

La Cour constitutionnelle et la primauté du droit international

L'héritage *Le Ski* sous bénéfice d'inventaire

Dans son récent et monumental *Contentieux constitutionnel*¹, Géraldine Rosoux rappelle la dette certaine de la Cour constitutionnelle vis-à-vis de l'arrêt *Le Ski*². Le second avait, pour la première fois, affirmé que la loi était faillible, et que le constat de cette faillibilité pouvait relever — mieux : *devait* relever — de la mission d'un juge. La brèche était ainsi créée dans les esprits qui, se conjuguant avec les nécessités d'un fédéralisme naissant, ouvrit la voie au contrôle de constitutionnalité de la loi. Cinquante ans après ce moment fondateur, et trente-six ans après les premiers mots de notre juge constitutionnel, la présente contribution déroulera le thème de l'héritage : ce juge a-t-il fait prospérer l'enseignement de l'arrêt *Le Ski* en l'appliquant lui-même (1), ou l'a-t-il au contraire abimé dans un geste superbement ingrat, en siphonnant la part réservataire que tout autre juge que lui-même était censé en conserver (2) ? A-t-il par ailleurs accepté de manière pure et simple tous les fruits actuels et futurs de l'héritage ainsi reçu, ou s'est-il réservé un bénéfice d'inventaire (3) ?

1 La Cour constitutionnelle applique-t-elle l'arrêt *Le Ski* ?

L'enseignement « certain » de l'arrêt du 27 mai 1971 est celui de la primauté de la norme internationale dotée d'effet direct sur la norme interne ayant valeur de loi³ — et, *a fortiori*, de toute norme interne de rang hiérarchique inférieur —, et le devoir corrélatif du « juge » d'écarter la seconde en cas de conflit avec la première.

Le « juge ». Par évidence, la Cour de cassation y incluait l'ensemble des cours et tribunaux de l'ordre judiciaire. Cependant, rien n'impliquait, ni d'ailleurs ne justifiait, que l'on s'en tienne là. Le Conseil d'État a au demeurant tôt fait d'embrayer, qu'il se soit agi pour lui de statuer directement sur la compatibilité avec la norme internationale des actes et règlements attaqués devant lui, ou de trancher, à titre incident, le conflit entre pareille norme et la loi servant de fondement juridique auxdits actes et règlements⁴. Mais qu'en est-il de la Cour constitutionnelle, ex-Cour d'arbitrage ? *Applique-t-elle*⁵, sur le modèle de ses homologues judiciaires ou administratifs, l'enseignement de l'arrêt *Le Ski* ?

La question pourrait paraître tout à fait saugrenue. C'est en effet par camions entiers que cette Cour convoque quotidiennement les traités internationaux relatifs aux droits de l'homme et le droit primaire et dérivé de l'Union européenne pour nourrir le contrôle qu'elle exerce à l'égard des lois, décrets ou ordonnances déferés à sa censure. Mieux encore : les sources internationales et européennes concernées sont

mobilisées par la Cour dans l'interprétation que leur confère leur instance de surveillance attitrée, qu'il s'agisse de juges — à l'instar de la Cour européenne des droits de l'homme ou de la Cour de justice de l'Union européenne —, ou de *treaty bodies* aux productions plus *soft* et exotiques, tels le Comité européen des droits sociaux⁶ ou les organes de l'OIT⁷.

Force est cependant d'observer que ce recours massif au droit international et européen qui caractérise la jurisprudence constitutionnelle belge ne constitue pas, à proprement parler, une « application » de la jurisprudence *Le Ski*. La loi, le décret ou l'ordonnance querellé devant la Cour n'est en effet pas confronté *directement* à la disposition internationale ou européenne dont il serait fait, selon les mots de Marc Verdussen⁸, une application « autonome ». Cette disposition n'est mobilisée que de manière indirecte, et n'entre en jeu, via la « méthode combinatoire »⁹ ou la « méthode conciliatoire »¹⁰, que par la médiation d'une disposition constitutionnelle ou de la loi spéciale dont la violation est le « sésame » du contrôle exercé, et le seul fondement juridique autorisé de l'éventuelle censure à intervenir. S'inscrivant sur ce point dans les vœux clairs et réitérés du Constituant¹¹, la principale intéressée répète donc à l'envi qu'elle « n'est pas compétente pour contrôler directement la compatibilité d'une disposition législative avec des dispositions de droit international »¹². L'horizon de son contrôle étant ainsi notablement différent, la Cour constitutionnelle pourra logiquement s'affranchir les conditions auxquelles la jurisprudence *Le Ski* permet à la norme internationale de faire « ployer » la norme interne. Pour être invoquée en combinaison avec les articles 10, 11 ou 24, § 3, de la Constitution, ou pour enrichir l'interprétation d'une disposition du titre II de la Constitution avec laquelle elle forme un « ensemble indissociable »¹³, telle norme internationale ou européenne n'a pas nécessairement besoin d'être dotée d'un effet direct. La chose n'était pas encore tout à fait claire dans les années 1990¹⁴ ; elle est cependant devenue à la faveur d'un arrêt de principe du 22 juillet 2003¹⁵.

Si l'application de la jurisprudence *Le Ski* ne constitue dès lors pas le *core business* de la Cour constitutionnelle et l'enjeu direct et véritable du contentieux mené devant elle, ne peut-elle cependant pas s'y trouver confrontée de manière accidentelle, à titre incident ? Deux cas de figure pourraient être envisagés.

Dans une première hypothèse, la Cour aurait à prendre appui, pour rencontrer un moyen pris de la violation de la Constitution ou de la loi spéciale par tel ou tel acte à caractère législatif, sur tel ou tel *autre* acte à caractère législatif dont la conformité avec le droit international ou européen d'effet direct serait, quant à elle, contestable et contestée. Dans une seconde hypothèse, la question de cette conformité serait soulevée à titre incident, dans le cadre du procès constitutionnel, à

(1) G. ROSOUX, *Contentieux constitutionnel*, Bruxelles, Larcier, 2021, pp. 28 et s.

