

L'ARTICLE 26 DE LA LOI SPÉCIALE
SUR LA COUR D'ARBITRAGE EST-IL VOUÉ
À UNE PERPÉTUELLE MUTATION?

PAR

CHRISTINE HOREVOETS

RÉFÉRENDAIRE À LA COUR CONSTITUTIONNELLE
ASSISTANTE AUX FACULTÉS UNIVERSITAIRES SAINT-LOUIS

La Cour constitutionnelle a-t-elle encore des secrets pour Francis Delpérée? L'on ne compte plus les publications qui ont été consacrées à la Haute juridiction et dont il fût l'auteur, le coordinateur ou encore l'initiateur. L'ouvrage que j'ai eu l'honneur de publier avec Pascal Boucquey, relatif aux aspects théoriques et pratiques du contentieux préjudiciel à la Cour (1), n'aurait sans doute jamais vu le jour si Francis Delpérée ne nous avait pas constamment soutenu dans nos démarches, rassuré dans nos doutes et éclairé de ses précieux conseils.

Le 25 janvier 2007, était déposée sur le bureau du Sénat, une proposition de loi spéciale modifiant l'article 26 de la loi spéciale sur la Cour d'arbitrage (2). L'on retrouve parmi ses auteurs (3), le professeur de droit constitutionnel de l'Université catholique de Louvain, cette fois revêtu de son habit d'écu de la Nation.

Il fut mon professeur, lorsque j'étais son étudiante et son assistante. Il fut le relecteur attentif de notre ouvrage avec Pascal Boucquey. Il fut membre du jury qui me permit d'accéder à la fonction de référendaire à la Cour d'arbitrage que j'occupe aujourd'hui. A maintes reprises mon travail s'est-il trouvé sous le feu de ses critiques, parfois sévères, mais toujours bienveillantes et justes.

(1) Ch. HOREVOETS et P. BOUCQUEY, *Les questions préjudicielles à la Cour d'arbitrage. Aspects théoriques et pratiques*, Bruxelles, Bruylant, 2001.

(2) *Doc. parl.*, Sénat, 2006-2007, n° 3-2042/1.

(3) La proposition a été déposée par Hugo VANDENBERGHE, Francis DELPÉRÉE, Clotilde NYSSENS et Luc VAN DEN BRANDE.

Qu'il me soit permis d'inverser cette fois les rôles... et de commenter, avec toute la modestie qui s'impose, son travail de parlementaire, en émettant quelques réflexions concernant la proposition déposée.

I. - LES GRANDS AXES DE LA PROPOSITION DE LOI SPÉCIALE

Il est proposé de compléter l'article 26 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage par le paragraphe qui suit :

«§4. Lorsqu'une partie soulève devant une juridiction qu'une loi, un décret ou une règle visée à l'article 134 de la Constitution viole un droit fondamental garanti de manière totalement ou partiellement analogue par une disposition du titre II de la Constitution ainsi que par une disposition conventionnelle, la juridiction est tenue, sauf dans les cas visés aux §§2 et 3 du présent article, de poser d'abord à la Cour d'arbitrage la question préjudicielle sur la compatibilité avec la disposition du titre II de la Constitution, à moins qu'elle n'estime que cette disposition n'est manifestement pas violée ou qu'un arrêt d'une juridiction internationale ou de la Cour d'arbitrage fait apparaître que la disposition de la convention ou de la Constitution est manifestement violée».

L'objectif poursuivi dans le cadre de la proposition est clairement exprimé autour des grands axes qui ont été dégagés à l'occasion d'un récent colloque consacré aux rapports entre la Cour d'arbitrage, le pouvoir judiciaire et le Conseil d'Etat (4). Il s'agit de régler l'ordre dans lequel s'opèrent les contrôles de constitutionnalité et de conventionalité des dispositions de nature législative en prévoyant que lorsqu'il y a concours de droits fondamentaux, garantis de manière totalement ou partiellement analogue par la Constitution et par une convention, la juridiction saisie pose d'abord la question préjudicielle relative à la conformité de la loi, du décret ou de l'ordonnance au titre II de la Constitution. *A contrario*, ce principe ne trouvera pas à s'appliquer lorsque le droit fondamental en question n'est pas garanti de manière analogue dans la Constitution et dans une disposition conventionnelle.

La proposition ne manque pas de rappeler qu'il n'est en aucun cas porté atteinte au principe selon lequel les cours et tribunaux

peuvent contrôler les lois, décrets et ordonnances au regard des conventions mais il s'agit d'inscrire une règle de priorité dans les contrôles afin de faire coexister le système de contrôle diffus de conventionalité avec le contrôle de constitutionnalité centralisé qui est exercé par la Cour constitutionnelle.

Tandis qu'est consacré le principe de la priorité du contrôle au regard de la Constitution sur le contrôle au regard de la convention, deux exceptions sont aménagées à cette règle. La Cour constitutionnelle ne devra pas être saisie d'une question préjudicielle lorsque le juge, fut-il la Cour de cassation ou le Conseil d'Etat, décide que la disposition constitutionnelle n'est manifestement pas violée, ou qu'un arrêt d'une juridiction internationale fait apparaître que la disposition conventionnelle est manifestement violée ou qu'il ressort d'un arrêt de la Cour d'arbitrage que la disposition constitutionnelle est manifestement violée.

Les auteurs de la proposition insistent sur le fait que le texte nouveau ne porte nullement atteinte aux principes qui régissent la portée des arrêts rendus par la Cour constitutionnelle, tant à l'égard du juge *a quo*, en vertu de l'article 28 de la loi spéciale, qu'à l'égard de tout juge saisi d'une question identique, en vertu de l'article 26, §2, alinéa 2, 2° de la loi spéciale.

