

COUR CONSTITUTIONNELLE  
RAPPORT 2011



# **COUR CONSTITUTIONNELLE**

## **RAPPORT 2011**

commission de la rédaction :

Jean SPREUTELS  
Erik DERYCKE  
Michel PARISSE  
Roger MOERENHOUT

Vanden Broele  
Bruges

Cour Constitutionnelle - Rapport 2011  
D/2012/0783/64  
ISBN 978 904960 6930

## TABLE DES MATIERES

AVANT-PROPOS	11
I. PROCEDURE DEVANT LA COUR	13
1. Le maintien des effets d'une disposition législative déclarée inconstitutionnelle par un arrêt préjudiciel ( <i>arrêt n° 125/2011</i> )	13
II. DROIT CONSTITUTIONNEL	19
A. REPARTITION DES COMPETENCES	19
2. Les pouvoirs implicites – La création de juridictions administratives par les communautés et les régions ( <i>arrêt n° 8/2011</i> )	19
3. Le renforcement de la transparence dans l'attribution des marchés publics de réviseurs en Région wallonne ( <i>arrêt n° 9/2011</i> )	24
4. Les quotas d'émission de gaz à effet de serre et les activités aéronautiques : nécessité d'un accord de coopération entre l'Etat fédéral et les régions ( <i>arrêt            n° 33/2011</i> )	31
5. La coopération entre les communautés et l'autorité fédérale en matière d'attribution de certaines radiofréquences ( <i>arrêt n° 112/2011</i> )	38
6. La composition du Comité interministériel pour la distribution ( <i>arrêt n° 126/2011</i> )	43
7. L'organisation de paris sur le résultat d'épreuves sportives ( <i>arrêt n° 128/2011</i> )	46
8. L'assimilation du grade de master en droit à celui de licencié ou docteur en droit ( <i>arrêt n° 129/2011</i> )	47
9. Le transfert à d'autres Etats des matières, équipements et données technologiques nucléaires ( <i>arrêt n° 168/2011</i> )	49
10. Les subsides aux projets d'infrastructure communale consacrés aux crèches dans la Région de Bruxelles-Capitale ( <i>arrêt n° 184/2011</i> )	54

B. DROIT ET LIBERTES .....	58
11. L'inviolabilité du domicile, le droit d'accès à un juge et le respect du contradictoire en matière de douanes et accises ( <i>arrêt n° 10/2011</i> ) .....	58
12. Le droit à la protection de la santé et l'interdiction de fumer dans les établissements du secteur horeca ( <i>arrêt n° 37/2011</i> ) .....	64
13. Le principe de légalité en matière d'enseignement et l'habilitation du Conseil de l'enseignement communautaire (flamand) à se prononcer sur une interdiction générale pour les élèves de porter des signes religieux et philosophiques visibles ( <i>arrêt n° 40/2011</i> ) .....	68
14. Le droit à la protection d'un environnement sain - prise en compte par la Cour de l'article 7bis de la Constitution relatif aux objectifs d'un développement durable ( <i>arrêt n° 75/2011</i> ) .....	75
15. L'égalité entre hommes et femmes : les dérogations en matière d'assurances ( <i>arrêt n° 116/2011</i> ) .....	81
16. Les droits de l'enfant ( <i>arrêt n° 146/2011</i> ) .....	88
C. AUTRES QUESTIONS .....	89
17. Les délégations de compétence en matière d'assurance ( <i>arrêt n° 166/2011</i> ) .....	89
<b>III. CONFIRMATIONS LEGISLATIVES .....</b>	<b>93</b>
18. La confirmation législative d'un arrêté royal contraire au droit de l'Union européenne - fixation des tarifs en matière de distribution de l'électricité ( <i>arrêt n° 97/2011</i> ) .....	93
<b>IV. LACUNES LEGISLATIVES .....</b>	<b>99</b>
19. Lacunes extrinsèques, intrinsèques et autoréparatrices ( <i>arrêts n<sup>os</sup> 1/2011, 12/2011, 34/2011, 36/2011, 38/2011, 45/2011, 56/2011, 62/2011, 63/2011, 74/2011, 76/2011, 98/2011, 152/2011 et 161/2011</i> ) .....	99
<b>V. CONTENTIEUX ADMINISTRATIF .....</b>	<b>101</b>
20. L'impartialité du Conseil d'Etat ( <i>arrêt n° 123/2011</i> ) ...	101

21. La compétence du Conseil d'Etat - Les décisions du Conseil supérieur de la Justice à l'égard des candidats qui présentent le concours d'admission au stage judiciaire ( <i>arrêt n° 161/2011</i> ) .....	105
<b>VI. DROIT DES ETRANGERS</b> .....	109
22. L'aide matérielle aux demandeurs d'asile ( <i>arrêt n° 135/2011</i> ) .....	109
<b>VII. DROIT DE L'ENSEIGNEMENT</b> .....	123
23. La limitation du nombre d'étudiants dans l'enseignement supérieur ( <i>arrêt n° 89/2011</i> ) .....	123
24. Les conditions de nomination des directeurs dans l'enseignement officiel subventionné ( <i>arrêt n° 174/2011</i> ) .....	134
<b>VIII. DROIT ADMINISTRATIF</b> .....	141
25. La motivation d'une décision administrative adoptée au scrutin secret par un organe collégial ( <i>arrêt n° 85/2011</i> ) .....	141
26. La demande de suspension de la décision d'attribution d'une autorité adjudicatrice ( <i>arrêt n° 164/2011</i> ) .....	144
<b>IX. DROIT PENAL ET PROCEDURE PENALE</b> .....	147
27. Les extraits de casier judiciaire ( <i>arrêt n° 1/2011</i> ) .....	147
28. Le mandat d'arrêt européen ( <i>arrêt n° 28/2011</i> ) .....	151
29. Le jugement réputé contradictoire à l'égard du prévenu qui n'a pas comparu en personne ou par un avocat ( <i>arrêt n° 95/2011</i> ) .....	154
30. La prolongation par le juge de police du retrait immédiat du permis de conduire par le ministère public ( <i>arrêt n° 131/2011</i> ) .....	158
31. Les méthodes de recueil des données par les services de renseignement et de sécurité ( <i>arrêt n° 145/2011</i> ) .....	160
32. La condamnation au paiement de la contre-valeur des marchandises confisquées ( <i>arrêt n° 181/2011</i> ) ..	205

33. La peine applicable en cas de crime correctionnalisé commis en état de récidive ( <i>arrêts n<sup>os</sup> 193/2011 et 199/2011</i> ) .....	209
34. L'ordonnance de prolongation du délai d'arrestation de vingt-quatre heures ( <i>arrêt n<sup>o</sup> 201/2011</i> ) .....	214
<b>X. DROIT FISCAL</b> .....	219
35. Le point de départ du délai dans lequel une action contre l'administration fiscale doit être intentée ( <i>arrêt n<sup>o</sup> 59/2011</i> ) .....	219
36. La réduction partielle du précompte immobilier en faveur du contribuable isolé hébergeant également ses enfants ( <i>arrêt n<sup>o</sup> 63/2011</i> ) .....	222
37. Les délais de réimposition en cas d'annulation de la cotisation ( <i>arrêt n<sup>o</sup> 82/2011</i> ) .....	225
38. Le principe de légalité en matière fiscale et la délégation au Roi - la cotisation annuelle à charge des sociétés destinée au statut social des travailleurs indépendants ( <i>arrêt n<sup>o</sup> 103/2011</i> ) .....	230
39. Les droits de succession dus par les héritiers, légataires et donataires universels ( <i>arrêt n<sup>o</sup> 162/2011</i> ) .....	235
40. Les taxes communales relatives aux antennes GSM ( <i>arrêt n<sup>o</sup> 189/2011</i> ) .....	239
<b>XI. DROIT DE L'ENVIRONNEMENT</b> .....	243
41. La dérogation à l'affectation des lieux prescrite par un plan de secteur – installation antérieure au plan de secteur ( <i>arrêt n<sup>o</sup> 98/2011</i> ) .....	243
<b>XII. DROIT DES SANCTIONS</b> .....	247
42. L'amende administrative sanctionnant des infractions en matière d'environnement dans la Région de Bruxelles-Capitale ( <i>arrêt n<sup>o</sup> 44/2011</i> ) .....	247

<b>XIII. DROIT PROCESSUEL</b> .....	255
43. La répétibilité des honoraires et frais d’avocat - l’aide juridique de deuxième ligne - l’action de l’auditeur du travail sur pied de l’article 138bis, § 2, du Code judiciaire ( <i>arrêts n<sup>os</sup> 19/2011 et     83/2011</i> ) .....	255
<b>XIV. DROIT CIVIL</b> .....	261
44. Prescription quinquennale et dettes périodiques relatives aux charges communes d’une copropriété d’un immeuble ( <i>arrêt n<sup>o</sup> 6/2011</i> ) .....	261
45. La contestation d’état et possession d’état du mari de la mère ( <i>arrêt n<sup>o</sup> 20/2011</i> ) .....	262
46. Le point de départ du délai de forclusion de l’action en contestation de paternité ( <i>arrêt     n<sup>o</sup> 54/2011</i> ) .....	266
47. La recherche de paternité et possession d’état à l’égard du mari de la mère ( <i>arrêt n<sup>o</sup> 122/2011</i> ) .....	269
48. La nature du capital de l’assurance-groupe obligatoire souscrite par l’employeur d’un époux marié sous le régime de la communauté de biens ( <i>arrêt n<sup>o</sup> 136/2011</i> ) .....	272
49. « Réintégrandes » et servitudes légales ou conventionnelles de passage ( <i>arrêt n<sup>o</sup> 151/2011</i> ) .....	274
50. Le délai de congé par le preneur en cas de bail oral ( <i>arrêt n<sup>o</sup> 182/2011</i> ) .....	277
<b>XV. DROIT COMMERCIAL</b> .....	281
51. L’excusabilité du failli – le sort du conjoint ou de l’ex-conjoint ( <i>arrêts n<sup>os</sup> 80/2011 et 87/2011</i> ) .....	281
<b>XVI. DROIT ECONOMIQUE ET FINANCIER</b> .....	287
52. Le service universel en matière de communications électroniques ( <i>arrêt n<sup>o</sup> 7/2011</i> ) .....	287
53. La loi relative aux pratiques du marché et à la protection des consommateurs : l’exclusion des titulaires d’une profession libérale, des dentistes et des kinésithérapeutes ( <i>arrêt n<sup>o</sup> 55/2011</i> ) .....	290

54. Les contrats d'assurance maladie viagers non liés à l'activité professionnelle ( <i>arrêt n° 90/2011</i> ) .....	294
55. Le financement du Fonds spécial de protection des dépôts et des assurances sur la vie ( <i>arrêt n° 115/2011</i> ) .....	302
56. Les recours juridictionnels contre certains actes et décisions de l'auditorat auprès du Conseil de la concurrence ( <i>arrêt n° 197/2011</i> ) .....	310
<b>XVII. DROIT SOCIAL</b> .....	315
57. L'octroi d'une allocation d'interruption au travailleur licencié moyennant indemnité de congé ( <i>arrêt n° 195/2011</i> ) .....	315
<b>XVIII. DROIT DE LA SECURITE SOCIALE</b> .....	319
58. La prolongation de la période de repos postnatal ( <i>arrêt n° 169/2011</i> ) .....	319
59. Les allocations aux personnes handicapées vivant en ménage ( <i>arrêt n° 170/2011</i> ) .....	321
60. La situation du bénéficiaire du revenu d'intégration sociale cohabitant avec un étranger en séjour illégal ( <i>arrêt n° 176/2011</i> ) .....	325
<b>STATISTIQUES DES ACTIVITES DE LA COUR EN 2011</b> .	330
1. Généralités .....	330
2. Arrêts sur recours en annulation .....	334
3. Arrêts sur demande de suspension .....	336
4. Arrêts sur question préjudicielle .....	336

## AVANT-PROPOS

Depuis sa création, la Cour a vu modifier successivement sa procédure, sa compétence et son nom. Dans un premier temps, elle ne pouvait recevoir que les recours introduits par des requérants « institutionnels » (gouvernements et assemblées) et répondre aux questions posées par des juges, dans la seule matière des règles répartitrices de compétence (1983). Dans un deuxième temps, elle a été habilitée à recevoir les recours des personnes physiques ou morales justifiant d'un intérêt, son contrôle s'étendant à la liberté d'enseignement et au respect du principe d'égalité et de non-discrimination (1989). Enfin, elle a été chargée du contrôle de l'ensemble des droits fondamentaux et des libertés constitutionnelles (2003), se voyant dénommer désormais Cour constitutionnelle (2007), ce qui correspond au champ d'activité que le Constituant et le législateur spécial avaient progressivement élargi.

En publiant ce nouveau rapport annuel, la Cour poursuit cette fois encore le double objectif qu'elle s'était précédemment fixé : d'une part, fournir une information condensée concernant la jurisprudence de l'année 2011 et, d'autre part, maintenir un questionnement qui l'oblige elle-même aussi à la réflexion.

Les statistiques publiées dans le présent rapport confirment les enseignements des années précédentes : le contentieux préjudiciel l'emporte clairement sur le contentieux de l'annulation; le principe d'égalité et de non-discrimination reste la norme « reine » du contrôle de la Cour; les demandes de suspension restent rares et, en 2011, aucune n'a été accueillie par la Cour. Par ailleurs, durant cette même année, la Cour a siégé dans la même proportion en chambre plénière et en siège de sept juges. Enfin, comme le rapport 2010 le relevait déjà, la Cour reste en tête des juridictions constitutionnelles parmi les fournisseurs de la Cour de justice de l'Union européenne : cette année encore, trois arrêts posent des questions, qui portent à quinze le total des questions posées à Luxembourg.

Il se confirme aussi, à la lecture du rapport, qu'il n'est pas un secteur du droit qui échappe à son regard : tant les citoyens que les juges se

sont habitués à ne plus se satisfaire de normes législatives que si elles ont subi le test de conformité à la Constitution.

Marc BOSSUYT et Roger HENNEUSE  
Présidents de la Cour constitutionnelle

## I. PROCEDURE DEVANT LA COUR<sup>1</sup>

### 1. *Le maintien des effets d'une disposition législative déclarée inconstitutionnelle par un arrêt préjudiciel* (arrêt n° 125/2011)

La loi du 3 juillet 1978 régleme, comme son intitulé l'indique, les contrats de travail.

La Cour a été interrogée sur le traitement, à certains égards différent, des ouvriers et des employés par rapport à leurs employeurs respectifs. La première question préjudicielle portait sur la compatibilité avec les articles 10 et 11 de la Constitution des articles 59 et 82 de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail, en ce qu'ils fixent des délais de préavis différents pour les ouvriers et les employés ayant la même ancienneté; la seconde question portait sur la compatibilité avec les articles 10 et 11 de la Constitution des articles 52, § 1er, et 70 de la même loi en ce que l'ouvrier se trouvant dans la même situation contractuelle que l'employé se voit compter, contrairement à ce dernier, un jour de carence en cas d'incapacité de travail résultant d'une maladie autre que professionnelle ou d'un accident autre qu'un accident du travail ou survenu sur le chemin du travail, lorsque la durée d'incapacité n'atteint pas quatorze jours.

Ainsi que l'a déjà fait observer la Cour dans son arrêt n° 56/93, en fondant la distinction entre ouvriers et employés sur la nature principalement manuelle ou intellectuelle de leur travail, le législateur a établi des différences de traitement en fonction d'un critère qui pourrait difficilement justifier de manière objective et raisonnable qu'elle fût instaurée à ce moment. Il en va *a fortiori* de même aujourd'hui, notamment pour les différences de traitement qui sont contestées en l'espèce en matière de durée de préavis ou de jour de carence : ces différences de traitement sont dès lors contraires aux articles 10 et 11 de la Constitution.

<sup>1</sup> Voir aussi le chapitre XVII du présent rapport.

Dans l'arrêt précité, la Cour constatait également que le législateur avait pris des mesures afin de rapprocher les niveaux de protection contre les licenciements accordés aux ouvriers et aux employés et concluait que « le processus d'effacement de l'inégalité dénoncée, entamé depuis des décennies, ne peut être que progressif ». Le fait qu'il serait injustifié d'instituer à ce moment une telle distinction a été jugé insuffisant pour justifier sa brusque abolition et le maintien de la distinction a dès lors été considéré comme n'étant pas manifestement disproportionné « à un objectif qui ne peut être atteint que par étapes successives ».

Depuis le moment où la Cour a prononcé l'arrêt précité, de nouvelles mesures ont été prises qui tendent à rapprocher davantage les deux catégories de travailleurs. Ainsi, sur la base de l'article 61, § 1er, de la loi du 3 juillet 1978, plusieurs arrêtés royaux sectoriels prévoient des délais de préavis plus favorables que ceux prévus par la loi précitée en cas de licenciement. En outre, la convention collective de travail n° 75 relative aux délais de préavis des ouvriers, entrée en vigueur le 1er janvier 2000, a également instauré une dérogation à l'article 59 de la loi du 3 juillet 1978 en allongeant le délai de préavis à observer en cas de licenciement d'un ouvrier en fonction de son ancienneté; conclue au sein du Conseil national du travail, cette convention collective intersectorielle s'applique à tous les employeurs du secteur privé. Enfin, la loi du 12 avril 2011 « modifiant la loi du 1er février 2011 portant la prolongation de mesures de crise et l'exécution de l'accord interprofessionnel, et exécutant le compromis du Gouvernement relatif au projet d'accord interprofessionnel », publiée au *Moniteur belge* du 28 avril 2011, modifie substantiellement les délais de préavis et témoigne de la volonté expresse du législateur de poursuivre, par étapes, l'harmonisation du statut des employés et des ouvriers.

Compte tenu du pouvoir d'appréciation étendu dont dispose le législateur pour fixer sa politique en matière socio- économique, le principe d'égalité et de non-discrimination ne s'oppose pas à une diminution progressive des différences de traitement constatées : lorsqu'une réforme qui vise à rétablir l'égalité a des implications qui sont importantes et graves, le législateur ne peut, en effet, se voir reprocher d'élaborer cette réforme de manière réfléchie et par étapes

successives (voy., *mutatis mutandis*, CEDH, grande chambre, 12 avril 2006, *Stec e.a. c. Royaume-Uni*, § 65). Dans l'arrêt n° 56/93 précité, la Cour a encore fait observer que les réglementations différenciées concernent des matières actuellement favorables tantôt aux ouvriers, tantôt aux employés; c'est le cas d'ailleurs en l'espèce, le demandeur devant le juge du fond ayant pu bénéficier de l'article 63 de la loi du 3 juillet 1978 qui réserve aux seuls ouvriers victimes d'un licenciement abusif le bénéfice d'un renversement de la charge de la preuve et d'une rémunération compensatoire forfaitaire équivalente à six mois de salaire. Il ne serait pas cohérent d'isoler la distinction dans la seule matière de la durée du préavis sans tenir compte des effets qu'elle a dans d'autres matières du droit du travail et de la sécurité sociale qui reposent sur la même distinction.

Le temps dont peut disposer le législateur pour remédier à une situation jugée inconstitutionnelle n'est cependant pas illimité. L'objectif d'une harmonisation progressive des statuts des ouvriers et des employés, jugée préférable par le législateur à une brusque suppression de la distinction de ces catégories professionnelles - spécialement dans une matière où les normes peuvent évoluer grâce à la négociation collective -, ne justifie plus, dix-huit ans après que la Cour eut constaté que le critère de distinction en cause ne pouvait plus être considéré comme pertinent, que certaines différences de traitement, comme celles qui sont invoquées devant le juge *a quo*, puissent encore être longtemps maintenues, perpétuant ainsi une situation d'inconstitutionnalité manifeste.

Un arrêt préjudiciel qui constate qu'une disposition viole la Constitution n'a pas les mêmes effets qu'un arrêt d'annulation, qui fait disparaître *ab initio* la disposition inconstitutionnelle de l'ordre juridique. Ainsi, alors que les articles 10 à 17 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 prévoient que les décisions passées en force de chose jugée rendues par les juridictions sur la base d'une disposition annulée par la Cour peuvent faire l'objet d'une rétractation, et que l'article 18 de la même loi prévoit qu'un nouveau délai de recours est ouvert contre les actes et règlements administratifs pris sur la base d'une disposition annulée, les déclarations d'inconstitutionnalité sur questions préjudicielles ne font pas l'objet de dispositions semblables. Toutefois, 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. Celui-ci, ainsi que toute autre juridiction appelée à statuer dans la même affaire, doit laisser la disposition jugée inconstitutionnelle inappliquée (article 28 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle). Cet effet s'étend en outre à d'autres affaires, lorsque, à la suite d'un tel arrêt de la Cour, les juridictions sont dispensées de l'obligation de poser une question préjudicielle ayant un objet identique (article 26, § 2, alinéa 2, 2°, de la même loi spéciale). Il en résulte que la Cour doit examiner dans quelle mesure l'incidence de sa décision doit être tempérée afin de ne pas faire obstacle à l'harmonisation progressive des statuts autorisée dans ses arrêts antérieurs.

L'article 8, alinéa 2, de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle habilite la Cour, si un recours en annulation est jugé fondé, à indiquer, par voie de disposition générale, ceux des effets de la disposition annulée qui doivent être considérés comme définitifs ou maintenus provisoirement pour le délai qu'elle détermine. La loi spéciale ne contient pas de règle analogue lorsque la Cour constate, dans un arrêt préjudiciel, qu'une disposition viole la Constitution.

Depuis son arrêt n° 44/2008<sup>1</sup>, la Cour admet, compte tenu de l'article 4, alinéa 2, et de l'article 26, § 2, alinéa 2, 2°, de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle, que justifient d'un intérêt à intervenir devant la Cour les personnes qui font la preuve suffisante de l'effet direct que peut avoir sur leur situation personnelle la réponse que va donner la Cour à une question préjudicielle. En autorisant toute personne qui justifie d'un intérêt à demander l'annulation de dispositions dont la Cour, statuant sur une question préjudicielle, a constaté qu'elles violent la Constitution, l'article 4, alinéa 2, qui a été inséré dans la loi spéciale du 6 janvier 1989 par la loi spéciale du 9 mars 2003, a étendu la possibilité de maintenir, ultérieurement, les effets des dispositions jugées inconstitutionnelles (voy. par exemple l'arrêt n° 140/2008<sup>2</sup>).

<sup>1</sup> Voir le rapport 2008, pp. 10-11.

<sup>2</sup> *Ibidem*, pp. 107-108.

L'incertitude liée à l'applicabilité dans le temps des dispositions jugées inconstitutionnelles peut justifier que la Cour prévienne cette insécurité juridique dans l'arrêt préjudiciel.

Il appartient à la Cour de rechercher, dans les affaires qui lui sont soumises, un juste équilibre entre l'intérêt de remédier à toute situation contraire à la Constitution et le souci de ne plus compromettre, après un certain temps, des situations existantes et des attentes qui ont été créées. Bien que le constat d'une inconstitutionnalité dans un arrêt préjudiciel soit déclaratoire, les principes de la sécurité juridique et de la confiance légitime peuvent dès lors justifier de limiter l'effet rétroactif qui peut découler d'un tel constat.

Dans l'arrêt *Marckx* du 13 juin 1979, la Cour européenne des droits de l'homme, se référant à l'arrêt *Defrenne* de la Cour de justice de l'Union européenne (CJCE 8 avril 1976, *Gabrielle Defrenne c. Sabena*, point 71) ainsi qu'au droit constitutionnel comparé, a observé que « les conséquences pratiques de toute décision juridictionnelle doivent être pesées avec soin », mais qu'« on ne saurait [...] aller jusqu'à infléchir l'objectivité du droit et compromettre son application future en raison des répercussions qu'une décision de justice peut entraîner pour le passé » et que le principe de sécurité juridique permet, dans certaines circonstances, de dispenser de remettre en cause les actes ou situations juridiques antérieurs au prononcé d'un arrêt constatant une violation de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH, 13 juin 1979, *Marckx c. Belgique*, § 58; voir aussi l'arrêt n° 18/91 du 4 juillet 1991, B.10). La Cour européenne des droits de l'homme a notamment admis qu'au regard du principe de la sécurité juridique, une cour constitutionnelle peut laisser un délai au législateur pour légiférer à nouveau, ce qui a pour conséquence qu'une norme inconstitutionnelle reste applicable pendant une période transitoire (CEDH, décision, 16 mars 2000, *Walden c. Liechtenstein*).

Le maintien des effets doit être considéré comme une exception à la nature déclaratoire de l'arrêt rendu au contentieux préjudiciel. Avant de décider de maintenir les effets d'un tel arrêt, la Cour doit constater que l'avantage tiré de l'effet du constat d'inconstitutionnalité non modulé est disproportionné par rapport à

la perturbation qu'il impliquerait pour l'ordre juridique. En ce qui concerne les différences de traitement soumises à la Cour, le constat, non modulé, d'inconstitutionnalité entraînerait dans de nombreuses affaires pendantes et futures une insécurité juridique considérable, et pourrait engendrer des difficultés financières graves pour un grand nombre d'employeurs. Par ailleurs, il convient de rappeler qu'un tel constat d'inconstitutionnalité pourrait faire obstacle aux efforts d'harmonisation que la Cour, dans son arrêt n° 56/93, a incité le législateur à réaliser.

La Cour décide en conséquence que les articles 52, § 1er, alinéas 2 à 4, et 59 de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail violent les articles 10 et 11 de la Constitution; elle maintient toutefois les effets de ces dispositions législatives jusqu'à ce que le législateur adopte de nouvelles dispositions, et au plus tard jusqu'au 8 juillet 2013.

## II. DROIT CONSTITUTIONNEL

### A. REPARTITION DES COMPETENCES<sup>1</sup>

#### 2. *Les pouvoirs implicites – La création de juridictions administratives par les communautés et les régions (arrêt n° 8/2011)*

Comme son intitulé l'indique, le décret de la Région flamande du 27 mars 2009 se donne pour objet d'adapter et de compléter « la politique d'aménagement du territoire, des autorisations et du maintien » en Région flamande.

La Cour a été saisie de recours en annulation portant sur plusieurs dispositions de ce décret, à savoir ses articles 36, 40, 58 et 104.

A l'appui de ces recours, les parties requérantes invoquaient la violation des règles répartitrices de compétence, d'une part, et d'articles du titre II de la Constitution combinés ou non avec des dispositions conventionnelles internationales ou des principes généraux du droit, d'autre part.

C'est sur la base de critiques relevant de cette seconde catégorie de moyens que la Cour annule, dans l'article 133/28, § 1er, alinéa 3, du décret de la Région flamande du 18 mai 1999 portant organisation de l'aménagement du territoire, tel qu'il a été remplacé par l'article 36 du décret précité de la Région flamande du 27 mars 2009, les mots « étant entendu que la demande ne fait jamais l'objet d'une enquête publique »; elle annule aussi l'article 133/71, § 2, 1°, b), 2°, b), et 3°, b), du même décret du 18 mai 1999, tel qu'il a été remplacé par l'article 36 du décret précité du 27 mars 2009, et elle maintient les effets de ces dispositions jusqu'au 31 juillet 2011.

Pour le surplus, la Cour rejette les recours, au terme d'une motivation dans le cadre de laquelle elle a, conformément à sa

<sup>1</sup> Voir aussi, dans le chapitre III du présent rapport, l'arrêt n° 97/2011.

jurisprudence, examiné en premier lieu la conformité des dispositions attaquée aux règles répartitrices de compétence, avant d'apprécier ensuite leur compatibilité avec les articles du titre II de la Constitution.

Parmi les critiques alléguant une violation des règles de compétence, certaines portaient sur les articles 114 et 133/56 du décret du 18 mai 1999, remplacés par l'article 36 attaqué. Selon les parties requérantes concernées, ces dispositions violaient les articles 39, 143, 144, 145 et 161 de la Constitution ainsi que les articles 6, § 1er, VI, alinéa 5, 6°, 10 et 19 de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, en ce qu'un permis de lotir annule les servitudes établies par le fait de l'homme et les obligations contractuelles.

Aux termes de l'article 114, § 2, alinéa 1er, du décret du 18 mai 1999, tel qu'il a été remplacé par l'article 36 attaqué, un permis de lotir annule les servitudes établies par le fait de l'homme et les obligations contractuelles liées à l'utilisation du terrain, pour autant qu'elles soient incompatibles avec le permis et qu'elles aient été explicitement mentionnées dans la demande; le champ d'application de cette disposition est dès lors limité aux servitudes établies par le fait de l'homme et ne porte pas sur les servitudes qui dérivent de la situation naturelle des lieux ni sur celles qui sont établies par la loi. En ce que l'article 114, § 2, alinéa 1er, du décret du 18 mai 1999 dispose qu'un permis de lotir annule les servitudes établies par le fait de l'homme, il déroge aux articles 703 à 710*bis* du Code civil, en prévoyant un mode d'extinction de servitudes qui ne figure pas dans ces dispositions du Code civil.

Le législateur décrétoal est compétent pour régler la matière de l'urbanisme et de l'aménagement du territoire dans son ensemble; il est dès lors en principe compétent pour prendre, en cette matière, toutes les dispositions qu'il estime devoir édicter pour mener à bien sa politique. Il s'ensuit que, dans les limites de sa compétence en matière de permis de lotir, le législateur décrétoal peut adopter une disposition qui déroge aux règles du droit commun inscrites dans le Code civil.

Les parties requérantes précitées faisaient également valoir que l'article 114, attaqué, du décret du 18 mai 1999 violerait les règles répartitrices de compétence mentionnées ci-dessus, en ce que cette disposition dispenserait l'autorité de l'obligation de réparation et limiterait le droit à réparation à une indemnité financière.

Aux termes de l'article 114, § 2, alinéa 2, du décret du 18 mai 1999, l'octroi d'un permis de lotir n'empêche nullement que les bénéficiaires de servitudes ou obligations exercent un éventuel droit à réparation à charge du demandeur. Bien qu'elle mentionne uniquement un droit à réparation à charge du demandeur, cette disposition n'exclut nullement une demande en réparation à l'encontre des pouvoirs publics; la disposition attaquée ne mentionne pas la forme que l'indemnité demandée doit prendre le cas échéant. Par conséquent, elle ne limite pas ce droit à réparation à une indemnité financière.

Toujours parmi les critiques alléguant une violation des règles de compétence, certaines portaient sur les articles 133/56 à 133/86 du décret du 18 mai 1999, remplacés par l'article 36 attaqué; ces dispositions violeraient les articles 39, 143, 144, 145, 146, 160 et 161 de la Constitution, ainsi que les articles 6, 10 et 19 de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, en ce que ces dispositions instituent le Conseil pour les contestations d'autorisations en tant que juridiction administrative, et en règlent la procédure.<sup>1</sup>

Après avoir relevé que l'article 133/56, alinéa 2, du décret du 18 mai 1999 confie au Conseil pour les contestations d'autorisations le soin de se prononcer, en tant que juridiction administrative, sur les recours intentés contre les décisions que cette disposition énumère, la Cour observe que les articles 145, 146 et 161 de la Constitution réservent à l'autorité fédérale la compétence d'établir des juridictions administratives, de définir leurs attributions et de fixer les règles de procédure qu'elles doivent respecter.

<sup>1</sup> Sur cette matière, voir le rapport 2003, pp. 13-17.

Etant donné que le Conseil pour les contestations d'autorisations est une juridiction administrative statuant sur des recours juridictionnels, le législateur décrétoal flamand n'était, en principe, pas compétent pour adopter les dispositions en cause. L'article 10 de la loi spéciale de réformes institutionnelles permet cependant au décret de disposer dans des matières pour lesquelles les parlements ne sont pas compétents; pour que cet article 10 puisse s'appliquer, il est requis que la réglementation adoptée soit nécessaire à l'exercice des compétences de la région, que la matière se prête à un régime différencié et que l'incidence des dispositions en cause sur la matière ne soit que marginale.

Il ressort des travaux préparatoires que le législateur décrétoal a jugé nécessaire de créer une juridiction administrative, d'une part, afin de remplacer le recours devant le Gouvernement flamand par une procédure de recours devant une instance impartiale et indépendante qui disposerait de l'expertise suffisante pour pouvoir juger si des décisions relatives à des autorisations sont conformes au bon aménagement du territoire et, d'autre part, afin de pouvoir garantir un examen rapide de ce recours. Il n'apparaît pas que cette appréciation soit erronée.

La matière de la procédure de recours contre une décision administrative par laquelle un permis est délivré ou refusé, une attestation *as-built* est délivrée ou refusée ou une construction est inscrite ou non dans le registre des permis se prête à un régime différencié, étant donné qu'il existe aussi, au niveau fédéral, des exceptions à la compétence générale du Conseil d'Etat et que la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat statue sur les recours en annulation des actes et règlements mentionnés à l'article 14, § 1er, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat pour autant seulement qu'il ne soit pas prévu de recours auprès d'une autre juridiction administrative.

Enfin, l'incidence sur la compétence réservée au législateur fédéral est marginale, dès lors que la compétence du Conseil pour les contestations d'autorisations est limitée aux recours introduits contre les décisions individuelles mentionnées à l'article 133/56, alinéa 2, du décret du 18 mai 1999. Aux termes de l'article 160 de la Constitution, la compétence et le fonctionnement du Conseil d'Etat

sont déterminés par la loi; en vertu de l'article 14, § 2, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat statue « sur les recours en cassation formés contre les décisions contentieuses rendues en dernier ressort par les juridictions administratives pour contravention à la loi ou pour violation des formes, soit substantielles, soit prescrites à peine de nullité ». Au cours des travaux préparatoires des dispositions attaquées, il a été expressément confirmé que la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat agit, en application de l'article 14, § 2, précité des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, en tant que juge de cassation à l'égard des décisions du Conseil pour les contestations d'autorisations, ce qui est nécessaire en l'espèce, en vue de l'appréciation du caractère marginal de la mesure. Par conséquent, les dispositions attaquées ne limitent pas exagérément les compétences du Conseil d'Etat, de sorte que le législateur décretaal n'a empiété que marginalement sur la compétence réservée en l'espèce au législateur fédéral.

Parmi les critiques alléguant une violation des règles de compétence, certaines portaient aussi sur l'article 133/56 du décret du 18 mai 1999, tel qu'il a été remplacé par l'article 36 attaqué; cette disposition violerait les articles 144 et 161 de la Constitution, en ce que le Conseil pour les contestations d'autorisations statuerait sur des contestations relatives à l'annulation de servitudes ou d'obligations contractuelles et se prononcerait dès lors sur des litiges portant sur des droits et obligations à caractère civil.

La Cour relève qu'il découle de l'article 133/56 précité que le Conseil pour les contestations d'autorisations se prononce, en tant que juridiction administrative, sur les décisions relatives aux autorisations, en ce compris sur les décisions administratives relatives à l'octroi d'un permis de lotir. Aux termes de l'article 114, § 2, du décret du 18 mai 1999, tel qu'il a été remplacé par l'article 36 attaqué, un permis de lotir annule les servitudes établies par le fait de l'homme ainsi que les obligations contractuelles liées à l'utilisation du terrain pour autant qu'elles soient incompatibles avec le permis et qu'elles aient été explicitement mentionnées dans la demande. Le litige devant le Conseil pour les contestations d'autorisations porte toutefois sur la décision de la députation d'octroyer ou non un permis de lotir, et non sur les servitudes et les

obligations contractuelles relatives à l'utilisation du terrain qui sont, le cas échéant, annulées par le permis de lotir. Lorsqu'une autorité statue sur une demande de permis de lotir, cette autorité agit dans l'exercice d'une fonction qui se trouve dans un rapport tel avec les prérogatives de puissance publique qu'elle se situe en dehors de la sphère des litiges de nature civile au sens de l'article 144 de la Constitution.

En conclusion, la Cour rejette les recours en annulation, hormis en ce qui concerne - dans la mesure précédemment exposée - l'article 133/28, § 1er, alinéa 3, et l'article 133/71, § 2, 1°, b), 2°, b), et 3°, b), du décret de la Région flamande du 18 mai 1999.

### **3. *Le renforcement de la transparence dans l'attribution des marchés publics de réviseurs en Région wallonne*** **(arrêt n° 9/2011)**

Le décret de la Région wallonne du 30 avril 2009 a trait, comme son intitulé en cerne l'objet, « aux missions de contrôle des réviseurs au sein des organismes d'intérêt public, des intercommunales et des sociétés de logement de service public et au renforcement de la transparence dans l'attribution des marchés publics de réviseurs par un pouvoir adjudicateur wallon »; il modifie certaines dispositions du décret du 12 février 2004 relatif aux commissaires du Gouvernement, du Code de la Démocratie locale et de la Décentralisation et du Code wallon du Logement. Un second décret « modifiant certaines dispositions du décret du 12 février 2004 relatif aux commissaires du Gouvernement pour les matières réglées en vertu de l'article 138 de la Constitution et relatif aux missions de contrôle des réviseurs au sein des organismes d'intérêt public ainsi qu'au renforcement de la transparence dans l'attribution des marchés publics de réviseurs par un pouvoir adjudicateur wallon » porte la même date du 30 avril 2009, et a été publié au *Moniteur belge* un jour après le précédent, soit le 27 mai 2009.

La Cour a été saisie de recours en annulation de ces décrets, introduits, notamment, par l'Institut des réviseurs d'entreprises.

Certains moyens étaient pris de la violation des règles de compétence, et d'autres de la violation du principe d'égalité et de non-discrimination.

En ce qui concerne le respect des *règles de compétence*, certains moyens alléguaient la violation des articles 35 et 39 de la Constitution, ainsi que de l'article 6, § 1er, VI, alinéas 3, 4, 1°, et 5, 5°, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, dispositions auxquelles était parfois joint l'article 10 de la loi spéciale du 8 août 1980 précitée. Il ressort de l'exposé des moyens que ceux-ci étaient dirigés exclusivement contre le mécanisme de rotation externe mis en œuvre par les dispositions attaquées. Les parties requérantes soutenaient que l'autorité fédérale est seule compétente pour organiser la profession de réviseur d'entreprises, et, notamment, les règles déontologiques applicables dans le cadre de cette profession; il était également soutenu que les décrets attaqués auraient pour effet de modifier le régime juridique applicable aux marchés publics, le révisorat d'entreprises constituant un marché de services, portant de la sorte atteinte à la compétence reconnue à l'autorité fédérale en la matière. En établissant une règle de rotation externe, les mêmes décrets altéreraient également les règles de désignation du commissaire contenues dans les articles 130 et suivants du Code des sociétés et, partant, méconnaîtraient la compétence réservée à l'autorité fédérale en vertu de l'article 6, § 1er, VI, alinéa 5, 5°, de la loi spéciale du 8 août 1980. La règle de rotation externe porterait encore atteinte aux principes de la libre circulation des services et de la liberté du commerce et de l'industrie, prévus par l'article 6, § 1er, VI, alinéa 3, de la même loi spéciale.

Les dispositions attaquées s'appliquent aux organismes d'intérêt public, aux intercommunales ainsi qu'aux sociétés de logement de service public qui relèvent de la compétence de la Région wallonne. Ainsi que cela ressort des travaux préparatoires précités, le législateur décrétoal a entendu intervenir sous l'angle du contrôle, par le biais de la fonction révisorale, de ces organismes, en modifiant les différentes législations qui s'y rapportent.

Le Constituant et le législateur spécial, pour autant qu'ils n'en aient pas disposé autrement, ont attribué aux communautés et aux

régions toute la compétence d'édicter les règles propres aux matières qui leur ont été transférées, en faisant usage, le cas échéant, de la compétence que leur attribue l'article 9 de la loi spéciale du 8 août 1980. La compétence que l'article 6, § 1er, VIII, de la loi spéciale du 8 août 1980 confère aux régions, en ce qui concerne les pouvoirs subordonnés, et celle que leur confère l'article 9 de la loi spéciale impliquent que les régions puissent prendre toutes les mesures propres à leur permettre de les exercer. Compétente en matière de logement en vertu de l'article 6, § 1er, IV, de la loi spéciale du 8 août 1980, la région peut confier à des sociétés de droit privé une mission de service public et soumettre ces sociétés à son contrôle, pour l'exercice de cette mission. Elle peut également imposer à ces sociétés des contraintes qui se justifient par le souci de mener une politique de logement.

Le législateur décrétoal peut déterminer le mode de contrôle des organismes d'intérêt public qu'il crée ou qui relèvent de sa compétence et, plus particulièrement, décider qu'il y a lieu de confier pareil contrôle à des réviseurs d'entreprises selon les conditions qu'il détermine, dans les cas où le recours aux réviseurs ne résulte pas nécessairement de la législation fédérale.

Partant du constat qu'il existait en Région wallonne, dans certains secteurs, une hégémonie de certains cabinets de réviseurs d'entreprises dans le secteur public, le législateur décrétoal a pu considérer qu'il convenait d'adopter des mesures complémentaires visant à accroître la qualité et l'efficacité des contrôles exercés dans ce secteur; en adoptant de telles mesures, le législateur décrétoal doit toutefois respecter le principe de proportionnalité, qui est inhérent à l'exercice de toute compétence.

L'établissement d'une règle de rotation externe, qui consiste à fixer une durée maximale de trois ans, renouvelable une seule fois de façon successive au niveau d'un même cabinet ou d'un même réseau, pour la nomination d'un ou de plusieurs réviseurs au sein des organismes publics wallons et des intercommunales wallonnes n'a pas pour objectif de régler l'organisation ou le contenu de la profession de réviseur d'entreprises : cette règle ne porte pas atteinte en effet aux structures de cette profession, pas plus qu'elle ne détermine la manière dont le contrôle des comptes est opéré par

les réviseurs. Par ailleurs, une telle mesure, compte tenu de ce qu'elle a un effet limité dans le temps pour les réviseurs qui se la voient appliquer, et de ce que son champ d'application est restreint aux seuls organismes visés ci-dessus, n'est pas de nature à rendre impossible ou exagérément difficile l'exercice, par le législateur fédéral, de sa compétence pour adopter des règles de déontologie relatives à cette profession. En ce qui concerne les règles relatives aux marchés publics, la mission exercée par le ou les réviseurs désignés pour contrôler les organismes d'intérêt public et les intercommunales en Région wallonne constitue effectivement un marché de services qui tombe dans le champ d'application de la loi du 24 décembre 1993; toutefois, le législateur décréteil, en adoptant la mesure de rotation externe, n'a pas voulu prendre des règles complémentaires en matière de marchés publics et n'a pas rendu impossible ou exagérément difficile l'exercice, par le législateur fédéral, de sa compétence en cette matière. L'incidence que la mesure attaquée a sur le droit des sociétés est marginale, de sorte que les compétences du législateur fédéral en la matière ne sont pas violées.

Toujours en ce qui concerne le respect des règles de compétence, un moyen alléguait la violation des articles 35 et 39 de la Constitution et de l'article 10 de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles; il était reproché aux décrets attaqués de formuler des règles déontologiques nouvelles à l'attention des réviseurs d'entreprises en leur imposant de ne plus prétendre à certains mandats au-delà de six années consécutives, de ne pas pouvoir accéder à d'autres en raison d'un conflit d'intérêts nouveau et, pour ceux qui pourraient y prétendre encore, de produire un rapport de transparence.

En établissant des règles d'exclusion qui ne concernent que des titulaires d'un mandat public et qui ont trait à l'exercice d'une mission révisoriale en Région wallonne au sein d'organismes publics qui relèvent de la compétence de cette Région, le législateur décréteil est resté dans les limites de la compétence que l'article 6, § 1er, IV et VIII, et l'article 9 de la loi spéciale du 8 août 1980 lui confèrent et n'a pas empiété sur la compétence fédérale relative aux réviseurs d'entreprises : ces règles ont, en effet, un champ d'application strictement limité et, comme l'indique le législateur décréteil

lui-même, ne portent nullement préjudice à l'application des règles d'indépendance édictées par les autorités fédérales, et qui sont notamment contenues dans la loi du 22 juillet 1953 créant un Institut des réviseurs d'entreprises et organisant la supervision publique de la profession de réviseur d'entreprises et dans l'arrêté royal du 10 janvier 1994 relatif aux obligations des réviseurs d'entreprises, ni à l'application des normes déontologiques adoptées par l'Institut des réviseurs d'entreprises. Il en est de même en ce qui concerne le rapport de transparence que doit transmettre un réviseur qui souhaite soumissionner pour un mandat de contrôle des comptes d'un organisme public relevant de la compétence de la Région wallonne : en effet, le législateur décrétoal a pu considérer qu'en vue de renforcer la transparence et la bonne information au sein des seuls organismes qui relèvent de la compétence de la Région, il y avait lieu d'imposer au réviseur la transmission d'un rapport de transparence à publier sur le site internet de la Région dans les trois mois suivant la fin de chaque exercice comptable; pareille mesure relève de la compétence du législateur décrétoal en application des articles 6, § 1er, IV et VIII, et 9 de la loi spéciale du 8 août 1980, et ne déroge pas à la règle générale inscrite à l'article 15 de la loi du 22 juillet 1953 créant un Institut des réviseurs d'entreprises et organisant la supervision publique de la profession de réviseur d'entreprises, qui impose aux réviseurs d'entreprises la publication, sur leur site, d'un rapport de transparence contenant des informations identiques à celles prescrites par les décrets attaqués.

La Cour examine ensuite si la règle d'exclusion en cause porte atteinte à la compétence du législateur fédéral en matière de marchés publics. Comme la Cour l'a précédemment relevé, l'autorité fédérale dispose d'une compétence exclusive pour en fixer les règles générales, sans préjudice pour les régions de la faculté de compléter ces règles, y compris par voie normative, afin de mener des politiques adaptées à leurs besoins pour autant que celles-ci n'aillent pas à l'encontre du cadre normatif défini par l'autorité fédérale. En l'espèce, les décrets attaqués, comme cela ressort des travaux préparatoires, établissent une règle d'exclusion destinée à prévenir les conflits d'intérêts entre l'exercice d'un mandat de réviseur et celui d'un mandat politique; pareille règle ne modifie pas les règles générales prévues par le législateur fédéral à l'article 10 précité de la loi du 24 décembre 1993, ni n'y déroge, mais ajoute à

ces règles une hypothèse supplémentaire d'interdiction, qui est limitée aux seuls organismes qui relèvent de la compétence de la Région wallonne, et qui contribue à renforcer l'impartialité des procédures de passation de marchés publics, ce qui s'inscrit dans l'objectif poursuivi par le législateur fédéral. Par l'adoption des règles d'exclusion attaquées, le législateur décrétoal n'a dès lors pas porté atteinte à la compétence du législateur fédéral relative aux marchés publics.

En ce qui concerne *le respect du principe d'égalité et de non-discrimination*, il était reproché au décret attaqué de prévoir une règle de rotation externe propre aux seuls réviseurs d'entreprises, à l'exclusion de toutes autres professions d'indépendants placés, à l'égard d'autorités publiques, dans la même situation; ce faisant, il violerait les articles 10 et 11 de la Constitution, lus isolément ou en combinaison avec le décret d'Allarde des 2 et 17 mars 1791 et avec l'article 1er du Premier Protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme.

La mission spécifique de contrôle des comptes des organismes publics que peuvent se voir attribuer les réviseurs d'entreprises constitue un critère pertinent, compte tenu de l'objectif poursuivi, de nature à justifier la distinction critiquée. En adoptant la règle de rotation externe critiquée, le législateur décrétoal n'a pas porté atteinte de manière disproportionnée aux droits des réviseurs en cause, dès lors que cette disposition présente un caractère temporaire, dans la mesure où elle n'empêche nullement le réviseur concerné de soumissionner à nouveau pour un mandat de réviseur auprès du même organisme public wallon au terme de son exclusion, et un caractère limité, puisqu'elle ne concerne que les organismes publics précités et n'empêche pas un réviseur de solliciter un mandat auprès d'un autre organisme que celui auprès duquel il a été désigné pendant six ans maximum.

Toujours en ce qui concerne *le respect du principe d'égalité et de non-discrimination*, il était également reproché aux décrets attaqués d'interdire l'attribution du mandat de réviseur à un membre des organes exécutifs ou législatifs que les décrets désignent, ou à un membre d'un réseau dont fait partie une personne morale ou une entité dans laquelle un membre des organes exécutifs ou législatifs

précités détient un intérêt patrimonial direct ou indirect et, par conséquent, d'établir une interdiction automatique d'accès aux marchés publics qu'ils visent; il était également reproché aux mêmes décrets de n'être applicables qu'aux réviseurs d'entreprises et aux marchés publics qui leur seraient attribués par un pouvoir adjudicateur wallon, à l'exclusion des autres professions comparables appelées à obtenir des marchés publics de la part du même pouvoir adjudicateur. Les moyens portant ces critiques avançaient, moyennant leur spécificité respective, la violation : des articles 10 et 11 de la Constitution; de l'article 6, § 1er, VI, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles; des principes généraux de sécurité juridique et de proportionnalité; de la liberté du commerce et de l'industrie reconnue par l'article 7 du décret d'Allarde des 2 et 17 mars 1791; du droit de propriété, garanti notamment par l'article 16 de la Constitution et par le Premier Protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme et, enfin, de la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, spécialement son article 45.

Après s'être référée à son argumentation antérieure en ce qui concerne le mécanisme de rotation externe organisé par les décrets attaqués, la Cour limite l'examen des moyens tirés de la violation des principes d'égalité et de non-discrimination au régime d'interdiction et au rapport de transparence imposés aux réviseurs qui entendent soumissionner pour un mandat de réviseur auprès d'un pouvoir adjudicateur wallon.

L'article 45 de la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services énonce les causes d'exclusion de la participation à un marché public en raison de la situation personnelle du candidat ou du soumissionnaire; si la Cour de justice de l'Union européenne reconnaît (arrêt *Michaniki AE*, C-213/07 du 16 décembre 2008) aux Etats une certaine marge d'appréciation pour édicter des causes d'exclusion supplémentaires, celles-ci ne peuvent toutefois porter sur les qualités professionnelles des soumissionnaires et doivent

garantir le respect des principes d'égalité de traitement et de transparence ainsi que du principe de proportionnalité.

La mesure attaquée n'a pas trait à un comportement lié à l'honorabilité professionnelle du réviseur candidat ou soumissionnaire, mais concerne une situation qui, en raison des risques de conflits d'intérêts qui pouvaient surgir dans le chef de certains réviseurs, a pu être jugée par le législateur décrétaal comme contraire aux principes d'égalité de traitement et de transparence.

**4. Les quotas d'émission de gaz à effet de serre et les activités aéronautiques : nécessité d'un accord de coopération entre l'Etat fédéral et les régions  
(arrêt n° 33/2011)**

La directive 2003/87/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 octobre 2003 « établissant un système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre dans la Communauté et modifiant la directive 96/61/CE du Conseil » vise à réduire les émissions anthropiques de gaz à effet de serre dans le cadre du protocole de Kyoto, en instaurant un système d'allocation et d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre au sein de l'Union européenne; la directive 2008/101/CE du 18 novembre 2008 du Parlement européen et du Conseil « modifiant la directive 2003/87/CE afin d'intégrer les activités aériennes dans le système communautaire d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre » tend, notamment, à soumettre le secteur de l'aviation au système européen d'allocation et d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre élaboré par la directive 2003/87/CE précitée.

La Cour a été saisie d'un recours en annulation du décret de la Région flamande du 8 mai 2009 « modifiant le décret REG du 2 avril 2004, en ce qui concerne l'extension relative aux activités aéronautiques », qui vise à transposer, pour la Région flamande, la directive 2008/101/CE précitée.

L'annexe I de la directive 2003/87/CE, telle qu'elle a été modifiée par l'annexe I de la directive 2008/101/CE, détermine les catégories d'activités aériennes auxquelles la directive s'applique. L'allocation

par chaque Etat membre de quotas d'émission aux exploitants d'aéronefs, au sens où l'article 3 de la directive 2003/87/CE entend ces notions, a lieu de deux manières, comme il ressort des articles 3*quater* et 3*quinqies* de la même directive 2003/87/CE, insérés par la directive 2008/101/CE : une grande partie de ceux-ci leur sont attribués gratuitement, tandis que les quotas résiduels sont vendus aux enchères par l'Etat membre responsable. Il ressort par ailleurs de l'article 12, paragraphe 2*bis*, de la directive 2003/87/CE, tel qu'il a été modifié par l'article 10, b), de la directive 2008/101/CE, que chaque exploitant d'aéronef restitue, au plus tard le 30 avril de chaque année, un nombre de quotas égal au total des émissions de l'année civile précédente résultant des activités aériennes visées à l'annexe I pour lesquelles il est considéré comme l'exploitant de l'aéronef; les Etats membres veillent à ce que les quotas restitués soient ensuite annulés. Pour limiter les charges administratives des exploitants d'aéronefs, la directive 2008/101/CE dispose qu'il ne peut y avoir qu'un seul Etat membre responsable pour chaque exploitant d'aéronefs, que désigne l'article 18*bis* de la directive 2003/87/CE, tel qu'il a été inséré par la directive 2008/101/CE. L'annexe au règlement (CE) n° 748/2009 de la Commission du 5 août 2009 « concernant la liste des exploitants d'aéronefs ayant exercé une activité aérienne visée à l'annexe I de la directive 2003/87/CE à compter du 1er janvier 2006 et précisant l'Etat membre responsable de chaque exploitant d'aéronefs » fixe la liste des exploitants d'aéronefs pour lesquels la Belgique est l'Etat membre responsable. Il s'agit d'une cinquantaine d'exploitants d'aéronefs, dont une dizaine ayant la Belgique pour Etat de l'exploitant et une trentaine ayant pour Etat de l'exploitant un Etat qui n'est pas membre de l'Union européenne.

L'article 20*bis* du décret du 2 avril 2004 « portant réduction des émissions de gaz à effet de serre en Région flamande par la promotion de l'utilisation rationnelle de l'énergie, l'utilisation de sources d'énergie renouvelables et l'application des mécanismes de flexibilité prévus par le Protocole de Kyoto » (ci-après : « le décret REG du 2 avril 2004 »), tel qu'il a été inséré par l'article 4 du décret attaqué du 8 mai 2009, règle l'attribution du contrôle administratif sur les différents exploitants d'aéronefs dont la Belgique est l'Etat responsable en vertu de l'article 18*bis* précité de la directive 2003/87/CE. L'article 20*ter*, §§ 6 à 8, du décret REG du

2 avril 2004, inséré par l'article 4 du même décret du 8 mai 2009, impose aux exploitants d'aéronefs une triple obligation : (1) à partir de l'année 2010, disposer annuellement, au plus tard le 1er janvier, d'un plan de suivi approuvé des émissions de CO<sub>2</sub>; (2) à partir de l'année 2011, introduire annuellement, au plus tard le 31 mars, un rapport satisfaisant vérifié des émissions de CO<sub>2</sub>; (3) à partir de l'année 2013, restituer annuellement, au plus tard le 30 avril, les quotas d'émission permettant de couvrir les émissions de CO<sub>2</sub> de l'année précédente. Pour chaque tonne d'équivalent CO<sub>2</sub> émise et pour laquelle, en violation de l'article 20<sup>ter</sup>, § 8, précité du décret REG du 2 avril 2004, aucun droit d'émission n'a été restitué, l'exploitant d'aéronef se voit infliger une amende administrative de 100 euros (article 26 du décret REG précité, modifié par l'article 5 du décret du 8 mai 2009). L'article 26<sup>bis</sup> du décret REG du 2 avril 2004, inséré par l'article 6 du décret du 8 mai 2009, dispose qu'une amende administrative est infligée à un exploitant d'aéronef qui ne dispose pas d'un plan de suivi approuvé des émissions de CO<sub>2</sub> ou qui n'introduit pas un rapport satisfaisant vérifié sur les émissions de CO<sub>2</sub>. Si ces mesures ne suffisent pas, le Gouvernement flamand peut inviter la Commission européenne à infliger une interdiction d'exploitation à un exploitant d'aéronef (article 26<sup>ter</sup> du décret REG, inséré par l'article 7 du décret du 8 mai 2009).

Le Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale, partie requérante, soutenait notamment que le décret attaqué du 8 mai 2009 violait les articles 5, 33, 35, 39, 134 et 143 de la Constitution et les articles 2 et 6 de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, dans la mesure où il réglerait des activités qui ont lieu dans l'espace aérien (première branche) ainsi que le trafic aérien (seconde branche).

Le Constituant et le législateur spécial, dans la mesure où ils n'en disposent pas autrement, ont attribué aux communautés et aux régions toute la compétence d'édicter les règles propres aux matières qui leur ont été transférées. Dès lors, en vertu de l'article 6, § 1er, II, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, les régions sont compétentes pour prévenir et combattre les différentes formes de pollution de l'environnement; le législateur régional trouve dans le 1° de cette disposition la compétence générale lui permettant de régler ce qui concerne la

protection de l'environnement, notamment celle de l'air, contre la pollution et les agressions. Il ressort des travaux préparatoires de la loi spéciale précitée que la compétence attribuée aux régions en matière de protection de l'air porte notamment sur les matières qui étaient réglées par la loi du 28 décembre 1964 relative à la lutte contre la pollution atmosphérique : or, en vertu de l'article 2 de la loi précitée du 28 décembre 1964, on entend par « pollution de l'atmosphère » « toute émission dans l'air, quelle qu'en soit la source, de substances gazeuses, liquides ou solides, susceptibles de porter atteinte à la santé humaine, de nuire aux animaux et aux plantes ou de causer un dommage aux biens ou aux sites ». Il résulte de ce qui précède que la compétence des régions en matière de protection de l'air comprend le pouvoir d'adopter des mesures afin de diminuer les émissions de gaz à effet de serre dans l'air : ce pouvoir ne se limite pas aux installations fixes, mais porte sur toutes les émissions de gaz à effet de serre, quelle que soit leur source; eu égard à l'impact des gaz à effet de serre sur l'environnement, et particulièrement sur le climat, les régions peuvent par conséquent prendre des mesures destinées à faire diminuer les émissions de gaz à effet de serre des aéronefs, pour autant qu'elles n'excèdent toutefois pas leur compétence territoriale.

Les articles 5, 39 et 134 de la Constitution, combinés avec les articles 2 et 19, § 3, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles et avec les articles 2, § 1er, et 7 de la loi spéciale du 12 janvier 1989 relative aux institutions bruxelloises, ont déterminé une répartition exclusive des compétences territoriales : un tel système suppose que l'objet de toute norme adoptée par un législateur régional puisse être localisé dans le territoire de sa compétence, de sorte que toute relation ou situation concrète soit réglée par un seul législateur.

Il découle de l'article 18*bis* précité de la directive 2003/87/CE que la Belgique est l'Etat responsable pour, d'une part, les exploitants d'aéronefs auxquels l'autorité belge compétente a, conformément aux dispositions du règlement (CEE) n° 2407/92 du Conseil du 23 juillet 1992 « concernant les licences des transporteurs aériens », délivré une licence d'exploitation valable et, d'autre part, les autres exploitants d'aéronefs pour lesquels l'estimation des émissions de

l'aviation attribuées à l'Etat responsable et liées aux vols effectués par eux pendant l'année de base est la plus élevée.

La compétence d'un Etat membre responsable s'étend à tous les vols des exploitants d'aéronefs concernés au départ ou à l'arrivée d'un aéroport situé sur le territoire d'un Etat membre de l'Union européenne.

Il ressort de l'article 20*bis* du décret REG du 2 avril 2004, tel qu'il a été inséré par l'article 4 du décret du 8 mai 2009, que la Région flamande exerce le contrôle administratif sur les exploitants d'aéronefs qui relèvent de la compétence administrative de la Belgique et dont la majorité des émissions de CO<sub>2</sub> émises durant l'année de référence est attribuée à la Région flamande; ce contrôle s'étend à tous les vols des exploitants d'aéronefs concernés au départ ou à l'arrivée d'un aéroport situé sur le territoire d'un Etat membre de l'Union européenne, y compris les vols qui ne décollent pas d'un aéroport situé sur le territoire de la Région flamande ou qui n'y atterrissent pas.

Bien que le critère inscrit à l'article 20*bis* du décret REG, permettant de localiser en Région flamande les émissions de gaz à effet de serre provenant de la navigation aérienne, s'inspire fortement du critère employé à l'article 18*bis* de la directive 2003/87/CE pour attribuer à un Etat membre déterminé de l'Union européenne, en vue de l'application de cette directive, la compétence concernant les exploitants d'aéronefs qui ne disposent pas d'un permis d'exploitation valable d'un Etat membre de l'Union européenne, il y a lieu de vérifier si ce critère respecte la répartition de compétence territoriale exclusive entre les régions et l'Etat fédéral.

Le critère utilisé à l'article 20*bis* du décret REG a pour effet que la Région flamande vise à exercer une compétence sur des émissions qui ne se produisent que très partiellement dans l'espace aérien de cette Région. En ce qui concerne les vols qui atterrissent sur un aéroport situé en Région flamande ou qui en décollent, ces émissions auront lieu principalement dans l'espace aérien extérieur à cette Région, en raison également de la superficie restreinte de cette Région et d'une navigation aérienne intrarégionale peu développée. Une partie de ces émissions aura lieu dans l'espace

aérien des autres régions ou dans l'espace aérien situé au-dessus des zones maritimes belges, qui relèvent territorialement de la compétence de l'autorité fédérale. Une partie plus importante encore desdites émissions se produira dans l'espace aérien d'autres Etats membres de l'Union européenne ou en dehors de celui-ci. Mais même les émissions de vols qui n'affectent aucunement l'espace aérien de la Région flamande sont visées, puisque le principe selon lequel il ne peut y avoir qu'une seule autorité responsable par exploitant d'aéronef a pour conséquence, s'il est combiné avec le critère de l'article 20*bis* du décret REG, que des émissions de certains vols qui affectent exclusivement d'autres régions ou d'autres Etats membres de l'Union européenne relèvent du champ d'application de la réglementation attaquée, dès qu'ils sont effectués par un exploitant d'aéronef qui relèverait de la compétence de la Région flamande par application du critère visé.

A l'inverse, toutes les émissions qui se produisent dans l'espace aérien de la Région flamande ne sont pas visées. Qui plus est, l'immense majorité desdites émissions échappe au champ d'application de la réglementation attaquée, parce que, bien qu'elles proviennent de vols décollant d'aérodromes situés en Région flamande ou qui y atterrissent, les vols en question sont néanmoins effectués par des exploitants d'aéronef pour lesquels interviennent d'autres Etats membres ou régions en tant qu'autorité responsable, ou parce qu'elles proviennent de vols effectués par de tels exploitants d'aéronef sans atterrissage en Région flamande.

Bien que le critère litigieux ressemble fortement au critère subsidiaire qui, pour des raisons de limitation des charges administratives pour les exploitants d'aéronef, est utilisé par la directive 2003/87/CE afin d'attribuer à un Etat membre déterminé le contrôle des émissions d'exploitants d'aéronef hors UE, il n'est pas approprié de faire relever de la compétence territoriale de la Région flamande les émissions de gaz à effet de serre provenant de la navigation aérienne pour lesquelles la Belgique est compétente en vertu de la directive précitée.

Après avoir considéré que toutes les dispositions du décret attaqué sont indissociablement liées, la Cour annule dès lors le décret de la

Région flamande du 8 mai 2009 « modifiant le décret REG du 2 avril 2004, en ce qui concerne l'extension relative aux activités aéronautiques ».

Elle a toutefois relevé, avant de conclure à cette annulation, que, sur la base de l'article 92*bis* de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, l'Etat, les communautés et les régions peuvent conclure des accords de coopération qui portent notamment sur la création et la gestion conjointes de services et institutions communs, sur l'exercice conjoint de compétences propres, ou sur le développement d'initiatives en commun; en outre, ils disposent d'autres instruments en vue de donner forme à leur coopération. En règle, l'absence de coopération dans une matière pour laquelle le législateur spécial ne prévoit pas d'obligation à cette fin n'est pas constitutive d'une violation des règles répartitrices de compétence. Toutefois, en l'espèce, les compétences de l'Etat fédéral et des régions sont devenues à ce point imbriquées, par suite, d'une part, de la nécessité en droit européen de n'avoir qu'une seule autorité responsable par exploitant d'aéronef et, d'autre part, de la nature principalement transrégionale des émissions causées pendant l'intégralité de leur vol par des aéronefs qui atterrissent dans une région ou qui en décollent, qu'elles ne peuvent plus être exercées que dans le cadre d'une coopération. Un accord de coopération entre l'Etat fédéral et les régions permettra du reste, si nécessaire, à l'exemple de la directive 2003/87/CE (article 18*ter*), d'associer à l'application du système les autorités aéronautiques fédérales compétentes.

En vertu de l'article 2 de la directive 2008/101/CE, les Etats membres doivent mettre en vigueur les dispositions législatives, réglementaires et administratives nécessaires pour se conformer à cette directive avant le 2 février 2010. Bien que le régime des droits d'émission négociables n'entre en vigueur que le 1er janvier 2012 pour les activités aéronautiques, les exploitants aériens et les autorités des Etats membres doivent adopter une série de mesures préparatoires au cours de la période qui précède cette entrée en vigueur. Dans l'intervalle, la Région wallonne a également transposé la directive précitée, par le décret du 6 octobre 2010 « modifiant le décret du 10 novembre 2004 instaurant un système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre, créant un

Fonds wallon Kyoto et relatif aux mécanismes de flexibilité du Protocole de Kyoto » (*Moniteur belge*, 22 novembre 2010). Afin d'éviter l'insécurité juridique qui résulterait de l'annulation et de permettre à la Belgique de continuer à donner exécution à la directive précitée, la Cour décide de maintenir les effets des dispositions annulées jusqu'à l'entrée en vigueur d'une réglementation résultant d'un accord de coopération conclu entre l'Etat fédéral et les régions en vue de la mise en œuvre de la directive 2008/101/CE, et au plus tard jusqu'au 31 décembre 2011.

**5. La coopération entre les communautés et l'autorité fédérale en matière d'attribution de certaines radiofréquences (arrêt n° 112/2011)**

La loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques prévoit, en son article 17, que « la coordination des radiofréquences en matière de radiodiffusion fait l'objet d'un accord de coopération avec les Communautés, en application de l'article 92*bis* de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles ». Sous l'empire de la réglementation antérieure, la coordination des radiofréquences susceptibles d'être utilisées pour la radiodiffusion avait lieu conformément à l'article 2 de l'arrêté royal du 10 janvier 1992 « réglementant la radiodiffusion sonore en modulation de fréquence dans la bande 87,5 MHz-108 MHz ». Lors des travaux parlementaires consacrés au projet de loi qui est devenu la loi du 13 juin 2005, il fut relevé que « la radiodiffusion doit d'abord faire l'objet d'un accord de coopération avec les communautés », en suite de quoi la disposition originaire a été adaptée.

Le Conseil d'Etat a demandé à la Cour si l'article 17 de la loi précitée du 13 juin 2005 est conforme aux règles établies par la Constitution ou en vertu de celle-ci pour déterminer les compétences respectives de l'Etat fédéral, des communautés et des régions, en particulier à l'article 127, § 1er, alinéa 1er, 1°, de la Constitution et aux articles 4, 6°, et 92*bis* de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, dans l'interprétation selon laquelle, d'une part, les communautés sont obligées de conclure un accord de coopération relatif à la coordination de radiofréquences avant de pouvoir exercer leurs compétences propres en matière d'attribution de

radiofréquences et, d'autre part, les communautés peuvent exercer leurs compétences en matière d'attribution de radiofréquences sans cet accord de coopération préalable.

Après avoir repris l'article 127, § 1er, de la Constitution, et les articles 4 et 92*bis* de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, la Cour relève que, sous réserve de l'exception qu'il a prévue, le législateur spécial a transféré aux communautés l'ensemble de la matière de la radiodiffusion et de la télévision : cette compétence permet aux communautés de régler les aspects techniques des émissions de radio et de télévision en tant qu'ils sont un accessoire de la matière de la radiodiffusion et de la télévision; cette compétence emporte aussi celle d'attribuer les fréquences, dans le respect des normes techniques qui sont du ressort de l'autorité fédérale. En effet, pour permettre l'intégration de chacune des ondes radioélectriques dans le réseau de toutes celles qui sont émises sur le territoire national et afin d'éviter les perturbations mutuelles, l'autorité fédérale est demeurée compétente pour assurer la police générale des ondes radioélectriques. Cette mission inclut la compétence d'élaborer les normes techniques relatives, et à l'attribution des fréquences, et à la puissance des émetteurs, qui doivent rester communes pour l'ensemble des radiocommunications, quelle que soit leur destination, ainsi que la compétence d'organiser un contrôle technique et d'assurer par la voie répressive le respect desdites normes. Cette compétence inclut celle de coordonner les radiofréquences destinées à la radiodiffusion dans la mesure où l'utilisation de celles-ci peut entraîner des interférences avec des fréquences utilisées à d'autres fins que la radiodiffusion ou par d'autres émetteurs de radiodiffusion relevant de la compétence d'une autre communauté. Toutefois, l'exercice de cette compétence doit être réglé de façon telle qu'il ne porte pas atteinte à la compétence des communautés auxquelles est en principe confiée la matière de la radiodiffusion; il s'ensuit que la coordination de radiofréquences destinées à la radiodiffusion n'est pas requise lorsqu'il s'agit de l'attribution d'une fréquence qui n'est pas susceptible de causer de telles perturbations.