(2) Cass., 27 mai 1971, *Pas.*, 1971, I, p. 886.

(3) Sauf si celle-ci se révèle plus protectrice des droits en cause que la norme internationale qui prétendrait *a priori* la primer. Voy. Cass., 20 janvier 1989, *Pas.*, 1989, p. 545.

(4) Voy., dans le présent numéro, la contribution de E. SLAUTSKY. Voy. également H. BRIBOSIA, « Applicabilité directe et primauté des traités internationaux et du droit communautaire. Réflexions sur le point de vue de l'ordre juridique belge », *R.B.D.I.*, 1996, p. 66 et réf.

citées.

(5) Dans l'un de ses premiers arrêts, la Cour constitutionnelle avait en effet d'ores et déjà « reconnu » l'existence de ce principe, sans pour autant l'appliquer elle-même. Voy. C. const., 14 décembre 1988, n° 70, point B.8 : « Lorsque la Cour annule des dispositions décretales qui, en méconnaissance de la répartition constitutionnelle des compétences, reproduisent ou exécutent des dispositions d'un traité, elle ne porte nullement atteinte au traité lui-même ni à la primauté qui doit être reconnue à ce traité en vertu du principe de la hiérarchie des normes juridiques ». (6) Pour une illustration récente, voy.

C. cont., 15 juillet 2021, n° 107/2021, B.57.5.

(7) *Ibidem*, B.57.7 et s.

(8) M. VERDUSSEN, *Justice constitutionnelle*, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 123.

(9) Sur cette méthode, Voy. e.a.

G. ROSOUX, *Vers une « dématérialisation » des droits fondamentaux ? Convergence des droits fondamentaux dans une protection fragmentée, à la lumière du raisonnement du juge constitutionnel belge*, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 136 et s.

(10) Sur cette méthode, voy. *ibidem*, pp. 148 et s.

(11) M. VERDUSSEN, *Justice constitu-*

tionnelle, Bruxelles, Larcier, 2012, pp. 123-125.

(12) C. const., 22 octobre 2015, n° 148/2015, point B.3.2 ; 9 mars 2017, n° 32/2017, point B.10.

(13) C. const., 22 juillet 2004, n° 136/2004, point B.5.3.

(14) Voy. C. HOREVOETS, « IV.1. Le contrôle « combiné » de la Cour constitutionnelle », in S. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *Le droit international et européen des droits de l'homme devant le juge national*, Bruxelles, Larcier, 2014, p. 90.

(15) *Ibidem*, p. 90.

l'encontre de l'une ou l'autre disposition de la loi spéciale du 6 janvier 1989 qui en régit la tenue.

À notre connaissance, il n'y a pas de précédent clair s'inscrivant dans la première hypothèse ci-avant recensée. Par contre, l'un ou l'autre arrêts répondent à la seconde, et attestent clairement de la réception fidèle, par la Cour constitutionnelle, de l'enseignement « certain » de l'arrêt *Le Ski*.

Les arrêts 35/1994¹⁶ et 36/1994¹⁷, rendus le 10 mai 1994, procèdent ainsi à une confrontation entre l'article 101, alinéa 2, de la loi spéciale du 6 janvier 1989 — aux termes duquel « le fait qu'un juge de la Cour a participé à l'élaboration de (l'acte législatif) qui fait l'objet du recours en annulation ou de la décision de renvoi, ne constitue pas en soi une cause de récusation » — avec l'exigence d'impartialité déduite de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. Selon la Cour, « le législateur d'un État lié par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales doit être présumé légiférer dans le respect de celle-ci »¹⁸.

Les mots utilisés ne sont pas encore ceux du « conflit », de la « primauté », et, *a fortiori*, du refus d'application. Il n'empêche : la petite musique de l'arrêt *Le Ski* se fait déjà entendre. Elle retentit autrement plus fort dans des arrêts beaucoup plus récents¹⁹.

Dans un arrêt 167/2020 rendu le 17 décembre 2020²⁰, la Cour constitutionnelle ordonna la suspension des dispositions décrétales querelées devant elle. Simultanément, elle posa à la Cour de justice de l'Union européenne une question préjudicielle relative à la validité de la directive dont la disposition décrétales litigieuse portait transposition. En principe, la suspension ordonnée par la Cour ne peut avoir qu'une durée limitée. Selon l'article 25 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 en effet, « (l) la Cour rend son arrêt sur la demande principale dans les trois mois du prononcé de l'arrêt ordonnant la suspension. Ce délai ne peut être prorogé. Si l'arrêt sur la demande principale n'est pas rendu dans ce délai, la suspension cesse immédiatement ses effets ». En l'occurrence cependant, la Cour constata qu'elle ne serait en mesure de rendre son arrêt sur le recours en annulation que lorsqu'elle aurait pu prendre connaissance de l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne en réponse à la question préjudicielle posée, ainsi que des observations des parties quant à cet arrêt. La fixation à trois mois du délai de suspension opérât donc, en l'espèce, au détriment de l'impératif d'effectivité du droit de l'Union, tel que concrétisé par la jurisprudence *Zuckerfabrik Süderdithmarschen AG* de la Cour de Luxembourg²¹. C'est ici que retentissent les notes de *Le Ski*²² :

« Le principe d'effectivité du droit de l'Union commande que la suspension ordonnée par la Cour perdure jusqu'à ce que celle-ci soit en mesure de rendre son arrêt quant au fond, ce qui ne saurait être le cas dans le délai de trois mois imposé par l'article 25 de la loi spéciale du 6 janvier 1989.