II. - COMMENTAIRES CRITIQUES À PROPOS DE LA PROPOSITION DE LOI SPÉCIALE

A. - *En ce qui concerne l'ordre de priorité établi dans les contrôles*

La modification de la loi spéciale sur la Cour d'arbitrage, opérée le 9 mars 2003 (5), et avec elle la tentative échouée d'insérer un nouvel article 32bis dans la Constitution (6), n'a pas manqué de raviver le débat jusqu'alors relativement discret relatif au contrôle des lois au regard des droits fondamentaux, selon que ceux-ci sont consacrés par la Constitution ou par une convention internationale.

(4) A. ARTS, I. VEROGSTRAETE, 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, XX-394 p.

(5) Loi spéciale du 9 mars 2003 modifiant la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage, *Mon. b.*, 11 avril 2003.

(6) Cet article avait pour objet d'intégrer dans la Constitution l'ensemble de la Convention européenne des droits de l'homme et ses protocoles additionnels. Voy. *Doc. parl.*, Sénat, 2000-2001, n° 2-575/1; *Doc. parl.*, Sénat, 2002-2003, n° 2-897/6, p. 214.

Comme on le sait, la loi spéciale du 9 mars 2003 précitée a étendu de manière significative les attributions de la Cour constitutionnelle. Il n'est plus question, désormais, d'opérer le détour par les principes d'égalité et de non-discrimination pour assurer la protection des droits fondamentaux consacrés par le titre II de la Constitution puisque ceux-ci peuvent faire l'objet d'un contrôle direct par le juge constitutionnel (7).

D'une voix pour ainsi dire unanime (8), les commentateurs tant du projet que de la loi spéciale elle-même n'ont pas manqué de relever que pareille extension de compétence risquait de susciter un certain nombre de difficultés liées à la cohabitation entre le contrôle central du respect des droits fondamentaux exercé de manière accrue par la Cour constitutionnelle (9) et le contrôle diffus au regard des conventions internationales exercé par l'ensemble des juridictions et fondé sur la jurisprudence *Le Ski* de la Cour

de cassation (10). Ainsi quelle devrait être l'attitude du juge saisi d'un problème de conformité d'une loi, d'un décret ou d'une ordonnance à un droit fondamental consacré de manière analogue dans la Constitution et dans une Convention ? Devrait-il assurer la prééminence du contrôle centralisé attribué à la Cour constitutionnelle en saisissant celle-ci d'une question préjudicielle ou pourrait-il s'en dispenser par la confrontation directe de la norme de nature législative au droit international ?

Les arguments en faveur de l'une ou l'autre thèse ne manquent pas. Ceux qui défendent le maintien d'un contrôle diffus de conventionalité en faveur des cours et tribunaux n'hésitent pas à brandir le spectre du délai raisonnable pour justifier l'absence de détour par la Cour constitutionnelle (11). Il est également soutenu que la centralisation du contrôle de conventionalité constituerait un recul de l'effectivité des droits fondamentaux consacrés conventionnellement (12). L'incompétence de la Cour constitutionnelle à contrôler

(7) La Cour constitutionnelle avait attribué une portée générale aux articles 10 et 11 de la Constitution dans le célèbre arrêt *Biorim*, n° 23/89, du 13 octobre 1989 (*Mon. b.*, 8 novembre 1989; *J.T.*, 1990, p. 4, note D. LAGASSE; *R.R.D.*, 1989, pp. 619 et suiv. note X. DELGRANGE, «Quand la Cour d'arbitrage s'inspire de la Cour de Strasbourg»), considérant que les règles de l'égalité et de la non-discrimination s'appliquaient à l'égard de tous les droits et libertés qui sont conférés aux Belges par la Constitution. Elle avait, quelques mois plus tard, consacré le même principe lorsque les dispositions constitutionnelles précitées étaient lues en combinaison avec les dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme et du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (arrêt n° 18/90, du 23 mai 1990, *Mon. b.*, 27 juillet 1990).

(8) Voyez E. CLOOTS, «Samenloop van grondrechten. Is het einde van de 'guerre des juges' nabij?», *T.B.P.*, 2006/5, pp. 259 et suiv.; F. DELPÉREE, «Belgique. Table ronde. Justice constitutionnelle, justice ordinaire, justice supranationale : à qui revient la protection des droits fondamentaux en Europe?», *A.I.J.C.*, 2004, p. 176; S. DEPRÉ et V. OST, «La Cour d'arbitrage et les droits fondamentaux du titre II de la Constitution», in *La Cour d'arbitrage vingt ans après. Analyse des dernières réformes*, A. RASSON-ROLAND, D. RENDERS et M. VERDUSSEN (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 95 et suiv.; R. ERGEC, «Une Cour de plus en plus constitutionnelle : propos sur la loi spéciale du 9 mars 2003 sur la Cour d'arbitrage», *C.D.P.K.*, 2003, p. 626; P. POPELIER, «Het vernieuwde Arbitragehof: de Bijzondere Wet van 9 maart 2003 in de praktijk», *C.D.P.K.*, 2006, pp. 8 et suiv.; G. MAES, «De uitbreiding door het Arbitragehof van zijn referentienormen met alle verdragsrechtelijke grondrechtenbepalingen die België verbinderen», *R.W.*, 2004-2005, pp. 877-878; B. RENAULD, «La Cour d'arbitrage depuis 2003 : confirmation de compétences, nouveautés de procédures», in *La Cour d'arbitrage : un juge comme les autres?*, éd. Jeune barreau de Liège, 2004, p. 35; H. SIMONART et M. VERDUSSEN, «La réforme de la Cour d'arbitrage et la protection des droits fondamentaux», *R.B.D.C.*, 2000, p. 187; V. THIRY, J. VELAERS et G. ROSOUX, «Le contrôle des lois, décrets et ordonnances au regard du titre II de la Constitution et des conventions internationales relatives aux droits de l'homme, en cas de concours de droits fondamentaux», 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», *op. cit.*, p. 138; P. VANDEN HEEDÉ et G. GOEDERTIER, «Eindelijk een volwaardig Grondwettelijk Hof? Een commentaar op de Bijzondere Wet van 9 maart 2003 op het Arbitragehof», *T.B.P.*, 2003/7, pp. 465 et suiv.; J. VELAERS, «Het Arbitragehof 'derde fase' : de bijzondere wet van 9 maart 2003», *R.W.*, 2003-2004, pp. 1406 et suiv.; *id.*, «Samenloop van grondrechten : het Arbitragehof, titel II van de Grondwet en de internationale mensenrechtenverdragen», *T.B.P.*, 2005/4-5, pp. 316 et suiv.

