

L'activisme de la Cour constitutionnelle de Belgique

par

Pierre NIHOUL

Juge à la Cour constitutionnelle de Belgique

Professeur à la Faculté de Droit de l'UCL

Conseiller d'Etat honoraire

Introduction

La Cour constitutionnelle belge a dû faire preuve d'un certain activisme pour s'imposer dans le paysage juridique belge¹.

D'abord, à l'égard du pouvoir politique. La Belgique a longtemps résisté au constitutionalisme en raison d'un contexte idéologique « légicentriste ». La création de la Cour est récente (1985) et a pour origine le fédéralisme puisqu'elle a alors comme seule compétence le règlement des conflits de compétences législatives attribuées à chacune des entités de l'Etat belge devenu fédéral.

Ensuite, à l'égard du pouvoir juridictionnel. Le pouvoir judiciaire date de l'indépendance de la Belgique (1831), le Conseil d'Etat de 1946. Or, ces deux ordres de juridictions avaient développé une jurisprudence, depuis 1971, leur permettant de contrôler la conventionalité des normes législatives et réglementaires. La Cour a donc dû trouver sa place lorsque lui a été confié petit à petit le contentieux constitutionnel des libertés fondamentales en raison de sa proximité avec le contrôle de conventionalité.

Enfin, vis-à-vis de ses justiciables et de leur conseil. La Cour a élargi l'accès à son prétoire et ouvert de nouvelles portes en termes de garanties procédurales.

Nous développerons cette réflexion à travers trois thématiques : les règles de compétence de la Cour (I), les règles et garanties procédurales (II) et certains domaines du contentieux matériel (III).

¹ Tous les arrêts de la Cour constitutionnelle belge sont disponibles sur le site web : <http://www.const-court.be>.

I. Les règles de compétence de la Cour

La Cour est compétente principalement pour connaître de deux contentieux : celui de la répartition des compétences entre les entités fédérale et fédérées (en Belgique, les communautés et les régions) (A) ; celui des libertés publiques et des droits fondamentaux (B).

A. Contentieux de la répartition des compétences

Le fédéralisme belge repose sur un principe d'exclusivité des compétences qui implique que toute situation juridique soit en principe réglée par un seul et unique législateur. Le système belge se caractérise donc par l'absence de hiérarchie entre les normes des différents législateurs et par l'absence du principe de subsidiarité. Lorsqu'une réglementation a des liens avec plusieurs attributions de compétences, la Cour recherche où se trouve l'élément prépondérant de la relation juridique réglée.

La Cour a toutefois assorti ce principe de tempéraments destinés à assouplir ce système :

- le principe de loyauté fédérale : celui-ci interdit aux entités de faire de leurs compétences un usage qui empêcherait les autres de faire usage des leurs ou rendrait cet usage excessivement difficile. Le législateur a depuis le 1^{er} janvier 2014 expressément attribué à la Cour la compétence de contrôler le respect du principe de la loyauté fédérale désormais inscrit à l'article 143, § 1er, de la Constitution ;

- la portée large que la Cour a dès l'origine accordée au principe de l'union économique et monétaire qui, au départ, encadrait l'exercice des compétences économiques par les régions et qui, par la suite, a été étendu à toutes les compétences régionales, mais aussi communautaires et même fédérales ;

- le principe de collaboration ou de coopération : l'absence d'un accord de coopération dans une matière pour laquelle le législateur spécial ne prévoit pas l'obligation d'un tel accord, n'emporte en principe aucune violation des règles répartitrices de compétence. Toutefois, lorsque les compétences sont à ce point imbriquées qu'elles ne peuvent être exercées qu'après la mise en œuvre d'une forme de collaboration ou de coopération entre les législateurs

compétents, l'action unilatérale du législateur concerné est jugé par la Cour comme violant le principe de proportionnalité propre à tout exercice de compétences.

B. Contentieux des libertés publiques et des droits fondamentaux

Ce n'est qu'en 1988 que la Cour constitutionnelle se voit investie de certaines compétences dans ce contentieux. L'attribution est alors limitée : la liberté de l'enseignement (article 24 de la Constitution) et le principe d'égalité et de non-discrimination (articles 10 et 11 de la Constitution).

La Cour utilise toutefois rapidement le contentieux de l'égalité pour accroître ses compétences et ce, dans trois directions.