La Cour observe par ailleurs que la directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 « relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de

communications électroniques » (directive « cadre ») prévoit qu'en raison de la convergence des secteurs des télécommunications, des médias et des technologies de l'information, tous les réseaux et services de transmission - en ce compris le réseau hertzien - doivent relever d'un même cadre réglementaire. Au cas où plusieurs autorités réglementaires existent au sein d'un Etat membre, les directives mentionnées imposent aux Etats membres de se charger de la coopération dans les sujets d'intérêt commun (article 3, paragraphe 4).

La Cour relève enfin l'existence d'un accord de coopération conclu le 17 novembre 2006 entre l'Etat fédéral, la Communauté flamande, la Communauté française et la Communauté germanophone « relatif à la consultation mutuelle lors de l'élaboration d'une législation en matière de réseaux de communications électroniques, lors de l'échange d'informations et lors de l'exercice des compétences en matière de réseaux de communications électroniques par les autorités de régulation en charge des télécommunications ou de la radiodiffusion et la télévision ». En vertu de l'article 9 de cet accord, un Comité interministériel des Télécommunications et de la Radiodiffusion et la Télévision est institué; ce comité a notamment pour mission d'organiser de manière concertée, dans le respect des compétences de chacun et selon les modalités et procédures fixées en Comité de concertation, la consultation mutuelle relative aux initiatives respectives concernant la rédaction d'un projet de législation sur la radiodiffusion et les télécommunications; cet accord de coopération est entré en vigueur le 19 septembre 2007.

Sauf exception prévue par la Constitution ou une loi à majorité spéciale, les règles répartitrices de compétence s'opposent en principe à ce qu'une loi ordinaire subordonne à la conclusion d'un accord de coopération l'exercice d'une compétence fédérale, et *a fortiori* une compétence communautaire.

En l'espèce, il convient toutefois de tenir compte de la nécessité de pourvoir à une coordination entre l'Etat fédéral et les communautés en la matière, et ce tant au niveau national qu'au niveau international. Cette coordination implique des obligations aussi bien pour l'autorité fédérale - qui doit prendre les initiatives

nécessaires aux fins d'éviter que se produisent les interférences visées ci-dessus - que pour les communautés, qui, avant d'exercer leurs propres compétences, doivent se soumettre à cette coordination. Dans ce contexte particulier, le principe de proportionnalité propre à tout exercice de compétence exige que les communautés et l'Etat fédéral exercent leurs compétences respectives en coopération afin de coordonner les radiofréquences dont l'utilisation par un émetteur de radiodiffusion peut aboutir à une interférence technique avec les émissions d'un opérateur relevant de la compétence d'une autre communauté ou avec les radiofréquences utilisées à d'autres fins que la radiodiffusion.

En renonçant à fixer unilatéralement la manière dont il exerce sa compétence relative à la coordination des radiofréquences, au profit de la conclusion d'un accord de coopération, l'autorité fédérale et les communautés fixant de commun accord la procédure à suivre, le législateur fédéral a entendu se conformer au principe de proportionnalité, énoncé ci-dessus. Les règles répartitrices de compétence s'opposent certes à ce qu'une loi ordinaire subordonne à la conclusion d'un accord de coopération l'exercice d'une compétence fédérale, et *a fortiori* d'une compétence communautaire : en principe, il n'appartient donc pas au législateur fédéral, se prononçant à la majorité ordinaire, de prendre une disposition telle que la disposition en cause. Le législateur fédéral ordinaire a toutefois pu agir de la sorte en l'espèce.

En premier lieu, il n'est pas question d'une modification de la répartition des compétences entre l'autorité fédérale et les communautés, mais uniquement de l'utilisation d'un autre instrument juridique permettant de déterminer de quelle manière sont exercées de telles compétences : le législateur n'a fait que concrétiser les obligations découlant du principe de proportionnalité, telles qu'elles avaient été fixées préalablement par la Cour dans sa jurisprudence relative aux radiocommunications, ce qui exige, comme il a été exposé ci-dessus, qu'un accord de coopération soit préalablement conclu en l'espèce; en d'autres termes, il faut tenir compte du fait que le législateur fédéral, se prononçant à la majorité ordinaire, n'a pas désigné *motu proprio* les matières pour lesquelles un accord de coopération est requis - ce qui serait manifestement contraire aux règles répartitrices de

compétence – mais qu'il s'est borné, dans les limites de sa compétence, à donner suite à l'exigence de coopération qui est imposée pour l'exercice des compétences en vertu du principe de proportionnalité. Par ailleurs, il a tenu compte de son obligation de transposer, dans les limites de sa compétence, la directive précitée et de l'exigence qui y est contenue de veiller, le cas échéant, à ce qu'une coopération ait lieu entre les différentes autorités nationales compétentes à propos de sujets d'intérêt commun. Au demeurant, la disposition en cause renforce le mécanisme de coordination entre l'Etat fédéral et les communautés qui était précédemment d'application : comme il a déjà été souligné, la coordination des radiofréquences fixée par l'Etat fédéral sous l'empire de l'ancienne réglementation a été effectivement précédée d'une consultation des autorités communautaires concernées. En outre, bien que toute forme de coopération implique inévitablement une limitation de l'autonomie des autorités concernées, la conclusion d'un accord de coopération qui est limité aux radiofréquences destinées à la radiodiffusion dont l'utilisation peut entraîner les interférences relevées plus haut ne peut davantage provoquer un échange, un abandon ou une restitution de compétence. Il s'ensuit qu'en adoptant la disposition en cause, le législateur fédéral n'a pas méconnu les règles répartitrices de compétence; ce constat ne vaut toutefois qu'à propos de la coordination des radiofréquences destinées à la radiodiffusion, visée ci-dessus.

Compte tenu de ce qui précède, la disposition en cause ne porte dès lors pas atteinte aux compétences attribuées aux communautés, en ce compris celle d'attribuer les fréquences puisque cette dernière ne peut être exercée que dans le respect des normes techniques, en ce compris de coordination des radiofréquences, élaborées au niveau fédéral. Elle ne rend pas davantage impossible ou exagérément difficile l'exercice des compétences culturelles attribuées aux communautés : chaque communauté a, au contraire, un intérêt évident à ce que soit établie une coordination efficace du spectre radioélectrique. En outre, les communautés non seulement ont été associées, via le Comité de concertation, à l'adoption de la disposition en cause, mais sont également appelées à participer à l'élaboration de la coordination des radiofréquences, au moyen d'un accord de coopération. Elles ont d'ailleurs conclu avec l'Etat fédéral

l'accord de coopération du 17 novembre 2006 qui prévoit une coordination partielle des compétences en la matière, comme il a déjà été rappelé.

Dans l'interprétation selon laquelle elle impose aux communautés de conclure avec l'autorité fédérale un accord de coopération relatif à la coordination des radiofréquences destinées à la radiodiffusion dont l'utilisation peut entraîner les interférences précitées avant de pouvoir exercer leur compétence propre en matière d'attribution de radiofréquences, la disposition en cause est conforme aux règles répartitrices de compétence. Dès lors, la question préjudicielle ne doit pas être examinée dans l'autre interprétation qui y est mentionnée.

La Cour décide en conséquence que l'article 17 de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques ne viole pas les règles répartitrices de compétences.

**6. La composition du Comité interministériel pour la distribution**  
(arrêt n° 126/2011)

La loi du 13 août 2004 relative à l'autorisation d'implantations commerciales remplace la loi du 29 juin 1975 relative aux implantations commerciales. Son article 11, § 1er, prévoit qu'« il est institué un Comité interministériel pour la distribution qui connaît les recours introduits contre les décisions du collège des bourgmestre et échevins, visées aux articles 8 et 9. Le Comité interministériel pour la distribution est composé des Ministres qui ont l'Economie, l'Emploi, les Classes moyennes et la Mobilité et les Transports dans leurs attributions et du Ministre de l'Economie de la Région où l'implantation commerciale est projetée, ou de leurs délégués. Le Roi arrête l'organisation et les règles de fonctionnement, la rémunération des membres ainsi que les règles d'incompatibilités ». La loi du 13 août 2004 précitée a pour objectif, selon les travaux préparatoires, de « simplifier la procédure et de raccourcir les délais de décisions en matière de permis socio-économique »; le Comité interministériel pour la Distribution (ci-après : le Comité) qu'elle institue connaît des recours qui

peuvent être introduits contre chaque décision du collège des bourgmestre et échevins ou du collège communal, y compris les autorisations implicites découlant d'une absence de décision, par le demandeur de l'autorisation, par le Comité socio-économique national ainsi que par sept membres de ce Comité.

Il a été demandé à la Cour de contrôler la conformité de l'alinéa 2 de l'article 11, § 1er, précité, aux articles 35, 39 et 134 de la Constitution, lus en combinaison avec l'article 6, § 1er, VI, ou avec l'article 92ter de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles; toutefois, en l'absence d'exécution de l'article 35 de la Constitution, la Cour ne peut opérer aucun contrôle au regard de cette disposition.

Après avoir visé les articles 39 et 134 de la Constitution, l'article 6, § 1er, VI, de la loi spéciale du 8 août 1980, tel qu'il a été modifié par la loi spéciale du 8 août 1988, ainsi que l'article 92ter, alinéa 1er, de la même loi spéciale, la Cour relève que la compétence exclusive attribuée au législateur fédéral pour régler les conditions d'accès à la profession comprend, notamment, le pouvoir de fixer toutes les règles en matière d'implantation d'établissements commerciaux.

La Cour est interrogée au sujet de la conformité de la disposition litigieuse aux règles répartitrices de compétence précitées en ce que la présence du ministre de l'Economie de la région concernée par la demande d'autorisation est prévue au sein du Comité, et plus particulièrement dans l'hypothèse qui se présente lorsque celui-ci statue dans une composition comprenant ce ministre régional et que, sans la présence de ce dernier, les quorums de présence et de vote n'auraient pas été atteints. Les quorums de présence et de vote sont fixés par les articles 6<sup>1</sup> et 7<sup>2</sup> de l'arrêté royal du 12 avril 2005 « déterminant l'organisation, le fonctionnement, la rémunération et les règles de l'incompatibilité du Comité interministériel pour la Distribution visé à l'article 11, § 1er, de la loi du 13 août 2004 relative à l'autorisation d'implantations commerciales ».

<sup>1</sup> « Article 6. Le Comité interministériel peut uniquement délibérer valablement lorsque la majorité des membres est représentée ».

<sup>2</sup> « Article 7. Le Comité interministériel pour la Distribution prend une décision, à la majorité de ses membres ».

L'article 92<sup>ter</sup>, alinéa 1<sup>er</sup>, de la loi spéciale du 8 août 1980 a pour objet d'organiser une participation obligatoire des communautés et des régions aux organes fédéraux qu'il vise, et ne concerne pas la mise en œuvre de procédés facultatifs de participation à des organes fédéraux; dès lors, lorsque la participation des représentants des communautés ou des régions aux organes qu'il crée est purement facultative, le législateur fédéral n'est pas tenu de recourir aux procédés imposés par cette disposition. Dans son avis relatif au projet de loi, la section de législation du Conseil d'Etat a également rappelé qu'« en vertu [du] principe [de l'autonomie des régions], l'autorité fédérale ne peut disposer qu'un organisme communautaire ou régional est représenté dans un organisme fédéral que si cette représentation est purement facultative ».

La disposition en cause, en prévoyant uniquement que le Comité est composé de quatre ministres fédéraux et d'un ministre régional, n'a ni pour objet ni pour effet d'imposer à ce dernier de faire partie du Comité; ainsi que le relève le Conseil d'Etat dans l'arrêt qui interroge la Cour, la présence du ministre régional au sein du Comité revêt un caractère facultatif. L'absence de deux des quatre ministres fédéraux membres du Comité lors d'une réunion de celui-ci est une circonstance factuelle fortuite qui ne saurait avoir pour conséquence de modifier le caractère facultatif de la participation de la région concernée au sein du Comité. Pour le surplus, s'il fallait éventuellement considérer que les règles relatives aux quorums de présence et de vote pourraient avoir pour conséquence de rendre obligatoire la présence du ministre régional au sein du Comité, il faudrait constater que ces règles sont établies par l'arrêté royal du 12 avril 2005 précité, et que la Cour n'est en conséquence pas compétente pour en connaître.

La Cour décide en conséquence que l'article 11, § 1<sup>er</sup>, alinéa 2, de la loi du 13 août 2004 relative à l'autorisation d'implantations commerciales ne viole pas les articles 39 et 134 de la Constitution, lus en combinaison avec l'article 6, § 1<sup>er</sup>, VI, ou avec l'article 92<sup>ter</sup> de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles.

## 7. *L'organisation de paris sur le résultat d'épreuves sportives* (arrêt n° 128/2011)

La loi du 10 janvier 2010 modifie, comme son intitulé l'indique, la législation relative aux jeux de hasard.

La Cour a été saisie de deux recours en annulation de plusieurs dispositions de cette loi, à savoir ses articles 4, 1°, 25, 42 et 53. Considérés globalement, ces recours alléguaient la violation, d'une part, des règles répartitrices de compétence et, d'autre part, des articles 10 et 11 de la Constitution, lus seuls ou combinés avec les articles 49, premier alinéa, et 56, premier alinéa, du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après : TFUE).

La Cour rejette l'ensemble des moyens, et notamment ceux tirés du non-respect des règles de compétence.

A cet égard, il était soutenu devant la Cour que les dispositions attaquées dans l'affaire 4929 violeraient l'article 143, § 1er, de la Constitution et l'article 4, 9° et 10°, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, dans la mesure où, d'une part, elles règlent les paris sportifs, alors qu'il s'agirait d'une compétence des communautés, et, d'autre part, elles rendraient impossible l'exercice de la compétence des communautés en matière de sport, ce qui serait contraire au principe de la loyauté fédérale.

Se référant à l'article 4, 9° et 10°, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, la Cour observe que la compétence des communautés en matière d'éducation physique, de sports et de vie en pleine air, d'une part, et de loisirs et de tourisme, d'autre part, n'implique pas la compétence de réglementer les jeux et les paris sur ces activités et, en particulier, les paris sur les résultats d'épreuves sportives. Les travaux préparatoires de la loi (spéciale) du 21 juillet 1971 relative à la compétence et au fonctionnement des conseils culturels pour la Communauté culturelle française et pour la Communauté culturelle néerlandaise (dont l'article 2, alinéa 1er, 9°, visait ces matières dans les mêmes termes que l'article 4, 9°, de la loi spéciale de 1980 précitée) indiquent que le législateur a entendu exclure la réglementation sur les paris de la compétence des

communautés. Par conséquent, l'autorité fédérale est compétente pour régler les jeux et paris, pour déterminer les conditions auxquelles peuvent s'exercer les activités qu'elle autorise et pour en organiser le contrôle.

L'article 3, 1°, de la loi du 7 mai 1999, modifié par l'article 4 attaqué, dispose que l'exercice des sports « ne sont pas des jeux de hasard au sens de la présente loi ». Dans les travaux préparatoires de cette disposition, le sport est défini comme « une activité physique exercée à titre de détente ou professionnel, comportant un aspect de jeu ou de compétition, qui exige ou stimule la condition physique et l'adresse et pour laquelle des règles déterminées s'appliquent ». Par conséquent, le législateur a lui-même exclu le sport du champ d'application de la loi.

Dans la mesure où l'article 53 attaqué abroge les articles 1er à 9 et 12, 1°, de la loi du 26 juin 1963, il y a lieu de constater que ces dispositions règlent l'organisation de paris sur les résultats d'épreuves sportives, autres que les paris hippiques, et non pas l'éducation physique, les sports, la vie en plein air, les loisirs ou le tourisme.

Pour le surplus, la partie requérante ne démontre pas comment les dispositions attaquées rendraient impossible l'exercice de la compétence des communautés en matière de sport.

**8. *L'assimilation du grade de master en droit à celui de licencié ou docteur en droit***  
**(arrêt n° 129/2011)**

Les lois du 30 décembre 2009 visent à adapter à la structure bachelier-master de l'enseignement supérieur les conditions de diplôme pour l'accès aux professions juridiques : la première loi vise les exigences de diplôme fixées dans des lois et règlements réglant une matière visée à l'article 77 de la Constitution, qui énumère les matières totalement bicamérales; la seconde loi vise les exigences de diplôme fixées dans des lois et règlements réglant une matière visée à l'article 78 de la Constitution, qui concerne la procédure partiellement bicamérale. A l'exception de la référence aux

dispositions constitutionnelles précitées, le contenu des deux lois attaquées est identique.

La Cour a soulevé d'office le moyen suivant : « L'article 2 des lois attaquées est-il conforme à l'article 127, § 1er, alinéa 1er, 2°, de la Constitution, en ce qu'il subordonne l'assimilation du grade de master en droit à la licence ou au doctorat en droit à la condition que, dans le cadre de l'obtention du diplôme de bachelier ou de master, le titulaire du diplôme de master en droit doit avoir passé un examen sur des matières déterminées auprès d'une institution belge d'enseignement supérieur ? ».

Il y a lieu de faire une distinction entre, d'une part, la législation sur l'enseignement, pour laquelle les communautés sont compétentes, et, d'autre part, la réglementation de l'accès à une profession, pour laquelle le législateur fédéral est compétent. La fixation d'un programme d'études sur la base duquel un diplôme peut être obtenu est une matière d'enseignement. Faire dépendre l'accès à une profession de la possession d'un diplôme ou d'autres exigences revient à régler les conditions d'accès à la profession.

La compétence de régler les conditions d'accès à la profession, que l'article 6, § 1er, VI, alinéa 5, 6°, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles réserve au législateur fédéral, comprend le pouvoir de fixer les règles en matière d'accès à certaines professions. Le fait que ces règles, comme c'est l'usage, contiennent des exigences de formation et de diplôme n'en fait pas une matière d'enseignement au sens de l'article 127, § 1er, alinéa 1er, 2°, de la Constitution. Il appartient dès lors au législateur fédéral d'établir quels diplômes il prend en compte pour régler l'accès à une profession, à condition de traiter à cet égard de manière identique les diplômes équivalents et de tenir compte de la réglementation adoptée par les communautés.

L'article 2 des lois attaquées ne se borne pas, en ce qui concerne les exigences de diplôme pour l'accès aux professions juridiques, à assimiler le grade de master en droit à celui de licencié ou de docteur en droit : il ajoute que le titulaire du diplôme de master en droit doit, dans le cadre de l'obtention du diplôme de bachelier ou de master, avoir passé un examen sur des branches déterminées

auprès d'une institution belge d'enseignement supérieur. Cette condition concerne le programme d'études sur la base duquel le diplôme de master en droit peut être obtenu. L'ajout de cette condition ne peut être interprété que comme une reconnaissance d'équivalence de diplômes, laquelle est réservée aux communautés, en vertu de l'article 127, § 1er, alinéa 1er, 2°, de la Constitution. Sans doute le législateur fédéral est-il demeuré compétent, en vertu de cette disposition, pour fixer les conditions minimales de délivrance des diplômes, mais ces dernières ne concernent pas le contenu de l'enseignement et en particulier le programme d'études.

La Cour décide dès lors que l'article 2 des lois attaquées viole l'article 127, § 1er, alinéa 1er, 2°, de la Constitution en ce qu'il subordonne l'assimilation du grade de master en droit à celui de licencié ou docteur en droit à la condition que le titulaire du diplôme de master en droit ait, dans le cadre de l'obtention du diplôme de bachelier ou de master, passé un examen sur des branches déterminées auprès d'une institution belge d'enseignement supérieur; elle annule en conséquence, dans l'article 2 des lois attaquées, les mots que précise le dispositif.

**9. Le transfert à d'autres Etats des matières, équipements et données technologiques nucléaires**  
(arrêt n° 168/2011)

Les articles 25 et 26 de la loi du 28 avril 2010 « portant des dispositions diverses » modifient plusieurs dispositions de la loi du 9 février 1981 relative aux conditions d'exportation des matières et équipements nucléaires, ainsi que des données technologiques nucléaires. L'article 25 a supprimé les mots « à destination de pays non dotés d'armes nucléaires » dans l'article 1er de la loi précitée du 9 février 1981. L'article 26 de la loi du 28 avril 2010 ajoute un point 4 à l'article 3 de la loi précitée du 9 février 1981, qui dispose que le Roi détermine, par arrêté délibéré en Conseil des ministres, « les conditions dans lesquelles le transfert d'autres matières, équipements et données technologiques que ceux déterminés dans l'article 2, est soumis à l'autorisation visée à l'article 1er, parce qu'il peut être lié au développement, à la production ou à l'utilisation d'armes nucléaires ou d'autres dispositifs nucléaires explosifs »;

l'article 2 de cette dernière loi - auquel renvoie l'article 3, 4°, de cette même loi - prévoit que « les matières, équipements et données technologiques, visés à l'article 1er sont précisés par le Roi, compte tenu des accords internationaux régissant le domaine nucléaire et auxquels la Belgique est partie contractante »; ces matières, équipements et données technologiques ont été fixés par l'arrêté royal du 12 mai 1989 relatif au transfert à destination de pays non dotés d'armes nucléaires, des matières nucléaires, des équipements nucléaires, des données technologiques nucléaires et leurs dérivés.

La Cour a été saisie d'un recours en annulation des articles 25 et 26 précités, recours formé par le Gouvernement flamand.

Le Gouvernement flamand reprochait tout d'abord aux dispositions attaquées de ne pas être conformes aux règles répartitrices de compétence contenues dans les articles 39 et 134 de la Constitution, combinés avec l'article 6, § 1er, VI, alinéa 1er, 4°, et alinéa 5, 8°, et VII, alinéa 2, b), de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles : les matières réglées par les dispositions attaquées relèveraient de « l'importation, l'exportation et le transit d'armes, de munitions, et de matériel devant servir spécialement à un usage militaire ou de maintien de l'ordre et de la technologie y afférente ainsi que des produits et des technologies à double usage » visés à l'article 6, § 1er, VI, alinéa 1er, 4°, et alinéa 5, 8°, de la loi spéciale du 8 août 1980, et non du « cycle du combustible nucléaire » visé à l'article 6, § 1er, VII, alinéa 2, b), de la même loi spéciale.

La loi du 9 février 1981, dont les articles 1er et 3 sont modifiés par les dispositions attaquées, interdit le transfert de matières nucléaires, d'équipements nucléaires et de données nucléaires technologiques ou de leurs dérivés à d'autres Etats, sauf à des fins d'utilisation pacifique et moyennant les contrôles requis; chaque transfert est soumis à une autorisation préalable, délivrée par le ministre qui a l'énergie dans ses attributions, après avis d'une commission dont les membres sont désignés par le Roi (article 1er). L'article 25 attaqué de la loi du 28 avril 2010 a pour effet que cette autorisation préalable n'est pas requise uniquement pour un transfert de matières nucléaires, d'équipements nucléaires et de données technologiques nucléaires ou de leurs dérivés à des Etats non dotés de l'arme nucléaire - par quoi il faut entendre, selon les

travaux préparatoires de la loi du 9 février 1981 « [les] Etats qui n'ont pas fabriqué et n'ont pas fait exploser une arme nucléaire ou un autre dispositif nucléaire explosif avant le 1er février 1967 » -, mais également pour un transfert à des Etats dotés de l'arme nucléaire. Par ailleurs, en adoptant l'article 26, attaqué, de la loi du 28 avril 2010, le législateur a voulu, selon les travaux préparatoires, que l'autorisation préalable s'appliquât aux transferts de matières, d'équipements et de données technologiques qui « ne sont pas repris dans les listes d'exportations nucléaires, mais qui peuvent bien être liées à un programme d'armement nucléaire dans le pays de destination », parce que « certains équipements qui ne figurent pas sur les listes de contrôle nucléaire, peuvent également être utilisés pour un programme nucléaire ».

L'alinéa 1er, 4°, et l'alinéa 5, 8°, de l'article 6, § 1er, VI, de la loi spéciale du 8 août 1980 ont été respectivement insérés et modifiés par la loi spéciale du 12 août 2003 modifiant la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles. Cette loi spéciale du 12 août 2003 a attribué la compétence concernant « l'importation, l'exportation et le transit d'armes, de munitions et de matériel devant servir spécialement à un usage militaire ou de maintien de l'ordre et de la technologie y afférente ainsi que des produits et des technologies à double usage » aux régions, toutefois « sans préjudice de la compétence fédérale pour l'importation et l'exportation concernant l'armée et la police et dans le respect des critères définis par le Code de conduite de l'Union européenne en matière d'exportation d'armements ». Faisant suite à la suggestion faite en ce sens par le Conseil d'Etat, les travaux préparatoires de la loi spéciale du 12 août 2003 ont à plusieurs reprises fait référence, pour la définition de la notion de « produits et technologies à double usage », au règlement (CE) n° 1334/2000 du Conseil du 22 juin 2000 instituant un régime communautaire de contrôles des exportations de biens et technologies à double usage. Il s'ensuit que la loi spéciale du 12 août 2003 a attribué aux régions non seulement la compétence en matière d'importation, d'exportation et de transit d'armes, de munitions et de matériel devant servir spécialement à un usage militaire ou de maintien de l'ordre et de la technologie y afférente, mais également la compétence en matière d'importation, d'exportation et de transit de produits et de technologies susceptibles d'avoir une utilisation tant civile que militaire, en ce compris les biens qui peuvent à la fois

être utilisés à des fins non explosives et entrer de manière quelconque dans la fabrication d'armes nucléaires ou d'autres dispositifs nucléaires explosifs.

Etant donné que les matières, les équipements et les données technologiques et leurs dérivés, visés aux articles 1er et 3 de la loi du 9 février 1981, tels qu'ils ont été modifiés par les dispositions attaquées, sont susceptibles d'avoir une utilisation tant civile que militaire et peuvent entrer dans la fabrication d'armes nucléaires ou d'autres dispositifs nucléaires explosifs, ils concernent des « produits et technologies à double usage » au sens de l'article 6, § 1er, VI, alinéa 1er, 4°, et alinéa 5, 8°, de la loi spéciale du 8 août 1980 : les régions sont dès lors compétentes pour régler l'exportation de ces matières, équipements et données technologiques et leurs dérivés en la soumettant, entre autres, à une autorisation.

Les travaux préparatoires de la loi spéciale du 12 août 2003 font toutefois également apparaître que, lors du transfert aux régions des matières visées à l'article 6, § 1er, VI, alinéa 1er, 4°, de la loi spéciale du 8 août 1980, le législateur spécial n'a pas voulu toucher à la compétence de l'autorité fédérale pour les matières réglées dans la loi du 9 février 1981. Cette réserve concernant les compétences attribuées aux régions s'inscrit du reste dans la ligne d'autres restrictions des compétences attribuées aux régions, contenues dans la loi spéciale du 8 août 1980, touchant les matières nucléaires, comme celles concernant le cycle du combustible nucléaire, visé à l'article 6, § 1er, VII, alinéa 2, b), et celles concernant la protection contre les rayonnements ionisants, en ce compris les déchets radioactifs, visée à l'article 6, § 1er, II, alinéa 2, 2°.

Il découle de ce qui précède que l'exportation des matières, équipements et données technologiques et de leurs dérivés, visés aux articles 1er et 3 de la loi du 9 février 1981, peut être soumise, par les régions, à des autorisations, sur la base de l'article 6, § 1er, VI, alinéa 1er, 4°, de la loi spéciale du 8 août 1980, et, par l'autorité fédérale, à l'autorisation préalable visée dans la loi du 9 février 1981. A cet égard, il n'est pas nécessaire d'examiner si la matière fédérale en question relève ou non du « cycle du combustible nucléaire »,

visé à l'article 6, § 1er, VII, alinéa 2, b), de la loi spéciale du 8 août 1980, ou s'il relève des compétences résiduelles de l'autorité fédérale.

Le Gouvernement flamand reprochait également aux dispositions attaquées de ne pas être conformes aux règles répartitrices de compétence contenues aux articles 39, 134 et 167 de la Constitution, combinés avec l'article 92bis, § 4bis, de la loi spéciale du 8 août 1980 : faute d'un accord de coopération sur la participation belge à l'Agence internationale de l'Energie atomique, le législateur fédéral ne pouvait adopter les dispositions attaquées sans se concerter avec les gouvernements de région.

L'article 92bis, § 4bis, de la loi spéciale du 8 août 1980 règle la coopération entre l'autorité fédérale, les communautés et les régions en ce qui concerne la représentation de la Belgique auprès d'organisations internationales et supranationales, la prise de position dans ces organisations, la préparation des négociations et des décisions dans ces organisations et le suivi des travaux de ces organisations : cette disposition n'impose pas à l'autorité fédérale l'obligation de se concerter avec les communautés ou les régions lors de l'adoption de lois – que celles-ci visent ou non à donner exécution à des obligations contractées au niveau international. Les autres dispositions invoquées dans le moyen ne comportent pas davantage une telle obligation.

Le Gouvernement flamand soutenait enfin que les dispositions attaquées seraient contraires à l'article 92bis, § 1er, de la loi spéciale du 8 août 1980, au principe de proportionnalité et au principe de la loyauté fédérale, en ce que la matière fédérale visée dans la loi du 9 février 1981 et la matière régionale visée à l'article 6, § 1er, VI, alinéa 1er, 4°, de la loi spéciale du 8 août 1980 seraient à ce point imbriquées qu'elles ne pourraient être réglées qu'en coopération.

L'article 92bis, § 1er, de la loi spéciale du 8 août 1980 prévoit seulement une possibilité - et non une obligation - pour l'autorité fédérale, les communautés et les régions de conclure des accords de coopération portant, entre autres, sur la création et la gestion conjointes de services et institutions communs, sur l'exercice conjoint de compétences propres et sur le développement

d'initiatives en commun. L'absence d'un accord de coopération dans une matière pour laquelle, comme c'est le cas en l'espèce, le législateur spécial ne prévoit pas d'obligation à cette fin n'est pas, en principe, constitutive d'une violation des règles de compétence; il appartient aux autorités exerçant des compétences complémentaires d'apprécier l'opportunité de faire usage de la possibilité mentionnée à l'article 92bis, § 1er, de la loi spéciale du 8 août 1980.

Dans l'exercice de leurs compétences, les législateurs doivent certes respecter le principe de proportionnalité, qui est inhérent à tout exercice de compétence : ce principe interdit à toute autorité de mener la politique qui lui a été confiée d'une manière telle qu'il devient impossible ou exagérément difficile pour une autre autorité de mener efficacement la politique qui lui a été confiée. La circonstance que les dispositions attaquées peuvent avoir une incidence sur la compétence des régions visée à l'article 6, § 1er, VI, alinéa 1er, 4°, de la loi spéciale du 8 août 1980 ne suffit toutefois pas pour conclure à une violation du principe de proportionnalité. En outre, la compétence visée de l'autorité fédérale et la compétence régionale précitée ne sont pas à ce point imbriquées que la première ne puisse être exercée qu'en coopération. Les dispositions attaquées ne violent pas le principe de proportionnalité qui doit être respecté dans l'exercice de compétences.

En conclusion, la Cour rejette le recours introduit contre les articles 25 et 26 de la loi du 28 avril 2010 « portant des dispositions diverses ».

#### **10. Les subsides aux projets d'infrastructure communale consacrés aux crèches dans la Région de Bruxelles-Capitale (arrêt n° 184/2011)**

L'ordonnance du 14 décembre 2009 contenant le Budget général des Dépenses de la Région de Bruxelles-Capitale pour l'année budgétaire 2010 prévoit l'allocation de base 10.005.28.01.63.21, qui relève de l'activité 28 (« Subventions d'investissement et autres transferts en capital aux communes et CPAS ») du programme 05 (« Financement de projets spécifiques des communes ») de la mission 10 (« Soutien et accompagnement des pouvoirs locaux ») de

la section I (« Dépenses des services du Gouvernement ») du tableau budgétaire; cette allocation est libellée « Subventionnements aux projets d'infrastructure communale consacrés aux crèches ». Elle concerne l'attribution de subventions facultatives (article 13, alinéa 3, de l'ordonnance de la Région de Bruxelles-Capitale du 14 décembre 2009 « contenant le Budget général des Dépenses de la Région de Bruxelles-Capitale pour l'année budgétaire 2010 ») et est justifiée comme suit : « Subventions aux communes pour la création de places dans les infrastructures communales réservées à l'accueil de la petite enfance. Le crédit a été augmenté à concurrence de 50 % ». Le programme 05 précité est notamment commenté comme suit : « Dans le cadre du financement spécifique des communes, il faut souligner également le renforcement de l'effort de la Région pour créer des places en crèche via l'inscription d'un crédit budgétaire de 4.500.000 euros. Un nouvel appel à projets sera lancé dès début 2010 à destination des communes ».

La Cour a été saisie d'un recours en annulation de la disposition précitée, dans le cadre duquel elle était invitée à statuer sur la conformité de cette disposition à l'article 5, § 1er, II, 1°, et à l'article 6, § 1er, VIII, 9° et 10°, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, en ce que cette disposition réglerait la matière communautaire de la politique familiale.

Après avoir cité les articles 128 et 135 de la Constitution, la Cour observe que, selon les travaux préparatoires, la matière visée par l'article 5, § 1er, II, 1°, de la loi spéciale du 8 août 1980 comprend notamment « l'aide et l'assistance matérielle, sociale, psychologique, morale et éducative aux enfants, en ce compris la politique d'accueil des enfants, soit que cette aide et cette assistance soient données directement, soit par la voie d'associations et institutions, en ce compris l'Œuvre nationale de l'Enfance ». Par ailleurs, en considération des articles 135 et 138 de la Constitution, de l'article 63, alinéa 1er, de la loi spéciale du 12 janvier 1989 relative aux institutions bruxelloises, de l'article 3, 7°, du décret II de la Communauté française du 19 juillet 1993 « attribuant l'exercice de certaines compétences de la Communauté française à la Région wallonne et à la Commission communautaire française », de l'article 3, 7°, du décret II de la Région wallonne du 22 juillet 1993 « attribuant l'exercice de certaines compétences de la Communauté

française à la Région wallonne et à la Commission communautaire française » et de l'article 3, 7°, du décret III de la Commission communautaire française du 22 juillet 1993 « attribuant l'exercice de certaines compétences de la Communauté française à la Région wallonne et à la Commission communautaire française », la Cour relève que, sur le territoire de la Région de Bruxelles-Capitale, la politique familiale au sens de l'article 5, § 1er, II, 1°, précité est une matière qui est réglée par plusieurs législateurs : la Communauté flamande est compétente à l'égard des institutions qui y sont établies et qui, en raison de leur organisation, doivent être considérées comme appartenant exclusivement à cette Communauté; la Commission communautaire française est compétente à l'égard des institutions qui y sont établies et qui, en raison de leur organisation, doivent être considérées comme appartenant exclusivement à la Communauté française; la Communauté française reste compétente pour régler ce qui relève des missions confiées à l'Office de la naissance et de l'enfance; la Commission communautaire commune est, quant à elle, compétente pour régler les aspects de cette matière qui échappent à la compétence des trois législateurs décrets précités. La Région de Bruxelles-Capitale n'est, par contre, pas compétente pour régler cette matière.

L'allocation de base contestée permet le financement complémentaire de crèches communales : l'ordonnance du 14 décembre 2009 règle, dans cette mesure, la politique familiale au sens de l'article 5, § 1er, II, 1°, de la loi spéciale du 8 août 1980.

La Cour poursuit en visant, outre l'article 39 de la Constitution, l'article 6, § 1er, VIII, 9° et 10°, de la loi spéciale du 8 août 1980, tel que remplacé par l'article 4 de la loi spéciale du 13 juillet 2001 « portant transfert de diverses compétences aux régions et communautés », ainsi que l'article 4, alinéa 1er, de la loi spéciale du 12 janvier 1989 relative aux institutions bruxelloises. Le « financement général des communes » concerne les « modes de financement généralement quelconques en vertu desquels les communes [...] sont financées, suivant les critères qui ne sont pas directement liés à une mission ou tâche spécifique ».

S'agissant du financement de tâches communales spécifiques, l'allocation de base contestée est étrangère à la matière du financement général des communes au sens de l'article 6, § 1er, VIII, 9°, de la loi spéciale du 8 août 1980. Elle relève, comme indiqué précédemment, d'une matière communautaire, de sorte qu'elle ne peut davantage être considérée comme traduisant l'exercice, par la Région de Bruxelles-Capitale, de sa compétence relative au financement des missions à remplir par les communes, au sens de l'article 6, § 1er, VIII, 10°, de la même loi.

L'article 178 de la Constitution prévoit que « dans les conditions et suivant les modalités déterminées par la loi adoptée à la majorité prévue à l'article 4, dernier alinéa, le Parlement de la Région de Bruxelles-Capitale transfère, par la règle visée à l'article 134, des moyens financiers à la Commission communautaire commune et aux Commissions communautaires française et flamande ». Ce transfert financier concerne des « matières communautaires visées à l'article 108<sup>ter</sup>, § 3, alinéa 1er, [actuellement l'article 136] de la Constitution [qui] sont celles qui sont attribuées, ou seront attribuées, à la Communauté française et à la Communauté flamande » (article 61 de la loi spéciale du 12 janvier 1989 relative aux institutions bruxelloises) : il peut donc porter sur l'accueil de l'enfance dans les crèches communales sises en Région de Bruxelles-Capitale. En exécution de l'article 178 précité, l'article 83<sup>bis</sup> de la loi spéciale du 12 janvier 1989 relative aux institutions bruxelloises prévoit que « sous réserve des articles 83<sup>ter</sup> et 83<sup>quater</sup>, le Parlement de la Région de Bruxelles-Capitale peut, à partir de l'année budgétaire 1995, transférer aux Commissions communautaires française et flamande des moyens qui seront répartis suivant la clé de répartition de 80 p.c. pour la Commission communautaire française et de 20 p.c. pour la Commission communautaire flamande ». La Région de Bruxelles-Capitale est donc compétente pour pourvoir au financement des commissions communautaires.

L'allocation de base contestée permet le financement complémentaire de crèches communales. Les moyens accordés dans l'allocation de base contestée sont toutefois transférés aux communes et non aux commissions communautaires, dans les conditions prévues par l'article 83<sup>bis</sup> de la loi spéciale du 12 janvier

1989 relative aux institutions bruxelloises. La Cour annule en conséquence l'allocation de base 10.005.28.01.63.21 de l'ordonnance du 14 décembre 2009 contenant le Budget général des Dépenses de la Région de Bruxelles-Capitale pour l'année budgétaire 2010.

Elle relève que cette annulation ne peut toutefois avoir pour conséquence que le financement alloué sur la base de cette disposition doive être remboursé. Plusieurs projets d'infrastructure qui ont été financés sont déjà réalisés et d'autres sont en cours d'exécution. Une annulation rétroactive aurait pour effet que plusieurs acteurs qui ont pu invoquer de bonne foi une disposition budgétaire et une décision des pouvoirs publics fondée sur cette disposition pourraient rencontrer des problèmes financiers. Par application de l'article 8 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle, la Cour maintient dès lors, définitivement, les effets de la disposition annulée.

## B. DROIT ET LIBERTES

### 11. *L'inviolabilité du domicile, le droit d'accès à un juge et le respect du contradictoire en matière de douanes et accises (arrêt n° 10/2011)*

Les articles 197 et 198, § 3, de la loi générale sur les douanes et accises, coordonnée par l'arrêté royal du 18 juillet 1977, (ci-après : la LGDA) font partie d'une réglementation qui vise à combattre l'ampleur et la fréquence des fraudes dans cette matière particulièrement technique et transfrontalière, qui est également régie par une abondante réglementation européenne.

Ces dispositions font plus particulièrement partie du chapitre « concernant les visites et recensements en matière d'accises ».

La Cour a été interrogée sur la constitutionnalité des dispositions précitées, considérées sous les aspects visés ci-après : en ce que lesdites dispositions violeraient, ou non, le droit à l'inviolabilité du domicile, inscrit à l'article 15 de la Constitution, combiné avec l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, si

elles sont interprétées en ce sens que le juge de police peut autoriser l'accès à des locaux habités sans communication de documents, ni explications verbales ou motivation circonstanciée et qu'en cas d'explications verbales, l'autorisation du juge de police peut être fondée sur des explications verbales qui ne sont pas jointes au dossier pénal; en ce que, dans la même interprétation, les articles 197 et 198, § 3, en cause violeraient les articles 10 et 11 de la Constitution, combinés avec l'article 6.1 de la Convention européenne des droits de l'homme, dès lors que la légalité de l'autorisation de pénétrer dans des locaux habités ne peut être contrôlée par aucun juge, alors que la perquisition autorisée en application de l'article 89bis du Code d'instruction criminelle peut être contestée devant le juge du fond; il était enfin demandé à la Cour si l'article 198, § 3, de la LGDA violait les articles 10 et 11 de la Constitution, combinés avec l'article 6.1 de la Convention européenne des droits de l'homme, en ce que l'autorisation de pénétrer dans des locaux habités ne doit pas être motivée, alors que la perquisition fondée sur l'article 89bis du Code d'instruction criminelle ne peut être autorisée que par ordonnance motivée et dans les cas de nécessité seulement. La Cour examine conjointement ces questions, qui portent sur les conditions, le contrôle et la motivation de l'autorisation d'accéder à des locaux habités.

Après avoir fait observer que l'objectif auquel tend la LGDA, exposé ci-dessus, ne dispense pas le législateur de l'obligation de respecter les droits fondamentaux des personnes concernées, la Cour relève qu'elle s'est déjà prononcée sur la dérogation précitée, et ce dans ses arrêts n<sup>os</sup> 16/2001 et 60/2002. Elle a notamment constaté que la dispense de l'autorisation judiciaire est limitée à ce qui est strictement nécessaire pour atteindre l'objectif visé, cependant que l'exercice du droit de visite est entouré lui aussi de garanties suffisantes pour prévenir les abus. Le législateur a ainsi établi un juste équilibre entre, d'une part, les droits des personnes concernées et, d'autre part, la nécessité de pouvoir constater de manière efficace les infractions à la législation douanière.

Les questions préjudicielles désormais soumises à la Cour concernent toutefois la situation dans laquelle la visite est effectivement soumise à une autorisation judiciaire, plus

précisément lorsqu'elle porte sur des habitations qui ne sont pas situées dans le rayon des douanes.

La Cour poursuit en observant que *le droit au respect du domicile* revêt un caractère civil au sens de l'article 6.1 de la Convention européenne des droits de l'homme : étant donné que l'exercice du droit de pénétrer dans des locaux habités constitue une ingérence dans ce droit, les contestations y relatives doivent être traitées dans le respect des garanties prévues par cette disposition. Comme la Cour l'a constaté dans l'arrêt n° 171/2008<sup>1</sup> relativement à une disposition analogue de la loi du 16 novembre 1972 concernant l'inspection du travail, les garanties de l'article 6.1 de la Convention européenne des droits de l'homme impliquent, entre autres, que les personnes concernées puissent bénéficier d'un contrôle juridictionnel effectif, en fait comme en droit, de la régularité de la décision autorisant l'accès aux locaux habités ainsi que, le cas échéant, des mesures prises sur son fondement; le ou les recours disponibles doivent permettre, en cas de constat d'irrégularité, soit de prévenir l'accès, soit, dans l'hypothèse où un accès jugé irrégulier a déjà eu lieu, de fournir à l'intéressé un redressement approprié. Dans l'interprétation du juge *a quo* selon laquelle les dispositions en cause excluent tout contrôle juridictionnel de la légalité de l'autorisation accordée par le juge de police, ces dispositions ne répondent pas aux exigences de l'article 6.1 de la Convention européenne des droits de l'homme et constituent, partant, une violation des articles 10 et 11 de la Constitution, combinés avec cette disposition conventionnelle. Les articles 197 et 198, § 3, de la LGDA peuvent cependant recevoir une autre interprétation, selon laquelle ces dispositions ne s'opposent pas à ce que l'autorisation du juge de police de pénétrer dans les locaux habités soit contestée devant le juge pénal : dans cette interprétation, les dispositions précitées ne violent pas les articles 10 et 11 de la Constitution, combinés avec l'article 6.1 précité.

Les garanties de l'article 6.1 de la Convention européenne des droits de l'homme comprennent également *le respect du principe du contradictoire* : ce principe implique en règle le droit pour les parties

<sup>1</sup> Voir le rapport 2008, pp. 29-33.

de prendre connaissance de toute pièce ou observation présentée devant le juge et de la discuter. Les droits de la défense doivent cependant être mis en balance avec les intérêts qui relèvent du domaine de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme : on peut ainsi concevoir des situations exceptionnelles dans lesquelles certaines pièces du dossier échappent à la contradiction. Toutefois, seules sont légitimes au regard de l'article 6.1 de la Convention précitée les mesures restreignant les droits de la défense qui sont absolument nécessaires. De surcroît, les difficultés qu'éprouverait une des parties dans l'exercice de sa défense en raison d'une limitation de ses droits doivent être compensées par la garantie qu'offre la procédure suivie devant la juridiction. Inversement, les atteintes à la vie privée qui découlent d'une procédure judiciaire doivent se limiter autant que faire se peut à celles rendues strictement nécessaires par les spécificités de la procédure, d'une part, et par les données du litige, d'autre part.

Dans l'interprétation du juge *a quo*, l'autorisation du juge de police de pénétrer dans les locaux habités peut se fonder sur des documents et déclarations qui ne sont pas joints au dossier répressif.

Il découle de ce qui précède que les droits de la défense seraient restreints de manière disproportionnée si les documents et déclarations sur lesquels est fondée l'autorisation du juge de police de pénétrer dans les locaux habités étaient entièrement soustraits au principe du contradictoire. Dans l'interprétation des dispositions en cause selon laquelle les documents et déclarations sur lesquels est fondée l'autorisation du juge de police de pénétrer dans les locaux habités sont entièrement soustraits au principe du contradictoire, ces dispositions ne satisfont pas aux exigences de l'article 6.1 de la Convention européenne des droits de l'homme et entraînent une ingérence arbitraire dans le droit à l'inviolabilité du domicile. La Cour poursuit en relevant que les articles 197 et 198, § 3, de la LGDA peuvent toutefois être interprétés en ce sens que les documents et déclarations sur lesquels est basée l'autorisation du juge de police de pénétrer dans des locaux habités ne sont pas soustraits au principe du contradictoire, sauf si un autre droit fondamental ou un autre principe était ainsi vidé de sa substance de manière disproportionnée (par exemple le droit à la protection de l'identité de l'auteur de la plainte ou de la dénonciation, voir l'arrêt précité

n° 171/2008, B.6.4). Dans cette interprétation, les dispositions en cause ne violent pas l'article 15 de la Constitution, combiné avec l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme.

En ce qui concerne enfin la question de *la motivation* de l'ordonnance autorisant une perquisition, l'article 89bis du Code d'instruction criminelle prévoit que le juge d'instruction peut donner un ordre de perquisition; il le fait par ordonnance motivée et dans les cas de nécessité seulement. L'article 198, § 3, de la LGDA ne prévoit pas expressément que l'autorisation du juge de police de procéder à une visite doit être motivée.

L'intervention préalable d'un magistrat indépendant et impartial constitue une garantie importante contre les risques d'abus ou d'arbitraire.

Le contrôle juridictionnel effectif de l'autorisation de procéder à une visite, visé ci-dessus, et l'exercice concret des droits de la défense, tel qu'il est précisé précédemment, seraient entravés de manière disproportionnée si la mise en balance faite par le juge de police et les modalités qu'il a fixées ne figuraient pas dans la motivation de l'autorisation. Dans l'interprétation de l'article 198, § 3, de la LGDA selon laquelle l'autorisation accordée par le juge de police ne doit pas être motivée, cette disposition ne satisfait pas aux exigences de l'article 6.1 de la Convention européenne des droits de l'homme et viole dès lors les articles 10 et 11 de la Constitution, combinés avec cette disposition conventionnelle. La Cour poursuit toutefois en relevant que cet article 198, § 3, peut être interprété autrement, en ce sens qu'il ne dispense pas le juge de police de l'obligation de motiver expressément l'autorisation de procéder à une visite : dans cette interprétation, ledit article ne viole pas les articles 10 et 11 de la Constitution, combinés avec l'article 6.1 de la Convention européenne des droits de l'homme.

La Cour avait également été interrogée au sujet de l'article 4 de la loi du 22 avril 2003 octroyant la qualité d'officier de police judiciaire à certains agents de l'Administration des douanes et accises, selon lequel, sans préjudice des dispositions des articles 47ter et 40bis du Code d'instruction criminelle, les agents concernés peuvent utiliser, dans les mêmes conditions que celles portées par le Code

d'instruction criminelle, les méthodes particulières de recherche consistant en l'observation et le recours aux indicateurs, de même qu'en l'intervention différée relevant des autres méthodes de recherche. Il était demandé à la Cour si ledit article violait les articles 10 et 11 de la Constitution, combinés avec l'article 6.1 de la Convention européenne des droits de l'homme, s'il était interprété en ce sens que les agents des douanes et accises ne doivent pas disposer d'une autorisation d'observation au sens de l'article 47*sexies* du Code d'instruction criminelle.

La méthode particulière de recherche de l'observation ne peut être appliquée que dans des circonstances déterminées et sous certaines conditions; le recours à cette méthode est notamment soumis à l'autorisation du procureur du Roi. Ainsi qu'il découle de l'arrêt n° 202/2004<sup>1</sup>, les articles 47*sexies* et 47*septies* du Code d'instruction criminelle offrent une garantie suffisante contre les abus et ingérences arbitraires par les pouvoirs publics dans les droits fondamentaux de l'individu. Par ailleurs, depuis la loi du 27 décembre 2005, la régularité des méthodes particulières de recherche est contrôlée par un juge indépendant et impartial, à savoir la chambre des mises en accusation, sur la base de l'article 235*ter* du Code d'instruction criminelle.

La disposition en cause habilite certains agents des douanes et accises à appliquer cette méthode particulière de recherche « dans les mêmes conditions que celles portées par le Code d'instruction criminelle ». Dans l'interprétation selon laquelle l'observation effectuée par les agents des douanes et accises n'est pas soumise aux conditions du Code d'instruction criminelle, cette disposition ne satisfait pas aux exigences des articles 6.1 et 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et viole les articles 10 et 11 de la Constitution, combinés avec les articles précités de la Convention européenne des droits de l'homme. La Cour observe toutefois que l'article 4 de la loi du 22 avril 2003 peut être interprété différemment, en ce sens qu'il n'autorise l'observation par les agents des douanes et accises qu'aux mêmes conditions que celles

<sup>1</sup> Voir le rapport 2004, pp. 78-94.

mentionnées dans le Code d'instruction criminelle : dans cette interprétation, ledit article 4 ne viole pas les dispositions constitutionnelles combinées avec les dispositions conventionnelles précitées.

**12. Le droit à la protection de la santé et l'interdiction de fumer dans les établissements du secteur horeca (arrêt n° 37/2011)**

La loi du 22 décembre 2009, comme son intitulé l'indique, instaure une « réglementation générale relative à l'interdiction de fumer dans les lieux fermés accessibles au public et à la protection des travailleurs contre la fumée du tabac »; elle a été modifiée par une seconde loi portant la même date.

La Cour a été saisie d'un recours en annulation de ces lois.

Elle avait également été saisie d'une demande de suspension, qu'elle a rejetée par son arrêt n° 40/2010 : elle a en effet considéré que, si le moyen était sérieux, par contre le risque d'un préjudice grave difficilement réparable n'était pas établi.

La Cour examine successivement les aspects suivants : *l'exception prévue pour les débits de boissons, l'exception prévue pour les établissements de jeux de hasard de classe I, les fumoirs et, enfin, le lieu de travail exempt de fumée.*

En ce qui concerne *l'exception prévue pour les débits de boissons*, fumer reste autorisé, en vertu des articles 2, 9°, et 4, § 1er, de la loi attaquée, au moins jusqu'au 31 décembre 2011 et au plus tard jusqu'au 30 juin 2014, dans les établissements du secteur horeca « dont l'activité principale et permanente consiste à servir uniquement des boissons, y compris des boissons contenant de l'alcool éthylique, destinées à être consommées sur place et où aucune autre denrée alimentaire n'est servie, mis à part les denrées alimentaires préemballées avec une période de conservation d'au moins trois mois sans qu'aucune mesure supplémentaire ne soit utilisée pour prolonger la durée de conservation ». En plusieurs de leurs moyens, les parties requérantes soutenaient que cette exception à l'interdiction générale

de fumer dans les établissements du secteur horeca était contraire aux articles 10, 11, 22 et 23 de la Constitution, combinés ou non avec l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme.

La Cour relève que, en ce qui concerne l'exposition à la fumée du tabac, le droit à la protection de la santé consacré par l'article 23, alinéa 3, 2°, de la Constitution doit être combiné avec la Convention-cadre de l'Organisation mondiale de la santé pour la lutte antitabac, adoptée à Genève le 21 mai 2003, notamment ses articles 8 et 18, ainsi qu'avec les directives relatives à l'application de cette Convention; en outre, il y a lieu d'avoir égard à la recommandation du Conseil de l'Union européenne du 30 novembre 2009 relative aux environnements sans tabac.

Les clients et les travailleurs du secteur horeca doivent être protégés de la même manière contre les effets nocifs du tabagisme passif, même si l'exposition aux substances cancérigènes n'est que minime; la distinction établie par les articles 2, 9°, et 4, § 1er, de la loi attaquée est contraire à cette obligation, en ce qu'elle a pour effet que certains clients et travailleurs du secteur horeca sont toujours exposés aux risques pour la santé liés au tabagisme.

Le Conseil des ministres soutenait que les établissements du secteur horeca qui servent des denrées alimentaires sont aménagés différemment et pratiquent d'autres heures d'ouverture que les établissements horeca qui n'en servent pas. Ces circonstances n'ont toutefois aucune incidence sur la nocivité de la fumée du tabac. La consommation ou non ou le fait de devoir servir ou non des denrées alimentaires préemballées n'ont pas d'incidence sur ces risques pour la santé. Selon la même partie, ces risques graves pour la santé des clients et du personnel du secteur horeca devaient être mis en balance avec un motif économique qui consisterait à protéger les petits cafés populaires contre les effets préjudiciables de l'application immédiate de l'interdiction de fumer. La Cour répond que le Conseil des ministres ne démontre pas en quoi ces cafés seraient préjudiciés par une interdiction générale de fumer, étant donné que c'est plutôt la distinction entre les différentes catégories d'établissements horeca qui peut fausser la concurrence; du reste, les études scientifiques produites par les parties requérantes font apparaître que la fréquentation des établissements horeca ne

diminue pas dans les pays ayant instauré une interdiction générale de fumer, mais bien plutôt que cette interdiction attire un nouveau type de clientèle de non-fumeurs.

La Cour annule, en conséquence, l'article 2, 9°, et l'article 4, § 1er, de la loi attaquée, ainsi que les dispositions de l'article 4, §§ 2 à 5, qui sont indissolublement liées au paragraphe 1er de l'article 4.

En ce qui concerne *l'exception prévue pour les établissements de jeux de hasard de classe I*, certaines parties requérantes soutenaient que l'article 5 de la loi attaquée violait les articles 10, 11, 22 et 23 de la Constitution, ainsi que l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, en ce qu'il prévoit une exception temporaire à l'interdiction générale de fumer pour les établissements de jeux de hasard de classe I.

L'exception à l'interdiction générale de fumer, visée par cette disposition, affecte la protection de la santé des autres clients et des travailleurs aussi bien dans les établissements de jeux de hasard concernés que dans les débits de boissons. Contrairement à ce qu'affirme le Conseil des ministres, le fait qu'il n'existe en Belgique que neuf établissements de jeux de hasard de classe I ne change rien à cette constatation, étant donné que la portée de l'exception n'a aucune incidence sur les effets du tabagisme passif sur la santé; l'affirmation selon laquelle de tels établissements s'adressent à un public cible spécifique ne change rien non plus à la protection de la santé des travailleurs et des clients non fumeurs. La Cour annule en conséquence l'article 5 de la loi attaquée.

En ce qui concerne *les fumeurs*, les articles 6 et 14 étaient également contestés. Ces dispositions permettent d'installer un fumeur dans un lieu fermé accessible au public et dans une entreprise : l'article 6 exige que le fumeur soit installé de manière à réduire au maximum les inconvénients de la fumée vis-à-vis des non-fumeurs et qu'il soit muni d'un système d'extraction de fumée ou d'aération qui élimine suffisamment la fumée; l'article 14 exige un système d'extraction de fumée qui élimine la fumée de manière efficace. La Cour écarte les critiques formulées contre les dispositions précitées, en considérant qu'elles sont formulées de manière suffisamment claire et précise et ne violent pas le droit à la protection de la santé.

En ce qui concerne, enfin, *le lieu de travail exempt de fumée*, certaines parties requérantes reprochaient à l'article 11, § 2, 3°, - qui exclut les débits de boissons et les établissements de jeux de hasard de classe I des dispositions relatives au lieu de travail exempt de fumée jusqu'au 1er juillet 2014 au plus tard - de violer les articles 10 et 11 de la Constitution, combinés ou non avec les articles 3 et 11 de la Charte sociale européenne révisée, avec les articles 22 et 23 de la Constitution et avec l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme.

Après avoir observé que, concernant son champ d'application, la disposition attaquée renvoie aux articles 4, § 1er, et 5 de la loi attaquée, la Cour, compte tenu de ce qu'elle a précédemment décidé, estime que l'exposition des travailleurs de débits de boissons et d'établissements de jeux de hasard de classe I aux risques pour la santé liés au tabagisme ne saurait être raisonnablement justifiée et que, dès lors, l'article 11, § 2, 3°, doit être annulé.

Si la Cour annule les dispositions précitées, elle maintient toutefois les effets de celles-ci jusqu'au 30 juin 2011, afin de donner aux débits de boissons et aux établissements de jeux de hasard concernés le temps de se conformer à l'interdiction générale de fumer. Elle observe également que l'annulation de l'article 2, 9°, de l'article 4 et de l'article 5 de la loi attaquée ne porte pas atteinte au principe de légalité en matière pénale, dès lors que le législateur a décidé lui-même que les exceptions à l'interdiction générale de fumer frappant les débits de boisson et les établissements de jeux de hasard de classe I sont supprimées à partir du 1er juillet 2014 au plus tard, et qu'il a donné au Roi la possibilité d'avancer cette suppression en concertation avec le secteur.

**13. *Le principe de légalité en matière d'enseignement et l'habilitation du Conseil de l'enseignement communautaire (flamand) à se prononcer sur une interdiction générale pour les élèves de porter des signes religieux et philosophiques visibles***  
(arrêt n° 40/2011)

Le décret spécial de la Communauté flamande du 14 juillet 1998 relatif à l'enseignement communautaire prévoit, en son articles 33, § 1er, 1° et 2°, que « en matière de politique générale, le Conseil [de l'Enseignement communautaire] est compétent pour : 1° la rédaction de la déclaration de neutralité de l'enseignement communautaire et de la déclaration d'attachement à l'enseignement communautaire; 2° le contrôle qualitatif interne de l'enseignement communautaire, sur la proposition de l'administrateur délégué; [...] »; l'article 34, § 1er, du même décret confie à ce Conseil, en matière de politique pédagogique, « 1° la définition du projet pédagogique propre à l'enseignement communautaire; [...] ».

Le Conseil d'Etat a demandé à la Cour si ces dispositions, dans l'interprétation selon laquelle elles rendent le Conseil de l'Enseignement communautaire compétent pour se prononcer sur une interdiction générale et de principe de porter des signes religieux et philosophiques visibles, sont compatibles avec l'article 24 de la Constitution. Après avoir examiné la demande de reformulation faite par l'Enseignement communautaire, la Cour conclut qu'il lui est en substance demandé si cette disposition constitutionnelle implique qu'une intervention du législateur décréto est requise pour l'instauration d'une interdiction générale et de principe de porter des signes religieux ou philosophiques visibles, ou si elle permet que le législateur décréto, par un décret adopté à la majorité spéciale visée au paragraphe 2 de cet article, confie la compétence pour décider d'une telle interdiction à un « organe autonome », en l'espèce le Conseil de l'Enseignement communautaire, sans en fixer les lignes de force; la Cour n'est donc pas interrogée sur la compatibilité d'une telle interdiction avec la liberté de religion.

*En ce qui concerne le principe de légalité en matière d'enseignement (article 24, § 5, de la Constitution)*

Il ressort des travaux préparatoires de la révision constitutionnelle du 15 juillet 1988 relatifs à l'article 24, § 5, de la Constitution que cette disposition traduit la volonté du Constituant de réserver au législateur compétent le soin d'adopter une réglementation pour les aspects essentiels de l'enseignement en ce qui concerne son organisation, sa reconnaissance et son subventionnement, mais elle n'interdit pas que des missions soient confiées à d'autres autorités à certaines conditions. L'article 24, § 5, exige que les délégations conférées par le législateur décretaal ne portent que sur la mise en œuvre des principes qu'il a fixés; le Gouvernement de communauté ou une autre autorité publique ne saurait remédier à l'imprécision de ces principes ni affiner des choix politiques insuffisamment détaillés.

Le texte de l'article 24, § 5, a une portée générale : il n'opère aucune distinction et ne contient aucune limitation en ce qui concerne la portée de la notion d'« organisation », ce qui signifie que toute réforme relative à l'organisation de l'enseignement, quel que soit son objectif, même si elle est limitée dans le temps, ne peut être réglée que par décret.

*En ce qui concerne la liberté d'enseignement (article 24, § 1er, de la Constitution)*

Lorsqu'il règle les aspects essentiels de l'enseignement, en ce qui concerne son organisation, sa reconnaissance ou son subventionnement, le législateur compétent doit tenir compte de la liberté d'enseignement garantie par l'article 24, § 1er, de la Constitution. Cette liberté assure le droit d'organiser des écoles fondées sur une philosophie confessionnelle ou non confessionnelle déterminée; elle implique également que des personnes privées puissent, sans autorisation préalable et sous réserve du respect des libertés et des droits fondamentaux, organiser et faire dispenser un enseignement selon leur propre conception, tant en ce qui concerne la forme de cet enseignement qu'en ce qui concerne son contenu, par exemple en créant des écoles dont la spécificité réside dans des conceptions déterminées d'ordre pédagogique ou éducatif. Aux termes de l'alinéa 2 du même article 24, § 1er, la communauté assure le libre choix des parents : cette liberté de choix implique que les parents puissent choisir pour leurs enfants l'enseignement qui est le

plus proche de leurs conceptions philosophiques; c'est pour garantir cette liberté de choix que la communauté organise un enseignement neutre dans le respect des conceptions philosophiques, idéologiques ou religieuses des parents et des élèves (article 24, § 1er, alinéa 3, de la Constitution), et qu'elle subventionne les établissements d'enseignement dont la spécificité réside dans une conception religieuse, philosophique ou pédagogique déterminée.

Sur le plan de l'organisation et de la dispensation de l'enseignement, la communauté ne dispose pas de la même liberté que les autres pouvoirs organisateurs : en effet, en vertu de l'alinéa 2 de l'article 24, § 1er, de la Constitution, la communauté doit assurer le libre choix des parents, ce qui entraîne l'obligation pour la communauté d'organiser un enseignement. En outre, la liberté de la communauté sur le plan de l'enseignement est limitée par les règles contenues à l'article 24, § 1er, alinéas 3 et 4, de la Constitution, qui prévoient que l'enseignement organisé par la communauté doit être neutre et que les écoles organisées par les pouvoirs publics doivent offrir, jusqu'à la fin de l'obligation scolaire, le choix entre l'enseignement d'une des religions reconnues et celui de la morale non confessionnelle.

*En ce qui concerne la neutralité de l'enseignement organisé par la communauté (article 24, § 1er, alinéa 3, de la Constitution)*

En vertu de l'article 24, § 1er, alinéa 3, de la Constitution, la neutralité implique notamment le respect des conceptions philosophiques, idéologiques ou religieuses des parents et des élèves. Il ressort des travaux préparatoires de la révision constitutionnelle du 15 juillet 1988 relatifs à la notion de « neutralité » que le Constituant n'a pas voulu concevoir celle-ci comme une notion statique.

Cette notion a néanmoins un contenu minimum auquel il ne saurait être dérogé sans violer la Constitution : en effet, l'obligation pour la communauté d'organiser un enseignement neutre constitue une garantie pour le libre choix des parents. Ce contenu ne saurait être considéré indépendamment de l'unique - mais essentielle - précision que le texte même de la Constitution comporte en ce qui concerne la notion de neutralité, plus précisément le respect des

conceptions philosophiques, idéologiques ou religieuses des parents et des élèves. La neutralité que les autorités doivent rechercher sur le plan philosophique, idéologique et religieux en vue de l'organisation de l'enseignement communautaire leur interdit plus précisément de défavoriser, de favoriser ou d'imposer des conceptions philosophiques, idéologiques ou religieuses; la neutralité suppose donc, comme on peut le lire dans la note explicative du Gouvernement relative à la révision constitutionnelle de 1988, « une reconnaissance et une appréciation positives de la diversité des opinions et des attitudes » - du moins en ce qu'il ne s'agit pas d'opinions constituant une menace pour la démocratie et les droits et libertés fondamentaux - ainsi qu'un « accent mis sur les valeurs communes ». La notion de neutralité, inscrite à l'article 24, § 1er, alinéa 3, de la Constitution, constitue donc une formulation plus précise en matière d'enseignement du principe constitutionnel de la neutralité de l'autorité publique, lequel est étroitement lié à l'interdiction de discriminations en général et au principe de l'égalité des usagers du service public en particulier.

Toutefois, le principe de neutralité entraîne, pour l'autorité compétente, non seulement une obligation d'abstention - dans le sens d'une interdiction de discriminer, de favoriser ou d'imposer des convictions philosophiques, idéologiques ou religieuses -, mais aussi, dans certaines circonstances, une obligation positive, découlant de la liberté de choix des parents garantie par la Constitution, d'organiser l'enseignement communautaire de telle manière que « [la] reconnaissance et [l']appréciation positives de la diversité des opinions et des attitudes » ne soient pas compromises.

*En ce qui concerne la possibilité, pour la communauté en tant que pouvoir organisateur, de déléguer des compétences à un ou plusieurs organes autonomes (article 24, § 2, de la Constitution) et sa concrétisation en Communauté flamande*

Il apparaît des travaux préparatoires de l'article 24, § 2, de la Constitution que le Constituant a, par les « compétences en tant que pouvoir organisateur », essentiellement visé les compétences dont disposent également les autres pouvoirs organisateurs de l'enseignement. Ainsi qu'il a été précédemment rappelé, la liberté d'enseignement implique la possibilité pour les pouvoirs

organisateurs de créer des écoles qui trouvent leur spécificité dans certaines conceptions pédagogiques ou éducatives; l'établissement du projet pédagogique d'une école relève donc en principe de la compétence du pouvoir organisateur de cette école.

Le fait que le Constituant n'a pas voulu exclure la possibilité de confier, par application de l'article 24, § 2, de la Constitution, la compétence relative à l'établissement du projet pédagogique de l'enseignement communautaire aux organes autonomes visés dans cette disposition peut être déduit des travaux préparatoires. Dans la mesure où le pouvoir organisateur de l'enseignement communautaire a été confié à un ou plusieurs organes autonomes, il appartient donc à ces organes d'établir le projet pédagogique.

Pour établir le projet pédagogique de l'enseignement communautaire, la communauté ou les organes autonomes créés ne disposent cependant pas de la même liberté que les autres pouvoirs organisateurs : en effet, l'enseignement organisé par la communauté doit, aux termes de l'article 24, § 1er, alinéa 3, de la Constitution, être neutre. Ainsi qu'il a été constaté ci-dessus, le Constituant n'a cependant pas conçu la neutralité visée dans cette disposition comme une notion statique et il n'a pas voulu exclure une évolution dans sa signification, pour autant toutefois qu'il ne soit pas touché à son contenu minimum.

Les travaux préparatoires de la révision constitutionnelle du 15 juillet 1988 font apparaître que le Constituant a considéré que la concrétisation de la portée évolutive du principe de neutralité était une compétence étroitement liée à l'établissement du projet pédagogique de l'enseignement communautaire. Les indications qui ressortent de ces travaux préparatoires font non seulement apparaître que la précision du contenu du principe de neutralité ne peut être dissociée de l'établissement du projet pédagogique de l'enseignement communautaire, mais également que le Constituant n'a pas voulu exclure que les compétences en question soient confiées aux organes autonomes visés à l'article 24, § 2, de la Constitution.

Il ressort des travaux préparatoires du décret spécial du 19 décembre 1988 relatif au Conseil autonome de l'Enseignement

communautaire que les compétences qui ont été confiées au Conseil autonome doivent être entendues dans un sens large. Le législateur décrétoal spécial a dès lors confié au Conseil autonome de l'Enseignement communautaire (devenu ensuite l'Enseignement communautaire) les compétences les plus larges pour l'établissement de la déclaration de neutralité, de la déclaration d'attachement à l'enseignement communautaire et du projet pédagogique de cet enseignement. Comme il ressort des travaux préparatoires du décret en cause, il faut partir du principe que « le [Conseil flamand] abandonne entièrement ses droits pour ce qui est de la déclaration de neutralité ».

