

Le droit constitutionnel belge réceptionne-t-il la théorie du « droit vivant » ? Juridiction constitutionnelle et interprétation consolidée de la loi ¹

Thomas BOMBOIS - Référendaire à la Cour constitutionnelle
Maître de conférences aux Facultés universitaires catholiques de Mons
Assistant à l'Université catholique de Louvain
Nicolas DUPONT - Juriste à la Cour constitutionnelle

— RÉSUMÉ

Dans cette contribution, les auteurs analysent la manière dont la Cour constitutionnelle belge appréhende la théorie du droit vivant telle qu'elle a été élaborée par la doctrine italienne. Selon cette théorie, le contrôle exercé par le juge constitutionnel subit d'importantes inflexions lorsque la norme soumise à la censure constitutionnelle est dotée d'une interprétation consolidée, soit celle qui ressort d'applications concrètes et convergentes par les juridictions judiciaires et administratives supérieures. Ils envisagent également la manière dont la Cour constitutionnelle belge s'en départit et plaident pour l'autonomie des concepts constitutionnels qui justifie, dans des cas déterminés, une certaine liberté par rapport au canevas interprétatif retenu par la jurisprudence judiciaire ou administrative.

— SAMENVATTING

In deze bijdrage gaan de auteurs na hoe het Belgisch Grondwettelijk Hof de theorie van het levend recht benadert zoals die door de Italiaanse rechtsleer is uitgewerkt. Volgens die theorie wordt de door de grondwettelijke rechter uitgeoefende controle sterk beïnvloed wanneer de aan de grondwettelijke toetsing voorgelegde norm een geconsolideerde interpretatie geniet, die met andere woorden voortvloeit uit concrete en met elkaar overeenstemmende toepassingen door de hogere gewone en administratieve rechtscolleges. Zij onderzoeken eveneens hoe het Belgisch Grondwettelijk Hof daarvan afwijkt en pleiten voor de autonomie van de grondwettelijke concepten, die in bepaalde gevallen een zekere vrijheid verantwoordt ten opzichte van het interpretatieve stramien dat door de gerechtelijke of administratieve rechtspraak wordt gevolgd.

Telle qu'elle est entendue par la doctrine constitutionnelle italienne, la théorie du droit vivant « attribue, parmi la pluralité des significations susceptibles d'être contenues dans une disposition législative, une valeur prééminente à celle qui constitue l'expression d'une orientation jurisprudentielle constante et homogène »².

En principe, l'interprétation d'une disposition législative ne relève du « droit vivant » que lorsqu'elle a été stabilisée par les juridictions suprêmes de l'ordre judiciaire ou administratif³.

Autant le souligner d'emblée : la théorie italienne du « droit vivant » n'a pas fait florès en Belgique. La juris-

¹ Ce texte est la mise à jour d'une contribution destinée à être publiée dans M. CAVINO (dir), *Esperienza di diritto vivente*, à paraître. Il s'engage que ses auteurs, lesquels remercient Madame Bernadette RENAULD pour sa lecture attentive.

² M. CAVINO, « Il precedente tra certezza del diritto e libertà nel giudice : la sintesi nel diritto vivente », *Diritto e Società*, 2001, p. 162.

³ *Ibid.*, p. 163.



prudence n'y recourt pas, du moins pas expressément. Seules quelques études doctrinales y ont été consacrées. En d'autres termes, il n'existe pas, en droit belge, de théorie systématique s'interrogeant sur la place à reconnaître à l'interprétation consolidée de l'acte législatif.

Cela ne signifie pas pour autant que le droit belge soit demeuré indifférent à la question de l'autorité de l'interprétation consolidée. Le législateur règle d'ailleurs la manière dont le juge ordinaire est appelé à appréhender l'existence d'un « droit vivant »

L'article 6 du Code judiciaire interdit ainsi aux juges de se prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises. Par conséquent, le juge judiciaire ne peut fonder sa décision sur le simple fait qu'une décision judiciaire antérieure, même revêtue d'une haute autorité morale, ait statué de la même manière dans une affaire identique⁴. Ainsi,

comme le rappelle régulièrement la Cour de cassation, « le juge qui n'indique pas les raisons pour lesquelles il se rallie à la jurisprudence de la Cour de cassation, donne à cette jurisprudence une portée générale et réglementaire et, dès lors, viole l'article 6 du Code judiciaire »⁵.

On l'aura compris : l'autorité des décisions adoptées par les cours et tribunaux est relative⁶. Un système de précédent obligatoire est étranger au droit judiciaire belge⁷, sauf les cas très limités de renvoi après une seconde cassation, visés aux articles 1119 et 1120 du Code judiciaire⁸, desquels doivent du reste être exclus les litiges où se pose une question de droit communautaire⁹.

Dans les faits, néanmoins, et comme le relève d'ailleurs la Cour constitutionnelle elle-même, les arrêts de la Cour de cassation « ont, en ce qu'ils ont tranché [une] question de droit [précise], une autorité de fait qui s'impose à toutes les juridictions puisque les déci-

⁴ Voy., à ce sujet, M. ADAMS, « Waar theorie en praktijk elkaar ontmoeten : is precedentwerking verenigbaar met ons positieve recht ? », *T.P.R.*, 2004, pp. 13 et s.; M.-E. STORME, « Bedenkingen bij de door het Hof van Cassatie in het privaatrecht gehanteerde wijze van rechtsvinding en rechtsopvatting. Tegelijk een bijdrage tot de studie van een onderschatte rechtsbron : de traditie », *T.P.R.*, 1995, pp. 971 et s.

⁵ Cass., 13 février 2004 ; Cass., 21 mai 2001, *J.T.T.*, 2003, p. 62 ; Cass., 9 avril 2001, *Pas.*, I, p. 636.

⁶ En revanche, « le juge du fond qui invoque, à l'appui de sa décision, un arrêt de la Cour de cassation n'attribue pas à cet arrêt, en violation de l'article 6 du Code judiciaire, le caractère d'une disposition générale et réglementaire, dès lors qu'il ressort des motifs du jugement qu'il adopte la doctrine de cet arrêt par conviction autonome », Cass., 30 septembre 1996, *J.L.M.B.*, 1997, p. 1072.

⁷ S. VAN OVERBEKE, « Verwijziging naar rechtspraak in de rechterlijke beslissing », note sous Cass., 12 avril 1994, *R.W.*, 1994-1995, p. 500 et s.

⁸ L'article 1119 du Code judiciaire dispose : « Lorsque, après une cassation, la deuxième décision est attaquée par les mêmes moyens que ceux du premier pourvoi, la cause est portée devant les chambres réunies de la Cour de cassation, composées ainsi qu'il est dit à l'article 131. Aucun recours en cassation n'est admis contre la deuxième décision, en tant que celle-ci est conforme au premier arrêt de cassation ». L'article 1120 du Code judiciaire dispose : « Si la deuxième décision est cassée pour les mêmes motifs que ceux de la première cassation, le juge du fond, à qui l'affaire est renvoyée, se conforme à la décision de la Cour de cassation sur le point de droit jugé par cette Cour ». Pour un exemple de cette technique, voy. Cass., 1^{er} avril 2004 et l'arrêt de la Cour d'appel de Mons rendu à la suite de cette deuxième cassation (Mons, 10 octobre 2005, *J.T.*, 2005, p. 717). Comme le relèvent toutefois A. PUTZ et E. MONTERO (« La perte d'une chance d'éviter la réalisation d'un risque : un préjudice illusoire ? », *J.L.M.B.*, 2006, pp. 1087-1088), l'arrêt de la Cour d'appel de Mons est une décision en trompe-l'œil. Si elle se reconnaît liée par l'arrêt de la Cour de cassation du 1^{er} avril 2004, la Cour d'appel aboutira néanmoins, en limitant la question litigieuse à une pure appréciation en fait, à contourner la conclusion à laquelle aurait dû aboutir l'application stricte de la jurisprudence de la Cour de cassation (la question portait sur l'acceptation de la théorie de la perte d'une chance comme tempérament à l'exigence d'un lien causal certain entre la faute et le dommage. La Cour de cassation casse, dans la même affaire, deux arrêts de Cour d'appel (Liège et Bruxelles) au motif qu'ils appliquent la théorie de la perte d'une chance et condamnent l'Etat belge et la ville de Liège à réparer le dommage subi par la victime d'une agression en raison du défaut de vigilance de ces autorités publiques, négligence qui a accru le risque pour la victime de subir une telle agression. Tout en reconnaissant que la théorie de la perte d'une chance ne peut être reçue, la Cour d'appel de Mons estimera cependant qu'un lien causal *certain* pouvait être établi entre le défaut de diligence des autorités publiques et la réalisation du dommage dans le chef de la victime. Dès lors que cette appréciation gît en fait, elle ne peut être contestée devant la Cour de cassation).

⁹ C.J.C.E., arrêt RheinMülhen du 16 janvier 1974, C-166/73, pt. 4 : « une règle de droit national, liant les juridictions ne statuant pas en dernière instance à des appréciations portées en droit par la juridiction supérieure, ne saurait enlever à ces juridictions la faculté de saisir la Cour de Justice de questions d'interprétation du droit communautaire concerné par de telles appréciations en droit ».



sions qui s'écarteraient de la réponse donnée par la Cour de cassation risqueraient d'être cassées pour violation de la loi, telle qu'elle est interprétée par la Cour de cassation »¹⁰.

L'article 6 du Code judiciaire s'oppose encore à ce que la motivation de la décision, sous le prétexte de déduire d'une règle générale et abstraite l'application qu'il convient d'en faire dans le cas d'espèce, établisse en réalité une norme originale, qui ne trouve sa source dans la loi, ni directement, ni indirectement¹¹.

L'interprétation consolidée d'une disposition législative ne constitue dès lors pas une source formelle de droit. Elle ne permet pas davantage au juge judiciaire de se reposer exclusivement sur elle pour justifier la décision qu'il rend dans une espèce particulière.

Si le Code judiciaire fournit ainsi certaines lignes directrices en la matière, aucune règle de conduite ne dicte, en revanche, l'attitude que la Cour constitutionnelle doit adopter lorsqu'il lui est demandé de se prononcer sur la constitutionnalité d'une disposition législative dotée d'une interprétation consolidée.

La manière dont la Cour constitutionnelle appréhende la question du « droit vivant » varie sensiblement selon son mode de saisine. Il se justifie donc d'envisager, tout d'abord, les relations que le droit vivant entretient avec le mécanisme de la question préjudicielle (I) avant de s'interroger sur celles qu'il entretient avec le mécanisme du recours en annulation (II).

I. La Cour constitutionnelle confrontée à une norme enrichie d'interprétations: l'hypothèse de la question préjudicielle

Le mécanisme préjudiciel implique, par nature, un contrôle *a posteriori* de la norme législative en cause. En principe, cette dernière a déjà fait l'objet d'applications jurisprudentielles, qui l'ont enrichie d'interprétations. Le mécanisme préjudiciel pourrait dès lors s'avérer un terreau fertile pour la prise en compte de la théorie du droit vivant par la Cour constitutionnelle. En effet,

comme le souligne Caterina SEVERINO, « cette doctrine demande une application de la loi contrôlée ; elle exige, par définition, que le contrôle de constitutionnalité s'effectue sur des lois déjà en vigueur. Elle semble, en d'autres termes, inhérente au contrôle de constitutionnalité *a posteriori* »¹². Certains auteurs ont d'ailleurs plaidé avec vigueur pour que les enseignements de la doctrine italienne soient pris en compte par le juge constitutionnel belge dans le cadre du contentieux préjudiciel¹³.

Si le droit constitutionnel belge n'a pas transposé intégralement les principes découlant de la doctrine du droit vivant, il n'en demeure pas moins que la jurisprudence de la Cour constitutionnelle n'est pas indifférente à l'existence d'une interprétation consolidée de la disposition législative dont la constitutionnalité est mise en cause par le juge de renvoi.

Afin de mieux mettre en évidence les spécificités du contrôle de constitutionnalité lorsqu'il porte sur une norme de droit vivant, il s'impose d'envisager, tout d'abord, la manière dont le juge constitutionnel appréhende les interprétations jurisprudentielles non consolidées (A) avant de déceler les ajustements éventuels de cette jurisprudence lorsqu'est en cause une interprétation consolidée (B).

A. L'hypothèse d'une interprétation non consolidée

Une disposition législative est dépourvue d'interprétation consolidée lorsqu'elle n'a fait l'objet d'aucune interprétation jurisprudentielle ou uniquement d'une interprétation précaire, non encore validée par la Cour de cassation ou le Conseil d'Etat. Il peut également s'agir d'un texte légal sujet à des controverses jurisprudentielles ou doctrinales¹⁴.

Dans un tel contexte, la première question à laquelle est confrontée la Cour constitutionnelle est celle de déterminer l'interprétation dans laquelle elle va examiner la disposition litigieuse (1). Dans un second temps, et pour autant qu'elle conclue à l'inconstitutionnalité de l'interprétation formant l'objet de son examen, il lui

¹⁰ C.A., 7 décembre 2005, n° 177/2005, B.19.6.

¹¹ Cass., 5 décembre 2000, *R.W.*, 2001-2002, p. 1099, note F. GOOSSENS, « Over de motivering tot weigering van een geldboete met uitstel inzake wegverkeer » ; Cass., 28 novembre 2000.

¹² C. SEVERINO, « Le Conseil constitutionnel et le droit vivant: mythe ou réalité? », in: X., *Renouveau du droit constitutionnel: mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Paris, Dalloz, 2007, p. 432.

¹³ J. VAN COMPERNOLLE et M. VERDUSSEN, « La guerre des juges aura-t-elle lieu ? À propos de l'autorité des arrêts préjudiciels de la Cour d'arbitrage », *J.T.* 2000, pp. 297-304. Pour une critique de cette position, voy. *infra*.

¹⁴ Voy., à cet égard, C.A., 20 mai 1998, n° 50/98, B.3.1.



faudra s'interroger sur la possibilité de dégager une interprétation conciliante de la disposition, qui permet à cette dernière de résister au contrôle de constitutionnalité (2).

1. L'interprétation examinée par la Cour

a. Principe

La jurisprudence de la Cour constitutionnelle – soutenue par la doctrine¹⁵ – est constante à cet égard¹⁶: c'est à la juridiction qui pose la question préjudicielle qu'il revient d'interpréter la disposition législative¹⁷. « Il appartient au juge qui pose la question d'interpréter la disposition qui constitue l'objet de la question préjudicielle. La Cour appréciera si la disposition légale telle qu'interprétée par ce juge, viole ou non l'une des dispositions constitutionnelles que l'article [142] de la Cons-

titution désigne comme critère de contrôle »¹⁸.