1. Tout d'abord, elle adopte, dès l'arrêt 21/89, les critères étendus retenus par la Cour européenne des droits de l'homme dans le contrôle du principe d'égalité et de non-discrimination. La formule est demeurée identique depuis l'arrêt n° 21/89 à l'exception de quelques modifications mineures :

« Le principe d'égalité et de non-discrimination n'exclut pas qu'une différence de traitement soit établie entre des catégories de personnes, pour autant qu'elle repose sur un critère objectif et qu'elle soit raisonnablement justifiée. Ce principe s'oppose, par ailleurs, à ce que soient traitées de manière identique, sans qu'apparaisse une justification raisonnable, des catégories de personnes se trouvant dans des situations qui, au regard de la mesure considérée, sont essentiellement différentes.

L'existence d'une telle justification doit s'apprécier en tenant compte du but et des effets de la mesure critiquée ainsi que de la nature des principes en cause; le principe d'égalité et de non-discrimination est violé lorsqu'il est établi qu'il n'existe pas de rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé ».

2. Ensuite, elle retient la violation du principe d'égalité et de non-discrimination à chaque fois que le législateur porte atteinte aux droits fondamentaux ou aux garanties consacrées par d'autres dispositions de la Constitution ou par un instrument international, qu'il ait ou non un effet direct. La privation d'un droit fondamental constitue *ipso facto* une violation du principe d'égalité. C'est la technique du « prisme » des articles 10 et 11 de la Constitution qui a permis à la Cour d'intégrer indirectement le contentieux des libertés publiques.

3. Enfin, tout en n'étant pas compétente pour connaître de la violation directe de normes internationales, la Cour admet que les dispositions constitutionnelles qu'elle est habilitée à faire respecter, directement mais aussi indirectement, soient lues en combinaison avec les normes internationales comparables. C'est la technique combinatoire des normes de protection des droits fondamentaux. Elle permet à la Cour d'intégrer dans ses normes de contrôle des garanties internationales plus protectrices et plus étendues.

En 2003, la compétence de la Cour en matière de libertés publiques est étendue par le législateur spécial à l'ensemble des droits et libertés garantis par le Titre II de la Constitution. La Cour ne doit donc plus recourir au détour des articles 10 et 11 de la Constitution pour connaître de la violation des libertés inscrites dans la Constitution. Elle en connaît désormais directement. Cette nouvelle compétence est amplifiée par la technique combinatoire exposée ci-avant entre des droits constitutionnels et des garanties internationales. La Cour intègre à son contrôle celui des dispositions analogues inscrites dans les instruments internationaux et « tient compte » des garanties prévues par ces instruments, considérées comme un ensemble indissociable de celles prévues par la Constitution². Par ailleurs, elle continue à connaître, par le prisme des articles 10 et 11 de la Constitution, de la violation d'autres dispositions constitutionnelles que celles contenues dans le Titre II de la Constitution³ ou de la violation de garanties internationales qui n'ont pas leur pendant dans la Constitution⁴.

En synthèse, la compétence de la Cour est en principe limitée aux droits et libertés garantis par le Titre II de la Constitution. La Cour y intègre, via un mode combinatoire, les garanties internationales analogues. Cette prise en compte du droit conventionnel se traduit par des références, dans les arrêts de la Cour, à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et au droit de l'Union européenne, dont la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne. Mais

² Ainsi la Cour lit les articles 12, alinéa 2, et 14 de la Constitution (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), qui exigent que les éléments essentiels d'une incrimination ou d'une peine soient fixés par le législateur, non seulement en tenant compte de l'économie de ces dispositions mais aussi en combinaison avec les exigences matérielles contenues dans l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme et dans l'article 15 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, comme le principe *lex certa*.

³ Ainsi, la Cour contrôle le respect de l'autonomie locale pour les communes et provinces inscrite aux articles 41 et 160 de la Constitution, combinés avec les articles 10 et 11 de la Constitution.

⁴ Ainsi, la Cour examine la violation de l'interdiction de traitements inhumains et dégradants, non prévue par la Constitution belge, au travers des articles 10 et 11 de la Constitution, combinés avec l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme. Elle fait de même avec le droit au recours effectif, non consacré comme tel par la Constitution, au travers de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution, combinés avec les articles 6 et 13 de la Convention.

aussi par l'envoi de questions préjudicielles à la Cour de justice de l'Union européenne (26 arrêts au 31 mars 2016). Par ailleurs, la Cour contrôle, par le détour des articles 10 et 11 de la Constitution, les garanties constitutionnelles qui sont hors de son champ de compétences et les garanties internationales qui n'ont pas leur pendant dans la Constitution.