*En ce qui concerne l'« interdiction générale et de principe de porter des signes religieux et philosophiques visibles » dans l'enseignement communautaire et la compétence du Conseil de l'Enseignement communautaire*

L'interdiction générale et de principe, pour les élèves, de porter des signes religieux et philosophiques visibles dans les établissements de l'Enseignement communautaire donne à la notion de neutralité, telle qu'elle est contenue dans l'article 24, § 1er, alinéa 3, de la Constitution, une orientation nouvelle, qui n'est cependant pas contraire par définition à cette notion : en effet, ainsi qu'il a déjà été constaté, le Constituant n'a pas conçu la neutralité de l'enseignement communautaire comme un principe rigide, indépendant des évolutions de la société. En outre, dans certaines circonstances, la neutralité peut obliger l'autorité compétente à prendre des mesures visant à garantir la « reconnaissance et [l']appréciation positives de la diversité des opinions et des attitudes » dans l'enseignement communautaire.

Il ressort de ce qui précède, d'une part, que le législateur décrétoal spécial a voulu entièrement transférer à l'Enseignement communautaire la compétence lui permettant de donner un contenu à la signification évolutive de la notion de neutralité inscrite dans la Constitution et, d'autre part, que le Constituant n'a pas voulu exclure un tel transfert.

Il convient néanmoins de constater que tant les travaux préparatoires de la révision constitutionnelle du 15 juillet 1988 que

ceux du décret spécial du 19 décembre 1988 mentionnent le fait que les organes autonomes à créer par application de l'article 24, § 2, de la Constitution n'ont pas de « pouvoir normatif ».

L'adoption, par le Conseil de l'Enseignement communautaire, d'une interdiction générale et de principe de porter des signes religieux et philosophiques visibles, applicable aux élèves, qui vaut exclusivement dans les établissements d'enseignement de l'Enseignement communautaire, ne peut toutefois être considérée comme l'exercice d'un « pouvoir normatif » au sens des travaux préparatoires précités : pareille interdiction, qui s'applique exclusivement dans les établissements d'enseignement de l'Enseignement communautaire, doit être considérée comme une mesure d'ordre intérieur, comparable aux règlements d'ordre intérieur établis par les autres pouvoirs organisateurs d'enseignement; il ne s'agit donc pas d'un règlement au sens d'une prescription générale applicable à tous les élèves, quelle que soit la nature de l'établissement d'enseignement où est inscrit l'élève. Ni le Constituant ni le législateur décréteil spécial n'ont voulu imposer aux organes autonomes créés par application de l'article 24, § 2, de la Constitution l'interdiction d'adopter, afin de garantir le bon fonctionnement de l'enseignement ou d'assurer la réalisation du projet pédagogique, des règlements d'ordre intérieur concernant le comportement des élèves : en effet, toute autre appréciation impliquerait que tous les comportements possibles d'élèves qui pourraient compromettre le bon fonctionnement de l'enseignement et la réalisation du projet pédagogique - comportements qui peuvent d'ailleurs varier en fonction des circonstances et de l'époque - devraient être réglés par le législateur décréteil; cette situation ne serait pas compatible avec la « dépolitisation » de l'Enseignement communautaire voulue par le législateur décréteil spécial - et autorisée par le Constituant - et risquerait de priver de sa substance le transfert de compétence à l'Enseignement communautaire. Il s'ensuit que l'article 24 de la Constitution ne s'oppose pas à ce que le Conseil de l'Enseignement communautaire soit habilité à se prononcer, dans le cadre de la déclaration de neutralité de l'enseignement communautaire, sur une interdiction générale et de principe, applicable aux élèves, de porter des signes religieux et philosophiques visibles dans les établissements d'enseignement de l'Enseignement communautaire.

La Cour décide en conséquence que, interprétés en ce sens qu'ils habilent le Conseil de l'Enseignement communautaire à se prononcer sur une interdiction générale et de principe, applicable aux élèves, de porter des signes religieux et philosophiques visibles, les articles 33, § 1er, 1° et 2°, et 34, 1°, du décret spécial de la Communauté flamande du 14 juillet 1998 relatif à l'enseignement communautaire ne violent pas l'article 24 de la Constitution.

**14. Le droit à la protection d'un environnement sain - prise en compte par la Cour de l'article 7bis de la Constitution relatif aux objectifs d'un développement durable (arrêt n° 75/2011)<sup>1</sup>**

Le « Code flamand de l'aménagement du territoire », coordonné par l'arrêté du Gouvernement flamand du 15 mai 2009 érige en infraction, en son article 6.1.1, alinéas 1er et 2, un certain nombre d'actes contraires à la législation relative à l'aménagement du territoire et fixe des peines correctionnelles frappant, entre autres, l'exécution, la poursuite ou le maintien de travaux de construction sans permis; les alinéas 3 et 4 de ce même article prévoient que « La sanction pénale pour [le maintien] d'infractions visées au premier alinéa, 1°, 2°, 3°, 6° et 7° ne s'applique pas pour autant que les actes, les travaux, les modifications ou l'usage contraire ne se situent pas dans les zones vulnérables d'un point de vue spatial. Pour [le maintien] punissable, il est uniquement exigé que les actes incriminés au moment [du maintien] soient situés dans une zone vulnérable du point de vue spatial. Une action en réparation engagée par l'inspecteur urbaniste ou par le Collège des bourgmestre et échevins en vertu du maintien de certains actes ne peut plus être autorisée à partir du 1er septembre 2009, si [ce maintien] a cessé d'être punissable au moment du [prononcé] ». Quant à l'alinéa 3 du même article, il a été repris, lors de la coordination du « Code flamand de l'aménagement du territoire », de l'article 146, alinéa 3, du décret de la Région flamande du 18 mai 1999 portant organisation de l'aménagement du territoire (ci-après : le décret portant organisation de l'aménagement du territoire), tel

<sup>1</sup> Voir aussi le chapitre XI du présent rapport.

qu'il a été ajouté par l'article 7 du décret du 4 juin 2003 modifiant le décret du 18 mai 1999 portant organisation de l'aménagement du territoire en ce qui concerne la politique de maintien; il découle de la première phrase de l'article 6.1.1, alinéa 3, que le maintien d'infractions en matière d'urbanisme dans des zones autres que les zones vulnérables du point de vue spatial n'est plus punissable depuis le 22 août 2003, date d'entrée en vigueur de l'article 7, précité, du décret du 4 juin 2003. Comme la Cour l'a observé dans son arrêt n° 14/2005<sup>1</sup>, l'article 7 du décret du 4 juin 2003 visait à ne plus considérer une infraction en matière d'urbanisme comme une infraction continue et à ne plus pénaliser sa persistance; dans les zones vulnérables du point de vue spatial, le maintien comme l'exécution ou la poursuite d'infractions en matière d'urbanisme restent punissables; l'« exécution ou la poursuite » punissable sera dénommée ci-après l'« infraction constituée par la construction ». Par ailleurs, l'article 6.1.1, alinéa 4, du « Code flamand de l'aménagement du territoire » traite des actions en réparation intentées par l'inspecteur urbaniste ou par le collège des bourgmestre et échevins, fondées sur le maintien d'infractions en matière d'urbanisme dans des zones autres que les zones vulnérables du point de vue spatial; lors de la coordination du « Code flamand de l'aménagement du territoire », cet alinéa 4 a été repris de l'article 146, alinéa 4, du décret portant organisation de l'aménagement du territoire, tel qu'il a été remplacé par l'article 50, 7°, du décret de la Région flamande du 27 mars 2009 « adaptant et complétant la politique d'aménagement du territoire, des autorisations et du maintien »; la date du 1er septembre 2009, mentionnée dans cette disposition, est liée à la date d'entrée en vigueur du décret précité du 27 mars 2009. L'article 1.1.2, 10°, du « Code flamand de l'aménagement du territoire » définit les zones vulnérables du point de vue spatial; conformément à l'article 146, alinéa 4, précité, tel qu'il avait été inséré par l'article 7 du décret précité du 4 juin 2003 et modifié par l'article 46, 3°, du décret du 21 novembre 2003, il fallait entendre par zones vulnérables du point de vue spatial : « les zones vertes, les zones naturelles, les zones naturelles à valeur scientifique, les réserves naturelles, les zones de développement naturelles, les zones de parc, les zones forestières,

<sup>1</sup> En ce qui concerne notamment cet arrêt, voir le rapport 2005, pp. 13-41, en particulier pp. 25-26.

les zones de vallées et de sources, les zones agricoles à valeur ou intérêt écologique, les zones agricoles à valeur particulière, les grandes entités naturelles en développement et les zones y comparables, désignées sur les plans d'exécution spatiale ou les plans d'aménagement, ainsi que les zones dunaires protégées et les zones dunaires à intérêt agricole, désignées en vertu du décret du 14 juillet 1993 portant les mesures de protection des dunes côtières ».

Il ressort de la comparaison des zones énumérées par les deux dispositions qui viennent d'être citées que la désignation « zone agricole à valeur particulière » ne figure plus dans la liste des zones vulnérables du point de vue spatial de l'article 1.1.2, 10°, du « Code flamand de l'aménagement du territoire »; l'action publique en réparation ne peut donc plus être accueillie par le juge, à partir du 1er septembre 2009, pour des infractions de maintien dans des « zones agricoles à valeur particulière ».

Il a été demandé à la Cour si ceci est contraire au principe de *standstill* contenu dans l'article 23 de la Constitution, combiné ou non avec l'article 7bis de la Constitution. Le juge *a quo* demandait de procéder à un contrôle au regard du « principe de *standstill* contenu dans l'article 23 de la Constitution », compte tenu « de la diminution de la protection en fait et en droit des zones agricoles d'intérêt paysager, qui résulte de la dépenalisation de l'infraction de maintien dans ces zones »; la question préjudicielle concernait plus particulièrement le « droit à la protection d'un environnement sain », consacré par l'article 23, alinéa 3, 4°, de la Constitution. Cette disposition implique une obligation de *standstill* qui s'oppose à ce que le législateur compétent réduise sensiblement le niveau de protection offert par la législation applicable, sans qu'il existe pour ce faire des motifs liés à l'intérêt général (arrêts n<sup>os</sup> 135/2006, 137/2006, 145/2006<sup>1</sup>, 87/2007, 114/2008, 121/2008, 113/2010, 2/2011 et 22/2011). Le juge *a quo* demandait en outre à la Cour de procéder à un contrôle au regard de l'article 23 de la Constitution, combiné avec son article 7bis, selon lequel « dans l'exercice de leurs compétences respectives, l'Etat fédéral, les Communautés et les

<sup>1</sup> Au sujet des arrêts n<sup>os</sup> 135, 137 et 145/2006, voir le rapport 2006, pp. 95-102.

Régions poursuivent les objectifs d'un développement durable, dans ses dimensions sociales, économiques et environnementales, en tenant compte de la solidarité entre les générations ». Si la Cour n'est pas compétente pour statuer directement sur la compatibilité des dispositions en cause avec l'article 7bis de la Constitution, rien ne l'empêche toutefois de prendre en compte des dispositions constitutionnelles autres que celles au regard desquelles elle exerce son contrôle en vertu de l'article 142 de la Constitution et de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle.

L'article 6.1.1, alinéa 4, en cause, du « Code flamand de l'aménagement du territoire » est étroitement lié à l'alinéa 3 qui le précède.

Comme la Cour l'a déjà observé dans ses arrêts n<sup>os</sup> 94/2010, 113/2010, 2/2011 et 22/2011, le législateur décrétoal flamand, en adoptant l'article 7 du décret du 4 juin 2003, qui est devenu l'article 6.1.1, alinéa 3, du « Code flamand de l'aménagement du territoire », a estimé, dans le cadre de son pouvoir d'appréciation, que le maintien d'une situation irrégulière dans des zones autres que les zones vulnérables d'un point de vue spatial ne devait plus être considéré comme une infraction continue; il ressort des travaux préparatoires de l'article 6.1.1, alinéa 4, du même Code, en cause, que le législateur décrétoal a en outre estimé qu'il ne se justifiait plus, d'un point de vue social, d'encore faire droit à la remise en état des lieux à la demande de l'inspecteur urbaniste ou du collège des bourgmestre et échevins. Dès lors qu'il considère que le maintien d'infractions en matière d'urbanisme dans des zones autres que les zones vulnérables du point de vue spatial ne doit plus être réprimé, le législateur décrétoal a raisonnablement pu considérer qu'il était justifié, dans l'intérêt général, d'éviter également que des actions publiques en réparation toujours pendantes soient encore accueillies à partir du 1er septembre 2009, date d'entrée en vigueur du décret de la Région flamande du 27 mars 2009. Dans les zones vulnérables du point de vue spatial, les infractions énumérées à l'article 6.1.1 du Code précité restent punissables et l'action publique en réparation peut également encore être exercée; l'action publique en réparation peut également être exercée lorsqu'elle est fondée sur des infractions constituées par une construction dans des zones autres que des zones vulnérables du point de vue spatial. La mesure est

dès lors limitée aux cas où l'action en réparation était encore pendante au 1er septembre 2009 pour des faits de maintien dans des zones autres que les zones vulnérables du point de vue spatial. Pour le surplus, le législateur décrétoal a uniquement adopté une réglementation pour l'action publique en réparation, et il n'a dès lors pas porté atteinte aux droits des personnes de faire cesser le dommage qu'elles subiraient, par exemple en tant que propriétaire d'une parcelle voisine, par une réparation en nature, ou tout au moins de se faire indemniser pour les situations qui continuent de constituer une faute quasi délictuelle. Il s'ensuit que l'article 6.1.1, alinéa 4, du « Code flamand de l'aménagement du territoire » n'entraîne pas en l'espèce une réduction sensible du niveau de protection de l'environnement ou une réduction sensible qui ne puisse être justifiée par les motifs d'intérêt général qui la fondent.

Le juge *a quo* mettait également en cause l'article 1.1.2, 10°, du même Code, en ce que la notion de « zones agricoles à valeur particulière » ne figure plus dans la liste des zones vulnérables du point de vue spatial.

L'article 3 du décret du 22 avril 2005 modifiant le décret du 18 mai 1999 portant organisation de l'aménagement du territoire et le décret relatif à l'aménagement du territoire coordonné le 22 octobre 1996 a d'abord retiré la notion de « zones agricoles à valeur particulière » de la définition des zones vulnérables du point de vue spatial figurant à l'article 145*bis*, § 1er, alinéa 4, du décret du 18 mai 1999, tel qu'il avait été inséré par le décret du 13 juillet 2001 et modifié par le décret du 19 juillet 2002. Cette adaptation, qui portait sur la politique en matière de permis (article 145*bis* du décret du 18 mai 1999), a été étendue, en ce qui concerne la politique de maintien (article 146 du décret du 18 mai 1999), par l'article 2 du décret du 27 mars 2009 « adaptant et complétant la politique d'aménagement du territoire, des autorisations et du maintien », la notion de « zones agricoles à valeur particulière » n'ayant plus été reprise dans la liste des zones vulnérables du point de vue spatial qui a été insérée dans l'article 2, § 1er, 16°, du décret du 18 mai 1999 et a été inscrite, lors de la coordination du « Code flamand de l'aménagement du territoire », dans la disposition actuellement en cause de l'article 1.1.2, 10°. Il peut être conclu des travaux préparatoires des décrets précités du 22 avril 2005 et du 27 mars

2009 que le législateur décrétoal n'a jamais eu l'intention de compter les « zones agricoles d'intérêt paysager » parmi les « zones vulnérables du point de vue spatial ». L'indication « zones agricoles à valeur particulière » a été retirée de la liste des zones à considérer comme vulnérables du point de vue spatial au motif qu'il avait été admis par la jurisprudence que les « zones agricoles d'intérêt paysager » étaient considérées comme « zones agricoles à valeur particulière » et, de ce fait, comme zones vulnérables du point de vue spatial, ce qui était contraire à l'intention du législateur décrétoal et entraînait beaucoup d'insécurité juridique : cette suppression, effectuée d'abord par le décret du 22 avril 2005 en ce qui concerne la politique de permis, a été étendue, par le décret du 27 mars 2009, à la police de l'aménagement du territoire, l'uniformité dans la définition des zones vulnérables du point de vue spatial ayant été rétablie. Il ressort de ce qui précède que l'article 1.1.2, 10°, du « Code flamand de l'aménagement du territoire » n'a entraîné ni un recul sensible du niveau de protection de l'environnement, ni un recul sensible qui ne pourrait être justifié par des motifs d'intérêt général.

La prise en compte de l'article 7bis de la Constitution ne conduit pas à une autre conclusion. Les objectifs d'un développement durable mentionnés dans cette disposition ne peuvent, uniquement sur la base de cette disposition, être déterminés avec la précision requise en vue d'un contrôle juridictionnel, en ce qui concerne la politique de l'aménagement du territoire : en effet, dès lors que cette disposition n'indique pas comment les dimensions « sociale, économique et environnementale » qui y sont liées doivent être mises en balance, l'autorité compétente dispose en la matière d'un pouvoir d'appréciation étendu.

La Cour décide en conséquence que les articles 1.1.2, 10°, et 6.1.1, alinéa 4, du « Code flamand de l'aménagement du territoire », coordonné par l'arrêté du Gouvernement flamand du 15 mai 2009, ne violent pas l'article 23, alinéa 3, 4°, de la Constitution, lu ou non en combinaison avec son article 7bis.

15. *L'égalité entre hommes et femmes : les dérogations en matière d'assurances*  
(arrêt n° 116/2011)

arrêt n° 116/2011

La loi du 21 décembre 2007, comme son intitulé l'indique, modifie la loi du 10 mai 2007 « tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes, pour ce qui est de l'appartenance sexuelle en matière d'assurance », transposant en droit interne la directive 2004/113/CE du Conseil du 13 décembre 2004 « mettant en œuvre le principe de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès à des biens et services et la fourniture de biens et services » (ci-après : la directive du 13 décembre 2004).

La loi du 21 décembre 2007 remplace l'article 10 de la loi du 10 mai 2007 par une disposition dont le paragraphe 1er prévoit qu'« une distinction directe proportionnelle peut être établie sur la base de l'appartenance sexuelle pour la fixation des primes et des prestations d'assurance, lorsque le sexe est un facteur déterminant dans l'évaluation des risques sur la base de données actuarielles et statistiques pertinentes et précises ».

La Cour a été saisie d'un recours en annulation de la loi du 21 décembre 2007 introduit par l'ASBL « Association Belge des Consommateurs Test-Achat » et par deux personnes de sexe masculin. Les parties requérantes alléguaient la violation « des articles 10, 11 et 11*bis* de la Constitution combinés avec l'article 13 du Traité CE, la directive 2004/113/CE du Conseil du 13 décembre 2004 mettant en œuvre le principe de l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes dans l'accès à des biens et services et la fourniture des biens et services, les articles 20, 21 et 23 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme, l'article 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes ».

Dans son arrêt n° 103/2009<sup>1</sup>, la Cour a relevé, notamment, que, dès lors que la loi attaquée fait usage de la faculté offerte par l'article 5, paragraphe 2, de la directive du 13 décembre 2004 et que les critiques que les parties requérantes adressent à la loi valent dans la même mesure pour cet article 5, paragraphe 2, il est nécessaire, pour statuer sur le recours, de trancher préalablement la question de la validité de cette disposition de la directive précitée.

En conséquence, avant d'examiner les moyens, la Cour a posé à la Cour de justice de l'Union européenne les questions préjudicielles suivantes, en application de l'article 234, troisième alinéa, du Traité CE (désormais l'article 267, troisième alinéa, du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne) : « 1. L'article 5, paragraphe 2, de la directive 2004/113/CE du Conseil du 13 décembre 2004 mettant en œuvre le principe de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès à des biens et services et la fourniture de biens et services est-il compatible avec l'article 6, paragraphe 2, du Traité sur l'Union européenne, et plus spécifiquement avec le principe d'égalité et de non-discrimination garanti par cette disposition ? 2. En cas de réponse négative à la première question, le même article 5, paragraphe 2, de la directive est-il également incompatible avec l'article 6, paragraphe 2, du Traité sur l'Union européenne si son application est limitée aux seuls contrats d'assurance sur la vie ? ».

Par l'arrêt du 1er mars 2011 dans l'affaire C-236/09, la Cour de justice a répondu comme suit à ces questions préjudicielles : « L'article 5, paragraphe 2, de la directive 2004/113/CE du Conseil, du 13 décembre 2004, mettant en œuvre le principe de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès à des biens et services et la fourniture de biens et services, est invalide avec effet au 21 décembre 2012 ». Dans la motivation de cet arrêt, la Cour de justice a notamment indiqué :

« 30 Il est constant que le but poursuivi par la directive 2004/113 dans le secteur des services d'assurance est, ainsi que le reflète son article 5, paragraphe 1, l'application de la règle des primes et des

<sup>1</sup> Voir le rapport 2009, pp. 28-31.

prestations unisexes. Le dix-huitième considérant de cette directive énonce explicitement que, afin de garantir l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes, l'utilisation du sexe en tant que facteur actuariel ne devrait pas entraîner pour les assurés de différence en matière de primes et de prestations. Le dix-neuvième considérant de ladite directive désigne la faculté accordée aux États membres de ne pas appliquer la règle des primes et des prestations unisexes comme une ' dérogation '. Ainsi, la directive 2004/113 est fondée sur la prémisse selon laquelle, aux fins de l'application du principe d'égalité de traitement des femmes et des hommes consacré aux articles 21 et 23 de la charte, les situations respectives des femmes et des hommes à l'égard des primes et des prestations d'assurances contractées par eux sont comparables.

31 Dans ces circonstances, il existe un risque que la dérogation à l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes prévue à l'article 5, paragraphe 2, de la directive 2004/113 soit indéfiniment permise par le droit de l'Union.

32 Une telle disposition, qui permet aux États membres concernés de maintenir sans limitation dans le temps une dérogation à la règle des primes et des prestations unisexes, est contraire à la réalisation de l'objectif d'égalité de traitement entre les femmes et les hommes que poursuit la directive 2004/113 et incompatible avec les articles 21 et 23 de la charte.

33 Par conséquent, cette disposition doit être considérée comme invalide à l'expiration d'une période de transition adéquate.

34 Eu égard à tout ce qui précède, il convient de répondre à la première question posée que l'article 5, paragraphe 2, de la directive 2004/113 est invalide avec effet au 21 décembre 2012.

35 Au vu de cette réponse, il n'y a pas lieu de répondre à la seconde question ».

Comme il a déjà été relevé, le premier moyen allègue, à titre principal que, en usant de la faculté de dérogation offerte par l'article 5, paragraphe 2, de la directive 2004/113/CE, la loi attaquée aurait violé les dispositions visées au même moyen, dès lors que

l'article 5, paragraphe 2, précité est lui-même contraire au principe de l'égalité des sexes, tel qu'il est consacré en droit communautaire. L'article 8 de la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes prévoit que « dans le domaine visé à l'article 6, § 1er, 1°, toute distinction directe fondée sur le sexe constitue une discrimination directe, sauf dans les hypothèses visées aux articles 9, 10, 16, 17 et 18 »; avant sa modification par l'article 3 attaqué, l'article 10 de la même loi du 10 mai 2007 prévoyait que « § 1er. Par dérogation à l'article 8, une distinction directe fondée sur le sexe dans la fixation des primes et prestations d'assurance est permise, si elle est objectivement justifiée par un but légitime et que les moyens de réaliser ce but sont appropriés et nécessaires. § 2. La présente disposition ne s'applique pas aux contrats d'assurance conclus dans le cadre d'un régime complémentaire de sécurité sociale. Ces contrats sont exclusivement régis par l'article 12. § 3. La dérogation visée au § 1er cessera d'être en vigueur à la date fixée par le Roi, et au plus tard le 21 décembre 2007 ». L'article 5, paragraphe 1, de la directive précitée impose pour sa part aux Etats membres de veiller « à ce que, dans tous les nouveaux contrats conclus après le 21 décembre 2007 au plus tard, l'utilisation du sexe comme facteur dans le calcul des primes et des prestations aux fins des services d'assurance et des services financiers connexes n'entraîne pas, pour les assurés, de différences en matière de primes et de prestations ».

A la suite de sa modification par l'article 3 attaqué, l'article 10 de la loi précitée du 10 mai 2007 prévoit désormais qu'une distinction directe proportionnelle peut être établie sur la base de l'appartenance sexuelle pour la fixation des primes et des prestations d'assurance, lorsque le sexe est un facteur déterminant dans l'évaluation des risques sur la base de données actuarielles et statistiques pertinentes et précises; cette dérogation à l'article 8 de la même loi ne s'applique qu'aux contrats d'assurance sur la vie au sens de l'article 97 de la loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre (§ 1er); l'article 4 attaqué prévoit pour sa part que, dans l'attente de la publication par la Commission bancaire, financière et des assurances (ci-après : la CBFA) des données actuarielles et statistiques précitées, une distinction directe fondée sur le sexe dans la fixation des primes et prestations d'assurance est permise, si elle est objectivement justifiée par un but légitime et si les moyens de

réaliser ce but sont appropriés et nécessaires. Ces dispositions font usage, comme la Cour l'a relevé dans son arrêt n° 103/2009, de la faculté de dérogation prévue par l'article 5, paragraphe 2, de la directive précitée, selon lequel « nonobstant le paragraphe 1, les Etats membres peuvent décider avant le 21 décembre 2007 d'autoriser des différences proportionnelles en matière de primes et de prestations pour les assurés lorsque le sexe est un facteur déterminant dans l'évaluation des risques, sur la base de données actuarielles et statistiques pertinentes et précises. [...] ». Par ailleurs, conformément à l'article 5, paragraphe 3, premier alinéa, de la même directive, l'article 10 nouveau de la loi précitée du 10 mai 2007 prévoit, en son paragraphe 2, que, à partir du 21 décembre 2007, les frais liés à la grossesse et à la maternité ne peuvent en aucun cas encore entraîner de différences en matière de primes et de prestations d'assurance. En outre, en vertu du paragraphe 6, il est expressément prévu que la dérogation permise par le paragraphe 1 n'est pas applicable aux contrats d'assurance conclus dans le cadre d'un régime complémentaire de sécurité sociale. Enfin, en application de l'article 5, paragraphe 2, de la directive précitée, le paragraphe 3 du nouvel article 10 de la loi du 10 mai 2007 charge la CBFA de collecter les données actuarielles et statistiques visées au paragraphe 1 et d'en assurer la publication périodique, lesdites données devant être actualisées tous les deux ans; en vertu du paragraphe 4 du même article, la CBFA fournit à la Commission européenne les données dont elle dispose, notamment chaque fois qu'elles sont actualisées.

Au-delà du fait que l'article 2 de la loi attaquée se donne pour objet de transposer la directive précitée, il résulte de ce qui précède comme des travaux préparatoires que, pour adopter les articles 3 et 4 attaqués, le législateur s'est fondé sur l'article 5, paragraphe 2, précité de cette directive : c'est en faisant usage de l'autorisation donnée aux Etats membres de déroger à l'interdiction de discriminations fondées sur le sexe qu'édicte l'article 5, paragraphe 1, de la même directive, conformément aux dispositions internationales précédemment rappelées par l'arrêt, que les articles 3 et 4 attaqués permettent « une distinction directe proportionnelle [...] sur la base de l'appartenance sexuelle pour la fixation des primes et des prestations d'assurance, lorsque le sexe

est un facteur déterminant dans l'évaluation des risques sur la base de données actuarielles et statistiques pertinentes et précises ».

Lorsque le critère envisagé repose sur le sexe des personnes concernées, il convient d'avoir égard aux articles 10, 11 et 11*bis*, alinéa 1er, de la Constitution ainsi qu'aux dispositions internationales liant la Belgique et qui ont une portée analogue à ces dispositions constitutionnelles; les garanties contenues dans lesdites dispositions internationales constituent un ensemble indissociable avec les garanties figurant dans les dispositions constitutionnelles précitées. Ces dispositions, lues conjointement, invitent les législateurs à être particulièrement prudents lorsqu'ils établissent une différence de traitement sur la base du sexe. Un tel critère n'est admissible que s'il est justifié par un objectif légitime et s'il est pertinent par rapport à celui-ci. Le contrôle est plus strict si le principe fondamental de l'égalité des sexes est en cause.

Pour les motifs indiqués par la Cour de justice dans son arrêt précité du 1er mars 2011, en particulier dans les points 30 à 32 - lesquels relèvent notamment une atteinte au principe d'égalité de traitement des femmes et des hommes consacré aux articles 21 et 23 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne -, la différence de traitement en cause n'est pas susceptible d'une justification raisonnable. Ce constat vaut tant pour l'article 3 de la loi attaquée que pour son article 4, qui organise un régime transitoire; il vaut aussi pour les autres dispositions de la loi du 21 décembre 2007, compte tenu de leur connexité avec ces articles 3 et 4. Le premier moyen étant fondé, il y a lieu d'annuler la loi attaquée dans son intégralité.

Dans son arrêt du 1er mars 2011, la Cour de justice a décidé que le constat d'invalidité de l'article 5, paragraphe 2, de la directive précitée sortira ses effets à la date du 21 décembre 2012, soit « à l'expiration d'une période de transition adéquate » (point 33 de l'arrêt). Comme la Cour de justice, la Cour estime que l'octroi d'une période de transition est indiqué : d'une part, celle-ci est de nature à permettre aux compagnies d'assurances de s'adapter aux nouvelles conditions résultant de son arrêt et de l'arrêt de la Cour de justice du 1er mars 2011, et de modifier leurs produits en conséquence; d'autre part, il ne peut être fait abstraction du fait que

l'annulation, avec effet rétroactif, de la loi attaquée, et en particulier de son article 3, aurait pour effet de faire revivre l'ancien article 10 de la loi précitée du 10 mai 2007, dont le paragraphe 3 limitait au plus tard au 21 décembre 2007 la validité de la dérogation autorisée par le paragraphe 1er du même article 10. Le fait de laisser au législateur la faculté, et le temps, d'intervenir à nouveau en la matière lui permet de déterminer si l'interdiction de distinctions fondées sur le sexe dans la fixation des primes et prestations d'assurance, à la date à laquelle cette interdiction sortira ses effets, s'applique, ou non, également aux contrats conclus antérieurement à ladite date - question au sujet de laquelle les parties divergent.

La Cour annule dès lors la loi du 21 décembre 2007 « modifiant la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes, pour ce qui est de l'appartenance sexuelle en matière d'assurance », mais maintient les effets de cette loi jusqu'au 21 décembre 2012 au plus tard.

## 16. Les droits de l'enfant (arrêt n° 146/2011)

La loi du 19 décembre 2008 régleme, comme son intitulé l'indique, l'obtention et l'utilisation de matériel corporel humain destiné à des applications médicales humaines ou à des fins de recherche scientifique; elle s'applique, en principe, au « don, au prélèvement, à l'obtention, au contrôle, au traitement, à la conservation, au stockage, à la distribution et à l'utilisation [lire : usage] du matériel corporel [humain] destiné à des applications humaines ou à des fins de recherche scientifique » (article 3, § 1er, alinéa 1er, de cette loi).

L'article 26, 3°, de la loi du 23 décembre 2009 « portant des dispositions diverses en matière de santé publique » remplace comme suit l'alinéa 2 originaire de l'article 3, § 4, de la loi précitée du 19 décembre 1998 : « Sans préjudice des dispositions de la loi du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes, les dispositions de la présente loi, à l'exception des articles 7, § 4, 8, § 1er, alinéa 1er, 4°, et § 2, et 10, § 4, sont applicables au don, au prélèvement, aux opérations et à l'usage, lorsque des gamètes, des gonades, des fragments de gonades, des embryons ou des fœtus en font l'objet. La disposition de l'alinéa 2 du présent paragraphe ne s'applique pas à l'article 4, § 1er, et à l'article 13, alinéas 1er et 3, en cas de prélèvement de gamètes masculins. La disposition de l'alinéa 2 du présent paragraphe ne s'applique pas à l'article 4, § 2, en cas de don entre partenaires de gamètes masculins qui sont immédiatement appliqués sur place à la partenaire féminine en vue de la procréation. La disposition de l'alinéa 2 du présent paragraphe ne s'applique pas à l'article 20, § 2, dans les cas où ceci concerne un usage d'embryons ou du matériel corporel humain fœtal ou de gamètes ou de gonades en vue de la création d'embryons ».

La Cour a été saisie d'un recours en annulation de l'article 26, 3°, précité.

Les parties requérantes critiquaient notamment la compatibilité de cette disposition avec l'article 22*bis* de la Constitution, lu en

combinaison avec l'article 2.1 de la Convention européenne des droits de l'homme, avec l'article 6, paragraphe 1, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et avec l'article 6, paragraphe 1, de la Convention relative aux droits de l'enfant, en ce que l'article 3, § 4, alinéa 2, de la loi du 19 décembre 2008, tel qu'il a été remplacé par l'article 26, 3°, de la loi du 23 décembre 2009, autoriserait désormais le « prélèvement » et l'« usage » d'embryons *in vivo* et de fœtus *in vivo*, en vue d'applications humaines ou à des fins de recherche scientifique.

L'embryon est « la cellule ou l'ensemble fonctionnel de cellules d'un âge compris entre la fécondation et huit semaines de développement et susceptibles, en se développant, de donner naissance à une personne humaine » (article 2, 4°, de la loi du 19 décembre 2008), tandis que le fœtus est « l'ensemble fonctionnel de cellules d'un âge supérieur à huit semaines de développement et susceptibles, en se développant, de donner naissance à une personne humaine » (article 2, 5°, de la loi du 19 décembre 2008).

Les droits reconnus aux enfants par l'article 22*bis* de la Constitution, inséré par la révision constitutionnelle du 23 mars 2000 et modifié par la révision constitutionnelle du 22 décembre 2008, ne s'étendent pas à l'embryon et au fœtus au sens de la loi du 19 décembre 2008.

La Cour rejette en conséquence le recours.

## C. AUTRES QUESTIONS

### 17. *Les délégations de compétence en matière d'assurance* (arrêt n° 166/2011)

La loi du 21 janvier 2010 modifie, comme son intitulé l'indique, la loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre en ce qui concerne les assurances du solde restant dû pour les personnes présentant un risque de santé accru.

Le chapitre V du titre III (« Des assurances de personnes ») de la loi précitée du 25 juin 1992, inséré par l'article 2 de la loi du 21 janvier

2010, contient des « dispositions propres à certains contrats d'assurance qui garantissent le remboursement du capital d'un crédit »; les articles 3, 4, 5, 6, 8, 10, 11, 14 et 15 de la loi du 21 janvier 2010 insèrent plusieurs articles dans ce chapitre V.

La Cour a été saisie d'un recours en annulation de ces dispositions ainsi que de l'article 16 de la même loi.

Parmi les moyens développés à l'appui de son recours - que rejette la Cour -, la partie requérante faisait notamment valoir que les articles 138ter-1, 138ter-3, 138ter-4, 138ter-6, 138ter-8, 138ter-9 et 138ter-12 de la loi du 25 juin 1992, insérés par les articles 3, 5, 6, 8, 10, 11 et 14 de la loi du 21 janvier 2010, n'étaient pas compatibles avec les articles 10 et 11 de la Constitution, combinés avec le principe de l'unité du pouvoir réglementaire tel qu'il serait contenu dans les articles 33, 37 et 108 de la Constitution, en ce qu'ils octroient un pouvoir de décision réglementaire ou discrétionnaire à des organes ou établissements qui n'ont aucune responsabilité politique à l'égard d'une assemblée démocratiquement élue ni ne se trouvent pas sous la tutelle d'un organe qui porte une telle responsabilité politique et en ce qu'ils établissent dès lors une différence de traitement, sans justification objective et raisonnable, entre, d'une part, les assureurs qui proposent des assurances du solde restant dû, à l'égard desquels il est dérogé au principe de l'unité du pouvoir réglementaire, et d'autre part, les autres assureurs et justiciables, à l'égard desquels il n'est pas dérogé à ce principe. La partie requérante estimait que les dispositions attaquées octroient un pouvoir de décision réglementaire ou discrétionnaire à la Commission des assurances (article 138ter-1 de la loi du 25 juin 1992), au réassureur (articles 138ter-3 et 138ter-4 de la même loi), au Bureau du suivi de la tarification (articles 138ter-6 et 138ter-8 de la même loi) et, si elle n'est pas créée par le Roi, à la Caisse de compensation (articles 138ter-9 et 138ter-12 de la même loi).

Les articles 138ter-3, 138ter-4, 138ter-6 de la loi du 25 juin 1992 portent sur la compétence du réassureur et du Bureau du suivi de la tarification pour évaluer la surprime proposée par l'assureur à un candidat preneur d'assurance. Ces dispositions n'obligent pas l'assureur à contracter : l'assureur conserve dès lors le droit de ne pas conclure le contrat. Ces dispositions impliquent par contre que,

lorsque le candidat preneur d'assurance conteste la surprime qui lui est proposée, l'assureur ne peut contracter qu'aux conditions proposées par le réassureur ou par le Bureau en ce qui concerne la surprime. Le réassureur et le Bureau ne peuvent conclure à une surprime inférieure que lorsque la surprime proposée initialement par l'assureur ne peut être considérée comme « objectivement et raisonnablement [justifiée] d'un point de vue médical et au regard de la technique de l'assurance ». Ainsi, le législateur a suffisamment délimité la compétence accordée au réassureur et au Bureau du suivi de la tarification. Par ailleurs, le principe d'égalité et de non-discrimination - qui ne peut pas être considéré uniquement comme un principe de bonne législation et de bonne administration - interdit aux assureurs, lorsqu'ils fixent les primes, de créer, entre les candidats preneurs d'assurance, des différences de traitement qui ne soient pas objectivement et raisonnablement justifiées. Par conséquent, le pouvoir d'appréciation accordé aux réassureurs et au Bureau du suivi ne modifie pas fondamentalement la situation juridique des assureurs.

La Cour en déduit que le pouvoir d'appréciation conféré au réassureur et au Bureau du suivi de la tarification ne peut être considéré comme un pouvoir réglementaire ni comme un pouvoir de décision discrétionnaire.

La critique visant l'article 138ter-8 de la loi du 25 juin 1992 concernait la compétence du Bureau du suivi de la tarification pour fixer à quelles conditions et moyennant quelles primes le candidat preneur d'assurance a accès à une assurance sur la vie, le cas échéant une assurance-invalidité, garantissant un crédit hypothécaire, un crédit à la consommation ou un crédit professionnel. Les assureurs ne sont pas tenus d'appliquer ces « conditions d'accès » : le Bureau du suivi de la tarification n'exerce donc aucun pouvoir réglementaire lorsqu'il fixe ces conditions et primes.

Les articles 138ter-9 et 138ter-12 de la loi du 25 juin 1992 concernent la Caisse de compensation; la partie requérante critiquait le fait que cette Caisse, si elle n'est pas créée par le Roi, peut déterminer le montant des versements visés à l'article 138ter-9.

Selon l'article 138ter-9, § 3, alinéa 1er, de la loi du 25 juin 1992, les assureurs qui pratiquent l'assurance-vie comme garantie d'un crédit, ainsi que les prêteurs hypothécaires, sont solidairement tenus de faire à la Caisse de compensation les versements « nécessaires pour l'accomplissement de sa mission et pour supporter ses frais de fonctionnement ». Les moyens qui sont nécessaires pour accomplir la mission de la Caisse de compensation dépendent, d'une part, du seuil et du plafond visés à l'article 138ter-12 de la loi du 25 juin 1992, qui, ainsi que le rappelle l'arrêt, doivent être fixés par le Roi, et, d'autre part, du nombre de demandes d'intervention adressées à la Caisse de compensation, aux conditions fixées par la loi. En prévoyant que les assureurs et les prêteurs hypothécaires sont solidairement obligés, le législateur a voulu indiquer que les moyens nécessaires pour accomplir la mission de la Caisse de compensation et pour supporter les frais de fonctionnement de cette Caisse peuvent certes être demandés à tout assureur qui pratique l'assurance-vie comme garantie d'un crédit hypothécaire et à tout prêteur hypothécaire, mais que les assureurs et prêteurs hypothécaires individuels sont mutuellement tenus, à parts égales, au paiement du montant requis.

Etant donné que le « seuil » et le « plafond » sont fixés par un arrêté royal et que le législateur a lui-même prévu, d'une part, que le montant des versements dépend des moyens qui sont « nécessaires pour l'accomplissement de [la] mission [de la Caisse de compensation] et pour supporter ses frais de fonctionnement » et, d'autre part, que les assureurs et prêteurs hypothécaires individuels sont mutuellement tenus, à parts égales, au paiement du montant requis, la fixation du montant des versements constitue une modalité d'exécution ayant une portée limitée et technique, n'emportant aucun choix politique. Par ailleurs, ainsi que le rappelle l'arrêt, le Roi doit agréer la Caisse de compensation, aux conditions qu'Il détermine, en approuver les statuts et régler le contrôle des activités de cette Caisse : la Caisse de compensation est dès lors contrôlée par un organe qui porte une responsabilité politique à l'égard d'une assemblée démocratiquement élue. La Cour conclut dès lors que le moyen n'est pas fondé.

### III. CONFIRMATIONS LEGISLATIVES

**18. *La confirmation législative d'un arrêté royal contraire au droit de l'Union européenne - fixation des tarifs en matière de distribution de l'électricité***  
*(arrêt n° 97/2011)*

L'arrêté royal du 2 septembre 2008 édicte, comme son intitulé l'indique, les « règles en matière de fixation et de contrôle du revenu total et de la marge bénéficiaire équitable, de la structure tarifaire générale, du solde entre les coûts et les recettes et des principes de base et procédures en matière de proposition et l'approbation des tarifs, du rapport et de la maîtrise des coûts par les gestionnaires des réseaux de distribution d'électricité ». Les articles 9 à 14 de cet arrêté royal fixent la structure tarifaire générale qui comprend les tarifs repris à l'article 9, § 1er; l'article 11, § 1er, du même arrêté prévoit que « Les tarifs de l'utilisation du réseau de distribution comprennent : 1° le tarif de base d'utilisation du réseau (tarif de la puissance souscrite et de la puissance complémentaire); 2° le tarif pour la gestion du système; 3° le tarif rémunérant la mise à disposition des équipements de comptage ainsi que l'activité de mesure, relève et comptage », et régleme divers aspects de ces tarifs.

La loi du 15 décembre 2009 « portant confirmation de divers arrêtés royaux pris en vertu de la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité et de la loi du 12 avril 1965 relative au transport de produits gazeux et autres par canalisations » prévoit, en son article 41, que l'arrêté royal du 2 septembre 2008 précité est confirmé et ce avec effet au 12 septembre 2008.

La Cour a été saisie d'un recours en annulation de cet article 41, introduit par trois sociétés anonymes, la SA « Electrawinds », la SA « Electrawinds West-Vlaanderen » et la SA « Electrawinds Brugge ».

En ce qui concerne le moyen pris de la violation de l'article 6, § 1er, VII, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, la Cour relève que le législateur spécial a conçu la politique de

l'énergie comme une compétence exclusive partagée, la fixation des tarifs continuant à relever de la compétence du législateur fédéral; il ressort des travaux préparatoires de la loi spéciale précitée que le terme « tarifs » recouvre aussi bien les tarifs pour la fourniture au consommateur ordinaire que ceux pour la fourniture de gaz et d'électricité aux industries. Les tarifs que les gestionnaires de réseau de distribution peuvent porter en compte aux producteurs d'électricité relèvent également de la compétence de l'autorité fédérale : en effet, ces tarifs influencent le prix qui est facturé au client; par conséquent, la réglementation relative aux tarifs d'injection ressortit à la compétence de l'autorité fédérale.

Toutefois, la Cour doit encore examiner si la réglementation relative aux tarifs d'injection, pour autant qu'elle s'applique également aux producteurs d'énergie renouvelable, respecte le principe de proportionnalité inhérent à tout exercice d'une compétence et si elle ne rend dès lors pas impossible ou exagérément difficile l'exercice des compétences régionales : plus particulièrement, les régions sont compétentes pour les sources nouvelles d'énergie (article 6, § 1er, VII, alinéa 1er, f), de la loi spéciale du 8 août 1980), une compétence que la Région flamande a exercée entre autres en prévoyant à l'article 25<sup>ter</sup> du décret du 17 juillet 2000 relatif à l'organisation du marché de l'électricité une aide minimale pour la production d'électricité à partir de sources d'énergie renouvelables. Il faut considérer que le Constituant et le législateur spécial, dans la mesure où ils n'en disposent pas autrement, ont attribué aux communautés et aux régions toute la compétence d'édicter les règles propres aux matières qui leur ont été transférées : sauf dispositions contraires, le législateur spécial a transféré aux communautés et aux régions l'ensemble de la politique relative aux matières qu'il a attribuées.

Le simple constat que les tarifs d'injection sont applicables à toutes les formes de production décentralisée d'électricité, et donc pas seulement aux « sources nouvelles d'énergie », ne permet pas de conclure que le principe de proportionnalité ne serait pas applicable : en effet, ce n'est que dans la mesure où la réglementation fédérale concerne les nouvelles sources d'énergie que le principe de proportionnalité est mis en cause. L'applicabilité des tarifs d'injection aux producteurs d'électricité générée à partir

de sources d'énergie renouvelables ne porte, pour le surplus, pas atteinte à l'exercice de la compétence de la Région flamande dans le domaine des nouvelles sources d'énergie. La Cour déclare dès lors le moyen non fondé.

Dans un autre moyen, les parties requérantes soutenaient que la disposition en cause violerait le principe d'égalité et de non-discrimination, combiné avec l'article 6.1 de la Convention européenne des droits de l'homme, avec le principe de la sécurité juridique et avec l'autorité de la chose jugée, en ce que la confirmation qu'elle contient a pour conséquence que les justiciables ne peuvent plus s'opposer à l'application de tarifs d'injection par une exception d'illégalité, alors que des décisions judiciaires ont déjà écarté l'application de l'arrêté royal confirmé. Dans son mémoire en intervention, la Commission de Régulation de l'Electricité et du Gaz (ci-après : la CREG) soutenait, d'une part, que le moyen, dans l'interprétation qu'en donnent les parties requérantes, n'était pas fondé, mais que, d'autre part, dans une autre interprétation, le moyen serait effectivement fondé : la confirmation attaquée serait inconstitutionnelle au motif que la disposition confirmée est contraire à une obligation de droit européen, à savoir l'obligation pour l'autorité, découlant de l'article 23, paragraphes 2 et 3, de la directive 2003/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2003 « concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 96/92/CE » (ci-après : la deuxième directive sur l'électricité), d'approuver ou de rejeter la proposition de méthodes tarifaires émanant du régulateur, mais de ne pas la modifier. Ces griefs ne se rattachent pas au premier moyen pris par les parties requérantes, qui ne contient aucun aspect de droit européen. La Cour examine toutefois d'office ce moyen au sujet duquel les parties se sont exprimées.

Selon le cinquième considérant de la *deuxième* directive sur l'électricité, la tarification constitue l'un des principaux obstacles à l'achèvement d'un marché intérieur tout à fait opérationnel et compétitif en matière d'électricité; pour le bon fonctionnement de la concurrence, il est requis, selon le sixième considérant de cette directive, que l'accès au réseau soit non discriminatoire, transparent et disponible au juste prix : à cet égard, le septième considérant de

la même directive sur l'électricité dispose que l'accès au réseau du gestionnaire de réseau de transport ou de distribution revêt « une importance primordiale »; cette deuxième directive sur l'électricité est abrogée à partir du 3 mars 2011, date à laquelle la directive 2009/72/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 « concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 2003/54/CE » (ci-après : la *troisième* directive sur l'électricité) devait être transposée.

Après avoir rappelé les troisième à sixième considérants de cette *troisième* directive, les 33e et 34e considérants de cette même directive ainsi que l'article 23, paragraphes 2 et 3, de la *deuxième* directive sur l'électricité, la Cour relève que, par un arrêt du 29 octobre 2009, la Cour de Justice de l'Union européenne a jugé que la réglementation belge en matière d'approbation des tarifs de transport et de distribution était contraire à l'article 23, paragraphes 2 et 3, de la deuxième directive sur l'électricité; dans cet arrêt, la Cour de Justice a notamment considéré qu'« il convient de constater que, dans un tel contexte, l'intervention du Roi dans la détermination d'éléments importants pour la fixation des tarifs, tels que la marge bénéficiaire, soustrait à la CREG les compétences de réglementation qui, en vertu de l'article 23, paragraphe 2, sous a), de la directive, devraient lui revenir » (CJCE, 29 octobre 2009, *Commission c. Belgique*, C-474/08, point 29).

Les méthodes tarifaires contenues dans l'arrêt royal confirmé ont été fixées par le Roi en vertu de la procédure visée à l'article 120<sup>octies</sup> de la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité : en vertu de cette disposition, les tarifs de raccordement au réseau de distribution doivent être fixés par le Roi, sur proposition de la CREG. En vertu de l'article 23, paragraphe 3, de la deuxième directive sur l'électricité, une telle procédure n'est conforme au droit de l'Union européenne que si le Roi n'a d'autre compétence que celle d'approuver ou de rejeter intégralement la proposition, mais cette procédure viole le droit de l'Union européenne si le Roi dispose de la possibilité de modifier la proposition. Or, comme il ressort des travaux préparatoires de la loi attaquée, les propositions de la CREG ayant conduit à l'arrêt royal confirmé ont été modifiées par le ministre compétent avant d'être

soumises à la signature du Roi, ainsi qu'il ressort du compte rendu intégral de la séance du 27 janvier 2009 de la commission de l'Economie : par conséquent, le Roi S'est substitué à la CREG, en violation de l'article 23, paragraphes 2 et 3, de la deuxième directive sur l'électricité.

L'article 37, paragraphe 6, point a), de la *troisième* directive sur l'électricité prévoit que « Les autorités de régulation se chargent de fixer ou d'approuver, suffisamment à l'avance avant leur entrée en vigueur, au moins les méthodes utilisées pour calculer ou établir : a) les conditions de raccordement et d'accès aux réseaux nationaux, y compris les tarifs de transport et de distribution ou leurs méthodes. Ces tarifs ou méthodes permettent de réaliser les investissements nécessaires à la viabilité des réseaux » : par suite de cette disposition, le Roi ne peut plus fixer les tarifs de distribution sur la proposition de la CREG, dès lors que cette compétence appartient désormais exclusivement à la CREG. Pour les raisons exposées ci-dessus, l'arrêté royal confirmé viole *a fortiori* l'article 37, paragraphe 6, point a), de la troisième directive sur l'électricité.

La confirmation législative d'un arrêté royal contraire au droit de l'Union européenne ne couvre pas l'irrégularité de cette réglementation : en conséquence, comme le Conseil d'Etat l'a déjà observé, la disposition attaquée viole l'article 23, paragraphes 2 et 3, de la deuxième directive sur l'électricité, dans la mesure où la confirmation porte sur les articles 9 à 14 de l'arrêté royal confirmé.

La Cour annule dès lors l'article 41 de la loi du 15 décembre 2009 « portant confirmation de divers arrêtés royaux pris en vertu de la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité et de la loi du 12 avril 1965 relative au transport de produits gazeux et autres par canalisations », en ce qu'il confirme les articles 9 à 14 de l'arrêté royal du 2 septembre 2008 « relatif aux règles en matière de fixation et de contrôle du revenu total et de la marge bénéficiaire équitable, de la structure tarifaire générale, du solde entre les coûts et les recettes et des principes de base et procédures en matière de proposition et d'approbation des tarifs, du rapport et de la maîtrise des coûts par les gestionnaires des réseaux de distribution d'électricité ».



#### IV. LACUNES LEGISLATIVES

19. *Lacunex extrinsèques, intrinsèques et autoréparatrices* (arrêts n<sup>os</sup> 1/2011, 12/2011, 34/2011, 36/2011, 38/2011, 45/2011, 56/2011, 62/2011, 63/2011, 74/2011, 76/2011, 98/2011, 152/2011 et 161/2011)<sup>1</sup>

Le contrôle de constitutionnalité de la Cour peut s'exercer non seulement sur ce que dit la loi mais aussi sur ce qu'elle tait : la Cour se reconnaît compétente pour censurer les « lacunes législatives ».

Sa jurisprudence permet de distinguer plusieurs sortes de lacunes.

Pour les lacunes de la première catégorie, la Cour constate qu'il existe une lacune dans le droit en vigueur mais non dans la norme législative sur laquelle elle est interrogée : une telle lacune peut être qualifiée d'« extrinsèque ». Le plus souvent elle ne peut disparaître que si le législateur crée la norme manquante. Toutefois, dans son arrêt n<sup>o</sup> 38/2011, la Cour a précisé que, dès lors que la lacune est située dans une disposition qu'elle a identifiée, « il appartient au juge *a quo* de mettre fin à l'inconstitutionnalité constatée par la Cour, ce constat étant exprimé en des termes suffisamment précis et complets pour permettre que cette disposition soit appliquée dans le respect des articles 10 et 11 de la Constitution<sup>2</sup> ». Une telle lacune extrinsèque peut être qualifiée d'« autoréparatrice ».

Dans la deuxième catégorie, la lacune est située dans la disposition en cause : elle peut être qualifiée d'« intrinsèque ». Dans cette deuxième catégorie, il existe également une sous-catégorie : si la lacune est située dans le texte soumis à la Cour, il appartient au juge de mettre fin à l'inconstitutionnalité constatée par celle-ci, lorsque ce

<sup>1</sup> Voir le rapport 2009, pp. 71-72 et le rapport 2010, pp. 69-70.

<sup>2</sup> Dans le dispositif de cet arrêt, la Cour a notamment dit pour droit : « L'article 2 de la loi du 6 février 1970 relative à la prescription des créances à charge ou au profit de l'Etat et des provinces viole les articles 10 et 11 de la Constitution en ce qu'il ne prévoit pas qu'un recours en annulation d'un acte administratif auprès du Conseil d'Etat a les mêmes effets, pour l'action en réparation du dommage causé par l'acte administratif annulé, qu'une citation en justice ». En B.7.2, elle a précisé : « Par conséquent, il appartient au juge *a quo* de considérer que l'introduction d'un recours en annulation d'un acte administratif auprès du Conseil d'Etat interrompt le délai de prescription ».

constat est exprimé en des termes suffisamment précis et complets pour permettre que la disposition en cause ou attaquée soit appliquée dans le respect des articles 10 et 11 de la Constitution. Dans ce cas, la lacune peut être comblée sans que le législateur doive intervenir; une telle lacune intrinsèque peut être qualifiée d'« autoréparatrice ».

En 2011, la Cour a constaté une lacune « extrinsèque », dans ses arrêts n<sup>os</sup> 1<sup>1</sup>, 36, 38, 74, 76, 98<sup>2</sup> et 161<sup>3</sup>/2011, et une lacune « intrinsèque », dans ses arrêts n<sup>os</sup> 12, 34, 45, 56, 62, 63<sup>4</sup> et 152/2011. Elle a jugé que la lacune est « autoréparatrice » dans les arrêts n<sup>os</sup> 38, 62 et 152/2011.

<sup>1</sup> Voir le présent rapport, chapitre IX, point 27.

<sup>2</sup> Voir le présent rapport, chapitre XI, point 41.

<sup>3</sup> Voir le présent rapport, chapitre V, point 21.

<sup>4</sup> Voir le présent rapport, chapitre X, point 36.

## V. CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

### 20. *L'impartialité du Conseil d'Etat* (arrêt n° 123/2011)

L'article 14, § 1er, alinéa 1er, 1°, des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973 (ci-après : lois coordonnées sur le Conseil d'Etat), prévoit que « la section [du contentieux administratif du Conseil d'Etat] statue par voie d'arrêts sur les recours en annulation pour violation des formes soit substantielles, soit prescrites à peine de nullité, excès ou détournement de pouvoir, formés contre les actes et règlements : 1° des diverses autorités administratives ».

Le Conseil d'Etat a interrogé la Cour sur la question de savoir si cet article 14, § 1er, alinéa 1er, 1°, combiné ou non avec l'article 70 de ces mêmes lois est compatible avec les articles 10 et 11 de la Constitution, lus en combinaison avec le principe général de droit de l'impartialité objective des juridictions, tel qu'il est formulé, entre autres, à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et à l'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, en ce que les parties à un litige mettant en cause la légalité d'une nomination de conseiller d'Etat doivent soumettre ce litige à une juridiction dont les membres ont déjà été associés à une présentation faisant intégralement partie de la procédure de nomination attaquée, alors que d'autres parties, parmi lesquelles les parties à un litige mettant en cause la légalité d'une nomination de magistrat de l'ordre judiciaire, peuvent soumettre leur cause à une juridiction qui n'a en aucune manière été associée à l'élaboration de la décision attaquée.

Il découle des dispositions des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat que détaille la Cour, que les conseillers d'Etat de la section du contentieux administratif qui doivent examiner un recours en annulation introduit contre un arrêté royal portant nomination d'un conseiller d'Etat peuvent en principe également avoir fait partie de l'assemblée générale du Conseil d'Etat, laquelle doit, dans le cadre d'une telle nomination, présenter une liste de trois candidats.

Si le législateur, nonobstant la suggestion faite en ce sens par la section de législation du Conseil d'Etat, n'a pas jugé nécessaire de régler explicitement de cette manière la composition de l'assemblée générale du Conseil d'Etat, il n'a néanmoins pas voulu empêcher le Conseil d'Etat de composer l'assemblée générale, en vue de la présentation d'une liste de trois candidats pour une fonction vacante de conseiller d'Etat, de telle manière qu'un certain nombre de conseillers d'Etat n'y siègent pas. Il ressort des réponses du premier président du Conseil d'Etat aux questions posées par la Cour que le Conseil d'Etat interprète les articles 14, § 1er, alinéa 1er, 1°, et 70 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat en ce sens qu'un certain nombre de conseillers d'Etat ne peuvent prendre part à l'assemblée générale en cas de délibération ou de vote sur la présentation de candidats à une fonction vacante de conseiller d'Etat et que, lorsqu'un recours est introduit contre l'arrêté de nomination d'un conseiller d'Etat qui fait suite à cette présentation, seuls les conseillers d'Etat qui n'ont pas pris part à l'assemblée générale peuvent connaître de ce recours.

La disposition en cause fait néanmoins naître une différence de traitement entre, d'une part, les parties à un litige mettant en cause la légalité d'une nomination de conseiller d'Etat et, d'autre part, les parties à d'autres litiges, parmi lesquels les litiges mettant en cause la légalité d'une nomination de magistrat de l'ordre judiciaire, en ce que le premier litige cité doit être soumis à une juridiction qui a déjà été associée - dans une autre composition, certes - à une présentation faisant intégralement partie de la procédure de nomination, alors que ce n'est pas le cas des litiges mettant en cause la légalité d'une nomination de magistrat de l'ordre judiciaire. Ceux-ci sont également soumis à la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat, mais le Conseil d'Etat n'est pas compétent pour procéder à une présentation dans le cadre de ces nominations.

Il est d'une importance fondamentale, dans un Etat de droit démocratique, que les juridictions bénéficient de la confiance du public et des parties au procès (CEDH, 26 février 1993, *Padovani* c. Italie, § 27), ce qui implique que ces juridictions soient impartiales. Cette impartialité doit s'apprécier de deux manières. L'impartialité subjective, qui se présume jusqu'à preuve du contraire, exige que

dans une affaire sur laquelle il doit statuer, le juge n'ait ni de parti pris ni de préjugé et qu'il n'ait pas d'intérêt à l'issue de celle-ci. L'impartialité objective exige qu'il y ait suffisamment de garanties pour exclure également des appréhensions justifiées sur ces points (CEDH, 1er octobre 1982, *Piersack c. Belgique*, § 30; 24 mai 1989, *Hauschildt c. Danemark*, §§ 46 et 48; 16 décembre 2003, *Grievies c. Royaume-Uni*, § 69).

En ce qui concerne l'impartialité objective, il y a lieu de vérifier si, indépendamment du comportement des juges, il existe des faits démontrables faisant naître un doute au sujet de cette impartialité. A cet égard, même une apparence de partialité peut revêtir de l'importance (CEDH, 6 juin 2000, *Morel c. France*, § 42; 24 juin 2010, *Mancel et Branquart c. France*, § 34). S'il faut examiner si un juge a suscité, dans un cas concret, de telles appréhensions, le point de vue du justiciable est pris en compte mais ne joue pas un rôle décisif. Ce qui est par contre déterminant, c'est de savoir si les appréhensions de l'intéressé peuvent passer pour objectivement justifiées (CEDH, 21 décembre 2000, *Wettstein c. Suisse*, § 44).

La Cour européenne des droits de l'homme s'est déjà prononcée, dans plusieurs arrêts, sur la question de savoir si une institution ayant à la fois une fonction consultative et une fonction juridictionnelle satisfaisait à l'exigence d'impartialité objective (CEDH, 28 septembre 1995, *Procola c. Luxembourg*; grande chambre, 6 mai 2003, *Kleyn et autres c. Pays-Bas*; 9 novembre 2006, *Sacilor Lormines c. France*). Il ressort de ces arrêts que le simple fait qu'une institution exerce à la fois une fonction consultative et une fonction juridictionnelle ne suffit pas à établir une violation des exigences d'indépendance et d'impartialité (arrêt *Sacilor Lormines*, § 66). Il convient, dans ce cas, d'examiner comment l'indépendance des membres est garantie (*ibid.*). La Cour européenne des droits de l'homme mentionne, comme mesures pouvant garantir cette indépendance, la force non contraignante des avis pour la section qui exerce ultérieurement la fonction juridictionnelle (*ibid.*, § 71), l'inamovibilité des juges (*ibid.*, § 67) et l'existence d'une possibilité de récusation de tous les membres de la section juridictionnelle qui, en tant que membres de la section consultative, ont déjà rendu un avis relativement à « la même affaire » ou à « la même décision ».

Cette récusation doit, le cas échéant, avoir lieu d'office, de sorte que l'on ne peut attendre que les parties en fassent la demande (arrêt *Kleyn*, §§ 197-198).

Certes, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme mentionnée ci-dessus concernait l'exercice consécutif, par les mêmes juges, d'une fonction consultative et d'une fonction juridictionnelle au sein d'une juridiction composée d'une section consultative (comme la section de législation du Conseil d'Etat) et d'une section juridictionnelle (comme la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat), mais cette situation ne diffère pas à ce point de la situation qui fait l'objet de la question préjudicielle que les principes contenus dans cette jurisprudence ne devraient pas être considérés comme applicables.

Il ne saurait être contesté, en l'espèce, que le Conseil d'Etat, lorsqu'il doit statuer sur un recours introduit contre un arrêté portant nomination d'un conseiller d'Etat, a déjà rendu un « avis » relativement à « la même affaire », sous la forme d'une présentation. L'assemblée générale du Conseil d'Etat doit, pour procéder à la présentation de trois candidats, examiner la recevabilité des candidatures et comparer les titres et mérites respectifs des candidats; la présentation doit en outre être formellement motivée.

Le simple fait que le Conseil d'Etat ait à la fois une compétence de présentation et une compétence juridictionnelle n'entraîne toutefois pas nécessairement une violation des exigences d'indépendance et d'impartialité. Ce qui importe, c'est de déterminer s'il existe suffisamment de garanties pour assurer l'indépendance - vis-à-vis de l'assemblée générale qui exerce la compétence de présentation - des membres de la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat qui doivent se prononcer sur un recours introduit contre un arrêté portant nomination d'un conseiller d'Etat.

L'interprétation des articles 14, § 1er, alinéa 1er, 1°, et 70 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat implique qu'un recours introduit contre un arrêté portant nomination d'un conseiller d'Etat soit examiné par des conseillers d'Etat n'ayant participé ni à la délibération ni au vote préalables sur la présentation de trois candidats par l'assemblée générale. Par ailleurs, les conseillers

d'Etat dont l'impartialité est mise en cause peuvent être récusés en vertu de l'article 62, alinéa 1er, de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat. Le cas échéant, cette récusation a lieu d'office : en effet, le conseiller d'Etat qui sait cause de récusation en sa personne est tenu de la déclarer à la chambre concernée; cette chambre décide alors si le membre doit s'abstenir ou non. Dès lors, s'ils avaient participé à la délibération et au vote de l'assemblée générale sur la présentation de trois candidats dans le cadre de cette procédure de nomination, les conseillers d'Etat appelés à statuer sur un recours introduit contre un arrêté portant nomination d'un conseiller d'Etat pourraient être récusés par les parties au litige ou d'office par la chambre concernée. Les membres de la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat qui statuent sur un recours introduit contre un arrêté portant nomination d'un conseiller d'Etat se prononcent de manière autonome sur l'affaire qui leur est soumise et ne sont pas liés par la présentation préalable de trois candidats, émanant de l'assemblée générale du Conseil d'Etat à laquelle ils n'ont d'ailleurs pas participé. Il découle de ce qui précède que l'indépendance et l'impartialité objective du Conseil d'Etat ne sont en principe pas compromises lorsque celui-ci doit statuer sur un recours introduit contre un arrêté royal portant nomination d'un conseiller d'Etat.

La Cour décide en conséquence que, dans l'interprétation des articles 14, § 1er, alinéa 1er, 1°, et 70 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat indiquée précédemment, l'article 14, § 1er, alinéa 1er, 1°, précité, lu en combinaison avec l'article 70 également précité, ne viole pas les articles 10 et 11 de la Constitution, lus en combinaison avec le principe général de droit de l'impartialité objective des juridictions.

***21. La compétence du Conseil d'Etat - Les décisions du Conseil supérieur de la Justice à l'égard des candidats qui présentent le concours d'admission au stage judiciaire (arrêt n° 161/2011)***

L'article 14, § 1er, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat prévoit que « la section [du contentieux administratif] statue par

voie d'arrêts sur les recours en annulation pour violation des formes soit substantielles, soit prescrites à peine de nullité, excès ou détournement de pouvoir, formés contre les actes et règlements : 1° des diverses autorités administratives; 2° des assemblées législatives ou de leurs organes, en ce compris les médiateurs institués auprès de ces assemblées, de la Cour des comptes et de la Cour constitutionnelle, du Conseil d'Etat et des juridictions administratives ainsi que des organes du pouvoir judiciaire et du Conseil supérieur de la Justice relatifs aux marchés publics et aux membres de leur personnel.

L'article 159 de la Constitution s'applique également aux actes et règlements visés au 2° ».

Le Conseil d'Etat interroge la Cour sur la compatibilité de l'article 14, § 1er, précité, avec les articles 10 et 11 de la Constitution « en ce qu'il prive les candidats à une fonction dans la magistrature d'un recours au Conseil d'Etat contre les décisions prises à leur égard par le Conseil supérieur de la Justice et qui ont pour effet de leur fermer l'accès à la fonction de magistrat, alors que les candidats à une autre fonction publique disposent d'un tel recours contre les décisions prises à leur égard par le Selor ».

En application de l'arrêté royal du 22 décembre 2000 concernant la sélection et la carrière des agents de l'Etat, le Selor est chargé d'organiser des épreuves de sélection dont la réussite conditionne l'accès à certaines fonctions publiques.

En vertu de l'article 14, § 1er, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, le législateur a, sans affecter la notion même d'autorité administrative, élargi la compétence du Conseil d'Etat à des actes administratifs accomplis par des autorités étrangères au pouvoir exécutif et aux organes qui en relèvent; cette extension porte notamment sur les actes et règlements du Conseil supérieur de la Justice, pour autant qu'ils concernent les marchés publics et les membres de son personnel. L'article 151, § 2, de la Constitution crée le Conseil supérieur de la Justice, et le paragraphe 3 du même article en précise les missions; cette dernière disposition distingue, d'une part, la compétence du Conseil supérieur de la Justice pour présenter des candidats à une fonction de juge ou d'officier du

ministère public et, d'autre part, sa compétence en matière d'accès à la fonction de juge ou d'officier du ministère public. Trois voies d'accès à la magistrature sont ouvertes par le Code judiciaire; l'une de ces voies, suivie par le requérant devant le Conseil d'Etat et réservée aux candidats sans longue expérience professionnelle, suppose la réussite d'un concours d'admission à un stage judiciaire, organisé par le Conseil supérieur de la Justice.

Ni l'article 151, § 3, 3°, de la Constitution, ni les dispositions du Code judiciaire qui attribuent au Conseil supérieur de la Justice la compétence d'organiser le concours d'admission au stage judiciaire, ni l'article 14, § 1er, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat ne prévoient que les candidats à ce concours disposent d'un recours devant le Conseil d'Etat à l'encontre des décisions prises à leur égard par le Conseil supérieur de la Justice : une différence de traitement existe donc par rapport aux candidats à un concours d'accès à une fonction publique, qui disposent d'un recours devant le Conseil d'Etat à l'encontre des décisions prises à leur égard par le Selor.

La Cour examine si le système mis en place par le législateur n'aboutit pas à priver, de manière discriminatoire, une catégorie de personnes du droit à un recours juridictionnel effectif.