La Cour estime en outre qu'il ne lui revient pas de trancher une controverse jurisprudentielle à propos de laquelle le juge *a quo* a pris position¹⁹. Même dans cette hypothèse, le contrôle de constitutionnalité porte donc sur l'interprétation retenue par le juge de renvoi²⁰.

b. Exceptions

Le principe de l'interprétation de la disposition en cause par le juge *a quo* connaît toutefois diverses exceptions. Comme le soulignent Paul MARTENS et Bernadette RENAULD, « la Cour [constitutionnelle] doit se situer en retrait par rapport au pouvoir d'interprétation des lois qui appartient au pouvoir judiciaire. Mais cette obligation de *self restraint* ne peut aller jusqu'à exiger d'elle qu'elle se refuse à examiner la signification même des normes qu'elle contrôle »²¹.

¹⁵ Voy. p. ex. la contribution de Michel MELCHIOR, Président de la Cour constitutionnelle, qui signale ainsi que : « Si la norme a été interprétée par la juridiction *a quo* [...], la logique veut que la Cour constitutionnelle confronte cette interprétation de la norme aux exigences de constitutionnalité » (M. MELCHIOR, « De quelques aspects des questions préjudicielles à la Cour d'arbitrage », *Rev. b. dr. const.* 1995, pp. 65-66). Dans le même sens, voy. aussi Pierre VANDERNOOT, qui écrit que : « Comme l'interprétation est une des opérations qui interviennent après la qualification des faits et avant l'application de la règle à ces faits, on peut penser qu'elle y est liée d'une manière indissoluble à un point tel que seul le juge judiciaire ou le juge administratif, est habilité à y procéder » (P. VANDERNOOT, « La Cour d'arbitrage et l'interprétation des normes soumises à son contrôle », in: X., *Présence du droit public et des droits de l'homme. Mélanges offerts à Jacques Velu*, Bruxelles, Bruylant, 1992, tome 1er, p. 359).

¹⁶ Avec l'une ou l'autre variante parfois. Pour un aperçu de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle à propos de l'interprétation de la norme en cause par le juge *a quo*, voy. les diverses chroniques publiées dans la *Revue belge de droit constitutionnel*. La plus récente de ces chroniques a été publiée dans le numéro 2007/2 de cette revue (F. DELPÉRÉE, Th. BOMBOIS, F. MOLINE, B. RENAULD et L. VANSNICK, « La Cour d'arbitrage. Chronique de jurisprudence - 2006 », *Rev. b. dr. const.*, 2007, 109-180). *A fortiori*, la Cour applique une même jurisprudence lorsque la question préjudicielle interprétant la disposition législative est l'œuvre de la Cour de cassation (voy., notamment, C.A., 18 octobre 1994, n° 78/94, B.5.).

¹⁷ Ceci est d'autant plus vrai si, dans la procédure pendante devant lui, le juge *a quo* a déjà déduit de cette interprétation des effets de droit devenus définitifs (C.A., 17 mars 1999, n° 35/99, B.1.3.).

¹⁸ C.A., 18 novembre 1992, n° 73/92, B.5. Dans certains arrêts, la Cour attire cependant l'attention du juge *a quo* sur une autre interprétation possible de la disposition litigieuse tout en se cantonnant à examiner la constitutionnalité de l'interprétation soutenue par la juridiction de renvoi (à cet égard, voy. les exemples donnés par J. SMETS, « De verhouding van het Arbitragehof tot de verwijzende rechter in het prejudiciële contentieux », *T.B.P.*, 2005, p. 237).

¹⁹ C.A., 15 mai 1996, n° 32/1996, B.6; C.A., 6 oct. 1999, n° 105/99, B.2.2.

²⁰ *Compar.* C.E., 18 octobre 2000, *Dechamp*, n° 90.287 : « Considérant que, par la question préjudicielle qu'elle suggère, la partie adverse invite apparemment le Conseil d'Etat à interroger la Cour d'arbitrage sur la conformité des articles 14 et 19 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat aux articles 10 et 11 de la Constitution, combinés avec l'article 159 de celle-ci ; que la discrimination que la partie adverse entend dénoncer ne proviendrait cependant pas des articles 14 et 19 précités, mais d'une divergence entre la jurisprudence de la Cour de cassation et celle du Conseil d'Etat à propos de la possibilité de remettre en cause la légalité d'un acte administratif individuel ; que la Cour d'arbitrage n'est pas compétente pour se prononcer sur la jurisprudence de ces juridictions ni, a fortiori, pour dire laquelle doit l'emporter en cas de contradiction ».

²¹ P. MARTENS et B. RENAULD, « L'interprétation et la qualification de la norme de contrôle et de la norme contrôlée », in: A. ARTS, I. VEROUGSTRAETE, R. ANDERSEN, e.a., (eds.), *Les rapports entre la Cour d'arbitrage, le Pouvoir judiciaire et le Conseil d'Etat*, Bruxelles, La Charte, 2006, pp. 32-33. Pour une critique, voy. notamment J. SMETS, *o.c.*, pp. 293 et s. et références citées.



1. Il se peut tout d'abord que l'interprétation du juge de renvoi soit *incohérente*, parce qu'elle repose sur une lecture erronée de la norme litigieuse. La Cour peut alors refuser de la prendre en compte, comme l'illustre l'arrêt n° 83/2003 du 11 juin 2003²².

La Cour était interrogée par un juge de paix sur la constitutionnalité de certains articles de la loi du 22 juillet 1970 relative au remembrement légal de biens ruraux²³. Une des questions portait sur l'article 29, alinéa 2, de ladite loi. Selon le juge *a quo*, le principe d'égalité et de non-discrimination pourrait être violé si cet article était interprété comme privant le propriétaire d'une parcelle remembrée d'une indemnité pour « réduction des possibilités d'exploitation », alors que le propriétaire d'une parcelle comparable figurant dans un plan d'expropriation pour cause d'utilité publique a droit à une indemnisation complète.

La Cour relève que l'article 29, alinéa 2, de la loi en cause ne concerne que « l'exploitant » et non le « propriétaire ». Il s'ensuit que la question préjudicielle se fonde sur une lecture erronée de cette disposition²⁴ et que la différence de traitement est inexistante. Il arrive aussi à la Cour d'estimer dans de telles hypothèses que la question préjudicielle n'appelle pas de réponse²⁵.

Le juge constitutionnel peut toutefois se montrer moins radical. Lorsque l'erreur d'interprétation commise par le juge de renvoi n'est que *marginale*, la Cour nuance la question préjudicielle ou envisage différemment la différence de traitement.

Dans le cadre de l'arrêt n° 43/2004 du 17 mars 2004, le juge *a quo* demande ainsi à la Cour si l'article

37, alinéa 2, de la loi du 8 août 1997 sur les faillites, est contraire aux articles 10 et 11 de la Constitution « dès lors qu'il prive le curateur qui s'oppose à sa révocation de la possibilité d'interjeter appel du jugement de révocation litigieux ». La Cour signale qu'il y a lieu de nuancer la question préjudicielle, car les articles en question ne concernent pas la « révocation » du curateur, mais bien son remplacement²⁶.

2. La Cour prend aussi ses distances avec l'interprétation de la disposition législative fournie par le juge de renvoi lorsque celle-ci engendre une « *inconstitutionnalité collatérale* », qu'elle implique une *interprétation erronée du champ d'application de la norme de référence* mobilisée par la question préjudicielle.

Dès lors que l'interprétation du juge de renvoi porte sur une disposition servant de référence au contrôle de la Cour constitutionnelle, cette dernière est amenée à en vérifier la correction. En effet, le juge constitutionnel doit partir d'une prémisse exacte pour développer un raisonnement qui soit juridiquement correct. Comme le souligne Christine HOREVOETS, « il s'agit de préserver [...] la disposition constitutionnelle d'une interprétation erronée que pourrait en faire le juge en intégrant dans le champ d'application d'une disposition constitutionnelle une mesure que le pouvoir constituant n'aurait pas voulu viser »²⁷.

Dans la question préjudicielle qui donna lieu à l'arrêt n° 117/2002 du 3 juillet 2002, le juge *a quo* avait qualifié d'impôt, au sens de l'article 170 de la Constitution, le mécanisme de « compensation forfaitaire » entre la presse audiovisuelle et la presse écrite, fixé par l'article

523

²² Pour un contre-exemple, voy. toutefois C.A., 20 janvier 1999, n° 5/99, B.2. : « La distinction sur laquelle le juge *a quo* estime pouvoir fonder sa question paraît donc inexistante. Il n'appartient toutefois pas à la Cour de substituer son interprétation des normes applicables à celle du juge *a quo*. La Cour examinera si la disposition litigieuse, dans l'interprétation donnée, est compatible avec les articles 10 et 11 de la Constitution ».

²³ C.A., 11 juin 2003, n° 83/2003. Voy. également les arrêts cités par J. SMETS, *o.c.*, p. 238. P. MARTENS relève à cet égard : « la Cour d'arbitrage paraît cependant franchir quelquefois la ligne blanche qui délimite ses compétences lorsqu'elle choisit elle-même une interprétation sans qu'il soit certain que ce choix lui soit imposé par le respect des articles 10 et 11 de la Constitution » (P. MARTENS, « La Cour de cassation et la Cour d'arbitrage. Les paradoxes du respect » in *Imperat Lex. Liber amicorum Paul Marchal*, Bruxelles, Larcier, 2003, p. 110).

²⁴ *Ibid.*, B.12.2.

²⁵ Voy., par exemple, C.A., 1^{er} juin 2005, n° 100/2005.

²⁶ C.A., 17 mars 2004, n° 43/2004, B.1.2. Voy. encore, dans le même sens, C.A., 7 juillet 2004, n° 125/2004, B.1.3. et C.A., 5 juillet 2006, n° 116/2006, B.3.

²⁷ C. HOREVOETS, « Les modifications relatives au contentieux préjudiciel à la Cour d'arbitrage », in: A. RASSON-ROLAND, D. RENDERS & M. VERDUSSEN (dir.), *La Cour d'arbitrage vingt ans après. Analyse des dernières réformes*, Bruxelles, Bruylant, 2004, 270-271. *Addé* P. VANDERNOOT, « Le mécanisme préjudiciel devant la Cour d'arbitrage : force et faiblesses », *Rev.dr.ULB*, 2002, pp. 41-42. Pour une critique de la « requalification d'autorité », voy. M. VERDUSSEN, « La substitution de qualification par la Cour d'arbitrage », in: A. ARTS, I. VEROUGSTRAETE, R. ANDERSEN, e.a., (eds.), *Les rapports entre la Cour d'arbitrage, le Pouvoir judiciaire et le Conseil d'Etat*, Bruxelles, La Charte, 2006, 87-97.



17 de la loi du 6 février 1987 « relative aux réseaux de radiodistribution et de télédistribution et à la publicité commerciale à la radio et à la télévision »²⁸. La Cour était interrogée sur la compatibilité de cet « impôt » avec le principe de la légalité fiscale consacrée par ce même article 170 de la Constitution. Si le juge *a quo* a exercé sa compétence en interprétant la norme en cause et en déterminant les droits et obligations qui en découlent, la Cour constitutionnelle estime cependant qu'elle doit exercer la sienne en vérifiant si cette qualification est exacte dans la mesure où elle conditionne l'application de l'article 170 de la Constitution, au regard duquel elle est invitée à effectuer son contrôle²⁹. En l'occurrence, la Cour juge que la mesure n'est pas un impôt au sens de l'article 170 de la Constitution et procède à une requalification³⁰.

3. Exceptionnellement, la Cour constitutionnelle a déjà substitué son interprétation à celle du juge *a quo* en raison de ce que la lecture de la disposition faite par le juge de renvoi aboutissait, non plus à une « inconstitutionnalité collatérale », mais à une *violation* de la disposition constitutionnelle à propos de laquelle la Cour était interrogée et qui trouvait bien à s'appliquer au cas d'espèce.

Tel fut le cas dans l'arrêt n° 89/2003, prononcé le 24 juin 2003. L'une des questions préjudicielles adressées par le Tribunal de première instance d'Anvers portait sur la compatibilité de l'article 1er, alinéa 5, de l'arrêté du Régent du 5 octobre 1948 « approuvant le texte des lois coordonnées sur les pensions de réparation » avec les articles 10 et 11 de la Constitution si cet article devait être interprété comme n'autorisant pas le militaire à choisir entre le régime forfaitaire prévu par la loi en cause et le régime d'indemnisation de droit commun fixé par les articles 1382 et suivants du Code civil. Or, dans un arrêt du 4 octobre 2000, n° 99/2000, la Cour avait déjà répondu à une question préjudicielle similaire et jugé que, dans cette interprétation, la disposition en cause violait les articles 10 et 11 de la Constitution.

Lorsqu'une question identique à celle ayant déjà donné lieu à un arrêt préjudiciel parvient à la Cour constitutionnelle, celle-ci rend, en principe, un arrêt de réponse immédiate par lequel elle reprend, *in extenso* ou en résumé, les motifs de sa première décision, sauf lors-

qu'elle estime devoir modifier sa jurisprudence. En l'espèce, toutefois, la Cour décide de raisonner autrement.

Elle estime en effet que « la question préjudicielle repose sur une lecture, dépassée depuis l'arrêt de la Cour n° 99/2000, selon laquelle la disposition en cause ne permettrait pas aux militaires de choisir entre la pension de réparation et l'indemnité de droit commun. Il ressort de ce qui précède que chaque victime peut, soit demander d'abord une pension de réparation, soit réclamer d'abord une indemnité de droit commun, et qu'elle a droit en tout état de cause au plus élevé des deux montants. Il n'y a donc pas lieu de répondre à la question préjudicielle » (B.9-B.10).

Un autre arrêt de la Cour constitutionnelle retient encore l'attention. Dans cette espèce, en effet, le juge constitutionnel substitue son interprétation à celle du juge de renvoi au motif que l'interprétation défendue par le juge *a quo* viole la disposition constitutionnelle servant de référent à la Cour *alors même qu'aucun arrêt antérieur n'en avait fait le constat*.

La Cour constitutionnelle était saisie par la Cour d'appel de Bruxelles d'une question préjudicielle relative à la compatibilité avec l'article 25 de la Constitution – qui consacre la liberté de la presse et le régime de responsabilité « en cascade »³¹ – de l'article 18 de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail (établissant un régime limité d'exonération de responsabilité au profit de l'employé) si cet article était interprété comme s'appliquant aux journalistes engagés dans les liens d'un contrat de travail.

La Cour constate que « si l'exonération prévue par l'article 18 de la loi du 3 juillet 1978 s'appliquait au journaliste employé, seul son employeur assumerait la responsabilité des écrits de celui-ci. Une telle conséquence serait contraire à la lettre et à l'esprit de l'article 25, alinéa 2, de la Constitution puisqu'elle ferait courir au journaliste le risque de voir ses écrits censurés par son employeur car celui-ci en assumerait seul la responsabilité ». Il s'ensuit que « par l'article 18 de la loi du 3 juillet 1978, le législateur ne peut être présumé avoir entendu violer l'article 25, alinéa 2, de la Constitution. Cette disposition *doit donc être interprétée* comme ne s'appliquant pas aux journalistes qui exercent leur profession dans les liens d'un contrat de travail »³².