(9) ... en vertu de l'article 142 de la Constitution.

(10) Arrêt du 27 mai 1971, *Pas.*, 1971, I, p. 886. Le principe de la primauté sur les normes juridiques internes, des normes des traités internationaux ayant des effets directs dans l'ordre juridique national a été qualifié de principe général de droit constitutionnel. Dans ce sens, voyez les déclarations de Jacques Velu lors des discussions parlementaires qui ont précédé l'adoption de la loi du 9 mars 2003 (*Doc. Parl. Sénat*, 2002-2003, n° 2-897/6, p. 33). Dans le même sens, H. Simonart qui déduit une consécration constitutionnelle de la jurisprudence *Le Ski* du fait qu'il est ressorti des discussions parlementaires en 1988 que l'extension de compétences de la Cour d'arbitrage aux articles 10, 11 et 24 de la Constitution d'abord et aux autres articles de la Constitution ensuite ne pouvait porter atteinte à la compétence des juges de refuser d'appliquer un acte législatif qui serait contraire au droit international. (*Doc. parl.*, Sénat, 2002-2003, n° 2-897/6, p. 71). Dans le même sens également : P. MARCHAL, *Doc. parl.*, Sénat, 2002-2003, n° 2-897/6, p. 82; J. DU JARDIN, *idem*, p. 83; J. VELAERS (*idem*, p. 103) soutenu par le vice-premier ministre (*idem*, p. 150); M. MELCHIOR (*idem*, p. 171).

La section de législation du Conseil d'Etat elle-même a reconnu l'existence de ce principe dans son avis relatif au projet de loi spéciale (*Doc. parl.*, Sénat, 2000-2001, n° 2-897/1, p. 21).

Pierre Vandernoot de rappeler, toutefois, à l'occasion des mêmes discussions, qu'en 1970, un article 107bis visant à affirmer ce principe dans la Constitution n'a jamais été adopté et de poser la question de savoir si l'on pouvait déduire un principe constitutionnel là où précisément le constituant s'était abstenu (*idem*, p. 55).

Dans le même sens, Sébastien Vandrooghenbroeck indique que l'existence d'un principe général de droit constitutionnel ne s'impose pas avec évidence, soulignant que l'arrêt *Le Ski* n'a pas entendu tirer le principe de la hiérarchie du droit international sur la loi nationale de la Constitution, mais bien davantage de la nature même du droit international. («Pour une mise à jour du droit constitutionnel belge des libertés publiques et des droits de l'homme. Réflexions au départ de l'article 22bis de la Constitution garantissant le droit de l'enfant à l'intégrité morale, physique, psychique et sexuelle», *A.P.T.*, 2001, p. 146).

(11) S. VANDROOGHENBROECK, *idem. Contra* : F. MEERSCHAUT, («De ondraaglijke verhouding tussen het Hof van Cassatie en het Arbitragehof», *T.B.P.*, 2005/1, p. 51) qui souligne qu'*in concreto* le terme de douze mois dans lequel la Cour est tenue de rendre ses arrêts ne pourrait entraîner le caractère déraisonnable du délai dans lequel intervient la décision au fond.

(12) Fr. TULKENS et S. VAN DROOGHENBROECK, «La Cour de cassation et la Cour européenne des droits de l'homme. Les voies de la banalisation», in X., *Imperat lex - Liber Amicorum Pierre Marchal*, Gand, Larcier, 2003, pp. 132-133.

des cas singuliers et contextualisés, alors que ce contrôle est opéré par la Cour européenne des droits de l'homme est encore avancé (13). L'arrêt *Simmenthal*, rendu par la Cour de justice de l'Union européenne s'opposerait également à l'idée d'un contrôle de conventionalité centralisé (14).

En revanche, l'établissement d'un contrôle centralisé favoriserait l'uniformité de l'interprétation des textes qui consacrent les droits fondamentaux et, partant, leur application, ce qui serait de nature à renforcer la sécurité juridique (15).

Jusqu'il y a peu, la pratique démontrait la tendance généralisée, tant en ce qui concerne les juridictions de fond, qu'en ce qui concerne les juridictions de dernier ressort, de saisir en priorité la Cour constitutionnelle lorsqu'était en cause un droit fondamental consacré conjointement par la Constitution et une Convention (16). La Cour de cassation se montrait toutefois de plus en plus frileuse au mécanisme, privilégiant le contrôle direct de conventionalité dans l'hypothèse d'un concours indirect de droits fondamentaux (17).

(13) *Idem*, pp. 132-133.

(14) Arrêt du 9 mars 1998, aff. 106/77, *Rec.*, p. 629. Selon la Cour, serait incompatible avec les exigences inhérentes à la nature même du droit communautaire toute disposition d'un ordre juridique ou d'une pratique nationale qui aurait pour effet de diminuer l'efficacité du droit communautaire par le fait de refuser au juge compétent le pouvoir de faire tout ce qui est nécessaire pour écarter les dispositions législatives nationales formant éventuellement obstacle à la pleine efficacité du droit communautaire. A ce sujet, voyez R. ERGEC, *op. cit.*, pp. 626-627.