Le caractère propre du Conseil supérieur de la Justice, qui est un organe constitué, exige que son indépendance soit garantie. Toutefois, la nécessité de sauvegarder cette indépendance ne justifie pas que les candidats qui se présentent au concours d'admission au stage judiciaire soient privés d'un recours en annulation contre les décisions prises à cet égard par le Conseil supérieur de la Justice. L'absence de cette garantie juridictionnelle - laquelle est par contre reconnue aux candidats à un concours d'accès à une fonction publique, qui disposent d'un recours devant le Conseil d'Etat contre les décisions prises à leur égard par le Selor - est contraire au principe d'égalité et de non-discrimination : cette absence est disproportionnée au regard du souci légitime de sauvegarder la liberté d'action du Conseil supérieur de la Justice, car l'intérêt protégé par l'institution d'un recours en annulation est aussi réel et aussi légitime chez les candidats auxquels est refusé l'accès à une

fonction préparatoire à la magistrature que chez les candidats auxquels est refusé l'accès à une autre fonction publique.

Il ne peut être remédié à cette situation que par une intervention du législateur, lors de laquelle il puisse envisager, par égard à l'indépendance qui doit être assurée au Conseil supérieur de la Justice, de prévoir des garanties spécifiques auxquelles il n'a pas dû veiller lors de l'élaboration des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat.

Il résulte de ce qui précède que la discrimination ne trouve pas son origine dans l'article 14 précité, mais dans une lacune de la législation, à savoir le défaut d'organisation d'un recours en annulation des décisions prises par le Conseil supérieur de la Justice à l'égard des candidats qui présentent le concours d'admission au stage judiciaire.

La Cour décide en conséquence, d'une part, que l'article 14, § 1er, alinéa 1er, 2°, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat ne viole pas les articles 10 et 11 de la Constitution, et, d'autre part, que l'absence d'une disposition législative organisant un recours contre une décision prise par le Conseil supérieur de la Justice à l'égard des candidats qui présentent le concours d'admission au stage judiciaire viole les articles 10 et 11 de la Constitution.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> En ce qui concerne cet article 14, § 1er, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, voir notamment le rapport 2004, pp. 55-60, le rapport 2009, pp. 197-200, et le rapport 2010, pp. 71-75.

## VI. DROIT DES ETRANGERS

### 22. *L'aide matérielle aux demandeurs d'asile* (arrêt n° 135/2011)

La loi du 30 décembre 2009 portant des dispositions diverses, en ses articles 160, 162 et 168, modifie ou remplace, selon le cas, diverses dispositions de la loi du 12 janvier 2007 sur l'accueil des demandeurs d'asile et de certaines autres catégories d'étrangers.

La Cour a été saisie d'un recours en annulation des dispositions précitées de la loi du 30 décembre 2009, qu'elle rejette après avoir examiné les huit moyens avancés à l'appui du recours.

*En ce qui concerne l'article 4, alinéa 2, de la loi du 12 janvier 2007 sur l'accueil des demandeurs d'asile et de certaines autres catégories d'étrangers, tel qu'il a été inséré par l'article 160 de la loi du 30 décembre 2009*

Cet article 160 ajoute un alinéa 2 et un alinéa 3 à l'article 4 de la loi précitée du 12 janvier 2007<sup>1</sup>. Les parties requérantes critiquaient la compatibilité du nouvel alinéa 2 avec l'article 23 de la Constitution, combiné ou non avec les articles 10, 11 et 191 de la Constitution - article 191 que la Cour écartera toutefois -, en ce que ledit alinéa 2 permet à l'Agence fédérale pour l'accueil des demandeurs d'asile (ci-après : FEDASIL) de priver de l'aide matérielle, à l'exception du droit à l'accompagnement médical, la personne étrangère qui

<sup>1</sup> Lequel article 4 dispose désormais :  
« Les décisions de l'Agence ou du partenaire sur l'octroi de l'aide matérielle ne peuvent avoir égard au non-respect par le demandeur d'asile de ses obligations procédurales dans le cadre de sa procédure d'asile, pas plus qu'elles ne peuvent avoir une influence sur le traitement de celle-ci.  
Par dérogation à l'alinéa précédent, l'Agence peut décider que le demandeur d'asile qui introduit une troisième demande d'asile ne peut bénéficier de l'article 6, § 1er, de la présente loi pendant l'examen de la demande, tant que le dossier n'a pas été transmis par l'Office des étrangers au Commissariat général aux réfugiés et aux apatrides en application de l'article 51/10 de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, et ce, moyennant une décision motivée individuellement. Ce principe pourra également s'appliquer pour toute nouvelle demande d'asile.  
Le droit à l'accompagnement médical tel que visé aux articles 24 et 25 de la présente loi reste cependant garanti au demandeur d'asile visé à l'alinéa précédent ».

introduit une troisième demande d'asile et toute demande d'asile ultérieure et ce, tant que le dossier n'a pas été transmis par l'Office des étrangers au Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides.

L'article 23 de la Constitution dispose que chacun a le droit de mener une vie conforme à la dignité humaine. A cette fin, les différents législateurs garantissent, en tenant compte des obligations correspondantes, les droits économiques, sociaux et culturels, et déterminent les conditions de leur exercice; ces droits comprennent notamment le droit à l'aide sociale. L'article 23 de la Constitution ne précise pas ce qu'impliquent ces droits dont seul le principe est exprimé, chaque législateur étant chargé de les garantir, conformément à l'alinéa 2 de cet article, en tenant compte des obligations correspondantes. En matière d'aide sociale, l'article 23 de la Constitution contient une obligation de *standstill* qui interdit au législateur compétent de réduire significativement le niveau de protection, sans qu'existent pour ce faire des motifs d'intérêt général.

Conformément à l'article 4 de la loi du 12 janvier 2007, tel qu'il était applicable avant la modification législative attaquée, le non-respect, par le demandeur d'asile, de ses obligations procédurales dans le cadre de sa procédure d'asile n'avait pas de répercussion sur son droit à l'aide matérielle, garanti par l'article 6 de la loi même du 12 janvier 2007, tel qu'il disposait avant la modification en cause.

Il ressort des travaux préparatoires de la disposition attaquée que le régime décrit a donné lieu à des abus, en ce que certains étrangers introduisaient des demandes d'asile successives dans le seul but de prolonger le droit à l'aide matérielle.

L'article 23, alinéa 1er, de la Constitution n'implique pas que les droits visés doivent être garantis par le législateur de la même manière pour chaque individu et cette disposition constitutionnelle n'empêche donc pas que ces droits soient limités et modulés pour certaines catégories de personnes, à condition que la différence de traitement soit raisonnablement justifiée.

Dans ses arrêts *n*<sup>os</sup> 21/2001, 148/2001 et 50/2002, la Cour a jugé que les étrangers se trouvaient dans des situations essentiellement

différentes selon qu'ils introduisent une première ou une deuxième demande d'asile et que les articles 10 et 11 de la Constitution ne s'opposent pas à ce que le droit à l'aide sociale ne soit pas garanti de la même manière durant l'examen des recours concernant la deuxième demande que durant l'examen de la première demande. Dans ces arrêts, la Cour a admis que le législateur poursuit un but légitime lorsqu'il prend des mesures visant à lutter contre les abus résultant de l'introduction de demandes d'asile successives.

Il ressort des travaux préparatoires relatifs à l'article 23 de la Constitution que le Constituant ne souhaitait pas « confiner les citoyens dans un rôle passif ou [...] les inciter à adopter une attitude passive », mais qu'au contraire, il entendait affirmer que « quiconque a des droits, a également des devoirs », partant de l'idée que « le citoyen a pour devoir de collaborer au progrès social et économique de la société dans laquelle il vit ». C'est pourquoi il a permis aux législateurs auxquels il confie la charge de garantir les droits économiques, sociaux et culturels, de tenir compte des « obligations correspondantes », selon les termes de l'alinéa 2 de l'article 23. Les citoyens bénéficiaires des droits économiques, sociaux et culturels énoncés à l'article 23 de la Constitution peuvent donc se voir imposer des obligations pour accéder à ces droits. Les mots « à cette fin », placés en tête de cet alinéa 2, indiquent toutefois que ces obligations doivent être liées à l'objectif général inscrit à l'alinéa 1er de l'article 23, qui est de permettre à chacun de mener une vie conforme à la dignité humaine par la jouissance des droits énumérés à l'alinéa 3 du même article. Ces obligations doivent permettre aux personnes à qui elles sont imposées de contribuer à la réalisation effective de cet objectif pour elles-mêmes ainsi que pour les autres bénéficiaires des droits énumérés à l'article 23, et doivent être proportionnées à l'objectif ainsi défini. L'article 23 de la Constitution n'empêche donc pas le législateur de prévenir ou de réprimer l'abus éventuel du droit à l'aide sociale par les bénéficiaires de celle-ci, en vue de garantir la jouissance de ce droit à ceux qui peuvent légitimement s'en prévaloir.

Le législateur poursuit un objectif légitime s'il entend briser le « mécanisme de carrousel » des demandes d'asile successives introduites dans le seul but de prolonger le séjour dans un centre d'accueil : un tel mécanisme entraîne en effet non seulement une

surcharge procédurale pour les instances d'asile, mais également une saturation des centres d'accueil, qui ont une capacité limitée, empêchant ainsi l'accueil de personnes qui y ont droit; la mesure attaquée poursuit donc un objectif d'intérêt général. La mesure attaquée est pertinente pour atteindre cet objectif et n'est pas disproportionnée par rapport à ce dernier. La faculté dont dispose désormais FEDASIL de limiter, moyennant une décision motivée individuellement, le droit à l'aide matérielle au sens de l'article 2, 6°, de la loi du 12 janvier 2007 à partir de la troisième demande d'asile, s'applique à un groupe limité d'étrangers, à savoir ceux qui ont déjà épuisé deux procédures d'asile sans succès et qui visent de manière abusive à prolonger leur droit à l'aide matérielle. Si, depuis l'issue de la procédure d'asile précédente, de nouveaux éléments susceptibles de justifier l'octroi du statut de réfugié apparaissent, l'Office des étrangers transmettra le dossier au Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides et l'aide matérielle sera à nouveau garantie. Pendant l'examen de la demande par l'Office des étrangers, l'étranger concerné conserve son droit à l'accompagnement médical, conformément aux articles 24 et 25 de la loi du 12 janvier 2007; l'article 23 de cette loi précise qu'il s'agit de l'accompagnement médical nécessaire pour mener une vie conforme à la dignité humaine. Par ailleurs, la modification législative attaquée n'est pas contraire à ce que prescrit la directive 2003/9/CE du Conseil du 27 janvier 2003 relative à des normes minimales pour l'accueil des demandeurs d'asile dans les Etats membres, dont la loi précitée du 12 janvier 2007 constitue la transposition. Enfin, il reviendra aux autorités chargées de l'application de cette disposition d'organiser les concertations nécessaires afin que le droit à l'accueil des demandeurs d'asile introduisant des demandes successives soit examiné en connaissance de cause.

La mesure attaquée n'entraîne donc pas un recul significatif du droit à l'aide sociale des personnes concernées qui ne serait pas justifié par des motifs d'intérêt général, et ne porte par conséquent pas atteinte à l'article 23 de la Constitution.

*En ce qui concerne l'article 7, § 2, de la loi précitée du 12 janvier 2007, tel qu'il a été remplacé par l'article 162 de la loi du 30 décembre 2009*

L'article 162 de la loi attaquée remplace l'article 7 de la loi précitée du 12 janvier 2007. L'article 7, § 2, nouveau, vise à permettre à FEDASIL « de prolonger, à titre temporaire et dans des situations humanitaires exceptionnelles, le droit à l'aide matérielle dans la structure d'accueil dans laquelle ils se [trouvent] ». Au cours des travaux préparatoires relatifs à l'article 7 initial, il a été souligné que cette disposition avait pour objectif d'assurer la continuité de l'aide à des personnes se trouvant dans des situations administratives particulières, et que cette disposition n'aurait en aucun cas pour effet de créer un nouveau droit au séjour. Néanmoins, le législateur a dû constater que cette disposition avait fait l'objet d'abus, étant donné qu'elle était systématiquement utilisée, sur la base de motifs parfois fallacieux, en vue de bénéficier d'une des exceptions permettant d'obtenir la prolongation du droit d'accueil, sans que le demandeur d'asile débouté ne se trouve réellement dans une « situation administrative particulière », et que de même, l'article 9<sup>ter</sup> de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers était invoqué à tort pour pouvoir bénéficier de l'article 7 de la loi précitée du 12 janvier 2007. La disposition attaquée vise à mettre un terme à ces effets pervers.

La disposition attaquée concerne principalement deux mesures. La première mesure consiste à supprimer le caractère automatique qu'avait antérieurement la prolongation de l'aide matérielle et à permettre à FEDASIL d'apprécier, « par le biais d'une décision motivée, si l'étranger qui en fait la demande se trouve effectivement dans l'une des circonstances permettant de justifier la prolongation du bénéfice de l'aide matérielle », ces circonstances étant énumérées par la disposition attaquée. La seconde mesure consiste à ajuster et à actualiser la liste limitative des situations particulières qui ouvrent le droit fondé sur cette disposition. Deux situations envisagées par la disposition initiale y figurent, à savoir le cas de la demande de retour volontaire (actuel article 7, § 2, alinéa 1<sup>er</sup>, 5°) et le cas de la demande d'autorisation de séjour introduite sur la base de l'article 9<sup>ter</sup> de la loi du 15 décembre 1980 (actuel article 7, § 2, alinéa 1<sup>er</sup>, 6°). Quatre nouvelles situations ont été ajoutées, même si elles ne font qu'explicitement des cas qui ont déjà été confirmés par la jurisprudence et qui étaient prévus dans les instructions internes de l'Agence et dans l'exposé des motifs relatif à l'article 7 initial de la

loi du 12 janvier 2007. Il s'agit, dans le respect des conditions fixées à l'article 7, § 2, de cette loi, des cas suivants, tel qu'il ressort des travaux préparatoires : accomplissement d'une année scolaire (article 7, § 2, alinéa 1er, 1°), grossesse (article 7, § 2, alinéa 1er, 2°), impossibilité de retour pour des raisons indépendantes de la volonté de l'intéressé (article 7, § 2, alinéa 1er, 3°) et parentalité à l'égard d'un enfant belge (article 7, § 2, alinéa 1er, 4°).

Dans leur troisième moyen, les parties requérantes critiquaient la compatibilité de l'article 7, § 2, alinéa 1er, 1° et 4°, de la loi du 12 janvier 2007, tel qu'il a été inséré par l'article 162 de la loi attaquée, avec les articles 10, 11, 22, 24 et 191 de la Constitution, combinés ou non avec l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme ou avec l'article 13 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels et avec l'article 2 du Premier Protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme, en ce que l'étranger dont la demande d'asile a été définitivement rejetée doit démontrer qu'il ne peut donner suite à un ordre de quitter le territoire, sauf dérogation accordée par FEDASIL, pour pouvoir bénéficier d'une prolongation de l'aide matérielle en vue de terminer son année scolaire ou dans l'attente d'une éventuelle autorisation de séjour fondée sur le fait qu'il est parent d'un enfant belge.

Six situations sont énumérées par l'article 7, § 2, alinéa 1er, précité; elles peuvent donner lieu à une prolongation de l'aide accordée par FEDASIL.

Dès lors que le législateur a explicitement - en sus de la catégorie résiduelle régie par l'article 7, § 2, alinéa 1er, 3° - visé, d'une part, les personnes qui souhaitent finir l'année scolaire et, d'autre part, les personnes parents d'un enfant belge, ces deux circonstances constituent des raisons particulières permettant à FEDASIL de considérer, jusqu'à ce que l'autorité compétente ait statué sur la demande, selon le cas, de prolongation de l'ordre de quitter le territoire ou d'autorisation de séjour, que les personnes visées sont, au regard de l'aide matérielle, dans l'impossibilité de quitter le territoire. En effet, une interprétation différente rendrait ces deux dispositions inutiles puisque les cas qu'elles concernent ne se différencieraient pas des autres cas visés de manière indéterminée

par le 3°. L'octroi temporaire de l'aide matérielle par FEDASIL, dans l'attente de la décision de l'autorité compétente quant au statut de séjour de la personne intéressée, ne préjuge pas de cette décision. En particulier, l'octroi de l'aide sur la base de la disposition en cause ne crée pas de droit au séjour ou au maintien sur le territoire au-delà de la décision de l'autorité compétente en matière de droit au séjour.

Dans *leur quatrième moyen*, les parties requérantes critiquaient la compatibilité de l'article 7, § 2, alinéa 1er, 1°, de la loi du 12 janvier 2007, tel qu'il a été inséré par l'article 162 de la loi attaquée, avec les articles 10, 11, 24 et 191 de la Constitution, combinés avec l'article 13 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels et avec l'article 2 du Premier Protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme, en ce que la demande de prolongation de l'aide matérielle en vue de terminer l'année scolaire, sauf dérogation accordée par FEDASIL, peut être introduite au plus tôt trois mois avant la fin de l'année scolaire, de sorte que la prolongation de l'aide matérielle ne vaut que pour l'année scolaire en cours et non pour les années ultérieures éventuellement nécessaires pour l'obtention d'un certificat ou d'un diplôme. En outre, selon les parties requérantes, les étrangers qui terminent leur année scolaire non pas en juin mais en septembre seraient discriminés.

Le fait que, dans les cas visés à l'article 7, § 2, alinéa 1er, 1°, de la loi du 12 janvier 2007, l'étranger qui ne peut donner suite à l'ordre de quitter le territoire doit introduire la demande de prolongation de l'aide matérielle y visée, sauf dérogation accordée par FEDASIL, au plus tôt trois mois avant la fin de l'année scolaire est justifié par le souhait du législateur de lutter contre les abus et d'éviter ainsi la saturation du réseau d'accueil : en effet, l'on évite ainsi que l'étranger dont la procédure d'asile et la procédure devant le Conseil d'Etat ont été clôturées négativement s'inscrive dans un établissement scolaire dans le seul but d'obtenir une prolongation de l'aide matérielle.

Dans la mesure où les parties requérantes critiquent le fait que la possibilité de prolonger l'aide matérielle ne vaut que pour l'année scolaire en cours et non pour les années ultérieures éventuellement nécessaires pour l'obtention d'un certificat ou d'un diplôme, il

convient de relever que le droit à l'enseignement, garanti par les dispositions constitutionnelles et conventionnelles mentionnées dans le moyen, n'implique pas le droit à l'aide matérielle au sens de l'article 2, 6°, de la loi du 12 janvier 2007, et encore moins l'obligation pour les autorités, sur la base de ces dispositions, de procurer une aide matérielle à un étranger qui séjourne illégalement sur le territoire. Partant, l'article 24 de la Constitution, combiné avec l'article 13 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels et avec l'article 2 du Premier Protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme, n'est pas violé.

Dans *leur sixième moyen*, les parties requérantes faisaient valoir que l'article 7, § 2, alinéa 1er, 6°, et l'article 7, § 2, alinéa 2, de la loi du 12 janvier 2007, tels qu'ils ont été remplacés par l'article 162 de la loi du 30 décembre 2009, violent les articles 10, 11, 23 et 191 de la Constitution, combinés avec l'article 12 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, avec les articles 2 et 3 de la Convention européenne des droits de l'homme et avec l'article 11 de la Charte sociale européenne. Il ressort de l'exposé du moyen que les parties requérantes demandaient uniquement l'annulation des mots « qui n'est pas en mesure de quitter la structure d'accueil dans laquelle il réside » figurant à l'article 7, § 2, alinéa 1er, 6°, et des mots « quand ce contrôle démontre que l'impossibilité médicale ne persiste plus, et, en toute hypothèse » contenus dans l'article 7, § 2, alinéa 2.

L'article 7, § 2, alinéa 1er, 6°, et alinéa 2, attaqué, de la loi du 12 janvier 2007 prévoit désormais que, pour obtenir une prolongation de l'aide matérielle dans une structure d'accueil, outre la preuve formelle qu'une demande a été introduite sur la base de l'article 9<sup>ter</sup> de la loi du 15 décembre 1980, il faut également fournir une attestation médicale justifiant qu'en raison de son état de santé, l'intéressé se trouve dans l'impossibilité de quitter la structure d'accueil; la prolongation du droit à l'aide matérielle peut également prendre fin s'il ressort de contrôles périodiques effectués par FEDASIL que l'impossibilité médicale de quitter la structure d'accueil ne persiste plus.

En ce qui concerne la violation des articles 10 et 11 de la Constitution - à laquelle la Cour a réduit le moyen -, celle-ci relève que les griefs peuvent être interprétés en ce sens qu'il serait discriminatoire que, désormais, au sein de la catégorie d'étrangers qui invoquent l'article 9<sup>ter</sup> de la loi du 15 décembre 1980, seuls ceux qui satisfont aux conditions prévues par les dispositions attaquées puissent obtenir une prolongation de l'aide matérielle, dans l'attente d'une décision de l'Office des étrangers sur leur demande.

Pour apprécier la disposition attaquée, il ne faut pas perdre de vue qu'elle concerne des étrangers dont la procédure d'asile a été clôturée, mais dont la présence temporaire sur le territoire est encore admise en raison de circonstances particulières liées à leur état de santé. Des étrangers qui se sont déclarés réfugiés et ont demandé à être reconnus comme tels, séjournent, selon l'article 57, § 2, de la loi sur les centres publics d'action sociale, illégalement dans le Royaume lorsque la demande d'asile a été rejetée et qu'un ordre de quitter le territoire leur a été notifié. Le fait qu'ils puissent obtenir, dans certaines situations, une prolongation de l'aide matérielle dans une structure d'accueil ne modifie en rien leur statut de séjour. Celui-ci sera, le cas échéant, accordé par les autorités compétentes pour les motifs médicaux qu'ils invoquent dans leur demande introduite sur pied de l'article 9<sup>ter</sup> de la loi du 15 décembre 1980.

Lorsque le législateur entend mener une politique en matière d'étrangers et impose à cette fin des règles auxquelles il y a lieu de se conformer pour séjourner légalement sur le territoire, il utilise un critère de distinction objectif et pertinent s'il lie des effets aux manquements à ces règles, lors de l'octroi de l'aide sociale. La politique d'asile menée par les pouvoirs publics serait en effet mise en échec s'il était admis qu'il faudrait accorder aux personnes dont la demande d'asile a été refusée les mêmes droits qu'aux personnes dont la demande est encore à l'examen ou a déjà été approuvée.

En adoptant la disposition attaquée, le législateur a recherché un équilibre entre, d'une part, le souci de trouver une solution humaine pour les demandeurs d'asile déboutés qui se trouvent dans l'impossibilité de quitter la structure d'accueil pour des raisons liées à leur état de santé et, d'autre part, la nécessité de lutter contre les abus de procédure et la saturation des structures d'accueil. Compte

tenu de ces préoccupations, il n'est pas déraisonnable qu'il soit demandé à l'étranger concerné qui demande à bénéficier d'une prolongation de l'aide matérielle octroyée par la structure d'accueil qu'il démontre, dans l'attente d'une décision de l'Office des étrangers sur la base de l'article 9<sup>ter</sup> de la loi du 15 décembre 1980, qu'il ne peut quitter cette structure.

Le refus éventuel de la prolongation de l'aide matérielle basé sur la disposition attaquée n'a aucune incidence sur la demande d'autorisation de séjour fondée sur l'article 9<sup>ter</sup> de la loi du 15 décembre 1980 et l'intéressé qui ne peut demeurer dans la structure d'accueil peut bénéficier de l'aide sociale dans la mesure où celle-ci doit lui être reconnue par le centre public d'action sociale compétent. A cet égard, la Cour a jugé dans ses arrêts *n<sup>os</sup> 80/99, 57/2000, 17/2001, 21/2001, 148/2001, 50/2002 et 194/2005*<sup>1</sup> que les articles 10 et 11 de la Constitution sont violés si l'article 57, § 2, de la loi du 8 juillet 1976 est appliqué à des étrangers qui séjournent illégalement sur le territoire mais qui, pour des raisons médicales, sont dans l'impossibilité de donner suite à l'ordre de quitter le territoire qui leur a été notifié. Les travaux préparatoires de la disposition attaquée ont d'ailleurs précisé qu'« il va de soi que le mécanisme ainsi modifié ne peut, en aucun cas, priver l'étranger concerné du droit à la dignité humaine, tel qu'il a été réaffirmé, pour la catégorie des personnes concernées, par la Cour constitutionnelle dans son arrêt n° 80/99 du 30 juin 1999. Les dispositions attaquées permettent également à FEDASIL d'écarter l'application des nouvelles conditions prévues à l'article 7 de la loi du 12 janvier 2007 dans des cas particuliers fondés sur le respect de la dignité humaine. La Cour conclut dès lors que la mesure attaquée n'a pas d'effet disproportionné.

Dans *leur septième moyen*, les parties requérantes faisaient valoir que l'article 7, § 2, alinéa 5, de la loi précitée du 12 janvier 2007, tel qu'il a été remplacé par l'article 162 de la loi du 30 décembre 2009, viole les articles 10, 11, 22, 23 et 191 de la Constitution, combinés ou non avec l'article 12 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, avec les articles 2, 3 et 8 de la

<sup>1</sup> Voir le rapport 2005, pp. 120-121.

Convention européenne des droits de l'homme et avec l'article 11 de la Charte sociale européenne. En vertu de la disposition attaquée, sont exclus de la possibilité de bénéficier d'une prolongation de l'aide matérielle les étrangers ayant fait l'objet d'une décision désignant un autre Etat que l'Etat belge comme responsable du traitement de la demande d'asile en application de l'article 51/5 de la loi du 15 décembre 1980 « sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers » ainsi que les étrangers qui font l'objet d'une décision de ne pas prendre en considération la nouvelle demande d'asile en application de l'article 51/8 de la même loi.

Les parties requérantes faisaient valoir que l'exclusion de la prolongation de toute aide matérielle avant que le demandeur d'asile ne soit réellement transféré, sur la base de l'article 51/5 de la loi du 15 décembre 1980, vers l'Etat membre de l'Union européenne responsable du traitement de sa demande d'asile, serait une mesure excessive.

Il s'agit d'une compétence liée de FEDASIL, de sorte que la prolongation de l'aide matérielle est exclue lorsqu'il est satisfait aux conditions d'application de la disposition attaquée. Un demandeur d'asile qui fait l'objet d'une décision désignant un autre Etat que l'Etat belge comme responsable du traitement de la demande d'asile par application de l'article 51/5 de la loi du 15 décembre 1980 bénéficie du droit à une aide matérielle jusqu'à la date à laquelle le demandeur d'asile doit se présenter auprès des autorités compétentes de l'Etat responsable ou, à défaut d'une telle date, jusqu'au moment où il est ramené à la frontière (article 51/5, § 3, alinéas 2 et 3, de la loi du 15 décembre 1980).

Dans la mesure où le législateur souhaite réserver la possibilité de demander une prorogation de l'aide matérielle à l'étranger dont la demande d'asile est examinée par le commissaire général aux réfugiés et aux apatrides et qui a, le cas échéant, introduit un recours auprès du Conseil du contentieux des étrangers sur la base de l'article 39/2, § 1er, de la loi du 15 décembre 1980, la différence de traitement est raisonnablement justifiée. La demande d'asile d'un demandeur d'asile qui fait l'objet d'une décision désignant un autre Etat que l'Etat belge comme responsable du traitement de la

demande d'asile par application de l'article 51/5 de la loi du 15 décembre 1980 n'est, en effet, pas traitée par le Commissariat général aux réfugiés et aux apatrides et la décision désignant un autre Etat que l'Etat belge comme responsable du traitement de la demande d'asile par application de l'article 51/5 de la loi du 15 décembre 1980 ne peut faire l'objet d'un recours auprès du Conseil du contentieux des étrangers sur la base de l'article 39/2, § 1er, de la loi du 15 décembre 1980.

*En ce qui concerne l'article 45 de la loi précitée du 12 janvier 2007, tel qu'il a été modifié par l'article 168 de la loi attaquée.*

Les parties requérantes faisaient valoir que cet article 45 violerait les articles 23 et 191 de la Constitution - la Cour écarte toutefois de son examen l'article 191 -, en ce que cette disposition prévoit, en ce qui concerne les sanctions qui peuvent éventuellement être prises à l'égard de personnes qui commettent des infractions graves aux conditions et aux règles de fonctionnement des structures d'accueil, la possibilité d'une exclusion temporaire du droit à l'aide matérielle dans une structure d'accueil, pour une durée maximale d'un mois.

La mesure attaquée poursuit un objectif d'intérêt général puisqu'elle vise - comme il ressort des travaux préparatoires repris par l'arrêt - à garantir la sécurité des structures d'accueil pour demandeurs d'asile.

La sanction instaurée par la disposition attaquée ne peut être prononcée qu'en cas de manquement très grave au règlement d'ordre intérieur de la structure d'accueil mettant en danger le personnel ou les autres résidents de la structure d'accueil ou faisant peser des risques caractérisés pour la sécurité ou le respect de l'ordre public dans la structure d'accueil (article 45, alinéa 7, de la loi du 12 janvier 2007, tel qu'il a été inséré par l'article 168 attaqué), tels que - selon les travaux préparatoires - des menaces de mort à l'égard du personnel ou la détention d'armes. En outre, il faut tenir compte, lors du choix de la sanction, de la nature et de l'importance du manquement ainsi que des circonstances concrètes dans lesquelles il a été commis (article 45, alinéa 1er, de la loi du 12 janvier 2007). A cet égard, il ressort de façon expresse des travaux préparatoires que l'exclusion temporaire du droit à l'aide matérielle dans une

structure d'accueil est conçue comme un remède ultime, qui ne peut être imposé que lorsqu'aucune autre mesure, le cas échéant de nature pénale, ne paraît adéquate. La durée maximale de l'exclusion temporaire est d'un mois : dans l'intervalle, l'étranger concerné conserve le droit à l'accompagnement médical, conformément aux articles 24 et 25 de la loi du 12 janvier 2007; l'article 23 de cette loi précise qu'il s'agit de l'accompagnement médical nécessaire pour mener une vie conforme à la dignité humaine. Toujours aux termes de la disposition attaquée, la personne visée par la sanction doit être entendue préalablement à la prise de celle-ci; la sanction est infligée par le directeur ou le responsable de la structure d'accueil et doit être confirmée par le directeur général de FEDASIL dans un délai de trois jours ouvrables, à défaut de quoi la sanction est levée automatiquement; la sanction peut également être diminuée ou levée durant son exécution; la loi dispose en outre que la décision d'infliger une sanction est prise de manière objective et impartiale et fait l'objet d'une motivation. Enfin, comme le relèvent les travaux préparatoires, un recours de pleine juridiction contre cette sanction est ouvert auprès du tribunal du travail, qui connaît des contestations relatives à toute violation des droits garantis aux bénéficiaires de l'accueil par les livres II et III de la loi du 12 janvier 2007 (article 580, 8°, f), du Code judiciaire) ainsi que de l'application des sanctions administratives prévues par les livres précités de la loi du 12 janvier 2007 (article 583, alinéa 1er, du Code judiciaire). Avant d'exclure un étranger par application de la disposition attaquée, il faut vérifier s'il ne se trouve pas dans un des cas prévus par l'article 74/6 de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, qui permette de le maintenir dans un centre fermé.

La Cour conclut que, dans ces circonstances, la mesure attaquée n'est pas disproportionnée à l'objectif légitime poursuivi par le législateur et ne réduit pas significativement le niveau de protection en matière d'aide sociale.



## VII. DROIT DE L'ENSEIGNEMENT

### 23. *La limitation du nombre d'étudiants dans l'enseignement supérieur* (arrêt n° 89/2011)

Un décret de la Communauté française du 16 juin 2006 entend, selon ses termes, réguler le nombre d'étudiants dans certains cursus de premier cycle de l'enseignement supérieur. Ses articles 2, 3, 6 et 7 imposent aux universités et aux Hautes Ecoles de la Communauté française de limiter le nombre d'étudiants qui s'inscrivent pour la première fois dans les cursus qui mènent à neuf grades académiques déterminés; les articles 1er, 4, 5, 8, 9 et 10 de ce décret règlent les conditions et la procédure relatives à cette limitation; enfin, les articles 11, alinéa 1er, 13 et 14 modifient les règles de financement des Hautes Ecoles.

La suspension de ce décret avait été demandée à la Cour, qui a rejeté la demande par l'arrêt n° 134/2006; dans l'arrêt n° 12/2008, la Cour n'a pas encore répondu sur le fond : elle a interrogé, à titre préjudiciel, la Cour de Justice de l'Union européenne (C.J.U.E.).<sup>1</sup>

La Cour de justice a répondu comme suit, par son arrêt du 13 avril 2010 rendu en grande chambre (C-73/08, *Bressol et autres*) :

« 1) Les articles 18 et 21 TFUE s'opposent à une réglementation nationale, telle que celle en cause au principal, qui limite le nombre d'étudiants non considérés comme résidents en Belgique pouvant s'inscrire pour la première fois dans les cursus médicaux et paramédicaux d'établissements de l'enseignement supérieur, à moins que la juridiction de renvoi, ayant apprécié tous les éléments pertinents présentés par les autorités compétentes, ne constate que ladite réglementation s'avère justifiée au regard de l'objectif de protection de la santé publique.

<sup>1</sup> Voir le rapport 2008, pp. 37-46.

2) Les autorités compétentes ne sauraient se prévaloir de l'article 13, paragraphe 2, sous c), du pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, adopté par l'Assemblée générale des Nations Unies le 16 décembre 1966, si la juridiction de renvoi constate que le décret de la Communauté française du 16 juin 2006 régulant le nombre d'étudiants dans certains cursus de premier cycle de l'enseignement supérieur n'est pas compatible avec les articles 18 et 21 TFUE ».

Dans cet arrêt, la Cour de justice déclare que les Etats membres sont libres d'opter soit pour un système d'enseignement fondé sur un accès libre à la formation – sans limitation d'inscription du nombre d'étudiants –, soit pour un système fondé sur un accès régulé qui sélectionne les étudiants. Cependant, dès lors qu'ils optent pour l'un de ces systèmes ou pour une combinaison de ceux-ci, les modalités du système choisi doivent respecter le droit de l'Union, et, en particulier, le principe de non-discrimination en raison de la nationalité (point 29).

La Cour de justice examine si la différence de traitement entre des étudiants résidents et non-résidents en matière d'accès à certains établissements d'enseignement de la Communauté française peut être justifiée sur la base de charges excessives pour le financement de l'enseignement supérieur, sur la base d'une sauvegarde de l'homogénéité du système de l'enseignement supérieur ou sur la base d'exigences liées à la santé publique.

Il ressort des motifs de cet arrêt qu'en l'espèce « la crainte d'une charge excessive pour le financement de l'enseignement supérieur ne saurait justifier l'inégalité de traitement » précitée entre les citoyens de l'Union européenne qui n'ont pas la nationalité belge et ceux qui ont cette nationalité (points 46 et 51); la Cour de justice renvoie à cet égard au constat que « selon les explications de la Communauté française telles qu'elles ressortent de la décision de renvoi, la charge financière ne constitue pas un motif essentiel ayant justifié l'adoption du décret du 16 juin 2006 » et que, selon ces explications, « le financement de l'enseignement est organisé sur la base d'un système d' 'enveloppe fermée ' dans lequel l'allocation globale ne varie pas en fonction du nombre total d'étudiants » (point 50).

La Cour constitutionnelle se voit contrainte de souligner qu'elle a déclaré dans son arrêt de renvoi que la situation qui était apparue « menace » effectivement d'hypothéquer les finances publiques. Si la Communauté française est confrontée à une augmentation sensible du nombre d'étudiants étrangers dans les filières mentionnées et qu'elle ne limite pas l'accès à l'enseignement, soit la qualité de l'enseignement diminuera, soit il faudra augmenter le financement de celui-ci. L'arrêt de la Cour de justice ne contient toutefois aucun élément qui serait susceptible d'inciter l'Etat membre d'origine des étudiants non-résidents à chercher une solution négociée. Par rapport à la situation où un Etat membre est confronté, par l'effet de différences de politique nationale, à la mobilité considérable d'étudiants provenant d'un autre Etat membre, avec lequel il partage une langue commune, le Traité ne paraît pas offrir de protection; ce constat s'impose d'autant plus lorsqu'il s'agit de la mobilité de personnes issues d'un grand Etat membre vers un petit Etat membre ou, comme en l'espèce, vers une communauté autonome d'un petit Etat membre, situation dans laquelle l'Etat membre plus petit se trouve dans une position inégale manifeste par rapport à l'Etat membre plus grand.

En ce qui concerne la justification fondée sur l'homogénéité du système de l'enseignement supérieur, la Cour de justice estime qu'il ne saurait certes pas être d'emblée exclu que la prévention d'un risque pour l'existence d'un système national d'enseignement et pour son homogénéité puisse justifier une inégalité de traitement entre certains étudiants (point 53). Toutefois, la Cour de justice considère que les éléments de justification invoqués à cet égard coïncident avec ceux liés à la protection de la santé publique, tous les cursus concernés relevant de ce dernier domaine. Il convient, dès lors, de les examiner uniquement au regard des justifications tirées des exigences liées à la protection de la santé publique (point 54).

La différence de traitement précitée peut être justifiée, selon la Cour de justice, « par l'objectif [légitime] visant à maintenir un service médical de qualité, équilibré et accessible à tous, dans la mesure où il contribue à la réalisation d'un niveau élevé de protection de la santé publique », étant entendu que la différence de traitement doit être « propre à garantir la réalisation de cet objectif » et ne pas aller « au-delà de ce qui est nécessaire pour l'atteindre » (points 62-63).

Dans sa réponse aux deux premières questions, la Cour de justice rappelle qu'il appartient à la Cour constitutionnelle d'apprécier « tous les éléments pertinents présentés par les autorités compétentes » afin de déterminer si les dispositions attaquées s'avèrent justifiées au regard de l'objectif de protection de la santé publique en suivant les nombreuses indications données par la juridiction européenne, plus particulièrement aux points 67 à 81 de l'arrêt.

La Cour constitutionnelle examine les données produites pour chacun des cursus menant à la délivrance des grades académiques visés par les dispositions attaquées.

*En ce qui concerne les cursus de « Bachelier en kinésithérapie et réadaptation » et de « Bachelier en kinésithérapie »*

En ce qui concerne le risque pour la santé publique dans le domaine de la kinésithérapie, les documents fournis par le Gouvernement de la Communauté française établissent qu'il existe en ce domaine un risque effectif pour la santé publique. En outre, le Gouvernement fait valoir que le vieillissement des kinésithérapeutes praticiens disponibles, les aspirations actuelles des professionnels (réduction du temps de travail, temps partiel), la féminisation de la profession et l'augmentation du nombre de salariés exigent qu'un nombre plus important qu'actuellement de kinésithérapeutes soient agréés par le Service public fédéral Santé publique, Sécurité de la chaîne alimentaire et Environnement pour effectuer des actes qui soient pris en charge partiellement par la sécurité sociale.

Un risque pour la santé publique étant établi, il convient d'apprécier si les dispositions attaquées sont propres à garantir la protection de la santé publique. Il importe dès lors de vérifier que la limitation du nombre d'étudiants non-résidents permet d'augmenter le nombre de kinésithérapeutes prêts à assurer la disponibilité des services de santé correspondant à cette formation afin de remédier à la pénurie ou à tout le moins au risque de pénurie en Communauté française.

Il ressort des documents chiffrés remis par le Gouvernement que le nombre d'étudiants suivant une formation en kinésithérapie dans les Hautes Ecoles est resté assez stable (variant entre 1 000 et 1 200),

mais que cette stabilité se caractérise par une diminution importante du nombre de non-résidents qui a été compensée par une augmentation croissante d'étudiants « résidents ». Si la limitation n'existait pas, la qualité et même la possibilité d'organiser un enseignement seraient gravement affectées. A cet égard, il y a lieu d'observer qu'il existe un nombre insuffisant de possibilités de stage clinique par rapport au nombre d'étudiants dans certaines institutions (d'où un élargissement à des stages moins performants pour accomplir les formalités d'obligation horaire). Pour le Gouvernement, « plus encore que la capacité d'accueil des établissements ou la disponibilité des professeurs et du personnel, ce sont les possibilités de formation pratique, pourtant décisive pour une formation de qualité, qui ne sont pas illimitées ».

Il découle des éléments mentionnés par la Cour que la réglementation en cause est propre à garantir la réalisation de l'objectif de protection de la santé publique en matière de kinésithérapie. La limitation du nombre d'étudiants non-résidents s'est accompagnée d'une augmentation sensible du nombre d'étudiants résidents prêts à assurer à terme la disponibilité du service de santé en matière de kinésithérapie en Communauté française; cette augmentation est très probablement due en partie à l'annonce d'une prochaine pénurie de kinésithérapeutes et elle n'aurait pu avoir lieu sans cette limitation qui, si elle n'avait pas été établie, aurait conduit à une impossibilité d'encore organiser des études valables en matière de kinésithérapie, compte tenu du nombre très élevé, en ce domaine, d'étudiants non-résidents (1 860) souhaitant effectuer leur formation dans des institutions de la Communauté française, ce qui a été mentionné ci-dessus.

La Cour apprécie ensuite si la réglementation en cause au principal ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif invoqué, c'est-à-dire s'il n'existe pas de mesures moins restrictives qui permettraient de l'atteindre.

La Cour de justice invite la Cour à vérifier si l'objectif général de santé publique ne pourrait être atteint par l'adoption de mesures visant à encourager les étudiants concernés, en l'espèce en kinésithérapie, accomplissant leurs études en Communauté française, à s'y installer au terme de leurs études ou par l'adoption

de mesures incitant les professionnels ayant suivi un cursus en dehors de la Communauté française à s'installer dans cette dernière. Dans l'état actuel de la répartition des compétences entre l'autorité fédérale, les communautés et les régions, la Communauté française n'est pas compétente pour l'adoption de telles mesures : celles-ci relèvent de la compétence de l'autorité fédérale. A supposer toutefois que de telles mesures soient prises au niveau fédéral, elles ne pourraient pas viser les seuls étudiants non-résidents, au risque d'être discriminatoires au regard du droit de l'Union européenne ou des articles 10 et 11 de la Constitution. De telles mesures feraient peser une double charge sur les pouvoirs publics belges, qui seraient contraints de financer largement la formation des non-résidents et également de financer une partie de ces étudiants pour qu'ils exercent leur profession en Communauté française. La solution la moins onéreuse serait de se limiter à la deuxième mesure : inciter financièrement les professionnels formés à l'étranger et limiter plus drastiquement le nombre d'étudiants formés en kinésithérapie, sans distinction de résidence, au risque d'appauvrir le niveau général de formation et de soins tant au sein de la Communauté française qu'au sein de l'Union européenne dans son ensemble.

Il convient aussi d'examiner si les autorités compétentes ont concilié de manière appropriée la réalisation de l'objectif de santé publique avec les exigences découlant du droit de l'Union européenne, notamment la faculté pour les étudiants provenant des autres Etats membres d'accéder aux études d'enseignement supérieur, cette faculté constituant l'essence même du principe de libre circulation des étudiants; les restrictions à l'accès auxdites études doivent être limitées à ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs poursuivis et doivent permettre un accès suffisamment large desdits étudiants aux études supérieures. Un accès large à l'enseignement supérieur est garanti aux étudiants provenant des autres Etats membres pour les cursus visés par le décret attaqué. En moyenne, en Communauté française, les études supérieures sont fréquentées par 10 p.c. d'étudiants étrangers. L'accès des non-résidents est limité uniquement pour les cursus de premier cycle dans lesquels le taux de ces étudiants était anormalement élevé (de 40 à 80 p.c.). La limitation est fixée à 30 p.c. du nombre d'étudiants régulièrement inscrits pour la première fois dans le cursus concerné, par

établissement, au cours de l'année précédente. Cette limitation est adaptable pour correspondre en toute circonstance au moins au triple du taux moyen européen, qui est actuellement de 2 p.c. L'accès aux cursus concernés, notamment en matière de kinésithérapie, est donc trois fois le taux moyen en Communauté française et quinze fois le taux moyen dans l'Union européenne. Il est dès lors évident que la limitation n'empêche néanmoins pas un accès fort large aux études en kinésithérapie pour les étudiants en provenance des autres Etats membres. La restriction n'est donc pas disproportionnée par rapport à l'objectif poursuivi.

Il reste à examiner si le processus de sélection des étudiants non-résidents qui consiste en un tirage au sort, qui est donc fondé sur le hasard et ne constitue pas un mode de sélection fondé sur les capacités des candidats concernés, peut être considéré comme nécessaire pour atteindre les objectifs poursuivis. Le système retenu dans le projet de départ était celui du « premier arrivé/premier inscrit » qui a été fortement critiqué par la section de législation du Conseil d'Etat. Il a été abandonné, notamment en raison de ce que sa mise en œuvre était problématique. La sélection sur la base du diplôme entraîne de grandes difficultés, car elle oblige à comparer des diplômes obtenus dans des systèmes d'enseignement très différents. L'organisation d'un concours d'entrée pour les étudiants non-résidents entraînerait l'emploi de ressources humaines et budgétaires importantes, notamment en ce qui concerne les 1 860 candidats de l'année 2010-2011. Le choix du législateur décretal correspond à une politique sociale conforme aux objectifs de démocratisation, de libre choix et de large accès à l'enseignement supérieur, comme il ressort des travaux préparatoires. Le système du tirage au sort est celui qui est le moins sujet à controverse; il peut donc être considéré comme nécessaire pour atteindre l'objectif poursuivi.

La Cour décide en conséquence que, en ce qu'ils s'appliquent respectivement aux cursus visés par l'article 3, 1°, du décret du 16 juin 2006 et par l'article 7, 5°, du même décret, les articles 4 et 8 de ce décret ne violent pas les articles 10 et 11 de la Constitution, lus en combinaison avec les articles 18, premier alinéa, et 21, paragraphe 1, du TFUE.

*En ce qui concerne le cursus de « Bachelier en médecine vétérinaire »*

Les circonstances factuelles sont différentes dans le secteur de la médecine vétérinaire. Le Gouvernement de la Communauté française ne soutient pas qu'il existait - lors de l'adoption du décret du 16 juin 2006 - ou qu'il existerait - à l'heure actuelle - une pénurie de médecins vétérinaires dans cette Communauté; en outre, les données qu'il fournit et les pièces qu'il produit n'indiquent pas que la protection de la santé publique pourrait être véritablement mise en péril, à l'avenir, par une pénurie de médecins vétérinaires; en revanche, un tel risque proviendrait d'un afflux d'étudiants étrangers couplé à une diminution du nombre d'étudiants belges, phénomène qui entraînerait une diminution du nombre de médecins vétérinaires disposés à s'installer en Communauté française pour y exercer leur profession. Le Gouvernement soutient, par contre, que l'augmentation importante du nombre d'étudiants étrangers inscrits dans le cursus de « Bachelier en médecine vétérinaire » constituait, avant l'adoption de ce décret, un véritable risque pour la protection de la santé publique. Selon les conclusions du rapport de l'« Association Européenne des Etablissements d'Enseignement Vétérinaire » (AEEEEV) rédigé à la suite d'une visite effectuée en décembre 2000 à la Faculté de médecine vétérinaire de l'Université de Liège, les structures, le nombre d'enseignants et le nombre de cas cliniques disponibles dans l'environnement de l'université n'étaient pas adaptés à la formation d'un nombre très important d'étudiants et étaient susceptibles de porter atteinte à la qualité de la formation en sciences vétérinaires. Ce document précisait aussi que le nombre d'inscriptions dans cette Faculté était largement supérieur au nombre d'inscriptions généralement considéré comme optimal pour assurer un enseignement satisfaisant et efficace. Ce rapport permet de considérer qu'il existait, lors de l'adoption de la disposition attaquée, un véritable risque pour la santé publique.

Il convient dès lors d'apprécier si les dispositions attaquées sont propres à garantir la protection de la santé publique; il importe de vérifier, en particulier, que la limitation du nombre d'étudiants non-résidents au sens du décret du 16 juin 2006 permet d'améliorer la qualité de l'enseignement dispensé en réduisant le nombre d'étudiants inscrits dans ce cursus de « Bachelier en médecine

vétérinaire ». La limitation du nombre d'étudiants non-résidents dans le cursus de bachelier a nécessairement pour conséquence de limiter, ou à tout le moins, de ne pas accroître le nombre des étudiants des années de maîtrise, ce qui est important pour atteindre la suppression du risque pour la protection de la santé publique dû à la pléthore des étudiants de ce cycle et à une formation insuffisante corrélative. Il ressort en effet des données statistiques de l'Observatoire de l'enseignement supérieur fournies par le Gouvernement de la Communauté française que, pour la première année (2008-2009), qui était la seule disponible à l'époque, de fin du premier cycle qui a suivi l'instauration de la limitation des inscriptions en cause, celle-ci avait atteint son objectif puisque le nombre de diplômés de bachelier en médecine vétérinaire était de 197, dont 116 ont été délivrés à des étudiants domiciliés en Belgique. La même analyse statistique indique que le nombre de diplômés résidant en Belgique a doublé par rapport au nombre de diplômés qui avaient été admis aux études par le biais du concours dans les années précédant l'instauration de la mesure en cause et qui risquait, à terme, d'engendrer une pénurie de praticiens (67 diplômés belges en 2006-2007 et 51 en 2007-2008). En effet, selon la note des doyens précitée, le nombre idéal d'étudiants à diplômer en médecine vétérinaire est d'au moins 69 pour répondre aux besoins de la pratique vétérinaire et des autres secteurs d'activité tels que la sécurité de la chaîne alimentaire, la recherche, le développement durable et les accords internationaux d'échange et de coopération.

La Cour apprécie ensuite si la réglementation en cause au principal ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif invoqué, c'est-à-dire s'il n'existe pas de mesures moins restrictives qui permettraient de l'atteindre. La Cour de justice invite la Cour à vérifier si l'objectif général de santé publique ne pourrait être atteint par l'adoption de mesures visant à encourager les étudiants concernés, en l'espèce en médecine vétérinaire, accomplissant leurs études en Communauté française, à s'y installer au terme de leurs études ou par l'adoption de mesures incitant les professionnels ayant suivi un cursus en dehors de la Communauté française à s'installer dans cette dernière. Pour ce qui concerne les études en médecine vétérinaire, cette solution n'a pas de pertinence puisque, pour ce cursus, le risque pour la santé publique ne réside pas dans

la pénurie de praticiens mais dans la pléthore d'étudiants qui met en péril la qualité de la formation.

Il convient d'examiner si les autorités compétentes ont concilié de manière appropriée la réalisation de l'objectif de santé publique avec les exigences découlant du droit de l'Union européenne, notamment la faculté pour les étudiants provenant des autres Etats membres d'accéder aux études d'enseignement supérieur, cette faculté constituant l'essence même du principe de libre circulation des étudiants; les restrictions à l'accès auxdites études doivent être limitées à ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs poursuivis et doivent permettre un accès suffisamment large desdits étudiants aux études supérieures. Un accès large à l'enseignement supérieur est garanti aux étudiants provenant des autres Etats membres pour les cursus visés par le décret attaqué. En moyenne, en Communauté française, les études supérieures sont fréquentées par 10 p.c. d'étudiants étrangers. L'accès des non-résidents est limité uniquement pour les cursus de premier cycle dans lesquels le taux de ces étudiants était anormalement élevé (de 40 à 80 p.c.). La limitation est fixée à 30 p.c. du nombre d'étudiants régulièrement inscrits pour la première fois dans le cursus concerné, par établissement, au cours de l'année précédente. Cette limitation est adaptable pour correspondre en toute circonstance au moins au triple du taux moyen européen, qui est actuellement de 2 p.c. L'accès aux cursus concernés, notamment en matière de médecine vétérinaire, est donc trois fois le taux moyen en Communauté française et quinze fois le taux moyen dans l'Union européenne. Il est dès lors évident que la limitation n'empêche néanmoins pas un accès fort large aux études en médecine vétérinaire aux étudiants en provenance des autres Etats membres : la restriction n'est donc pas disproportionnée par rapport à l'objectif poursuivi.

Il reste à examiner si le processus de sélection des étudiants non-résidents qui consiste en un tirage, qui est donc fondé sur le hasard et ne constitue pas un mode de sélection fondé sur les capacités des candidats concernés, peut être considéré comme nécessaire pour atteindre les objectifs poursuivis. Le système retenu dans le projet de départ était celui du « premier arrivé/premier inscrit » qui a été fortement critiqué par la section de législation du Conseil d'Etat; il a été abandonné, notamment en raison de ce que

sa mise en œuvre était problématique. La sélection sur la base du diplôme entraîne de grandes difficultés car elle oblige à comparer des diplômes obtenus dans des systèmes d'enseignement très différents. L'organisation d'un concours d'entrée pour les étudiants non-résidents entraînerait l'emploi de ressources humaines et budgétaires importantes, notamment en ce qui concerne les 767 candidats de l'année 2010-2011. Le choix du législateur décretaal correspond à une politique sociale conforme aux objectifs de démocratisation, de libre choix et de large accès à l'enseignement supérieur, relevés lors de travaux préparatoires. Le système du tirage au sort est celui qui est le moins sujet à controverse; il peut donc être considéré comme nécessaire pour atteindre l'objectif poursuivi.

La Cour décide en conséquence que, en ce qu'il s'applique au cursus visé par l'article 3, 2°, du décret du 16 juin 2006, l'article 4 de ce décret ne viole pas les articles 10 et 11 de la Constitution, lus en combinaison avec les articles 18, premier alinéa, et 21, paragraphe 1, du TFUE.

*En ce qui concerne les cursus de « Bachelier-Sage-femme », de « Bachelier en ergothérapie », de « Bachelier en logopédie », de « Bachelier en podologie-podothérapie » et de « Bachelier en audiologie » et d'« Educateur(trice) spécialisé(e) en accompagnement psycho-éducatif »*

Le Gouvernement de la Communauté française ne produit pas de données précises laissant apparaître une diminution de la qualité de l'enseignement dans les cursus menant à la délivrance des grades académiques d'« Accoucheuse-bachelier », de « Bachelier en ergothérapie », de « Bachelier en logopédie », de « Bachelier en podologie-podothérapie », de « Bachelier en audiologie » et d'« Educateur(trice) spécialisé(e) en accompagnement psycho-éducatif », durant les années académiques qui ont précédé l'entrée en vigueur du décret du 16 juin 2006. Le Gouvernement de la Communauté française ne fournit pas non plus d'informations au sujet du nombre maximal d'étudiants qui peuvent être formés simultanément dans le cadre de chacun de ces cursus en Communauté française. La Cour ne dispose donc pas de données lui permettant de vérifier, conformément aux indications données par la Cour de justice de l'Union européenne, qu'une éventuelle

baisse de la qualité de l'enseignement dans ces cursus constituait ou constitue un véritable risque pour la santé publique.

En outre, le Gouvernement de la Communauté française ne soutient pas qu'il existait - lors de l'adoption du décret du 16 juin 2006 - ou qu'il existerait - à l'heure actuelle - une pénurie de détenteurs de l'un des diplômes précités en Communauté française. Il ne produit au demeurant aucun document indiquant que la protection de la santé publique pourrait être véritablement mise en péril, à l'avenir, par une telle pénurie. La Cour ne dispose donc pas de données lui permettant de vérifier, conformément aux indications données par la Cour de justice de l'Union européenne, qu'une éventuelle pénurie de ces diplômés constituait ou constitue un véritable risque pour la santé publique.

En conséquence, la Cour décide que, en ce qu'il s'applique aux cursus visés par l'article 7, 1°, 2°, 3°, 4°, 6° et 7°, du décret de la Communauté française du 16 juin 2006 régulant le nombre d'étudiants dans certains cursus de premier cycle de l'enseignement supérieur, l'article 8 de ce décret viole les articles 10 et 11 de la Constitution, lus en combinaison avec les articles 18, premier alinéa, et 21, paragraphe 1, du TFUE. Elle annule dès lors ledit article 8, sauf en ce qu'il s'applique à l'article 7, 5°, du décret précité.

#### **24. Les conditions de nomination des directeurs dans l'enseignement officiel subventionné (arrêt n° 174/2011)**

Le décret de la Communauté française du 2 février 2007 fixe, comme son intitulé l'indique, le statut des directeurs.

La Cour a été interrogée sur la compatibilité avec les articles 10, 11 et 24, § 4, de la Constitution de la différence de traitement entre, d'une part, l'enseignant nommé à titre définitif dans le réseau libre subventionné, qui ne peut, en vertu de l'article 58, § 1er, b), du décret de la Communauté française du 2 février 2007 fixant le statut des directeurs (ci-après : le décret du 2 février 2007), être admis au stage en vue d'être nommé directeur dans un établissement du réseau officiel subventionné et, d'autre part, l'enseignant nommé à

titre définitif dans le réseau officiel subventionné, qui peut être admis au stage en vue d'être nommé directeur dans un établissement d'enseignement du réseau libre subventionné, en vertu de l'article 81, § 1er,b), du décret du 2 février 2007.

En adoptant le décret du 2 février 2007, le législateur décrétal entendait, selon les travaux préparatoires, « faire entrer la fonction du directeur dans la modernité, en lui donnant, tant sur le plan de l'intérêt général que sur le plan personnel, la reconnaissance et les moyens liés à sa spécificité », et en l'encadrant d'un « statut spécifique et adéquat », qui faisait défaut auparavant. S'agissant plus particulièrement de l'accès à la fonction de directeur, le décret entend assurer « l'uniformisation » des conditions de cet accès « entre les réseaux »; le titre II du décret assure l'uniformisation recherchée par la condition d'ancienneté requise et par l'exigence pour le membre du personnel concerné d'être nommé ou engagé à titre définitif; il impose enfin une formation initiale pour tous les candidats directeurs qui s'articule en une formation théorique et en un stage de deux ans. Le titre III du décret met en œuvre ces principes, selon un schéma parallèle pour les trois réseaux - enseignement organisé par la Communauté française, enseignement officiel subventionné et enseignement libre subventionné -, qui tient compte des spécificités de chacun d'eux.

Les articles 57 à 59 du décret du 2 février 2007, qui concernent l'enseignement officiel subventionné, doivent être lus en parallèle avec les articles 79 à 81 du même décret, qui concernent l'enseignement libre subventionné; ces articles instaurent un système de « paliers » pour l'admission au stage à la fonction de directeur. Les articles 57 et 80 du décret du 2 février 2007 définissent respectivement pour l'enseignement officiel subventionné et pour l'enseignement libre subventionné un « premier palier » qui reprend les cinq conditions requises, dans une situation idéale, pour être admis au stage à la fonction de directeur; l'article 57 se réfère notamment à l'ancienneté acquise « au sein du pouvoir organisateur », tandis que l'article 80 se réfère notamment à l'ancienneté acquise « au sein de l'enseignement libre subventionné du caractère concerné ». A défaut pour le pouvoir organisateur d'un établissement de l'un de ces deux réseaux de pouvoir admettre au stage un candidat qui répond aux conditions de ce premier palier ou

s'il ne trouve qu'un candidat qu'il voudrait pouvoir mettre en concurrence avec d'autres, l'article 58 du décret, en ce qui concerne l'enseignement officiel subventionné, et l'article 81 du même décret, en ce qui concerne l'enseignement libre subventionné, organisent un « deuxième palier ». Celui-ci permet d'élargir le champ d'application matériel des conditions. Dans le système institué par l'article 58, § 1er, b), seul un candidat relevant d'un « autre pouvoir organisateur officiel subventionné » peut remplir les conditions alors que, dans le système instauré par l'article 81, § 1er, b), un candidat peut faire valoir une expérience dans « l'enseignement subventionné » répondant aux conditions fixées. Enfin, les articles 59 et 82 du décret du 2 février 2007 instaurent respectivement pour l'enseignement officiel subventionné et pour l'enseignement libre subventionné d'autres « paliers » en cas d'impossibilité d'admettre un candidat au stage conformément, respectivement, aux articles 57 et 58, ou aux articles 80 et 81, du décret du 2 février 2007.

Le système d'accès au stage instauré par les dispositions précitées établit par conséquent une différence de traitement entre les candidats directeurs, dès lors que l'accès au stage de directeur dans l'enseignement officiel subventionné est conditionné par l'appartenance à ce réseau, ce qui n'est pas le cas pour l'accès à la fonction de directeur dans l'enseignement libre subventionné. Ces dispositions établissent également une différence de traitement entre les pouvoirs organisateurs, puisque lorsqu'ils se trouvent dans l'impossibilité d'admettre au stage un candidat selon les conditions du « premier palier », les pouvoirs organisateurs de l'enseignement libre subventionné voient leur champ de recrutement élargi de manière plus importante que les pouvoirs organisateurs de l'enseignement officiel subventionné. La Cour examine si cette différence de traitement est compatible avec les principes contenus dans les articles 10, 11 et 24, § 4, de la Constitution.

Bien que l'égalité de traitement des établissements d'enseignement et des membres du personnel constitue le principe, l'article 24, § 4, de la Constitution n'exclut pas un traitement différencié, à la condition que celui-ci soit fondé « sur les caractéristiques propres à chaque pouvoir organisateur ». Pour justifier, au regard du principe d'égalité et de non-discrimination, une différence de traitement

entre les établissements d'enseignement et les membres du personnel des réseaux d'enseignement, il ne suffit cependant pas d'indiquer l'existence de différences objectives entre ces établissements et ces membres du personnel : il doit encore être démontré qu'à l'égard de la matière réglée, la distinction alléguée est pertinente pour justifier raisonnablement une différence de traitement. Par ailleurs, le principe d'égalité en matière d'enseignement ne saurait être dissocié des autres garanties établies par l'article 24 de la Constitution, en particulier la liberté d'enseignement.

En ce qui concerne les conditions générales d'accès et de dévolution des emplois de directeur, la section de législation du Conseil d'Etat a constaté que « celles-ci divergent considérablement selon les réseaux d'enseignement », et qu'il convenait de démontrer dans l'exposé des motifs que ces différences de traitement « sont compatibles avec l'article 24, § 4, de la Constitution, selon lequel les membres du personnel sont égaux devant le décret mais également que le décret prend en compte les différences objectives, notamment les caractéristiques propres à chaque pouvoir organisateur, qui justifient un traitement approprié ». En ce qui concerne le système d'accès au stage de directeur dans l'enseignement officiel subventionné, prévu par l'article 58, § 1er, b), du décret du 2 février 2007, le législateur a choisi de limiter le deuxième palier à « un autre pouvoir organisateur [de l'enseignement] officiel subventionné », sans toutefois donner aucune explication sur les raisons de cette limitation. En ce qui concerne le système d'accès au stage de directeur dans l'enseignement libre subventionné, prévu dans l'article 81, § 1er, b), du décret du 2 février 2007, il ressort des travaux préparatoires que la différence de traitement en ce qui concerne l'accès aux fonctions de direction, en fonction du réseau auquel appartient le candidat-directeur, est donc uniquement justifiée par la taille des pouvoirs organisateurs, présumée réduite, dans l'enseignement libre subventionné.

La disposition qui consiste à permettre aux pouvoirs organisateurs de l'enseignement libre subventionné qui sont dans l'impossibilité pratique de recruter un candidat directeur issu du même pouvoir organisateur ou d'un autre pouvoir organisateur du même réseau d'élargir le champ de recrutement, y compris parmi les candidats

provenant du réseau officiel subventionné, est pertinente en ce qu'elle offre aux pouvoirs organisateurs concernés le maximum de chances de pouvoir engager une personne convenant pour le poste à pourvoir.

La justification liée à la taille des pouvoirs organisateurs présumée plus réduite dans le réseau libre subventionné n'est toutefois pas susceptible d'expliquer pour quelle raison une disposition semblable ne pourrait pas profiter également aux pouvoirs organisateurs appartenant au réseau officiel subventionné : il n'est en effet pas démontré qu'il n'existe pas, dans ce réseau également, de pouvoirs organisateurs de taille modeste qui risqueraient d'être confrontés aux mêmes problèmes de recrutement et qui pourraient tirer profit d'une augmentation significative du nombre des candidats pour le poste vacant. La justification tirée de la taille des pouvoirs organisateurs ne saurait dès lors constituer une caractéristique propre aux pouvoirs organisateurs du réseau libre subventionné permettant de justifier, au regard de l'article 24, § 4, de la Constitution, la différence de traitement en cause. Par ailleurs, l'impossibilité, pour les pouvoirs organisateurs du réseau officiel subventionné, de recruter un directeur issu d'un autre réseau, à défaut d'avoir trouvé un candidat issu de leur propre pouvoir organisateur ou de leur réseau, est contradictoire avec l'objectif poursuivi par le décret d'uniformiser les conditions d'accès à la fonction entre les différents réseaux, ainsi qu'avec la constatation faite par le législateur décrétoal que le rôle de directeur d'établissement est le même dans toutes les écoles; l'octroi de cette possibilité aux pouvoirs organisateurs du réseau officiel subventionné est en outre de nature à assurer le respect de l'article 10, alinéa 2, de la Constitution, qui garantit l'égalité d'accès aux emplois publics, et à conforter le principe de l'autonomie communale et provinciale en permettant aux pouvoirs locaux qui organisent un enseignement officiel subventionné de recruter de manière plus autonome les personnes adéquates pour les postes de directeur de leurs établissements. Enfin, la formation des candidats à la fonction de directeur comprend, à côté d'un volet commun, un volet propre à chaque réseau qui vise à l'acquisition des compétences administratives, matérielles et financières, ainsi que des compétences de l'axe pédagogique et éducatif propres au réseau concerné (article 18, § 1er, du décret du 2 février 2007) : le candidat

directeur ayant une expérience dans un autre réseau bénéficie dès lors d'une formation lui permettant de s'adapter sans difficultés aux spécificités du réseau dans lequel il est appelé à exercer sa nouvelle fonction. En outre, tout directeur d'un établissement scolaire appartenant au réseau officiel subventionné est tenu au respect des dispositions décrétales relatives à la neutralité qui s'imposent aux établissements de ce réseau, en application de l'article 10 du décret du 17 décembre 2003 organisant la neutralité inhérente à l'enseignement officiel subventionné et portant diverses mesures en matière d'enseignement. Rien ne permet de présumer qu'un directeur ayant auparavant été membre du personnel d'un établissement du réseau libre subventionné ne pourrait se conformer à ces exigences. Si toutefois un tel cas se présentait, il reviendrait aux autorités compétentes de prendre les mesures qui s'imposent notamment en vertu de l'article 11 du même décret.

La Cour décide en conséquence que l'article 58, § 1er, b), du décret de la Communauté française du 2 février 2007 fixant le statut des directeurs viole les articles 10, 11 et 24, § 4, de la Constitution.



## VIII. DROIT ADMINISTRATIF

### 25. *La motivation d'une décision administrative adoptée au scrutin secret par un organe collégial* (arrêt n° 85/2011)

La loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs prévoit, en ses articles 1er à 4 : « *Art. 1er.* Pour l'application de la présente loi, il y a lieu d'entendre par : - Acte administratif : L'acte juridique unilatéral de portée individuelle émanant d'une autorité administrative et qui a pour but de produire des effets juridiques à l'égard d'un ou de plusieurs administrés ou d'une autre autorité administrative; - Autorité administrative : Les autorités administratives au sens de l'article 14 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat; - Administré : Toute personne physique ou morale dans ses rapports avec les autorités administratives. *Art. 2.* Les actes administratifs des autorités administratives visées à l'article premier doivent faire l'objet d'une motivation formelle. *Art. 3.* La motivation exigée consiste en l'indication, dans l'acte, des considérations de droit et de fait servant de fondement à la décision. Elle doit être adéquate. *Art. 4.* L'obligation de motiver imposée par la présente loi ne s'impose pas lorsque l'indication des motifs de l'acte peut : 1° compromettre la sécurité extérieure de l'Etat; 2° porter atteinte à l'ordre public; 3° violer le droit au respect de la vie privée; 4° constituer une violation des dispositions de matière de secret professionnel ». Par ailleurs, l'article 100, alinéa 4, de la Nouvelle loi communale, devenu l'article L1122-27 du Code de la démocratie locale et de la décentralisation en Région wallonne, prévoit que « Seules les présentations de candidats, les nominations aux emplois, les mises en disponibilité, les suspensions préventives dans l'intérêt du service et les sanctions disciplinaires, font l'objet d'un scrutin secret, à la majorité absolue des suffrages ».

La Cour a été interrogée sur le point de savoir si les articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 précitée violent les articles 10 et 11 de la Constitution s'ils sont interprétés comme exigeant qu'une décision adoptée au scrutin secret par un organe collégial en application de l'article 100, alinéa 4, de la Nouvelle loi communale doit indiquer les

motifs pour lesquels cet organe a été amené, s'il s'agit comme en l'espèce d'un acte de nomination, à préférer un candidat plutôt qu'un autre<sup>1</sup>.