²⁸ C.A., 3 juil. 2002, n° 117/2002.

²⁹ *Ibid.*, B.9.

³⁰ Saisie d'un pourvoi contre l'arrêt de renvoi rendu par la Cour d'appel, la Cour de cassation, statuant après le prononcé de l'arrêt de la Cour d'arbitrage, prendra le contre-pied de ce dernier en considérant qu'il s'agit bien d'un impôt (Cass., 20 mars 2003, *J.L.M.B.*, 2003, p. 1186 et note G. ROSOUX, « Cacophonie jurisprudentielle autour de la notion d'impôt »).

³¹ Sur cette question, voy. notam. F. DELPEREE, *Le droit constitutionnel de la Belgique*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 242-246.



2. *L'interprétation conciliante dégagée par la Cour*

Lorsque l'interprétation retenue par le juge de renvoi est jugée inconstitutionnelle³³, il advient que la Cour formule ensuite une interprétation conciliante de la disposition en cause, dans laquelle cette disposition résiste au contrôle de constitutionnalité. Cette démarche proactive peut se justifier du fait qu'« il est de la nature d'une cour constitutionnelle de sauvegarder – lorsque cela est possible – l'œuvre du législateur: celui-ci doit en effet bénéficier de la présomption, *juris tantum*, d'avoir voulu respecter la Constitution »³⁴.

a. Principe

Comme la Cour a eu l'occasion de le préciser, « lorsqu'[elle] estime qu'une norme législative est inconstitutionnelle dans l'interprétation que lui donne le juge *a quo*, mais qu'elle constate qu'il existe une autre interprétation selon laquelle cette norme échappe à la sanction de l'inconstitutionnalité, il lui incombe de mentionner, dans le dispositif de son arrêt, cette interprétation qui permet à la norme de résister au constat d'inconstitutionnalité »³⁵.

Il arrive cependant que la Cour ne développe son interprétation conciliante que dans les motifs de son arrêt, limitant son dispositif à la seule interprétation du juge *a quo* jugée inconstitutionnelle. Il advient aussi que le juge constitutionnel n'indique dans son dispositif que l'interprétation qu'il estime constitutionnelle. Enfin, la Cour peut rendre un dispositif en deux parties. Ce dispositif alternatif relève à la fois une violation dans une interprétation (celle du juge de renvoi) et une non-violation dans une autre interprétation (l'interprétation conciliante dégagée par la Cour)³⁶.

Quelle autorité le juge *a quo* doit-il reconnaître à l'interprétation conciliante dégagée par la Cour³⁷ ?

Selon la doctrine traditionnelle, le juge *a quo* dispose théoriquement de trois possibilités. Il peut tout d'abord retenir une troisième interprétation de la disposition en cause, qui n'est ni celle qu'il exposait dans sa décision de renvoi, ni celle retenue par la Cour constitutionnelle. Dans ce cas, il est, en principe, contraint d'interroger à nouveau la Cour pour s'assurer de la constitutionnalité de cette troisième interprétation. Mais le juge de renvoi peut aussi retenir l'interprétation jugée inconstitutionnelle par la Cour. Il refuse alors d'appliquer la disposition législative au litige qui lui est soumis. Il peut enfin se rallier à l'interprétation conciliante de la disposition dégagée par la Cour constitutionnelle. Il applique, dans ce cas, la disposition en cause dans son interprétation jugée constitutionnelle. La doctrine privilégie sans conteste cette troisième solution³⁸.

A notre estime, cependant, le juge de renvoi ne devrait pas pouvoir retenir l'interprétation inconstitutionnelle et décider de ne pas appliquer la disposition en cause au litige et ce, pour deux raisons.

D'une part, le juge est tenu, conformément à la jurisprudence *Waleffe* de la Cour de cassation, de procurer, dans toute la mesure du possible, une interprétation de la loi qui soit conforme à la Constitution.

D'autre part, l'attitude du juge qui refuserait d'appliquer la disposition légale parce qu'il en retient une interprétation inconstitutionnelle est susceptible d'aboutir à de réelles apories. Sans doute, cette manière de procéder ne soulève-t-elle pas de critiques lorsque l'interprétation jugée inconstitutionnelle consiste précisément à rendre la disposition applicable à une catégorie de personnes. Dans ce cas, en effet, le juge de renvoi parviendra à une même conclusion, qu'il décide d'appliquer la disposition dans son interprétation constitution-

525

RECHTSLEER | DOCTRINE

³² C.A., 22 mars 2006, n° 47/2006. Voy. également l'arrêt n° 166/2004, du 28 octobre 2004, B.6.

³³ Si l'interprétation soutenue par le juge *a quo* est constitutionnelle, la Cour ne recherche pas en principe une autre interprétation (J. SMETS, *o.c.*, p. 237 ; P. VANDERNOOT, *o.c.*, p. 95).

³⁴ M. MELCHIOR, *op. cit.*, 66. Voy. également la formulation de ce principe au point B.8. de l'arrêt n° 27/93 du 1^{er} mars 1993, cité par cet auteur.

³⁵ C.A., 15 mai 1996, n° 32/96.

³⁶ Sur les différentes techniques d'arrêt utilisées par la Cour, voy. B. LOMBAERT, « Les techniques d'arrêt de la Cour d'arbitrage », *Rev. b. dr. const.* 1996, 317-355.

³⁷ On n'entre pas ici dans la controverse sur le point de savoir si l'interprétation conciliante dispose d'une même autorité, qu'elle soit reprise dans le dispositif ou uniquement dans la motivation de l'arrêt (à ce sujet, voy. F. BOUQUELLE, « Question préjudicielle à la Cour d'arbitrage, arrêt préjudiciel et interprétation de la loi », *C.D.S.*, 2002, p. 526 et références citées).

³⁸ Voy. B. LOMBAERT, *o.c.*, pp. 352-353 ; M. VERDUSSEN et J. VAN COMPERNOLLE, *o.c.*, pp. 299-300, C. HOREVOETS et P. BOUCQUEY, *Les questions préjudicielles à la Cour d'arbitrage. Aspects théoriques et pratiques*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 65 : « Ainsi, l'adoption de l'interprétation conciliante par le juge du fond semble se présenter à lui comme une évidence ».



nelle – et donc de constater que son champ d'application n'inclut pas la catégorie de personnes en cause – ou qu'il décide de ne pas appliquer cette disposition.

Une telle symétrie d'effets dans la décision subséquente à l'arrêt interprétatif n'est cependant pas automatique. Songeons, tout d'abord, à l'hypothèse exactement inverse dans laquelle l'interprétation de la disposition légale faite par le juge *a quo* est jugée inconstitutionnelle précisément parce que, dans cette acception, la disposition ne s'applique pas à une catégorie de personnes. Interprétée en ce sens que la catégorie de personnes concernées est visée par la disposition en cause, celle-ci est, en revanche, constitutionnelle³⁹. Si, confronté à un tel arrêt interprétatif, le juge de renvoi décide de persévérer dans l'interprétation inconstitutionnelle de la disposition en cause, celui-ci devrait s'interdire d'appliquer la disposition au litige pendant. En quoi cette attitude répondrait-elle aux critiques de constitutionnalité soulevées par la Cour ?

Il en est de même lorsque l'inconstitutionnalité constatée ne porte pas sur le principe de la disposition en cause, mais sur l'absence d'une garantie procédurale particulière⁴⁰. A nouveau, si le juge *a quo* décide de retenir l'interprétation jugée inconstitutionnelle, celui-ci doit refuser d'appliquer la disposition au litige pendant devant lui, de telle sorte que le justiciable perd même le bénéfice du principe de la disposition en cause, qui lui était pourtant favorable.

L'autorité d'un arrêt interprétatif se résume, à notre estime, à deux contraintes imposées au juge de renvoi. D'une part, celui-ci *doit appliquer* la disposition en cause au litige. En effet, ce n'est pas la disposition, en tant que telle, qui fait l'objet d'un constat d'inconstitutionnalité, mais uniquement une de ses interprétations possibles. D'autre part, le juge de renvoi *doit refuser d'appliquer* cette disposition dans l'interprétation jugée inconstitutionnelle par la Cour⁴¹. Le juge *a quo* est, en réalité, confronté à une alternative : soit il applique la disposition dans l'interprétation jugée constitutionnelle par la Cour, soit il parvient à dégager une troisième interprétation de la disposition, qu'il soumet à nouveau à la censure du juge constitutionnel⁴².

Il a toutefois été soutenu qu'en vertu de l'article 19 du Code judiciaire – qui prévoit le dessaisissement du juge lorsqu'il prononce un jugement définitif –, le juge *a quo* aurait épuisé son pouvoir de juridiction en retenant, dans sa décision de renvoi, l'interprétation de la disposition formulée dans la question préjudicielle. A la réception de l'arrêt de la Cour constitutionnelle, celui-ci ne pourrait dès lors modifier son interprétation de la disposition en cause et, particulièrement, faire droit à l'interprétation conciliante dégagée par la Cour constitutionnelle.

Deux hypothèses doivent en réalité être distinguées. La première est celle où l'œuvre interprétative du juge *a quo* est intégralement contenue dans l'objet de la question préjudicielle. Le juge de renvoi interprète la norme dans un certain sens dont il soumet l'appréciation de constitutionnalité à la Cour. Sauf à manquer à la plus élémentaire logique, on ne peut considérer qu'au moment où elle pose la question, la juridiction de renvoi ait entendu vider la contestation relative à l'interprétation de la disposition en cause. Dès lors, il ne peut s'agir d'un jugement définitif⁴³.

Dans la seconde hypothèse, l'œuvre interprétative du juge de renvoi dépasse l'objet de la question préjudicielle. Il qualifie tout d'abord la disposition législative au regard de règles constitutionnelles avant d'interroger la Cour sur l'interprétation qu'il fait de cette disposition, dans la qualification qu'il a retenue. C'est précisément à l'occasion d'un tel cas que la Cour de cassation a estimé que « en considérant [dans leur décision posant une question préjudicielle à la Cour constitutionnelle] que l'article 17 de la loi du 6 février 1987 relative aux réseaux de radiodistribution et de télédistribution et à la publicité commerciale à la radio et à la télévision constitue un impôt, les juges d'appel ont donné de cette disposition une interprétation définitive dont ils ne pourraient s'écarter en vertu de l'article 19 du Code judiciaire »⁴⁴.

Même dans cette hypothèse, il nous paraît toutefois délicat de considérer que le juge de renvoi ne pourrait revenir sur la qualification de la disposition jugée irrégulière par la Cour. En effet, dès lors qu'on a établi que le contrôle de la qualification de la disposition en cause au

³⁹ Voy., par exemple, C.C., 20 juin 2007, n° 88/2007.

⁴⁰ Voy., par exemple, C.C., 15 mai 2008, n° 79/2008.

⁴¹ Voy. J. VAN COMPERNOLLE et M. VERDUSSEN, *o.c.*, p. 302.

⁴² Avec P. VANDERNOOT, on relèvera cependant que cette pratique peut poser difficulté à la lumière de l'obligation de garantir la résolution du litige dans un délai raisonnable (*o.c.*, p. 96).

⁴³ A rapprocher des réflexions d'Hakim BOULARBAH, « Interprétation ou qualification de la norme contrôlée et dessaisissement du juge *a quo* » in *Liber amicorum Paul Martens...o.c.*, pp. 194 et s.

⁴⁴ Cass., 20 mars 2003, *Pas.*, I, p. 556.



regard des règles constitutionnelles était une part intégrante de la mission de censure de la Cour constitutionnelle, l'article 28 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 – qui contraint le juge de renvoi à se soumettre à la décision de la Cour – trouve pleinement à s'appliquer. Le juge *a quo* n'a donc pas pu vouloir trancher définitivement une question qu'il savait – ou aurait dû savoir – devoir encore être examinée par la Cour constitutionnelle⁴⁵.

b. Exceptions

Le texte de la loi peut limiter la Cour dans son entreprise conciliante. Le juge constitutionnel pourrait en effet difficilement s'engager dans une interprétation de la disposition légale que démentirait le texte même de cette disposition. Dans son arrêt n° 50/98 du 20 mai 1998, la Cour était interrogée sur l'interprétation que le juge *a quo* donnait de l'article 362, alinéa 2, du Code civil. La Cour aboutit à un constat d'inconstitutionnalité. Sa motivation repose sur le texte même des dispositions du Code civil. Elle ne peut dès lors envisager une alternative conciliante.

Dans cette perspective, le respect du principe de légalité (qui prévaut, notamment, en matière pénale et fiscale) est un frein tout particulier à l'interprétation conciliante. La Cour ne pourrait ainsi dégager une interprétation par analogie d'une disposition légale créant une incrimination⁴⁶.

B. L'hypothèse d'une interprétation consolidée

La Cour constitutionnelle peut être interrogée sur la constitutionnalité d'une disposition législative dotée d'une interprétation confirmée par la Cour de cassation ou le Conseil d'Etat⁴⁷. Cette circonstance modifie-t-elle la manière dont le juge constitutionnel va déterminer l'interprétation de la disposition litigieuse qui formera l'objet de son contrôle (a) et la faculté qu'il a de proposer, le cas échéant, une interprétation conciliante (b)⁴⁸ ?

L'arrêt n° 82/2002 du 8 mai 2002 fournit une réponse de principe. Selon cet arrêt, « la question de savoir dans quelle mesure la Cour doit tenir compte de l'interprétation donnée à des dispositions par le juge qui l'interroge est indépendante du point de savoir si une telle interprétation est propre à ce juge ou s'il s'est conformé à une jurisprudence »⁴⁹. On verra cependant que certaines atténuations au processus décrit ci-avant peuvent être identifiées lorsque la Cour est saisie d'une disposition revêtue d'une interprétation consolidée.

1. L'interprétation examinée par la Cour

a. Principe

On peut déceler, au sein de la jurisprudence, une certaine tendance de la Cour constitutionnelle à examiner, dans son *interprétation consolidée*, la disposition législa-

527

⁴⁵ A ce propos, voy. H. BOULARBAH, *o.c.*, pp. 184 et s. ; I. VEROUGSTRAETE et A. DE WOLF, « De wet uiggelegd door de rechter : een neveneffect van de democratie » in A. ARTS, I. VEROUGSTRAETE, R. ANDERSEN, e.a., (eds.), *De verhouding tussen het Arbitragehof, de Rechterlijke Macht en de Raad van State = Les rapports entre la Cour d'arbitrage, le Pouvoir judiciaire et le Conseil d'Etat*, Verslagboek van het symposium van 21 oktober 2005 = Actes du symposium du 21 octobre 2005, Brugge/Bruxelles, Die Keure/La Charte, 2006, p. 67. Il en va, en réalité, de l'efficacité de la procédure préjudicielle définie par la Constitution et la loi spéciale, et qui prévaut sur les règles du Code Judiciaire. Voy. encore à ce propos le raisonnement de la Cour du Justice dans son arrêt RheinMühlen précité. On n'imaginerait pas qu'une juridiction interne tienne la même raisonnement dans le cadre d'une question en appréciation de validité déferée à la Cour de Luxembourg.

