ne peut-elle avoir pour « seul » objet d'écarter l'application d'une norme interne contraire, étant entendu qu'une fois écartée, le particulier serait en mesure de fonder sa prétention sur un autre titre<sup>44</sup> ? Ainsi, dans l'arrêt *Le Ski*, ne suffisait-il pas, au fond, de faire ployer la législation interne autorisant le prélèvement de droits d'importation en raison de sa contra-

riété à l'article 12 TCEE — suffisamment clair et précis —, puis, chemin faisant, d'exiger le remboursement de l'indu<sup>45</sup> ?

On peut à cet égard se demander si l'exigence d'effet direct qui continue à très largement conditionner la primauté de la norme internationale depuis la jurisprudence *Le Ski*<sup>46</sup> n'est pas étroitement dépendante du contexte qui l'a vu naître — qu'il s'agisse des données de la cause ou de la filiation entretenue par l'arrêt *Le Ski* avec l'arrêt *van Gend & Loos* de la C.J.C.E. du 5 février 1963, classiquement présenté par la doctrine comme l'arrêt de principe en matière d'effet direct et, lui-même, manifestement influencé par l'avis rendu par la CPJ dans l'affaire *Dantzig*<sup>47</sup>.

**14.** *In casu*, l'exigence d'effet direct — au sens strict — ne posait pas de difficulté particulière, quand bien même elle serait superflue compte tenu de l'objet de la demande (le remboursement de l'indu), puisque l'article 12 TCEE était directement applicable. On ne peut toutefois exclure l'existence de cas de figure dans lesquels la norme internationale, quoi que suffisamment claire et précise pour autoriser un contrôle de conformité à son aune (*supra*, n° 11), ne conférerait pas de droit subjectif à son destinataire. Si celui-ci dispose d'un autre titre sur lequel fonder sa prétention en justice, rien ne justifie alors de conditionner nécessairement la primauté de la norme internationale à son effet direct — lequel requiert le degré suprême de clarté et de précision. Le raisonnement tenu en la matière à propos du contentieux objectif (*supra*, n° 9 à 11) vaut *mutatis mutandis* pour le contrôle de conformité exercé à titre incident par les cours et tribunaux judiciaires sur la base de la jurisprudence *Le Ski*.

On ajoutera, à l'appui de cette assertion, que l'article 159 de la Constitution et la jurisprudence qui l'interprète n'exigent pas l'effet direct de la règle hiérarchiquement supérieure au profit de laquelle s'efface le règlement (ou toute règle hiérarchiquement inférieure) qui la contrarie<sup>48</sup>.

(39) Sur le *soft law* des droits fondamentaux, et l'attention qu'il convient de lui porter, *cfr not.* S. VAN DROOGHENBROECK et I. HACHEZ, in *Droit international...*, *op. cit.* (note 1), pp. 24 et s.; Adde D. VAN ECKHOUTTE et M. VIDAL, « Internationaal en grensoverschrijdend bestuursrecht », *R.W.*, 2013-2014, pp. 1123 et s.

(40) Voy. e.a. X. DELGRANGE et I. HACHEZ, in *Droit international...*, *op. cit.* (note 1), pp. 246 et s.

(41) Voy. par exemple Cass., 26 mai 2008, précité (note 11) ; Cass., 2 mars 2012, précité (note 14). *Cfr* également D. VAN ECKHOUTTE et J. WOUTERS, « Le droit international... », *op. cit.*, spéc. p. 321 et 322, et les nuances repérées par J. VAN MEERBECK in « Le droit de l'Union européenne devant les juridictions de l'ordre judiciaire », in *Le droit de l'Union européenne et le juge belge*, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 189-221, spéc. pp. 2012 et s., n° 40 et s., en ce compris la note 121.

(42) En ce sens : A. BAILLEUX, *op. cit.*, p. 370.

(43) Encore qu'en matière de droits fondamentaux et dans la ligne des travaux de Thierry Léonard (*Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes. Un modèle de résolution basé sur l'opposabilité et la responsabilité civile*, Bruxelles, Larcier, 2005, spéc. n° 54, 136 et 137), on puisse se demander si, à proprement parler, c'est bien la revendication de droits subjectifs qu'on poursuit en justice et pas davantage la protection de libertés civiles, de principes sociaux ou d'intérêts légitimes consacrés par le droit objectif.