Les avantages de la motivation formelle sont ainsi décrits dans les travaux préparatoires de la loi du 29 juillet 1991 : « A l'administré, la motivation procure la possibilité d'être informé des motifs de l'acte administratif en même temps qu'elle lui permet de pouvoir discuter en toute connaissance de cause avec son auteur, de manière à éventuellement pouvoir ' aménager ' la décision. En cas de recours, le requérant informé des motifs d'un acte contesté sera plus à même d'organiser ses moyens. Enfin, elle constitue le gage d'un examen sérieux et impartial de l'affaire. Envisagée du côté de l'administration, la motivation a pour effet de rendre les relations avec les administrés plus aisées en permettant à l'autorité d'user de plus de persuasion que de coercition. De plus, elle facilite le contrôle exercé par l'autorité supérieure ou de tutelle sur l'autorité subordonnée ». Les mêmes travaux préparatoires exposent comme suit le but poursuivi par la proposition de loi : « L'auteur de la présente proposition entend poursuivre le but d'introduire dans le système administratif belge une législation autonome visant à ériger en principe général l'obligation de motiver formellement les actes des autorités administrative, obligation qui constitue la contrepartie de ce droit fondamental qu'a l'administré d'être informé des motifs ayant conduit à la décision le concernant ».

Il ressort des travaux préparatoires de la loi précitée que cette obligation de motivation formelle, comme l'a rappelé le Conseil d'Etat à plusieurs reprises, concerne également les décisions prises à la suite d'un scrutin secret. Dans l'avis qu'il a rendu sur une proposition de loi qui visait à modifier la loi du 29 juillet 1991 précitée, pour exclure de son champ d'application les actes administratifs pour l'adoption desquels la loi prévoit un scrutin secret, proposition de loi qui n'a pas été adoptée, le Conseil d'Etat a rappelé que « le but du vote secret est en effet de protéger les membres de l'organe collégial de toute pression intérieure ou extérieure *ut singuli*. Ce qui doit être tenu secret est la démarche

<sup>1</sup> En ce qui concerne la loi du 29 juillet 1991, voir le rapport 2004, pp. 25-28.

individuelle qui a conduit chaque membre de l'organe collégial à voter comme il l'a fait. Celui-ci n'a donc pas à justifier les raisons de son vote, mais cela n'empêche pas que la décision prise à l'issue du vote doit pouvoir être justifiée par des motifs dégagés du dossier administratif (motivation matérielle), lesquels, en raison de l'obligation de motivation formelle, doivent en outre être indiqués dans la décision ».

La situation de l'organe collégial qui est tenu d'adopter une décision à l'issue d'un vote secret, en application de l'article 100, alinéa 4, de la Nouvelle loi communale, n'est pas essentiellement différente, au regard de l'obligation de motivation des actes administratifs, de celle des organes individuels ou collégiaux des autorités administratives qui prennent des décisions à la suite de délibérations qui ne sont pas secrètes. S'il est exact que le scrutin secret s'oppose à la divulgation des opinions personnelles de chaque membre du conseil communal, il n'est pas incompatible avec cette exigence que la décision adoptée par l'organe collégial lui-même indique les motifs qui la sous-tendent. En effet, motiver formellement un acte administratif individuel consiste en l'indication, dans l'acte, des considérations de droit et de fait servant de fondement à la décision et non dans une juxtaposition des opinions individuelles de chaque membre de l'organe collégial. L'obligation légale du vote secret n'est pas éternée par l'obligation légale de motiver formellement la décision administrative collégiale ainsi adoptée.

La généralisation de l'obligation de motivation formelle pour les autorités administratives instituée par la loi du 29 juillet 1991 est un droit de l'administré, auquel est ainsi offerte une garantie supplémentaire contre les actes administratifs de portée individuelle qui seraient arbitraires. Compte tenu de l'objectif poursuivi par la loi du 29 juillet 1991, mentionné ci-dessus, il ne peut être admis qu'une personne qui s'est portée candidate pour un emploi soit privée en tout ou en partie de connaître les motifs qui sous-tendent une décision qui la concerne pour la seule raison que cette décision a été adoptée au scrutin secret : elle est en effet dans la même situation que tout autre administré ayant posé sa candidature à une nomination.

La Cour décide en conséquence que les articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs ne violent pas les articles 10 et 11 de la Constitution.

**26. La demande de suspension de la décision d'attribution d'une autorité adjudicatrice (arrêt n° 164/2011)**

La loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services prévoit des procédures de recours, dont le recours en annulation (article 65/14) et la demande de suspension (article 65/15) des décisions des autorités adjudicatrices. L'article 65/14 prévoit qu'à la demande de toute personne ayant ou ayant eu un intérêt à obtenir un marché déterminé et ayant été ou risquant d'être lésée par la violation alléguée, l'instance de recours peut annuler les décisions prises par les autorités adjudicatrices, y compris celles portant des spécifications techniques, économiques et financières discriminatoires, au motif que ces décisions constituent un détournement de pouvoir ou violent les documents du marché ou les règles de droit qui sont applicables au marché concerné; l'article 65/15 prévoit et régit l'éventuelle suspension des décisions visées à l'article 65/14 précité : « Dans les mêmes conditions que celles visées à l'article 65/14, l'instance de recours peut, sans que la preuve d'un risque de préjudice grave difficilement réparable ne doive être apportée, le cas échéant sous peine d'astreinte, suspendre l'exécution des décisions visées à l'article 65/14 et, en ce qui concerne le Conseil d'Etat, aussi longtemps qu'il demeure saisi d'un recours en annulation : 1° ordonner les mesures provisoires ayant pour but de corriger la violation alléguée ou d'empêcher qu'il soit porté atteinte aux intérêts concernés; 2° ordonner les mesures provisoires nécessaires à l'exécution de sa décision. (...) ».

L'« instance de recours » visée dans les dispositions précitées est soit la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat lorsque l'autorité adjudicatrice est une autorité visée à l'article 14, § 1er, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, soit le juge judiciaire lorsque l'autorité adjudicatrice n'est pas une telle autorité (article 65/24 de

la loi du 24 décembre 1993). L'article 65/25 régleme les règles de compétence et de procédure applicables devant l'instance de recours, en précisant notamment que « à moins que des dispositions de la présente loi n'y dérogent, les règles de compétence et de procédure devant l'instance de recours sont celles fixées par les lois et arrêtés relatifs à l'instance de recours. (...) ».

La Cour a été interrogée au sujet de la demande de suspension dans le cadre du délai d'attente, imposé par le législateur, entre la décision d'attribution et la conclusion du marché (articles 65/11, 65/12 et 65/13 de la loi du 24 décembre 1993) : cette réglementation établirait une différence de traitement selon que c'est le Conseil d'Etat ou le juge judiciaire qui est compétent pour statuer sur la demande de suspension. Il était demandé à la Cour d'examiner si cette différence de traitement est discriminatoire en ce que la suspension par le juge judiciaire ne requiert pas de contrôle autonome du contenu des griefs invoqués et en ce que le contrôle du juge judiciaire diffère fondamentalement du contrôle du Conseil d'Etat et du contrôle en référé de droit commun.

Les catégories qui sont traitées différemment, selon le libellé des questions préjudicielles, sont les autorités adjudicatrices dont la décision d'attribution est attaquée et qui se trouvent dès lors dans une situation comparable.

Dans l'interprétation des dispositions en cause telle qu'elle ressort des questions préjudicielles, les autorités adjudicatrices qui ne sont pas une autorité au sens de l'article 14, § 1er, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat risqueraient davantage de voir leur décision d'attribution suspendue que les autorités adjudicatrices qui sont quant à elles une telle autorité. Aucun élément n'est de nature à justifier que les deux catégories d'autorités adjudicatrices, qui sont soumises de manière identique à la réglementation relative aux marchés publics, soient traitées de manière substantiellement différente selon que le contrôle de leur décision d'attribution est exercé par le juge civil des référés ou par le Conseil d'Etat.

La Cour décide dès lors que, dans l'interprétation selon laquelle les articles 65/15 et 65/25 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et

de services donnent lieu à une appréciation fondamentalement différente de la demande de suspension de la décision d'attribution d'une autorité adjudicatrice, selon que cette autorité est ou non une autorité au sens de l'article 14, § 1er, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, ces dispositions violent les articles 10 et 11 de la Constitution.

La Cour relève toutefois que les dispositions précitées peuvent être interprétées d'une autre manière. Ainsi qu'il a été observé précédemment, la décision d'attribution d'une autorité adjudicatrice, qu'elle soit ou non une autorité visée à l'article 14, § 1er, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, peut être suspendue parce que cette décision constitue un détournement de pouvoir ou une infraction aux documents du marché ou aux règles de droit qui sont applicables au marché concerné. Les règles de droit précitées sont plus précisément le droit de l'Union en matière de marchés publics, applicable au marché en question, ainsi que les principes généraux du droit et les dispositions constitutionnelles, législatives et réglementaires qui sont applicables au marché (article 65/14 de la loi du 24 décembre 1993); le détournement de pouvoir est l'illégalité par laquelle la compétence qu'un organe administratif a reçue de la loi pour atteindre un objectif d'intérêt général déterminé est utilisée par lui pour atteindre, de manière exclusive, un autre but. Il s'ensuit que la décision d'attribution d'une autorité adjudicatrice, qu'elle soit ou non une autorité visée à l'article 14, § 1er, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, ne peut être suspendue qu'après que l'autorité judiciaire compétente a constaté *prima facie* une illégalité. Dans cette interprétation - selon laquelle les articles 65/15 et 65/25 précités donnent lieu à une appréciation analogue de la demande de suspension de la décision d'attribution d'une autorité adjudicatrice, que cette autorité soit ou non une autorité visée à l'article 14, § 1er, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat -, la différence de traitement est inexistante et lesdites dispositions ne violent pas les articles 10 et 11 de la Constitution.

## IX. DROIT PENAL ET PROCEDURE PENALE

### 27. Les extraits de casier judiciaire (arrêt n° 1/2011)

Les dispositions du Code d'instruction criminelle qui concernent le casier judiciaire central y ont été insérées par la loi du 8 août 1997, qui a consacré légalement l'existence de ce casier judiciaire; l'article 589 du Code d'instruction criminelle définit le casier judiciaire central comme « un système de traitement automatisé tenu sous l'autorité du Ministre de la Justice, qui assure, [...] l'enregistrement, la conservation et la modification des données concernant les décisions rendues en matière pénale et de défense sociale ».

La loi du 31 juillet 2009, comme son intitulé l'indique, a modifié plusieurs dispositions concernant le Casier judiciaire central. La Cour a été saisie d'un recours en annulation des articles 2, 2°, 4, 1°, 5, 1°, et 6 de cette loi, qui modifient les articles 590, alinéa 1er, 594, alinéa 2, 595, alinéa 2, et 596 du Code d'instruction criminelle.

Plusieurs moyens étaient invoqués à l'appui de ce recours, que la Cour va juger non fondés, hormis en ce qui concerne les aspects exposés ci-dessous, pour lesquels elle conclura à une inconstitutionnalité.

La partie requérante critiquait, à divers égards, l'article 596, alinéa 2, du Code d'instruction criminelle, remplacé par l'article 6, 1°, de la loi du 31 juillet 2009 attaquée. Alors que, en application de l'article 596, *alinéa 1er*, du Code d'instruction criminelle, les extraits de casier judiciaire ordinaires, dits « modèle 1 », mentionnent toujours, lorsque la demande en est faite en vue d'accéder à une activité dont les conditions d'accès ou d'exercice sont définies par des dispositions légales ou réglementaires, les déchéances ou interdictions qui ont pour effet d'interdire à la personne concernée d'exercer cette activité, le *deuxième alinéa* de l'article 596 énumère les mentions qui, outre ces informations et celles qui figurent sur les extraits ordinaires « modèle 1 », doivent figurer sur les extraits de

casier judiciaire délivrés aux personnes qui le demandent en vue d'accéder à une fonction ou une activité les mettant en contact avec des mineurs (extraits de casier judiciaire dits « modèle 2 »); sur l'extrait « modèle 2 » figure également la décision du juge ou d'une juridiction d'instruction interdisant à l'intéressé d'exercer une activité qui le mettrait en contact avec des mineurs en application de l'article 35, § 1er, alinéa 2, de la loi du 20 juillet 1990 relative à la détention préventive.

Un des moyens déclarés fondés par la Cour reprochait à l'article 596, alinéa 2, précité, de prévoir que les simples déclarations de culpabilité prononcées en application de l'article 21<sup>ter</sup> du titre préliminaire du Code de procédure pénale, lorsqu'elles concernent des faits commis à l'égard d'un mineur et pour autant que cet élément soit constitutif de l'infraction ou aggrave la peine, figurent sur ces extraits sans aucune limitation dans le temps, alors qu'en application de l'article 595, alinéa 2, ces décisions ne sont plus mentionnées sur les extraits de casier judiciaire « modèle 1 » après un délai de trois ans à compter de la date de la décision judiciaire définitive qui les prononce; la partie requérante estimait que cette absence de limitation dans le temps viole les articles 10, 11, 22 et 23, alinéa 3, 1°, de la Constitution, combinés avec l'article 6.1 de la Convention européenne des droits de l'homme et avec l'article 14, paragraphe 3, c), du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

Il est raisonnablement justifié, pour les motifs que la Cour a précédemment exposés dans son arrêt, que le législateur se préoccupe d'assurer l'information complète des personnes qui sont responsables d'institutions ou d'organisations auxquelles des mineurs sont confiés, en vue de réduire le plus possible les risques de récidive de la part d'auteurs de faits répréhensibles commis sur des mineurs. A cet égard, l'information des responsables concernés doit porter d'abord sur les faits commis et sur leur gravité; la circonstance que ceux-ci ont été constatés à l'occasion d'une procédure qui a dépassé les limites du délai raisonnable, de sorte que le juge a, en application de l'article 21<sup>ter</sup> du titre préliminaire du Code de procédure pénale, prononcé une simple déclaration de culpabilité à l'égard du prévenu, ne diminue pas l'intérêt de cette information pour la réalisation de l'objectif de protection des

mineurs. Les personnes responsables d'institutions ou d'organisations, destinataires de cette information, seront par ailleurs à même de juger, en toute connaissance de cause, en tenant compte notamment de la situation concrète de la personne concernée, du poste ou de l'emploi sollicité, mais également de l'ancienneté des faits, s'il est opportun de répondre positivement à la sollicitation. Cette différence de traitement n'est pas dépourvue de justification raisonnable.

Il y a lieu de relever toutefois que si l'auteur des faits punissables commis à l'égard d'un mineur avait été jugé au terme d'une procédure qui n'avait pas excédé le délai raisonnable, il aurait pour ces faits encouru une condamnation. Dans cette hypothèse, il aurait eu par la suite, et moyennant la satisfaction d'un certain nombre de conditions strictes, la possibilité de demander et le cas échéant d'obtenir sa réhabilitation en application des articles 621 à 634 du Code d'instruction criminelle : la réhabilitation a pour effet d'empêcher la mention des condamnations qu'elle concerne sur les extraits de casier judiciaire de la personne concernée. Or, ainsi que la Cour l'a observé à l'occasion de l'examen d'un autre moyen, les personnes qui font l'objet d'une simple déclaration de culpabilité en application de l'article 21<sup>ter</sup> du titre préliminaire du Code de procédure pénale ne subissent pas de condamnation, de sorte qu'elles ne peuvent pas non plus solliciter leur réhabilitation. Si cette différence de traitement n'est pas discriminatoire en ce qu'elle concerne les extraits de casier judiciaire « modèle 1 », pour les raisons exposées lors de l'examen dudit moyen, il n'en va pas de même en ce qui concerne les extraits de casier judiciaire « modèle 2 » : en effet, sur ces derniers, les simples déclarations de culpabilité, lorsqu'elles concernent des faits commis sur des mineurs, apparaissent sans aucune limitation de temps, sans qu'aucune possibilité existe pour la personne concernée de demander leur effacement ou de postuler sa réhabilitation, même après l'écoulement d'un délai assez important. Il en résulte que la personne qui, pour les mêmes faits, a été condamnée est traitée de manière plus favorable que celle qui a fait l'objet d'une simple déclaration de culpabilité, sans qu'existe pour cette différence de traitement une justification raisonnable.

La Cour observe qu'il revient au législateur de mettre fin à la discrimination constatée; celle-ci trouve son origine non pas dans la disposition attaquée, mais bien dans l'absence d'une disposition permettant à la personne concernée d'obtenir, dans certaines conditions, la suppression de la mention de la déclaration de culpabilité dans l'extrait de casier judiciaire « modèle 2 ».

L'autre moyen déclaré fondé par la Cour reprochait au même article 596, alinéa 2, du Code d'instruction criminelle, remplacé par l'article 6, 1°, de la loi attaquée, de prévoir que la mention de ce qu'une personne fait l'objet d'une interdiction d'exercer une activité qui la mettrait en contact avec des mineurs, décidée par un juge ou une juridiction d'instruction comme alternative à une mesure de détention préventive, figure sur les extraits de casier judiciaire « modèle 2 » jusqu'au moment où le jugement qui s'ensuit acquiert force de chose jugée, sans avoir égard au fait que le juge qui a décidé l'interdiction en cause pourrait être amené à ne pas la renouveler ou à la retirer en fonction de l'évolution de l'instruction; la partie requérante estimait que la mention de l'interdiction sur les extraits de casier judiciaire « modèle 2 », alors que l'interdiction aurait été levée avant le moment où le jugement qui s'ensuit acquiert force de chose jugée, viole les articles 10, 11, 22 et 23, alinéa 3, 1°, de la Constitution, combinés avec l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme.

L'article 35, § 1er, alinéa 1er, de la loi du 20 juillet 1990 relative à la détention préventive prévoit que « dans les cas où la détention préventive peut être ordonnée ou maintenue dans les conditions prévues à l'article 16, § 1er, le juge d'instruction peut, d'office, sur réquisition du ministère public ou à la demande de l'inculpé, laisser l'intéressé en liberté en lui imposant de respecter une ou plusieurs conditions, pendant le temps qu'il détermine et pour un maximum de trois mois »; l'article 8 de la loi du 31 juillet 2009, qui n'est pas attaqué, a complété cette disposition d'un alinéa 2, en vertu duquel le juge d'instruction peut interdire à l'intéressé d'exercer une activité qui le mettrait en contact avec des mineurs.

La mention de cette interdiction sur les extraits de casier judiciaire « modèle 2 » répond à l'objectif d'assurer l'effectivité de cette interdiction prononcée par le juge d'instruction comme condition

permettant à l'intéressé de ne pas subir de détention préventive; elle n'est pas critiquable en soi.

Par contre, en ce que l'article 596, alinéa 2, du Code d'instruction criminelle, remplacé par la disposition attaquée, prévoit que « l'interdiction doit être mentionnée sur l'extrait jusqu'au moment où le jugement qui s'ensuit acquiert force de chose jugée », il ne prévoit pas l'hypothèse dans laquelle cette interdiction est levée, ou n'est pas prolongée, au cours de l'instruction ou de la phase de jugement. Dans ce cas, il n'est pas justifié que cette interdiction continue à figurer sur les extraits de casier judiciaire « modèle 2 » jusqu'au moment où le jugement qui s'ensuit acquiert force de chose jugée, ce moment pouvant être fort éloigné dans le temps; dès que cette interdiction est levée ou qu'elle n'est pas prolongée, elle doit être omise de l'extrait de casier judiciaire « modèle 2 ». Dans la mesure où la disposition attaquée prévoit le maintien de cette mention « jusqu'au moment où le jugement qui s'ensuit acquiert force de chose jugée », elle viole les articles 10 et 11 de la Constitution; la Cour annule en conséquence, dans l'article 596, alinéa 2, du Code d'instruction criminelle, remplacé par l'article 6, 1°, de la loi du 31 juillet 2009 portant diverses dispositions concernant le Casier judiciaire central, les mots « jusqu'au moment où le jugement qui s'ensuit acquiert force de chose jugée ».

## 28. *Le mandat d'arrêt européen* (arrêt n° 28/2011)

La loi du 19 décembre 2003 relative au mandat d'arrêt européen a transposé en droit interne la décision-cadre du Conseil de l'Union européenne 2002/584/JAI du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre États membres<sup>1</sup>.

La Cour a été interrogée sur la compatibilité de l'article 8 de cette loi avec les articles 10 et 11 de la Constitution, dans l'hypothèse où cet article est interprété comme ne s'appliquant qu'au mandat d'arrêt européen délivré aux fins de poursuite, et non également au mandat

<sup>1</sup> Voir le rapport 2007, pp. 69-73.

d'arrêt européen délivré aux fins d'exécution d'une condamnation à une peine privative de liberté, prononcée par défaut et contre laquelle l'individu condamné dispose encore d'une voie de recours.

Après avoir constaté que la loi du 19 décembre 2003 transposait la décision-cadre précitée, la Cour a, par son arrêt n° 128/2009 du 24 juillet 2009, posé à la Cour de justice de l'Union européenne quatre questions préjudicielles<sup>1</sup>.

Par l'arrêt du 21 octobre 2010, rendu dans l'affaire C-306/09, la Cour de justice de l'Union européenne a dit pour droit que « les articles 4, point 6, et 5, point 3, de la décision-cadre 2002/584/JAI du Conseil, du 13 juin 2002, relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre Etats membres, doivent être interprétés en ce sens que, lorsque l'Etat membre d'exécution concerné a mis en œuvre l'article 5, points 1 et 3, de cette décision-cadre dans son ordre juridique interne, l'exécution d'un mandat d'arrêt européen délivré aux fins de l'exécution d'une peine prononcée par défaut au sens dudit article 5, point 1, peut être subordonnée à la condition que la personne concernée, ressortissante ou résidente de l'Etat membre d'exécution, soit renvoyée dans ce dernier afin, le cas échéant, d'y subir la peine qui serait prononcée à son encontre, à l'issue d'une nouvelle procédure de jugement organisée en sa présence, dans l'Etat membre d'émission ».

Les articles 4, 6, 4°, et 8 de la loi en cause établissent un régime juridique fondé tant sur la confiance mutuelle entre les Etats membres de l'Union européenne que sur la volonté de respecter les droits fondamentaux. En disposant que l'exécution du mandat d'arrêt européen peut respectivement être refusée lorsque la personne « demeure dans l'Etat membre d'exécution, en est ressortissante ou y réside » ou être conditionnée lorsque la personne « est ressortissante ou résidente de l'Etat membre d'exécution », les articles 4, point 6), et 5, point 3), de la décision-cadre « ont notamment pour but d'accorder une importance particulière à la possibilité d'accroître les chances de réinsertion sociale de la personne recherchée » (CJUE, 21 octobre 2010, précité, point 52); à

<sup>1</sup> Voir le rapport 2009, pp. 133-136.

cet égard, il y a lieu de relever que « les termes ‘ réside ’ et ‘ demeure ’ visent, respectivement, les situations dans lesquelles la personne faisant l’objet d’un mandat d’arrêt européen soit a établi sa résidence réelle dans l’Etat membre d’exécution, soit a acquis, à la suite d’un séjour stable d’une certaine durée dans ce même Etat, des liens de rattachement avec ce dernier d’un degré similaire à ceux résultant d’une résidence » (CJCE, grande chambre, 17 juillet 2008, *Szymon Kozłowski*, précité, point 46). En l’espèce, le juge *a quo* constate que l’intéressé « réside en Belgique depuis plus de cinq ans et y possède des attaches familiales, sociales et professionnelles indéniables ».

Aucune raison objective ne permet de justifier que la juridiction d’instruction ne puisse apprécier l’effet sur les chances de réinsertion sociale de la remise d’un individu aux fins d’exécuter une condamnation prononcée par défaut sans être définitive, alors que cette juridiction y est autorisée lorsqu’elle se prononce sur l’exécution d’un mandat d’arrêt aux fins de poursuite. La circonstance qu’en vertu de l’article 7 de la loi en cause, la juridiction d’instruction peut subordonner la remise de la personne qui fait l’objet d’un mandat d’arrêt européen aux fins d’exécution d’une peine prononcée par défaut à la condition que l’autorité judiciaire d’émission garantisse la tenue d’une nouvelle procédure de jugement dans l’Etat d’émission qui aura lieu en sa présence est impuissante à justifier, à elle seule, pareille différence de traitement (CJUE, 21 octobre 2010 précité, point 55) : en effet, si cette procédure permet de s’assurer du respect, dans l’Etat d’émission, des garanties du procès équitable (CEDH, grande chambre, 1er mars 2006, *Sejdovic c. Italie*, § 82), elle ne permet pas, en revanche, de prendre en compte la possibilité d’accroître les chances de réinsertion sociale de la personne qui fait l’objet du mandat d’arrêt européen. La Cour décide dès lors que l’article 8 de la loi du 19 décembre 2003 relative au mandat d’arrêt européen viole les articles 10 et 11 de la Constitution si on l’interprète, ainsi que le fait le juge *a quo*, comme ne permettant pas au juge de subordonner la remise d’une personne, de nationalité belge ou résidant en Belgique, qui fait l’objet d’un mandat d’arrêt européen aux fins d’exécution d’une peine prononcée par défaut, sans que cette personne ait été informée de la date et du lieu de l’audience ayant précédé la condamnation, contre laquelle elle dispose encore d’une faculté de recours, à la

condition que cette personne soit renvoyée en Belgique pour y subir la peine qui serait prononcée à son encontre, de manière définitive, dans l'Etat d'émission .

La Cour observe toutefois que la disposition en cause est susceptible d'être interprétée en ce sens que son champ d'application s'étend aux mandats d'arrêt européen délivrés aux fins d'exécution d'une peine prononcée par défaut sans que la personne recherchée ait été informée de la date et du lieu de l'audience et contre laquelle subsiste une possibilité de recours; il ressort de la réponse aux questions préjudicielles posées à la Cour de justice de l'Union européenne qu'une telle interprétation est compatible avec les articles 4, point 6), et 5, point 3), de la décision-cadre. La Cour décide en conséquence que le même article 8 précité ne viole pas les articles 10 et 11 de la Constitution s'il est interprété comme permettant au juge de subordonner la remise d'une personne, de nationalité belge ou résidant en Belgique, qui fait l'objet d'un mandat d'arrêt européen aux fins d'exécution d'une peine prononcée par défaut, sans que cette personne ait été informée de la date et du lieu de l'audience ayant précédé la condamnation, contre laquelle elle dispose encore d'une faculté de recours, à la condition que cette personne soit renvoyée en Belgique pour y subir la peine qui serait prononcée à son encontre, de manière définitive, dans l'Etat d'émission.

**29. *Le jugement réputé contradictoire à l'égard du prévenu qui n'a pas comparu en personne ou par un avocat***  
*(arrêt n° 95/2011)*

Le Code d'instruction criminelle prévoit, en son article 152, inséré dans le livre II, titre I, chapitre I traitant de la compétence des tribunaux de police, que « § 1er. Le prévenu, la partie civilement responsable et la partie civile comparaîtront en personne ou par un avocat. § 2. Le tribunal pourra, en tout état de cause, sans que sa décision puisse être l'objet d'aucun recours, ordonner la comparution en personne. Le jugement ordonnant cette comparution sera signifié à la partie qu'il concerne à la requête du ministère public, avec citation à comparaître à la date fixée par le tribunal. Si le prévenu ne comparaît pas en personne ou par un

avocat, après avoir comparu à l'audience d'introduction conformément au § 1er, le jugement rendu sera réputé contradictoire et sera signifié au prévenu à la requête du ministère public. Un mandat d'amener peut être décerné à l'égard du prévenu »; selon l'article 185 du même Code, inséré dans le livre II, titre I, chapitre II traitant de la compétence des tribunaux correctionnels, « § 1er. Le prévenu, la partie civilement responsable et la partie civile comparaitront en personne ou par un avocat. § 2. Le tribunal pourra, en tout état de cause, sans que sa décision puisse être l'objet d'aucun recours, ordonner la comparution en personne. Le jugement ordonnant cette comparution sera signifié à la partie qu'il concerne à la requête du ministère public, avec citation à comparaître à la date fixée par le tribunal. Si le prévenu ne comparait pas en personne ou par un avocat, après avoir comparu à l'audience d'introduction conformément au § 1er, le jugement rendu sera réputé contradictoire et sera signifié au prévenu à la requête du ministère public. Un mandat d'amener peut être décerné à l'égard du prévenu ».

Il a été demandé à la Cour si les dispositions du Code d'instruction criminelle précitées, qui autorisent que soit rendu un jugement par défaut réputé contradictoire contre le prévenu qui n'aura pas comparu ou n'aura pas été représenté à la suite d'un jugement ordonnant sa comparution personnelle mais avait comparu ou était représenté à l'audience d'introduction, violent les articles 10 et 11 de la Constitution, lus isolément ou en combinaison avec l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, en ce qu'elles n'autorisent pas le condamné, dans cette hypothèse, à faire opposition alors que le prévenu qui a toujours fait défaut et n'a jamais été représenté peut former opposition contre la décision rendue par défaut à son encontre.

Les articles 152 et 185 du Code d'instruction criminelle ont, dans leur forme actuelle, été introduits par la loi du 12 février 2003 « modifiant le Code d'instruction criminelle en ce qui concerne le défaut et abrogeant l'article 421 du même Code »; comme il ressort des travaux préparatoires, cette modification a été introduite à la suite du constat, par la Cour européenne des droits de l'homme dans son arrêt *Van Geyselghem* du 21 janvier 1999, de la violation, par la Belgique, des articles 6.1 et 6.3, c), de la Convention européenne

des droits de l'homme. Les articles 152 et 185 précités consacrent désormais la règle selon laquelle le prévenu peut se faire représenter par un avocat, que ce soit en première instance, en degré d'appel ou sur opposition; par contre, les jugements qui seront prononcés après qu'un avocat sera intervenu pour assurer la défense d'un prévenu défaillant auront un caractère contradictoire et ne pourront donc pas faire l'objet d'une opposition.

Si la possibilité de comparaître par avocat devient la règle, une exception est inscrite au paragraphe 2 des articles 152 et 185 du Code d'instruction criminelle, aux termes de laquelle le tribunal peut toujours, s'il le souhaite, ordonner la comparution personnelle du prévenu. L'alinéa 2 du paragraphe 2 des articles 152 et 185 du Code d'instruction criminelle dispose que le jugement à intervenir est réputé contradictoire si le prévenu a comparu - en personne ou par avocat - à l'audience d'introduction mais ne comparaît plus ni en personne ni par avocat à l'audience à laquelle l'affaire a été remise en vue d'obtenir sa comparution personnelle. Au cours des travaux préparatoires, la question s'est posée de savoir si ce mécanisme de jugement réputé contradictoire créait une discrimination entre le prévenu qui se présente ou se fait représenter par son avocat à l'audience d'introduction puis ne se présente plus et celui qui décide de ne pas venir du tout, car la sanction pourrait être disproportionnée et en outre entraîner un effet pervers, les justiciables préférant ne pas venir pour se ménager la voie de l'opposition; le ministre de la Justice a répondu que « [...] [Celui] qui, après avoir comparu ou s'être fait représenter à la première audience, décide de ne plus le faire, alors que le tribunal estime nécessaire de l'entendre, est considéré comme se soustrayant volontairement à la suite des débats. C'est pourquoi une sanction spécifique, étant le caractère réputé contradictoire des débats, est prévue dans ce seul cas ».

La comparution d'un prévenu revêt une importance capitale en raison tant du droit de celui-ci à être entendu que de la nécessité de contrôler l'exactitude de ses affirmations et de les confronter avec les dires de la victime, dont il y a lieu de protéger les intérêts, ainsi que ceux des témoins (CEDH, 23 novembre 1993, *Poitrimol c. France*, § 35; 13 février 2001, *Krombach c. France*, § 84; 14 juin 2001, *Medenica c. Suisse*, § 54; 13 janvier 2011, *Drakos c. Grèce*, § 35). Si le droit

national autorise le déroulement d'un procès nonobstant l'absence de l'accusé, ce dernier doit pouvoir obtenir ultérieurement qu'une juridiction statue à nouveau, après l'avoir entendu, sur le bien-fondé de l'accusation en fait comme en droit, lorsqu'il n'est pas établi qu'il a renoncé à son droit de comparaître et de se défendre, ni qu'il a eu l'intention de se soustraire à la justice (CEDH, grande chambre, 1er mars 2006, *Sejdovic* c. Italie, § 82; 1er mars 2011, *Faniel* c. Belgique, § 26). Le législateur doit pouvoir décourager des abstentions injustifiées, à condition que les sanctions ne se révèlent pas disproportionnées et que le prévenu ne soit pas privé du droit à l'assistance d'un défenseur (CEDH, *Sejdovic* c. Italie, précité, § 92).

Il ressort des travaux préparatoires mentionnés ci-dessus que le législateur a entendu, dans la seule hypothèse visée par les dispositions en cause, éviter que le prévenu ne se soustraie volontairement à la suite des débats. Comme le prévenu a comparu en personne ou par un avocat à l'audience d'introduction, il est suffisamment informé de la procédure pénale engagée à son encontre. En outre, le jugement ordonnant sa comparution en personne lui est signifié à la requête du ministère public, avec citation à comparaître à la date fixée par le tribunal. En cas d'empêchement légitime, il lui est donc loisible, ainsi qu'à son conseil, d'en informer à temps le tribunal. Enfin, un jugement réputé contradictoire ne peut être rendu si, au lieu de comparaître en personne, le prévenu comparait uniquement par un avocat.

Le condamné par un jugement réputé contradictoire conserve la possibilité, en interjetant appel, d'être rejugé : il a donc la faculté d'être présent à l'audience en degré d'appel et d'obtenir une nouvelle décision sur le bien-fondé de l'accusation, en fait comme en droit. (Voir CEDH, décision, 9 septembre 2003, *Jones* c. Royaume-Uni; *Sejdovic* c. Italie, précité, § 85). Les dispositions en cause ne portent dès lors pas une atteinte disproportionnée aux droits du prévenu et la différence de traitement en cause n'est pas dépourvue de justification raisonnable.

La Cour décide en conséquence que, en ce qu'ils autorisent que soit rendu un jugement réputé contradictoire à l'égard du prévenu qui n'a pas comparu en personne ou par un avocat, les articles 152 et 185 du Code d'instruction criminelle ne violent pas les articles 10 et 11

de la Constitution, lus isolément ou en combinaison avec l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme.

**30. La prolongation par le juge de police du retrait immédiat du permis de conduire par le ministère public (arrêt n° 131/2011)**

La Cour a été interrogée sur la compatibilité, avec les articles 10 et 11 de la Constitution, de l'article 55*bis* des lois relatives à la police de la circulation routière, coordonnées par arrêté royal du 16 mars 1968 (ci-après : les lois coordonnées) en ce qu'il ne permet pas au juge d'appliquer les dispositions prévues à l'article 38, § 2*bis*,<sup>1</sup> de la même loi ou à l'article 8 de la loi du 29 juin 1964 concernant la suspension, le sursis et la probation.

L'article 55 des lois coordonnées vise les hypothèses de retrait immédiat du permis de conduire par le ministère public pour une durée maximum de quinze jours tandis que l'article 55*bis* de la même loi permet la prolongation d'une telle mesure par le juge de police pendant deux périodes supplémentaires de trois mois au maximum.

Sur la base de l'article 55 de la loi sur la circulation routière, le ministère public peut retirer immédiatement leur permis de conduire, notamment, aux conducteurs qui commettent une grave infraction de roulage, aux conducteurs qui conduisent sous l'influence de l'alcool ou d'autres substances qui influencent la capacité de conduite, aux conducteurs qui provoquent, à la suite d'une faute grave, un accident de roulage entraînant pour autrui des blessures graves ou la mort et aux conducteurs qui entravent la recherche et la constatation des infractions. Selon les travaux préparatoires de cet article 55, le retrait immédiat du permis de conduire tend à améliorer la sécurité routière : le législateur estimait que « le retrait immédiat du permis de conduire [...] permettra

<sup>1</sup> « Art. 38. § 2*bis*. Le juge peut ordonner, à l'égard de tout conducteur détenteur d'un permis de conduire ou d'un titre qui en tient lieu, que la déchéance effective sera mise en exécution uniquement :

- du vendredi 20 heures au dimanche 20 heures;  
- à partir de 20 heures la veille d'un jour férié jusqu'à 20 heures le jour férié même ».

d'écarter les conducteurs dangereux de la circulation, en attendant la décision judiciaire, et est de nature à inciter les conducteurs au respect des règlements ». Une telle mesure peut, à certaines conditions, être considérée comme une mesure de sûreté temporaire et non comme une sanction pénale. Elle n'implique pas une décision sur le bien-fondé d'une accusation en matière pénale au sens de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme (dans le même sens : CEDH, 28 octobre 1999, *Escoubet c. Belgique*).

Par son arrêt n° 154/2004<sup>1</sup>, la Cour a annulé l'article 25 de la loi du 7 février 2003 portant diverses dispositions en matière de sécurité routière - qui permettait au procureur du Roi de prolonger, à deux reprises pour un délai d'un mois, le retrait du permis de conduire - et ce au motif que cet article « ne prévoit l'intervention d'un juge, ni à l'égard de la décision initiale, qui, en ce qu'elle peut avoir une durée d'un mois maximum ne correspond plus à la nécessité de prendre immédiatement des mesures de durée limitée dans l'intérêt de la sécurité de la circulation, ni à l'égard de la décision qui peut être prise à deux reprises de prolonger le retrait pour la même durée ».

A la suite de cet arrêt, le législateur a adopté l'article 55*bis* en cause. Celui-ci trouve son origine dans un amendement dont la justification indique que la mesure qui consiste à prolonger un retrait du permis de conduire vise à écarter de la circulation des conducteurs qui, après l'écoulement du délai de retrait de permis initial, continuent à présenter pour eux-mêmes ou pour d'autres usagers de la route un danger tel qu'il est nécessaire d'agir sans devoir attendre une éventuelle décision juridictionnelle au fond.

Dans ces circonstances, pareille décision prise par le tribunal de police, qui n'implique aucune décision quant au bien-fondé d'une accusation en matière pénale, doit être considérée comme une mesure de sûreté qui peut justifier, compte tenu de l'objectif qu'elle entend poursuivre, que les conducteurs qui se la voient appliquer soient traités différemment de ceux qui se voient infliger une peine de déchéance du droit de conduire : en effet, une mesure de sûreté

<sup>1</sup> Voir le rapport 2004, pp. 69-72.

urgente et temporaire peut, pour atteindre son objectif, consister à retirer purement et simplement un permis, tandis que le juge qui prononce une condamnation pénale peut moduler la sanction qu'il inflige en tenant compte de facteurs individuels. Il n'appartient donc pas au juge de police, saisi d'une demande de prolongation du retrait du permis de conduire, de recourir aux modes d'individualisation de la peine.

Compte tenu de la nature de la mesure en cause, il est raisonnablement justifié que les conducteurs auxquels le tribunal de police impose une prolongation du retrait de permis de conduire ne puissent se voir appliquer les dispositions de l'article 38, § 2bis, des lois coordonnées ou de l'article 8 de la loi du 29 juin 1964 concernant la suspension, le sursis et la probation, ces dispositions ne pouvant en principe être appliquées que dans le cadre du prononcé d'une sanction pénale. La prolongation du retrait de permis pourrait en effet manquer son objectif si de telles dispositions étaient applicables. Il n'est, en outre, pas porté atteinte de manière disproportionnée aux droits des conducteurs concernés dès lors que l'ordonnance spécialement motivée de prolongation du retrait du permis de conduire est prise par un juge indépendant et impartial qui apprécie, compte tenu des circonstances de la cause, s'il y a lieu, ou non, de la prononcer.

La Cour décide en conséquence que l'article 55bis des lois relatives à la police de la circulation routière, coordonnées par arrêté royal du 16 mars 1968, ne viole pas les articles 10 et 11 de la Constitution.

### **31. Les méthodes de recueil des données par les services de renseignement et de sécurité (arrêt n° 145/2011)**

La loi du 4 février 2010 régit, comme son intitulé l'indique, les méthodes de recueil des données par les services de renseignement et de sécurité.

La Cour a été saisie de deux recours en annulation de cette loi. La majorité des dispositions attaquées - les articles 2, 3, 10 et 14 à 18 - modifient la loi du 30 novembre 1998 organique des services de

renseignement et de sécurité; les autres dispositions attaquées - les articles 35 à 38 de la loi du 4 février 2010 - modifient le Code d'instruction criminelle et le Code pénal.

En vertu de l'article 2, § 1er, alinéa 1er, de la loi du 30 novembre 1998, le Royaume compte deux services de renseignement et de sécurité : un service *civil* de renseignement et de sécurité, appelé « Sûreté de l'Etat », et un service *militaire* de renseignement et de sécurité, appelé « Service général du renseignement et de la sécurité des Forces armées ».

La loi du 4 février 2010 prévoit une extension des méthodes que les services de renseignement et de sécurité précités peuvent utiliser dans l'exercice de leurs missions. Il ressort des travaux préparatoires que, « étant donné que les risques en matière de sécurité ont globalement augmenté », le législateur a estimé que ces services devaient « disposer de moyens légaux supplémentaires pour pouvoir mener une politique de sécurité efficace »; à cet égard, le législateur souhaitait parvenir à un équilibre « entre la protection des droits fondamentaux et la mise en œuvre d'une politique de sécurité efficace dont l'objectif – en fin de compte – est de protéger les droits fondamentaux du citoyen ».

La loi attaquée du 4 février 2010 a établi *une distinction entre trois catégories de méthodes de collecte de données* : les méthodes *ordinaires*, les méthodes *spécifiques* et les méthodes *exceptionnelles*; ces catégories se différencient par leur caractère plus ou moins intrusif à l'égard de la personne à laquelle la méthode est appliquée.

Les méthodes *ordinaires* comprennent les moyens dont disposaient déjà les services de renseignement et de sécurité pour recueillir des données : il s'agit de la demande d'information à des instances publiques, de la collecte d'information auprès d'organisations et de personnes privées, de l'observation et de l'inspection en tant que méthode ordinaire, de la pénétration dans des lieux accessibles au public et du recours à des sources humaines; ces méthodes sont décrites aux articles 14 à 18 de la loi du 30 juin 1998, que détaille l'arrêt.

Les méthodes *spécifiques* de collecte de données sont prévues par l'article 14 de la loi du 4 février 2010 : il s'agit de l'observation et de l'inspection en tant que méthode spécifique, de la demande de données d'identification du trafic postal et de la demande de données d'identification ou de trafic de communications électroniques (article 18/2, § 1er, de la loi du 30 novembre 1998); ces méthodes et la façon dont elles peuvent être utilisées sont précisées aux articles 18/3 à 18/8 de la loi du 30 novembre 1998, que détaille l'arrêt. Les méthodes spécifiques ne peuvent être mises en œuvre que si les méthodes ordinaires s'avèrent insuffisantes pour permettre de récolter les informations nécessaires à l'aboutissement d'une mission de renseignement; elles doivent être choisies en fonction du degré de gravité de la menace potentielle pour laquelle elles sont mises en œuvre (article 18/3, § 1er, alinéa 1er).

Enfin, l'article 14 de la loi du 4 février 2010 prévoit des méthodes *exceptionnelles* de collecte de données : ces méthodes sont l'observation et l'inspection en tant que méthode exceptionnelle, la création d'une personne morale et la collecte de renseignements sous couvert, l'ouverture et la prise de connaissance du courrier, la demande de données bancaires, l'intrusion dans un système informatique et l'écoute, la prise de connaissance et l'enregistrement de communications (article 18/2, § 2, de la loi du 30 novembre 1998); ces méthodes et leur mise en œuvre sont précisées aux articles 18/9 à 18/17 de la loi du 30 novembre 1998, que détaille l'arrêt. Les méthodes exceptionnelles ne peuvent être mises en œuvre que si les autres méthodes ont été jugées insuffisantes pour permettre de recueillir les informations nécessaires à l'aboutissement d'une mission de renseignement; elles doivent être choisies en fonction du degré de gravité que représente la menace potentielle et des risques que comportent l'exécution de la mission de renseignement pour la sécurité des agents du service et des tiers (article 18/9, §§ 2 et 3).

Tous les articles précités contiennent des *restrictions*. Plus particulièrement, pour les méthodes *exceptionnelles* de renseignement, la durée maximum est de deux mois et une autorisation spéciale est requise. Ces méthodes ne peuvent être utilisées que moyennant une autorisation écrite préalable du dirigeant du service de renseignement et de sécurité. Le dirigeant

du service ne peut autoriser la méthode qu'après avis conforme de la commission administrative créée par l'article 43/1 de la loi du 30 novembre 1998, qui est chargée de contrôler l'utilisation, par les services de renseignement et de sécurité, des méthodes spécifiques et exceptionnelles de collecte de données visées à l'article 18/2; à cette fin, le dirigeant du service soumet un projet d'autorisation à la commission précitée, qui examine sur cette base si les dispositions légales pour l'utilisation de la méthode en question ont été respectées (article 18/10, § 1er); la commission administrative doit ensuite rendre un avis dans un délai de quatre jours civils (article 18/10, §§ 3 et 4) et un avis négatif a pour effet que la méthode ne peut être mise en œuvre (article 18/10, § 3). De même, les méthodes *spécifiques* de collecte de données ne peuvent être mises en œuvre que sur décision écrite et motivée du dirigeant du service; cette décision n'est toutefois pas subordonnée à un avis conforme de la commission administrative, elle doit seulement être notifiée à cette commission (article 18/3, § 1er, alinéa 2).

La Cour rappelle, avant d'examiner les recours, que, selon les travaux préparatoires, « les finalités des services de renseignement et de sécurité diffèrent fondamentalement de celles des services de police, dans leur composante judiciaire ». La diversité des missions légales se traduit dans la nature clairement différente des données recueillies dans les deux types d'enquêtes : la recherche d'information dans le cadre d'une information ou d'une instruction vise à recueillir des éléments de preuve concernant une infraction, qui soient effectivement utilisables dans une procédure pénale devant le juge du fond. Par contre, les données que recueillent les services de renseignement et de sécurité ne visent pas à convaincre un juge du fond de la « culpabilité » pénale d'un prévenu, mais à permettre à l'autorité publique de prendre les mesures qui s'imposent en vue de préserver les intérêts fondamentaux du pays.

1. Le contrôle de l'application des méthodes spécifiques et exceptionnelles de collecte de données par les services de renseignement et de sécurité (articles 19/1 et 43/2 à 43/8 de la loi du 30 novembre 1998, insérés respectivement par les articles 15 et 18 de la loi attaquée)

Les méthodes *spécifiques* de collecte des données ne peuvent être mises en œuvre qu'après décision écrite et motivée du dirigeant du service et après notification de cette décision à la commission administrative. L'avis conforme de ladite commission n'est toutefois pas requis, afin, selon les travaux préparatoires, de laisser une certaine souplesse dans le fonctionnement des services de renseignement et de sécurité. L'officier de renseignement désigné pour mettre en œuvre la méthode est tenu d'informer régulièrement le dirigeant du service de son exécution (article 18/3, § 1er, de la loi du 30 novembre 1998). Chaque mois, une liste des mesures exécutées, par méthode spécifique, est transmise à la commission administrative, qui peut à tout moment en contrôler la légalité (article 18/3, § 2, de la loi du 30 novembre 1998); cette liste comprend les données suivantes : 1° la nature de la méthode spécifique; 2° le degré de gravité de la menace qui justifie la méthode spécifique; 3° selon le cas, la ou les personnes physiques ou morales, les associations ou les groupements, les objets, les lieux, les événements ou les informations soumis à ladite méthode; 4° le moyen technique employé pour mettre celle-ci en œuvre; 5° la période durant laquelle elle peut être mise en œuvre à compter de la décision (article 18/3, § 3, de la loi du 30 novembre 1998). La mise en œuvre d'une méthode *exceptionnelle* de collecte de données est elle aussi soumise à l'autorisation préalable du dirigeant du service (article 18/9, § 2, de la loi du 30 novembre 1998). Celui-ci soumet à l'avis conforme de la commission administrative un projet d'autorisation écrit et daté qui comporte, « sous peine d'illégalité », certaines mentions. Cette commission rend un avis conforme dans les quatre jours de la réception de la proposition d'autorisation. Si cet avis est négatif, la méthode en question ne peut être mise en œuvre, tandis qu'en l'absence d'avis dans le délai prescrit, le service concerné peut saisir le ministre compétent qui autorise ou non la mise en œuvre de la mesure et communique sa décision aux présidents de la commission administrative et du Comité permanent R.

Outre les avis requis préalablement à la mise en œuvre de méthodes spécifiques ou exceptionnelles de collecte de données et le contrôle de légalité auquel la commission administrative peut procéder en tout temps à l'égard des méthodes spécifiques en particulier, la loi organise également *un contrôle postérieur à la mise en œuvre des méthodes, exercé par le Comité permanent R*. Comme le prévoit l'article 28 de la loi du 18 juillet 1991 organique du contrôle des services de police et de renseignement et de l'Organe de coordination pour l'analyse de la menace, le Comité permanent R se compose de trois membres effectifs, dont un président; deux suppléants sont nommés pour chacun d'eux; tous sont nommés par le Sénat. Parmi les conditions de nomination de ces membres figure celle d'être titulaire d'un diplôme de licencié en droit et de faire preuve d'une expérience pertinente d'au moins sept ans dans le domaine du droit pénal ou de la criminologie, du droit public, ou de techniques de gestion, acquise dans des fonctions proches du fonctionnement, des activités et de l'organisation des services de police ou des services de renseignement et de sécurité, de même qu'avoir exercé des fonctions à un niveau de responsabilité élevé. Ils doivent également être détenteurs d'une habilitation de sécurité du niveau « très secret » en vertu de la loi du 11 décembre 1998 relative à la classification et aux habilitations, attestations et avis de sécurité. Enfin, l'article 28 précité précise encore que le président doit être un magistrat. Le Comité permanent R a pour *mission* de contrôler la légalité des méthodes spécifiques ou exceptionnelles mises en œuvre et de vérifier que les principes de proportionnalité et de subsidiarité ont bien été respectés. Il peut agir d'initiative, à la demande de la Commission de la vie privée, à la suite du dépôt d'une plainte par toute personne qui justifie d'un intérêt personnel et légitime, chaque fois que la commission administrative a suspendu l'utilisation d'une méthode spécifique ou exceptionnelle ou encore chaque fois que le ministre compétent a pris une décision sur la base de l'article 18/10, § 3, de la loi du 30 novembre 1998 (article 43/4 de ladite loi, inséré par l'article 18 de la loi du 4 février 2010). L'article 43/5 de la loi du 30 novembre 1998 précise que le Comité, pour l'exercice de sa mission, dispose du dossier complet établi par le service de renseignement et de sécurité concerné, ainsi que de celui de la commission administrative et qu'il peut encore requérir de ceux-ci la communication de toute information complémentaire qu'il juge utile au contrôle qu'il effectue. La

*procédure* devant le Comité est décrite dans la suite de la disposition précitée, tandis que l'article 43/6 de la même loi précise que si le Comité constate que les décisions relatives à des méthodes spécifiques ou exceptionnelles de collecte de données sont illégales, il en ordonne la cessation si elles sont toujours en cours et interdit d'exploiter les données récoltées grâce à ces méthodes ainsi que leur destruction. L'article 43/8 de la loi du 30 novembre 1998 indique enfin que les décisions du Comité ne sont susceptibles d'aucun recours.

- a) *L'absence de débat contradictoire quant à l'utilisation, au cours d'une procédure pénale, des informations recueillies lors de la mise en œuvre de méthodes spécifiques ou exceptionnelles de collecte de données (article 19/1 de la loi du 30 novembre 1998, inséré par l'article 15 de la loi attaquée)*

Les informations recueillies par les services de renseignement et de sécurité de même que tout document établi dans le cadre de la mise en œuvre de méthodes spécifiques ou exceptionnelles de collecte de données ne sont pas transmis, en tant que tels, aux autorités judiciaires lorsque la mise en œuvre de méthodes spécifiques ou exceptionnelles révèle des indices sérieux relatifs à la commission d'un crime ou d'un délit, ou indique sur la base d'une suspicion raisonnable que des faits punissables vont être ou ont été commis. Le législateur a en effet opté pour un système de filtre, par l'intervention de la commission administrative. Comme le précise l'article 19/1 attaqué, la commission administrative dispose de toutes les données recueillies par les services de renseignement et de sécurité, quel qu'en soit le support, pour examiner l'existence, ou non, d'indices sérieux relatifs à la commission d'un crime ou d'un délit ou d'une suspicion raisonnable que des faits punissables vont être ou ont été commis. Si tel est le cas, seul le procès-verbal non classifié, rédigé par le président de la commission administrative, est transmis aux autorités judiciaires. La disposition attaquée précise qu'en tout état de cause, ledit procès-verbal ne peut constituer le motif exclusif ni la mesure prédominante conduisant à la condamnation d'une personne. Les éléments du procès-verbal doivent en effet être étayés de manière prédominante par d'autres éléments de preuve.

Certaines parties requérantes reprochaient à l'article 15 de la loi du 4 février 2010 de violer les articles 10 et 11 de la Constitution, combinés avec l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme : cet article 15 créerait une discrimination à l'égard des personnes à charge desquelles est menée une enquête pénale recourant à un procès-verbal non classifié, établi par la commission administrative par application de l'article 19/1 de la loi du 30 novembre 1998, en ce que leur droit à la contradiction serait limité par rapport à celui des personnes à l'égard desquelles est menée une enquête pénale dont le dossier pénal ne contient pas de procès-verbal non classifié.

Comme il a été précédemment indiqué, une enquête de renseignement n'est pas destinée à rechercher des infractions. Dans le cadre de leurs missions, les services de renseignement et de sécurité peuvent rechercher, collecter, recevoir et traiter des informations et des données à caractère personnel susceptibles d'être utiles à l'exécution de leurs missions (article 13 de la loi du 30 novembre 1998). Ils doivent toutefois veiller à ne pas mener d'enquête portant délibérément atteinte aux compétences du procureur du Roi, du procureur fédéral ou du juge d'instruction et risquant d'entraver le bon déroulement d'une information ou d'une instruction judiciaire (article 13/2 de la même loi). Lorsque la mise en œuvre des méthodes spécifiques ou exceptionnelles révèle des indices sérieux relatifs à la commission d'un crime ou d'un délit ou indique, sur la base d'une suspicion raisonnable, que des faits punissables vont être commis ou ont été commis mais ne sont pas encore connus, les services de renseignement et de sécurité sont tenus, en vue de l'application de l'article 29 du Code d'instruction criminelle, d'en informer le procureur du Roi ou le procureur fédéral. Ainsi qu'il ressort de l'alinéa 2 de cette disposition, l'information obligatoire est subordonnée dans certains cas à une autorisation. L'article 19/1 de la loi du 30 novembre 1998 prévoit aussi une modalisation de l'information obligatoire : les données en question doivent être communiquées à la commission administrative, qui dresse à ce sujet, le cas échéant, un procès-verbal non classifié, qui est ensuite transmis au procureur du Roi ou au procureur fédéral.

Le procès-verbal précité peut donner lieu à une enquête pénale. Comme dans le cas de l'information transmise en vertu de

l'article 29 précité du Code d'instruction criminelle, l'information transmise en vertu de l'article 19/1 de la loi du 30 novembre 1998 peut indiquer aux autorités judiciaires l'existence d'une infraction pénale, mais l'information elle-même ne constitue pas la preuve d'une infraction pénale. Cette preuve doit être fournie par les autorités judiciaires de manière indépendante. Cette dernière disposition mentionne expressément que le procès-verbal ne peut constituer le motif exclusif ni la mesure prédominante conduisant à la condamnation d'une personne : les éléments contenus dans ce procès-verbal doivent être étayés de manière prédominante par d'autres éléments de preuve.

Lorsque le procès-verbal donne lieu à une enquête pénale, il est versé au dossier répressif.

Comme il ressort de l'article 19/1 de la loi du 30 novembre 1998, il s'agit d'un procès-verbal non classifié : un tel procès-verbal ne peut, de par sa nature même, contenir des informations protégées. La classification offre une protection particulière aux informations, documents ou données, au matériel, aux matériaux ou matières, sous quelque forme que ce soit, dont l'utilisation inappropriée peut porter atteinte à la défense de l'intégrité du territoire national et des plans de défense militaire, à l'accomplissement des missions des forces armées, à la sûreté intérieure de l'Etat (y compris dans le domaine de l'énergie nucléaire) et à la pérennité de l'ordre démocratique et constitutionnel, à la sûreté extérieure de l'Etat et aux relations internationales de la Belgique, au potentiel scientifique et économique du pays, à tout autre intérêt fondamental de l'Etat, à la sécurité des ressortissants belges à l'étranger, au fonctionnement des organes décisionnels de l'Etat et à la sécurité des personnes auxquelles, en vertu de l'article 104, § 2, du Code d'instruction criminelle, des mesures de protection spéciale sont octroyées (article 3 de la loi du 11 décembre 1998 relative à la classification et aux habilitations, attestations et avis de sécurité). Par conséquent, seules des données non protégées font partie du dossier répressif. Le procès-verbal doit également préciser le contexte dans lequel la mission de renseignement s'est déroulée, la finalité poursuivie par le service de renseignement et de sécurité concerné, ainsi que le

contexte dans lequel ont été recueillis des indices sérieux qui peuvent éventuellement être utilisés en justice (article 19/1, alinéa 3).

Les parties requérantes comparaient la situation qui vient d'être décrite avec la situation dans laquelle le dossier pénal ne contient pas de procès-verbal non classifié. Comme il est apparu plus haut, la différence entre les deux situations est liée à la manière dont les autorités judiciaires ont été informées de l'infraction pénale, objet de l'enquête. La différence de traitement entre certaines catégories de personnes qui découle de l'application de règles procédurales différentes dans des circonstances différentes n'est pas discriminatoire en soi; il ne pourrait être question de discrimination que si la différence de traitement qui découle de l'application de ces règles de procédure entraînait une limitation disproportionnée des droits des personnes concernées.

Le recours à des méthodes de collecte de données par les services de renseignement et de sécurité peut justifier que certaines informations soient tenues secrètes en raison de leur caractère sensible. Il n'est dès lors pas déraisonnable d'organiser une procédure qui diffère de celles pour lesquelles le secret n'est pas nécessaire et dans lesquelles les parties peuvent consulter toutes les pièces du dossier répressif.

Les parties requérantes se prévalaient principalement de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. Les garanties de l'article 6.1 de la Convention européenne des droits de l'homme comprennent notamment le respect du principe du contradictoire : ce principe implique, en matière pénale, pour la partie poursuivante comme pour la défense, la faculté de prendre connaissance des observations et éléments de preuve produits par l'autre partie et de les discuter; il en découle également l'obligation pour la partie poursuivante de communiquer en principe à la défense tous les éléments de preuve. Ainsi qu'il a été exposé plus haut, le procès-verbal non classifié ne constitue pas une preuve indépendante, mais peut déclencher la recherche d'une telle preuve : la non-communication des données protégées à la défense ne saurait dès lors en principe porter atteinte au principe du contradictoire. Le principe de l'égalité des armes entre la défense et

la partie poursuivante, qui relève également des garanties de l'article 6 précité, ne saurait non plus être violé, étant donné que la partie poursuivante n'a pas davantage accès aux données protégées que la défense.

Il ne peut toutefois être totalement exclu que certaines données protégées, qui ne figurent pas dans le procès-verbal et ne figurent dès lors pas non plus dans le dossier répressif, puissent être considérées dans des cas déterminés comme un élément ou un début de preuve, et doivent par conséquent être en principe communiquées aux parties à la cause. Sur ce point, il y a toutefois lieu de rappeler que le droit de prendre connaissance de tous les éléments de preuve n'est pas absolu : dans certains procès pénaux, il peut y avoir des intérêts divergents, tels que la sécurité nationale, la nécessité de protéger les témoins ou de garder le secret sur des méthodes d'enquête, qui doivent être mis en balance avec les droits du prévenu. Dans certains cas, il peut être nécessaire de ne pas divulguer certains éléments de preuve à cette partie, en vue de préserver les droits fondamentaux d'une autre personne ou de garantir un intérêt général important (voy. l'arrêt n° 202/2004<sup>1</sup> et l'arrêt n° 105/2007<sup>2</sup>).

Comme il peut être déduit des éléments exposés ci-dessus, la classification tend à protéger certaines données afin de sauvegarder les intérêts fondamentaux de l'Etat.

L'ingérence dans les droits de la défense ne peut toutefois être justifiée que si elle est strictement proportionnée aux objectifs fondamentaux poursuivis et si elle est compensée par une procédure qui permet à un juge indépendant et impartial de vérifier la légalité de la procédure. La loi du 30 novembre 1998 prévoit un contrôle détaillé de l'utilisation des méthodes spécifiques et exceptionnelles de collecte des données; ce contrôle est non seulement exercé par le dirigeant du service de renseignement et de sécurité concerné mais également par la commission administrative et par le Comité permanent R. La commission administrative, qui est chargée de rédiger le procès-verbal transmis aux autorités

<sup>1</sup> Voir le rapport 2004, pp. 78-94.

<sup>2</sup> Voir le rapport 2007, pp. 59-69.

judiciaires, est composée de trois membres effectifs et d'autant de membres suppléants, qui ont tous la qualité de magistrat; parmi les membres effectifs, l'un a la qualité de magistrat du ministère public tandis que les deux autres ont la qualité de juge, dont l'un celle de juge d'instruction; il en est de même pour les membres suppléants; la présidence de la commission administrative est assurée par le magistrat ayant la qualité de juge d'instruction (article 43/1, § 1er, de la loi du 30 novembre 1998, inséré par l'article 17 de la loi du 4 février 2010). Parmi les conditions de désignation des membres effectifs et suppléants figurent celles d'avoir une expérience utile dans l'une des matières visées à l'article 18/9, § 1er, de la loi et d'être détenteur d'une habilitation de sécurité de niveau « très secret », en vertu de la loi du 11 décembre 1998 relative à la classification et aux habilitations de sécurité, attestations et avis de sécurité (article 43/1, § 2, de la loi du 30 novembre 1998, inséré par l'article 17 de la loi du 4 février 2010). La commission administrative agit de manière totalement indépendante dans l'exercice de ses missions de contrôle (article 43/1, § 1er, alinéa 3, et § 4, alinéa 1er, de la loi du 30 novembre 1998). Le législateur a également prévu que le Comité permanent R, qui est lui-même présidé par un magistrat et qui doit être aussi considéré comme une instance indépendante et impartiale, exerce un contrôle *a posteriori* des méthodes utilisées. En ce qui concerne la légalité des méthodes spécifiques et exceptionnelles de collecte de données, le juge peut demander un avis au Comité permanent R, qui dispose, pour sa part, d'un accès complet au dossier. Si le Comité permanent R rend un avis négatif quant à la légalité de la méthode utilisée, le juge peut déclarer nulles les informations obtenues, y compris le procès-verbal non classifié et tous les actes d'instruction qui en résultent, en raison de l'obtention irrégulière de la preuve. Les pièces déclarées nulles sont dans ce cas retirées du dossier pénal. Les membres du Comité permanent R doivent eux aussi être détenteurs d'une habilitation de sécurité de niveau « très secret », compte tenu de la nature des données dont ils peuvent avoir connaissance. L'habilitation de sécurité est une attestation officielle, établie sur la base des informations recueillies par un service de renseignement et de sécurité, selon laquelle une personne physique présente des garanties suffisantes de discrétion, de loyauté et d'intégrité pour accéder à des données auxquelles un certain degré de confidentialité a été attribué, ou selon laquelle une personne morale présente des

garanties suffisantes, quant aux moyens matériels et techniques et aux méthodes utilisés pour protéger ces données et quant à la discrétion, à la loyauté et à l'intégrité de ses organes et préposés susceptibles d'avoir accès à ces données (article 13, 2°, de la loi du 11 décembre 1998 relative à la classification et aux habilitations, attestations et avis de sécurité). La classification des données comprend trois degrés : très secret, secret et confidentiel; le niveau de l'habilitation de sécurité est déterminé par le degré de classification de l'information auquel le détenteur de l'habilitation doit avoir accès pour exercer sa fonction ou sa mission. Comme il sera indiqué plus loin, le législateur a compensé de manière suffisante l'ingérence dans les droits de la défense en établissant une procédure dans laquelle des instances indépendantes et impartiales sont en mesure d'examiner la légalité de la procédure.

b) *La composition du Comité permanent R et la procédure applicable (articles 43/2 à 43/8 de la loi du 30 novembre 1998, insérés par l'article 18 de la loi attaquée, et articles 131bis, 189quater et 279bis du Code d'instruction criminelle, insérés par les articles 35 à 37 de la loi attaquée)*

Certaines parties requérantes critiquaient *la violation, par les articles 18 et 35 à 37 de la loi attaquée, des articles 10 et 11 de la Constitution, combinés avec le droit à un procès équitable garanti par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme* : elles reprochaient aux dispositions attaquées d'instaurer une procédure de consultation facultative et non obligatoire devant le Comité permanent R, et de ne pas prévoir à cet égard un droit d'initiative au profit du ministère public, un débat contradictoire et une sanction liée à cette compétence d'avis. Les mêmes parties requérantes alléguaient également *la violation, par les articles 15, 17, 18 et 35 de la loi attaquée, des articles 10 et 11 de la Constitution, combinés avec le droit à un procès équitable, garanti par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, et avec le droit à un recours effectif, garanti par l'article 13 de la même Convention* : lorsque le Comité permanent R constate, après une information conforme à l'article 19/1 de la loi du 30 novembre 1998, l'illégalité d'une décision relative aux méthodes spécifiques ou exceptionnelles de renseignement, il ne serait pas prévu de porter cette illégalité à la connaissance des autorités

judiciaires chargées de l'enquête pénale; les parties requérantes soulignaient que l'article 43/6 de la même loi prévoit les conséquences d'un constat d'illégalité pour les services de renseignement et de sécurité, mais ne prévoit aucune sanction à l'égard des autorités judiciaires éventuellement chargées des poursuites pénales basées sur une information conforme à l'article 19/1 de la loi du 30 novembre 1998.

Ainsi que la Cour l'a déjà indiqué, le Comité permanent R est chargé du contrôle *a posteriori* des méthodes spécifiques et exceptionnelles de collecte de données par les services de renseignement et de sécurité conformément à la procédure décrite aux articles 43/2 à 43/8 de la loi du 30 novembre 1998 : il peut agir d'initiative, à la demande de la Commission de la vie privée, suite au dépôt d'une plainte, chaque fois que la commission administrative a suspendu l'utilisation d'une méthode spécifique ou exceptionnelle pour cause d'illégalité ou encore chaque fois que le ministre compétent a pris une décision sur la base de l'article 18/10, § 3, de la loi. Le contrôle ainsi exercé par le Comité permanent R est distinct de la compétence d'avis dont le Comité dispose en application des nouvelles dispositions du Code d'instruction criminelle, insérées par les articles 35 à 37 de la loi du 4 février 2010 en cause : cette compétence ne s'exerce en effet que dans l'hypothèse où la mise en œuvre de méthodes spécifiques ou exceptionnelles révèle des indices sérieux de la commission d'une infraction qui justifient la transmission d'un procès-verbal non classifié au procureur du Roi ou au procureur fédéral.

Il ressort de l'exposé des deux moyens précités que ceux-ci sont en réalité dirigés contre la compétence d'avis du Comité permanent R, prévue par les articles 131*bis*, 189*quater* et 279*bis* précités. L'insertion de ceux-ci dans le Code d'instruction criminelle a été considérée comme nécessaire au motif, selon les travaux préparatoires, qu'« un procès-verbal non classifié est un des éléments sur lesquels se fondent les poursuites et le renvoi devant le tribunal ». Bien que la section de législation du Conseil d'Etat ait suggéré au législateur de clarifier, si telle était véritablement son intention, le fait que les procédures de contrôle *a posteriori* des méthodes spécifiques et exceptionnelles de recueil des données ne seraient pas applicables à la procédure d'avis prévue par les dispositions en cause, le

législateur n'a pas donné suite à cette suggestion. Par conséquent, il n'a pas indiqué dans le texte même de la loi, ni au cours des travaux préparatoires qui ont précédé l'adoption de celle-ci, une procédure distincte à suivre par le Comité permanent lorsqu'il est saisi par les juridictions d'instruction ou de jugement d'une demande d'avis relative à la légalité des méthodes en question.

Lorsque le Comité permanent intervient dans le cadre d'un contrôle *a posteriori* des méthodes spécifiques ou exceptionnelles de collecte de données, il dispose de l'ensemble des décisions, avis et autorisations qui concernent ces méthodes; il dispose également de tous les documents communiqués par la commission administrative conformément à l'article 18/10, § 7, de la loi du 30 novembre 1998, du registre spécial visé à l'article 18/17, § 6, de la même loi, des listes visées à l'article 18/3, § 2, et de tout document utile produit par la commission administrative ou dont le Comité demande la production. Le Comité dispose donc d'un dossier complet et il peut encore requérir du service de renseignement et de sécurité concerné et de la commission administrative toute information complémentaire qu'il juge utile au contrôle dont il est investi. Un accès au dossier est également prévu en faveur du plaignant et de son avocat, dans les conditions fixées par l'article 43/5, § 3, nouveau de la loi du 30 novembre 1998 : il y est précisé que le service de renseignement et de sécurité a la possibilité de donner au préalable son avis sur les données enregistrées dans le dossier pouvant être consulté; le Comité peut encore, en application du paragraphe 4 de la même disposition, entendre les membres de la commission administrative, le dirigeant du service concerné et les membres des services de renseignement et de sécurité qui ont mis en œuvre les méthodes en cause, et ceci en l'absence du plaignant et de son avocat. En outre, ces derniers sont entendus à leur demande. Enfin, l'article 43/6 de la loi du 30 novembre 1998 détermine les effets du contrôle opéré par le Comité permanent R : ainsi, lorsque celui-ci constate que les décisions relatives à des méthodes spécifiques ou exceptionnelles de collecte de données sont illégales, il ordonne la cessation de la méthode si elle est toujours en cours ou si elle a été suspendue par la commission administrative; le Comité ordonne également l'interdiction d'exploiter les données recueillies grâce à cette méthode et leur destruction; il peut également lever une interdiction d'exploiter les données recueillies grâce à une méthode

jugée illégale par la commission administrative s'il estime que la méthode mise en cause est conforme aux dispositions de la loi; les décisions doivent en tout état de cause être motivées et communiquées au dirigeant du service, au ministre compétent, à la commission administrative, au plaignant dans les limites prévues par la loi et, le cas échéant, à la Commission de la protection de la vie privée.