⁴⁶ Et ce, même si le respect de certains droits fondamentaux exige de l'Etat qu'il adopte des mesures répressives sanctionnant l'atteinte qui leur est portée (A cet égard, voy. les contributions rassemblées dans Y. CARTUYVELS et al., *Les droits de l'homme, bouclier ou épée du droit pénal*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2007).

⁴⁷ Comme le souligne toutefois F. BOUQUELLE (*o.c.*, p. 523), « il ne peut pas nécessairement être inféré, d'un arrêt de la Cour de cassation ou du Conseil d'Etat posant une question préjudicielle à la Cour d'arbitrage, que l'interprétation de la loi sur laquelle repose cette question serait entérinée par la haute juridiction, à moins bien sûr qu'elle ne l'énonce elle-même dans sa motivation ».

⁴⁸ Comme l'écrivent I. VEROUGSTRAETE et A. DE WOLF (*o.c.*, p. 61), « de norm zoals uitgelegd door het Hof van cassatie is de vrucht van een lange rechtsweg met een uitlegging door meerdere rechters en is soms het resultaat van honderden rechtsgedingen die de uitlegging hebben verstevigd. De wet, zoals uitgelegd door de rechtspraak die zich in die wet nestelt, is de uitkomst van de inbreng van diverse componenten – de hoven en rechtbanken – die gestructureerd onder elkaar een dialoog voeren, met ook een bijdrage van de balie ».

⁴⁹ C.A., 8 mai 2002, n° 82/2002, B.2.3.



tive dont la constitutionnalité est mise en doute par le juge de renvoi⁵⁰. Le juge constitutionnel refusera par conséquent de prendre en compte l'interprétation de la disposition litigieuse soutenue par le juge *a quo* lorsque celle-ci ne correspond pas à l'interprétation consolidée⁵¹.

Ainsi, dans son arrêt n° 145/2003, la Cour rejette la lecture de l'article 1055 du Code judiciaire faite par le juge *a quo* et selon laquelle, à la différence de l'appelant qui doit simultanément faire appel d'un jugement avant dire droit et du jugement définitif, la partie intimée pourrait toujours faire appel incident du jugement définitif comme du jugement avant dire droit, même lorsque l'appelant ne fait pas appel principal du jugement avant dire droit. La Cour relève en effet que, selon la jurisprudence de la Cour de cassation, l'appel incident fait par l'intimé ne peut porter que sur la décision attaquée par l'appel principal, ce qui implique que l'intimé ne peut étendre son appel incident à un jugement avant dire droit qui n'a pas fait l'objet de l'appel principal. La différence de traitement évoquée par le juge de renvoi est donc inexistante et sa question n'appelle pas de réponse⁵².

b. Exceptions

1. Même lorsque la qualification de la mesure fait l'objet d'une interprétation consolidée, la Cour constitutionnelle se reconnaît la compétence de vérifier si cette qualification n'aboutit pas à une *inconstitutionnalité collatérale*.

Il en va ainsi de la qualification des amendes prononcées en vertu de l'article 30ter, § 6, B, ancien, de la loi du 27 juin 1969 « révisant l'arrêté-loi de guerre du 28

décembre 1944 concernant la sécurité sociale des travailleurs ». Dans un arrêt du 8 mai 2000, la Cour de cassation avait estimé que ces sommes ne constituaient pas une sanction pénale, mais une indemnité forfaitaire de réparation.

Saisie par la Cour du Travail d'Anvers d'une question préjudicielle relative à cet article 30ter, § 6, B, que le juge de renvoi interprète, dans le prolongement de la jurisprudence de la Cour de cassation, comme relatif à des mesures de nature civile, la Cour constitutionnelle rappelle, dès l'abord, que « s'il appartient aux juridictions d'interpréter les lois qu'elles appliquent, en revanche, il incombe à la Cour d'arbitrage, quand elle est saisie d'une question préjudicielle qui allègue la violation des articles 10 et 11 de la Constitution, combinés notamment avec l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, de rechercher si la mesure soumise à son contrôle doit être qualifiée de pénale afin de veiller au respect des garanties résultant des principes généraux du droit pénal et de l'article 6 précité »⁵³. A la suite d'une argumentation détaillée, le juge constitutionnel parvient à la conclusion que les mesures prévues par la disposition en cause sont de nature pénale.

Il en conclut que « dès lors qu'il apparaît que la qualification de la mesure prévue par l'article 30ter, § 6, B, qui est donnée par le juge *a quo* et exprimée dans la question préjudicielle, est en contradiction avec la notion de sanction pénale telle qu'elle se dégage des principes généraux du droit pénal et de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, la Cour ne pourrait répondre à la question telle qu'elle est libellée sans porter atteinte à ces principes et à cette disposition »⁵⁴.

⁵⁰ Encore faut-il cependant que la Cour ait connaissance de cette jurisprudence. A cet égard, voy. l'arrêt du 8 mai 2008, n° 76/2008, B.4.1.-B.4.2.

⁵¹ Pour un contre-exemple, voy. toutefois C.A., 28 mars 2002, n° 58/2002 où la Cour accepte de prendre en compte l'interprétation de la disposition litigieuse soutenue par le juge *a quo*, qu'elle juge inconstitutionnelle, pour ensuite dégager une interprétation conciliante de cette disposition fondée sur la jurisprudence supposée de la Cour de cassation en la matière (Voy., à cet égard, les commentaires de F. BOUQUELLE, *o.c.*, p. 524).

⁵² C.A., 5 novembre 2003, n° 145/2003, B.3.-B.4. Voy. encore C.A., 2 mars 1995, n° 19/95 (dès lors que la Cour de cassation considère que la différence de traitement litigieuse est exclusivement contenue dans l'article 671, alinéa 1^{er}, du Code judiciaire, la Cour n'a pas à avoir égard aux autres dispositions qui sont invoquées par le juge *a quo* à ce propos) ; C.A., 10 juillet 2002, n° 125/2002, B.4. ; C.A., 27 avril 2005, n° 82/2005 ; 28 juin 2006, n° 108/2006 ; C.C., 12 décembre 2007, n° 152/2007 : « dès lors que la quatrième question préjudicielle se fonde sur une différence de traitement qui ne correspond ni au texte de la loi, ni à la volonté du législateur, ni à la lecture qu'en fait une jurisprudence constante de la Cour de cassation, cette question n'appelle pas de réponse » (B.14.6.).

⁵³ C.A., 6 novembre 2002, n° 157/2002, B. 4.

⁵⁴ *Ibid.*, B. 11. Pour une analyse plus détaillée de cette affaire, voy. C. HOREVOETS, « Les modifications relatives au contentieux préjudiciel à la Cour d'arbitrage » in *La Cour d'arbitrage, vingt ans après...o.c.*, pp. 273 et s. Pour d'autres exemples, plus ou moins similaires, voy. Th. BOMBOIS et D. DEOM, « La définition de la sanction administrative » in R. ANDERSEN, D. DEOM



2. Même si le cas se présente moins fréquemment, compte tenu de l'autorité des juridictions qui fournissent l'interprétation consolidée, il advient que la Cour constitutionnelle refuse de se prononcer sur cette interprétation au motif qu'elle repose sur une lecture erronée de la disposition législative en cause.

On recense ainsi au moins deux cas où l'interprétation de la loi défendue dans la question posée par le Conseil d'Etat a été jugée incohérente par la Cour⁵⁵.

Dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt n° 82/2001 du 13 juin 2001, la Cour était interrogée par le Conseil d'Etat à propos de la constitutionnalité d'une disposition du décret flamand du 23 octobre 1991 relatif à la publicité des documents administratifs dans les services et établissements du Gouvernement flamand⁵⁶. Selon la Cour constitutionnelle, la question procédait de la supposition erronée que des « personnes non intéressées » pourraient, dès avant la décision finale, consulter les documents administratifs préparatoires aux décisions administratives, à l'inverse des personnes justifiant d'un intérêt⁵⁷. Compte tenu de cette erreur d'interprétation, il n'y avait pas lieu de répondre à la question préjudicielle⁵⁸.

L'arrêt n° 147/2006, rendu le 28 septembre 2006,

porte sur une question posée à nouveau par le Conseil d'Etat et concernant l'article 4, 1^{er}, alinéa 2, 7^o, de la loi du 4 août 1996 « relative au bien-être des travailleurs lors de l'exécution de leur travail ». Dans cet arrêt, la Cour relève qu'« alors que la question préjudicielle concerne le champ d'application *rationae personae* de la loi du 4 août 1996, il convient de constater que l'article 4, § 1^{er}, alinéa 2, 7^o, ne définit pas le champ d'application *rationae personae* de la loi du 4 août 1996, mais en définit le champ d'application *rationae materiae*, par une énumération des différents aspects couverts par la notion de 'bien-être' des travailleurs »⁵⁹. Elle estime dès lors que cette question « n'appelle pas de réponse en tant qu'elle se rapporte à cette disposition ».

Bien que la Cour constitutionnelle ait affirmé que, lorsqu'elle est interrogée sur une disposition ayant fait l'objet d'une interprétation par la Cour de cassation, son rôle « n'est [...] pas de dire si cette interprétation est correcte mais d'examiner si la norme ainsi interprétée est compatible » avec les dispositions constitutionnelles⁶⁰, celle-ci a, dans un cas au moins, pris délibérément le contre-pied de la jurisprudence de la Cour de cassation et retenu d'emblée une interprétation contraire à celle défendue par la juridiction suprême de l'ordre judiciaire⁶¹.

et D. RENDERS (dir.), *Les sanctions administratives*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 73 et s. *Adde* C.C., 20 juin 2007, n° 86/2007 et les commentaires de cet arrêt, notamment: D. RENDERS, "De la jurisprudence à l'unité à l'unité de la jurisprudence", obs. sous C.C., 20 juin 2007, n° 86/2007 et sous Cass., 19 novembre 2007, *J.L.M.B.*, 2008, 760-767; G.F. RANERI, "Sanction, qualifications et régimes juridiques - A propos de la majoration due à l'O.N.S.S.", *J.T.T.*, 2008, 201-204. On pourrait encore rattacher à ce type de décisions l'arrêt n° 45/2005 du 23 février 2005 qui prend le contre-pied de l'interprétation de la Cour de cassation, considérant que les peines fixées par la nouvelle loi étaient moins lourdes que celles fixées par la loi antérieure, sans doute au motif qu'il s'agit là d'une condition d'appréciation indispensable dans l'examen de la conformité de la loi au principe de la rétroactivité *in mitius*, consacré par le Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

⁵⁵ Il est vrai que, dans ces deux affaires, la question préjudicielle avait été sollicitée par l'une des parties à la cause. Or, la loi spéciale du 6 janvier 1989 n'autorise pas le Conseil d'Etat à refuser de poser une question préjudicielle sollicitée par l'une des parties lorsque cette question repose sur une interprétation erronée de la loi. Toutefois, en pratique, le Conseil d'Etat s'est déjà arrogé cette prérogative (voy., à ce sujet, C. HOREVOETS et P. BOUCQUEY, *Les questions préjudicielles à la Cour d'arbitrage*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 245).

⁵⁶ C.A., 13 juin 2001, n° 82/2001. Relevons toutefois que, dans son arrêt de renvoi, le Conseil d'Etat avait estimé que les dispositions visées par la question ne violaient pas les articles 10 et 11 de la Constitution, mais avait aussi constaté que la loi spéciale du 6 janvier 1989 lui faisait obligation, même dans ce cas, d'interroger la Cour constitutionnelle (C.E., 23 février 2000, n° 85.592).

⁵⁷ *Ibid.*, B.3.1.

⁵⁸ *Ibid.*, B.3.2.

⁵⁹ C.A., 28 septembre 2006, n° 147/2006, B.12.

⁶⁰ C.A., 1^{er} mars 2000, n° 26/2000, B.3. La Cour conclut en estimant que « ce faisant, la Cour n'empiète pas sur les compétences des juridictions de l'ordre judiciaire ».

⁶¹ C.A., 21 décembre 2004, n° 204/04 (voy. le commentaire F. BOUQUELLE, « La Cour d'arbitrage, le pouvoir judiciaire et l'interprétation de la loi », *C.D.S.*, 2005, pp. 245-247). Il est vrai que la Cour de cassation avait décidé que l'article 57, § 2, de la loi organique des CPAS ne s'appliquait pas aux étrangers ayant introduit une demande de régularisation (ceux-ci bénéficiant donc de l'aide sociale non strictement limitée à l'aide médicale urgente) alors même qu'elle avait interrogé la Cour sur le point de savoir



2. *L'interprétation conciliante dégagée par la Cour*

a. Principe

Face à une interprétation consolidée jugée inconstitutionnelle, la Cour peut dégager une interprétation conciliante de la disposition en cause qui rend cette disposition conforme au prescrit constitutionnel.

Tel est le cas, par exemple, de l'arrêt n° 82/2002 du 8 mai 2002. Dans cette affaire, la Cour était interrogée sur la constitutionnalité d'une disposition en matière d'accident du travail, telle qu'elle était interprétée par la jurisprudence constante de la Cour de cassation. Selon cette jurisprudence, et contrairement à la législation en vigueur dans le secteur privé, la législation relative à la prévention et à l'indemnisation des accidents du travail dans le secteur public ne permettait pas l'octroi d'intérêts moratoires avant la décision judiciaire devenue exécutoire sur la contestation relative à l'existence du droit et au montant des rentes dues à la victime d'un tel accident. La Cour juge que cette interprétation n'est pas compatible avec le principe d'égalité et de non-discrimination, tout en dégageant par ailleurs une interprétation qui élimine la différence de traitement qui était dénoncée par le juge de renvoi.

Sous cet aspect, la Cour constitutionnelle s'éloigne donc clairement de la doctrine du droit vivant. Si elle

devait s'en inspirer, la Cour se limiterait en effet à déclarer inconstitutionnelle la disposition dotée d'une interprétation consolidée, sans dégager d'interprétation alternative.

b. Exceptions

Le texte de la loi peut s'opposer à ce que la Cour énonce une interprétation conciliante⁶². L'arrêt n° 3/2002, du 9 janvier 2002, constitue sans doute l'exemple le plus abouti d'une telle limite à l'élaboration d'une interprétation conciliante de la part du juge constitutionnel.