II. Les règles et garanties procédurales

La Cour est saisie de deux manières : soit par un recours en annulation, introduit par une autorité ou par une personne, physique ou morale, justifiant d'un intérêt, soit par une question préjudicielle posée par une juridiction à l'occasion d'un litige qui lui est soumis.

A. Le recours en annulation

1. La condition de l'intérêt à agir

Les critères constitutifs de la notion d'intérêt ne sont pas fixés dans la loi qui a laissé à la Cour le soin de les déterminer, ce qu'elle a fait en exigeant des requérants qu'ils démontrent, dans leur requête, qu'ils « sont susceptibles d'être affectés directement et défavorablement par la norme attaquée ». Ces deux notions sont interprétées largement par la Cour.

La Cour admet ainsi largement l'intérêt à agir des personnes physiques et morales défendant leur intérêt propre, particulièrement dans le domaine des législations électorales, fiscales et pénales. Elle accueille aussi favorablement les organismes et associations qui agissent en vue de la défense d'un intérêt collectif sous réserve d'un contrôle de la permanence de leurs activités, de la spécificité de l'objet social poursuivi et du respect de leurs règles statutaires. Sur ce dernier point, la Cour a récemment en 2014 accepté de considérer que le mandat *ad litem* de l'avocat laissait présumer de l'introduction régulière du recours, sauf preuve contraire. Elle a aussi déclaré recevables des recours introduits par des associations de fait, comme les syndicats et les partis politiques, limitant toutefois leur accès lorsqu'elles agissent dans les matières pour lesquelles elles sont légalement reconnues comme formant des entités juridiques distinctes et que, alors qu'elles sont légalement associées en tant que telles au fonctionnement des services publics, les conditions mêmes de leur association à ce fonctionnement sont en cause.

Elle considère par ailleurs que si un recours introduit par plusieurs requérants est recevable dans le chef de l'un d'eux, l'intérêt des autres parties ne doit pas être examiné.

Enfin, la Cour n'examine que l'intérêt au recours et non au moyen, ce qui la dispense de cet examen, moyen par moyen, dès lors que le recours est recevable.

2. La norme contrôlée

La Cour ne peut contrôler qu'une norme législative. Ici aussi, l'interprétation retenue est large. Elle s'entend comme visant les lois matérielles mais aussi les lois formelles, comme les lois budgétaires, les lois de naturalisation et les lois d'assentiment aux accords belges de coopération et aux traités internationaux.

B. Le contentieux préjudiciel

La même ouverture se retrouve dans le contentieux préjudiciel.

Tout d'abord, à l'égard de la juridiction qui pose à la Cour une question préjudicielle. En l'absence de filtre entre ce juge et la Cour, celle-ci n'hésite pas à reformuler une question préjudicielle mal rédigée ou à interpréter largement les conditions de recevabilité de la question. Par ailleurs, si la Cour estimait, à l'origine, que l'appréciation de l'applicabilité d'une norme au litige pendant devant le juge de renvoi relevait exclusivement de celui-ci, elle vérifie, depuis l'arrêt n° 111/2000, si la disposition qui fait l'objet de la question peut être raisonnablement tenue pour applicable au litige dont est saisi le juge; ce n'est que si la disposition législative qui lui est soumise ne concerne manifestement pas ce litige qu'elle renonce à en examiner la constitutionnalité.

Ensuite, sa jurisprudence a aussi évolué en ce qui concerne l'appréciation de l'intérêt des personnes qui interviennent dans une procédure préjudicielle. Certaines personnes qui ne sont pas présentes à la cause devant le juge de renvoi font valoir qu'elles sont parties à une procédure analogue pendante devant un autre juge. Alors qu'à l'origine, un tel intérêt n'était pas admis, la Cour accueille désormais, depuis l'arrêt 44/2008, une telle intervention en raison de l'effet indirect sur des litiges comparables de l'arrêt rendu sur question préjudicielle.