Il n'est pas sans justification raisonnable de prévoir un renvoi, par les juridictions d'instruction ou de jugement, au Comité permanent R, compte tenu de la composition de celui-ci et de l'habilitation de sécurité du niveau « très secret » dont ses membres sont détenteurs, pour vérifier la légalité des méthodes spécifiques ou exceptionnelles de collecte de données dans le cadre d'un dossier où figure un procès-verbal non classifié. Contrairement à ce qu'affirmaient les parties requérantes, le ministère public dispose, dans ce cadre, d'un pouvoir d'initiative : l'article 131*bis* du Code d'instruction criminelle, inséré par l'article 35 attaqué, dispose en effet que la chambre du conseil peut demander l'avis du Comité permanent R soit d'office, soit sur réquisition du ministère public, ou encore à la demande du prévenu, de la partie civile ou de leurs avocats. Les articles 189*quater* et 279*bis* du Code d'instruction criminelle, insérés par les articles 36 et 37, instaurent le même droit d'initiative lorsque la demande d'avis émane du tribunal ou du président de la cour d'assises.

La Cour déclare dès lors non fondé le premier des moyens exposés ci-dessus.

Le législateur n'ayant pas prévu de procédure particulière que doit suivre le Comité permanent R lorsqu'à la demande d'un juge, il doit donner un avis sur la légalité des méthodes de renseignement utilisées, il doit être présumé ne pas avoir voulu déroger à la procédure prévue au chapitre IV/2 de la loi du 30 novembre 1998 : ainsi, sur la base de l'article 43/5, § 3, de la loi du 30 novembre 1998, lorsque toute personne justifiant d'un intérêt personnel et légitime introduit une plainte devant le Comité permanent R, cette personne, accompagnée de son avocat, peut consulter le dossier au greffe du Comité permanent pendant cinq jours ouvrables, aux dates et heures communiquées par ce Comité; la même disposition précise

que le dossier contient tous les éléments et renseignements pertinents en la matière, à l'exception de ceux qui portent atteinte à la protection des sources, à la protection de la vie privée de tiers, aux règles de classification énoncées par la loi du 11 décembre 1998 relative à la classification et aux habilitations, attestations et avis de sécurité, ou à l'accomplissement des missions des services de renseignement et de sécurité définies aux articles 7, 8 et 11; en outre, cet article indique que le dossier doit au moins permettre de déterminer : « 1° le cadre juridique qui a fondé le recours à une méthode spécifique ou exceptionnelle de recueil des données; 2° la nature de la menace et son degré de gravité qui ont justifié le recours à la méthode spécifique ou exceptionnelle de recueil de données; 3° le type de données à caractère personnel recueillies lors de la mise en œuvre de la méthode spécifique ou exceptionnelle, pour autant que ces données n'aient trait qu'au plaignant ». Etant donné que toute personne intéressée, donc en ce compris le prévenu, peut introduire à tout moment une plainte qui sera traitée selon cette dernière procédure (article 43/4, alinéa 1er, troisième tiret, de la même loi), le choix du législateur de ne pas avoir prévu de procédure particulière n'est pas sans justification raisonnable.

Cette procédure n'enlève rien au constat que le législateur n'a pas porté atteinte de manière disproportionnée au droit à un procès équitable, garanti par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. Il y a tout d'abord lieu d'observer que la procédure précitée a une toute autre finalité que la procédure de notification, au moyen d'un procès-verbal non-classifié, aux autorités judiciaires : en effet, elle a lieu à la suite de l'enquête concernant la légalité des activités des services de renseignement et de sécurité en tant que tels, et non pas à la suite d'une enquête concernant d'éventuelles infractions pénales. En outre, il ne peut être déduit de l'article 43/5, § 3, que l'accès au dossier de renseignement s'étend à d'autres données que celles qui doivent être mentionnées dans le procès-verbal non classifié : un tel procès-verbal doit en effet préciser le contexte dans lequel la mission de renseignement s'est déroulée, la finalité poursuivie par le service de renseignement et de sécurité concerné et le contexte dans lequel ont été recueillis des indices sérieux qui peuvent éventuellement être utilisés en justice. La description des données à communiquer est certes formulée en des termes différents dans les deux

procédures précitées : toutefois, compte tenu de la condition qu'il ne peut s'agir dans aucun des deux cas de données classifiées, les personnes concernées ne se trouvent pas dans des situations essentiellement différentes. Le plaignant et son conseil peuvent consulter le dossier; à leur demande, ils sont entendus par le Comité permanent R (article 43/5, § 4, alinéa 4, de la loi du 30 novembre 1998).

La Cour décide dès lors que, en ce qu'il fait grief aux articles 35 à 37 de la loi attaquée de ne pas prévoir de procédure contradictoire devant le Comité permanent R saisi d'une demande d'avis, le premier moyen précité est non fondé.

Certaines parties requérantes reprochaient également aux *articles 35 à 37 attaqués de ne pas prévoir l'intervention obligatoire du Comité permanent R avant le renvoi de l'affaire devant les juridictions de jugement, alors que le contrôle du dossier confidentiel est obligatoire dans la législation relative aux méthodes particulières de recherche*. Les méthodes spécifiques et exceptionnelles de collecte de données font l'objet d'un contrôle à différents stades de leur mise en œuvre : ainsi, toute méthode spécifique ne peut être mise en œuvre qu'après notification de la décision motivée du dirigeant du service à la commission administrative; il en est de même en ce qui concerne la mise en œuvre des méthodes exceptionnelles, à la différence que celle-ci requiert l'avis conforme de la commission administrative, ou, à défaut, du ministre compétent; à tout moment, la commission administrative est également habilitée à contrôler la légalité des mesures, y compris le respect des principes de subsidiarité et de proportionnalité; un contrôle *a posteriori* peut également être opéré par le Comité permanent R dans les cas visés à l'article 43/4, de la loi du 30 novembre 1998, notamment sur plainte de toute personne justifiant d'un intérêt personnel et légitime. Compte tenu de ces éléments, il n'est pas sans justification raisonnable de ne pas prévoir un contrôle obligatoire, par le Comité permanent R, de la légalité des méthodes spécifiques et exceptionnelles de collecte de données, préalablement à la saisine éventuelle des juridictions de jugement. Il en est d'autant plus ainsi que les juridictions d'instruction et de jugement peuvent encore requérir pareil contrôle par le Comité permanent soit d'office, soit à la demande du ministère public, du

prévenu, de la partie civile ou de leurs avocats, leurs décisions à cet égard étant susceptibles de recours.

La Cour examine enfin quels sont les effets du contrôle exercé par le Comité permanent R en application des dispositions introduites par les articles 35 à 37 attaqués. Lorsque le Comité constate l'illégalité d'une méthode spécifique ou exceptionnelle de collecte de données à l'occasion du contrôle qu'il exerce en application des articles 43/2 à 43/8 de la loi, il en ordonne la cessation si elle est toujours en cours ou si elle a été suspendue par la commission administrative; le Comité interdit d'exploiter les données recueillies grâce à cette méthode et leur destruction. En revanche, lorsque le Comité est saisi dans le cadre des articles 35 à 37 attaqués, seul un avis peut être donné par le Comité aux juridictions d'instruction et de fond. La loi n'indique pas les suites qui doivent être données à pareil avis dans l'hypothèse où le Comité viendrait à constater que la méthode mise en œuvre est illégale. Dans cette hypothèse, il appartient toutefois à la juridiction qui a recueilli l'avis du Comité d'appliquer les règles relatives à la régularité de la preuve en matière pénale et d'apprécier la mesure dans laquelle le procès-verbal non classifié ou d'autres éléments du dossier répressif doivent ou non être écartés des débats.

Les mêmes parties requérantes, mentionnées plus haut, critiquaient également les articles 43/2 à 43/6 de la loi du 30 novembre 1998, consacrés au contrôle a posteriori des méthodes spécifiques et exceptionnelles de collecte de données par le Comité permanent R. D'une part, ces dispositions violeraient les articles 15 et 22 de la Constitution, combinés avec l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme : le contrôle des méthodes spécifiques et exceptionnelles par le Comité permanent R se bornerait à un contrôle des décisions relatives à ces méthodes, ce qui signifierait que le Comité contrôle les décisions du dirigeant du service de renseignement ou de sécurité et les interventions de la commission administrative, mais que l'exécution de celles-ci échappe à son contrôle; le Comité ne pourrait dès lors sanctionner les irrégularités relatives à l'exécution de ces décisions.

Les droits que garantissent l'article 22 de la Constitution et l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme ne sont pas absolus : bien que l'article 22 de la Constitution reconnaisse à chacun le droit au respect de sa vie privée et familiale, cette

disposition ajoute en effet immédiatement : « sauf dans les cas et conditions fixés par la loi ». Ces dispositions exigent que toute ingérence des autorités dans le droit au respect de la vie privée et familiale soit prescrite par une disposition législative, suffisamment précise, qu'elle corresponde à un besoin social impérieux et qu'elle soit proportionnée à l'objectif légitime poursuivi. Il y a lieu d'examiner si les procédures destinées au contrôle de l'adoption et de l'application des mesures restrictives sont aptes à limiter l'ingérence résultant de la législation incriminée à ce qui est nécessaire dans une société démocratique. Les procédures concernées doivent procurer des garanties suffisantes sauvegardant les droits en cause de l'individu.

Le contrôle *a posteriori* effectué par le Comité permanent R est plus large que le simple contrôle des décisions relatives aux méthodes spécifiques et exceptionnelles de renseignement : il ressort en effet expressément de l'article 43/6 que le Comité permanent R est compétent pour ordonner, dans le cadre du contrôle *a posteriori*, la cessation de la méthode concernée, ordonner que les renseignements obtenus ne puissent être exploités et ordonner la destruction des renseignements obtenus; en outre, l'article 43/2, alinéa 1er, de la loi du 30 novembre 1998 dispose que le Comité permanent R est chargé de contrôler les méthodes spécifiques et exceptionnelles de renseignement et, en l'espèce, il ne s'agit pas seulement de « décisions » mais également des problèmes relatifs à leur exécution; de surcroît, il ressort des diverses dispositions de la loi du 30 novembre 1998 qu'en vue d'exercer sa mission de contrôle, le Comité permanent R doit disposer de tous les documents pertinents, y compris les documents relatifs à l'exécution des méthodes spécifiques et exceptionnelles de renseignement (articles 18, § 3, 43/5, § 1er, 43/3, alinéa 2, 43/5, § 1er, alinéa 3 et 43/5, § 3, de la loi du 30 novembre 1998). Si le Comité permanent R ne pouvait contrôler que la légalité des décisions, il serait parfaitement superflu et inutile qu'il puisse consulter le dossier complet. Par conséquent, le terme « décisions », utilisé à l'article 43/6 de la loi du 30 novembre 1998, n'est pas limité, de sorte qu'il y a lieu de le comprendre dans sa signification la plus large. La Cour rejette dès lors le moyen précité dès lors qu'il part à tort de l'hypothèse que, dans le cadre de la compétence de contrôle *a posteriori* que lui confèrent les dispositions attaquées, le Comité

permanent R ne contrôle pas l'exécution des méthodes spécifiques et exceptionnelles de collecte des données.

Une partie requérante alléguait, notamment, *la violation, par les articles 43/2 à 43/8, de la loi du 30 novembre 1998, de l'article 22 de la Constitution et de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme* : elle contestait l'impartialité du Comité permanent R, le fait que ces dispositions attaquées ne précisent pas de quelle manière le plaignant doit engager la procédure devant le Comité permanent R, le caractère non contradictoire de la procédure, le défaut de consultation du dossier et l'absence d'une audition obligatoire et, enfin, le fait que le Comité permanent R peut déclarer qu'une plainte est manifestement non fondée sans motiver cette décision.

Le pouvoir juridictionnel du Comité permanent R est défini de manière précise et claire aux articles 43/2 à 43/8 de la loi du 30 novembre 1998. Les griefs relatifs au caractère contradictoire de la procédure, au défaut de consultation du dossier et à l'absence d'audition ont déjà été écartés lors de l'examen de moyens examinés plus haut : dès lors que le plaignant et son avocat sont entendus sur simple demande, on ne saurait considérer que l'absence d'une audition obligatoire influence défavorablement les droits en cause. La Cour poursuit en relevant que le Comité permanent R est une instance indépendante et impartiale et qu'en outre, le simple fait qu'une juridiction ne fasse pas partie du pouvoir judiciaire ne permet pas de conclure qu'elle ne satisferait pas aux exigences d'indépendance et d'impartialité; il est toutefois évident que s'il s'avérait, dans une affaire déterminée, qu'un des membres du Comité permanent R ne remplit pas les conditions requises d'impartialité, le membre concerné doit s'abstenir ou peut être récusé. L'article 43/4 de la loi du 30 novembre 1998 dispose expressément que le Comité permanent R agit, entre autres, à la suite du dépôt d'une plainte par toute personne qui peut justifier d'un intérêt personnel et légitime, sauf si la plainte est manifestement non fondée : l'introduction d'une plainte n'est pas subordonnée à des formalités particulières, la disposition précitée mentionnant seulement que la plainte doit être écrite et doit indiquer les griefs. Enfin, l'article 43/4, alinéa 3, de la loi du 30 novembre 1998 dispose que « la décision du Comité permanent R de ne pas donner suite à une plainte est motivée et notifiée au

plaignant »; en outre, il peut être déduit de l'article 43/6, §§ 1er et 2, de la loi du 30 novembre 1998 que les décisions du Comité permanent R autres que celles visées à l'article 43/4, alinéa 3, doivent également toujours être motivées et que, lorsque le Comité permanent R a été saisi par un plaignant, la décision doit être portée à la connaissance de ce dernier. Cette procédure offre dès lors suffisamment de garanties afin de préserver le droit au respect de la vie privée.

2. La procédure applicable aux méthodes spécifiques de collecte de données

Plusieurs griefs portaient sur les articles 18/3 à 18/8 de la loi du 30 novembre 1998, insérés par l'article 14 de la loi attaquée.

- a) *L'absence d'autorisation préalable d'un organe de contrôle pour la mise en œuvre des méthodes spécifiques de recueil de données et les conditions du contrôle de ces mesures par la commission administrative (article 18/3, § 1er et § 2, alinéas 2 et 4, de la loi du 30 novembre 1998, inséré par l'article 14 de la loi attaquée)*

La partie requérante dans la seconde affaire soumise à la Cour alléguait la violation, par l'article 18/3, § 1er, de la loi du 30 novembre 1998, de l'article 22 de la Constitution et de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme : cette disposition permettrait au dirigeant du service de renseignement et de sécurité de prendre la décision de mettre en œuvre une méthode spécifique sans autorisation préalable et, partant, sans surveillance préalable par un organe de contrôle. La même partie requérante alléguait également la violation, par l'article 18, § 2, alinéas 2 et 4, de la loi du 30 novembre 1998, de l'article 22 de la Constitution et de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme : elle reprochait à cette disposition de prévoir un contrôle facultatif, par la commission administrative, des méthodes spécifiques de recueil de données et d'indiquer que les données recueillies dans des conditions illégales sont conservées sous le contrôle de la commission administrative.

Les méthodes spécifiques ne peuvent être mises en œuvre qu'à la condition que les méthodes ordinaires s'avèrent insuffisantes pour la continuité d'une mission de renseignement et en fonction du degré de gravité de la menace potentielle pour laquelle la méthode est mise en œuvre; comme il ressort des travaux préparatoires, il n'est pas question, en effet, de mettre en œuvre une méthode spécifique pour une menace peu crédible.

Compte tenu du fait que les méthodes spécifiques sont moins attentatoires au droit au respect de la vie privée que les méthodes exceptionnelles de collecte de données et du fait que le législateur a entendu laisser une certaine souplesse dans le fonctionnement opérationnel des services de renseignement et de sécurité, il n'est pas sans justification raisonnable de ne pas requérir, pour la mise en œuvre de ces méthodes, un avis conforme de la commission administrative. Ladite commission est en mesure d'exercer un contrôle efficace des méthodes spécifiques auxquelles recourent les services de renseignement et de sécurité : en effet, comme le prévoit la disposition attaquée, la méthode spécifique ne peut être mise en œuvre qu'après décision écrite et motivée du dirigeant du service et après notification de cette décision à la commission administrative; en outre, la commission administrative reçoit à la fin de chaque mois, et de manière détaillée, la liste des mesures mises en œuvre, par méthode spécifique, et elle peut à tout moment en contrôler la légalité; elle peut suspendre la méthode spécifique lorsqu'elle estime que celle-ci ne respecte pas les dispositions légales en vigueur et elle doit, dans ce cas, communiquer sans délai sa décision au Comité permanent R. Ce dernier est lui-même habilité à contrôler la légalité des méthodes spécifiques, ainsi que le respect des principes de subsidiarité et de proportionnalité. L'article 43/6, de la loi du 30 novembre 1998 autorise le Comité à ordonner la cessation de la méthode lorsqu'il constate son illégalité ou, au contraire, à lever l'interdiction et la suspension de la méthode décidées par la commission et ce, par une décision motivée, notifiée au dirigeant du service, au ministre de tutelle et à la commission administrative. Il est également justifié que la commission administrative doive conserver sous son contrôle les données recueillies dans le cadre de méthodes spécifiques qu'elle juge illégales, étant donné que le Comité permanent R est habilité à revenir, moyennant décision motivée, sur la décision de suspension

ou d'interdiction de la méthode prise par la commission administrative. La disposition attaquée répond dès lors aux exigences qui découlent de l'article 22 de la Constitution, combiné avec l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme.

*b) Les conditions de prolongation et de renouvellement éventuels des méthodes spécifiques de collecte de données (article 18/3, § 4, de la loi du 30 novembre 1998, inséré par l'article 14 de la loi attaquée)*

La même partie requérante alléguait la violation, par l'article 18/3, § 4, de la loi du 30 novembre 1998, de l'article 22 de la Constitution, combiné avec l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme : cet article 18/3, § 4, prévoirait que les méthodes spécifiques de collecte de données peuvent être prolongées ou renouvelées sans limite dans le temps, ce qui constituerait une atteinte grave au droit au respect de la vie privée.

Dans le cadre des méthodes spécifiques de renseignement, il convient de distinguer les méthodes spécifiques de renseignement intrinsèquement instantanées et les méthodes spécifiques de renseignement d'une durée potentiellement plus longue.

En ce qui concerne l'inspection (article 18/2, § 1er, 2°, de la loi du 30 novembre 1998), la prise de connaissance des données d'identification de l'expéditeur ou du destinataire d'un courrier ou du titulaire d'une boîte postale (article 18/2, § 1er, 3°, de la loi du 30 novembre 1998) et les mesures d'identification de l'abonné ou de l'utilisateur habituel d'un service de communications électroniques ou du moyen de communication électronique utilisé (article 18/2, § 1er, 4°, de la loi du 30 novembre 1998), il n'est pas nécessaire que le législateur prévoie une « durée » maximale parce que ces méthodes de renseignement sont, de par leur nature, de courte durée et revêtent un caractère intrinsèquement instantané; en outre, l'appréciation de la demande d'autorisation par le dirigeant du service doit toujours être actuelle par rapport à la mise en œuvre de la méthode spécifique de renseignement, au risque de priver l'autorisation préalable de son effet de légitimation; enfin, on peut souligner l'obligation légale, prévue à l'article 18/3, § 3, de la loi du 30 novembre 1998, en vertu de laquelle, par méthode spécifique,

une liste des mesures qui ont été exécutées est transmise à la commission administrative à la fin de chaque mois : ces listes doivent comprendre certaines données (article 18/3, § 3, de la loi du 30 novembre 1998), parmi lesquelles « la période durant laquelle la méthode spécifique de recueil de données peut être mise en œuvre à compter de la décision »; par conséquent, le contrôle effectué par la commission administrative est étendu à cette période. En ce qui concerne l'observation (article 18/2, § 1er, 1°, de la loi du 30 novembre 1998) et les mesures de repérage des données d'appel de moyens de communications électroniques et de localisation de l'origine ou de la destination de communications électroniques (article 18/2, § 1er, 5°, de la loi du 30 novembre 1998), le dirigeant du service doit fixer une durée maximale. La durée maximale fixée par le dirigeant du service constitue une garantie importante contre tout abus éventuel : le dirigeant du service doit, à l'expiration de cette période, en cas de prolongation ou de renouvellement, prendre une nouvelle décision, étant entendu que, conformément à l'article 18/3, § 4, de la loi du 30 novembre 1998, toutes les conditions applicables doivent à nouveau être remplies; par ailleurs, l'appréciation de la demande d'autorisation par le dirigeant du service doit toujours être actuelle par rapport à la mise en œuvre de la méthode spécifique de renseignement, au risque de priver l'autorisation préalable de son effet de légitimation. Ainsi que la Cour l'a souligné à plusieurs reprises, la mise en œuvre des méthodes spécifiques de recueil de données fait l'objet d'un contrôle à plusieurs stades de la procédure. Compte tenu des conditions qui prévalent à la mise en œuvre des méthodes spécifiques et des divers contrôles organisés par la loi, la mesure en cause ne porte pas atteinte de manière disproportionnée au droit au respect de la vie privée des personnes concernées.

c) *Les termes « présentant un intérêt » employés dans les articles 18/4, alinéa 1er, 18/5, § 1er, alinéa 1er, 18/6, § 1er, 18/7, § 1er, alinéa 1er, et 18/8, § 1er, alinéa 1er, de la loi du 30 novembre 1998, insérés par l'article 14 de la loi attaquée*

Une partie requérante alléguait la violation de l'article 22 de la Constitution, combiné avec l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, par les termes « présentant un intérêt » contenus

dans les articles 18/4, alinéa 1er, 18/5, § 1er, alinéa 1er, 18/6, § 1er, alinéa 1er, 18/7, § 1er, alinéa 1er, et 18/8, § 1er, alinéa 1er, de la loi du 30 novembre 1998 : toute ingérence dans le droit au respect de la vie privée devrait être nécessaire et ne pas simplement présenter un intérêt, comme en dispose la loi attaquée.

Le fait que les articles attaqués emploient le terme « intérêt » ne saurait avoir pour effet d'affaiblir le principe de subsidiarité : en effet, l'article 2, § 1er, alinéa 4, de la loi du 30 novembre 1998 suppose en des termes généraux le respect de ce principe, en prévoyant que « toute mise en œuvre d'une méthode spécifique ou exceptionnelle de recueil des données implique le respect des principes de subsidiarité et de proportionnalité ». En adoptant cette disposition, le législateur entendait ancrer dans la loi précitée le principe de subsidiarité ou de nécessité, consacré par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. L'exigence du respect du principe de subsidiarité dans la mise en œuvre des méthodes spécifiques de collecte de données est encore rappelé de manière générale par le législateur à l'article 18/3, § 1er, par l'utilisation des termes « pour permettre de récolter les informations nécessaires à l'aboutissement d'une mission de renseignement ». En ce qui concerne plus particulièrement l'objet de la méthode, il est prévu distinctement pour chaque méthode spécifique de renseignement que celle-ci ne peut être mise en œuvre que à l'égard des personnes, des choses, des lieux ou des événements et en vue de recueillir des données « présentant un intérêt » pour l'exercice de cette mission de renseignement bien déterminée : nonobstant le fait que les dispositions législatives énonçant la condition de l'intérêt sont formulées en des termes généraux, le respect de cette condition doit s'apprécier *in concreto*, en fonction de la mission spécifique de renseignement dans le cadre de laquelle est mise en œuvre une méthode spécifique de renseignement bien déterminée. Dès lors, la condition de l'intérêt à démontrer n'affecte pas le principe de subsidiarité.

d) *La possibilité pour le service concerné d'emporter des objets fermés qui se trouvent dans des lieux publics ou des lieux privés accessibles au public (article 18/5, § 2, de la loi du 30 novembre 1998, inséré par l'article 14 de la loi attaquée)*

La même partie requérante alléguait la violation *du droit de propriété, garanti par l'article 16 de la Constitution et par l'article 1er du Premier Protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme*, en ce que l'article 18/5, § 2, de la loi du 30 novembre 1998 prévoirait une forme de saisie.

Cette disposition n'implique pas une expropriation, de sorte que l'article 16 de la Constitution, considéré isolément, ne saurait être violé. L'article 1er du Protocole précité offre non seulement une protection contre une expropriation ou une privation de propriété (premier alinéa, deuxième phrase) mais également contre toute ingérence dans le droit au respect des biens (premier alinéa, première phrase) et contre toute réglementation des biens. Etant donné que les deux dispositions ainsi invoquées protègent le droit de propriété, les garanties qu'elles contiennent forment un tout indissociable, si bien que, lors de l'examen au regard de l'article 16 de la Constitution, la Cour doit tenir compte de la protection plus étendue offerte par l'article 1er du Protocole. Toute ingérence dans le droit de propriété doit réaliser un juste équilibre entre les impératifs de l'intérêt général et ceux de la protection du droit au respect des biens; il faut qu'existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but poursuivi.

L'article 18/5, § 2, de la loi du 30 novembre 1998 ne permet d'emporter un objet que si celui-ci ne peut être examiné sur place ou si la collecte des données ne peut être réalisée d'une autre manière. En outre, l'objet ne peut être emporté que pour une durée strictement limitée, et il doit être remis en place dans les délais les plus brefs. Enfin, le recours à cette méthode spécifique est, comme toute autre méthode de ce type, soumis à plusieurs contrôles de légalité : celui de la commission administrative et celui du Comité permanent R, qui tous deux sont habilités à faire cesser la mesure dans l'hypothèse du non-respect des dispositions légales en vigueur ou des principes de subsidiarité et de proportionnalité qui sous-tendent la mise en œuvre des méthodes spécifiques de collecte

de données. A supposer que la disposition en cause constitue une ingérence dans le droit de propriété des personnes dont les objets sont emportés, cette ingérence s'accompagne dès lors de nombreuses conditions qui sont de nature à garantir un juste équilibre entre l'intérêt général que la loi entend sauvegarder et la protection du droit au respect des biens, garanti par la disposition conventionnelle citée dans le moyen, combinée avec la disposition constitutionnelle également citée.

La même partie requérante faisait également valoir que la disposition attaquée *est contraire à l'article 22 de la Constitution et à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme* en ce qu'elle peut porter sur des objets protégés par le secret professionnel. A supposer que la disposition attaquée constitue une ingérence dans la vie privée des personnes dont les objets sont emportés, il ressort de ce qui précède que les objets concernés ne peuvent pas être emportés sans autre forme de garantie, de sorte que l'article 22 de la Constitution, combiné avec l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, n'est pas violé.

*e) Les conditions auxquelles des données peuvent être recueillies au moyen de méthodes spécifiques en cas d'extrême urgence (articles 18/6, § 2, 18/7, § 2, et 18/8, § 2, de la loi du 30 novembre 1998, insérés par l'article 14 attaqué)*

Une partie requérante alléguait *la violation, par les articles 18/6, § 2, 18/7, § 2, et 18/8, § 2, de la loi du 30 novembre 1998, de l'article 22 de la Constitution, combiné avec l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme* : ces dispositions permettraient qu'une mesure puisse être exécutée avant même d'être autorisée, ce qui aurait pour effet de couvrir ses éventuelles irrégularités.

Il ressort des travaux préparatoires que par « extrême urgence motivée », il faut entendre les circonstances de fait qui font que le temps requis par la procédure normale - c'est-à-dire l'autorisation préalable, écrite et motivée du dirigeant du service et la communication préalable à la commission administrative - compromettrait l'enquête en cours.

Compte tenu de ce qu'elle constitue une ingérence des autorités dans le droit au respect de la vie privée et familiale et de ce qu'elle doit, partant, correspondre à un besoin social impérieux et être proportionnée à l'objectif légitime poursuivi, il faut considérer que la disposition attaquée ne doit s'appliquer qu'à des situations exceptionnelles où l'extrême urgence - d'ailleurs définie strictement par le législateur - justifie qu'il ne soit pas fait application de la procédure ordinaire. Si l'officier de renseignement peut requérir sur le champ les données visées par les dispositions attaquées, par une décision verbale qui doit être motivée, il est tenu, au préalable, de requérir l'accord verbal du dirigeant du service; cet accord doit être confirmé dans les plus brefs délais par une décision écrite et motivée dudit dirigeant. Le législateur n'a pas porté atteinte de manière disproportionnée au droit au respect de la vie privée des personnes concernées en permettant qu'une méthode puisse être mise en œuvre par un officier de renseignement lorsque l'efficacité de la recherche en cours en dépend ou lorsque la situation présente un degré de gravité tel qu'il faille réagir très rapidement; il en est d'autant plus ainsi que, comme il a été observé, cette décision de l'officier doit être confirmée dans les plus brefs délais par le dirigeant du service; le droit au respect de la vie privée est également garanti en l'espèce par la circonstance que toutes les procédures de contrôle organisées par la loi, auprès de la commission administrative ou du Comité permanent R, continuent à s'appliquer, ces derniers pouvant suspendre la méthode ou y mettre fin si elle est illégale. Soutenir que les éventuelles irrégularités qui entacheraient la mise en œuvre d'une méthode spécifique pourraient être couvertes dans la mesure où l'exécution de la méthode précède son autorisation, revient à supposer que tant l'officier que le dirigeant du service pourraient ordonner une méthode spécifique entachée d'illégalité : pareille hypothèse, qui concerne l'application des dispositions en cause, ne relève pas de la compétence de la Cour.

### 3. La procédure applicable aux méthodes exceptionnelles de collecte de données

- a) *Les conditions d'autorisation relatives à leur mise en œuvre et les conditions de prolongation et de renouvellement éventuels de ces méthodes (article 18/10, §§ 3 et 5, de la loi du 30 novembre 1998, inséré par l'article 14 de la loi attaquée)*

Il était allégué que l'article 18/10, § 5, de la loi du 30 novembre 1998 violerait l'article 22 de la Constitution, combiné avec l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme : cette disposition permettrait la prolongation d'une méthode exceptionnelle de collecte de données, pour une durée maximale de deux mois, un nombre illimité de fois.

En ce qui concerne l'exécution des méthodes exceptionnelles de renseignement, la loi du 30 novembre 1998 prévoit un quadruple contrôle. Tout d'abord, l'officier de renseignement désigné pour mettre en œuvre la méthode exceptionnelle de collecte de données informe régulièrement le dirigeant du service de l'exécution de cette méthode (article 18/10, § 1er, alinéa 3, de la loi du 30 novembre 1998). Dans certaines circonstances, le dirigeant du service est même tenu de mettre fin à l'exécution de la méthode exceptionnelle (article 18/10, § 1er, alinéa 4, de la loi précitée). Par ailleurs, un contrôle est exercé par la commission administrative, lors de la mise en œuvre des méthodes exceptionnelles (article 43/1 de la même loi) et par le Comité permanent R au cours et à l'issue de la mise en œuvre de ces méthodes (articles 43/2 et suivants de la même loi). Les conditions précitées doivent être remplies pendant toute la durée de mise en œuvre de la méthode exceptionnelle de renseignement. Dès que l'une de ces conditions n'est plus remplie, il doit être mis fin à la méthode exceptionnelle de renseignement. Le contrôle *a priori* et en temps réel exercé par la commission administrative et le contrôle en temps réel et *a posteriori* exercé par le Comité permanent R permettent d'intervenir dès que les conditions ne sont pas ou plus remplies. Comme le confirment les travaux préparatoires que cite l'arrêt, les mêmes garanties formelles que celles prévues pour l'autorisation initiale de la méthode sont requises pour sa prolongation ou son renouvellement.

Il n'est dès lors pas porté atteinte de manière disproportionnée au droit au respect de la vie privée des personnes concernées en ne prévoyant pas de limiter le renouvellement de méthodes exceptionnelles à un certain nombre de cas.

b) *Les conditions relatives à l'écoute, la prise de connaissance et l'enregistrement des communications par les services de renseignement et de sécurité (articles 18/2, § 2, 7°, 18/9 et 18/17 de la loi du 30 novembre 1998, insérés par l'article 14 de la loi attaquée)*

Les parties requérantes dans la première affaire soumise à la Cour alléguaient *la violation, par les articles 18/2, § 2, 7°, 18/9 et 18/17 de la loi du 30 novembre 1998, insérés par l'article 14 de la loi du 4 février 2010, des articles 10 et 11 de la Constitution, combinés avec le droit à un procès équitable, garanti par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, et avec le droit à un recours effectif, garanti par l'article 13 de la même Convention.*

Dans une *première branche* du moyen, les parties requérantes constataient que les dispositions attaquées sont spécifiquement basées sur la réglementation contenue dans les articles 90<sup>ter</sup> à 90<sup>decies</sup> du Code d'instruction criminelle. Or ceux-ci prévoient deux garanties qui n'auraient pas d'équivalent dans les dispositions attaquées : les parties au procès peuvent consulter les communications jugées pertinentes, tandis que les communications jugées non pertinentes par l'officier de police judiciaire chargé de l'exécution et par le juge d'instruction peuvent également être vérifiées dans le but de joindre éventuellement au dossier les éléments pertinents à charge - pour la partie civile - ou à décharge - pour l'inculpé, le prévenu ou l'accusé -, afin que les instances judiciaires puissent baser leur jugement sur ces éléments. Il était successivement reproché aux dispositions attaquées : de ne pas prévoir de débat contradictoire dans le cadre des méthodes de renseignement pour des données de même nature que celles pour lesquelles ce débat est effectivement organisé dans le cadre d'une enquête pénale; que cette limitation du droit à la contradiction serait le fruit d'une législation abstraite, sans contrôle sur la base de l'affaire concrète et enfin, en ordre subsidiaire, que l'intervention du

Comité permanent R dans cette hypothèse n'aurait lieu, en règle, qu'après la destruction des enregistrements et des transcriptions : le Comité n'aurait donc accès qu'au registre relatif aux mesures concernant l'enregistrement, la transcription et la destruction, et non aux enregistrements eux-mêmes. Dans *une deuxième branche* du moyen, il était constaté que, tandis que la durée de validité de toute mesure initiale de surveillance et de toute prolongation ne peut excéder un mois dans la procédure pénale, la durée de validité d'une méthode exceptionnelle de renseignement est de deux mois; toute prolongation de la mesure de surveillance dans le cadre d'une procédure pénale doit être justifiée par des circonstances précises. Or dans le cadre d'une méthode de renseignement, ce n'est qu'après la deuxième prolongation, soit après quatre mois, qu'il faut motiver celle-ci. Enfin, dans *une troisième branche* du moyen, il était constaté que l'article 90ter, § 1er, alinéa 3, du Code d'instruction criminelle définit de manière claire et restrictive les personnes, moyens, communications et lieux à l'égard desquels l'écoute, la prise de connaissance et l'enregistrement des communications sont possibles, ce qui implique une protection contre les écoutes dites « exploratoires ». Or, un tel degré de précision ne serait pas requis en ce qui concerne la méthode de renseignement correspondante.

Les mêmes parties requérantes précitées reprochaient également à l'article 18/17, de la loi du 30 novembre 1998 de violer les articles 15 et 22 de la Constitution, combinés avec l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme : outre le grief déjà exposé dans la troisième branche ci-dessus, il était allégué que la possibilité d'intercepter des communications, instaurée par la loi attaquée sans que celle-ci définisse précisément les communications pouvant être visées et les conditions à respecter, n'offrirait pas un cadre suffisamment précis et restrictif pour que l'écoute, la prise de connaissance et l'enregistrement de communications soient conformes aux dispositions constitutionnelles et conventionnelles visées dans le moyen.

En vertu de l'article 18/17 de la loi du 30 novembre 1998, les services de renseignement et de sécurité peuvent, dans l'intérêt de l'exercice de leurs missions, être autorisés à écouter les communications, à en prendre connaissance et à les enregistrer; par « communication », il y a lieu d'entendre « toute transmission,

émission ou réception de signes, de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de données de toute nature, par fil, radio-électricité, signalisation optique ou un autre système électromagnétique; les communications par téléphone, GSM, mobilophone, télex, télécopieur ou la transmission électronique de données par ordinateur ou réseau informatique, ainsi que toute autre communication privée » (article 3, 10°, de la loi du 30 novembre 1998). Les communications recueillies doivent être enregistrées et l'objet de la méthode exceptionnelle ainsi que les jours et heures où celle-ci a été exécutée doivent être mentionnés au début et à la fin de chaque enregistrement (article 18/17, § 4, alinéa 1er, de la loi du 30 novembre 1998); la transcription de l'enregistrement est limitée aux parties de l'enregistrement que le dirigeant du service estime pertinentes; toute note prise dans le cadre de l'exécution d'une méthode exceptionnelle et qui n'est pas consignée dans un rapport doit être détruite (article 18/17, § 4, alinéa 3, de la loi du 30 novembre 1998). Il ressort des travaux préparatoires que la réglementation des méthodes d'interception des télécommunications s'inspire de la loi du 30 juin 1994 relative à la protection de la vie privée contre les écoutes, la prise de connaissance et l'enregistrement de communications et de télécommunications privées.

La *première branche* du quatrième moyen doit être interprétée en ce sens que les données recueillies dans le cadre de la méthode exceptionnelle de renseignement prévue à l'article 18/17 de la loi du 30 novembre 1998 et qui sont mentionnées dans le procès-verbal non classifié (article 19/1 de la loi du 30 novembre 1998), doivent être détruites « dans un délai de deux mois à partir du jour où leur exploitation est terminée », sans que le prévenu, l'accusé et la partie civile aient encore la possibilité de contrôler ou de faire contrôler l'exactitude de la communication. En cas de mesure d'écoute ordonnée par le juge d'instruction, les enregistrements réputés pertinents peuvent être consultés pour contrôler la fiabilité de leur reproduction dans le procès-verbal (article 90septies, alinéa 6, du Code d'instruction criminelle), tandis que cette possibilité n'existe plus lorsque les données recueillies dans le cadre d'une enquête de renseignement sont détruites.

Il ressort de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme que l'utilisation dans un procès d'une preuve obtenue illicitement peut entraîner, dans certaines circonstances, une violation du droit à un procès équitable, garanti par l'article 6.1 de la Convention européenne des droits de l'homme. Lors de l'appréciation d'une éventuelle violation de ce droit, il y a lieu d'examiner la procédure dans son ensemble; il convient en particulier de s'intéresser à l'authenticité et à la qualité de la preuve et à son importance dans l'affaire en cause et à la question de savoir si les droits de la défense ont été respectés, en ce sens que l'intéressé doit avoir eu la possibilité de remettre en cause l'authenticité et la qualité de la preuve.

Ainsi qu'il a été relevé précédemment, dans le cadre des méthodes spécifiques et exceptionnelles de collecte de données par les services de renseignements et de sécurité, toutes les informations recueillies ne figurent pas dans le dossier répressif : seuls les éléments contenus dans le procès-verbal établi par la commission administrative, qui sont strictement énumérés à l'article 19/1 de la loi du 30 novembre 1998 sont en effet soumis à la contradiction et accessibles aux juridictions d'instruction et du fond; en outre, un avis relatif à la légalité de ces méthodes peut être demandé par ces juridictions au Comité permanent R, qui dispose d'un accès complet au dossier. En prévoyant que l'exploitation par les services de renseignement des enregistrements et de la transcription des communications et de leur traduction éventuelle est limitée à un délai d'un an qui prend cours le jour de l'enregistrement et que ces éléments doivent être détruits dans un délai de deux mois à partir du jour où leur exploitation par ces seuls services est terminée, le législateur a pris une mesure qui n'est pas dépourvue de justification raisonnable. Toutefois, en raison de l'utilisation des mots « à partir du jour où leur exploitation est terminée », la disposition attaquée doit être interprétée en ce sens que le délai de deux mois ne s'applique pas lorsqu'un procès-verbal non classifié, reposant sur de tels éléments, a été transmis au procureur du Roi ou au procureur fédéral par la commission administrative, permettant ainsi au Comité permanent R d'avoir accès à ces éléments pour donner, en connaissance de cause, un avis écrit sur la légalité de la méthode de collecte de données, en application des articles 131*bis*, 189*quater* ou 279*bis* du Code d'instruction criminelle. En

conséquence, la disposition attaquée ne viole pas les articles 10 et 11 de la Constitution, combinés avec les articles 6 et 13 de la Convention européenne des droits de l'homme. C'est sous réserve de cette interprétation que la Cour déclare non fondée la *première* branche précitée.

En ce qui concerne la *deuxième* branche précitée, les parties requérantes faisaient valoir que la mesure d'écoute judiciaire s'effectue sur la base d'ordonnances du juge d'instruction (et exceptionnellement du procureur du Roi) qui valent pour une durée d'un mois au maximum et ce, à peine de nullité (article 90*quater*, § 1er, alinéa 2, 4°, du Code d'instruction criminelle), qui sont prolongeables pour une durée maximale de six mois (article 90*quinquies*, alinéa 1er, du Code d'instruction criminelle) et sur l'exécution desquelles il est fait rapport au juge d'instruction tous les cinq jours (article 90*quater*, § 3, alinéa 2, du Code d'instruction criminelle), tandis que la méthode exceptionnelle de renseignement en matière d'écoute, de prise de connaissance et d'enregistrement de communications prévue à l'article 18/17 de la loi du 30 novembre 1998 ne serait pas soumise à un délai maximum particulier, de sorte que le délai général de deux mois valable pour les méthodes exceptionnelles de renseignement est applicable (article 18/10, § 1er, alinéa 2, de la loi du 30 novembre 1998), que la mesure serait prolongeable de manière illimitée dans le temps, aux conditions de l'article 18/10, § 5, de la loi du 30 novembre 1998, et qu'elle ne donnerait pas lieu à des rapports intermédiaires obligatoires.

La Cour observe tout d'abord que, pour mettre en œuvre une méthode exceptionnelle de renseignement, un certain nombre de conditions générales doivent être respectées, qui sont prévues à l'article 2, § 1er, et à l'article 18/9, §§ 1er et 2, de la loi du 30 novembre 1998. En outre, la mise en œuvre d'une méthode exceptionnelle de renseignement suppose une autorisation préalable du dirigeant du service; un projet d'autorisation doit être soumis pour avis conforme à la commission administrative, laquelle vérifie si les dispositions légales relatives à l'utilisation de la méthode exceptionnelle sont remplies et si les principes de subsidiarité et de proportionnalité ont été respectés (article 18/10, § 1er, de la loi du 30 novembre 1998).

En l'espèce, on constate que, conformément à l'article 18/10, § 1er, alinéa 3, de la loi du 30 novembre 1998, l'officier de renseignement désigné pour mettre en œuvre la méthode exceptionnelle de renseignement informe régulièrement le dirigeant du service : ce rapport permet au dirigeant du service de respecter correctement l'obligation lui incombant de mettre fin à la mesure si celle-ci n'est plus utile ou si les menaces ont disparu (article 18/10, § 1er, alinéa 4, de la loi du 30 novembre 1998). En outre, le dirigeant du service doit, à son tour, informer la commission administrative de l'exécution de la méthode, ce qui permet à celle-ci d'exercer à tout moment un contrôle sur le respect de la légalité de la mesure exceptionnelle; ce contrôle inclut celui de la condition de l'existence de menaces graves définies à l'article 18/9, § 1er, de la loi du 30 novembre 1998. De même, le Comité permanent R doit être informé rapidement par la commission administrative (article 18/10, § 7, et article 43/3 de la loi du 30 novembre 1998) et il doit procéder, à cette occasion, à un contrôle *a posteriori* (article 43/4 de la loi du 30 novembre 1998), qui doit intervenir même déjà très rapidement lors de la mise en œuvre de la mesure.

Contrairement au fait que chaque prolongation de la mesure d'instruction judiciaire est soumise à une obligation particulière de motivation - en ce sens que toute prolongation nécessite de mentionner les circonstances précises qui rendent cette prolongation nécessaire (article 90quinquies, alinéa 2, du Code d'instruction criminelle) - l'obligation particulière de motivation ne s'applique à une méthode exceptionnelle de renseignement qu'à partir de la deuxième prolongation (article 18/10, § 5, alinéa 2, de la loi du 30 novembre 1998). Cependant, toute prolongation de la méthode exceptionnelle de renseignement suppose une autorisation du dirigeant du service, dont le projet d'autorisation précise entre autres les menaces graves qui justifient l'utilisation de la méthode exceptionnelle de collecte de données et indique la raison pour laquelle la méthode exceptionnelle est indispensable. Une telle obligation de motivation s'applique *a fortiori* pour la prolongation de la mesure.

La troisième branche décrite ci-dessus, ainsi que le second moyen précédemment exposé reposent sur la supposition que l'article 18/17, § 1er, de la loi du 30 novembre 1998 permettrait de

procéder à une « écoute exploratoire, dans le cadre de laquelle serait organisée, par exemple, l'interception de communications de personnes susceptibles d'être impliquées dans un délit déterminé, sans qu'existent toutefois des indices précis à l'égard de ces personnes » ou encore à une « campagne d'écoutes à grande échelle lancée au hasard dans une tentative de retrouver l'auteur des faits ». Toutefois, il n'est pas permis, dans le cadre de la loi du 30 novembre 1998, de procéder à des « écoutes exploratoires » : la méthode de recueil de renseignements est en effet soumise à différentes conditions légales. En outre, l'article 18/10, § 2, 3°, de cette loi dispose explicitement que la personne physique ou la personne morale faisant l'objet de la méthode exceptionnelle de recueil de renseignements doit être mentionnée expressément dans le projet d'autorisation soumis à la commission administrative pour avis conforme, tout comme les raisons pour lesquelles l'utilisation de la méthode exceptionnelle de renseignement est indispensable (article 18/10, § 2, 2°, de la même loi) et il s'agit ici, comme l'indique clairement le début de cet article, d'une condition « sous peine d'illégalité ».

4. Les conditions relatives à la notification, par le dirigeant du service de renseignement et de sécurité, à la personne concernée qu'elle a fait l'objet d'une méthode spécifique ou exceptionnelle de recueil de données (article 2, § 3, de la loi du 30 novembre 1998, inséré par l'article 2, 3°, de la loi attaquée)

Les parties requérantes dans la première affaire soumise à la Cour alléguaient la violation, par l'article 2, § 3, de la loi du 30 novembre 1998, des articles 15 et 22 de la Constitution, combinés avec l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme (première branche), ainsi que des articles 10 et 11 de la Constitution, combinés avec le droit à un procès équitable, garanti par l'article 6 de la même Convention, et avec le droit à un recours effectif, garanti par l'article 13 de cette Convention (deuxième branche) : il était reproché à la disposition attaquée de ne pas prévoir une notification d'office obligatoire mais d'exiger que la personne intéressée en fasse la demande, d'imposer qu'un délai de plus de cinq ans soit écoulé depuis qu'il a été mis fin à la méthode et de ne viser que les seules personnes physiques, à l'exclusion des personnes morales.

La notification visée à l'article 2, § 3, de la loi du 30 novembre 1998 peut être décrite comme une « notification sur demande », en ce sens que l'initiative de la notification doit émaner d'une personne physique ayant un intérêt légitime et non du dirigeant du service lui-même : dès lors, une notification d'office, par laquelle le dirigeant des services de renseignement et de sécurité procède de sa propre initiative à une notification, n'est pas imposée par la loi du 30 novembre 1998. En renvoyant à la loi du 11 avril 1994 relative à la publicité de l'administration et à la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel, le législateur n'a pas imposé de limites supplémentaires pour la notification, mais il a au contraire fait référence aux deux possibilités légales supplémentaires précitées de prise de connaissance par le justiciable, qui s'ajoutent à la possibilité d'une requête en notification, telle qu'elle est définie à l'article 2, § 3, de la loi du 30 novembre 1998.

Au regard du droit au respect de la vie privée, l'absence de notification d'office obligatoire ou les conditions exagérément restrictives auxquelles la notification est soumise en l'espèce, ne satisferaient pas, selon les parties requérantes, à une nécessité impérieuse : la mesure ne serait dès lors pas pertinente pour atteindre le but légitime poursuivi par le législateur.

La question de la notification ultérieure de mesures de surveillance est indissociablement liée au caractère effectif des recours juridictionnels et donc à l'existence de garanties effectives contre les abus; s'il n'est pas avisé des mesures prises à son insu, l'intéressé ne peut guère, en principe, en contester rétrospectivement la légalité en justice.

L'article 2, § 3, de la loi du 30 novembre 1998 prévoit qu'à la requête de toute personne physique justifiant d'un intérêt légitime, le dirigeant du service avise par écrit la personne concernée qu'elle a fait l'objet d'une méthode visée à l'article 18/2, §§ 1er et 2, de la loi du 30 novembre 1998 : il s'en déduit que la notification ne s'applique pas aux méthodes ordinaires de collecte de données. Compte tenu de ce que, comme il ressort des travaux préparatoires, le législateur souhaitait « trouver un juste équilibre entre la protection des intérêts fondamentaux de l'Etat et la protection des

droits fondamentaux de l'individu » et, partant, instaurer un contrôle plus strict à l'égard des méthodes spécifiques et exceptionnelles dans la mesure où elles portent davantage atteinte à ces droits fondamentaux, l'exclusion des méthodes ordinaires du champ d'application de la disposition attaquée est raisonnablement justifiée.

Le même souci de préserver l'équilibre précité peut justifier qu'un certain délai doive s'écouler entre la fin de la mesure et la notification prévue par la disposition attaquée : la nécessité, résultant de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, d'informer la personne concernée après la cessation de la méthode de renseignement ne peut en effet compromettre l'efficacité de la méthode concernée. L'article 2, § 3, 2°, dispose qu'une notification de données ne peut avoir lieu que si « depuis qu'il a été mis fin à la méthode, aucune nouvelle donnée n'a été recueillie au sujet du demandeur ». Par la notion de « nouvelle donnée », il faut entendre toutes les données, donc également les données qui sont constatées à la suite d'une méthode de renseignements ordinaire et qui sont dès lors jointes au dossier. Même si les méthodes de renseignements ordinaires sont en soi moins intrusives, la mesure n'est pas sans justification raisonnable. Si la personne concernée a fait l'objet d'une méthode ordinaire au cours des cinq dernières années, elle a ainsi, comme le relèvent les travaux préparatoires, « attiré l'attention d'un service de renseignement », et la confidentialité peut donc encore être utile pour ce service afin de lui permettre d'exercer ses missions légales. S'il est souhaitable d'informer la personne concernée après la cessation de la méthode spécifique ou exceptionnelle de collecte de données, les dispositions constitutionnelles et conventionnelles invoquées dans le moyen n'exigent pas nécessairement une notification systématique : une telle obligation peut en effet être de nature à mettre en péril la finalité de la méthode, rompant ainsi de manière disproportionnée le juste équilibre voulu par le législateur. Une notification sur demande permet à la fois de ne pas limiter de manière excessive la confidentialité de l'enquête et de préserver le droit qu'a toute personne de vérifier si elle a fait l'objet d'une telle méthode. Il n'en demeure pas moins que la personne qui a fait l'objet de la méthode doit aussi en être informée dès que, selon la commission administrative, une telle notification est possible sans

compromettre le but de la surveillance. Dans cette mesure, le moyen exposé ci-dessus est dès lors fondé.

Un dernier grief était dirigé contre l'article 2, § 3, attaqué, dans la mesure où celui-ci n'est applicable qu'aux personnes physiques et non aux personnes morales : cette disposition mentionne, en effet, expressément « à la requête de toute personne physique ». Selon le Conseil des ministres, le régime de notification serait également applicable à une personne morale par le biais d'une personne physique qui représente la personne morale ou qui agit en tant que mandataire d'une personne morale : l'article 43/4 de la loi du 30 novembre 1998 dispose en effet que « toute personne qui peut justifier d'un intérêt personnel et légitime » peut introduire une plainte auprès du Comité permanent R, qui procédera ainsi au contrôle *a posteriori*.

L'article 13 de la loi du 30 novembre 1998 dispose que les services de renseignement et de sécurité peuvent rechercher, collecter, recevoir et traiter des informations et des données à caractère personnel qui peuvent être utiles à l'exécution de leurs missions et tenir à jour une documentation « relative notamment à des événements, à des groupements et à des personnes présentant un intérêt pour l'exécution de leurs missions » : dès lors, le champ d'activité des services de renseignement et de sécurité n'est pas limité aux personnes physiques, des personnes morales pouvant également faire l'objet d'une enquête de renseignement.

Le contenu et la portée d'une disposition légale claire ne peuvent toutefois pas être modifiés par la référence à un autre article faisant partie du chapitre IV/2 concernant le contrôle *a posteriori* des méthodes spécifiques et exceptionnelles de collecte de données par les services de renseignement et de sécurité. L'article 43/4 de la loi du 30 novembre 1998 règle la compétence du Comité permanent R en tant qu'organe juridictionnel, ce Comité permanent R exerçant un contrôle final sur la légalité de la méthode spécifique et exceptionnelle de renseignement employée, le cas échéant à la suite d'une plainte « de toute personne qui peut justifier d'un intérêt personnel et légitime », et non de la notification prévue à l'article 2, § 3, de la loi du 30 novembre 1998.

Pour les motifs exposés ci-dessus, l'article 2, § 3, de la loi du 30 novembre 1998 viole les articles 10 et 11 de la Constitution, combinés, d'une part, avec l'article 22 de celle-ci et avec l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, *en ce qu'il ne prévoit de notification qu'à la requête de toute personne justifiant d'un intérêt légitime, sans prévoir qu'une notification doit également avoir lieu à l'initiative des services concernés dès l'instant où la commission administrative juge qu'une telle notification est possible et, d'autre part, avec les articles 6 et 13 de ladite Convention, en ce qu'il exclut les personnes morales de son champ d'application*. La Cour annule en conséquence cet article 2, § 3.

5. Le caractère vague et imprécis allégué des notions qui suivent :

- a) *La définition du « processus de radicalisation » contenue dans l'article 3, 15°, de la loi du 30 novembre 1998, inséré par l'article 3 de la loi attaquée*

Il était reproché à l'article 3, 15°, de la loi du 30 novembre 1998 de violer l'article 22 de la Constitution, combiné avec l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, en ce que la définition du « processus de radicalisation » contient les termes « mentalement préparé ou disposé », que la requérante estimait trop vagues et imprécis.

La disposition attaquée définit le processus de radicalisation comme « un processus influençant un individu ou un groupe d'individus de telle sorte que cet individu ou ce groupe d'individus soit mentalement préparé ou disposé à commettre des actes terroristes ».

La Convention européenne des droits de l'homme et la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relative à l'article 8.2 de cette Convention n'admettent d'ingérence dans l'exercice du droit au respect de la vie privée que pour des raisons de sécurité nationale, à condition que cette ingérence soit prévue par une loi et que cette loi soit accessible à l'intéressé et précise : ces exigences d'accessibilité et de prévisibilité de la loi visent à éviter tout arbitraire de la part de l'autorité publique; la loi est précise si

les termes dont elle use permettent au citoyen d'estimer sans ambiguïté les conséquences qui peuvent découler de son application; cependant, la Cour européenne des droits de l'homme admet que le niveau de précision de la loi puisse être moindre dans le domaine de la sécurité nationale que dans les autres domaines.

Comme il ressort des travaux préparatoires, dès lors que le législateur n'a formulé aucune incrimination accompagnant la définition légale du « processus de radicalisation, celle-ci ne poursuit aucune finalité judiciaire. Les services de renseignement opèrent dans un autre cadre que les services de police et les autorités judiciaires. L'expression « processus de radicalisation » ne doit pas être située dans le cadre d'une instruction pénale, mais mise en relation avec la nature et la finalité propres d'une enquête de renseignement. Il ressort de la lecture de l'article 18/9, § 1er, 1°, de la loi du 30 novembre 1998 et de la définition légale de la notion de « processus de radicalisation » contenue dans l'article 3, 15°, de la loi du 30 novembre 1998 que cette notion doit être lue en combinaison avec celle de « terrorisme ». L'emploi de la notion de « processus de radicalisation », combiné avec celle de « terrorisme », renvoie ainsi à la phase qui précède la commission d'actes terroristes : en particulier, le processus de radicalisation vise un processus préparatoire de manipulation ou d'influence faisant apparaître des risques sécuritaires. L'article 3, 15°, de la loi du 30 novembre 1998 indique clairement qu'il s'agit d'un processus consistant à influencer l'intéressé de telle manière qu'il soit préparé ou disposé à commettre des actes terroristes. L'habilitation à utiliser les méthodes exceptionnelles de renseignement dans le cadre d'une menace grave relative à une activité du processus de radicalisation s'inscrit donc dans l'action préventive contre le terrorisme. Il découle de ce qui précède que l'article 3, 15°, de la loi du 30 novembre 1998 ne porte pas atteinte au principe de légalité consacré par l'article 22 de la Constitution.

b) *Les notions de « lieux privés accessibles au public », « lieux privés qui ne sont pas accessibles au public », « domiciles », « local utilisé à des fins professionnelles » et « résidence d'un avocat, d'un médecin ou d'un journaliste » contenues dans les articles 18/2, § 1er, 1° et 2°, § 2, 1° et 2°, et § 3, 18/4, 18/9, § 4, 18/11, 18/12, § 1er, 1°, 2° et 3°, 18/16, § 2, et 18/17, § 2, de la loi du 30 novembre 1998, insérés par l'article 14 de la loi attaquée*

La partie requérante dans la seconde affaire soumise à la Cour alléguait la violation, par les articles 18/2, § 1er, 1° et 2°, § 2, 1° et 2°, et § 3, 18/4, 18/9, § 4, 18/11, 18/12, § 1er, 1°, 2° et 3°, 18/16, § 2, et 18/17, § 2, de la loi du 30 novembre 1998, de l'article 22 de la Constitution et de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme : la notion de « lieux privés », employée par les dispositions précitées, ne serait pas suffisamment distinguée de celle de domicile ou de résidence et serait à ce point vague qu'il ne pourrait être question d'une dérogation au sens des dispositions constitutionnelle et conventionnelle visées dans le moyen.

La notion de « lieu privé » est définie à l'article 3, 12°, de la loi du 30 novembre 1998, qui entend cette notion comme « le lieu qui n'est manifestement pas un domicile ou une dépendance propre y enclose d'un domicile, au sens des articles 479, 480 et 481 du Code pénal, ou un local utilisé à des fins professionnelles ou comme résidence par un avocat, par un médecin ou par un journaliste ». La concordance, voulue par le législateur, de la notion de « lieu privé » définie à l'article 3, 12°, précité, avec la définition du « lieu privé » contenue dans l'article 46quinquies, § 1er, alinéa 2, du Code d'instruction criminelle autorise à renvoyer aux travaux préparatoires de l'article 46quinquies et à la jurisprudence de la Cour concernant cet article (arrêt n° 105/2007<sup>1</sup>). Pour définir cette notion, le législateur a utilisé le terme « manifestement », de sorte qu'il convient de considérer qu'un lieu privé est un lieu qui, aux yeux de quiconque, n'est, objectivement et explicitement, ni un domicile, ni une dépendance, ni un local utilisé à des fins professionnelles ou comme résidence par un médecin, un avocat ou un journaliste.

<sup>1</sup> Voir le rapport 2007, pp. 59-69.

Par ailleurs, la même partie requérante soutenait que *les dispositions attaquées portaient atteinte à l'article 22 de la Constitution et à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, en ce que le législateur confondrait les notions de « domicile », de « résidence » et de « lieu privé ».*

Les dispositions de l'article 3, 12°, de la loi du 30 novembre 1998 n'induisent aucune confusion entre les notions de « domicile » et de « résidence »; cet article distingue d'autres notions, qui relèvent des catégories de lieux soumises à un régime différent dans la loi du 30 novembre 1998. En outre, les notions de « résidence » et de « domicile » doivent être considérées comme des synonymes, conformément à la jurisprudence de la Cour de cassation; en effet, celle-ci a jugé : « Attendu que le terme ' domicile ', au sens de l'article 15 de la Constitution, désigne le lieu occupé par une personne en vue d'y établir sa demeure ou sa résidence effective et où elle a droit, à ce titre, au respect de son intimité, de sa tranquillité et plus généralement de sa vie privée » (Cass., 26 octobre 2004, *Pas.*, 2004, n° 509). Il découle de ce qui précède que la disposition attaquée ne porte pas atteinte au principe de légalité consacré par l'article 22 de la Constitution.

c) *Les termes « insuffisantes » et « degré de gravité de la menace potentielle » figurant dans l'article 18/3, § 1er, de la loi du 30 novembre 1998, inséré par l'article 14 de la loi attaquée*

La même partie requérante alléguait également *la violation, par l'article 18/3, § 1er, de la loi du 30 novembre 1998, de l'article 22 de la Constitution, combiné avec l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme* : il était fait grief aux termes « insuffisantes » et « degré de gravité de la menace potentielle », contenus dans la disposition attaquée, d'être trop vagues.

L'article 18/3 attaqué établit les conditions de mise en œuvre des méthodes spécifiques de collecte de données. Il y est notamment précisé que les services de renseignement et de sécurité ne peuvent y recourir que si les méthodes ordinaires de collecte de données sont jugées insuffisantes pour permettre de récolter les informations nécessaires à l'aboutissement d'une mission de renseignement. Ce faisant, la disposition attaquée rappelle le principe de subsidiarité

qui préside à la mise en œuvre des différentes méthodes prévues par la loi, compte tenu du caractère graduellement intrusif que ces méthodes peuvent avoir à l'égard des personnes auxquelles elles sont appliquées, et qui est expressément consacré par l'article 2 de la loi du 30 novembre 1998. Il n'y a pas lieu de conférer au terme « insuffisantes » une autre signification que celle qui lui est donnée dans le langage courant, de sorte qu'il faut considérer que les méthodes spécifiques de collecte de données ne pourront être mises en œuvre que si les méthodes ordinaires ne permettent pas aux services de renseignement et de sécurité d'atteindre les résultats escomptés. Pareille notion ne peut être considérée comme à ce point vague qu'elle ne serait pas conforme à l'article 22 de la Constitution et à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme.

La notion de « degré de gravité de la menace potentielle » renvoie au principe de proportionnalité pour la mise en œuvre des méthodes de collecte de données, également consacré par l'article 2 de la loi du 30 novembre 1998. L'article 18/3 attaqué renvoie à la menace potentielle visée à l'article 18/1 de la loi. Les articles de la loi du 30 novembre 1998 auxquels il est ainsi renvoyé décrivent les missions de la Sûreté de l'Etat et du Service général du renseignement et de la sécurité des Forces armées. Compte tenu des missions des services de renseignement et de sécurité ainsi décrites, et en particulier des précisions apportées quant à la notion de menace dans les dispositions précitées, l'article 18/3 attaqué ne porte pas atteinte à l'article 22 de la Constitution, combiné avec l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme.

*En conclusion, la Cour annule, comme il a déjà été relevé, l'article 2, § 3, de la loi du 30 novembre 1998 organique des services de renseignement et de sécurité, inséré par l'article 2, 3°, de la loi du 4 février 2010 relative aux méthodes de recueil des données par les services de renseignement et de sécurité, et rejette les recours pour le surplus, sous réserve des interprétations indiquées dans le dispositif.*

32. *La condamnation au paiement de la contre-valeur des marchandises confisquées*  
(arrêt n° 181/2011)

Depuis sa modification par la loi du 21 décembre 2009 portant des dispositions fiscales et diverses, l'article 221, § 1er, de la loi générale sur les douanes et accises, coordonnée par l'arrêté royal du 18 juillet 1977 (ci-après : « LGDA »), prévoit que « dans les cas prévus par l'article 220, les marchandises seront saisies et confisquées, et les contrevenants encourront une amende comprise entre cinq et dix fois les droits fraudés, calculée d'après les droits les plus élevés de douanes ou d'accises »; le premier membre de phrase de cette disposition - au sujet duquel la Cour a été interrogée - est resté inchangé. Selon l'article 220 de la LGDA, auquel l'article 221, § 1er précité renvoie, « tout capitaine de navire, tout batelier ou patron d'une embarcation quelconque, tout voiturier, conducteur, porteur, et tous autres individus, qui, à l'entrée ou à la sortie, tenteraient d'éviter de faire, soit au premier, soit à tout autre bureau où cela devrait avoir lieu, les déclarations requises, et chercheraient ainsi à frauder les droits du Trésor, tout individu chez lequel on aura trouvé un dépôt prohibé par les lois en vigueur, seront punis d'un emprisonnement de quatre mois au moins et d'un an au plus. § 2. En cas de récidive, l'emprisonnement sera de huit mois au moins et de deux ans au plus; et pour toute récidive ultérieure, de deux ans au moins et de cinq ans au plus ». Enfin, l'article 224 de la LGDA - également d'importance pour déterminer le champ d'application de l'article 221, § 1er - prévoit que « les dispositions des articles 220, 221 et 222 s'appliquent à la circulation des marchandises transportées sans document valable dans le rayon, et, en outre, à celle de toutes marchandises à l'égard desquelles on pourra établir d'une manière quelconque qu'elles ont été soustraites à la déclaration prescrite relativement à l'importation, l'exportation, le transit ou le transport, sauf cependant que, pour ce qui concerne les marchandises d'accises, les amendes et peines statuées par les lois spéciales seront seules applicables dans ceux des cas prévus par ces lois qui ne se rapporteront pas à l'importation ou à l'exportation frauduleuse ».

Il avait tout d'abord été demandé à la Cour si l'article 221, § 1er, précité viole le principe de légalité en matière pénale s'il « est interprété en ce sens que le juge pénal qui prononce la confiscation sur la base de cet article peut ou doit en outre prononcer la condamnation au paiement, à titre de sanction pénale, de la contre-valeur des marchandises confisquées, en cas de non-représentation de celles-ci ».

En l'espèce, ce n'est pas la légalité de l'incrimination ou de la procédure pénale qui est en cause, mais celle de la peine. La Cour doit par conséquent examiner si l'article 14 de la Constitution, combiné avec les articles 7 de la Convention européenne des droits de l'homme et 15 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, s'oppose à ce que le juge pénal, lorsque les marchandises confisquées ne sont pas représentées, puisse infliger le paiement de la valeur vénale de ceux-ci, sans y avoir été expressément habilité par le législateur.

La confiscation des marchandises est une peine prévue expressément par la disposition en cause. Dans le cas d'infractions à la législation en matière de douanes et accises notamment, l'exécution de cette peine est souvent rendue difficile par la mobilité des marchandises sur lesquelles des droits de douane ou d'accise sont dus. La nécessité d'une sanction effective et égale en matière d'infractions douanières fait obstacle à ce que, lorsque l'auteur se défait des marchandises concernées, il puisse échapper à la peine supplémentaire de la confiscation. Par conséquent, il découle de la nature même de cette peine que, dans les cas visés par l'article 220 de la LGDA, tout auteur peut raisonnablement s'attendre à ce que, s'il néglige de représenter les marchandises confisquées, le juge pénal lui infligera le paiement de leur contre-valeur. Il résulte de ce qui précède que si la mesure en cause est entendue, selon l'interprétation du juge *a quo*, comme une sanction pénale, il est satisfait aux exigences de l'article 14 de la Constitution, étant donné que chacun peut savoir, au moment où il adopte un comportement, quelle est la sanction encourue si ce comportement est punissable.

La Cour avait également été interrogée sur le point de savoir si l'article 221, § 1er, de la LGDA viole le principe d'égalité et de non-discrimination en ce que, dans l'interprétation du juge *a quo*,

elle conférerait au juge répressif le pouvoir de « condamner au paiement de la contre-valeur des marchandises non retenues, en cas de non-représentation de celles-ci, les personnes qui sont condamnées pénalement, pour cause d'infraction à cet article, à la confiscation de ces marchandises, alors qu'en droit pénal commun, le juge pénal n'est pas compétent pour condamner au paiement de la contre-valeur de l'instrument ou de l'objet du délit, en cas de non-représentation de ceux-ci, les personnes qu'il condamne pénalement, sur la base des articles 42, 1°, et 43, alinéa 1er, du Code pénal, à la confiscation de cet instrument ou de cet objet ».