Après avoir constaté qu'interprétés en ce sens qu'ils interdisent aux huissiers de justice d'intenter un recours en annulation devant le Conseil d'Etat contre une peine disciplinaire qui leur est infligée par le conseil de la chambre d'arrondissement, les articles 531, 610 et 1088 anciens du Code judiciaire sont incompatibles avec le principe d'égalité et de non-discrimination, la Cour estime qu'elle ne peut « envisager une autre lecture des dispositions en cause que celle mentionnée dans la décision de renvoi » en raison de la volonté expresse et certaine du législateur de ne pas attribuer une telle compétence au Conseil d'Etat, réaffirmée par ailleurs par cette juridiction elle-même.

si l'application de cette disposition à cette catégorie d'étrangers violait les articles 10 et 11 de la Constitution et que la Cour avait répondu par la négative à cette question. Un arrêt rendu sur recours en annulation avait par ailleurs été prononcé en la matière. Dans son arrêt 204/2004, la Cour d'arbitrage justifie longuement son interprétation divergente, sans pour autant déclarer inconstitutionnelle l'interprétation défendue par la Cour de cassation. Voy. encore C.A., 20 juin 2007, n° 92/2007, B.1. Selon le juge *a quo* dans cette affaire, l'article 6, alinéa 1^{er}, de la loi du 24 décembre 1996 « relative à l'établissement et au recouvrement des taxes provinciales et communales » devait être interprété comme obligeant les autorités provinciales et communales à procéder à l'enrôlement d'office de la taxe en l'absence de déclaration dans les délais prévus par le règlement de taxation ou en cas de déclaration incorrecte, incomplète ou imprécise. La Cour examine la disposition litigieuse dans cette interprétation, alors même qu'elle relève que celle-ci a été contredite, *mais postérieurement à l'arrêt de renvoi*, par un arrêt de la Cour de cassation du 19 janvier 2007. On aura encore égard à l'arrêt n° 124/2004 du 7 juillet 2004, dont la structure est très particulière. Alors que le juge *a quo*, se fondant sur une jurisprudence de la Cour de cassation, estime que la législation en cause porte sur la réparation du dommage tant matériel que moral qui découle du décès, la Cour constitutionnelle va *tout d'abord* remettre en cause cette interprétation - notamment au regard d'un argument du Conseil des ministres qui conteste la transposition de l'enseignement de la Cour de cassation à l'espèce pendante devant le juge de renvoi - et considérer que, dans l'interprétation où les dispositions en cause ne couvrent pas le dommage moral causé par le décès, celles-ci ne violent pas la Constitution (B.5.1.-B.5.4.). Ce n'est que par la suite que la Cour va envisager l'interprétation retenue par le juge *a quo* et conclure que, dans cette interprétation, les dispositions en cause ne sont pas conformes à la logique qui informe l'ensemble de la réglementation sur les accidents du travail, et violent les articles 10 et 11 de la Constitution (B.6- B.11). Cette inversion de l'analyse traditionnelle du juge constitutionnel s'explique peut-être par le fait que celui-ci n'a pas pu ou voulu trancher la question de savoir si l'interprétation du juge *a quo* relevait bien du droit vivant ou si, comme le soutenait le Conseil des ministres, il n'en était rien.

⁶² *A fortiori*, le respect du principe de légalité empêche également de dégager une interprétation analogique de la disposition en cause.



c. Un renversement de perspective ?

On peut s'interroger sur la naissance, dans la jurisprudence constitutionnelle, d'une nouvelle exception au pouvoir que se reconnaît le juge constitutionnel de dégager une interprétation conciliante du texte en cause, exception qui trouverait précisément sa raison d'être dans l'existence d'une interprétation consolidée de la disposition litigieuse. C'est en tout cas ce que pourrait laisser entendre une lecture *a contrario* de l'arrêt n° 135/2007 du 7 novembre 2007⁶³, auquel l'arrêt n° 65/2008 du 17 avril 2008⁶⁴ est conforme en tous points.

c.1. Les arrêts n° 135/2007 et 65/2008

Dans ces affaires, la Cour était interrogée sur la constitutionnalité de la différence de traitement établie par l'article 1382 du Code civil en cas d'accident survenu à un membre du personnel d'un employeur privé ou public. Dans l'interprétation du juge *a quo*, lequel se fondait sur une jurisprudence de la Cour de cassation, l'employeur public bénéficiait, comme l'employeur privé, de l'action subrogatoire, mais seul le premier disposait en outre de l'action de droit commun fondée sur l'article 1382 du Code civil.

En ce qui concerne les accidents du travail et les accidents survenus sur le chemin du travail, la Cour juge que cette interprétation n'est pas contraire au principe d'égalité et de non-discrimination. La législation oblige en effet l'autorité publique à rétribuer l'agent durant sa période d'incapacité, alors que l'employeur privé n'est tenu qu'à des obligations limitées par la souscription d'une assurance obligatoire. Il n'est dès lors pas déraisonnable de ne permettre qu'à l'autorité publique d'intenter une action sur le pied de l'article 1382 du Code civil.

La Cour aboutit toutefois à une conclusion inverse en ce qui concerne les autres accidents causés par un tiers. En effet, dans ce cas, le dommage n'est pas différent selon qu'il est subi par un employeur public ou privé. Il s'ensuit que l'interprétation soutenue par le juge *a quo* est, dans cette hypothèse, contraire à la Constitution. La Cour estime que la disposition en cause peut faire l'objet d'une autre interprétation qui la rend compatible avec les articles 10 et 11 de la Constitution et selon laquelle tant les employeurs publics que les

employeurs privés disposent, dans cette hypothèse, d'une action fondée sur l'article 1382 du Code civil. La Cour prend cependant le soin d'apporter cette précision: « *bien que la jurisprudence de la Cour de cassation à laquelle se réfère le juge a quo concerne des litiges intéressant les pouvoirs publics, l'on n'aperçoit aucun obstacle à ce que son application puisse être étendue aux employeurs du secteur privé* »⁶⁵.

On pourrait en conclure que la Cour constitutionnelle ne se permet d'élaborer une interprétation conciliante de la disposition en cause qu'après s'être assurée que la jurisprudence de la Cour de cassation n'est pas établie, à tout le moins expressément, en sens contraire. Il faut toutefois insister sur l'extrême prudence avec laquelle il convient de manier une lecture *a contrario* de deux arrêts isolés dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle.

c.2. Appréciation critique

A supposer toutefois que les arrêts précités contiennent, en germe, une limite au pouvoir prétorien d'élaborer une interprétation conciliante de la disposition en cause lorsque l'interprétation jugée inconstitutionnelle est une interprétation consolidée, encore faudrait-il s'interroger sur l'utilité qu'il y a à consacrer un pareil *self-restraint* dans le chef du juge constitutionnel.

Selon Jacques VAN COMPERNOLLE et Marc VERDUSSEN, deux arguments militent en ce sens. La réception en droit belge d'une telle technique permettrait de profiter des effets pacificateurs entre les ordres juridictionnels qu'a engendré, en Italie, le recours à la doctrine du « droit vivant » tout en assurant une meilleure sécurité juridique⁶⁶.

Il nous paraît cependant que le système de contrôle incident de constitutionnalité, tel qu'il est connu en Belgique, présente avec le système italien deux différences fondamentales qui remettent en cause l'idée même d'une transposition de la doctrine du droit vivant en droit constitutionnel belge. Par ailleurs, l'on doute que la méthode suggérée par ces deux auteurs serve la sécurité juridique. L'on incline, au contraire, à penser qu'elle est susceptible d'augmenter l'insécurité juridique.

L'interdiction que s'impose le juge constitutionnel italien de produire une interprétation conciliante de la disposition en cause lorsqu'elle bénéficie d'une interprétation consolidée se comprend en raison, d'une part, du

⁶³ C.C., 7 novembre 2007, n° 135/2007.

⁶⁴ C.C., 17 avril 2008, n° 65/2008.

⁶⁵ C.C., 7 novembre 2007, n° 135/2007, B.13 et C.C., 17 avril 2008, n° 65/2008, B.12.

⁶⁶ J. VAN COMPERNOLLE et M. VERDUSSEN, *o.c.*, pp. 301-302.



refus historique des cours et tribunaux, et spécialement de la Cour de cassation italienne, d'appliquer les arrêts interprétatifs de rejet rendus par la Cour constitutionnelle⁶⁷ et, d'autre part, des effets différents dont dispose, en droit constitutionnel italien, ces arrêts interprétatifs de rejet et les arrêts interprétatifs d'admission.

L'arrêt interprétatif de rejet rendu par la Cour constitutionnelle italienne se caractérise par le rejet *ab initio* de l'interprétation de la disposition en cause retenue par le juge *a quo* au profit de l'interprétation privilégiée par la Cour constitutionnelle au motif soit que cette interprétation apparaît comme plus compatible avec la Constitution (« interprétation adéquate »), soit, plus trivialement, qu'elle correspond mieux au sens de la loi attaquée (« interprétation « corrective » »)⁶⁸. La Cour constitutionnelle italienne n'examine la disposition législative que dans l'interprétation qu'elle a retenue et conclut à sa constitutionnalité. C'est précisément cette substitution *ab initio* qui entraîna de profonds mouvements de résistance de la part des cours et tribunaux, ceux-ci estimant qu'ils ne sauraient être liés par une décision relative à une interprétation de la disposition qui n'était pas la leur⁶⁹.

Afin de sortir de l'impasse, un compromis est dégagé. Lorsque l'interprétation soumise à la censure de la Cour constitutionnelle italienne est une interprétation consolidée, la Cour constitutionnelle renonce à substituer *ab initio* son interprétation à l'interprétation consolidée. Si cette dernière est inconstitutionnelle, la Cour prononce un arrêt interprétatif d'admission par lequel elle constate l'inconstitutionnalité, sans fournir d'interprétation conciliante. Le grand avantage de ce type d'arrêt est qu'il dispose d'un effet rétroactif et d'une valeur

erga omnes de telle sorte que l'interprétation consolidée est reconnue comme inconstitutionnelle à l'égard de tous, en ce compris de la Cour de cassation.

Le raisonnement n'est assurément pas transposable en droit belge.

D'une part, la Cour constitutionnelle belge envisage, en principe, d'abord, la constitutionnalité de la disposition litigieuse dans l'interprétation qu'en donne soit le juge *a quo*, soit le droit vivant, avant de proposer une interprétation conciliante lorsque le premier examen aboutit à un constat d'inconstitutionnalité. En d'autres termes, le mécanisme est proprement inversé. Alors qu'en Italie, un arrêt interprétatif de rejet ne se prononce pas, en règle générale, *expressis verbis* - et en tout cas jamais dans le dispositif - sur l'inconstitutionnalité de l'interprétation défendue par le juge de renvoi, en Belgique, toute interprétation conciliante dégagée par la Cour constitutionnelle s'intègre, en principe, dans un arrêt alternatif où le juge constitutionnel constate, *expressis verbis*, et en règle générale, dans le dispositif, qu'interprétée dans le sens qu'en donne le juge *a quo*, la disposition est inconstitutionnelle avant de proposer un dispositif alternatif, où la disposition est interprétée dans un sens constitutionnel.

En outre, le droit constitutionnel belge attribue la même portée juridique à tous les arrêts rendus sur question préjudicielle, à savoir un effet relatif de chose jugée⁷⁰. A la différence du régime italien, le fait pour la Cour constitutionnelle de ne pas fournir une interprétation conciliante à la disposition en cause n'accorde pas une portée *erga omnes* à son arrêt rendu sur question préjudicielle⁷¹.

Transposer la logique à l'œuvre dans la doctrine du

⁶⁷ Sur cet aspect historique, voy. Th. DI MANNO, *Le juge constitutionnel et la technique des décisions « interprétatives » en France et en Italie*, Paris, Economica, 1997, p. 223.

⁶⁸ Pour reprendre les termes de E. LAMARQUE, « Gli effetti della pronuncia interpretativa di rigetto della Corte costituzionale nel giudizio *a quo* (un'indagine sul 'seguito' delle pronunce costituzionali) », *Giur. Cost.*, 2000, pp. 696-697.

⁶⁹ E. LAMARQUE souligne d'ailleurs que les cours et tribunaux sont nettement plus enclins à suivre l'interprétation dégagée par la Cour constitutionnelle lorsqu'il peut être déduit de son arrêt, à tout le moins implicitement, que l'interprétation initiale qu'ils avaient dégagée était inconstitutionnelle (*Ibid.*, pp. 710 et s.).

⁷⁰ La doctrine accorde toutefois à cet effet relatif une portée renforcée en ce sens que la juridiction, autre que celle qui a posé la question préjudicielle et les juridictions statuant sur la même affaire, est tenue soit d'appliquer la solution retenue par l'arrêt, soit de poser une nouvelle question préjudicielle à la Cour constitutionnelle (H. SIMONART, « La Cour d'arbitrage. Une étape dans le contrôle de la constitutionnalité de la loi », Bruxelles, Story-Scientia, 1988, p. 257; A. ALEN et K. MUYLLE, « *Compendium van het Belgisch staatsrecht* », Mechelen, Kluwer, 208, p. 255). Compar. J. VAN COMPERNOLLE et M. VERDUSSEN, *o.c.*, p. 304 et P. VANDERNOOT, *o.c.*, p. 47.

⁷¹ On notera que la loi spéciale du 6 janvier 1989 ouvre un nouveau délai pour introduire un recours en annulation à l'encontre d'un acte législatif dont seule l'interprétation présentée à la Cour a fait l'objet d'un constat d'inconstitutionnalité (C.A., 19 avril 2006, n° 52/2006, B.4.3. : « L'article 4, alinéa 2, de la loi spéciale du 6 janvier 1989 n'impose pas, pour l'ouverture du nouveau délai de recours en annulation, que la Cour ait déclaré que la disposition concernée est inconstitutionnelle quelle que soit la manière dont



droit vivant au contentieux préjudiciel porté devant la Cour constitutionnelle belge reviendrait, en définitive, à obliger cette dernière à renoncer à une pratique qui n'encourt pas les mêmes critiques que la substitution d'interprétation pratiquée par la Cour constitutionnelle italienne, sans pour que la force des arrêts rendus par le juge constitutionnel ne s'en trouve renforcée⁷².

Les mêmes auteurs ont encore justifié le transfert de la technique italienne en contentieux constitutionnel belge au motif qu'elle servirait la sécurité juridique. A dire vrai, on n'aperçoit guère en quoi le fait pour la Cour constitutionnelle de se limiter à condamner la seule interprétation consolidée serait un garant de la sécurité juridique⁷³. Au contraire, il nous semble que le juge constitutionnel remplit un rôle essentiel dans la préservation de la sécurité juridique en dressant, au profit des autorités juridictionnelles, une interprétation de la dis-

position en cause qui reçoit son aval et qui permet aux juridictions de continuer à l'appliquer nonobstant le rejet de l'interprétation sur la base de laquelle elles s'étaient toujours fondées jusqu'alors⁷⁴. La question se résout, en réalité, dans une alternative.