Enfin, depuis l'arrêt 125/2011, la Cour a étendu la possibilité de maintenir, pour le délai qu'elle détermine dans le passé ou le futur, les effets d'un arrêt d'annulation aux arrêts préjudiciels. Si la loi spéciale sur la Cour contenait une telle habilitation pour les arrêts d'annulation (article 8, alinéa 2), elle ne prévoit pas de règle analogue pour les arrêts préjudiciels. La Cour a toutefois considéré qu'un arrêt préjudiciel, tout en ne faisant pas disparaître la disposition inconstitutionnelle de l'ordre juridique, a un effet qui dépasse le seul litige pendant devant le juge qui a posé la question préjudicielle de sorte qu'il lui appartient aussi dans ce cas d'examiner si l'incidence de l'arrêt ne doit pas être tempéré dans le temps. Il s'agit d'assurer le respect des principes de la sécurité juridique et de la confiance légitime.

III. Le contentieux matériel

La présente contribution n'entend pas refléter l'ensemble de la jurisprudence de la Cour et les domaines dans lesquels elle a fait preuve d'un activisme constitutionnel. Certaines matières sont privilégiées.

1. L'intérêt supérieur de l'enfant

Le droit belge de la filiation n'empêche pas les contestations de paternité dans ou hors mariage. Toutefois, il fait prévaloir dans une certaine mesure la paix des familles et la vérité socio-affective sur la vérité biologique. A cet effet, il prévoit des causes d'irrecevabilité de telles actions par des délais brefs de forclusion et par la figure de la possession d'état.

Depuis 2011, la Cour a remis en cause la plupart de ces obstacles à la recherche de la vérité biologique en raison de leur caractère trop absolu. La Cour s'appuie pour ce faire sur le droit à la recherche de son identité, qui fait partie du droit au respect de la vie privée et familiale, et sur la valeur primordiale reconnue à l'intérêt de l'enfant par l'article 22bis de la Constitution. Le législateur, lorsqu'il élabore un régime qui entraîne une ingérence de l'autorité publique dans la vie familiale, jouit d'une marge d'appréciation pour tenir compte du juste équilibre à ménager entre les intérêts concurrents de l'individu et de la société dans son ensemble mais aussi entre les intérêts contradictoires des personnes concernées. Dans la mise en balance des différents intérêts en jeu, l'intérêt de l'enfant occupe une place particulière du fait qu'il représente la partie faible dans la relation familiale. Il appartient au juge de pouvoir procéder à une telle mise en balance. La Cour a dès lors jugé inconstitutionnel l'obstacle de la

possession d'état et, dans le chef de l'enfant après ses 22 ans, le délai d'un an qui lui était laissé à partir de la connaissance de l'existence de son père biologique pour contester sa paternité légale.

La Cour a également remis en cause l'impossibilité absolue édictée par le Code civil d'établir une filiation incestueuse, laissant au juge le soin d'apprécier les intérêts en présence.

2. Le droit d'accès au juge

Les associations ont un droit d'accès au juge judiciaire qui est interprété de manière restrictive tantôt par la Cour de cassation tantôt par le législateur lorsqu'elles agissent en vue de défendre un intérêt collectif. La Cour n'hésite pas à remettre en cause de telles limitations :

- devant le juge judiciaire, l'action est jugée irrecevable dans le chef d'une personne morale lorsqu'elle ne porte pas sur l'existence de la personne morale, ses biens patrimoniaux ou ses droits moraux de sorte que les actions intentées dans un but d'intérêt collectif ne sont pas accueillies. Dans un premier temps, la Cour constate que le législateur belge a adopté plusieurs lois par lesquelles il attribue un droit d'action à certaines associations qui invoquent un intérêt collectif. Les articles 10 et 11 de la Constitution, qui contiennent le principe d'égalité, ne contraignent pas pour autant le législateur à étendre cette possibilité à **toutes** les associations. Dans un second temps, la Cour relève que certaines lois ont permis qu'une action soit intentée devant l'ordre judiciaire pour des associations invoquant un intérêt collectif lié à la protection des libertés fondamentales telles qu'elles sont reconnues par la Constitution et par les traités internationaux auxquels la Belgique est partie. Il s'ensuit que les personnes morales qui exercent une action au nom d'un intérêt collectif lié à la protection des libertés fondamentales mais non reconnu par ces lois particulières sont discriminées. Il revient toutefois au législateur de préciser à quelles conditions un droit d'action peut être reconnu à ces personnes morales (n° 133/2013) ;