En vertu de l'article 42, 1°, du Code pénal, la confiscation spéciale s'applique « aux choses formant l'objet de l'infraction et à celles qui ont servi ou qui ont été destinées à la commettre, quand la propriété en appartient aux condamnés »; l'article 43, alinéa 1er, du même Code dispose que la confiscation spéciale s'appliquant aux choses visées aux 1° et 2° de l'article 42 est toujours prononcée pour crime ou délit. Les prévenus devant le juge *a quo* font en outre référence à l'article 43bis, alinéa 2, du même Code : certes, cette disposition permet que, si les choses ne peuvent être trouvées dans le patrimoine du condamné, la confiscation porte sur une somme d'argent équivalente à l'évaluation monétaire de ces choses, mais elle ne s'appliquerait qu'aux choses visées à l'article 42, 3°, du même Code, à savoir les avantages patrimoniaux tirés directement de l'infraction, les biens et valeurs qui leur ont été substitués et les revenus de ces avantages investis ; la même possibilité n'existerait dès lors pas pour les choses visées à l'article 42, 1° (l'objet ou l'instrument de l'infraction) et à l'article 42, 2° (les choses qui ont été produites par l'infraction). Il existe dès lors une différence de traitement entre deux catégories de personnes.

L'appréciation du caractère plus ou moins grave d'une infraction et de la sévérité avec laquelle cette infraction peut être punie relève du jugement d'opportunité qui appartient au législateur. La Cour empiéterait sur le domaine réservé au législateur si, en s'interrogeant sur la justification des différences qui existent entre les nombreux textes législatifs portant des sanctions pénales, elle émettait chaque fois une appréciation sur la base d'un jugement de valeur concernant le caractère répréhensible des faits en cause par rapport à d'autres faits punissables. S'agissant de l'échelle des

peines et des conséquences civiles de celle-ci, l'appréciation de la Cour doit se limiter aux cas dans lesquels le choix du législateur contient une incohérence telle qu'elle aboutit à traiter de manière manifestement déraisonnable des infractions comparables.

La disposition en cause fait partie de la réglementation sur le recouvrement des droits de douane et d'accise, qui tend à lutter contre l'ampleur et la fréquence des fraudes en cette matière particulièrement technique, relative à des activités souvent transfrontalières et régie également par une abondante réglementation européenne. Le fait que le législateur ait dérogé au droit pénal commun dans cette matière spécifique n'est pas discriminatoire en soi. La différence de traitement entre des personnes poursuivies dans une affaire de douanes et accises et les personnes poursuivies dans une affaire de droit pénal commun repose sur la nature des infractions définies par la loi. La condamnation au paiement de la contre-valeur des marchandises confisquées, en cas de non-représentation de celles-ci, constitue une mesure pertinente au regard de l'objectif précité de répression efficace de la fraude et du souci de protéger les droits du Trésor. Il y a toutefois lieu d'examiner si la disposition en cause porte atteinte de manière disproportionnée aux droits des personnes condamnées du chef d'infractions à la LGDA.

Afin, selon les travaux préparatoires, de « prendre en compte un certain nombre d'arrêts de la Cour constitutionnelle », le législateur, par l'article 26, 1°, de la loi du 21 décembre 2009 portant des dispositions fiscales et diverses, a remplacé le montant fixe égal au « décuple des droits fraudés », prévu dans la disposition en cause, par une amende comprise entre « cinq et dix fois les droits fraudés », ce qui permet un échelonnement entre la peine prévue auparavant, comme peine maximale, et une peine minimale. En outre, par l'article 37 de la même loi, le législateur a inséré dans la LGDA un article 281-2 qui autorise le juge répressif à imposer, en cas de circonstances atténuantes, une amende inférieure au minimum légal. La disposition en cause n'a dès lors pas d'effets disproportionnés.

La Cour décide en conséquence que l'article 221, § 1er, de la loi générale sur les douanes et accises, coordonnée par l'arrêté royal du 18 juillet 1977, ne viole pas les articles 10, 11, 12 et 14 de la Constitution.

**33. La peine applicable en cas de crime correctionnalisé  
commis en état de récidive  
(arrêts n<sup>os</sup> 193/2011 et 199/2011)**

L'article 14 de la loi du 21 décembre 2009 relative à la réforme de la cour d'assises insère, dans le Livre II, Titre II, Chapitre II du Code d'instruction criminelle, un article 216<sup>novies</sup> aux termes duquel « la cour d'assises connaît des crimes, à l'exception des cas où il est fait application de l'article 2 de la loi du 4 octobre 1867 sur les circonstances atténuantes »; il est entré en vigueur le 1er mai 2010.

Depuis son remplacement par l'article 230 de la même loi du 21 décembre 2009 - entré lui aussi en vigueur le 1er mai 2010 -, l'article 2 de la loi du 4 octobre 1867 sur les circonstances atténuantes prévoit que « dans le cas où il y aurait lieu de ne prononcer qu'une peine correctionnelle en raison de circonstances atténuantes ou d'une cause d'excuse, la chambre du conseil ou la chambre des mises en accusation peut, par ordonnance motivée, renvoyer l'inculpé au tribunal correctionnel. De la même manière, dans les cas où une instruction n'a pas été requise, le ministère public peut, s'il estime qu'il n'y a pas lieu de requérir une peine plus sévère qu'une peine correctionnelle en raison de circonstances atténuantes ou d'une cause d'excuse, citer directement ou convoquer le prévenu devant le tribunal correctionnel en indiquant ces circonstances atténuantes ou la cause d'excuse. La citation directe ou la convocation par le ministère public, ainsi que le renvoi par la chambre du conseil ou la chambre des mises en accusation en raison de circonstances atténuantes, ne sont possibles que dans les cas suivants : 1° si la peine prévue par la loi n'excède pas vingt ans de réclusion; 2° s'il s'agit d'une tentative de crime qui est puni de la réclusion à perpétuité; [...] ». Par ailleurs, selon l'article 56 du Code pénal, modifié par l'article 32 de la loi du 9 avril 1930 « de défense sociale à l'égard des anormaux et des délinquants d'habitude », tel qu'il a été remplacé par l'article 1er de la loi du 1er juillet 1964 « de

défense sociale à l'égard des anormaux et des délinquants d'habitude », « quiconque, après une condamnation à une peine criminelle, aura commis un délit, pourra être condamné à une peine double du maximum porté par la loi contre le délit. La même peine pourra être prononcée en cas de condamnation antérieure à un emprisonnement d'un an au moins, si le condamné a commis le nouveau délit avant l'expiration de cinq ans depuis qu'il a subi ou prescrit sa peine ».

Dans une première affaire - à laquelle elle répond par son arrêt n<sup>o</sup> 193/2011 -, la Cour avait d'abord été interrogée sur la compatibilité de l'article 2, alinéas 1er et 3, 2<sup>o</sup>, de la loi du 4 octobre 1867 précitée avec les articles 10 et 11 de la Constitution, en ce que cette disposition établirait une différence de traitement entre deux catégories d'inculpés auxquels sont reprochés des faits constitutifs d'une tentative d'assassinat, commis moins de cinq ans après que ces inculpés ont subi ou prescrit une peine d'emprisonnement d'au moins un an : d'une part, ceux dont la chambre du conseil ou la chambre des mises en accusation ordonne le renvoi devant le tribunal correctionnel en raison de circonstances atténuantes et, d'autre part, ceux dont la juridiction d'instruction ordonne le renvoi devant la cour d'assises : les premiers pourraient être condamnés à une peine d'une durée plus longue que celle de la peine infligée aux seconds.

La Cour répond que cette différence de traitement ne provient pas de la disposition en cause : tous les inculpés auxquels sont reprochés des faits constitutifs d'une tentative d'assassinat peuvent, s'il existe des circonstances atténuantes justifiant qu'il ne soit prononcé qu'une peine correctionnelle, demander aux juridictions d'instruction qu'elles ordonnent leur renvoi devant le tribunal correctionnel, par application de cette disposition; cette disposition n'a, au surplus, pas pour objet de déterminer la durée de la peine que le tribunal correctionnel ou la cour d'assises peuvent prononcer à l'égard des inculpés qu'ils sont invités à juger. La Cour décide dès lors que l'article 2, alinéas 1er et 3, 2<sup>o</sup>, de la loi du 4 octobre 1867 sur les circonstances atténuantes, remplacé par l'article 230 de la loi précitée du 21 décembre 2009, ne viole pas les articles 10 et 11 de la Constitution.

Dans la même affaire, la Cour avait également été interrogée sur la compatibilité de l'article 56, alinéa 2, du Code pénal, lu en combinaison avec l'article 2, alinéas 1er et 3, 2°, de la loi du 4 octobre 1867, avec les articles 10 et 11 de la Constitution, en ce que ces dispositions législatives établiraient une différence de traitement entre deux catégories d'inculpés auxquels sont reprochés des faits constitutifs d'une tentative d'assassinat, commis moins de cinq ans après que ces inculpés ont subi ou prescrit une peine d'emprisonnement d'au moins un an : d'une part, ceux dont la chambre du conseil ou la chambre des mises en accusation ordonne le renvoi devant le tribunal correctionnel en raison de circonstances atténuantes et, d'autre part, ceux dont la juridiction d'instruction ordonne le renvoi devant la cour d'assises; les premiers pourraient être condamnés à une peine d'une durée plus longue que celle de la peine infligée aux seconds.

L'assassinat est punissable de la réclusion à perpétuité (article 394 du Code pénal, modifié par l'article 15, alinéa 1er, de la loi du 10 juillet 1996 « portant abolition de la peine de mort et modifiant les peines criminelles »). La réclusion étant une peine criminelle (article 7 du Code pénal), cette infraction est un crime (article 1er, alinéa 1er, du Code pénal). La tentative de crime est punissable de la peine immédiatement inférieure à celle du crime même, de sorte que la tentative d'assassinat est punissable de la réclusion de vingt à trente ans (article 52 du Code pénal, lu en combinaison avec les articles 80, alinéa 1er, et 9 du Code pénal). La réclusion étant une peine criminelle, la tentative d'assassinat est aussi un crime.

C'est en principe à la cour d'assises qu'il appartient de juger une personne inculpée de crime. Tel n'est cependant pas le cas lorsque, en application de l'article 2 de la loi du 4 octobre 1867, celle-ci est renvoyée au tribunal correctionnel en raison de circonstances atténuantes (article 216*novies* du Code d'instruction criminelle, inséré par l'article 14 de la loi du 21 décembre 2009); un tel renvoi a pour effet que le fait constitutif du crime correctionnalisé doit être légalement considéré comme un délit.

Si la personne inculpée de tentative d'assassinat est renvoyée au tribunal correctionnel en raison de circonstances atténuantes, celui-ci ne peut la condamner qu'à une peine correctionnelle. A cet

égard, l'article 25 du Code pénal, tel qu'il a été modifié par l'article 2 de la loi du 21 décembre 2009, prévoit que « la durée de l'emprisonnement correctionnel est, sauf les cas prévus par la loi, [...] de vingt ans au plus s'il s'agit d'un crime punissable de la réclusion de vingt ans à trente ans ou de la réclusion à perpétuité qui a été correctionnalisé. [...] ». Le tribunal correctionnel peut donc condamner la personne inculpée de tentative d'assassinat, en raison de cette infraction, à un emprisonnement correctionnel d'une durée maximale de vingt ans. Lorsque cette personne a commis ce délit moins de cinq ans après avoir subi ou prescrit une peine d'emprisonnement d'au moins un an, le tribunal peut porter la durée de cet emprisonnement à une durée maximale de quarante ans (article 56, alinéa 2, du Code pénal, précité). La cour d'assises ne peut, elle, jamais condamner la personne accusée de tentative d'assassinat à une peine criminelle double du maximum prévu par la loi contre ce crime (Cass., 30 juin 1999, *Pas.*, 1999, n° 411). Il résulte de ce qui précède que, par la combinaison des articles 25 et 56, alinéa 2, du Code pénal et de l'article 2, alinéas 1er et 3, 2°, de la loi du 4 octobre 1867, l'inculpé relevant de la première catégorie décrite ci-dessus - qui est renvoyé devant le tribunal correctionnel - peut être condamné à une privation de liberté d'une durée plus longue (emprisonnement correctionnel de quarante ans) que celle que risque l'inculpé relevant de la seconde catégorie décrite - réclusion de trente ans -, qui est, lui, renvoyé devant la cour d'assises. Dans son arrêt n° 199/2011 (B.5.3, *in fine*), la Cour ajoute que, lorsque la cour d'assises prend en compte des circonstances atténuantes, l'inculpé qui relève de la deuxième catégorie ne peut en outre être condamné qu'à un emprisonnement de vingt ans au maximum (articles 79 et 80 du Code pénal).

L'article 56, alinéa 2, du Code pénal fait partie d'un ensemble de dispositions visant, selon les travaux préparatoires, à sanctionner la récidive, c'est-à-dire le cas dans lequel « l'auteur d'une première infraction, puni à raison de ce fait, en commet une seconde »; parce qu'elle est une « circonstance aggravante » et parce qu'elle témoigne de l'inefficacité de la première peine à « engager [le condamné] à respecter la loi », la récidive justifie l'application d'une peine plus sévère; la faculté laissée au juge de prononcer le double du maximum de la peine correctionnelle prévue par la loi pour ce second fait est une garantie utile dans l'intérêt de la société.

L'impossibilité pour le juge de prendre une telle décision lorsqu'un crime succède à une condamnation à une peine correctionnelle est justifiée par le fait que « la peine criminelle [...] est pourvue d'une force suffisante et laisse au juge assez de latitude pour satisfaire à tous les besoins d'aggravation que cette récidive a fait surgir », l'« inefficacité de la première condamnation trouv[ant] alors son remède dans la sévérité nécessaire de la deuxième ». L'attribution à la chambre du conseil et à la chambre des mises en accusation du pouvoir de renvoyer une personne inculpée de tentative d'assassinat au tribunal correctionnel a pour but, selon les travaux préparatoires, de réduire le nombre d'affaires examinées par la cour d'assises.

Même si la peine d'emprisonnement correctionnel est une peine de nature différente de celle de la peine criminelle de la réclusion, ces deux sanctions ont en commun de priver le condamné de sa liberté. Ni la nature de la peine criminelle ni le souci de réduire la charge de travail de la cour d'assises ne permettent donc de raisonnablement justifier la différence de traitement en cause. La Cour décide dès lors, que l'article 56, alinéa 2, du Code pénal, lu en combinaison avec l'article 25 du même Code, avec l'article 216<sup>novies</sup> du Code d'instruction criminelle et avec l'article 2, alinéas 1er et 3, de la loi du 4 octobre 1867 sur les circonstances atténuantes, viole les articles 10 et 11 de la Constitution, mais uniquement dans la mesure où il autorise la condamnation de l'inculpé renvoyé au tribunal correctionnel du chef d'un crime correctionnalisé commis moins de cinq ans après qu'il a subi ou prescrit une peine d'emprisonnement d'au moins un an, à une peine supérieure à celle qui peut être prononcée à l'égard de l'inculpé renvoyé, du chef du même crime commis dans cette même circonstance, à la cour d'assises ayant constaté l'existence de circonstances atténuantes.

La Cour souligne qu'il appartient au législateur de remédier à cette discrimination. Dans l'attente de l'intervention du législateur, le juge correctionnel doit, lorsqu'il détermine la peine, veiller à ne pas condamner en pareil cas à une peine privative de liberté dont la durée excède le délai maximum de la peine privative de liberté qui pourrait être imposée par la cour d'assises ayant constaté des circonstances atténuantes.

### 34. *L'ordonnance de prolongation du délai d'arrestation de vingt-quatre heures* (arrêt n° 201/2011)

La loi du 13 août 2011 « modifiant le Code d'instruction criminelle et la loi du 20 juillet 1990 relative à la détention préventive afin de conférer des droits, dont celui de consulter un avocat et d'être assistée par lui, à toute personne auditionnée et à toute personne privée de liberté » tend à mettre la législation belge en conformité avec la « jurisprudence *Salduz* » de la Cour européenne des droits de l'homme. Selon cette jurisprudence, toute personne interrogée par la police a droit à l'assistance d'un avocat dès la première audition et, si ce droit est violé, aucune condamnation pénale ne peut se fonder sur des aveux faits par l'inculpé pendant le premier interrogatoire de police (CEDH, 27 novembre 2008, *Salduz c. Turquie*, § 55).

A cette fin, l'article 4 de la loi du 13 août 2011 insère un nouvel article 2bis dans la loi du 20 juillet 1990 relative à la détention préventive : cette disposition reconnaît notamment à toute personne privée de liberté le droit de se concerter confidentiellement avec un avocat, cette concertation devant avoir lieu avant le premier interrogatoire. L'article 15bis de la loi du 20 juillet 1990 relative à la détention préventive - qu'insère l'article 6 de la loi attaquée dans le nouveau chapitre II/1 (« De l'ordonnance de prolongation ») de la loi du 20 juillet 1990 relative à la détention préventive - permet de prolonger de vingt-quatre heures la privation de liberté visée à l'article 1er, 1°, ou à l'article 2 de ladite loi du 20 juillet 1990.

La Cour a été saisie d'un recours en annulation, dirigé contre l'article 6 précité et les articles 2, 4, 5 et 9 de la loi du 13 août 2011, dans la mesure où ceux-ci font référence à l'article 15bis précité<sup>1</sup>.

Le nouvel article 15bis a été présenté dans les travaux préparatoires comme une conséquence nécessaire des nouvelles garanties procédurales. Il ne serait pas toujours possible de signifier un mandat d'arrêt dans un délai de vingt-quatre heures si les procédures visées par le nouvel article 47bis, § 2, du Code

<sup>1</sup> La Cour avait également été saisie d'une demande de suspension de ces dispositions, demande qu'elle a rejetée par son arrêt n° 177/2011.

d'instruction criminelle et par le nouvel article 2bis de la loi du 20 juillet 1990 relative à la détention préventive étaient respectées. Les travaux préparatoires indiquent aussi que le législateur n'a pas entendu permettre « une prolongation systématique, ni automatique de 24 heures à 48 heures » mais a opté pour une prolongation ponctuelle du délai d'arrestation, dans les cas concrets où il est démontré que cela se justifie. Il a, en particulier, voulu prendre en compte le risque de dépassement du délai de vingt-quatre heures dans les grandes enquêtes criminelles dans lesquelles des personnes arrêtées pourraient ne pas avoir rapidement la possibilité de se concerter avec un avocat. Il a, enfin, estimé qu'une prolongation du délai était de nature à permettre que le juge d'instruction soit mieux informé avant d'ordonner une détention préventive, ce qui est de nature à contribuer à la protection de la liberté des intéressés. En outre, il y a lieu de souligner que l'ordonnance de prolongation doit être motivée et mentionner les éléments qui justifient l'ouverture d'un nouveau délai, à savoir les indices sérieux de culpabilité relatifs à un crime ou à un délit ainsi que les circonstances particulières de l'espèce. Ceci implique qu'un dossier comprenant tous les éléments nécessaires soit établi pour permettre au procureur du Roi de prendre des réquisitions et au juge d'instruction de motiver son ordonnance.

Il était tout d'abord reproché à l'article 15bis de la loi du 20 juillet 1990, inséré par l'article 6 de la loi attaquée, de violer l'article 12 de la Constitution, combiné avec l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'homme, en ce qu'il permet que la durée de la privation effective de liberté pendant laquelle aucun mandat d'arrêt n'a encore été signifié excède vingt-quatre heures, sans que l'« inculpé » au sens de l'article 15bis de la loi du 20 juillet 1990 soit interrogé par le juge d'instruction pendant la première période de 24 heures.

Après avoir cité l'article 12, alinéa 3, de la Constitution et l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'homme, la Cour relève que, eu égard à l'importance fondamentale de l'*habeas corpus*, toutes les limitations de la liberté individuelle doivent être interprétées de manière restrictive et leur constitutionnalité doit être traitée avec la plus grande circonspection. Etant donné que tant l'article 12 de la Constitution que l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'homme garantissent le droit à la liberté individuelle, la Cour

doit, lors de l'examen de l'article 12 de la Constitution, tenir compte de la disposition conventionnelle précitée; la référence au droit interne faite dans l'article 5 de cette Convention implique que soient prises en compte les garanties prévues à l'article 12, alinéa 3, de la Constitution.

Il est satisfait à l'exigence de l'article 12, alinéa 3, de la Constitution si, lors de l'arrestation, une ordonnance motivée du juge enjoignant cette arrestation est signifiée ou encore si, au plus tard dans les vingt-quatre heures de l'arrestation, une ordonnance motivée du juge confirmant cette arrestation est signifiée. L'ordonnance de prolongation visée à l'article 15*bis* de la loi du 20 juillet 1990 est une « ordonnance motivée du juge », au sens de l'article 12, alinéa 3, de la Constitution : en effet, comme l'a relevé le Conseil d'Etat dans son avis, cette ordonnance mentionne les informations qui justifient le début d'un nouveau et unique délai, en particulier les indices sérieux de culpabilité relatifs à un crime ou à un délit et les circonstances particulières de l'espèce.

Il est satisfait à l'exigence de l'article 5.3 de la Convention européenne des droits de l'homme si la personne qui a été arrêtée conformément à l'article 5.1, c), de la même Convention est immédiatement conduite devant un juge. Ce juge doit entendre personnellement l'inculpé (CEDH, 18 février 1999, *Hood* c. Royaume-Unis, § 60; grande chambre, 29 mars 2010, *Medvedyev* e.a. c. France, § 124) et il doit se prononcer avec la plus grande diligence, selon des critères juridiques, sur l'existence des raisons justifiant l'arrestation; si ces raisons font défaut, il doit ordonner la mise en liberté (CEDH, 25 mars 1999, *Nikolova* c. Bulgarie, § 49). Le délai maximum de quarante-huit heures découlant de l'application de l'article 15*bis* de la loi du 20 juillet 1990 répond à l'exigence d'immédiateté précitée (CEDH, 29 avril 1999, *Aquilina* c. Malte, § 51; 15 décembre 2004, *Ikincisoy* c. Turquie, § 103; 6 octobre 2005, *H.Y. et Hü.Y.* c. Turquie, § 141; grande chambre, 3 octobre 2006, *McKay* c. Royaume-Uni, §§ 47-48).

Avant l'expiration de ce délai de quarante-huit heures, il appartient au juge d'instruction, conformément à l'article 16 de la loi du 20 juillet 1990, de décerner le cas échéant un mandat d'arrêt, après avoir interrogé et entendu l'inculpé.

Le postulat que l'article 12, alinéa 3, de la Constitution et l'article 5.3 de la Convention européenne des droits de l'homme constituent un ensemble indissociable n'implique pas que, préalablement à l'ordonnance du juge visée dans la première disposition citée, la personne arrêtée par le juge doit être entendue, comme l'exige la dernière disposition citée. Par ailleurs, le fait que la décision de prolongation est prise par un magistrat indépendant des autorités de poursuite constitue une garantie pour l'inculpé.

Le requérant reprochait également à l'article 15*bis* précité de violer les articles 10 et 11 de la Constitution, combinés avec les articles 5 et 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, avec l'article 48, paragraphe 2, de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et avec les principes généraux d'une bonne administration de la justice, parmi lesquels le principe des droits de défense et le principe *audi alteram partem*. Ces dispositions et principes seraient violés (1) en ce que l'inculpé n'est pas entendu, alors que le ministère public est entendu, (2) en ce que l'« inculpé » au sens de l'article 15*bis* de la loi du 20 juillet 1990 serait préjudicié par rapport à l'« inculpé » au sens de l'article 16, § 2, de la même loi, lequel doit effectivement être entendu par le juge d'instruction, et (3) en ce que l'article 15*bis* peut être appliqué dans le cadre de ce qu'il est convenu d'appeler la « mini- instruction ».

Les droits de la défense et le droit à un procès équitable sont fondamentaux dans un Etat de droit. Le principe de l'égalité des armes entre l'accusation et la défense, ainsi que le caractère contradictoire du procès, y compris en ce qui concerne la procédure, constituent des aspects fondamentaux du droit à un procès équitable. Une limitation des principes précités peut toutefois se justifier, non seulement lorsque des intérêts supérieurs sont en cause et doivent être mis en balance avec les droits du prévenu (voir notamment l'arrêt n° 105/2007<sup>1</sup>, B.11), mais également si la restriction est nécessaire pour garantir le respect d'autres droits fondamentaux. Comme il a déjà été mentionné précédemment, la loi attaquée a pour but de garantir de manière structurelle le droit à l'assistance d'un avocat dès la première audition, afin de respecter la jurisprudence *Salduz*. Etant donné que le législateur a, selon les travaux préparatoires, compris « que, compte tenu de l'instauration

<sup>1</sup> Rapport 2007, pp. 59-69.

de l'assistance de l'avocat, le délai de 24 heures est, dans certains dossiers, difficilement tenable », il pouvait autoriser que ce délai puisse être prolongé dans des circonstances particulières, sans que le prévenu soit interrogé à cet égard, afin de garantir en toutes circonstances le droit à l'assistance d'un avocat dès la première audition. Compte tenu des conditions strictement définies de l'application de l'ordonnance de prolongation ainsi que du court et unique délai de prolongation, à l'issue duquel l'inculpé est, le cas échéant, encore entendu par le juge d'instruction, le législateur n'a pas porté atteinte de manière disproportionnée aux droits des personnes concernées.

L'inculpé qui fait l'objet d'une ordonnance de prolongation visée à l'article 15*bis* de la loi du 20 juillet 1990 se trouve dans une autre situation que l'inculpé qui fait l'objet d'une instruction judiciaire et contre lequel un mandat d'arrêt peut être décerné.

La différence de traitement entre certaines catégories de personnes qui découle de l'application de règles procédurales différentes dans des circonstances différentes n'est pas discriminatoire en soi. Il ne pourrait être question de discrimination que si la différence de traitement qui découle de l'application de ces règles de procédure entraînait une limitation disproportionnée des droits des personnes concernées.

Comme il a déjà été constaté, le législateur n'a pas porté atteinte de manière disproportionnée aux droits des personnes concernées. Le fait que l'ordonnance de prolongation pourrait être prise au cours d'une procédure de « mini-instruction », visée à l'article 28*septies* du Code d'instruction criminelle, ne modifie pas cette conclusion. En conséquence, la Cour rejette le recours.

## X. DROIT FISCAL

### 35. *Le point de départ du délai dans lequel une action contre l'administration fiscale doit être intentée* (arrêt n° 59/2011)

La Cour s'est déjà, à plusieurs reprises, prononcée sur la constitutionnalité du choix du point de départ des délais de procédure<sup>1</sup>.

Elle aborde à nouveau cette matière à l'occasion d'une question préjudicielle portant sur l'article 1385*undecies* du Code judiciaire, avant l'entrée en vigueur de l'article 53*bis* du même Code. La Cour a été interrogée sur la compatibilité, avec les articles 10 et 11 de la Constitution, de cette disposition, interprétée comme présumant que la réception d'une décision directoriale a lieu le jour ouvrable qui suit celui de son envoi : il en résulterait une discrimination entre, d'une part, le contribuable qui reçoit un avertissement-extrait de rôle, dont le délai de recours commence à courir le troisième jour ouvrable qui suit celui de son envoi et, d'autre part, le contribuable qui reçoit une décision directoriale dont le délai de recours commence à courir le lendemain du jour ouvrable qui suit celui de son envoi.

Le juge *a quo* renvoie, pour la détermination du délai de recours applicable aux avertissements-extraits de rôle, à l'arrêt de la Cour n° 162/2007<sup>2</sup> du 19 décembre 2007. Dans cet arrêt, la Cour était interrogée sur la compatibilité de l'article 371 du Code des impôts sur les revenus 1992, lu en combinaison avec les articles 32 et 52 du Code judiciaire, avec les articles 10 et 11 de la Constitution lus eux-mêmes en combinaison avec l'article 14, paragraphe 1, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et avec l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, s'il est interprété en ce sens que la date d'envoi mentionnée sur l'avertissement-extrait de rôle constitue la date à laquelle le délai de

<sup>1</sup> Voir le rapport 2007, pp. 113-114 et le rapport 2010, pp. 147-151.

<sup>2</sup> Voir le rapport 2007 précité, pp. 113-114.

réclamation commence à courir; la Cour a constaté que, dans cette interprétation, le délai d'introduction d'une réclamation fiscale commencerait à courir à un moment où le destinataire ne peut avoir connaissance de l'avertissement-extrait de rôle et elle a conclu à la violation des articles 10 et 11 de la Constitution, pour les motifs indiqués en B.3 à B.5.<sup>1</sup> Quant à l'interprétation qui est donnée de la disposition en cause, il apparaît des motifs de l'arrêt a quo que celle-ci découle de l'arrêt de la Cour de cassation du 23 juin 2006 (*Pas.*, 2006, n° 354), aux termes duquel, « une notification par pli recommandé est réputée accomplie le premier jour ouvrable qui suit le jour de la remise du pli à la poste. C'est, en effet, à cette date que le destinataire est censé avoir pu en prendre connaissance ».

La différence de traitement entre certaines catégories de personnes qui découle de l'application de règles procédurales différentes dans des circonstances différentes n'est pas discriminatoire en soi. Il ne pourrait être question de discrimination que si la différence de traitement qui découle de l'application de ces règles de procédure entraînait une limitation disproportionnée des droits des personnes concernées.

La Cour a déjà jugé à plusieurs reprises qu'une disposition en vertu de laquelle le délai dont dispose une personne pour introduire un recours juridictionnel (arrêts n° 170/2003<sup>2</sup>, n° 166/2005, n° 34/2006,

<sup>1</sup> « B.3. Comme la Cour l'a déjà jugé dans ses arrêts n°s 170/2003, 166/2005, 34/2006, 43/2006, 85/2007 et 123/2007, il est raisonnablement justifié que, pour éviter toute insécurité juridique, le législateur fasse courir des délais de procédure à partir d'une date qui ne soit pas tributaire du comportement des parties. Toutefois, le choix de la date d'envoi de l'avis d'imposition ou de l'avertissement-extrait de rôle comme point de départ du délai de recours apporte une restriction disproportionnée au droit de défense des destinataires,

les délais de recours commençant à courir à un moment où ces derniers ne peuvent pas avoir connaissance du contenu de l'avis d'imposition ou de l'avertissement-extrait de rôle.

B.4. L'objectif d'éviter l'insécurité juridique pourrait être atteint aussi sûrement si le délai commençait à courir le jour où le destinataire a pu, en toute vraisemblance, en avoir connaissance, c'est-à-dire depuis le troisième jour ouvrable qui suit celui où l'avis d'imposition ou l'avertissement-extrait de rôle a été remis aux services de la poste, sauf preuve contraire du destinataire (article 53bis du Code judiciaire).

B.5. En ce qu'elle énonce que le délai de recours court à partir de la date d'envoi figurant sur l'avertissement-extrait de rôle mentionnant le délai de réclamation, la disposition en cause restreint de manière disproportionnée les droits de défense du contribuable ».

<sup>2</sup> Voir le rapport 2003, pp. 78-80.

n° 43/2006<sup>1/2</sup> et n° 48/2006) ou administratif (arrêts n° 85/2007, n° 123/2007, n° 162/2007 et n° 178/2009) contre une décision prend cours au moment de l'envoi de cette décision, est incompatible avec les articles 10 et 11 de la Constitution en ce que le droit de défense du destinataire est limité de manière disproportionnée du fait que ce délai court à partir d'un moment où le destinataire ne peut pas encore avoir connaissance du contenu de la décision. Cela n'implique toutefois pas que le délai dont dispose une personne pour introduire un recours juridictionnel ou administratif contre une décision ne puisse débiter que le troisième jour ouvrable qui suit celui où le pli a été remis aux services de la poste, comme le prévoit l'article 53bis, 2°, du Code judiciaire : il faut vérifier si le point de départ d'un délai, compte tenu de la nature de la procédure ainsi que de la durée et des effets de son non-respect, limite ou non de manière disproportionnée les droits de la défense.

L'article 1385undecies du Code judiciaire en cause dispose que l'action intentée contre l'administration fiscale doit l'être « dans un délai de trois mois à partir de la notification de la décision ». Selon la jurisprudence de la Cour de cassation mentionnée précédemment, une notification par pli recommandé est réputée accomplie le premier jour ouvrable qui suit le jour de la remise du pli à la poste. Aux termes de l'article 52 du Code judiciaire, un délai est calculé depuis le lendemain du jour de l'acte ou de l'événement qui y donne cours. Il résulte de ces éléments que le délai en cause ne commence pas à courir au moment de l'envoi de la décision relative au recours administratif, mais le lendemain du jour ouvrable qui suit celui de son envoi.

Le délai en cause prend par conséquent cours au moment où le destinataire de la notification peut raisonnablement être réputé en avoir pris connaissance; ce délai est de trois mois à partir de la notification de la décision relative au recours administratif. Le législateur a dès lors raisonnablement pu estimer qu'il n'était pas indispensable de prévoir que le délai ne commencerait à courir que le troisième jour ouvrable suivant celui de l'envoi de la décision. L'option ainsi retenue par le législateur n'a pas d'effets

<sup>1</sup> Voir le rapport 2006, pp. 109-111.

<sup>2</sup> Voir le rapport 2007 précité, pp. 113-114.

disproportionnés compte tenu, d'une part, du principe général du droit selon lequel la rigueur de la loi peut être tempérée en cas de force majeure ou d'erreur invincible - principe auquel les dispositions en cause n'ont pas dérogé - et, d'autre part, de ce que les intéressés, engagés dans une procédure et dès lors présumés prendre les mesures propres à la sauvegarde de leurs droits, ne sont pas tenus d'organiser leur défense dans des conditions qui devraient être considérées comme déraisonnablement difficiles. Il résulte de ce qui précède que la disposition en cause ne limite pas de manière disproportionnée les droits de la défense du destinataire.

La Cour décide en conséquence que l'article 1385*undecies* du Code judiciaire, interprété comme présumant que la réception d'une décision directoriale a lieu le jour ouvrable qui suit celui de son envoi, ne viole pas les articles 10 et 11 de la Constitution.

**36. La réduction partielle du précompte immobilier en faveur du contribuable isolé hébergeant également ses enfants (arrêt n° 63/2011)**

La Cour a été interrogée sur la compatibilité de l'article 136 du Code des impôts sur les revenus 1992 (ci-après : CIR 1992) avec les articles 10 et 11 de la Constitution en ce que cette disposition, si elle est interprétée comme ne permettant pas que les enfants de parents séparés soient pris en charge simultanément, sur le plan fiscal, par leurs deux parents, établit une différence de traitement entre les parents qui ont la charge de leurs enfants, selon que ces derniers sont ou non domiciliés chez eux. Tel qu'il est applicable au litige pendant devant le juge *a quo*, cet article 136 prévoit que « sont considérés comme étant à charge des contribuables, à condition qu'ils fassent partie de leur ménage au 1er janvier de l'exercice d'imposition et qu'ils n'aient pas bénéficié personnellement, pendant la période imposable, de ressources d'un montant net supérieur à 2.660 EUR : 1° leurs enfants; [...] ».

Il ressort de la décision de renvoi que le litige concerne le refus de l'administration fiscale d'octroyer au demandeur devant le juge *a quo* la réduction du précompte immobilier pour enfant à charge au motif que les enfants, qu'il héberge également, sont toutefois

domiciliés chez son ex-épouse. Il s'ensuit que la différence de traitement alléguée ne trouve pas sa source dans l'article 136 du CIR 1992, mais dans les articles 257 et 258 du même Code – dont la Cour cite la version applicable en Région wallonne –, lesquels visent la réduction du précompte immobilier pour enfant à charge. Cependant, la différence de traitement ne découle de ces dispositions que lues en combinaison avec la définition d'« enfant à charge » contenue à l'article 136 du CIR 1992, lorsque cette définition s'applique au calcul du précompte immobilier. Or, si le concept de « ménage », auquel il est fait appel dans la détermination de ce qu'il convient d'entendre par « enfant à charge », constitue, en principe, une notion de fait (Cass., 12 mars 2010, F.09.0023.F), il n'en demeure pas moins, selon le juge *a quo*, qu'en matière d'hébergement alterné, le recours à la notion de domicile pour identifier à la charge de quel parent l'enfant doit être pris en compte peut être déterminant. Tel est le cas, en l'espèce, dès lors qu'aucun accord des parties n'est intervenu quant à la prise en charge fiscale des enfants, et qu'il n'existe pas davantage de décision judiciaire pertinente en la matière. C'est dans cette interprétation que la Cour répond à la question préjudicielle.

Le juge *a quo* vise expressément, dans sa décision de renvoi, l'article 132*bis* du CIR 1992, modifié par l'article 279 de la loi du 27 décembre 2006, qui permet aux parents séparés de répartir entre eux le supplément de quotités exemptées d'impôt sur les revenus pour enfant à charge.

En vertu de l'article 3, alinéa 1er, 5°, de la loi spéciale du 16 janvier 1989 relative au financement des communautés et des régions, le précompte immobilier est un impôt régional. Tel qu'il a été remplacé par la loi spéciale du 13 juillet 2001, l'article 4, § 2, de la loi spéciale du 16 janvier 1989 définit en des termes généraux la compétence d'exonération attribuée aux régions à l'égard du précompte immobilier; cette attribution de compétence ne contient aucune réserve en fonction des techniques d'exonération utilisées, pour autant que ne soit pas mis en cause le mode de fixation uniforme des revenus cadastraux; pour que cette compétence ait un sens, elle doit aussi inclure le pouvoir de déterminer dans quelles circonstances les exonérations sont applicables. Il s'ensuit qu'il appartient au législateur régional de fixer les conditions auxquelles

une réduction du précompte immobilier peut être accordée. Il relève dès lors de sa compétence de déterminer s'il y a lieu de répartir la réduction du précompte immobilier pour enfant à charge entre les parents séparés qui hébergent également leurs enfants.

Dès lors, la circonstance que le législateur fédéral a prévu, à l'article 132*bis* du CIR 1992, un mécanisme de répartition de la quotité exemptée d'impôt sur les revenus entre les parents séparés qui exercent conjointement l'autorité parentale et hébergent également leurs enfants, est impuissante à démontrer, à elle seule, l'existence d'une différence de traitement incompatible avec les articles 10 et 11 de la Constitution. En effet, il s'agit d'une différence de traitement qui trouve sa source dans l'application de normes de législateurs différents dans l'exercice de leurs compétences propres. Sans préjudice de l'application éventuelle du principe de proportionnalité dans l'exercice des compétences, l'autonomie que l'article 4, § 2, de la loi spéciale du 16 janvier 1989 a conférée aux régions n'a pas de sens si une différence de traitement entre les destinataires, d'une part, de règles fédérales et, d'autre part, de règles régionales dans des matières analogues est jugée contraire en tant que telle au principe d'égalité et de non-discrimination.

La disposition en cause trouve son origine dans l'article 41, § 4, de la loi du 20 novembre 1962 « portant réforme des impôts sur les revenus », lequel prévoyait que « sur la demande de l'intéressé, il est accordé : [...] 3° une réduction, égale à 10 % par enfant à charge, du précompte immobilier afférent à l'immeuble occupé par le chef d'une famille comptant au moins deux enfants en vie [...] »; au cours des travaux préparatoires de cette loi, il fut précisé que « dès la présence d'un deuxième enfant, les charges deviennent beaucoup plus importantes ». L'avantage fiscal que constitue l'article 257, 3°, a pour but d'aider les contribuables qui supportent la charge financière de leurs enfants. Dès lors, la simple circonstance que ces derniers ne feraient pas partie du ménage d'un contribuable isolé - tel, en l'espèce, le père divorcé - au motif qu'ils ne seraient pas domiciliés chez lui, ne justifie pas que cet avantage ne puisse, à aucune condition, profiter partiellement à ce contribuable, lorsque

la charge des enfants est supportée d'une manière égale par chaque parent, chacun d'eux hébergeant réellement et de manière égalitaire leurs enfants.

La Cour décide en conséquence que l'article 136 du Code des impôts sur les revenus 1992, lu en combinaison avec ses articles 257 et 258 tels qu'ils sont applicables en Région wallonne, viole les articles 10 et 11 de la Constitution en ce qu'il ne permet à aucune condition au contribuable isolé, hébergeant égalitairement ses enfants, de bénéficier d'une réduction partielle du précompte immobilier afférent à l'immeuble qu'il occupe.

### **37. Les délais de réimposition en cas d'annulation de la cotisation<sup>1</sup>** (arrêt n° 82/2011)

L'article 356 du CIR 1992, tel qu'il a été remplacé par l'article 2 de la loi du 22 décembre 2009 portant des dispositions fiscales, prévoit que « lorsqu'une décision du directeur des contributions ou du fonctionnaire délégué par lui fait l'objet d'un recours en justice, et que le juge prononce la nullité totale ou partielle de l'imposition pour une cause autre que la prescription, la cause reste inscrite au rôle pendant six mois à dater de la décision judiciaire. Pendant ce délai de six mois qui suspend les délais d'opposition, d'appel ou de cassation, l'administration peut soumettre à l'appréciation du juge par voie de conclusions, une cotisation subsidiaire à charge du même redevable et en raison de tout ou partie des mêmes éléments d'imposition que la cotisation primitive. Si l'administration soumet au juge une cotisation subsidiaire dans le délai de six mois précité, par dérogation à l'alinéa premier, les délais d'opposition, d'appel et de cassation commencent à courir à partir de la signification de la décision judiciaire relative à la cotisation subsidiaire. Lorsque l'imposition dont la nullité est prononcée par le juge, a donné lieu à la restitution d'un précompte ou d'un versement anticipé, il est tenu compte de cette restitution lors du calcul de la cotisation subsidiaire soumise à l'appréciation du juge. La cotisation subsidiaire n'est

<sup>1</sup> Sur cette matière, voir aussi le rapport 2009, pp. 126-128.

recouvrable ou remboursable qu'en exécution de la décision du juge. Lorsque la cotisation subsidiaire est établie dans le chef d'un redevable assimilé conformément à l'article 357, cette cotisation est soumise au juge par requête signifiée au redevable assimilé avec assignation à comparaître ». L'article 3 de la même loi du 22 décembre 2009 prévoit que « l'article 2 est immédiatement d'application quel que soit l'exercice d'imposition. Par dérogation à l'article 2 et pour les impositions qui ont été annulées totalement ou partiellement par le juge, pour une cause autre que la prescription, avant l'entrée en vigueur de la présente loi, les cotisations subsidiaires qui ont été introduites après clôture des débats, par requête signifiée au redevable conformément à l'article 356 du Code des impôts sur les revenus 1992 tel qu'il existait avant d'être modifié par l'article 2 de la présente loi ou l'article 261 du Code des impôts sur les revenus 1964, sont valablement soumises à l'appréciation du juge, à condition que les procédures aient été introduites dans les six mois de la décision judiciaire coulée en force de chose jugée. Cette disposition est immédiatement d'application ».

La *première* question préjudicielle dont la Cour a été saisie l'invitait à comparer la situation du contribuable qui voit l'imposition qui a été mise à sa charge annulée par une juridiction et celle du contribuable qui voit cette imposition annulée par le directeur régional des contributions directes ou le fonctionnaire délégué par lui. Dans le premier cas, en application de l'article 356 du CIR 1992, l'administration soumet une cotisation subsidiaire à l'appréciation du juge qui a annulé la cotisation primitive et le contribuable est privé de la possibilité d'introduire un recours administratif contre cette cotisation subsidiaire préalablement à la contestation judiciaire. En revanche, lorsque la cotisation primitive est annulée par le directeur régional des contributions directes ou le fonctionnaire délégué par lui, l'administration peut, en application de l'article 355 du CIR 1992, établir une nouvelle cotisation dans les trois mois de la date à laquelle la décision du directeur des contributions ou du fonctionnaire délégué n'est plus susceptible de recours en justice; dans cette hypothèse, le contribuable peut, contre cette nouvelle cotisation, introduire un recours administratif.

Cette différence de traitement entre les contribuables selon que l'annulation de la cotisation primitive a été prononcée par une

autorité administrative ou par une juridiction judiciaire a été instaurée par la loi du 15 mars 1999 relative au contentieux en matière fiscale, dont l'article 20 modifie l'article 355 du CIR 1992 en supprimant le droit pour l'administration d'établir une nouvelle cotisation au sens de cette disposition lorsque la cotisation primitive est annulée par une décision judiciaire. En corollaire, l'article 21 de la même loi modifie l'article 356 du CIR 1992 de manière, selon les travaux préparatoires, à faire « apparaître que la juridiction saisie est tenue de statuer sur la cotisation subsidiaire que l'administration peut soumettre à son appréciation »; l'objectif poursuivi par ces modifications était de faire avancer la procédure « de manière irréversible », de « créer un court-circuit pour accélérer la procédure et faire en sorte que la décision devienne définitive, soit pour, soit contre l'administration ».

L'article 356 du CIR 1992, en ce qu'il ne permet pas à l'administration, lorsque la cotisation primitive est annulée par une décision judiciaire, de réenrôler une nouvelle cotisation, mais lui impose de soumettre directement la cotisation subsidiaire à l'appréciation du juge, est conforme à l'objectif d'accélération de la procédure fiscale. Par rapport à cet objectif, le critère de distinction qui dépend du stade de la procédure auquel se trouve le contribuable au moment de l'annulation de la cotisation primitive est pertinent : en effet, lorsque le litige est porté devant le juge fiscal, la cotisation primitive a antérieurement fait l'objet d'une réclamation administrative, de sorte que le contribuable a déjà eu l'occasion de faire valoir ses arguments devant le directeur des contributions d'abord, et devant la juridiction saisie ensuite; celle-ci a eu connaissance du dossier et des arguments des parties et a annulé la cotisation primitive; il est justifié de prévoir, dans un souci d'accélération et de rationalisation de la procédure, que la même juridiction se prononce rapidement aussi sur la cotisation subsidiaire, sans devoir à nouveau passer par une étape administrative. Par ailleurs, la disposition en cause ne limite pas de manière disproportionnée les droits du contribuable qui peut directement faire valoir ses griefs contre la cotisation subsidiaire devant la juridiction qui a déjà connaissance de sa situation. En outre, l'établissement d'une nouvelle cotisation est exclu lorsque la violation de la règle légale concerne le délai de prescription. Enfin,

la cotisation doit être établie au nom du même contribuable et en raison de tout ou partie des mêmes éléments d'imposition.

La *seconde* question préjudicielle soumise à la Cour portait sur l'article 3 de la loi du 22 décembre 2009 : la juridiction *a quo* invitait la Cour à comparer la situation du contribuable à qui s'applique cette disposition transitoire, lequel serait tributaire du comportement de l'administration fiscale qui pourrait décider elle-même du moment auquel le délai de six mois pour soumettre au juge une cotisation subsidiaire commence à courir, avec la situation du contribuable à qui s'applique l'article 355 du CIR 1992, qui dispose de la garantie que l'administration ne pourra le réimposer que dans un délai de trois mois qui débute à la date à laquelle la décision du directeur des contributions n'est plus susceptible de recours en justice, soit à l'écoulement du délai fixé par l'article 1385 du Code judiciaire.

L'adoption de la loi du 22 décembre 2009 a été motivée par le fait que depuis la modification de l'article 356 du CIR 1992 par la loi du 15 mars 1999, les cours et tribunaux ne faisaient pas une application uniforme de cette disposition : une partie des juridictions estimaient que l'administration devait attendre le jugement ou l'arrêt prononçant la nullité de la cotisation primitive pour soumettre une cotisation subsidiaire au même juge, par le biais de l'introduction d'une nouvelle procédure judiciaire; dans cette hypothèse, aucun délai ne s'imposait à l'administration pour soumettre la cotisation subsidiaire à la juridiction; les autres juridictions estimaient, par contre, qu'elles devaient rendre d'abord un jugement interlocutoire par lequel elles prononçaient la nullité de la cotisation primitive, et rouvraient ensuite les débats pour permettre à l'administration de soumettre une cotisation subsidiaire et aux parties de conclure.

Saisie d'une question préjudicielle, la Cour a décidé, par son arrêt n° 158/2009<sup>1</sup>, que : « - Interprété en ce sens qu'il permet à l'administration fiscale de soumettre la cotisation subsidiaire à l'appréciation du juge dans le cadre d'une nouvelle instance, l'article 356 du Code des impôts sur les revenus 1992 viole les

<sup>1</sup> Voir la note 1, page 225.

articles 10 et 11 de la Constitution. - Interprété en ce sens qu'il permet uniquement à l'administration fiscale de soumettre la cotisation subsidiaire à l'appréciation du juge au cours de l'instance durant laquelle il est statué sur la nullité de la cotisation initiale, l'article 356 du Code des impôts sur les revenus 1992 ne viole pas les articles 10 et 11 de la Constitution ».

La loi du 22 décembre 2009 donne suite à cet arrêt : l'article 356 du CIR 1992 prévoit désormais que pendant un délai de six mois après l'annulation judiciaire de la cotisation primitive, la cause reste inscrite au rôle pour que l'administration soumette la cotisation subsidiaire à l'appréciation du juge par voie de conclusions. Le législateur a estimé, selon les travaux préparatoires, que le nouvel article 356 du CIR 1992 devait entrer immédiatement en vigueur, « vu la portée de l'arrêt de la Cour constitutionnelle et vu les différences dans l'application pratique de l'article 356 CIR 92 par les cours et tribunaux », étant donné que « le danger de prescription des impositions [était] réel si la disposition modifiée n'entr[ait] pas immédiatement en vigueur »; en outre, il a estimé nécessaire, « pour préserver les droits du Trésor, de prendre une mesure transitoire » : cette disposition prévoit que, par dérogation à la disposition nouvelle immédiatement applicable, « les cotisations subsidiaires qui ont été introduites après clôture des débats, par requête signifiée au redevable conformément à l'article 356, CIR 92 ancien, sont valablement soumises à l'appréciation du juge saisi, à condition que les procédures ont été introduites dans les six mois de la décision judiciaire coulée en force de chose jugée ».

Le législateur pouvait prévoir que le nouvel article 356 du CIR 1992 entrerait immédiatement en vigueur, d'autant plus qu'il s'agissait de remédier à une inconstitutionnalité constatée par la Cour. Il pouvait également faire en sorte d'éviter que des contribuables, à qui la version précédente de l'article 356 du CIR 1992 avait été appliquée dans son interprétation ultérieurement jugée inconstitutionnelle, n'échappent, à cause de l'entrée en vigueur immédiate de la nouvelle disposition, à l'impôt auquel ils étaient légalement tenus.

Contrairement à ce que laisse supposer la question préjudicielle, en fixant le point de départ du délai de six mois imparti à

l'administration fiscale pour saisir la juridiction d'une cotisation subsidiaire à la date à laquelle la décision judiciaire d'annulation totale ou partielle est passée en force de chose jugée, le législateur ne rend pas le contribuable complètement tributaire du comportement de l'administration. En effet, le contribuable peut lui-même, en faisant signifier la décision judiciaire d'annulation qui lui est favorable, faire courir les délais de recours contre cette décision et ainsi lui faire acquérir force de chose jugée : il n'est donc pas sans possibilité d'action à l'encontre de l'administration fiscale, dans l'hypothèse où celle-ci ne réagirait pas à la décision d'annulation dans un délai raisonnable. S'il devait dans ce cas s'acquitter des frais liés à la signification de la décision, cet inconvénient ne pourrait, en soi, être jugé contraire aux articles 10 et 11 de la Constitution, lus isolément ou en combinaison avec le principe général des droits de la défense et celui de la sécurité juridique.

La Cour décide en conséquence que l'article 356 du Code des impôts sur les revenus 1992 et l'article 3 de la loi du 22 décembre 2009 portant des dispositions fiscales ne violent pas les articles 10 et 11 de la Constitution.

**38. *Le principe de légalité en matière fiscale et la délégation au Roi - la cotisation annuelle à charge des sociétés destinée au statut social des travailleurs indépendants (arrêt n° 103/2011)***

Une cotisation forfaitaire unique de 7 000 francs à charge des sociétés a été instaurée, à l'origine, par l'article 78 de la loi du 26 juin 1992 portant des dispositions sociales et diverses, au profit du régime de sécurité sociale des travailleurs indépendants; par un arrêt n° 77/93, la Cour a rejeté le recours en annulation formé contre cette disposition.

L'article 91 de la loi du 30 décembre 1992 « portant des dispositions sociales et diverses » a remplacé cette cotisation unique par une cotisation annuelle; cette disposition a elle-même été remplacée par l'article 279 de la loi-programme du 22 décembre 2003 et prévoit désormais que « les sociétés sont tenues de verser une cotisation annuelle forfaitaire. Le Roi fixe, pour que ce soit d'application à

partir de 2004, par arrêté délibéré en Conseil des ministres, les cotisations dues par les sociétés, sans que celles-ci ne puissent toutefois dépasser 868 EUR. Pour ce faire, il peut opérer une distinction sur la base de critères qui tiennent notamment compte de la taille de la société ».<sup>1</sup>

La Cour a été interrogée au sujet de la compatibilité, avec les articles 10, 170, 171, 172 et 173 de la Constitution, de l'article 91 précité et de l'article 94, 8° et 9°, de la loi du 30 décembre 1992, en ce que ces articles octroieraient une habilitation trop large au Roi. L'article 94 prévoit que le Roi détermine, notamment « [...] 8° dans quels cas les sociétés peuvent être exemptées de l'application des dispositions du présent chapitre pour ce qui est de l'année ou des années où elles se trouvent en situation de liquidation, de faillite ou de réorganisation judiciaire; 9° quelles sociétés, constituées après le 1er janvier 1991, peuvent être exonérées, pendant les trois premières années après leur constitution, de l'obligation de cotisation prévue en vertu de ce chapitre et sous quelles conditions elles peuvent invoquer cette exonération. [...] ».

La Cour examine tout d'abord si la cotisation en cause doit être considérée comme un impôt ou comme une cotisation de sécurité sociale : en effet, ce n'est que dans le premier cas que peut être invoquée une violation des articles 170, 172 et 173 de la Constitution.

Les articles 170, 172 et 173 de la Constitution contiennent le principe de légalité en matière d'impôts et de rétributions; ils ne sont pas applicables aux cotisations à la sécurité sociale. Bien que les impôts et les cotisations de sécurité sociale puissent avoir des caractéristiques communes, du fait de leur caractère obligatoire, ils diffèrent toutefois fondamentalement : les impôts servent à couvrir les dépenses générales d'intérêt public, tandis que les cotisations de sécurité sociale sont exclusivement affectées au financement de régimes d'allocations de remplacement ou de complément des revenus du travail. Le paiement de la cotisation en cause ne fait pas naître de droits complémentaires sur le plan de la sécurité sociale,

<sup>1</sup> Au sujet de cette disposition, voir l'arrêt n° 142/2010, et le rapport 2010, pp. 101-105.

de sorte qu'un lien avec la sécurité sociale des personnes redevables fait défaut : il s'ensuit que la cotisation en cause n'est pas une cotisation à la sécurité sociale, mais un impôt au sens des articles 170 et 172 de la Constitution; ce constat n'est pas remis en cause par le fait que le produit de cette cotisation est destiné au financement du régime de la sécurité sociale des travailleurs indépendants, ni par la déductibilité fiscale de cette cotisation.

Il se déduit de l'article 170, § 1er, et de l'article 172, alinéa 2, de la Constitution qu'aucun impôt ne peut être levé et qu'aucune exemption d'impôt ne peut être accordée sans qu'ait été recueilli le consentement des contribuables exprimé par leurs représentants : il s'ensuit que la matière fiscale est une compétence que la Constitution réserve à la loi et que toute délégation qui porte sur la détermination d'un des éléments essentiels de l'impôt est, en principe, inconstitutionnelle. Ces dispositions constitutionnelles ne vont toutefois pas jusqu'à obliger le législateur à régler lui-même chacun des aspects d'un impôt ou d'une exemption : une délégation conférée à une autre autorité n'est pas contraire au principe de légalité, pour autant qu'elle soit définie de manière suffisamment précise et qu'elle porte sur l'exécution de mesures dont les éléments essentiels ont été fixés préalablement par le législateur; font ainsi partie des éléments essentiels de l'impôt, la désignation des contribuables, la matière imposable, la base d'imposition, le taux d'imposition et les éventuelles exonérations d'impôt.

En vertu des dispositions en cause, les sociétés sont redevables d'une cotisation forfaitaire annuelle qui doit être considérée comme un impôt et le Roi est habilité à fixer le montant de cette cotisation, étant entendu qu'elle ne peut être supérieure à 868 euros; ces dispositions reviennent à habiliter le Roi à fixer *in concreto* un élément essentiel de l'impôt, à savoir le taux d'imposition. Toutefois, le législateur a inscrit dans la loi non seulement le principe de l'imposition forfaitaire, mais également le montant maximum de cet impôt; le législateur a uniquement entendu laisser au Roi le soin de fixer le tarif, sur la base de critères qui tiennent compte de la taille de la société. Cependant, il se déduit du mot « notamment » figurant à l'article 91, alinéa 2, deuxième phrase, en cause, que le Roi pourrait prendre en considération d'autres critères que la taille de la société. En conséquence, l'article 91 en cause n'est

pas compatible avec le principe de légalité inscrit à l'article 170, § 1er, de la Constitution, mais uniquement en ce qu'il contient le mot « notamment ».

En ce qui concerne l'article 94, 8°, de la loi du 30 décembre 1992, tel qu'il a été modifié par l'article 17 de l'arrêté royal du 19 décembre 2010 portant exécution de l'article 84 de la loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises, cette disposition prévoit, comme il a déjà été relevé, que le Roi détermine « dans quels cas les sociétés peuvent être exemptées de l'application des dispositions du présent chapitre pour ce qui est de l'année ou des années où elles se trouvent en situation de liquidation, de faillite ou de réorganisation judiciaire »; il a été donné exécution à cette disposition par l'article 3, § 1er, de l'arrêté royal du 15 mars 1993 « pris en exécution du chapitre II du titre III de la loi du 30 décembre 1992 portant des dispositions sociales et diverses, relatif à l'instauration d'une cotisation annuelle à charge des sociétés, destinée au statut social des travailleurs indépendants », modifié par l'article 3 de l'arrêté royal du 31 juillet 2004 et par l'article 57 de l'arrêté royal précité du 19 décembre 2010<sup>1</sup>. L'article 94, 9°, de la même loi prévoit, ainsi qu'il a déjà été noté, que le Roi détermine « quelles sociétés, constituées après le 1er janvier 1991, peuvent être exonérées, pendant les trois premières années après leur constitution, de l'obligation de cotisation prévue en vertu de ce chapitre et sous quelles conditions elles peuvent invoquer cette exonération »; il a été donné exécution à cette disposition par l'article 7 de l'arrêté royal précité du 15 mars

<sup>1</sup> Au terme duquel « les sociétés qui se trouvent dans une des situations visées ci-après ne sont pas redevables de la cotisation visée à l'article 91 de la loi à partir de l'année de cotisation au cours de laquelle elles se trouvent dans cette situation : 1° elles ont été déclarées en faillite par jugement du tribunal de commerce; [...] 3° elles font l'objet d'une réorganisation judiciaire qui a été homologuée par le tribunal de commerce et qui n'a pas été annulée ou résolue; 4° elles se trouvent en situation de liquidation et l'extrait de l'acte déterminant le mode de liquidation a été publié dans les annexes au *Moniteur belge* ».

1993, modifié par l'article 1er de l'arrêté royal du 18 avril 1994 et par l'article 5 de l'arrêté royal du 31 juillet 2004 »<sup>1</sup>.

Etant donné que les éventuelles exonérations ou exemptions d'impôt font partie des éléments essentiels d'un impôt, le principe de la légalité en matière fiscale exige que la loi contienne des critères précis, non équivoques et clairs au moyen desquels il peut être déterminé quel contribuable peut bénéficier ou non de l'exemption ou de l'exonération.

L'article 94, 8°, précité s'applique uniquement aux sociétés qui se trouvent en situation de liquidation, de faillite ou de réorganisation judiciaire; en outre, cette exemption s'applique seulement pour l'année ou les années où elles se trouvent dans cette situation; enfin, la disposition en cause précise que les sociétés en question sont « exemptées de l'application des dispositions du présent chapitre », de sorte que l'exemption est complète. Bien qu'aux termes de cette disposition, le Roi doit déterminer « dans quels cas » des sociétés se trouvant dans une situation de liquidation, de faillite ou de réorganisation judiciaire sont exemptées, le législateur a souhaité exempter toutes les sociétés qui se trouvent dans une telle situation, considérant que ces sociétés ne disposent plus des moyens financiers nécessaires pour payer la cotisation : par conséquent, le Roi ne dispose pas d'un pouvoir discrétionnaire pour exempter certaines sociétés se trouvant dans cette situation et non d'autres ; les cas à déterminer par le Roi concernent seulement des éléments procéduraux, comme le fait que la réorganisation judiciaire doit avoir été homologuée par le tribunal de commerce et le fait que l'acte déterminant le mode de liquidation doit avoir été publié aux annexes du *Moniteur belge*. Par conséquent, l'article 94, 8°, satisfait aux conditions mentionnées ci-dessus.

<sup>1</sup> Aux termes duquel « les sociétés de personnes inscrites comme entreprise commerciale dans la Banque Carrefour des Entreprises et créées après le 1er janvier 1991, peuvent être exonérées de l'obligation de cotiser pendant les trois premières années à compter à partir de l'année de leur création. Elles ne pourront bénéficier de cette exonération que si le gérant ou les gérants, ainsi que la majorité des associés actifs qui ne sont pas gérants, n'ont pas été, au cours des dix années qui précèdent la création de la société, assujettis à l'arrêté royal n° 38 du 27 juillet 1967 organisant le statut social des travailleurs indépendants pendant plus de trois années. Les sociétés de personnes qui souhaitent recourir à cette possibilité doivent fournir à la caisse d'assurances sociales à laquelle elles sont affiliées les preuves établissant qu'elles réunissent les conditions visées à l'alinéa 1er ».

Quant à l'article 94, 9°, bien qu'il précise qu'une société doit avoir été constituée après le 1er janvier 1991 pour être exonérée de l'obligation de cotisation et que cette exonération est limitée aux trois premières années après la constitution, il ressort de cette disposition et, en particulier, du mot « quelles », que l'intention du législateur n'était pas d'exonérer pendant trois ans de l'obligation de cotisation toutes les sociétés constituées après le 1er janvier 1991; au cours des travaux préparatoires de la disposition en cause, il a été observé à ce sujet qu'« une intervention partielle est accordée aux sociétés créées depuis le 1er janvier 1991 » : à cet égard, le législateur tentait surtout d'aider les entreprises débutantes qui ne disposent d'aucun revenu; l'article 7 précité de l'arrêté royal du 15 mars 1993 a, du reste, limité l'exonération à certaines sociétés de personnes. Sous réserve du fait qu'il doit s'agir de sociétés constituées après le 1er janvier 1991, la disposition en cause ne contient toutefois aucun critère au regard duquel le Roi peut déterminer quelles sont les sociétés qui, au sein de cette catégorie de sociétés, sont exonérées de l'obligation de cotisation : il en découle que l'article 94, 9°, n'est pas compatible avec le principe de légalité consacré par l'article 172, alinéa 2, de la Constitution.

En conclusion, la Cour décide que l'article 91 de la loi du 30 décembre 1992 portant des dispositions sociales et diverses, tel qu'il a été modifié par l'article 279 de la loi-programme du 22 décembre 2003, viole l'article 170 de la Constitution - mais uniquement dans la mesure où il contient le mot « notamment » - et que l'article 94, 9°, de la même loi viole l'article 172, alinéa 2, de la Constitution; elle décide en revanche que l'article 94, 8°, de la même loi ne viole pas l'article 172, alinéa 2, de la Constitution.

**39. Les droits de succession dus par les héritiers, légataires et donataires universels**  
(arrêt n° 162/2011)

La Cour a été interrogée sur la compatibilité, avec les articles 10, 11 et 16 de la Constitution et avec l'article 1er du Premier Protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme, de l'article 70, lu en combinaison avec l'article 8, du Code des droits de succession.

Les dispositions précitées traitent de manière identique les héritiers, légataires et donataires universels dans la succession d'un habitant du Royaume appelés à acquitter, chacun en proportion de leur part héréditaire, les droits de succession dus par les légataires ou donataires, sans distinguer suivant qu'ils sont en concours avec des légataires particuliers auxquels le legs doit être délivré et dont il est par conséquent possible de s'assurer qu'ils acquitteront les droits de succession, ou avec des bénéficiaires du capital d'une assurance-vie souscrite par le défunt, auxquels le capital est versé sans l'intervention des héritiers, légataires et donataires universels qui ne sont donc pas en mesure de s'assurer de la même garantie. La Cour vérifie si cette situation porte atteinte au principe d'égalité et de non-discrimination et au droit de propriété des héritiers, légataires et donataires universels.

Le droit de succession est un impôt qui naît au décès d'un habitant du Royaume et qui est établi sur la valeur, déduction faite des dettes, de tout ce qui est recueilli dans la succession de cet habitant du Royaume (articles 1er et 15 du Code des droits de succession). Les droits de succession sont levés sur l'universalité des biens transmis par héritage, sans distinguer si ceux-ci sont transmis ensuite de dévolution légale, de disposition testamentaire ou d'institution contractuelle (article 2 du Code des droits de succession).

L'article 8 du Code des droits de succession établit une fiction selon laquelle les sommes, rentes ou valeurs qu'une personne est appelée à recevoir à titre gratuit au décès du défunt en vertu d'un contrat renfermant une stipulation à son profit par le défunt ou par un tiers sont considérées comme recueillies à titre de legs, et font dès lors partie de l'actif de la succession; en conséquence, des droits de succession sont dus sur ces sommes. L'article 70, alinéa 1er, du Code des droits de succession détermine la mesure de l'obligation à la dette de droits de succession des héritiers, légataires et donataires; la mesure de leur contribution à la dette est déterminée par l'article 75 du même Code, qui dispose que « les droits de succession et de mutation par décès, s'il n'y a des dispositions à ce contraires, sont supportés par les héritiers, légataires et donataires, chacun pour ce qu'il recueille ».

Alors que l'article 75 procède du souci de répartir la charge des droits de succession en fonction de l'avantage dévolu aux bénéficiaires, l'article 70, alinéa 2, constitue - à côté notamment des sûretés réelles dont les modalités sont prévues par les articles 84 à 93 du Code des droits de succession - une garantie qui vise à assurer l'Etat du recouvrement de ces droits et qui trouve son origine dans l'article 2 de la loi du 27 décembre 1817 pour la perception des droits de succession, laquelle visait à assurer les intérêts du Trésor. Il résulte de ces dispositions que, si la dette de droits de succession est conçue comme une dette individuelle de chaque héritier, légataire ou donataire, en fonction de la part que chacun recueille dans la succession, les garanties prévues pour le recouvrement des droits de succession portent, compte tenu de ce que les héritiers et légataires universels ont vocation à recueillir toute la succession, sur les biens successoraux dans leur globalité, sans distinguer dans le patrimoine de quel successeur ces biens sont transférés ou appelés à l'être. L'assiette de la garantie pour le recouvrement des droits de succession est donc indépendante de la dévolution successorale, puisqu'elle est déterminée par les droits du défunt sur les biens qu'il laisse à son décès et non par les droits des héritiers, légataires ou donataires sur les biens transmis.

Les dispositions en cause peuvent en outre se justifier par la crainte de négligences ou de fraudes aboutissant à faire échapper à l'impôt l'objet des legs particuliers; elles ne portent pas, par elles-mêmes, une atteinte disproportionnée aux droits des intéressés, les héritiers, donataires et légataires universels ayant la faculté, lorsque le legs particulier doit être délivré, de s'assurer que le bénéficiaire acquittera les droits de succession y afférents, et disposant contre celui-ci du recours prévu à l'article 75 du Code. Par elles-mêmes, les dispositions en cause ne portent donc atteinte ni au principe d'égalité et de non-discrimination, ni au droit de propriété garanti par les dispositions auxquelles la question préjudicielle se réfère.

Toutefois, lorsque le capital d'une assurance-vie, assimilé à un legs, est délivré au bénéficiaire sans l'intervention des héritiers tenus à la dette, ceux-ci - qui peuvent avoir accepté la succession sans avoir connaissance de l'existence de l'assurance-vie mais qui, celle-ci n'étant pas instituée par testament, ne peuvent exercer la faculté de renoncer à la succession prévue par l'article 783 du Code civil

lorsqu'un legs ignoré d'héritiers qui ont accepté la succession a une valeur supérieure à celle de la moitié de cette succession - n'ont pas la possibilité de s'assurer que le bénéficiaire acquittera les droits de succession, alors pourtant que le lien familial pouvant les unir au défunt - d'une manière souvent plus étroite que le lien unissant celui-ci au légataire - leur permet de bénéficier de l'avantage de droits de succession relativement moins élevés. Dans cette hypothèse, les dispositions en cause sont discriminatoires en ce qu'elles traitent de manière identique les deux catégories d'héritiers en cause et peuvent, en ce qui concerne l'une d'entre elles, porter une atteinte disproportionnée au droit de propriété.

La Cour décide en conséquence que l'article 70, lu en combinaison avec l'article 8, du Code des droits de succession viole les articles 10, 11 et 16 de la Constitution, en ce qu'il prévoit que les héritiers, légataires et donataires universels dans la succession d'un habitant du Royaume sont tenus ensemble, chacun en proportion de sa part héréditaire, de la totalité des droits et intérêts dus par les légataires et donataires à titre universel ou à titre particulier, même lorsque les premiers n'ont pas eu la possibilité de s'assurer que les seconds acquitteront les droits et intérêts dont ils sont redevables.