Soit l'interprétation jugée inconstitutionnelle par la Cour ne laisse place qu'à une seule autre interprétation du dispositif légal⁷⁵. Tout juge est à même de l'identifier⁷⁶. Dans cette hypothèse, la formalisation de l'interprétation conciliante par la Cour constitutionnelle ne présente aucune utilité. Mais elle ne saurait pas davantage constituer une atteinte à la sécurité juridique.

Soit le constat d'inconstitutionnalité qui frappe une interprétation de la disposition en cause ne suffit pas à réduire à l'unité le nombre des lectures possibles de cette disposition⁷⁷. Si le juge constitutionnel se borne à constater l'inconstitutionnalité de l'interprétation pro-

elle est interprétée. Dès lors que la Cour a déclaré, sur question préjudicielle, que la disposition viole les normes dont elle contrôle le respect, fût-ce dans une interprétation qui lui a été présentée par le juge *a quo*, il est satisfait aux exigences de l'article 4, alinéa 2, précité ». En effet, « il est inhérent au contentieux préjudiciel, qui suppose une réponse de la Cour à une question posée par un juge, que la forme que prend le dispositif de l'arrêt de réponse soit conditionnée par la forme de la question posée. Ainsi, lorsqu'un juge interroge la Cour sur la constitutionnalité d'une disposition dans une interprétation déterminée, la Cour répond, en règle à la question en examinant la disposition dans cette interprétation. Le cas échéant, après avoir constaté que la disposition ainsi interprétée est contraire à la Constitution, la Cour peut indiquer qu'une autre interprétation de la même disposition ferait disparaître l'inconstitutionnalité qu'elle a constatée ». Il est donc possible d'obtenir, en dernière analyse, l'annulation de la disposition dans son interprétation consolidée. Cette annulation opère avec effet rétroactif et vaut *erga omnes*.

⁷² Voy. d'ailleurs l'évaluation positive de la technique du double dispositif faite par le premier président de la Cour de cassation : « la Cour constitutionnelle a très bien compris l'équilibre existant entre le pouvoir judiciaire et la Cour constitutionnelle » (*Doc.parl.*, Sénat, sess.ord. 2007-2008, n° 4-12/4, pp. 30-31).

⁷³ A ce titre, on doute de l'argument selon lequel, en cas d'interprétation conciliante, les juridictions ordinaires seraient enclines à ne retenir que le constat de constitutionnalité de la disposition litigieuse, sans prendre en compte l'interprétation conciliante qui la conditionne. En toute hypothèse, on ne voit pas en quoi cet argument ne pourrait pas également être utilisé lorsque l'interprétation condamnée par la Cour n'est pas une interprétation consolidée et que pour cette raison, selon ces auteurs, la Cour peut fournir une interprétation conciliante. Sur une critique plus générale du lien entre la doctrine du droit vivant et la sécurité juridique, entendue dans son sens traditionnel, voy. M. CAVINO, *o.c.*, pp. 168 et s.

⁷⁴ Voy. pourtant J. VAN COMPERNOLLE et M. VERDUSSEN, « La réception des décisions d'une cour constitutionnelle sur renvoi préjudiciel. L'exemple de la Cour d'arbitrage de Belgique », *Cah. const.*, 2003, n° 14 : « Il est indéniable que, dans de nombreux cas, la méthode de l'interprétation conciliante contribue au maintien de la sécurité juridique. Toutefois, il peut arriver que le juge de renvoi - qui peut soit retenir l'interprétation conciliante et appliquer la norme mise en cause, soit refuser d'appliquer celle-ci s'il retient l'interprétation condamnée - éprouve de sérieuses difficultés à évaluer les justes conséquences d'une interprétation conciliante ». L'erreur provient du fait que ces auteurs estiment que le juge *a quo* peut refuser d'appliquer la disposition dont l'interprétation a été jugée inconstitutionnelle (voy. *supra*).

⁷⁵ Tel est le cas lorsque la disposition est jugée inconstitutionnelle en ce qu'elle est interprétée comme s'appliquant à une catégorie de destinataires et constitutionnelle si elle est interprétée comme ne s'y appliquant pas.

⁷⁶ Il lui est alors loisible de refuser d'appliquer l'interprétation inconstitutionnelle ou d'appliquer l'interprétation constitutionnelle. Dans les deux cas, le résultat est toutefois strictement identique puisque, la disposition continuant à exister, celle-ci doit être appliquée au litige et qu'elle ne peut désormais recevoir qu'une seule interprétation.

⁷⁷ A cet égard, voy. par exemple l'arrêt n° 118/2007, du 19 septembre 2007, relatif au conflit entre la protection du secret des affaires et le principe du contradictoire. Après avoir constaté qu'imposer, *en toute hypothèse*, la communication de données confidentielles d'une entreprise à son concurrent, dans le cadre d'une procédure juridictionnelle, violait le droit au respect de la vie



posée, le risque existe que se développe une jurisprudence divergente fondée sur les diverses interprétations que la disposition est encore susceptible de recevoir. Or, cette variété de décisions encourt la censure de la Cour de cassation, mais aussi de la Cour constitutionnelle. Apporter, dans un arrêt sur question préjudicielle, une interprétation conciliante de la disposition litigieuse présente alors l'avantage de garantir la correction constitutionnelle de cette interprétation tout en présentant des gages sérieux quant à sa « correction légale »⁷⁸. Agissant de la sorte, la Cour constitutionnelle prévient encore les griefs qui pourraient lui être adressés sur le pied des droits découlant de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme⁷⁹.

II. La Cour constitutionnelle confrontée à une norme, en principe, vierge d'interprétations : l'hypothèse du recours en annulation

A l'inverse du mécanisme préjudiciel par lequel la Cour est saisie d'un problème de constitutionnalité sans limitation dans le temps, le recours en annulation dirigé contre une loi, un décret ou une ordonnance permet uniquement de contester devant le juge constitutionnel la régularité d'un acte législatif dans un certain délai. En principe, seules les lois nouvellement adoptées peuvent faire l'objet d'un recours en annulation (A). On relève néanmoins une exception à cette règle. En effet, le délai pour agir en annulation à l'encontre d'une disposition législative peut être rouvert lorsque la Cour a jugé la disposition inconstitutionnelle dans un arrêt rendu sur question préjudicielle (B).

A. L'hypothèse du recours en annulation dirigé contre une norme nouvellement adoptée

Saisie d'un recours dirigé contre une disposition législative nouvellement créée, la Cour constitutionnelle ne peut, le plus souvent, que se rattacher à l'interprétation qu'en donne le requérant lui-même. Il n'en demeure pas moins que la Cour est libre de s'en distancier. Tel sera le cas lorsque cette interprétation est farfelue, contredite par le texte de la loi ou démentie par les travaux préparatoires de la loi attaquée⁸⁰.

Il advient néanmoins que, dans le court laps de temps qui sépare la publication de la disposition attaquée et l'arrêt rendu par la Cour, une interprétation émergente de cette disposition ait vu le jour dans la jurisprudence (1). Par ailleurs, il n'est pas rare que la Cour prenne appui sur une jurisprudence consolidée relative à des textes législatifs plus anciens, mais liés à la disposition nouvelle qui est soumise à sa censure (2).

1) L'éventuelle interprétation émergente de la disposition attaquée

Conformément à l'article 3 de la loi spéciale du 6 janvier 1989, les recours en annulation dirigés contre une loi, un décret ou une ordonnance ne peuvent être introduits devant la Cour constitutionnelle que dans les six mois à dater de leur publication au Moniteur belge. Lorsque le recours tend à l'annulation en tout ou en partie d'une loi, d'un décret ou d'une ordonnance portant assentiment à un traité international, le délai d'introduction du recours est réduit à soixante jours. La Cour est, quant à elle, tenue de rendre son arrêt dans l'année de sa saisine⁸¹.

privée, la Cour constitutionnelle a ensuite précisé *les conditions dans lesquelles* une communication limitée de ces documents pouvait être compatible avec le respect de la vie privée. On le voit : l'interprétation conciliante n'est donc pas le strict reflet inversé du constat d'inconstitutionnalité. Son apport est dans ce cas fondamental.

⁷⁸ A savoir l'appréciation de la régularité de la disposition législative au regard des principes interprétatifs des textes légaux généralement reconnus, laquelle est du ressort, en dernière analyse, de la Cour de cassation.

⁷⁹ La Cour européenne a en effet déjà condamné les pratiques juridictionnelles entretenant des « divergences [d'interprétation] profondes et persistantes dans le temps » (voy. récemment C.E.D.H., arrêt *Beian c. Roumanie* du 6 décembre 2007. Il est vrai qu'en l'espèce, c'était la jurisprudence de la Cour de cassation elle-même qui était contradictoire).

⁸⁰ Voy., à titre d'exemple, C.A., 17 janvier 2007, n° 12/2007, B.30.2.

⁸¹ Art. 109 de la loi spéciale du 6 janvier 1989.

Il s'ensuit que le recours en annulation est jugé dans les dix-huit mois à dater de la publication de la disposition attaquée. La rapidité avec laquelle la Cour constitutionnelle se prononce sur la validité de la disposition attaquée rend très hypothétique l'émergence d'un droit vivant conférant une interprétation consolidée à cette disposition.

Sans doute, la norme attaquée a-t-elle déjà pu faire l'objet d'une certaine interprétation dans la jurisprudence. En règle générale, le litige n'a toutefois pas pu être porté aussi rapidement devant la Cour de cassation. Compte tenu de l'organisation du contentieux administratif belge, il est moins exceptionnel que le Conseil d'Etat ait déjà eu l'occasion de se prononcer sur le sens des dispositions législatives nouvellement adoptées et soumises à la censure de la Cour constitutionnelle. La juridiction administrative peut en effet être saisie, en extrême urgence, d'une demande de suspension dirigée contre des actes administratifs unilatéraux se fondant sur pareille législation. Lors de l'examen des griefs invoqués à l'encontre de la décision de l'autorité administrative, le Conseil d'Etat sera appelé à interpréter - au provisoire, certes - la disposition législative qui lui sert de fondement légal. Un cas récent permet d'illustrer le propos⁸².

Le décret du 8 décembre 2005 instaure, au sein des communes et des provinces wallonnes, le mécanisme de la motion de méfiance constructive. Le conseil communal peut ainsi renverser le collège communal ou l'un de ses membres.

Les premières motions de méfiance individuelles adoptées par les conseils communaux firent l'objet de demandes de suspension devant le Conseil d'Etat. Afin de rencontrer certaines des critiques émises par la juridiction administrative dans l'examen, au provisoire, de la régularité de ces actes administratifs⁸³, le législateur wallon modifie, par un décret du 8 juin 2006, le mécanisme de la motion de méfiance. Il prévoit notamment que le conseil communal apprécie souverainement, par son vote, les motifs qui le fondent.

Un recours en annulation est introduit contre ce décret modificatif par un échevin ayant essuyé une motion de méfiance. Selon le requérant, le législateur wallon aurait violé les règles répartitrices de compétences.

En prévoyant que le conseil communal statue souverainement, le législateur wallon aurait en effet retiré au Conseil d'Etat la compétence de connaître de la régularité de ces actes administratifs. Or, seul le législateur fédéral est habilité à fixer les attributions du Conseil d'Etat. Le législateur wallon aurait également restreint implicitement la portée de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs alors qu'il ne lui est permis que de la compléter ou de la préciser.

Dans son arrêt n° 156/2007 du 19 décembre 2007, la Cour constitutionnelle reconnaît que les travaux préparatoires du décret attaqué laissent entendre que le Conseil d'Etat devrait se déclarer incompétent pour connaître d'un recours dirigé contre une motion de méfiance votée par les conseils communaux ou provinciaux et que la loi sur la motivation formelle ne devrait pas trouver à s'appliquer à pareils actes administratifs. Toutefois, relève la Cour, « le Conseil d'Etat, siégeant en référé, a été saisi à plusieurs reprises de requêtes visant des motions de méfiance constructive individuelles et il n'a pas décliné sa compétence pour en connaître [...] Il a estimé que, comme tout acte juridique unilatéral de portée individuelle émanant d'une autorité administrative, la motion de méfiance paraissait devoir faire l'objet d'une motivation formelle. Il a maintenu cette jurisprudence, après l'entrée en vigueur de la disposition attaquée, dans l'arrêt par lequel il a rejeté la demande de suspension d'extrême urgence introduite par le requérant contre la motion de méfiance du conseil communal de Charleroi du 29 juin 2006 ». Puisque le moyen formulé par le requérant à l'appui de son recours en annulation repose sur une interprétation des dispositions attaquées qui n'est pas celle que leur a donnée le Conseil d'Etat, le moyen ne peut être déclaré fondé⁸⁴.

Le raisonnement de la Cour est donc similaire à celui qu'elle aurait emprunté si elle avait été confrontée à une question préjudicielle reposant sur une interprétation de la disposition litigieuse contraire à l'interprétation consolidée de la Cour de cassation ou du Conseil d'Etat. On relèvera en outre que, bien qu'elle constate que l'interprétation du Conseil d'Etat va à l'encontre de la volonté du législateur, la Cour retient l'interprétation

⁸² *Compar. C.A.*, 31 mars 2004, n° 59/2004, B.4.2.-B.4.3. (l'interprétation du requérant est contraire à l'interprétation apportée par la *section de législation* du Conseil d'Etat sur l'avant-projet de loi).

⁸³ Sur cette question, voy. D. RENDERS et Th. BOMBOIS, « La motion de méfiance constructive : un acte justiciable du Conseil d'Etat », *J.T.*, 2006, pp. 317 et s. ; D. DEOM et Th. BOMBOIS, « Du neuf pour les communes et les provinces wallonnes. Ou quand la Nouvelle loi communale devint l'ancienne », *R.B.D.C.*, 2006, pp. 41 et s.

⁸⁴ Implicitement, la Cour juge donc l'interprétation défendue par le Conseil d'Etat - et favorable au requérant - conforme à la Constitution.



défendue par la juridiction administrative.

2) *L'interprétation consolidée d'une norme antérieure en relation avec la norme attaquée*

Régulièrement, la Cour constitutionnelle prend appui sur l'interprétation consolidée de dispositions antérieures à la norme mise en cause par le recours en annulation. Tantôt elle s'appuie sur l'interprétation consolidée d'une norme antérieure dont la disposition attaquée ne constitue que le prolongement (a). Tantôt elle prend en compte l'interprétation consolidée de dispositions antérieures afin d'évaluer la portée – voire la régularité – d'une intervention législative qui entend rompre avec cette interprétation en modifiant le texte sur lequel elle repose (b).

a. La disposition attaquée prolonge l'interprétation d'une disposition antérieure

A la faveur d'une réforme de plus ou moins grande envergure, il arrive que le législateur reprenne ou aménage des dispositions antérieures. Lorsqu'elle est saisie d'un recours en annulation dirigé contre les dispositions de la nouvelle législation qui sont inspirées par ces textes antérieurs, la Cour constitutionnelle se fonde sur la jurisprudence relative à ces textes afin d'interpréter le sens des dispositions nouvelles soumises à sa censure et qui ne font que les reproduire plus ou moins fidèlement. Parfois même, l'interprétation consolidée des dispositions législatives anciennes servira à valider les dispositions soumises à son contrôle.