(15) Cet objectif a clairement été exprimé par le législateur dans les travaux préparatoires de la loi spéciale du 9 mars 2003 : *Doc. parl.*, Sénat, 2000-2001, n° 2-897/1, p. 2. Dans ce sens, l'opinion émise par le deuxième groupe de travail à l'occasion du symposium du 21 octobre 2005 (V. THIRY, J. VELAERS et G. ROSOUX, *op. cit.*, p. 143) qui plaide toutefois pour le maintien d'une coexistence « organisée » des deux systèmes de contrôle. Voyez également : E. CLOOTS, « Samenloop van grondrechten. Is het einde van de 'guerre des juges' nabij? », *op. cit.*, p. 267 ; J. THEUNIS et A. VANDAELE, « De (geplande) wijzigingen inzake de bevoegdheid en de werking van het Arbitragehof », in ALEN, A., (ed.), *De vijfde staatshervorming van 2001*, Brugge, Die Keure, 2002, pp. 290 et suiv. ; P. POPELIER, « Het vernieuwde Arbitragehof : de Bijzondere Wet van 9 maart 2003 in de praktijk », *op. cit.*, p. 4.

(16) P. VANDERNOOT, « Le mécanisme préjudiciel devant la Cour d'arbitrage : forces et faiblesses », *Rev. dr. U.L.B.*, 2002, p. 80 ; V. THIRY, J. VELAERS et G. ROSOUX, *op. cit.*, pp. 128 et suiv.

(17) Ainsi la Cour de cassation a-t-elle à maintes reprises refusé de poser une question préjudicielle à la Cour d'arbitrage lorsqu'était invoquée la violation des articles 10 et 11 de la Constitution, lus en combinaison avec une disposition de droit international à effet direct consacrant un autre droit fondamental, procédant elle-même au contrôle de conventionalité pour évaluer, ensuite, s'il y avait encore lieu de saisir le Juge constitutionnel. Sur cette jurisprudence, voyez V. THIRY, J. VELAERS et G. ROSOUX, *op. cit.*, pp. 130 et suiv. Pour un exemple récent de cette tendance jurisprudentielle, voyez l'arrêt rendu le 27 mars 2007 (n° P.07.0031.F) dans lequel la Cour de cassation a refusé de poser plusieurs questions préjudicielles, dont l'une pour le motif que « dès lors que le Pacte (international relatif aux droits civils et politiques) et la Convention (de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales) (...) consacrent le principe de la légalité en matière pénale et que la Constitution n'en élargit pas la portée, le contrôle de constitutionnalité sollicité par les parties civiles est dénué d'objet ».

Deux arrêts prononcés par la Cour de cassation après la réforme du 9 mars 2003 auront sans doute suscité les plus vives inquiétudes et relancé le débat sur la nécessité d'instaurer une règle de coexistence entre le contrôle diffus et le contrôle centralisé des droits fondamentaux. En effet, par arrêts du 9 novembre 2004 (18) et du 16 novembre 2004 (19), la Cour de cassation a refusé de saisir la Cour constitutionnelle d'une question préjudicielle au motif que la Convention européenne des droits de l'homme primait la Constitution et qu'il appartenait en premier lieu au juge d'interpréter et d'appliquer la Convention.

Le « détournement de procédure » (20) dont certains avaient pu manifester la crainte dans l'hypothèse de la coexistence d'un contrôle diffus et centralisé des droits fondamentaux se trouvait ici réalisé.

Quant au Conseil d'Etat, par un arrêt n° 104.653, du 13 mars 2002, prononcé en assemblée générale, il a jugé : « que la circonstance que la règle de l'égalité est également consacrée par les dispositions du droit international ne peut avoir pour effet de porter atteinte au monopole légal qui est accordé à la Cour d'arbitrage sur le plan du droit interne ; que par conséquent, le Conseil d'Etat ne saurait trouver dans la seule circonstance que le principe de l'égalité est également consacré par une règle de droit international à effet direct, un motif pour examiner de sa propre autorité l'inégalité alléguée, et, le cas échéant, pour écarter l'application d'une norme législative ». (18) *T.B.P.*, 2005, pp. 43 et suiv., note F. MEERSCHAUT, « De ondraaglijke verhouding tussen het Hof van Cassatie en het Arbitragehof ».

(19) Cass. (2° ch.) RG P.04.0644.N, 16 novembre 2004, *C.D.P.K.*, 2005, liv. 3, 610, note VANDAELE, A. ; *Juristenkrant*, 2004 (reflet SCHUERMANS, F.), liv. 99, 7 ; *Pas.*, 2004, liv. 11, 1795, concl. M.P. ; *R.W.*, 2005-2006, liv. 10, 387 et <http://www.rwe.be> (14 novembre 2005), note POPELIER, P. ; *RABG*, 2005, liv. 6, 504, avis DUINSLAEGER, P. ; *T. Strafr.*, 2005, liv. 6, 285, note VERSTRAETEN, R., DE DECKER, S. ; *Vigiles* (F), 2004 (abrégé), liv. 5, 166, note SCHUERMANS, F.

(20) ... pour reprendre les termes du Président de la Cour constitutionnelle Michel MELCHIOR : *Doc. parl.*, Sénat, 2002-2003, n° 2-897/6, p. 183. Dans le même sens : Pierre VANDERNOOT : « Il est généralement admis, malgré quelques cas rares de pratiques juridictionnelles en sens contraire, que l'option prise par le Constituant par l'adoption de l'article 142 de la Constitution, consistant à centraliser le contrôle de la constitutionnalité des lois, des décrets et des ordonnances entre les mains de la Cour d'arbitrage, serait détournée si les juridictions pouvaient, de leur côté, exercer un contrôle identique sur la base d'une disposition de droit international ayant une portée normative comparable à celle qui trouve sa source dans la Constitution » (*Doc. parl.*, Sénat, 2002-2003, n° 2-897/6, p. 61) ; S. DEPRÉ et V. OST, « La Cour d'arbitrage et les droits fondamentaux du titre II de la Constitution », *op. cit.*, p. 96 ; P. POPELIER, « Het vernieuwde Arbitragehof : de Bijzondere Wet van 9 maart 2003 in de praktijk », *op. cit.*, p. 11 ; J. THEUNIS, « Het Arbitragehof. Bevoegdheidsuitbreiding en andere wijzigingen ingevolge de bijzondere wet van 9 maart 2003 », *NjW*, 2003, p. 957 ; P. VANDEN HEEDÉ et G. GOEDERTIER, *op. cit.*, p. 465. Francis Delpérée indique que le contrôle de conventionalité permet aux juges de « bypasser » le contrôle de la Cour constitutionnelle (« Belgique. Table ronde : Justice constitutionnelle, justice ordinaire, justice supranationale : à qui revient la protection des droits fondamentaux en Europe? », *op. cit.*, p. 176). C'est également l'opinion émise par certains membres du premier groupe de travail réuni à l'occasion du symposium du 21 octobre 2005, sous la direction d'I. VEROUGSTRÆTE, P. MARTENS et B. RENAULD, « L'interprétation et la qualification de la norme de contrôle et de la norme contrôlée », in A. ARTS, I. VEROUGSTRÆTE, 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*, *op. cit.*, p. 20.