» Il convient dès lors d'encadrer, en l'espèce, l'application de l'article 25 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 et d'ordonner que la suspension des dispositions (décrétales) continue à produire ses effets jusqu'à la date de publication au *Moniteur belge* de l'arrêt de la Cour sur les recours en annulation (...) » (notre accent)

Dans un arrêt 168/2020²³, rendu le même jour, la Cour s'assura, avant de conclure à l'irrecevabilité *ratione temporis* de la demande en suspension introduite *in specie*, que le délai fixé par l'article 21, alinéa 2, de la loi spéciale du 6 janvier 1989 pour l'introduction de ce type de

demande — soit trois mois à compter de la publication de l'acte attaqué au *Moniteur belge* — n'était pas incompatible avec le principe européen de la protection jurisprudentielle effective. L'arrêt 168/2020, ainsi résumé, n'est sans doute pas aussi spectaculaire dans ses conséquences que celui qui l'avait immédiatement précédé. Il n'en est pas moins significatif de l'endossement, par la Cour constitutionnelle, de la mission assignée à tout juge quelconque par l'arrêt *Le Ski* : faire prévaloir, en cas de conflit, la norme internationale ou européenne dotée d'effet direct sur la loi interne — fut-elle « spéciale » — qui lui est contraire.

2 L'intégrité de la « part réservataire » des autres juges

Nous l'avons signalé : il ressort des travaux préparatoires de la révision constitutionnelle de 1980 que la Constituant n'avait nullement l'intention, en créant la Cour constitutionnelle (alors Cour d'arbitrage), de voir confier à celle-ci le contentieux de la compatibilité des lois, décrets et ordonnances avec les instruments de droit international et européen des droits de l'homme, ni, dans un geste centralisateur, de soustraire du même coup ce contentieux aux juridictions administratives et judiciaires faisant application de la jurisprudence *Le Ski*²⁴. Ce maintien intégral de l'acquis *Le Ski* fut confirmé au cours des travaux préparatoires de la loi du 6 janvier 1989²⁵, ainsi que dans le cadre de la tentative — avortée — d'inscrire, dans la Constitution, un article 32bis constitutionnalisant « par renvoi » la Convention européenne des droits de l'homme²⁶.

Cette séparation nette des missions respectives, et la parfaite étanchéité du contrôle de constitutionnalité vis-à-vis du contrôle de « conventionalité », n'existent cependant plus que « sur le papier ».

Ci-avant évoquées, les méthodes « combinatoires » et « conciliatoires » suivies à la Place Royale convoquent de manière massive le droit international et le droit européen des droits de l'homme dans le cadre de son contrôle de constitutionnalité. Lorsque ce juge certifie la compatibilité d'une loi, d'un décret ou d'une ordonnance avec les articles 10 et 11 de la Constitution « combinés » avec une norme internationale ou européenne protectrice des droits de l'homme, il affirme du même coup, de manière indirecte mais néanmoins certaine, qu'à son estime, l'acte législatif litigieux est conforme à la norme précitée²⁷. De même doit-on déduire du brevet de constitutionnalité décerné au regard d'une disposition du titre II de la Constitution, qu'aux yeux du juge constitutionnel, l'acte législatif breveté est également compatible avec les normes internationales ou européennes ayant une portée analogue à la disposition précitée.

L'office du juge constitutionnel belge est donc, en pratique, caractérisé par une porosité des frontières entre contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionalité. Il en est fatalement résulté une interrogation sur l'étendue exacte de l'autorité de la « chose jugée » par cette juridiction, au regard des articles 9 et 28 de la loi spéciale du 6 janvier 1989. Faut-il considérer que brevet de conventionalité de la loi, du décret ou de l'ordonnance logé dans les flancs d'un arrêt rendu sur question préjudicielle ou déclarant non fondé un recours en annulation, « lie » les juridictions respectivement visées par les dispositions préci-

(16) C. const., 10 mai 1994, n° 35/94.

(17) C. const., 10 mai 1994, n° 36/94.

(18) C. const., 10 mai 1994, n° 35/94, point B.3.1. Voy. Lg. C. const., 14 juillet 1997, n° 19/97, où la Cour en arrive en substance à exercer un contrôle de compatibilité avec l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme de celles des dispositions de la loi spéciale du 6 janvier 1989 qui organisent l'intervention des juges rapporteurs dans le cadre de la procédure préliminaire (B.6 à B.8).

(19) L'auteur tient à remercier Romain Vanderbeck d'avoir attiré son attention sur ceux-ci.

(20) C. const., 17 décembre 2020, n° 167/2020.

(21) Voy. le point B.17.3 de l'arrêt, citant C.J.C.E., 21 février 1991, *Zuckerfabrik Süderdithmarschen AG et Zuckerfabrik Soest GmbH*, aff. C-143/88 et C-92/89, points 16-17.

(22) *Ibidem*, point 17.4.

(23) C. const., 17 décembre 2020, n° 168/2020.

(24) Voy. en ce sens les rappels de J. Velu, « Avis sur le Projet de loi spéciale modifiant la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage », Rapport fait au nom de la Commission des affaires institutionnelles par M. Barbeaux à propos du projet de loi spéciale modifiant la loi du 6 janvier 1989 sur la Cour d'ar-

bitrage et de la Révision du titre II de la Constitution, en vue d'y insérer une disposition nouvelle permettant d'assurer la protection des droits et libertés garantis par la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, *Doc. parl.*, Sénat, sess. 2002-2003, n° 897/6, pp. 263-264. Adde J. VELAERS, *Van Arbitragehof tot Grondwettelijk Hof*, Anvers, Maklu, 1990, pp. 249 et s. et réf. citées.

(25) *Ibidem*, p. 264.