Un exemple éclairant en la matière nous est donné par les recours en annulation introduits contre la loi du 8 juin 2006 « réglant des activités économiques et individuelles avec des armes »⁸⁵. Destinée à refondre complètement le régime de la vente, de la détention et du port d'armes, à la suite de faits divers particulièrement violents, la loi du 8 juin 2006 s'appuie cependant, pour l'essentiel, sur des notions contenues dans les lois antérieures réglementant ces activités et sur l'interprétation qui en avait été faite par les juridictions judiciaires.

A l'appui des recours en annulation intentés contre cette loi, les requérants développent plusieurs moyens relatifs à la violation, par le législateur, du principe de

légalité des délits et des peines. Le législateur n'aurait pas déterminé, avec suffisamment de précision, les comportements infractionnels qu'il entend punir sévèrement. Ainsi, en tant qu'il conditionne la régularité du port d'une arme en vente libre à l'existence de « motifs légitimes », sans définir plus avant ce qu'il entend par une telle notion, le législateur n'aurait pas respecté les garanties de prévisibilité qui doivent entourer l'adoption d'une loi pénale.

Après avoir souligné que la Ministre de la justice avait relevé au cours des travaux préparatoires que la notion de « motifs légitimes » renvoyait à une disposition déjà existante à propos de laquelle une jurisprudence avait pu se développer, la Cour constitutionnelle prend précisément appui sur l'interprétation qui fut donnée par la Cour de cassation au concept de « motifs légitimes » sous l'empire de la législation antérieure.

Pour le juge constitutionnel, « il résulte des travaux préparatoires que le législateur, s'appuyant sur la jurisprudence antérieure de la Cour de cassation, entendait donner à la notion de 'motif légitime' une interprétation large, fondée sur des critères objectifs, et en vertu de laquelle le port d'une arme en vente libre est justifié par un motif légitime lorsqu'il est nécessaire à la pratique d'une activité licite ». Il s'ensuit que la notion de « motif légitime » visée par la loi attaquée ne permet pas d'en donner des interprétations incertaines et floues et que le principe de légalité en matière pénale n'a pas été violé.

b. La disposition attaquée contredit l'interprétation d'une disposition antérieure

1. C'est au législateur qu'il appartient, au premier chef, de déterminer le sens qu'il entend donner aux dispositions qu'il adopte. Lorsque celui-ci décide de modifier le sens que la jurisprudence a pu donner à son œuvre, la Cour constitutionnelle prendra en compte l'interprétation dégagée par le législateur⁸⁶.

Plus encore, conformément à l'article 84 de la Constitution, seul le législateur est en mesure d'interpréter les lois de manière authentique. A ce titre, il lui est loisible d'adopter des « lois interprétatives » opérant avec effet rétroactif et servant à déterminer le sens qu'une loi est censée avoir eu depuis son adoption. L'un des objectifs de la loi interprétative est précisément de lutter contre les dérives d'une interprétation jurispru-

⁸⁵ Voy. également, dans le même sens, C.A. 11 mai 2005, n° 92/2005, B.4. ; C.A., 30 juin 2005, n° 117/2005, B.4.

⁸⁶ Pour un exemple de modification compte tenu d'une interprétation *administrative* jugée inéquitable, voy. l'arrêt rendu, certes, sur question préjudicielle, le 27 mai 2008, n° 87/2008, B.3.1. *Adde* C.C., 2 octobre 2008, n° 134/2008, B.8.



dentielle considérée comme incompatible avec la volonté initiale du législateur.

Tel qu'il fut modifié par la loi du 1^{er} mars 2000, l'article 12bis, § 1^{er}, 3^o, du Code de la nationalité belge permettait à l'étranger ayant atteint l'âge de 18 ans d'acquérir la nationalité belge par déclaration pour autant qu'il ait fixé sa résidence principale en Belgique depuis au moins sept ans et que, au moment de la déclaration, il ait été admis ou autorisé à séjourner pour une durée illimitée dans le Royaume, ou ait été autorisé à s'y établir. A la suite d'interprétations divergentes de cette disposition dans la jurisprudence, la Cour de cassation estime, dans un arrêt du 16 janvier 2004, que la condition de résidence principale en Belgique fixée par le législateur n'implique que cette résidence soit couverte par des titres réguliers de séjour.

Le 27 décembre 2004, le législateur fédéral réagit à l'arrêt de la Cour de cassation en adoptant une disposition interprétative de l'article 12bis, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 3^o du Code de la nationalité belge en vertu de laquelle cette disposition « est interprété[e] en ce sens qu'[elle] ne s'applique qu'aux étrangers qui peuvent faire valoir sept années de résidence principale couvertes par un séjour légal »⁸⁷.

La Cour constitutionnelle est saisie d'un recours en annulation contre cette disposition. Dans son moyen unique, la partie requérante fait valoir que la disposition attaquée n'est pas une disposition interprétative, mais une disposition modificative à portée rétroactive, qui vise à influencer l'issue de procédures pendantes et qui n'est justifiée par aucune circonstance exceptionnelle.

La Cour rejette le recours. Elle prend tout d'abord appui sur les travaux préparatoires de la loi du 1^{er} mars 2000 dont il ressort clairement que le législateur n'entendait pas que le séjour illégal soit pris en compte dans le calcul de la durée de résidence⁸⁸.

Fort de ce constat, le juge constitutionnel peut dès lors affirmer que « la disposition attaquée a été adoptée parce qu'une partie de la jurisprudence donnait à l'article 12bis, alinéa 1^{er}, 3^o, du Code de la nationalité belge une interprétation qui ne correspondait pas au sens que le législateur avait entendu lui donner lors de son élaboration ». Or, « c'est le propre d'une loi interprétative, sous réserve du principe de légalité en matière pénale, de sortir ses effets à la date d'entrée en vigueur des dispositions législatives qu'elle interprète. Une loi interprétative est, en effet, celle qui confère à une disposition législative le sens que, dès son adoption, le législateur a voulu lui donner *et qu'elle pouvait raisonnablement recevoir* »⁸⁹.

La définition de la loi interprétative retenue par cet arrêt mérite qu'on s'y attarde. En effet, la Cour y opère un revirement jurisprudentiel qui n'est pas sans lien avec la problématique du droit vivant. Selon sa jurisprudence antérieure, l'effet rétroactif qui s'attache à une disposition interprétative était en effet justifié, sous réserve des règles applicables en droit pénal et du respect des décisions de justice passées en force de chose jugée, « lorsque la disposition interprétée *ne pouvait, dès l'origine, être raisonnablement comprise autrement que de la manière indiquée dans la disposition interprétative* ». Si tel n'était pas le cas, la disposition dite interprétative était considérée comme une disposition rétroactive pure et simple qui devait satisfaire à des conditions de validité plus draconiennes⁹⁰.

Sa jurisprudence antérieure plaçait la Cour constitutionnelle devant une alternative délicate dans le cas d'espèce : soit elle renonçait à qualifier la disposition attaquée d'interprétative au motif que l'interprétation délivrée par le législateur n'était pas la seule raisonnablement envisageable, soit elle jugeait totalement fantaisiste l'interprétation donnée à l'article 12 bis, § 1^{er}, 3^o, du Code

⁸⁷ Par une loi du 27 décembre 2006, le législateur modifiera le texte de l'article 12bis, § 1^{er}, alinéa 3, pour y faire figurer cette condition de séjour légal (art. 382). Sur cette modification, voy. B. RENAULD, « La loi du 1^{er} mars 2000 modifiant certaines dispositions relatives à la nationalité belge. De réformes en réformes... », *R.B.D.C.*, 2000, pp. 43-53.

⁸⁸ En réalité, le Ministre de la Justice considéra cette condition à ce point évidente qu'il estima, à l'époque, superflu de l'inclure explicitement dans le texte de la loi.

⁸⁹ C.A., 21 juin 2006, n° 102/2006, B.5.2. C'est nous qui soulignons. La Cour relève encore que « les justiciables ne pouvaient avoir l'espoir de continuer à compter sur une jurisprudence qui leur était favorable, mais qui allait à l'encontre de l'intention du législateur » (B.6.).

⁹⁰ « La rétroactivité de dispositions législatives, qui est de nature à créer de l'insécurité juridique, ne peut se justifier que lorsqu'elle est indispensable au bon fonctionnement ou à la continuité du service public. S'il s'avère en outre que la rétroactivité de la norme législative a pour effet d'influencer dans un sens déterminé l'issue d'une ou de plusieurs procédures judiciaires ou d'empêcher les juridictions de se prononcer, la nature du principe en cause exige que des circonstances exceptionnelles ou des motifs impérieux d'intérêt général justifient cette intervention du législateur qui porte atteinte, au détriment d'une catégorie de citoyens, aux garanties juridictionnelles offertes à tous » (C.A., 1^{er} février 2006, n° 20/2006).



de la nationalité belge par la Cour de cassation dans son arrêt du 16 janvier 2004. Sans doute, le juge constitutionnel a-t-il estimé qu'aucune de ces deux solutions n'était satisfaisante. Il a donc choisi d'emprunter une troisième voie en modifiant sa jurisprudence⁹¹.

2. Même assouplies, les conditions dans lesquelles l'effet rétroactif accordé à la loi interprétative est par principe justifié ne permettent pas de rencontrer tous les cas où le législateur entend désavouer, avec effet rétroactif, l'interprétation que les juridictions ordinaires ont faite de son œuvre. Il peut en effet arriver que le législateur se soit, dès le départ, très mal exprimé ou qu'il se soit fourvoyé, au moment de l'adoption du texte litigieux, sur la seule interprétation raisonnable qui peut lui être donnée et qui l'est, au demeurant, par les cours et tribunaux. Dans de telles hypothèses, le recours à la loi interprétative semble exclu. Le législateur n'a plus d'autre choix que d'envisager l'adoption d'une disposition rétroactive. L'arrêt n° 177/2005 de la Cour constitutionnelle permet de décrypter l'attitude de la Cour face à un tel cas de figure.

L'article 145 de l'arrêté d'exécution du C.I.R. 92 prévoit que les impôts directs ainsi que le précompte immobilier se prescrivent par cinq ans à compter de la date à laquelle ils doivent être payés. Ce délai de prescription quinquennal peut être interrompu de la manière prévue par les articles 2244 et suivants du Code civil et notamment, comme le prévoit l'article 2244 du Code civil, lorsqu'un commandement est signifié à celui qu'on veut empêcher de prescrire. Conformément aux articles 148 et 149 de l'arrêté d'exécution du C.I.R. 92, le commandement constitue en outre un acte d'exécution en matière d'impôts sur les revenus.

L'article 410 du C.I.R. 1992 n'autorise cependant de mesure d'exécution qu'à l'égard de la partie de la dette d'impôt « certaine et liquide ». Lorsqu'un contribuable contestait l'enrôlement de sa dette d'impôt, l'administration fiscale qui lui avait signifié un commandement invoquait la double fonction du commandement et considérait que, même irrégulier en tant qu'acte d'exécution au sens des articles 148 et 149 de l'arrêté royal d'exécution, celui-ci pouvait conserver ses effets en

tant que « commandement » au sens de l'article 2244 du Code civil, et interrompre le délai de prescription.

Dans deux arrêts du 10 octobre 2002 et du 21 février 2003, la Cour de cassation décide toutefois qu'« en matière d'impôts sur les revenus, le commandement est un acte de poursuite judiciaire qui suppose un titre exécutoire », de telle sorte que, signifié par l'Etat en l'absence d'impôt incontestablement dû, il « n'a pu produire d'effet interruptif ». Cette jurisprudence empêche dès lors qu'un commandement interrompe la prescription en cas de contestation des impôts enrôlés.

Confronté à une telle jurisprudence, le législateur a estimé qu'il devait intervenir « pour éviter qu'à défaut de possibilité pour l'administration de pouvoir valablement interrompre la prescription des cotisations contestées pour lesquelles il n'existe aucune quotité certaine et liquide immédiatement exigible, nombre d'entre elles ne soient déclarées prescrites », cette intervention se révélant « d'autant plus impérieuse à l'examen des données de l'arriéré fiscal en matière d'impôt sur le revenu qui révèlent que ce dernier est constitué à plus de quarante pour cent de cotisations contestées ».

Pour ce faire, il insère dans la loi-programme du 9 juillet 2004 une disposition, qualifiée d'interprétative, en vertu de laquelle, nonobstant le fait que le commandement constitue le premier acte de poursuites directes, celui-ci doit être interprété comme constituant également un acte interruptif de prescription au sens de l'article 2244 du Code civil, même lorsque la dette d'impôt contestée n'a pas de caractère certain et liquide.

Après avoir constaté que la disposition attaquée ne pouvait être considérée comme une disposition interprétative, la Cour constitutionnelle est amenée à s'interroger sur la régularité de l'intervention *rétroactive* du législateur⁹².

Le juge constitutionnel relève que « la disposition entreprise était justifiée par le fait que la prescription d'impôts contestés avait toujours été interrompue par la signification d'un commandement et la validité de ce dernier a toujours été reconnue jusqu'à la date des arrêts de la Cour de cassation des 10 octobre 2002 et 21 février 2003 »⁹³. Les arrêts rendus par la Cour de cassa-

⁹¹ La Cour constitutionnelle rencontrait par là également le souci d'une partie de la doctrine (Voy., notamment, P. POPELIER, "Interpretatieve wetten moeten interpreteren", *R.W.*, 2002-2003, pp. 1460-1463).

⁹² Cet arrêt a été prononcé avant le revirement de jurisprudence constitué par l'arrêt n° 102/2006. Cependant, il n'est pas certain qu'au vu de la nouvelle définition de la loi interprétative, la Cour eût abouti à une conclusion différente.