Ces deux arrêts ont fait l'objet de vives critiques en doctrine, celle-ci considérant qu'en refusant de saisir la Cour d'arbitrage dans les hypothèses visées, ces arrêts contrevenaient de manière flagrante à la compétence exclusive du contrôle de constitutionnalité des lois reconnu par l'article 142 de la Constitution en faveur de la Cour d'arbitrage (21). Le débat est lancé...

Et Francis Delpérée de rappeler, sur ce point, avec force à ceux qui brandiraient l'arrêt *Le Ski* pour s'opposer à un aménagement, que «la Belgique est en droit d'organiser la justice, dans ses divers compartiments, comme elle le veut. Le droit international est le premier à lui reconnaître une autonomie organisationnelle et procédurale en ce domaine. L'option d'un contrôle centralisé et le refus d'un contrôle diffus font partie de ces choix politiques auxquels il doit être permis de procéder librement dans un Etat de droit» (22).

L'on ne peut que se réjouir, sur ce point, de la proposition déposée au Sénat le 25 janvier 2007. En effet, tout en laissant subsister, en faveur de l'ensemble des juridictions, la compétence de contrôler la conformité des dispositions de nature législative par rapport aux dispositions internationales qui produisent des effets directs dans l'ordre juridique interne, se montrant de la sorte respectueuse de la jurisprudence *Le Ski*, la proposition rappelle, conformément à la volonté du Constituant et du législateur spécial (23), que la Cour constitutionnelle doit conserver le monopole du contrôle de la constitutionnalité des lois. A ce titre, priorité doit être donnée au renvoi préjudiciel lorsque pareille question est soulevée devant le juge, même dans l'hypothèse d'une combinaison de la disposition constitutionnelle consacrant un droit fondamental avec une disposition conventionnelle consacrant un droit analogue.

Du point de vue des droits protégés, la jurisprudence de la Cour témoigne du souci constant d'une harmonie entre les textes constitutionnels et conventionnels. C'est ainsi qu'elle considère que «lorsqu'une disposition conventionnelle liant la Belgique a une portée analogue à une ou plusieurs des dispositions constitutionnelles

(21) F. MEERSCHAUT, «De ondraaglijke verhouding tussen het Hof van Cassatie en het Arbitragehof», *op. cit.*, p. 51; P. POPELIER, «Wie is de hoeder van onze grondrechten?», *R.W.*, 2005-2006, pp. 388-389.

(22) F. DELPÉRÉE, «Autour d'un sanctuaire», in X., *Mélanges Jacques Van Compernelle*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 179.

(23) B. RENAULD, «La Cour d'arbitrage depuis 2003 : confirmation de compétences, nouveautés de procédure», *op. cit.*, p. 36.

précitées, les garanties consacrées par cette disposition conventionnelle constituent un ensemble indissociable avec les garanties inscrites dans les dispositions constitutionnelles en cause. Par ailleurs, la violation d'un droit fondamental constitue *ipso facto* une violation du principe d'égalité et de non-discrimination. Il s'ensuit que, lorsqu'est alléguée la violation d'une disposition du titre II ou des articles 170, 172 ou 191 de la Constitution, la Cour tient compte, dans son examen, des dispositions de droit international qui garantissent des droits ou libertés analogues» (24). La Cour constitutionnelle n'hésite pas, en outre, à se laisser guider par les décisions des juridictions internationales relatives aux droits fondamentaux consacrés par les traités, pour interpréter ceux que consacre la Constitution (25), de sorte que le risque de voir se développer des jurisprudences divergentes de celles des autres juridictions, relatives au contenu des droits fondamentaux, s'en trouve amoindri.

(24) Le premier arrêt rendu dans ce sens est l'arrêt n° 136/2004, du 22 juillet 2004, *Amén.*, 2005, p. 72; *Mon. b.*, 19 octobre 2004; *Juristenkrant*, 2004 (reflet JUDO, F.), p. 1; *NjW*, 2004, liv. 90, p. 1274, note LUST, S.; *C.D.P.K.*, 2004, liv. 3, p. 403, note; *C.D.P.K.* 2004, liv. 3, 403, note; *R.W.* 2004-05, liv. 15, p. 582, note; *T.B.P.*, 2005, p. 551. Cette jurisprudence a depuis lors été confirmée à maintes reprises. Voyez les arrêts 158/2004, du 20 octobre 2004; 162/2004, du 20 octobre 2004; 202/2004, du 21 décembre 2004; 16/2005, du 19 janvier 2005; 48/2005, du 1^{er} mars 2005; 87/2005, du 4 mai 2005; 101/2005, du 1^{er} juin 2005; 109/2005, du 22 juin 2005; 147/2005, du 28 septembre 2005; 156/2005, du 20 octobre 2005; 189/2005, du 14 décembre 2005; 199/2005, du 21 décembre 2005; 27/2006, du 1^{er} mars 2006; 71/2006, du 10 mai 2006; 91/2006, du 7 juin 2006 et 98/2006, du 14 juin 2006.