(26) Sur cet article 32bis « mort-né », voy. e.a., F. TULKENS et S. VAN DROOGHENBROECK, « La Cour de cassation et la Cour européenne des droits de l'homme. Les voies de la banalisation », *Imperat lex. Liber ami-*

corum P. Marchal, Bruxelles, Larcier, 2003, pp. 128-134.

(27) Voy., en effet, *a contrario*, C. const., 3 décembre 2008, n° 171/2008, point B.2.1. : « Lorsque la Cour, (...), est appelée à vérifier le respect du principe d'égalité et de non-discrimination, combiné avec une disposition conventionnelle garantissant un droit fondamental, il suffit de constater que cette disposition conventionnelle est violée pour conclure que la catégorie de personnes dont ce droit fondamental est violé est discriminée par rapport à la catégorie de personnes auxquelles ce droit fondamental est garanti ». Voy. encore C. const., 11 mars 2009, n° 40/2009, point B.10.2.

tées, en sorte que lesdites juridictions se verraient privées, par suite, de la possibilité de refuser d'appliquer la loi litigieuse au motif de sa prétendue contrariété avec la norme internationale ou européenne concernée ?

La doctrine majoritaire a toujours répondu à cette question de manière négative²⁸. Quels que soient les « débordements » réalisés par la pratique de la Cour constitutionnelle sur le terrain du contrôle de conventionnalité, les articles 9 et 28 précité de la loi spéciale du 6 janvier 1989 ne peuvent être interprétés comme ayant, d'une quelconque manière, « rogné » les prérogatives et responsabilités dont la jurisprudence *Le Ski* investit les juridictions judiciaires et administratives. Ce qui a été « blanchi » à la Place Royale au regard de telle ou telle règle européenne ou internationale peut encore parfaitement être censuré, au regard de la même règle différemment interprétée, à la Rue de la Science ou à la Place Poelaert. Cette conclusion, classiquement déduite des travaux préparatoires de 1980 et de 1989 ci-avant évoqués, n'a pas été remise en cause lorsque fut inscrit, à l'article 26, § 4, de la loi spéciale du 6 janvier 1989, le principe de la priorité de la question de constitutionnalité sur la question de conventionnalité²⁹. Tout au contraire l'intégrité de la jurisprudence *Le Ski* a-t-elle reçu, à ce moment, une nouvelle « garantie » qui, pour n'être que partielle — elle ne concerne que les normes de protection des droits de l'homme *made in EU* — n'est est pas moins particulièrement puissante. Conformément à la jurisprudence *Melki*³⁰ en effet, tout juge national doit demeurer en mesure de refuser l'application d'une règle non conforme au droit de l'Union, quand bien même le juge constitutionnel en aurait-il, au préalable, certifié le constitutionnalité³¹.

Sans que l'on ne s'en étonne outre mesure, cette manière d'envisager l'intégrité de « leur » part réservataire de l'héritage *Le Ski* reçoit les faveurs des juges judiciaires et administratifs. Ni le Conseil d'État³², ni la Cour de cassation³³ ne s'estiment en effet « liés » par les constats de la Cour constitutionnelle relatifs à la compatibilité d'un acte ayant valeur

de loi avec le droit international ou européen, et l'un et l'autre se réservent donc le droit de les contredire.

Une illustration spectaculaire de ce « droit de dissidence » est fournie par un arrêt de la Cour de cassation du 15 décembre 2014. En l'espèce, la Cour de cassation refusa *in fine*, au motif de sa contrariété avec l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme, l'application d'une norme à valeur législative que la Cour constitutionnelle — sur question préjudicielle de cette même Cour de cassation — avait préalablement déclarée conforme aux articles 10 et 11 de la Constitution³⁴. La Cour de cassation réitéra le « coup » dans un arrêt ultérieur, daté du 29 septembre 2017³⁵ :

« lorsque la Cour constitutionnelle étend (aux) normes de droit européen ou de droit international l'examen de la conformité d'une norme de droit interne à une disposition du titre II de la Constitution, sa décision n'a, dans la mesure où elle porte sur lesdites normes du droit international conventionnel directement applicables, pas l'autorité que lui attribue l'article 9, § 2, de la loi spéciale du 6 janvier 1989 ».

3 Le bénéfice d'inventaire

L'affaire *Le Ski* concernait, très concrètement, le conflit entre une loi et le droit communautaire primaire. L'arrêt *Le Ski* éleva et généralisa le propos en évoquant le conflit entre une norme internationale dotée d'effet direct et une « norme interne ».

De très nombreuses pages ont été écrites sur la question de savoir si, sous ce concept générique, la Cour de cassation incluait déjà, en 1971, la « norme constitutionnelle »³⁶. En 2004³⁷, celle-ci³⁸, poursuivant dans la logique moniste de l'illustre précédent, renvoya définitive-

(28) La question retint particulièrement l'attention de la doctrine à l'occasion de l'affaire dite du « pilotage dans l'Escaut ». Voy. R. ERGEC, « La Cour d'arbitrage et le juge international et européen. La censure du législateur : le justiciable entre la Cour d'arbitrage, la Cour de Strasbourg et la Cour de Luxembourg », in A. RASSON-ROLAND, F. DELPERÉE et M. VERDUSSEN (dir.), *Regards croisés sur la Cour d'arbitrage*, Bruxelles, Bruylant, p. 215 ; P. MARCHAL, « Chronique de jurisprudence. Droit international et droit comparé », *Rev. dr. int. comp.*, 1997, p. 434 ; H. BRIBOSIA, « Applicabilité directe ... », *op. cit.*, pp. 72-73 ; H. SIMONART et D. JANS, « De la nécessité pour les institutions de Strasbourg de tenir compte des dispositions pertinentes du droit interne », obs. sous C.E.D.H., arrêt *Pressos Compania Naveira s.a. et al. c. Belgique* du 20 novembre 1995, *R.B.D.C.*, 1996, pp. 172-174. Comp. M. VERDUSSEN et S. DEPRÉ, « Le dénouement européen de l'affaire du pilotage des bâtiments de mer dans l'estuaire de l'Escaut », *Rev. trim. dr. homme*, 1996, p. 595-597.