(44) En droit de l'Union européenne, c'est à partir d'un constat similaire que fut théorisée la distinction, déjà datée, entre l'effet de « substitution »

d'une directive et son effet

« d'exclusion », dont d'aucuns ont déduit la possibilité pour une juridiction nationale d'écarter une norme de droit interne contraire à une directive dépourvue d'effet direct au sens strict — en ce compris dans les rapports entre particuliers (*cfr not. concl. av. gén. Saggio* du 16 décembre 1999, *Océano grupo editorial*, aff. C-240/98, §§ 28, 29 et 37 ; *concl. av. gén. Léger* du 11 janvier 2000, *Linster*, aff. C-287/98, ainsi que, plus généralement, S. XEFTERI, « Chapitre 1 - L'opposabilité des objectifs non réalisés fondée sur la primauté », in *La directive européenne, un instrument juridique des autorités administratives nationales*, Bruxelles, Bruylant, 2021, pp. 257 et s., et les références citées). Cette distinction ne trouve cependant plus guère d'écho dans la jurisprudence de la Cour de justice, établie en ce sens : « une juridiction nationale (...) n'est pas tenue sur le seul fondement du droit de l'Union, de laisser inappliquées les dispositions de son droit national contraires aux dispositions (d'une) directive qui remplissent toutes les conditions requises pour produire un effet direct et d'étendre ainsi l'invocabilité d'une disposition d'une directive non transposée, ou incorrectement transposée, au domaine des rapports entre les particuliers » (C.J.U.E., gr. ch., 7 août 2018, *Smith*, aff. C-122/17, § 49), ni « d'écarter, sur le seul fondement du droit de l'Union, l'application d'une disposition de son droit national contraires à (des) décisions cadres » dépourvues d'effet direct (C.J.U.E., gr. ch., 24 juin 2019, *Poplawski*, aff. C-573/17, § 72). Il ne semble par contre pas exclu que, sur fondement du droit national, les États membres puissent étendre les effets de l'invo-

cabilité d'exclusion d'une directive (*cfr* à cet égard : N. CARIAT et O. TORRES RODRIGUEZ, « Les contestations relatives à la comptabilité de normes nationales avec le droit de l'Union européenne », in A. BAILLEUX (dir.), *Actualités du contentieux européen*, Limal, Anthemis, 2020, pp. 14-15 ; J. WILDEMEERSCH, « Primauté, vous avez dit primauté ? Sur l'invocabilité des directives dans les litiges entre particuliers. C.J.U.E., 7 août 2018, *Smith* », *Rev. Aff. eur.*, 2018/3, p. 547. Compar. avec Cass., 24 septembre 2020, RG n° C.18.0039.F et C.18.0468.F).

(45) Il est vrai néanmoins qu'en l'espèce, la ligne de partage est ténue, l'indu trouvant sa cause directe dans l'article 12 TCEE.

(46) Parmi les rares arrêts qui ne lient pas explicitement la primauté du droit international à l'effet direct de celui-ci, *cfr* Cass., 2 mars 2007, C.05.0154.N., cité par F. DOPAGNE, *op. cit.*, p. 468, note 21. Dans ce cas de figure, écrit Frédéric Dopagne, le « droit international (...) est érigé, d'une manière qui n'est pas sans rappeler la technique du contrôle objectif de validité, en norme de référence permettant d'apprécier la régularité de l'action de l'État, et le juge est habilité à en tirer les conséquences appropriées selon le type de procédure en cause » (p. 471). Tout en affirmant que « dans sa logique propre, qui est celle d'une technique de résolution d'un conflit de normes, la primauté (...) semble (...) profiter à la règle de droit international même dépourvue d'effet direct », l'auteur maintient cependant dans un premier temps la pertinence de cette exigence lorsque « l'application de la règle internationale est demandée par un particulier », mais la conteste dans le chef d'un État étranger, une organisa-

tion internationale ou leurs organes respectifs (*ibidem*, p. 465 et s.). Voy. aussi Cass., 29 janvier 2016, C.14.0006.F, où la Cour ne souligne pas expressément le caractère directement applicable de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme dans le cadre du contrôle de conformité qu'elle opère (« À supposer que les articles 80, alinéa 2, de la loi sur les faillites, 53bis, 57 et 1048 du Code judiciaire ne permettent pas une interprétation conforme aux exigences de l'article 6.1 de la C.E.D.H., il existe alors un conflit entre les normes de droit interne et cet article 6.1 qui, norme supérieure établie par un traité international, doit prévaloir sur le droit interne »).

(47) *Cfr supra*, n° 3 et 5.

(48) Ainsi, dans une affaire où était invoquée la violation de l'article 159 de la Constitution, compte tenu de la prétendue contrariété d'un règlement communal avec la Convention onusienne relative aux droits des personnes handicapées, la Cour de cassation ne se prononce pas sur l'effet direct des dispositions conventionnelles mobilisées avant d'examiner l'affaire au fond et de conclure au respect du prescrit constitutionnel. Seule la partie requérante soutenait, *in globo*, l'applicabilité directe de la CDPH. Or, si l'on peut considérer que l'article 4.1 CDPH, et l'interdiction de discrimination qu'il porte, est doté d'effet direct, il n'en va pas exemple pas de même de l'article 9 CDPH, également évoqué, qui, en matière d'accessibilité, impose une obligation progressive de réalisation aux États parties. Voy. Cass., 17 mars 2020, RG n° P.19.1136.N.