(25) P. POPELIER, «Wie is de hoeder van onze grondrechten?», *op. cit.*, pp. 388-389; F. TULKENS, «La loi du 9 mars 2003 modifiant la loi sur la Cour d'arbitrage : changement de fond ou amélioration de façade?», *op. cit.*, p. 256; P. VANDERNOOT, «Le mécanisme préjudiciel devant la Cour d'arbitrage : forces et faiblesses», *op. cit.*, p. 80; M. VERDUSSEN, «La convention européenne des droits de l'homme et le juge constitutionnel», in VELU, J., ERGEC, R., VERDUSSEN, M., e.a., *La mise en œuvre interne de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Editions du Jeune Barreau de Bruxelles, 1994, pp. 17-62; I. VEROUSTRATE, P. MARTENS et B. RENAULD, *op. cit.*, p. 41. Pour une étude très approfondie de cette jurisprudence et de l'interprétation des droits fondamentaux du titre II de la Constitution à la lumière des conventions internationales, voyez : E. CLOOTS, «Samenloop van grondrechten. Is het einde van de 'guerre des juges' nabij?», *op. cit.*, pp. 259-272; J. THEUNIS, «De toetsing door het Arbitragehof aan de grondrechten», in ALEN, A. & LEMMENS, P., (eds.), *Staatsrecht*, Themis. School voor postacademische juridische vorming, Brugge, Die Keure, 2006, pp. 27-46, *id.* «Limitation des droits fondamentaux en Belgique. La jurisprudence de la Cour d'arbitrage. Rapport de la Cour constitutionnelle belge pour la XIII^e Conférence des Cours constitutionnelles européennes à Nicosie (15-19 mai 2005)», *C.D.P.K.*, 2005, pp. 704 et suiv.; J. VELAERS, «Samenloop van grondrechten : het Arbitragehof, titel II van de Grondwet en de internationale mensenrechtenverdragen», *T.B.P.*, 2005/4, pp. 297-318. Plus particulièrement sur les articles 22 et 23 de la Constitution, voyez E. BREMS, «De nieuwe grondrechten in de Belgische Grondwet en hun verhouding tot het Internationaal, inzonderheid het Europees Recht», *T.B.P.*, 1995, pp. 619-636.

B. – *En ce qui concerne les nouvelles exceptions à l'obligation de renvoi préjudiciel*

Soucieux de ne pas ralentir inutilement le déroulement des procédures, les auteurs de la proposition de loi spéciale examinée aménagent deux nouveaux motifs de dispense de renvoi préjudiciel, communs à l'ensemble des juridictions, qu'elles soient de fond ou de dernier ressort. Ils précisent toutefois d'emblée que ces exceptions ne trouveront à s'appliquer que lorsqu'il est allégué qu'une norme législative viole un droit fondamental garanti de manière totale ou partiellement analogue par la Constitution et la Convention (26).

Le premier motif pour lequel le juge serait dispensé de saisir la Cour constitutionnelle d'une question préjudicielle serait l'hypothèse dans laquelle il constate la non-violation manifeste d'un droit fondamental inscrit au titre II de la Constitution. A juste titre, les auteurs de la proposition constatent que la «théorie de l'acte clair» (27) est déjà contenue dans l'article 26, §2, alinéa 3 de la loi spéciale sur la Cour d'arbitrage. Mais cette disposition valait, jusqu'alors, uniquement pour les juridictions inférieures (dont les décisions sont susceptibles, selon le cas, d'appel, d'opposition, de pourvoi en cassation ou de recours en annulation auprès du Conseil d'Etat). Il est donc prévu que dans le cas visé par le nouveau paragraphe 4 de l'article 26, l'exception s'appliquera également aux juridictions supérieures.

Il en résulte que c'est dans la seule hypothèse où le moyen invoque la violation combinée d'un droit fondamental contenu dans la Constitution et dans une convention que la Cour de cassation et le Conseil d'Etat seront dispensés de saisir la juridiction constitutionnelle au contentieux préjudiciel.

(26) *Doc. parl.*, Sénat, 2006-2007, n° 3-2042/1, p. 7.

(27) Cette théorie est également appliquée sur le plan européen : Dans un arrêt du 6 octobre 1982 (*Cilfit*, aff. n° 283/81, *Rec.*, 1982, p. 3415), la Cour de justice des communautés européennes a également fait application de la théorie de l'acte clair. Elle en a conclu que le juge pouvait contourner le mécanisme préjudiciel lorsque l'application correcte du droit communautaire s'impose avec une telle évidence qu'elle ne laisse place à aucun doute raisonnable. A ce sujet, voyez M. LAGRANGE, «Note sous C.J.C.E., *CILFIT*, du 6 octobre 1982», *Rev. trim. dr. eur.*, 1983, pp. 159 et suiv.; K. LENAERTS, «La modulation de l'obligation de renvoi préjudiciel», *C.D.E.*, 1983, pp. 471 et suiv.; J.-C. MASCOLET, «Vers la fin d'une controverse ? La Cour de justice tempère l'obligation de renvoi préjudiciel en interprétation faite aux juridictions suprêmes» (art. 177, al. 3, C.E.E.), *Rev. Marché commun*, 1983, pp. 363 et suiv.

La doctrine s'est montrée divisée à l'occasion de la réforme de la loi spéciale sur la Cour d'arbitrage entreprise en 2003, sur la question de l'application partielle de la théorie de l'acte clair par les juridictions dont les décisions ne sont pas susceptibles de recours. D'aucuns y voyaient le moyen d'éviter les retards inutiles dans la procédure que pouvait entraîner un détour par la Cour (28). Nous ne partageons pas cette opinion (29). Il ressort, en effet, de la jurisprudence que l'application de cette théorie par les juridictions de fond suscite un certain nombre de difficultés. Celles-ci font fréquemment usage des critères développés par la Cour constitutionnelle dans sa jurisprudence pour conclure au caractère manifestement constitutionnel de la disposition de nature législative (30). Lorsqu'elles procèdent, de la sorte, à un contrôle approfondi de constitutionnalité, est-il encore permis de qualifier de manifeste la compatibilité de la norme avec la Constitution (31) ? La circonstance que les juridictions suprêmes ne sont pas dispensées d'un renvoi préjudiciel ne permet-il pas de garantir à la Cour constitutionnelle le pouvoir du dernier mot dans le cadre du contrôle centralisé de constitutionnalité pour lequel le Constituant et le législateur spécial ont opté (32) ?