(29) Sur ceci, voy. e.a. T. MOONEN, « Concours de droits fondamentaux ou concours de juridictions ? Évaluation des réformes de 2009 de la loi spéciale sur la Cour constitutionnelle », *R.B.D.C.*, 2011, pp. 136-139 ; T. BOMBOIS, « Réflexions sur la question prioritaire de constitutionnalité et sa conformité au droit de l'Union européenne », *Rev. b. dr. int.*, 2012, pp. 496-498 et réf. citées.

(30) C.J.U.E., 22 juin 2010, *Melki c. Abdeli*, aff. jointes C-188/10 et C-189/10, § 57 : « 57 Par voie de conséquence, il y a lieu de répondre à la première question posée que l'article 267 TFUE s'oppose à une lé-

gislation d'un État membre qui instaure une procédure incidente de contrôle de constitutionnalité des lois nationales, pour autant que le caractère prioritaire de cette procédure a pour conséquence d'empêcher, tant avant la transmission d'une question de constitutionnalité à la juridiction nationale chargée d'exercer le contrôle de constitutionnalité des lois que, le cas échéant, après la décision de cette juridiction sur ladite question, toutes les autres juridictions nationales d'exercer leur faculté ou de satisfaire à leur obligation de saisir la Cour de questions préjudicielles. En revanche, l'article 267 TFUE ne s'oppose pas à une telle législation nationale, pour autant que les autres juridictions nationales restent libres : de saisir, à tout moment de la procédure qu'elles jugent appropriée, et même à l'issue de la procédure incidente de contrôle de constitutionnalité, la Cour de toute question préjudicielle qu'elles jugent nécessaire, d'adopter toute mesure nécessaire afin d'assurer la protection juridictionnelle provisoire des droits conférés par l'ordre juridique de l'Union, et de laisser inappliquée, à l'issue d'une telle procédure incidente, la disposition législative nationale en cause si elles la jugent contraire au droit de l'Union. (...) ».

(31) Voy. A. BAILLEUX et S. VAN DROOGHENBROECK, « La Charte des droits fondamentaux. Invocabilité, Interprétation, application et relations avec la Convention européenne des droits de l'Homme », *Les innovations du Traité de Lisbonne. Incidence pour le praticien*, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 308-311.

(32) Voy., de manière tout à fait explicite, C.E., 2 juillet 2010, n° 206.397, points 11.1 et 11.2 : « Article 9, § 2, van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het

Grondwettelijk Hof bepaalt dat de door het Grondwettelijk Hof gewezen arresten waarbij beroepen tot vernietiging verworpen worden, bindend zijn voor de rechtscollages wat de door die arresten beslechte rechtspunten betreft. Die bindende kracht strekt zich onder meer uit tot de interpretatie die het Grondwettelijk Hof aan de bestreden norm heeft gegeven, als het Hof het beroep daartegen heeft verworpen onder uitdrukkelijk voorbehoud van een welbepaalde interpretatie van die norm. In een zodanig geval maakt de interpretatie een door het Hof beslecht rechtspunt uit, zodat de rechtscollages, waaronder de Raad van State, ertoe gehouden zijn de norm toe te passen in de bedoelde interpretatie. Artikel 9, § 2, van de bijzondere wet van 6 januari 1989 kan evenwel niet geacht worden afbreuk te doen aan de bevoegdheid van de rechtscollages om bepalingen van intern recht, waaronder bepalingen van wetgevende aard, te toetsen aan bepalingen van Europees of internationaal recht. Daaruit volgt dat de bindende kracht bedoeld in artikel 9, § 2, van de bijzondere wet van 6 januari 1989 beperkt is tot hetgeen het Grondwettelijk Hof heeft beslist in verband met de toetsing van de bestreden norm aan de Grondwet (of aan de te dezen niet ter zake doende bevoegdheidsbepalende regels), eventueel in samenhang met bepalingen van Europees of internationaal recht. De andere rechtscollages blijven bevoegd om de bedoelde norm te toetsen aan bepalingen van Europees of internationaal recht, ook als het Grondwettelijk Hof die bepalingen onrechtstreeks als referentienormen in zijn beoordeling zou hebben betrokken. Dit geldt in het bijzonder voor bepalingen van Europees of internationaal recht waarbij een grondrecht op geheel of gedeel-

telijk analoge wijze als in titel II van de Grondwet wordt gewaarborgd ». Sur cet arrêt, voy. le commentaire de J. VELAERS, *R.W.*, 2010-2011, pp. 806 et s.

(33) Voy., implicitement, Cass., 8 décembre 2008, RG n° S.07.0114.F. Sur la question, voy. P. MARTENS, « L'influence de la Cour européenne des droits de l'homme sur la Cour constitutionnelle », *C.D.P.K.*, 2010, pp. 355-356.

(34) Cass., 15 décembre 2014, RG n° S.12.0081.F. Sur cet arrêt, voy. et comp. M. BOSSUYT, « Schuift het Hof van Cassatie een moeizaam bereikt compromis inzake samenloop van grondrechten terzijde ? », *R.W.*, 2014-2015, n° 41, pp. 1622-1628 et C. BEHRENDT et M. VRANCKEN, « Deux principes bien distincts ? Le principe de non-discrimination ... et le principe de non-discrimination », *J.L.M.B.*, 2015, pp. 1126-1137.

(35) Cass., 29 septembre 2017, RG n° F.15.0010.F.