⁹³ Elle ajoute que « s'il existait une controverse sur la nature du commandement au sens de l'article 2244 du Code civil, rien ne permettait cependant, avant les arrêts précités de la Cour de cassation, de rejeter la thèse du double effet du commandement, avancée par l'administration, selon laquelle un commandement, irrégulier en tant qu'acte d'exécution, pouvait toutefois conserver ses effets en tant qu'acte interruptif de prescription ». En effet, aucun arrêt de la Cour de cassation n'excluait la validité du

tion ont donc eu pour conséquence de priver d'effet, de manière rétroactive, le mode d'interruption de la prescription communément utilisé en matière d'impôts sur les revenus. C'est pour neutraliser l'effet rétroactif de la règle jurisprudentielle dégagée par les arrêts précités que le législateur a lui-même adopté une disposition rétroactive. Le recours à une disposition rétroactive peut également s'expliquer par l'absence d'une disposition permettant de demander à la Cour de cassation de limiter dans le temps les effets des positions de principe adoptées par ses arrêts. Par ailleurs, il a été constaté, au cours des travaux préparatoires, d'une part, que l'arriéré fiscal en matière d'impôts sur les revenus "est constitué à plus de quarante pour cent de cotisations contestées" et, d'autre part, que certains dossiers qui allaient bénéficier de la position adoptée par la Cour de cassation « concernaient la grande fraude fiscale ». La mesure est donc justifiée par des circonstances particulières et exceptionnelles et elle est dictée par des motifs impérieux d'intérêt général. Eu égard à ces considérations, la Cour constitutionnelle rejette le recours en annulation dirigé contre la loi rétroactive.

3. La capacité pour le législateur de modifier la disposition afin de prendre le contre-pied d'une interprétation jurisprudentielle qu'il juge inopportune trouve cependant une limite *absolue*⁹⁴ lorsque l'interprétation retenue par les cours et tribunaux est justifiée par le souci d'assurer la compatibilité de la disposition législative en cause avec les règles qui lui sont hiérarchiquement supérieures. Tel fut le cas dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt n° 86/2002.

La jurisprudence de la Cour de cassation, antérieure à la modification apportée par la loi du 4 juillet 2001 au Code d'instruction criminelle, était fixée en ce sens que le prévenu ou l'accusé avait le droit d'utiliser, devant le juge du fond, des pièces purgées du dossier répressif par la chambre des mises en accusation en raison de leur nullité. Interpréter ces dispositions autrement aurait constitué, selon la Cour de cassation, une violation du principe général de droit relatif au respect des droits de la défense. Or, les articles 6 et 8 de la loi du 4 juillet 2001 prenaient le contre-pied de cette jurisprudence en prévoyant que les pièces du dossier répressif annulées ne

pouvaient être consultées ou utilisées au cours de la procédure pénale ultérieure. Ces articles firent l'objet d'un recours en annulation devant la Cour constitutionnelle.

Par son arrêt n° 86/2002, prononcé le 8 mai 2002, la Cour annule les dispositions attaquées en raison de leur contrariété avec les articles 10 et 11 de la Constitution, lus en combinaison avec l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. Selon le juge constitutionnel, « en décidant de manière absolue et générale que les pièces annulées par une juridiction d'instruction ne peuvent pas être consultées et ne peuvent pas être utilisées dans la procédure pénale, même lorsqu'elles contiennent des éléments qui peuvent être indispensables à la défense d'une partie, les dispositions attaquées portent une atteinte disproportionnée aux droits de la défense. Il eût été en effet possible de concilier [ces] objectifs avec les exigences du procès équitable en prévoyant qu'un juge apprécie dans quelle mesure le respect des droits de la défense exige qu'une partie puisse utiliser des pièces déclarées nulles, tout en veillant à ne pas léser les droits des autres parties » (B.6.2.).

Le raisonnement emprunté par le juge constitutionnel confirme, pour l'essentiel, l'interprétation donnée par la Cour de cassation à la disposition antérieure. Le respect dû aux droits de la défense s'oppose à une interdiction aussi absolue faite au prévenu ou à l'accusé d'utiliser, devant le juge du fond, les pièces purgées du dossier répressif.

B. L'hypothèse du recours en annulation dirigé contre une norme jugée inconstitutionnelle sur question préjudicielle

La Cour constitutionnelle peut également être saisie d'un recours en annulation contre une loi, un décret ou une ordonnance dans les six mois du prononcé de l'arrêt par lequel la Cour, statuant sur une question préjudicielle, a déclaré que cette loi, ce décret ou cette ordonnance était contraire à la Constitution ou aux règles répartitrices de compétences. Soit le constat d'inconstitutionnalité porte sur la disposition en tant que telle,

commandement en tant qu'acte interruptif de prescription, lorsque la dette n'est pas certaine et liquide. Au contraire, certaines décisions des juridictions de fond reconnaissent cet effet interruptif au commandement, indépendamment de sa validité en tant qu'acte d'exécution. En outre, par un arrêt du 28 octobre 1993, la Cour de cassation avait cassé un arrêt de la Cour d'appel de Liège parce que celle-ci n'avait pas répondu aux conclusions de l'Etat belge qui faisait valoir que le commandement avait « notamment pour but d'interrompre la prescription, conformément à l'article 194 de l'arrêté royal du Code des impôts sur les revenus [...] ».

⁹⁴ Que cette modification ait ou non une portée rétroactive.



soit il ne concerne que l'interprétation dans laquelle cette disposition a été présentée à la Cour constitutionnelle. Cette dernière éventualité ne fait pas obstacle à ce qu'un recours en annulation soit introduit contre la disposition en cause⁹⁵.

Quelle attitude la Cour constitutionnelle adoptera-t-elle dans l'examen du recours consécutif à la déclaration d'inconstitutionnalité d'une interprétation consolidée? L'arrêt n° 52/2006 fournit certains éléments de réponse.

Cet arrêt trouve son origine dans une question préjudicielle posée par le Tribunal de première instance de Liège et relative à la compatibilité avec les articles 10 et 11 de la Constitution de l'article 418 du C.I.R. 92, tel qu'il était applicable avant sa modification par la loi du 15 mars 1999. Le juge a quo interrogeait plus particulièrement la Cour sur la question de savoir si cette disposition violait le principe d'égalité et de non-discrimination dans l'interprétation suivant laquelle elle ne permettrait d'allouer des intérêts moratoires qu'aux seuls remboursements d'impôts, à l'exclusion des remboursements d'accroissements d'impôts.

Dans sa version applicable au litige pendant devant le juge de renvoi, l'article 418 du C.I.R. 92 disposait qu'en cas de restitution d'impôts, des intérêts moratoires étaient alloués au taux de 0,8 p.c. par mois civil. Or, selon une jurisprudence constante de la Cour de cassation, un accroissement d'impôt n'est pas un impôt au sens de l'article 418 du C.I.R. 92. Le remboursement d'un accroissement d'impôt ne pouvait donc donner lieu à l'allocation d'intérêts moratoires⁹⁶.

Dans son arrêt n° 85/2004, du 12 mai 2004, la Cour conclut que la différence de traitement créée par la disposition en cause, telle qu'interprétée par le juge *a quo*, entre le remboursement d'impôts, d'une part, et le remboursement des sanctions administratives que constituent les accroissements d'impôts, d'autre part, n'est pas raisonnablement justifiée. Interprété comme ne permettant pas d'allouer des intérêts moratoires en cas de remboursement d'accroissements d'impôts, l'article 418 viole donc les articles 10 et 11 de la Constitution.

Ni dans la motivation, ni dans le dispositif de son arrêt, la Cour n'envisage une interprétation conciliante de l'article 418 du C.I.R. Sans doute estime-t-elle que le texte de la loi s'y oppose. En effet, elle précise au B.4.1. de son arrêt que « quant à l'accroissement d'impôt, il

ressort *tant du texte* de l'article 444 du C.I.R. 1992 lui-même que des travaux préparatoires des dispositions législatives qui en sont à l'origine que le législateur a entendu établir une *sanction administrative* » et non un impôt. Dès lors que seul le remboursement d'impôts est visé par l'article 418 du C.I.R. 92, celui-ci ne peut être interprétée comme s'appliquant à des sanctions administratives, lesquelles ont une nature toute différente.

Peu de temps après le prononcé de cet arrêt, une société anonyme introduit un recours en annulation contre l'article 418, alinéa 1^{er}, du C.I.R. 92, tel qu'il était applicable avant sa modification par la loi du 15 mars 1999. Le 24 septembre 2003, le directeur des contributions avait en effet refusé définitivement d'attribuer à cette société des intérêts moratoires sur le remboursement des accroissements d'impôts que l'Etat avait irrégulièrement perçus. Grâce aux procédures de rétractation consécutives au prononcé d'un arrêt d'annulation, la société escomptait toutefois mettre à néant la décision désormais définitive du directeur des contributions.

Le 19 avril 2006, la Cour rend son arrêt en annulation. Elle y relève sans surprise que la différence de traitement critiquée par la partie requérante est dépourvue de caractère raisonnable et viole donc les articles 10 et 11 de la Constitution. Le juge constitutionnel ajoute néanmoins que « l'inconstitutionnalité constatée par la Cour dans son arrêt préjudiciel concerne la disposition en cause dans l'interprétation proposée par le juge *a quo*. En répondant à la question qui lui était posée, la Cour a considéré que l'interprétation de la disposition en cause qui lui était présentée rendait celle-ci incompatible avec les articles 10 et 11 de la Constitution. *Cette constatation laissait toutefois intacte la possibilité d'une autre interprétation de la norme qui la rende compatible avec les articles 10 et 11 de la Constitution.* Il se déduit en effet des termes du dispositif de l'arrêt n° 85/2004 que l'article 418 du C.I.R. 1992, avant sa modification par l'article 43 de la loi du 15 mars 1999 relative au contentieux fiscal, interprété comme permettant d'allouer des intérêts moratoires en cas de remboursement d'accroissements d'impôts, ne violait pas les articles 10 et 11 de la Constitution. Cette disposition a donc pu être appliquée, ultérieurement, pour autant qu'elle fût interprétée de la manière qui la rendait conforme à la Constitution »⁹⁷.

⁹⁵ Voy. C.A., 19 avril 2006, n° 52/2006, B.4.3., cité *supra*

⁹⁶ Cass., 8 janvier 1993, *Pas.*, 1993, I, p. 28 ; Cass., 29 septembre 1997, *Pas.*, 1997, I, p. 909 ; Cass., 26 mars 1998, *Pas.*, 1998, I, p. 400.

⁹⁷ C.A., 19 avril 2006, n° 52/2006, B.5.7.



La Cour constitutionnelle rejette, par conséquent, le recours en annulation, sous la réserve explicite que l'article 418 du C.I.R. 1992, avant sa modification par la loi du 15 mars 1999, soit interprété comme permettant l'allocation d'intérêts moratoires en cas de remboursement d'accroissement d'impôts. La Cour précise tout aussi explicitement « que cette interprétation est une question de droit tranchée par la Cour qui s'impose aux juridictions en vertu de l'article 9, § 2, de la loi spéciale du 6 janvier 1989. Par conséquent, les juridictions sont tenues d'appliquer cette disposition dans l'interprétation jugée compatible avec les articles 10 et 11 de la Constitution »⁹⁸.

Plusieurs enseignements peuvent être tirés de cet arrêt. D'une part, la seule circonstance que l'interprétation jugée inconstitutionnelle sur question préjudicielle soit une interprétation consolidée n'empêche pas la Cour constitutionnelle de proposer, dans le cadre du recours en annulation subséquent, une interprétation conciliante de la disposition entreprise. D'autre part, la Cour évite soigneusement d'annuler la disposition attaquée en tant qu'elle ne s'applique pas aux remboursements d'accroissements d'impôts. On peut s'interroger sur les raisons pour lesquelles le juge constitutionnel refuse, en l'espèce, d'appliquer une méthode d'annulation qu'il utilise régulièrement lors du contrôle de régularité d'une norme nouvellement adoptée⁹⁹.

Il est permis de penser que cette attitude jurisprudentielle se justifie précisément par le fait qu'en l'espèce, l'interprétation qu'aurait dû annuler la Cour avait servi de soutien à un très grand nombre de décisions de justice passées en force de chose jugée. En évitant de prononcer l'annulation de la disposition en ce qu'elle ne s'applique pas aux remboursements d'accroissements d'impôts, la Cour rend impossible la remise en cause de toutes ces décisions¹⁰⁰. En contrepartie, elle précise que l'interprétation conciliante qu'elle dégage et qui forme le soutien de son arrêt de rejet doit être respectée par toutes les juridictions dans les litiges pendants et à venir.

La volonté de privilégier, pour les raisons qui viennent d'être exposées, un arrêt de rejet par rapport à un arrêt d'annulation explique également l'apparition, dans

l'arrêt rendu sur le recours en annulation, d'une interprétation conciliante de la disposition attaquée – sur base de laquelle le recours est rejeté – alors que l'arrêt rendu sur question préjudicielle s'était abstenu d'en dégager une.

*
* *

Au terme de cette étude, l'impression exprimée dès l'introduction n'est pas fondamentalement démentie. Le droit vivant n'est pas une source formelle de droit. Sa place dans l'ordonnement juridique n'est pas appréhendée de manière systématique. Néanmoins, la Cour constitutionnelle n'est pas indifférente au « droit vivant » créé par l'œuvre jurisprudentielle.

Au contentieux préjudiciel, la Cour tient compte du « droit vivant » lorsqu'elle doit déterminer l'interprétation qui fera l'objet de son examen de constitutionnalité. En revanche, elle n'envisage pas de renoncer à sa faculté de fournir une interprétation conciliante de la disposition en cause lorsque l'interprétation jugée inconstitutionnelle est consolidée par la jurisprudence de la Cour de cassation ou du Conseil d'Etat. Au contentieux de l'annulation, le juge constitutionnel peut avoir recours à l'interprétation consolidée, tantôt pour asseoir la régularité des lois qui sont déferées à sa censure, tantôt pour se convaincre de leur inconstitutionnalité.

Nier l'existence d'un « droit vivant » reviendrait pour la Cour constitutionnelle à se condamner à vivre dans une tour d'ivoire, coupée des réalités jurisprudentielles qui donnent corps à des textes législatifs de plus en plus évanescents. La nécessité de tenir compte du sens donné par la jurisprudence à la loi ne peut toutefois aller jusqu'à contraindre le juge constitutionnel à s'inscrire définitivement dans les pas du pouvoir judiciaire. L'autonomie des concepts constitutionnels, tout comme la préservation de la sécurité juridique, justifient que la Cour constitutionnelle s'accorde, dans des cas déterminés, une certaine liberté par rapport au canevas interprétatif retenu par les cours et tribunaux, même s'il est validé par les plus hautes juridictions judiciaires ou administratives.

541

RECHTSLEER | DOCTRINE

⁹⁸ *Ibid.*, B.5.5.

⁹⁹ Voy. notamment C.A., 21 janvier 2004, n°7/2004 ; C.A., 15 septembre 2004, n° 147/2004 ; C.A., 28 juillet 2006, n° 123/2006.

¹⁰⁰ Il est vrai cependant que la Cour aurait pu annuler la disposition en ce qu'elle n'étendait pas son bénéfice aux remboursements de majorations d'impôt tout en maintenant les effets pour le passé, comme le lui autorise l'article 8 de la loi spéciale du 6 janvier 1989. Pour une application de cette technique, voy. C.A., 21 mars 2007, n° 49/2007.