Est-il en outre opportun de n'admettre, si cela devait être le cas, l'application de la théorie de l'acte clair par les juridictions suprêmes que dans la seule hypothèse où serait alléguée la violation combinée de la Constitution et de la Convention ? N'est-ce pas faire là deux poids deux mesures à l'égard de la Cour de cassation et du Conseil d'Etat ? La confiance qui leur est témoignée en leur permet-

(28) Dans ce sens : H. SIMONART, «Les aspérités d'un contrôle de constitutionnalité polymorphe», in A. ARTS, I. VEROUSTRATE, 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», *op. cit.*, p. 391; J. VELAERS, «Samenloop van grondrechten : het Arbitragehof, titel II van de Grondwet en de internationale mensenrechtenverdragen», *op. cit.*, p. 317.

(29) Dans le même sens : R. ERGEC, *op. cit.*, p. 631; P. VANDERNOOT, «Le mécanisme préjudiciel devant la Cour d'arbitrage : forces et faiblesses», *op. cit.*, pp. 36-37.

(30) Sur cette jurisprudence, voyez Ch. HOREVOETS et P. BOUCQUEY, *op. cit.*, pp. 86 et suiv.; Ch. HOREVOETS, «Les modifications relatives au contentieux préjudiciel à la Cour d'arbitrage», in *La Cour d'arbitrage vingt ans après. Analyse des dernières réformes*, *op. cit.*, pp. 292 et suiv.

(31) Dans ce sens, M.-F. RIGAUX, «Les limites du contrôle de constitutionnalité par les juridictions», note sous Mons, 2 novembre 1989, *J.L.M.B.*, 1990, p. 211; dans ce sens également P. VANDERNOOT, «La Cour d'arbitrage et l'interprétation des normes soumises à son contrôle», in *Présence du droit public et des droits l'homme. Mélanges offerts à J. Velu*, Bruxelles, Bruylant, 1992, pp. 357 et suiv.

(32) A. ALLEN et Fr. MEERSCHAUT, *De prejudiciële vraagstelling aan het Arbitragehof*, Antwerpen, Maklu, 2004, p. 58.

tant de constater le caractère manifestement constitutionnel d'une norme ne devient-elle pas finalement conditionnée par la manière dont le justiciable aura décidé d'articuler son moyen ?

En effet, comme le relève Henri Simonart (33), quatre attitudes peuvent, être adoptées par le justiciable. La première voie consisterait à invoquer uniquement la violation d'une règle de droit international. Dans une telle hypothèse, seule la jurisprudence *Le Ski* devrait en principe trouver à s'appliquer. Une autre attitude consisterait à invoquer à titre principal la violation de la Constitution et à titre subsidiaire, celle d'une règle de droit international ou, à l'inverse, à invoquer en priorité la violation d'une règle de droit international et, à titre subsidiaire, celle de la Constitution. Enfin, le justiciable pourrait encore invoquer la violation combinée de la Constitution et d'une convention.

Pourquoi devrait-on admettre l'aptitude de la Cour de cassation et du Conseil d'Etat à conclure au caractère manifestement constitutionnel d'une norme de nature législative par cela seul que le moyen invoqué est articulé également autour de la violation d'une règle de droit international alors que cette aptitude serait déniée aux deux juridictions suprêmes dans l'hypothèse où seule est alléguée la violation de la Constitution ?

Un second motif pour lequel le juge serait dispensé de saisir la Cour d'arbitrage d'une question préjudicielle d'après la proposition de loi spéciale serait l'hypothèse dans laquelle le juge constate la violation manifeste d'une convention ou de la Constitution tel que cela ressort d'un arrêt d'une juridiction internationale dans le premier cas, et d'un arrêt du juge constitutionnel dans le second.

Comme l'a très justement souligné Elke Cloots (34), l'on aurait pu s'interroger sur la raison pour laquelle les deux juridictions suprêmes ne sont pas dispensées, d'après la proposition, de l'obligation de poser une question préjudicielle lorsqu'elles constatent que la norme législative en cause ne viole manifestement pas la disposition de droit international invoquée, tandis qu'elles sont dispensées de pareil renvoi dans l'hypothèse d'une violation manifeste. La raison est simple, selon l'auteur : le constat de la non-violation manifeste

d'une disposition conventionnelle ne donne pas *ispo facto* à la norme contrôlée un brevet de constitutionnalité. En revanche, lorsque la violation d'une règle internationale est constatée, l'application de la norme est écartée. Un renvoi préjudiciel relatif à son éventuelle inconstitutionnalité ne présente encore, dans ce cas, que peu d'utilité.

Cette nouvelle exception au renvoi préjudiciel proposée en faveur de l'ensemble des juridictions, y compris celles de dernier ressort, appelle quelques réflexions.

L'on peut s'interroger sur l'utilité réelle de prévoir dans un paragraphe nouveau de l'article 26 de la loi spéciale, une exception à l'obligation de principe de saisir la Cour constitutionnelle dans l'hypothèse de la violation manifeste de la Constitution qui ressort d'un arrêt de la Cour. En effet, cette hypothèse n'est-elle pas déjà contenue dans le paragraphe 2, 2° de la disposition précitée ? Celui-ci prévoit que les juridictions ne sont pas tenues de saisir la Cour constitutionnelle d'une nouvelle question préjudicielle lorsque la Cour a rendu un arrêt qui porte sur une question identique. L'on sait que l'exigence de l'identité de la question tranchée a été introduite par la loi spéciale du 9 mars 2003 afin d'éviter que le Conseil d'Etat et la Cour de cassation ne jouent sur l'interprétation d'un arrêt déjà rendu pour éviter d'interroger la Cour constitutionnelle (35). Cela n'aura pas empêché que des problèmes surgissent quant à la portée des arrêts rendus par le juge constitutionnel et l'application qu'en ont fait les hautes juridictions (36).