(36) Voy. notamment J.-S. JAMART, « Observations sur l'argumentation : La primauté du droit international », *R.B.D.C.*, 1999, pp. 109-136 ; M. MELCHIOR, « Considérations sur les rapports entre traités, lois et Constitution », *En hommage à Francis Delpérée. Itinéraires d'un constitutionnaliste*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 1020 et E. SLAUTSKY « De la hiérarchie entre Constitution et droit international », *Adm. publ.*, 2009/3, p. 229.

(37) Au vrai, la jurisprudence antérieure de la Cour comportait déjà des précédents de contrôle de compatibilité de la Constitution avec la Convention européenne des droits de l'homme. Voy. O. DE SCHUTTER et S. VAN DROOGHENBROECK, *Le droit international des droits de l'homme devant le juge national*, Bruxelles, Lar-

vement ces spéculations à l'Histoire des idées juridiques. Dans son arrêt du 9 novembre 2004, elle affirma, dans une économie de mots remarquable — comme s'il s'agissait d'une proposition parfaitement banale —, que « la Convention européenne des droits de l'homme prime la Constitution »³⁹. Une petite semaine après, l'affirmation était étendue au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, et, plus généralement, à toute convention quelconque dotée d'effet direct⁴⁰.

Sur ce terrain, les juges de la Place Poelaert ne furent pas suivis par ceux de la Place Royale⁴¹. Ici se situe le bénéfice d'inventaire. Dès 1991⁴², la Cour constitutionnelle affirmait que, par le truchement d'une question préjudicielle portant sur sa loi d'assentiment, elle était compétente pour contrôler la compatibilité du contenu d'un traité avec l'une de ses normes de référence constitutionnelles. En 1994⁴³, elle justifiait sa démarche de la manière suivante :

« Au demeurant, le Constituant, qui interdit que le législateur adopte des normes législatives internes contraires aux normes visées par l'article 107ter de la Constitution, ne peut être censé autoriser ce législateur à le faire indirectement par le biais de l'assentiment donné à un traité international.

» Par ailleurs, aucune norme du droit international — lequel est une création des États —, même pas l'article 27 de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités, ne donne aux États le pouvoir de faire des traités contraires à leur Constitution ».

L'axiomatique de base du juge constitutionnel n'a, par la suite, plus varié. Par principe, un traité doit être compatible avec la Constitution, à défaut de quoi les lois, décrets ou ordonnances qui lui portent assentiment, ou en procurent l'exécution⁴⁴, peuvent être censurés.

Toutefois, trois nuances enrichissent — en le complexifiant —, le tableau.

La première nuance est le fruit de la Cour elle-même. Dès l'origine⁴⁵, et sans discontinuer par la suite, celle-ci affirma que, lorsque son contrôle de constitutionnalité implique l'examen du contenu d'un traité, « la Cour doit tenir compte de ce qu'il ne s'agit pas d'un acte de souveraineté unilatéral, mais d'une norme conventionnelle par laquelle la Belgique a pris un engagement de droit international à l'égard d'un autre État »⁴⁶. La retenue ainsi affirmée sur le plan des principes, s'est jusqu'à présent traduite par l'absence, dans la pratique de la Cour, d'un quelconque constat *in concreto* d'inconstitutionnalité d'un traité. Cela aboie, mais cela ne mord (provisoirement) pas.

La deuxième nuance est pour sa part issue d'une initiative du législateur spécial. Face au risque — somme toute très théorique — qu'un tel contrôle fait peser sur la sécurité juridique⁴⁷ et la crédibilité internationale de la Belgique, celui-ci a, en 2003, soustrait à la compétence pré-

judicielle de la Cour « les lois, les décrets et les règles visées à l'article 134 de la Constitution par lesquels un traité constituant de l'Union européenne ou la Convention du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ou un Protocole additionnel à cette convention reçoit l'assentiment ». Assurément maladroite⁴⁸, cette intervention du législateur spécial a en tous cas abouti à ratifier, s'agissant de tout autre traité que ceux visés à l'article 26, § 1^{er} bis, de la loi spéciale du 6 janvier 1989, l'axiomatique de base retenue par la Cour concernant le conflit entre traité et constitution.

La troisième et dernière nuance concerne le conflit entre le droit de l'Union européenne et la Constitution, et la portée que revêt, pour son dénouement, l'article 34 de cette dernière. Dans son arrêt n° 62/2016 du 28 avril 2016⁴⁹, la Cour constitutionnelle énonce en effet que

« En vertu de cette disposition, l'exercice de pouvoirs déterminés peut être attribué par un traité ou par une loi à des institutions de droit international public. Il est vrai que ces institutions peuvent ensuite décider de manière autonome comment elles exercent les pouvoirs qui leur sont attribués, mais l'article 34 de la Constitution ne peut être réputé conférer un blanc-seing généralisé, ni au législateur, lorsqu'il donne son assentiment au traité, ni aux institutions concernées, lorsqu'elles exercent les compétences qui leur ont été attribuées. L'article 34 de la Constitution n'autorise en aucun cas qu'il soit porté une atteinte discriminatoire à l'identité nationale inhérente aux structures fondamentales, politiques et constitutionnelles ou aux valeurs fondamentales de la protection que la Constitution confère aux sujets de droit ».

De ce considérant, que l'on rapprochera volontiers de la jurisprudence du Conseil d'État (section de législation et section du contentieux administratif)⁵⁰ et d'arrêts de principe rendus hors les frontières, l'on tire tout à la fois une reconnaissance de la primauté du droit dérivé de l'Union sur la Constitution, ainsi que l'affirmation d'importantes « contre-limites »⁵¹.