- L'article 1382 du Code civil est le fondement juridique de la responsabilité civile en Belgique. Il suppose une faute, un dommage et un lien de causalité. La victime a droit, en règle, à la réparation intégrale du préjudice qu'elle a subi mais le juge peut recourir à une évaluation du dommage en équité lorsqu'il est impossible de le déterminer autrement, ce qui est le cas des dommages écologiques. Cette disposition est considérée comme discriminatoire dans l'interprétation selon laquelle elle s'oppose à ce qu'une personne morale qui a été créée et qui agit en vue de défendre un intérêt collectif, comme la protection de l'environnement ou

de certains éléments de celui-ci, reçoive, pour la réparation du dommage causé par l'atteinte à l'intérêt collectif pour lequel elle a été constituée, un dédommagement moral qui dépasse le dédommagement symbolique d'un euro. Une telle limitation affecterait aussi de manière disproportionnée les intérêts des associations de défense de l'environnement concernées, qui jouent un rôle important dans la sauvegarde du droit à la protection d'un environnement sain reconnu par la Constitution (n° 7/2016);

- la loi belge a institué l'action en réparation collective en vue de permettre un accès plus large en justice des victimes d'un dommage collectif dans le domaine de la consommation. Ce droit d'action est soumis à certaines conditions dont celle de réserver la qualité de représentant de groupe à un service public et à certaines associations agréées. La Cour a jugé que l'exigence d'agrément discriminait les associations comparables étrangères de l'Union européenne qui ne peuvent bénéficier d'un tel agrément (n° 41/2016).

3. Le droit de propriété

L'article 16 de la Constitution dispose que « Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique, dans les cas et de la manière établis par la loi, et moyennant une juste et préalable indemnité ». La Constitution belge ne parle que du droit de propriété et de la privation de ce droit, ce qui limite la protection constitutionnelle à l'expropriation sensu stricto de biens immeubles.

L'article premier du Premier protocole additionnel à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme est plus large. Le Premier protocole vise le respect des biens de manière générale, soit les biens mobiliers ou immobiliers, les biens corporels ou incorporels, les droits réels ou personnels. Il vise non seulement la limitation de la propriété mais aussi celle de l'usage des biens, ce qui englobe les restrictions de propriété. Utilisant la technique combinatoire exposée plus haut, la Cour a intégré le Premier protocole et la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme dans sa jurisprudence au motif que les droits protégés étaient analogues et que les deux dispositions constituaient un ensemble indissociable. La protection du droit de propriété s'en est trouvée considérablement élargie.

La Cour a encore franchi un pas supplémentaires en déduisant de ces deux dispositions « indissociables » un principe d'égalité devant les charges publiques dont elle déduit un droit à l'indemnisation qui couvre des hypothèses étrangères à l'expropriation. Le principe de

l'égalité des citoyens devant les charges publiques empêche que l'autorité puisse, sans compensation, imposer des charges qui excèdent celles qui doivent être supportées par un particulier dans l'intérêt général. Il découle de ce principe que les effets préjudiciables disproportionnés – c'est-à-dire le risque social ou professionnel extraordinaire s'imposant à un groupe limité de citoyens ou d'institutions – d'une mesure de coercition qui est en soi régulière, ne doivent pas être mis à charge des personnes lésées, mais doivent être répartis de manière égale sur la collectivité. Ce droit à l'indemnisation a été reconnu dans les situations suivantes :

- le titulaire d'un permis d'urbanisme régulièrement délivré qui ne détient aucun droit réel sur la parcelle frappée d'une interdiction de bâtir par une disposition légale ne peut obtenir aucune compensation des dépenses qu'il a effectuées pour réaliser la destination de cette parcelle (55/2012) ;
- l'absence de régime d'indemnisation d'une interdiction de bâtir résultant d'une mesure de classement (12/2014) ;
- les titulaires de droits réels sur un site archéologique, un monument ou un site urbain ou rural qui fait l'objet d'une mesure de protection du patrimoine n'a pas droit à une indemnisation si la diminution de valeur du bien immobilier résulte directement des prescriptions figurant dans l'arrêté de protection définitive d'un site (132/2015).