## Conclusion

15. La primauté d'une norme de droit international requiert en tout état de cause que le traité qui l'abrite ait reçu l'assentiment des législateurs compétents. Les qualités requises des dispositions normatives conventionnelles dépendront par contre des effets qu'on entend leur faire produire, compte tenu des limites de compétences de l'organe de contrôle sollicité et du contexte juridique au sein duquel il est appelé à statuer. Même devant les cours et tribunaux judiciaires, l'effet direct au sens strict de la norme internationale considérée ne doit pas forcément être exigé.

Si l'on adhère à ce raisonnement, on peut, cinquante ans après son prononcé, revisiter l'enseignement de principe de l'arrêt *Le Ski* de deux manières. *Première possibilité* : à considérant inchangé, on accepte que la notion d'effet direct qu'il recèle puisse être déconnectée de la signification restrictive qu'a manifestement entendu lui conférer la Cour de cassation à l'époque — du fait de la filiation entretenue par l'arrêt *Le Ski* avec l'arrêt *van Gend & Loos*, lui-même dépendant de l'avis rendu par la C.P.J.I. dans l'affaire *Dantzig* — et se prêter également à une compréhension large<sup>49</sup>. *Seconde possibilité* : on revoit le considérant de principe de l'arrêt *Le Ski* pour se départir de l'exigence d'effet direct (au sens strict) au profit, le cas échéant, d'une allusion au caractère suffisamment clair et précis de la norme de droit interna-

nal ayant vocation à primer sur le droit interne. L'enseignement de principe de l'arrêt *Le Ski* pourrait alors être reformulé de la manière suivante : « lorsque le conflit existe entre une norme de droit interne et une norme de droit international *suffisamment claire et précise*, la règle établie par le traité doit prévaloir »<sup>50</sup>. Dans un cas comme dans l'autre, cette évolution permettrait de moduler les qualités attendues de la norme de droit international en fonction du type de contentieux et de l'objet de la demande. Au juge de motiver ses décisions sous cet angle, au départ d'une appréciation graduelle et contextualisée du critère de la complétude et de la précision de la norme de droit international considérée.

Le désaveu que l'on propose d'imprimer à l'enseignement de principe de l'arrêt *Le Ski*, du point de vue de l'effet direct, est donc limité puisque partiel. Il ne s'agit pas de nier en toutes circonstances la pertinence de l'exigence d'un droit subjectif logée dans la disposition internationale appelée à primer le droit interne, mais de la ramener à ce qu'on pense être de plus justes proportions.

Isabelle HACHEZ

professeure à l'Université Saint-Louis - Bruxelles

avec la collaboration de M. HARDT, C. JADOT, L. LOSSEAU et J. SIMBA  
assistantes à l'Université Saint-Louis - Bruxelles

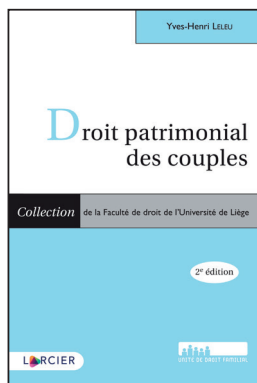
(49) Cfr *supra*, n° 6.

(50) À supposer que l'on gagne à préciser explicitement l'exigence du caractère suffisamment clair et précis de la norme internationale dans le considérant de principe — ce que ne

fait par exemple pas la Cour constitutionnelle dans sa jurisprudence précitée. Une alternative consisterait à se contenter d'indiquer que « lorsque le conflit existe entre une norme de droit interne et une norme de droit in-

ternational, la règle établie par le traité doit prévaloir », sans plus faire allusion ni à l'effet direct (exigence actuelle de la jurisprudence *Le Ski*) ni au caractère suffisamment clair et précis (suggestion formulée dans le

corps de notre conclusion) de la norme de droit international considérée. Idéalement, l'une de ces pistes serait entérinée par le pouvoir constituant.



Nouvelle édition

### DROIT PATRIMONIAL DES COUPLES

Yves-Henri Leleu

L'auteur expose de manière systématique l'ensemble du droit positif, toutes les controverses, et fournit un arsenal de références complet et bilingue.

> Collection de la Faculté de droit de l'Université de Liège

155,00 € • 686 p.  
2<sup>e</sup> édition 2021



ACCOMPAGNÉ  
D'EXERCICES  
EN LIGNE

### MANUEL DE DROIT DES ASSURANCES

Catherine Paris

Grâce à une présentation synthétique et didactique, l'ouvrage donne à l'étudiant et au praticien une réponse concrète aux multiples questions qui se posent en pratique allant de la conclusion d'un contrat à son exécution.

> Collection de la Faculté de droit de l'Université de Liège  
120,00 € • 591 p.  
Édition 2021

orders@larcier.com

Lefebvre Sarrut Belgium SA

Boulevard Baudouin 1<sup>er</sup>, 25 • B-1348 Louvain-la-Neuve

Tél. 0800/39 067 – Fax 0800/39 068

**LARCIER**  
www.larcier.com