L'article 34 de la Constitution permet tout d'abord de « déroger » à celles des dispositions de la Constitution qui régissent l'exercice des pouvoirs. Il s'agit donc d'une exception — constitutionnellement consentie — à l'affirmation principielle selon laquelle la Constitution prime les traités. Cette exception est cependant assortie de limites tenant à l'intangibilité des règles constitutionnelles qui, quoiqu'ayant trait à l'exercice des pouvoirs, toucheraient cependant « à l'identité nationale inhérente aux structures fondamentales, politiques et constitutionnelles ou aux valeurs fondamentales de la protection que la Constitution confère aux sujets de droit »⁵².

cier, coll. Les grands arrêts de la jurisprudence belge, p. 229. De tels contrôles connurent des illustrations notables dans la jurisprudence postérieure à 2004. Voy. L. VANCRAVEBECK, « VIII. 2. Le conflit traité – Constitution », in S. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *Le droit international et européen des droits de l'homme devant le juge national*, Bruxelles, Larcier, coll. Les grands arrêts de la jurisprudence belge, 2014, pp. 282 et s. (38) Faisant visiblement sienne la doctrine de son ancien procureur général : J. VELU, « Contrôle de constitutionnalité et contrôle de compatibilité avec les traités. Mercuriale prononcée le 1^{er} septembre 1992 », *J.T.*, 1992, pp. 729-741 et 749-761.

(39) Cass., 9 novembre 2004, *Pas.*, 2004, p. 1745.

(40) Cass., 16 novembre 2004, RG n° P.04.0644.N, concl. av. gén. Duinslaeger ; *C.D.P.K.*, 2005, liv. 3, p. 610, note A. VAN DAELE ; *R.W.*, 2005-2006, liv. 10, p. 387, note P. POPELIER ; *R.C.J.B.*, 2007, p. 36, note J. VAN MEERBECK et M. MAHIEU, pp. 42-90.

(41) Pour ce qui concerne la position du Conseil d'État, voy. la contribution de E. SLAUTSKY dans le présent numéro.

ro.

(42) C. const., 16 octobre 1991, n° 26/91. Sur cet arrêt et les critiques qu'il appelle, voy. O. DE SCHUTTER et S. VAN DROOGHENBROECK, *Le droit international...*, p. 536 et réf. citées.

(43) C. const., 3 février 1994, n° 12/94. Sur cet arrêt, voy.

L. VANCRAVEBECK, *op. cit.*

(44) C. const., 11 mars 2009, 40/2009 : « B.15.2. La circonstance que le législateur entend donner exécution à une convention internationale ne le dispense pas de respecter les articles 10, 11 et 19 de la Constitution — invoqués dans les moyens précités —, qui garantissent le principe d'égalité et de non-discrimination ainsi que la liberté d'expression ».

(45) Dans les arrêts des origines, la formulation était la suivante (C. const., 16 octobre 1991, n° 26/91, b.4) : La Cour « devra toutefois exercer son contrôle en tenant compte de ce qu'en l'espèce, il s'agit non d'un acte de souveraineté unilatéral mais d'une norme conventionnelle produisant également des effets de droit en dehors de l'ordre juridique interne ».

(46) Voy. e.a. C. const., 6 juin 2019, n° 92/2019, B.12.3.

(47) Voy. *Doc. parl.*, Sénat, 2000-2001, n° 2-897/1, p. 4.

(48) La réforme ainsi pratiquée laisse en effet parfaitement intacte la possibilité d'une censure des actes d'assentiment concernés, postérieurement à la ratification des traités *a quo*, intervenant sur base d'un recours en annulation. Voy. d'ailleurs C. const., 18 octobre 1994, n° 76/94 (recours en annulation de la loi d'assentiment au traité de Maastricht, tranché postérieurement à la ratification de celui-ci).

(49) C. const., 28 avril 2016, n° 62/2016. Sur cet arrêt, voy. M. EL BERHOUMI, L. DETROUX et J. CLARENNE e.a., « La Cour constitutionnelle face au Pacte budgétaire européen : un arrêt sans intérêt ? », *J.T.*, 2017, pp. 565-582 ; M. EL BERHOUMI, L. DETROUX et J. CLARENNE e.a., « Het Stabiliteitsverdrag-arrest van het Grondwettelijk Hof : een arrest zonder belang ? », *C.D.P.K.*, 2017, pp. 398-429 ; P. DERMINE, « La discipline budgétaire européenne à l'aune de la Constitution belge », obs. sous C. const., n° 62/2016 du 28 avril 2016, *J.T.*, 2016, pp. 471-472 ; P. GÉRARD et W. VERRIJDT, « Belgian Constitutional Court Adopts National Identity Discourse –

Belgian Constitutional Court. No. 62/2016, 28 April 2016 », *Eu. Const.*, 2017, pp. 182-205 ; E. SLAUTSKY, « Transferts vers l'Union européenne et d'autres organisations internationales : la Cour constitutionnelle annonce qu'elle veillera à l'identité nationale et aux valeurs fondamentales de la Constitution belge », *Justice en ligne*, 18 juillet 2016 (<http://www.justice-en-ligne.be/article909.html>) ; E. SLAUTSKY, « L'arrêt relatif au Traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance : comparaison avec la situation en France », *T.B.P.*, 2017, pp. 330-346 (337-346) ; S. SOTTIAUX, « Het Stabiliteitsverdrag-arrest in het licht van de rechtspraak van de hoogste Belgische rechtscolleges », *T.B.P.*, 2017, pp. 305-309 ; J. THEUNIS, « Het Stabiliteitsverdrag-arrest : "the making of" », *T.B.P.*, 2017, pp. 298-304.

(50) Sur la jurisprudence du Conseil d'État, voy. la contribution de E. SLAUTSKY dans le présent numéro. Voy. également EL BERHOUMI, L. DETROUX et J. CLARENNE e.a., « La Cour constitutionnelle face au Pacte budgétaire européen : un arrêt sans intérêt ? », *op. cit.*, p. 578.