Deux interprétations peuvent être conférées au nouveau paragraphe 4 de l'article 26 de la loi spéciale. Les auteurs de la proposition ont pu avoir pour objectif de dispenser l'ensemble des juridictions d'un renvoi préjudiciel dans l'hypothèse où la Cour constitutionnelle a constaté la violation de la Constitution par la disposition législative en cause, sans pour autant que la question soumise au juge soit identique. Dans ce cas, l'exception à l'obligation de renvoi se trouve assouplie par rapport à celle introduite par la réforme de 2003, en

(33) H. SIMONART, «Les aspérités d'un contrôle de constitutionnalité polymorphe», *op. cit.*, pp. 392-393.

(34) «Samenloop van grondrechten. Is het einde van de 'guerre des juges' nabij?», *op. cit.*, p. 271.

(35) *Doc. parl.*, Sénat, 2002-2003, n° 2-897/6, pp. 229-230. Voyez à ce sujet J.-Th. DEBRY, «Les questions préjudicielles après la loi spéciale du 9 mars 2003», in *La Cour d'arbitrage : un juge comme les autres?*, *op. cit.*, pp. 73 à 75.

(36) A ce sujet, voyez Ch. HOREVOETS, «Les modifications relatives au contentieux préjudiciel à la Cour d'arbitrage», *op. cit.*, pp. 261 et suiv.

contradiction avec la volonté clairement exprimée par le législateur spécial qui en fut l'initiateur.

L'on pourrait également penser que les auteurs de la proposition de loi spéciale du 25 janvier 2007 ont eu à l'esprit cette exigence d'identité de la question préjudicielle pour autoriser les juridictions à se dispenser d'un renvoi. Dans ce cas, pareil ajout au paragraphe 4 de l'article 26 pêche par défaut d'utilité et nuit à la clarté du texte d'une disposition déjà bien complexe.

La nouveauté se situe en réalité ailleurs. Il s'agit de l'hypothèse d'un arrêt antérieur rendu par une juridiction internationale et qui constate la violation manifeste d'une disposition conventionnelle. Ici encore se posera la question de la marge d'appréciation dont disposent les juridictions en ce qui concerne l'identité entre la question tranchée par le juge international et celle soulevée devant le juge national.

L'on relèvera encore que si l'exception nouvellement aménagée a le mérite d'éviter un détour par le juge constitutionnel pour écarter l'application de la norme législative invalidée, elle prive la Cour constitutionnelle de se prononcer au contentieux préjudiciel sur la validité de la norme et empêche, par conséquent, la réouverture du délai d'annulation en faveur des particuliers, prévue à l'article 4, alinéa 2 de la loi spéciale (37). C'est ainsi que le juge qui écarte l'application de la norme en raison de son inconstitutionnalité ou son absence de conformité à une convention, laissera subsister cette norme dans l'ordonnement juridique.



Quel bilan tirer de cette proposition de nouvelle réforme de l'article 26 de la loi spéciale sur la Cour d'arbitrage? Il est, selon nous, mitigé...

Il réjouit par la tentative de conciliation qu'il tend à opérer entre le contrôle centralisé de constitutionnalité et le contrôle diffus de conventionnalité, en laissant cohabiter ces deux systèmes de contrôle tout en aménageant des ordres de priorité.

(37) A ce sujet, voyez Ch. HOREVOETS, «La jurisprudence constitutionnelle deviendrait-elle source de précédent?», in *Liber amicorum Paul Martens, L'humanisme dans la résolution des conflits. Utopie ou réalité?*, Bruxelles, De Boeck & Larcier, 2007, pp. 765 et suiv., et spéc. pp. 771-772.

Il réjouit également par l'espoir qu'un *modus vivendi*, pour reprendre l'expression du Professeur Velaers (38), demeure entre les trois Hautes juridictions du Royaume. En effet, les auteurs de la proposition ne s'en cachent pas : celle-ci s'inspire largement de dialogues et de réflexions menées à l'occasion du symposium réunissant, voici un peu plus d'un an, les représentants de la Cour de cassation, du Conseil d'Etat et de la Cour constitutionnelle.

La proposition laisse toutefois planer un sentiment de perplexité...

Perplexité eu égard à la complexité croissante qui caractérise la législation consacrée aux questions préjudicielles. Certes, le principe de l'obligation de renvoi préjudiciel est-il, à chaque reprise, rappelé. Mais de nouvelles exceptions sont à chaque fois aménagées, quand il ne s'agit pas de déroger aux exceptions elles-mêmes, au risque d'aboutir, un jour, à l'illisibilité du texte par les juges et les justiciables auxquels il est sensé s'adresser.

Perplexité également eu égard à la nécessité sans cesse manifestée d'enfermer des règles dans des textes figés, témoignant de l'inquiétude du législateur face aux conflits qui peuvent surgir entre les acteurs du contentieux préjudiciel.

Jean-Yves Carlier écrivait récemment que bien que complexe, la coexistence harmonisée d'une pluralité d'ordres juridiques, compétents en matière de droits de l'Homme, était de nature à assurer une meilleure effectivité des droits fondamentaux, en tenant mieux compte d'une réalité multiple que ne peut le faire un monisme pyramidal (39).

La proposition de loi spéciale commentée témoigne de cette complexité. L'harmonie nécessaire à la coexistence des ordres juridiques devra sans doute être cherchée à la croisée des chemins entre la règle écrite et la confiance témoignée à ceux chargés de l'appliquer.

(38) «Samenloop van grondrechten : het Arbitragehof, titel II van de Grondwet en de internationale mensenrechtenverdragen», *op. cit.*, p. 317.

(39) «La garantie des droits fondamentaux en Europe : pour le respect des compétences concurrentes de Luxembourg et de Strasbourg», *R.Q.D.I.*, 2000, pp. 60 et suiv.