(51) Voy. *ibidem*, pp. 578-579.

L'article 34 de la Constitution impliquerait, par ailleurs, la primauté du droit dérivé de l'Union sur la Constitution. Cette primauté se trouvait déjà affirmée dans un arrêt 137/2010⁵³ et se voit expressément confirmée par l'arrêt du 28 avril 2016, qui l'assortit toutefois des mêmes « contre-limites ».

Les tabous sont ainsi positionnés comme catégories formelles, mais leur contenu reste, à ce stade, parfaitement brumeux. Que recouvre cette « identité nationale inhérente aux structures fondamentales, politiques et constitutionnelles » ? Quelles sont ces « valeurs fondamentales de la protection que la Constitution confère aux sujets de droit » ? L'arrêt n'en dit rien, et l'autre n'est, depuis lors, venu apporter quelque éclaircissement sur la question⁵⁴. Cela aboie, mais...

De manière assez inattendue, la Section du contentieux administratif du Conseil d'État, dans ses arrêts⁵⁵ n°s 249.177 du 8 décembre 2020⁵⁶ et 249.315 du 22 décembre 2020⁵⁷, tous deux intervenus à propos des limitations à la possibilité de rassemblements religieux décrétées pour cause de pandémie, donna l'impression d'avoir aperçu quelque chose dans cette boîte de Pandore jusqu'alors fort vide. Selon le Haut Conseil en effet,

« De vrijheid van eredienst is, in de woorden van het Grondwettelijk Hof in arrest nr. 62/2016 van 28 april 2016, één van “de kernwaarden van de bescherming die de Grondwet aan de rechtsonderhorigen verleent” ».

Tout invite cependant à la plus grande prudence dans l'interprétation de ce considérant *a priori* fracassant. Force est de constater, tout d'abord, qu'il s'agit d'un pur *obiter dictum*, la question en litige ne soulevant en effet aucun conflit entre la Constitution et le droit de l'Union, et ne présentant, plus fondamentalement, aucun point de connexion avec ce dernier. Par ailleurs, l'arrêt précité du 22 décembre 2020 contraste, sur le point précis qui nous occupe, avec deux autres arrêts du même jour, prononcés eux aussi par l'Assemblée générale de la Section du contentieux administratif, à savoir les arrêts n°s 249.313⁵⁸ et 249.314⁵⁹. En effet, ces deux derniers arrêts ne font allusion à un quelconque « noyau dur » de la liberté des cultes, ni ne classent celle-ci dans le Zénith des « valeurs fondamentales de la protection que la Constitution confère aux sujets de droit ». Tout au contraire, ils s'emploient à la « banaliser » quelque peu en affirmant — *nota bene* : sans aucune conséquence concrète sur le fond du raisonnement — que « La liberté de culte est un droit fondamental, au même titre que d'autres droits fondamentaux (...) » (notre accent).

L'épisode qui précède est, à notre estime, porteur d'enseignements. Face à la division et aux hésitations des Cours suprêmes, c'est avant tout au Constituant lui-même qu'il incombe de « reprendre la main », dans un mouvement plus large de « mise à jour » de notre droit constitutionnel, pour déterminer si, et à propos de quoi, il entend poser des « contre-limites » à la primauté du droit international et du droit de l'Union⁶⁰.

Sébastien VAN DROOGHENBROECK
Professeur ordinaire à l'Université Saint-Louis-Bruxelles
Professeur invité à l'Université Paris 2 (Panthéon Assas)
Assesseur au Conseil d'État

(52) Une ambiguïté existe quant à l'identification des limites précises qui sont posées. La version néerlandaise de l'arrêt laisse entendre qu'il s'agirait de deux catégories distinctes (« l'identité nationale inhérente aux structures fondamentales, politiques et constitutionnelles » et les « valeurs fondamentales de la protection que la Constitution confère aux sujets de droit »). La version française, par contre, suggère qu'il y aurait un seul type de limite, formé par l'identité nationale, déclinée en deux variantes : l'identité nationale « inhérente aux structures fondamen-

tales, politiques et constitutionnelles » et l'identité nationale inhérente « aux valeurs fondamentales de la protection que la Constitution confère aux sujets de droit » (voy. G. ROSOUX, « L'ambivalence ou la double vocation de l'identité nationale – Réflexions au départ de l'arrêt n° 62/2016 du 28 avril 2016 », *C.D.E.*, 2019, p. 121).

(53) C. const., n° 130/2010, 18 novembre 2010, point B.8.1.

(54) L'argument pris d'une atteinte à l'identité nationale était soulevé par la Région de Bruxelles-Capitale dans

l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt 33/2019 du 28 février 2019 (point A.13.2). La Cour n'eut cependant pas besoin de lui donner suite expressément.

(55) Sur les arrêts rendus par le Conseil d'État à propos des limitations à la liberté de culte en contexte de pandémie, voy. F. JUDO, « De Raad van State, de covidmaatregelen en de erediensten – een consistent verhaal ? », *R.W.*, 2020-2021, pp. 1357 et s., et S. WATTIER et F. XAVIER, « Les restrictions à la liberté de religion durant la deuxième vague de coronavirus : analyse des arrêts du

Conseil d'État », *J.T.*, 2021, pp. 241-246.

(56) C.E., 8 décembre 2020, n° 249.177, *Congregation Yetev Lev Dsatmar Antwerp Limited et autres*.

(57) C.E., 22 décembre 2020, n° 234.315, *Marc Leroy et autres*.

(58) C.E., 22 décembre 2020, n° 249.313, *a.s.b.l. Saint-Joseph et autres*.

(59) C.E., 22 décembre 2020, n° 249.313, *Hugues Parmentier et autres*.

(60) Voy. M. EL BERHOUMI e.a., « La Cour constitutionnelle... », *op. cit.*, p. 580.