La Cour avait également été interrogée sur la différence de traitement entre héritiers suivant que le défunt était ou non habitant du Royaume en ce que, dans le second cas, ils ne sont pas tenus au paiement des droits dus par le légataire à titre particulier. Compte tenu du constat de violation auquel elle a précédemment conclu, la Cour n'examine plus la différence de traitement en cause dans l'hypothèse dans laquelle les héritiers n'ont pas eu la possibilité de s'assurer du paiement, par le légataire, des droits de succession dont il est redevable.

La circonstance que les obligations pesant sur les héritiers d'un défunt qui était un habitant du Royaume sont plus lourdes que celles pesant sur les ayants droit d'un défunt qui ne l'était pas se justifie par la circonstance que ceux-ci sont, en vertu de l'article 38, 2°, du Code des droits de succession, tenus de déposer une déclaration de succession portant sur les biens immeubles situés en Belgique qui leur échoient et d'acquitter à cette occasion un droit de mutation par décès. Dès lors que la déclaration de succession

permet ainsi de garantir les droits du Trésor, les deux catégories d'héritiers visées par la question préjudicielle se trouvent dans des situations essentiellement différentes justifiant que seuls les héritiers d'un habitant du Royaume soient tenus à l'obligation que leur imposent les dispositions en cause.

**40. Les taxes communales relatives aux antennes GSM  
(arrêt n° 189/2011)**

Comme son intitulé l'indique, la loi du 21 mars 1991 porte réforme de certaines entreprises publiques économiques.

L'article 97, § 1er, de la loi du 21 mars 1991 autorise tout opérateur d'un réseau public de télécommunications à faire usage du domaine public et des propriétés pour établir des câbles, lignes aériennes et équipements connexes et exécuter tous les travaux y afférents, dans le respect de leur destination et des dispositions légales et réglementaires régissant leur utilisation; font partie de ces travaux, ceux qui sont nécessaires au maintien, à la modification, à la réparation, à l'enlèvement et au contrôle des câbles, lignes aériennes et équipements connexes.

L'article 98, § 2, de la même loi est dicté, selon les travaux préparatoires, par le souci « d'éviter une répétition de certains litiges » qui sont apparus dans le passé entre une autorité publique dont dépend le domaine public et Belgacom (désormais, depuis la modification législative du 19 décembre 1997, tout opérateur public de télécommunications). Il ressort des termes de l'article 98, § 2, alinéa 1er, que l'autorité dont dépend le domaine public ne peut imposer aux opérateurs d'un réseau public de télécommunications aucun impôt, taxe, péage, rétribution ou indemnité de quelque nature que ce soit pour le seul usage du domaine public et seulement pour l'installation des câbles, lignes aériennes et équipements connexes.

La Cour a été interrogée sur le point de savoir si les articles 97 et 98 de cette loi violent l'article 170, § 4, de la Constitution, dans l'interprétation selon laquelle elles empêcheraient les communes de lever, à charge des opérateurs de réseaux publics de

télécommunications, toute taxe liée aux antennes GSM et aux infrastructures nécessaires à leur fonctionnement; seul l'article 98, § 2, de la loi précitée est dès lors en cause.

La question préjudicielle vise à déterminer les limites de la compétence fiscale du législateur fédéral au regard de l'autonomie fiscale des communes consacrée par l'article 170, § 4, alinéa 1er, de la Constitution.

En vertu de l'article 170, § 4, alinéa 2, de la Constitution, la loi peut « [déterminer] les exceptions dont la nécessité est démontrée » à l'égard des impositions qui sont établies pour les besoins d'une commune. Conformément à cette disposition, l'agglomération, la fédération des communes et la commune disposent d'une compétence fiscale autonome, sauf lorsque la loi a déterminé ou détermine ultérieurement les exceptions dont la nécessité est démontrée. L'on peut déduire des travaux préparatoires de l'article 170 de la Constitution que le Constituant entendait, en adoptant la règle contenue à l'alinéa 2 de l'article 170, § 4, prévoir une « sorte de mécanisme de défense » de l'Etat « à l'égard des autres niveaux de pouvoir, de manière à se réserver une matière fiscale propre »; cette règle a également été décrite par le Premier ministre comme un « mécanisme régulateur ». Aux termes de la Constitution, l'exercice de la compétence du législateur fédéral visée à l'article 170, § 4, est toutefois lié à la condition que la « nécessité » en soit démontrée. La loi prise sur cette base constitutionnelle doit être interprétée restrictivement dès lors qu'elle limite l'autonomie fiscale des communes.

L'article 98, § 2, de la loi du 21 mars 1991 garantit la gratuité de l'usage privatif du domaine public par les opérateurs de réseaux publics de télécommunications et interdit que les communes obtiennent une rémunération en contrepartie de l'usage privatif du domaine public qu'elles autorisent en l'espèce pour cet objet. La nécessité de l'intervention législative fédérale n'est donc établie qu'à l'égard de l'utilisation du domaine public et pour les seules installations visées par l'article 98, § 2.

Dans l'interprétation du juge *a quo* selon laquelle l'article 98, § 2, précité interdit également aux communes de lever une taxe sur les

pylônes, mâts ou antennes GSM affectés, sur leur territoire, à la réalisation d'une opération de télécommunications, cette disposition viole l'article 170, § 4, de la Constitution : en effet, interprétée de la sorte, la disposition en cause limite le pouvoir fiscal des communes garanti par l'article 170, § 4, de la Constitution au-delà de ce qui est nécessaire. La Cour décide en conséquence que, dans l'interprétation selon laquelle l'article 98, § 2, de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques interdit aux communes de taxer, pour des motifs budgétaires ou autres, l'activité économique des opérateurs de télécommunications qui se matérialise sur le territoire de la commune par la présence de pylônes, mâts ou antennes GSM affectés à cette activité, cette disposition viole l'article 170, § 4, de la Constitution.

La Cour poursuit toutefois en relevant que la disposition en cause peut être interprétée autrement. Il convient à cet égard de rappeler que ni l'article 170, § 4, de la Constitution ni aucune autre disposition législative n'exige l'existence d'un lien particulier entre la taxe communale et les compétences matérielles des communes. Les antennes GSM, les mâts ou les pylônes supportant ces antennes doivent être distingués des câbles, lignes aériennes et équipements connexes visés par les articles 97 et 98 précités, et n'entrent donc pas dans le champ d'application de l'usage du domaine public couvert par ces dispositions. Il résulte de ceci que l'article 98, § 2, en cause n'interdit pas aux communes de taxer, pour des motifs budgétaires ou autres, l'activité économique des opérateurs de télécommunications qui se matérialise sur le territoire de la commune par la présence sur le domaine public ou privé de pylônes, mâts ou antennes GSM affectés à cette activité. La Cour décide dès lors que, dans cette interprétation - selon laquelle l'article 98, § 2, n'interdit pas aux communes de taxer, pour des motifs budgétaires ou autres, l'activité économique des opérateurs de télécommunications qui se matérialise sur le territoire de la commune par la présence de pylônes, mâts ou antennes GSM affectés à cette activité -, cette disposition ne viole pas l'article 170, § 4, de la Constitution.



## XI. DROIT DE L'ENVIRONNEMENT<sup>1</sup>

### 41. La dérogation à l'affectation des lieux prescrite par un plan de secteur – Installation antérieure au plan de secteur (arrêt n° 98/2011)

L'article 132bis du Code wallon de l'aménagement du territoire, de l'urbanisme et du patrimoine (ci-après CWATUP)<sup>2</sup> fait partie d'une section intitulée « Des permis en relation avec d'autres polices administratives » et vise à régler le sort de certains « projets mixtes », pour la réalisation desquels il est nécessaire d'obtenir à la fois un acte qui relève de la police de l'urbanisme et un acte relevant d'une autre police, par exemple de la police de l'environnement. La plupart des projets mixtes qui requièrent pour leur réalisation l'octroi d'un permis d'urbanisme et d'un permis d'environnement, sont soumis au régime du permis unique, visé à l'article 81, § 1er, du décret du 11 mars 1999 relatif au permis d'environnement; seuls les projets portant sur des établissements temporaires, d'essai, ou relatifs à des biens immobiliers visés à l'article 109 du CWATUP (les « biens immobiliers inscrits sur la liste de sauvegarde, classés, situés dans une zone de protection visée à l'article 209 ou localisés dans un site repris à l'inventaire des sites archéologiques visé à l'article 233 ») ne peuvent faire l'objet d'un permis unique. Le régime du permis unique n'est pas applicable au projet qui fait l'objet du litige pendant devant le Conseil d'Etat - qui, comme il sera relevé ci-après, a interrogé la Cour -, le bien concerné étant repris à l'inventaire du patrimoine monumental de la Belgique et situé dans le périmètre du site classé de la « bataille de Waterloo ». En principe, un permis d'environnement ne peut être délivré qu'en conformité aux plans d'aménagement du territoire qui ont valeur

<sup>1</sup> Voir aussi, dans le chapitre II, point 14 du présent rapport, l'arrêt n° 75/2011.

<sup>2</sup> Dans sa version applicable au litige pendant devant le juge *a quo*, l'article 132bis prévoit que « Les dérogations accordées en application de la section 2 et de la section 9 du présent chapitre sont applicables aux actes relevant d'autres législations qui sont relatifs au même projet. La poursuite des activités autorisées par un permis délivré avant l'entrée en vigueur d'un plan et qui ne correspondent pas aux prescriptions de ce plan est admise jusqu'à l'expiration du délai de validité du permis. Le renouvellement de cette autorisation peut être accordé par l'autorité compétente dans une mesure compatible avec la destination générale de la zone considérée, son caractère architectural et l'option urbanistique visée par lesdites prescriptions ».

réglementaire : un tel permis ne peut donc être délivré pour une activité non conforme à l'affectation de la zone dans laquelle l'exploitation est sise, que si une dérogation au plan de secteur a été demandée et obtenue. Il est possible d'obtenir une dérogation au plan de secteur sur la base des articles 110 à 112 du CWATUP dans l'hypothèse d'un projet mixte requérant la délivrance d'un permis unique conformément à l'article 97, alinéa 3, 3ème tiret, du décret du 11 mars 1999. Pour les projets mixtes auxquels le régime du permis unique n'est pas applicable - soit ceux nécessitant à la fois l'octroi d'un permis d'urbanisme et d'un permis d'environnement - l'article 132*bis* en cause crée le lien, lorsqu'une dérogation aux règles d'urbanisme est nécessaire, entre le permis d'urbanisme et le permis d'environnement : la dérogation peut être accordée dans le permis d'urbanisme sur la base des articles 110 à 114 ou 127 du CWATUP, et elle est applicable, en vertu de l'article 132*bis* précité, à la demande de permis d'environnement relative au même projet.

La Cour a été interrogée par le Conseil d'Etat au sujet de la différence de traitement qui résulterait de la disposition précitée entre les projets qui requièrent, pour leur réalisation, à la fois un permis d'urbanisme et un permis d'environnement, et les projets qui ne nécessitent que l'obtention d'un permis d'environnement : lorsque l'exploitation projetée n'est pas conforme aux prescriptions du plan de secteur, une dérogation peut être demandée et obtenue lorsque les deux permis sont nécessaires, alors qu'il n'est pas possible, dans l'hypothèse où seul un permis d'environnement est requis, d'obtenir une dérogation à la destination de la parcelle définie au plan de secteur.

La différence de traitement en cause repose sur le critère du type de permis qui est sollicité, la dérogation au plan de secteur ne pouvant être demandée et obtenue que lorsqu'un permis d'urbanisme doit être délivré. Il n'est pas dénué de pertinence de ne permettre l'octroi, dans un permis, d'une dérogation aux prescriptions du plan de secteur que par l'autorité qui est compétente pour ce faire, à savoir par le fonctionnaire-délégué ou par le Gouvernement lui-même : à la différence de la procédure d'examen d'une demande de permis d'environnement, dans le cadre de laquelle le fonctionnaire-délégué ne donne qu'un avis sur la compatibilité du projet nécessitant le permis d'environnement avec les prescriptions

du plan de secteur, la procédure relative au permis d'urbanisme exige que la dérogation soit accordée ou refusée par l'autorité habilitée à statuer sur les enjeux urbanistiques présentés par le projet; en outre, la procédure d'examen d'une demande de permis d'environnement n'offre pas des garanties procédurales équivalentes à celles prévues par l'article 114 du CWATUP pour les demandes de permis d'urbanisme comportant une dérogation au plan de secteur. Pour ces raisons, il est justifié que le législateur décretaal ait voulu éviter une immixtion dans la police de l'urbanisme d'une autre autorité, au terme d'une procédure différente, afin d'assurer la cohérence de l'ensemble de la politique de l'urbanisme en Région wallonne.

Néanmoins, une difficulté apparaît dans le cas spécifique de l'exploitation d'une activité ou d'une installation qui, au moment où elle a débuté, n'était pas soumise et, dès lors, n'était pas contraire aux prescriptions d'un plan de secteur et ne requérait pas de permis d'environnement : si, en cours d'exploitation, un plan de secteur est adopté et situe l'exploitation dans une zone dont l'affectation n'admet pas cette activité ou cette installation, et si, ultérieurement, cette exploitation vient à être classée parmi les activités nécessitant désormais un permis d'environnement, ce dernier, devant respecter le plan de secteur intervenu entre-temps, ne peut être délivré que moyennant une dérogation à ce plan de secteur. Or, dans cette hypothèse, l'exploitant ne devant pas obtenir de permis d'urbanisme pour continuer une exploitation qui était régulière sur le plan urbanistique au moment où elle a débuté, il se trouve dans l'impossibilité d'obtenir un tel permis d'environnement dérogatoire. L'exploitant qui se trouve dans la situation prédécrite est traité différemment de l'exploitant qui, parce qu'il souhaite commencer une exploitation semblable, doit solliciter la délivrance d'un permis d'urbanisme et peut, à cette occasion, demander une dérogation aux prescriptions du plan de secteur et en faire bénéficier le permis d'environnement subséquent. Rien ne justifie cette différence de traitement, qui est dès lors contraire aux articles 10 et 11 de la Constitution.

Cette discrimination ne trouve toutefois pas son origine dans l'article 132*bis* du CWATUP, mais bien dans l'absence d'un mécanisme, présentant des garanties analogues à celles qui

entourent l'octroi d'une dérogation au plan de secteur à l'occasion de la délivrance d'un permis d'urbanisme, permettant à l'exploitant d'une installation existante qui est antérieure au plan de secteur et qui vient à être classée ultérieurement de demander une dérogation à l'affectation des lieux prescrite par le plan de secteur. Il revient au législateur décretaal wallon de remédier à cette discrimination.

La Cour décide en conséquence, d'une part que, l'article 132*bis* du Code wallon de l'aménagement du territoire, de l'urbanisme et du patrimoine ne viole pas les articles 10 et 11 de la Constitution et que, d'autre part, l'absence d'un mécanisme, présentant des garanties analogues à celles qui entourent l'octroi d'une dérogation au plan de secteur à l'occasion de la délivrance d'un permis d'urbanisme, permettant à l'exploitant d'une installation existante qui est antérieure au plan de secteur et qui vient à être classée ultérieurement de demander une dérogation à l'affectation des lieux prescrite par le plan de secteur, viole les articles 10 et 11 de la Constitution.

## XII. DROIT DES SANCTIONS

### 42. *L'amende administrative sanctionnant des infractions en matière d'environnement dans la Région de Bruxelles-Capitale* (arrêt n° 44/2011)

La Cour a été interrogée sur la compatibilité, avec les articles 10 et 11 de la Constitution, de l'article 33, 7°, b), de l'ordonnance de la Région de Bruxelles-Capitale du 25 mars 1999 relative à la recherche, la constatation, la poursuite et la répression des infractions en matière d'environnement, lu en combinaison avec l'article 20 de l'ordonnance du 17 juillet 1997 relative à la lutte contre le bruit en milieu urbain. Aux termes de l'article 33, 7°, b), précité, la personne qui, au sens de l'ordonnance du 17 juillet 1997, crée directement ou indirectement ou laisse perdurer une gêne sonore dépassant les normes fixées par le Gouvernement peut se voir infliger une amende administrative de 625 euros à 62 500 euros; l'article 20, 4°, de l'ordonnance précitée du 17 juillet 1997 dispose que la personne qui crée directement ou indirectement ou laisse perdurer une gêne sonore dépassant les normes fixées par le Gouvernement est punie d'une amende de 0,25 euro à 75 euros.

Une première question portait sur la circonstance que l'infraction visée par l'article 33, 7°, b), en cause est punissable d'une amende administrative d'un montant supérieur à l'amende qui serait infligée, pour le même délit, dans le cadre de poursuites pénales, après application des décimes additionnels.

Les amendes administratives visées par ledit article 33, 7°, b), sont de nature pénale au sens de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme; la Cour doit dès lors prendre en compte, dans le contrôle qu'elle exerce au regard des articles 10 et 11 de la Constitution, les garanties contenues dans cet article 6 et, notamment, la garantie qu'un juge indépendant et impartial puisse exercer un contrôle de pleine juridiction sur l'amende infligée par l'autorité administrative compétente. L'appréciation de la gravité d'un manquement et la sévérité avec laquelle ce manquement peut être puni relèvent du pouvoir d'appréciation du législateur; il peut

imposer des peines particulièrement lourdes dans des matières où les infractions sont de nature à porter gravement atteinte aux droits fondamentaux des individus et aux intérêts de la collectivité. C'est dès lors au législateur qu'il appartient de fixer les limites et les montants à l'intérieur desquels le pouvoir d'appréciation de l'administration et, par conséquent, celui de la juridiction, doit s'exercer : la Cour ne pourrait censurer un tel système que s'il était manifestement déraisonnable (arrêt n° 93/2008, B.15.3), notamment parce qu'il porterait une atteinte disproportionnée au principe général qui exige qu'en matière de sanctions rien de ce qui appartient au pouvoir d'appréciation de l'administration n'échappe au contrôle du juge (arrêt n° 138/2006<sup>1</sup>), ou au droit au respect des biens lorsque la loi prévoit un montant disproportionné et n'offre pas un choix qui se situerait entre cette peine, en tant que peine maximale, et une peine minimale (arrêt n° 81/2007<sup>2</sup>)<sup>3</sup>. Hormis de telles hypothèses, la Cour empiéterait sur le domaine réservé au législateur si, en s'interrogeant sur la justification des différences qui existent entre les nombreux textes législatifs prévoyant des sanctions pénales ou administratives, elle ne limitait pas son examen, en ce qui concerne l'échelle des peines, aux cas dans lesquels le choix du législateur contient une incohérence telle qu'il aboutit à une différence de traitement manifestement déraisonnable.

La Cour constate toutefois que le minimum de l'amende administrative est fixé à 625 euros tandis que le maximum de l'amende est fixé à 62 500 euros. En revanche, la même infraction faisant l'objet de poursuites pénales peut donner lieu à une amende dont le montant peut varier de 0,25 euro à 75 euros, ce qui représente, compte tenu des décimes additionnels, une amende de 1,375 à 412,50 euros.

Il ressort de la jurisprudence du Conseil d'Etat qu'il procède à un contrôle juridictionnel approfondi, tant au regard de la loi qu'au regard des principes généraux du droit. Le Conseil d'Etat examine à cet égard si la décision de l'autorité soumise à son contrôle est

<sup>1</sup> Voir le rapport 2006, pp. 91-94.

<sup>2</sup> Voir le rapport 2007, pp. 75-79.

<sup>3</sup> En ce qui concerne la jurisprudence de la Cour en la matière, voir également le rapport 2008, pp. 107-109 et le rapport 2009, pp. 187-192.

fondée en fait, si elle procède de qualifications juridiques correctes et si la sanction infligée n'est pas manifestement disproportionnée par rapport au fait établi; lorsqu'il annule cette dernière décision, l'autorité est tenue de se conformer à l'arrêt du Conseil d'Etat : si l'autorité prend une nouvelle décision, elle ne peut méconnaître les motifs de l'arrêt annulant la première décision; si elle s'en tient à l'annulation, l'intéressé est réputé ne pas avoir fait l'objet d'une sanction; en outre, le Conseil d'Etat peut, dans les conditions prévues par l'article 17 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, ordonner la suspension de l'exécution de la décision d'imposer les sanctions, le cas échéant en statuant en extrême urgence. Les justiciables disposent donc d'un recours effectif, devant une juridiction indépendante et impartiale, contre la sanction administrative qui peut leur être infligée. La disposition en cause prévoit une amende administrative de 62 500 euros au maximum et de 625 euros au minimum : de la sorte, la disposition en cause permet à l'administration, sous le contrôle du juge, d'éviter, le cas échéant, une violation du droit au respect des biens.

Pour le surplus, la Cour constate que l'amende pénale de 0,25 euro à 75 euros fixée à l'article 20, 4°, de l'ordonnance précitée du 17 juillet 1997 est majorée des décimes additionnels prévus à l'article 1er de la loi du 5 mars 1952 « relative aux décimes additionnels sur les amendes pénales » : ce n'est pas le cas de l'amende administrative prévue par la disposition en cause, à défaut d'une disposition législative explicite. Même s'il s'agit d'une peine au sens de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, les personnes qui sont condamnées au paiement de l'amende administrative en cause échappent aux inconvénients d'une poursuite pénale, comme le caractère déshonorant qui y est lié et l'inscription de la condamnation au casier judiciaire. Enfin, les articles 23 à 31 de l'ordonnance du 25 mars 1999 prévoient un ensemble de mesures pouvant être prises par le juge pénal (telles que des peines de confiscation, de cessation totale ou partielle de l'activité, d'interdiction d'exercer une activité professionnelle, de publication du jugement aux frais du condamné ou encore de remboursement des frais exposés par les autorités publiques) et qui tendent à alourdir l'infliction de l'amende pénale proprement dite.

En considération de ce qui précède, la Cour décide que le choix du législateur ordonnancier n'est pas incohérent au point que la différence de traitement ci-dessus doit être considérée comme manifestement déraisonnable.

La Cour avait aussi été interrogée sur la différence de traitement qui serait établie entre les auteurs présumés d'un même manquement, dans la mesure où ceux que le procureur du Roi juge opportun de poursuivre devant les juridictions pénales bénéficient, à chaque degré de juridiction, de la garantie de voir le juge procéder à un contrôle de légalité visé par l'article 159 de la Constitution, tandis que ceux qui font l'objet d'une procédure d'amende administrative ne peuvent bénéficier de la garantie prévue par l'article 159 de la Constitution que devant le Conseil d'Etat et non devant l'IBGE ou le Collège d'Environnement.

La différence de traitement en cause découle d'un choix du Constituant, lequel ne peut être critiqué par la Cour; par ailleurs, la différence de traitement n'a pas d'effets disproportionnés pour ceux qui se voient infliger une amende administrative, dès lors qu'ils peuvent invoquer l'exception d'illégalité de l'article 159 de la Constitution lorsqu'ils introduisent un recours en annulation devant le Conseil d'Etat.

La Cour avait également été interrogée au sujet de la différence de traitement qui résulterait de la disposition en cause entre les auteurs présumés d'un même manquement selon qu'ils font l'objet d'une procédure pénale ou d'une procédure administrative : les premiers bénéficieraient, en effet, à chaque degré de juridiction, de la garantie ou de la possibilité de voir le juge interroger la Cour sur la compatibilité d'une norme législative avec la Constitution et les règles répartitrices de compétence, tandis que les seconds se verraient privés de cette garantie dans la mesure où la décision prise à leur encontre l'est par une autorité administrative.

Il ressort de l'article 142 de la Constitution que seules les juridictions peuvent saisir la Cour d'une question préjudicielle, et non les autorités administratives. Eu égard à la possibilité d'introduire un recours en annulation auprès de la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat contre la décision de l'autorité

administrative concernée, il faut constater que les personnes qui font l'objet de cette décision ne sont pas privées de la possibilité de soulever une question préjudicielle devant cette juridiction : la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat est en règle obligée de soumettre cette question à la Cour constitutionnelle. En outre, le fait que l'autorité administrative qui inflige une amende administrative ne peut poser de question préjudicielle à la Cour résulte d'un choix opéré par le Constituant, sur lequel il n'appartient pas à la Cour de se prononcer.

La dernière question préjudicielle, comportant quatre branches, invitait enfin la Cour à se prononcer sur le fait que la procédure administrative pouvant aboutir à infliger une sanction sur la base de l'article 33, 7°, b), en cause, offrirait moins de garanties que celles dont bénéficient les personnes qui sont poursuivies dans le cadre de la procédure pénale.

La *première branche* de cette question concernait le fait que les poursuites sont exercées par une autorité administrative, en l'occurrence l'IBGE, qui a également procédé à la constatation des infractions et à leur instruction, et non par le procureur du Roi.

Il relève du pouvoir d'appréciation du législateur ordonnancier de décider s'il est opportun d'opter pour des sanctions pénales ou pour des sanctions administratives lorsqu'il estime que certains manquements à des obligations légales doivent être réprimés, le choix de l'une ou l'autre catégorie de sanctions ne pouvant être considéré comme établissant, en soi, une discrimination; il n'y aurait discrimination que si la différence de traitement qui découle de ce choix impliquait une restriction disproportionnée des droits des personnes concernées.

Pour les motifs qu'elle énonce, la Cour juge que le législateur ordonnancier, en confiant à une autorité administrative spécialisée en matière d'environnement, le constat, la poursuite et l'infliction d'une sanction administrative, et en veillant au respect des droits de la défense, n'a pas porté atteinte de manière disproportionnée aux droits de la catégorie de personnes poursuivies dans le cadre d'une procédure de sanction administrative.

La *deuxième branche* de la question préjudicielle précitée concernait le fait que, dans le cadre de la procédure, il ne peut être fait application de l'article 85 du Code pénal et que l'on ne peut pas tenir compte de circonstances atténuantes pour infliger une amende inférieure au minimum fixé par l'ordonnance.

Lorsque l'auteur d'un même fait peut être puni de manière alternative, c'est-à-dire lorsque, pour des mêmes faits, il peut, soit être renvoyé devant le tribunal correctionnel, soit se voir infliger une amende administrative contre laquelle un recours lui est offert devant un tribunal non pénal, un parallélisme doit exister entre les mesures d'individualisation de la peine; il en est ainsi de la possibilité d'infliger une amende inférieure au minimum légal s'il existe des circonstances atténuantes (arrêts n<sup>os</sup> 40/97, 45/97, 128/99, 86/2007<sup>1</sup> et 42/2009<sup>2</sup>).

Le législateur ordonnancier a pu légitimement considérer qu'en vue de désengorger les parquets et les tribunaux répressifs ainsi que d'assurer l'efficacité des poursuites relatives aux infractions environnementales constatées, il convenait d'instaurer un régime de sanctions administratives. Il n'est toutefois pas raisonnablement justifié de ne pas permettre à la personne qui se voit infliger une telle sanction de bénéficier de la mesure qui permettrait à l'administration de prendre en compte des circonstances atténuantes pouvant l'amener à réduire le montant de l'amende en dessous du minimum fixé par l'ordonnance, alors que cette personne pourrait bénéficier de l'application de l'article 85 du Code pénal si elle comparait devant le tribunal correctionnel pour la même infraction. La Cour décide dès lors que l'article 33, 7<sup>o</sup>, b), de l'ordonnance de la Région de Bruxelles-Capitale du 25 mars 1999 relative à la recherche, la constatation, la poursuite et la répression des infractions en matière d'environnement, tel qu'il a été modifié par l'article 10 de l'ordonnance du 28 juin 2001, viole les articles 10 et 11 de la Constitution en ce qu'il ne permet pas de prendre en compte des circonstances atténuantes permettant d'infliger une amende d'un montant moindre que le minimum de l'amende qui y est fixé.

<sup>1</sup> Voir le rapport 2007 précité, pp. 79-85.

<sup>2</sup> Voir le rapport 2009 précité, pp. 188-192.

Dans *la troisième branche* de la même question préjudicielle, la Cour avait été interrogée sur le fait que les garanties de procédure que constituent les droits de la défense et la présomption d'innocence ne seraient pas respectées dans le cadre de la procédure de sanction administrative soumise à l'appréciation de la Cour.

Le fonctionnaire dirigeant de l'IBGE doit, avant d'infliger une sanction, mettre la personne passible d'amende administrative en mesure de présenter ses moyens de défense. Le silence du législateur ordonnancier, pour ce qui concerne le contenu procédural de cette possibilité, n'entraîne pas de violation des articles 10 et 11 de la Constitution. Même en l'absence d'une disposition explicite, la sanction en cause ne pourrait être infligée sans que soit préalablement offerte à l'intéressé la possibilité de faire connaître utilement son point de vue : en effet, les principes de bonne administration qui comportent le droit d'être entendu exigent que l'intéressé soit informé des motifs de fait et de droit de la sanction administrative envisagée à son égard, qu'il dispose d'un délai suffisant pour préparer sa défense et qu'il puisse prendre connaissance du dossier complet établi en vue de prendre la décision; ces principes exigent également que la mesure soit motivée. En outre, le Conseil d'Etat qui est saisi d'un recours contre la décision prononçant une amende administrative vérifie si les principes de bonne administration ont été respectés. En ce qui concerne la charge de la preuve, c'est au fonctionnaire qui décide d'infliger la sanction administrative qu'il incombe d'établir la véracité des faits reprochés à la personne mise en cause et de démontrer sa culpabilité.

Enfin, *la dernière branche* de la question préjudicielle précitée invitait la Cour à se prononcer sur le fait que, dans le cadre de la procédure d'amende administrative visée par l'ordonnance en cause, il serait impossible d'invoquer le bénéfice de la contrainte irrésistible et de l'erreur invincible.

Ces causes d'exonération de la faute renvoient à l'application de l'article 71 du Code pénal. La nature pénale d'une amende administrative au sens de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme a pour effet que les garanties de cette disposition doivent être respectées, mais n'a pas pour conséquence

que cette amende serait de nature pénale selon la législation belge et, dès lors, que l'article 71 du Code pénal lui serait ou devrait lui être applicable. Rien n'empêche la personne qui se voit infliger une sanction administrative par l'autorité administrative de faire valoir que le comportement en question ne peut lui être imputé.

### XIII. DROIT PROCESSUEL<sup>1</sup>

#### 43. *La répétibilité des honoraires et frais d'avocat - l'aide juridique de deuxième ligne - l'action de l'auditeur du travail sur pied de l'article 138bis, § 2, du Code judiciaire (arrêts n<sup>os</sup> 19/2011 et 83/2011)*

Par son arrêt n<sup>o</sup> 57/2006, la Cour avait jugé qu'il appartenait au législateur de mettre fin à la discrimination provenant de l'inexistence de dispositions qui permettraient au juge de mettre les frais et honoraires d'avocat à charge de la partie à un procès qui succombe.<sup>2</sup> Le législateur a mis fin à cette discrimination par la loi du 21 avril 2007 relative à la répétibilité des frais et honoraires d'avocat. Il a choisi de modifier l'article 1022 du Code judiciaire en faisant désormais de l'indemnité de procédure « une intervention forfaitaire dans les frais et honoraires d'avocat de la partie ayant obtenu gain de cause ». Il a également modifié plusieurs dispositions du Code d'instruction criminelle afin d'étendre partiellement le principe de la répétibilité aux affaires jugées par les juridictions répressives.

La Cour dispose déjà d'une large jurisprudence en la matière<sup>3</sup>.

La Cour a de nouveau été amenée à en connaître, en 2011, à l'occasion, tout d'abord, d'une question préjudicielle portant sur l'article 1022, alinéa 4, du Code judiciaire, tel qu'il était en vigueur avant sa modification par la loi du 21 février 2010 « modifiant les articles 1022 du Code judiciaire et 162bis du Code d'instruction criminelle et abrogeant l'article 6 de la loi du 2 août 2002 concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales »; avant cette modification, l'article 1022, alinéa 4, précité prévoyait que « si la partie succombante bénéficie de l'aide juridique de deuxième ligne, l'indemnité de procédure est fixée au minimum établi par le Roi, sauf en cas de situation manifestement déraisonnable. Le juge motive spécialement sa décision sur ce point ».

<sup>1</sup> Voir aussi le chapitre X, point 35, du présent rapport.

<sup>2</sup> Voir le rapport 2006, p. 119.

<sup>3</sup> Voir en particulier le rapport 2006, pp. 119-124, le rapport 2008, pp. 99- 105; le rapport 2009, pp. 167-176 et le rapport 2010, pp. 141-147.

Il était demandé à la Cour si l'article 1022, alinéa 4, du Code judiciaire était compatible avec les articles 10 et 11 de la Constitution, lus isolément ou en combinaison avec l'article 23, alinéa 3, 2<sup>o</sup>, de la Constitution et avec l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, en ce que cette disposition traiterait de manière différente les bénéficiaires de l'aide juridique de deuxième ligne qui peuvent obtenir une réduction de l'indemnité de procédure en dessous du minimum prévu par le Roi et les personnes qui, n'ayant pas demandé le bénéfice de l'aide juridique de deuxième ligne alors que leur situation financière leur permettrait de l'obtenir, ne pourraient pas bénéficier d'une telle réduction.

La Cour, dans son arrêt n<sup>o</sup> 19/2011, relève que le droit d'accès au juge, qui constitue un aspect essentiel du droit à un procès équitable, est fondamental dans un Etat de droit.

Elle poursuit, après avoir mentionné son arrêt n<sup>o</sup> 182/2008<sup>1</sup>, en faisant observer qu'il existe une différence de traitement entre le justiciable qui bénéficie de l'aide juridique de deuxième ligne et celui qui aurait pu en bénéficier s'il en avait fait la demande : en effet, seul le premier justiciable pourra bénéficier d'une réduction par le juge du montant minimum de l'indemnité de procédure, contrairement au justiciable qui aurait pu bénéficier de l'aide juridique de seconde ligne mais n'en a pas fait la demande.

Cette différence de traitement repose sur un critère objectif, celui d'avoir exercé ou non le droit à l'aide juridique de seconde ligne, tel qu'il est institué et organisé par les articles 508/7 à 508/18 du Code judiciaire; c'est pour tenir compte de la situation spécifique des justiciables bénéficiant de cette aide juridique que l'article 1022, alinéa 4, du Code judiciaire a été inséré dans la loi du 21 avril 2007 relative à la répétibilité des honoraires et des frais d'avocat. La mesure est aussi pertinente au regard de l'objectif du législateur de prendre en compte la situation spécifique des bénéficiaires de l'aide juridique de deuxième ligne : c'est pourquoi le législateur a autorisé, en l'occurrence, que le juge réduise le montant de l'indemnité de procédure dans l'hypothèse où la partie qui succombe bénéficie de

<sup>1</sup> Voir le rapport 2008 précité, pp. 99-105.

l'aide juridique de deuxième ligne, sans pour autant qu'il puisse opérer cette réduction en faveur d'un justiciable qui, bien qu'il n'ait pas sollicité cette aide de deuxième ligne, aurait pu en bénéficier.

En limitant le bénéfice de l'application de l'article 1022, alinéa 4, du Code judiciaire aux personnes qui ont sollicité l'aide juridique de deuxième ligne et qui l'ont obtenue, le législateur n'a pas porté atteinte à l'obligation de standstill garantie par l'article 23, alinéa 3, de la Constitution : cette obligation s'oppose à ce que le législateur réduise sensiblement le niveau de protection existant sans qu'existent, pour ce faire, des motifs d'intérêt général. L'article 1022, alinéa 4, du Code judiciaire ne réduit pas de manière significative les droits du justiciable qui n'a pas fait la demande d'aide juridique de deuxième ligne dès lors qu'il n'empêche pas ce justiciable d'introduire cette demande.

La disposition en cause ne porte pas atteinte au droit d'une personne à un procès équitable, tel qu'il est garanti par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, dès lors que les justiciables ont la faculté d'exercer ou non le droit qui leur est reconnu de bénéficier de l'aide juridique de deuxième ligne.

Enfin, la disposition en cause n'a pas d'effets disproportionnés pour le justiciable défaillant qui n'a pas demandé le bénéfice de l'aide juridique de deuxième ligne : en effet, le système d'aide juridique de deuxième ligne, tel qu'il est organisé par les articles 508/13 et suivants du Code judiciaire, permet qu'à tout moment, une personne qui voudrait faire opposition à une décision la condamnant au paiement d'une indemnité de procédure introduise une demande tendant au bénéfice de la gratuité complète ou partielle, et, partant, puisse bénéficier, le cas échéant, de l'article 1022, alinéa 4, du Code judiciaire tel qu'il a été interprété par la Cour dans son arrêt n<sup>o</sup> 182/2008 précité.

En conséquence, la Cour décide, dans son arrêt précité n<sup>o</sup> 19/2011, que l'article 1022, alinéa 4, du Code judiciaire ne viole pas les articles 10 et 11 de la Constitution, lus isolément ou en combinaison avec l'article 23, alinéa 3, 2<sup>o</sup>, de la Constitution et avec l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme.

La Cour va être amenée, à nouveau, à se pencher sur l'article 1022 du Code judiciaire, à l'occasion d'une question préjudicielle qui visait également l'article 138bis, § 2, du même Code ainsi que l'article 162bis, du Code d'instruction criminelle. Le juge *a quo*

interrogeait la Cour sur la compatibilité de cette disposition avec les articles 10 et 11 de la Constitution de l'article 1022, avant sa modification par la loi précitée du 21 février 2010, en ce qu'une indemnité de procédure peut être mise à charge de l'Etat belge lorsque l'auditorat du travail succombe à son action intentée sur pied de l'article 138bis, § 2, du Code judiciaire<sup>1</sup> : le juge *a quo* comparait cette situation avec celle qui résulte de l'article 162bis du Code d'instruction criminelle<sup>2</sup>, selon lequel l'Etat belge ne peut se voir réclamer aucune indemnité de procédure lorsque le ministère public intente une action publique qui se termine par un non-lieu ou un acquittement.

Dans son arrêt n<sup>o</sup> 182/2008<sup>3</sup>, portant sur les recours en annulation de la loi du 21 avril 2007 relative à la répétibilité des honoraires et des frais d'avocat, la Cour s'est prononcée sur la différence de traitement au détriment de l'inculpé bénéficiant d'un non-lieu ou du prévenu acquitté lorsque l'action publique a été mise en mouvement par le ministère public ou par une juridiction d'instruction; elle a jugé qu'« en raison de la mission qui est dévolue au ministère public, le législateur a pu considérer qu'il ne convenait pas d'étendre à son égard un système selon lequel une indemnité de procédure serait due chaque fois que son action reste sans effet. Sans doute le législateur pourrait-il organiser à charge de l'Etat, en faveur de ceux qui font l'objet d'une décision d'acquiescement ou de non-lieu, un système d'indemnisation qui tienne compte des spécificités du contentieux pénal ».

<sup>1</sup> Aux termes duquel « pour les infractions aux lois et règlements qui relèvent de la compétence des juridictions du travail et qui touchent l'ensemble ou une partie des travailleurs d'une entreprise, l'auditeur du travail peut d'office, conformément aux formalités du présent Code, intenter une action auprès du tribunal du travail, afin de faire constater les infractions aux dites lois et aux dits règlements. En cas de concours ou de connexité desdites infractions avec une ou plusieurs infractions à d'autres dispositions légales qui ne sont pas de la compétence des juridictions du travail, l'auditeur du travail transmet une copie du dossier au procureur du Roi, en vue de l'exercice de l'action publique pour ces dernières infractions. L'action visée à l'alinéa 1er ne peut plus être exercée si l'action publique a été intentée ou si, conformément à l'article 7, § 4, alinéa 2, de la loi du 30 juin 1971 relative aux amendes administratives applicables en cas d'infraction à certaines lois sociales, la notification du montant de l'amende administrative a eu lieu ».

<sup>2</sup> Aux termes duquel « tout jugement de condamnation rendu contre le prévenu et les personnes civilement responsables de l'infraction les condamnera envers la partie civile à l'indemnité de procédure visée à l'article 1022 du Code judiciaire. La partie civile qui aura lancé une citation directe et qui succombera sera condamnée envers le prévenu à l'indemnité visée à l'article 1022 du Code judiciaire. L'indemnité sera liquidée par le juge ».

<sup>3</sup> Voir le rapport 2008, pp. 99-105.

La loi du 21 février 2010 « modifiant les articles 1022 du Code judiciaire et 162*bis* du Code d'instruction criminelle et abrogeant l'article 6 de la loi du 2 août 2002 concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales » insère à l'article 1022 du Code judiciaire un alinéa 8, aux termes duquel « aucune indemnité n'est due à charge de l'Etat : 1° lorsque le ministère public intervient par voie d'action dans les procédures civiles conformément à l'article 138*bis*, § 1er; 2° lorsque l'auditorat du travail intente une action devant les juridictions du travail conformément à l'article 138*bis*, § 2 »; en vertu de l'article 6 de la même loi du 21 février 2010, cette nouvelle disposition entrera en vigueur à une date que le Roi fixera. Il ressort des travaux préparatoires de cette loi que le législateur a voulu corriger une série d'imperfections de la loi du 21 avril 2007 précitée qui sont sources d'injustices, et qu'il a voulu tenir compte de l'arrêt n° 182/2008 précité; il a notamment prévu deux exonérations nouvelles « afin de permettre au ministère public [et à l'auditorat du travail] d'exercer [leur] action en toute indépendance sans tenir compte du risque financier lié au procès ». Selon l'article 5 de la loi du 21 février 2010, le nouvel alinéa 8 de l'article 1022 du Code judiciaire sera applicable aux affaires en cours au moment de son entrée en vigueur; selon les travaux préparatoires, le législateur a justifié cette application par un souci d'égalité.

Aux termes de l'article 138*bis*, § 2, du Code judiciaire, l'action de l'auditeur du travail vise à faire constater par le tribunal du travail les infractions aux lois et règlements qui relèvent de la compétence des juridictions du travail; en outre, l'article 20*bis* du titre préliminaire du Code de procédure pénale, inséré par l'article 2 de la loi du 3 décembre 2006 contenant diverses dispositions en matière de droit pénal social, prévoit que « l'action publique est également éteinte par l'exercice de l'action exercée par le ministère public devant les juridictions du travail en vertu de l'article 138*bis*, § 2, alinéa 1er, du Code judiciaire ». Bien que le tribunal du travail ne soit pas compétent pour condamner pénalement la personne poursuivie, l'action de l'auditeur du travail fondée sur l'article 138*bis*, § 2, du Code judiciaire est, sous ces deux aspects, comparable à l'action publique intentée devant le juge répressif par le ministère public, en ce compris l'auditeur du travail.

Dans son avis sur l'avant-projet devenu la loi du 3 décembre 2006 « modifiant diverses dispositions légales en matière de droit pénal

social », le Conseil d'Etat a souligné que l'action de l'auditeur du travail fondée sur l'article 138*bis*, § 2, du Code judiciaire se distingue de l'action intentée par une partie civile. En réponse à cet avis, les travaux préparatoires indiquent que « les termes ' action civile ' [à l'article 138*bis*, § 2, du Code judiciaire] ne sont plus utilisés afin d'éviter toute confusion ». Au cours des travaux préparatoires de la loi du 3 décembre 2006 modifiant diverses dispositions légales en matière de droit pénal social, il a également été souligné qu'il « ne s'agit pas ici d'exercer une action dans l'intérêt des travailleurs exclusivement ». Il ressort dès lors à suffisance de ce qui précède que l'action de l'auditeur du travail fondée sur l'article 138*bis*, § 2, du Code judiciaire poursuit l'intérêt général.

Dans son arrêt précité n<sup>o</sup> 182/2008, la Cour a estimé que les différences fondamentales entre le ministère public et la partie civile peuvent justifier la non-application à charge de l'Etat du système d'indemnisation forfaitaire prévu par la loi du 21 avril 2007 : en traitant différemment le ministère public et la partie civile, le législateur n'a donc pas méconnu les règles de l'égalité et de la non-discrimination. Lors de l'élaboration de la loi du 21 avril 2007, le législateur a toutefois perdu de vue l'action de l'auditeur du travail fondée sur l'article 138*bis*, § 2, du Code judiciaire : les règles d'égalité et de non-discrimination commandent de traiter ces actions exercées par un organe public au nom de l'intérêt général et en toute indépendance de la même manière que les actions publiques. C'est pour rétablir cette égalité de traitement qu'est intervenu l'article 2, 3<sup>o</sup>, de la loi du 21 février 2010. Dans un souci d'égalité, le législateur a, en outre, voulu que cette modification s'applique aux affaires en cours au moment de l'entrée en vigueur de la loi (article 5 de la loi du 21 février 2010).

La Cour décide en conséquence que, en ce qu'une indemnité de procédure peut être mise à charge de l'Etat belge lorsque l'auditorat du travail succombe à son action intentée sur pied de l'article 138*bis*, § 2, du Code judiciaire, avant l'entrée en vigueur de la loi du 21 février 2010, l'article 1022 du Code judiciaire viole les articles 10 et 11 de la Constitution.

## XIV. DROIT CIVIL

### 44. *Prescription quinquennale et dettes périodiques relatives aux charges communes d'une copropriété d'un immeuble (arrêt n° 6/2011)*

arrêt n° 6/2011

L'article 2277 du Code civil<sup>1</sup> prévoit que les arrérages de rentes perpétuelles et viagères ainsi que des pensions alimentaires, les loyers des maisons, le prix de ferme des biens ruraux, les intérêts des sommes prêtées, et généralement tout ce qui est payable par année, ou à des termes périodiques plus courts, se prescrivent par cinq ans.

La Cour est interrogée au sujet de la compatibilité de cette disposition avec les articles 10 et 11 de la Constitution, lorsqu'elle est interprétée en ce sens que la prescription abrégée qu'elle prévoit ne s'applique pas aux dettes relatives à la contribution aux charges communes d'une copropriété d'un immeuble faisant l'objet de relevés périodiques.

A la différence d'une dette de capital dont le montant serait déterminé dès l'origine, mais qui serait payable par tranches périodiques, et dont le montant global ne serait pas affecté par l'écoulement du temps, les dettes afférentes à la contribution aux charges communes d'une copropriété d'un immeuble, pour autant que l'on puisse considérer qu'il s'agit, au moins partiellement, d'une dette de capital, ont pour caractéristique de croître avec l'écoulement du temps.

Le critère sur lequel est fondée la distinction en cause, déduit du caractère de capital ou de revenu de la créance, n'est pas pertinent par rapport à l'objectif de l'article 2277 du Code civil, qui est, à la fois, d'inciter le créancier à la diligence et de protéger le débiteur contre l'accumulation de dettes périodiques sur une période trop importante : en effet, par rapport à cet objectif, les dettes relatives

<sup>1</sup> En ce qui concerne la jurisprudence de la Cour portant sur cette disposition, voir l'arrêt n° 1/2004, le rapport 2005, pp. 68-70 et le rapport 2007, pp. 111-112.

aux charges communes d'une copropriété d'un immeuble sont semblables aux dettes visées par l'article 2277 du Code civil, puisque dès lors qu'elles sont périodiques et que leur montant augmente avec l'écoulement du temps, elles risquent de se transformer, à terme, en une dette de capital à ce point importante qu'elle pourrait causer la ruine du débiteur. Il s'ensuit qu'interprété comme ne s'appliquant pas aux dettes relatives aux charges communes d'une copropriété d'un immeuble, l'article 2277 du Code civil établit entre débiteurs de dettes périodiques une différence de traitement qui n'est pas susceptible de justification, et viole dès lors les articles 10 et 11 de la Constitution.

La Cour observe toutefois que le texte de l'article 2277 du Code civil n'exclut pas son application aux dettes périodiques relatives aux charges communes d'une copropriété d'un immeuble en ce qu'elles ont pour caractéristique d'augmenter avec le temps. Dans cette interprétation, la différence de traitement alléguée par la question préjudicielle n'existe pas.

**45. La contestation d'état et possession d'état du mari de la mère  
(arrêt n° 20/2011)**

L'article 318, § 1er, du Code civil prévoit que « à moins que l'enfant ait la possession d'état à l'égard du mari, la présomption de paternité peut être contestée par la mère, l'enfant, l'homme à l'égard duquel la filiation est établie et par la personne qui revendique la paternité de l'enfant ». Concernant la possession d'état, l'article 331*nonies* du Code civil énonce que cette possession d'état doit être continue, et qu'elle s'établit par des faits qui, ensemble ou séparément, indiquent le rapport de filiation. Ces faits seraient énumérés, de façon non exhaustive, par l'article 331*nonies*<sup>1</sup>.

La Cour a été interrogée sur la compatibilité de cet article 318, § 1er avec l'article 22 de la Constitution, éventuellement combiné avec l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, en ce

<sup>1</sup> En ce qui concerne la jurisprudence de la Cour en matière de filiation, voir le rapport 2003, pp. 81-86, le rapport 2005, pp. 67-68 et le rapport 2010, pp. 157-161.

que l'action en contestation de paternité ne peut être autorisée si l'enfant a la possession d'état à l'égard du mari de la mère.

L'article 318 du Code civil règle la possibilité de contester la présomption de paternité du mari de la mère de l'enfant; cette présomption de paternité a été instituée par l'article 315 du Code civil. Dans les délais fixés au paragraphe 2 de l'article 318 – qui diffèrent selon les titulaires de l'action –, l'action est ouverte seulement à la mère, à l'enfant, à l'homme à l'égard duquel la filiation est établie et à la personne qui revendique la paternité de l'enfant. La possibilité de contester la présomption de paternité est toutefois soumise à une limitation : la demande en contestation est irrecevable – dans le chef de tous les titulaires de l'action – lorsque l'enfant a la possession d'état à l'égard du mari. Il ressort des travaux préparatoires de l'article 318 du Code civil qu'il n'existait pas, initialement, d'unanimité quant à la question de savoir si la possession d'état devait empêcher toute contestation de la filiation, entre autres parce que cette notion ne coïncide pas nécessairement avec celle de l'« intérêt de l'enfant » et parce que la conception de la paix des familles qu'elle entend protéger évolue rapidement. Après un débat approfondi, le législateur a estimé devoir ériger la « possession d'état » en fin de non-recevoir de la demande en contestation de la présomption de paternité. Tel qu'il ressort des travaux parlementaires, le législateur a donc eu l'intention expresse de mieux protéger le lien de filiation, d'une part, en maintenant la possession d'état et, d'autre part, en empêchant d'autres tiers, tels que les grands-parents, d'agir. Après que la commission de la Justice du Sénat eut émis des doutes au sujet de ces principes, notamment en ce qui concerne les problèmes d'interprétation auxquels la notion de « possession d'état » pouvait donner lieu, le ministre de la Justice a confirmé qu'il n'avait pas été envisagé par la Chambre de modifier les règles relatives à la possession d'état.

Le régime juridique de la relation du père avec l'enfant né dans les liens du mariage concerne la vie privée du père (CEDH, 28 novembre 1984, *Rasmussen c. Danemark*, § 33; 24 novembre 2005, *Shofman c. Russie*, § 30; 12 janvier 2006, *Mizzi c. Malte*, § 102); l'expression « toute personne » qui ouvre l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme désigne aussi bien l'enfant que le père présumé (CEDH, 6 juillet 2010, *Grönmark*

c. Finlande, § 48). Le régime de contestation de la présomption de paternité en cause relève donc de l'application de l'article 22 de la Constitution et de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme.

Le droit au respect de la vie privée et familiale, tel qu'il est garanti par les dispositions précitées, a pour but essentiel de protéger les personnes contre les ingérences dans leur vie privée et leur vie familiale. Ni l'article 22, alinéa 1er, de la Constitution ni l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme n'excluent une ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit mais ils exigent que cette ingérence soit prévue par une disposition législative suffisamment précise, qu'elle corresponde à un besoin social impérieux et soit proportionnée à l'objectif légitime qu'elle poursuit. Ces dispositions engendrent de surcroît l'obligation positive pour l'autorité publique de prendre des mesures qui assurent le respect effectif de la vie privée et familiale, même dans la sphère des relations entre les individus (CEDH, 27 octobre 1994, *Kroon et autres c. Pays-Bas*, § 31). Le législateur, lorsqu'il élabore un régime légal qui entraîne une ingérence de l'autorité publique dans la vie privée, 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 (CEDH, 26 mai 1994, *Keegan c. Irlande*, § 49; 27 octobre 1994, *Kroon et autres c. Pays-Bas*, § 31; 2 juin 2005, *Znamenskaya c. Russie*, § 28; 24 novembre 2005, *Shofman c. Russie*, § 34). Cette marge d'appréciation du législateur n'est toutefois pas illimitée : pour apprécier si une règle légale est compatible avec le droit au respect de la vie privée, il convient de vérifier si le législateur a trouvé un juste équilibre entre tous les droits et intérêts en cause : pour cela, il ne suffit pas que le législateur ménage un équilibre entre les intérêts concurrents de l'individu et de la société dans son ensemble mais il doit également ménager un équilibre entre les intérêts contradictoires des personnes concernées (CEDH, 6 juillet 2010, *Backlund c. Finlande*, § 46), sous peine de prendre une mesure qui ne serait pas proportionnée aux objectifs légitimes poursuivis. Cette balance des intérêts doit conduire à ce que la réalité biologique et sociale prévale sur une présomption légale heurtant de front les faits établis et les vœux des personnes concernées, sans réellement profiter à personne (CEDH, 27 octobre 1994, *Kroon et autres c. Pays-Bas*, § 40;

24 novembre 2005, *Shofman c. Russie*, § 44; 12 janvier 2006, *Mizzi c. Malte*, § 113). L'intérêt potentiel de l'enfant à bénéficier de la « possession d'état » d'enfant du mari de la mère ne saurait l'emporter sur le droit légitime de ce dernier à avoir au moins une occasion de contester la paternité d'un enfant qui, selon les preuves scientifiques, n'est pas de lui; une situation dans laquelle une présomption légale peut prévaloir sur la réalité biologique ne saurait être compatible avec l'obligation de garantir le « respect » effectif de la vie privée et familiale, même eu égard à la marge d'appréciation dont jouit le législateur (CEDH, 12 janvier 2006, *Mizzi c. Malte*, §§ 112 et 113). Pour la Cour européenne des droits de l'homme, le fait qu'une personne n'a jamais été autorisée à contester sa paternité n'est pas proportionné aux buts légitimes poursuivis, parce que, de cette façon, un juste équilibre n'a pas été ménagé entre l'intérêt général de la protection de la sécurité juridique des liens familiaux et le droit de l'intéressé à obtenir un réexamen de la présomption légale de paternité à la lumière des preuves biologiques (CEDH, 12 janvier 2006, *Mizzi c. Malte*, § 114).

La paix des familles et la sécurité juridique des liens familiaux, d'une part, et l'intérêt de l'enfant, d'autre part, constituent des buts légitimes dont le législateur peut tenir compte pour empêcher que la contestation de paternité puisse être exercée sans limitation : à cet égard, il est pertinent de ne pas laisser prévaloir *a priori* la réalité biologique sur la réalité socio-affective de la paternité. Toutefois, en érigeant la « possession d'état » en fin de non-recevoir absolue de l'action en contestation de la présomption de paternité, le législateur fait toujours prévaloir la réalité socio-affective de la paternité sur la réalité biologique. Du fait de cette fin de non-recevoir absolue, le mari de la mère qui a assumé de bonne foi la paternité socio-affective se voit refuser de manière absolue la possibilité de contester sa paternité, parce que son attitude de bonne foi a précisément contribué à la réalisation des faits qui sont constitutifs de la possession d'état. Il n'existe dès lors, pour le juge, aucune possibilité de tenir compte des faits établis et des intérêts de toutes les parties concernées. Une telle mesure n'est pas proportionnée aux buts légitimes poursuivis par le législateur et n'est dès lors pas compatible avec l'article 22 de la Constitution, combiné avec l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme.

La Cour décide en conséquence que l'article 318, § 1er, du Code civil viole l'article 22 de la Constitution, combiné avec l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, dans la mesure où la demande en contestation de paternité n'est pas recevable si l'enfant a la possession d'état à l'égard du mari de la mère.

**46. Le point de départ du délai de forclusion de l'action en contestation de paternité (arrêt n° 54/2011)**

Dans son arrêt n° 144/2010, la Cour a jugé que « l'article 329bis, § 2, alinéa 3, du Code civil viole les articles 10 et 11 de la Constitution en ce qu'il ne permet pas au juge saisi d'une demande de reconnaissance avant le premier anniversaire de l'enfant non émancipé à reconnaître, introduite par un homme qui est le père biologique, d'exercer un contrôle portant sur l'intérêt de l'enfant à voir établie cette filiation »<sup>1</sup>.

La Cour a été interrogée au sujet, cette fois, de l'article 330 du Code civil, plus précisément quant au point de départ du délai de forclusion d'un an de l'action en contestation d'une reconnaissance de paternité, fixé par le paragraphe 1er, alinéa 4, de l'article 330 : le litige soumis au juge *a quo* concerne une « personne qui revendique la filiation », de sorte qu'en vertu de cette disposition, son action devait être intentée « dans l'année de la découverte qu'elle est le père [...] de l'enfant ». La Cour limite son examen à cette hypothèse.

C'est l'article 16 de la loi du 1er juillet 2006 modifiant des dispositions du Code civil relatives à l'établissement de la filiation et aux effets de celle-ci qui a donné à la disposition en cause sa formulation actuelle; sous l'empire de l'ancienne règle, tous les intéressés disposaient d'un délai de trente ans, qui courait à compter de l'établissement de l'acte de reconnaissance. En modifiant cette réglementation, le législateur poursuivait deux objectifs, comme l'indiquent les travaux préparatoires : d'une part, « protéger autant que possible la cellule familiale de l'enfant [...] en fixant des délais

<sup>1</sup> Voir le rapport 2010, pp. 159-161; en matière de reconnaissance, voir aussi le rapport 2003, pp. 81-82 et le rapport 2005, pp. 67-68.

d'action » et, d'autre part, réaliser un parallélisme maximal entre la procédure de contestation de la présomption de paternité et la procédure de contestation de la reconnaissance de paternité. La procédure en contestation de la présomption de paternité est régie par l'article 318 du Code civil; en ce qui concerne le délai de forclusion pour intenter cette action, l'article 318, § 2, alinéa 1er, du Code civil prévoit actuellement que « l'action de la mère doit être intentée dans l'année de la naissance. L'action du mari doit être intentée dans l'année de la découverte du fait qu'il n'est pas le père de l'enfant, celle de celui qui revendique la paternité de l'enfant doit être intentée dans l'année de la découverte qu'il est le père de l'enfant, et celle de l'enfant doit être intentée au plus tôt le jour où il a atteint l'âge de douze ans et au plus tard le jour où il atteint l'âge de vingt-deux ans ou dans l'année de la découverte du fait que le mari n'est pas son père ». L'action en contestation de la présomption de paternité doit donc être intentée par celui qui revendique la paternité de l'enfant dans l'année de la découverte qu'il est le père.

Il existe toutefois une différence fondamentale entre la présomption de paternité et la reconnaissance de paternité. En effet, la présomption de paternité est légalement établie dès la naissance, de sorte que la découverte, par un tiers, qu'il est le père biologique sera toujours postérieure à l'établissement de cette présomption; dans cette hypothèse, il est logique que le délai d'un an pour contester cette présomption ne coure qu'à compter de cette découverte. En revanche, la reconnaissance de paternité par un tiers peut avoir lieu longtemps après la naissance, à un moment où celui qui souhaiterait contester cette reconnaissance sait depuis plus d'un an qu'il est le père biologique de l'enfant; tel est notamment le cas lorsque, comme en l'espèce, ce père biologique cohabitait encore avec la mère lors de la naissance et que l'enfant a, dans l'intervalle, la possession d'état à l'égard de ce père biologique. Dans cette hypothèse, il est possible qu'eu égard au point de départ du délai de forclusion de l'action en contestation de la reconnaissance mensongère de paternité choisi par le législateur, ce délai soit déjà expiré avant cette reconnaissance. Or, celui qui conteste cette reconnaissance mensongère n'aura pas toujours eu la possibilité d'établir plus tôt sa propre paternité. En effet, en vertu de l'article 329bis, § 2, alinéa 1er, du Code civil, le consentement de la mère est requis à cette fin. Si ce consentement n'est pas obtenu, il est d'abord recouru à une procédure de

conciliation devant le tribunal de première instance; aucun délai n'est prévu pour entamer cette procédure. Si la conciliation n'aboutit pas, une analyse ADN sera probablement requise, étant donné que la demande est rejetée s'il est établi que le demandeur n'est pas le père biologique. Si cette procédure dure plus d'un an et qu'un tiers procède entre-temps à une reconnaissance mensongère, le père biologique ne dispose dès lors d'aucune voie de recours pour contester cette reconnaissance, qu'il y ait ou non possession d'état à son égard et quel que soit l'intérêt de l'enfant.

Bien qu'il soit légitime de prévoir des règles de procédure harmonisées autant que possible pour tous les types de contestation de la filiation paternelle et maternelle, un tel objectif ne peut avoir pour effet que, pour un type de contestation de paternité déterminé, l'action du père biologique puisse être rendue impossible. Par ailleurs, le droit d'accès au juge serait violé s'il était imposé à une partie au procès un formalisme excessif sous la forme d'un délai dont le respect est tributaire de circonstances échappant à son pouvoir (CEDH, 22 juillet 2010, *Melis c. Grèce*, §§ 27-28).

L'intérêt de l'enfant ne saurait pas davantage justifier que la reconnaissance par le père biologique puisse, dans toutes les hypothèses, être empêchée par un refus de la mère, suivi d'une reconnaissance mensongère. La réponse à la question de savoir si l'enfant a davantage intérêt à la reconnaissance par le père biologique qu'à la reconnaissance par un tiers dépendra des circonstances concrètes de chaque cas. En matière de reconnaissance de paternité, quelle que soit la personne qui la demande, il est par ailleurs suffisamment tenu compte de l'intérêt de l'enfant : en effet, l'article 329*bis*, § 2, alinéa 2, du Code civil permet au juge de refuser cette reconnaissance « lorsqu'elle est manifestement contraire à l'intérêt de l'enfant »; par suite de l'arrêt n° 144/2010 précité, cette possibilité existe quel que soit l'âge de l'enfant. Eu égard au texte de la disposition en cause, d'une part, et à ce qui a été exposé ci-dessus, d'autre part, le délai imparti à celui qui revendique la filiation pour contester une reconnaissance mensongère ne peut débiter que lorsqu'il a découvert qu'il est le père de l'enfant et après cette reconnaissance mensongère.

La Cour décide en conséquence que l'article 330, § 1er, alinéa 4, du Code civil viole les articles 10 et 11 de la Constitution en ce que le délai de forclusion imparti par cette disposition à la personne qui revendique la filiation peut débiter avant la reconnaissance contestée.

**47. La recherche de paternité et possession d'état à l'égard du mari de la mère<sup>1</sup>**  
(arrêt n° 122/2011)

Avant son abrogation par l'article 24 de la loi du 1er juillet 2006, l'article 323 du Code civil prévoyait que « Lorsque la paternité établie en vertu des articles 315<sup>2</sup> ou 317<sup>3</sup> n'est pas corroborée par la possession d'état, la paternité d'un autre homme que le mari peut être établie par un jugement dans les cas prévus à l'article 320 ». Selon l'article 331*nonies* du Code civil : « La possession d'état doit être continue. Elle s'établit par des faits qui, ensemble ou séparément, indiquent le rapport de filiation. Ces faits sont entre autres : - que l'enfant a toujours porté le nom de celui dont on le dit issu; - que celui-ci l'a traité comme son enfant; - qu'il a, en qualité de père ou de mère, pourvu à son entretien et à son éducation; - que l'enfant l'a traité comme son père ou sa mère; - qu'il est reconnu comme son enfant par la famille et dans la société; - que l'autorité publique le considère comme tel ».

La recherche de paternité sur la base de l'article 323 du Code civil précité ne pouvait avoir lieu que lorsque la paternité n'avait pas été corroborée par la possession d'état. La Cour a été saisie de deux questions préjudicielles portant sur cette condition : l'une portait sur la compatibilité de cette disposition avec les articles 10 et 11 de la Constitution, en ce qu'elle ferait naître une discrimination entre les

<sup>1</sup> Voir, en ce qui concerne la jurisprudence de la Cour en matière de filiation, notamment, le rapport 2010, pp. 157-161; le rapport 2005, pp. 67-68 et le rapport 2003, pp. 81-86.

<sup>2</sup> « L'enfant né pendant le mariage ou dans les 300 jours qui suivent la dissolution ou l'annulation du mariage a pour père le mari ».

<sup>3</sup> « L'enfant né dans les 300 jours après la dissolution ou l'annulation du mariage de sa mère et après le remariage de celle-ci a pour père le nouveau mari. Si cette paternité est contestée, le précédent mari est tenu pour le père à moins que sa paternité ne soit également contestée ou que la paternité d'un tiers ne vienne à être établie ».

personnes nées pendant le mariage et celles nées hors mariage, la condition de possession d'état n'étant pas prévue pour la recherche de paternité de l'enfant né hors mariage; la seconde question portait sur la compatibilité de la même disposition avec les articles 22 et 22bis de la Constitution, en ce qu'elle aurait pour effet de porter atteinte au droit au respect de la vie privée des enfants, la condition précitée s'opposant à ce que soit établie la filiation d'un enfant à l'égard de son père biologique.

La réglementation en cause relative à la recherche de paternité relève de l'application de l'article 22 de la Constitution et de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme.

Le droit au respect de la vie privée et familiale, tel qu'il est garanti par ces dispositions, a pour but essentiel de protéger les personnes contre les ingérences dans leur vie privée et leur vie familiale. Ni l'article 22, alinéa 1er, de la Constitution ni l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme n'excluent une ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit mais ils exigent que cette ingérence soit prévue par une disposition législative suffisamment précise, qu'elle corresponde à un besoin social impérieux et soit proportionnée à l'objectif légitime qu'elle poursuit. Ces dispositions engendrent de surcroît l'obligation positive pour l'autorité publique de prendre des mesures qui assurent le respect effectif de la vie privée et familiale, même dans la sphère des relations entre les individus (CEDH, 27 octobre 1994, *Kroon et autres* c. Pays-Bas, § 31).

Le législateur, lorsqu'il élabore un régime qui entraîne une ingérence de l'autorité publique dans la vie privée, 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 (CEDH, 26 mai 1994, *Keegan* c. Irlande, § 49; 27 octobre 1994, *Kroon et autres* c. Pays-Bas, § 31; 2 juin 2005, *Znamenskaya* c. Russie, § 28; 24 novembre 2005, *Shofman* c. Russie, § 34). Cette marge d'appréciation du législateur n'est toutefois pas illimitée : pour apprécier si une règle législative est compatible avec le droit au respect de la vie privée, il convient de vérifier si le législateur a trouvé un juste équilibre entre tous les droits et intérêts en cause. Pour cela, il ne suffit pas que le législateur ménage un

équilibre entre les intérêts concurrents de l'individu et de la société dans son ensemble mais il doit également ménager un équilibre entre les intérêts contradictoires des personnes concernées (CEDH, 6 juillet 2010, *Backlund* c. Finlande, § 46), sous peine de prendre une mesure qui ne serait pas proportionnée aux objectifs légitimes poursuivis. Cette balance des intérêts doit conduire à ce que la réalité biologique et sociale prévale sur une présomption légale heurtant de front les faits établis et les vœux des personnes concernées, sans réellement profiter à personne (CEDH, 27 octobre 1994, *Kroon et autres* c. Pays-Bas, § 40; 24 novembre 2005, *Shofman* c. Russie, § 44; 12 janvier 2006, *Mizzi* c. Malte, § 113; 10 octobre 2006, *Paulik* c. Slovaquie, § 46). Même si la présomption légale procure un avantage à une personne, celui-ci ne saurait justifier en soi que toute recherche de paternité soit exclue par avance (voy. CEDH, 16 juin 2011, *Pascaud* c. France, §§ 57-69).

La disposition en cause s'oppose à ce qu'un enfant, dont la filiation paternelle est non seulement présumée en vertu de la loi parce qu'il est né durant le mariage de sa mère mais aussi corroborée par la possession d'état, demande au juge d'établir sa filiation à l'égard d'un autre homme que le mari de sa mère présenté comme son père biologique. Cette disposition faisait partie d'une vaste réforme du droit de la filiation visant, entre autres, selon les travaux préparatoires, à instaurer une égalité de droit entre tous les enfants, prenant notamment la forme de la reconnaissance du droit de tout enfant à l'établissement de sa filiation; le souci du législateur était alors de veiller à ce que l'établissement d'une filiation corresponde le plus possible à la « réalité biologique », tout en veillant à éviter les « excès » et à ne pas « sacrifier la parenté socio-affective à la vérité biologique ». Cette réforme du droit de la filiation distinguait trois modes d'établissement de la filiation paternelle : la « présomption de paternité » liée au mariage de la mère, la « reconnaissance » et la « recherche de paternité » - ce qui tend à l'établissement de la filiation paternelle par un jugement. Privilégiant nettement le premier de ces trois modes d'établissement de la filiation paternelle, le législateur excluait en principe la « recherche de paternité » d'un enfant dont la paternité était établie par la présomption légale. Cette politique a été justifiée par le souci d'assurer la « paix des familles », souci jugé plus important dans un tel cas que le « souci de la vérité » ou le « principe de la vérité biologique »; la « recherche de

paternité » d'un tel enfant devait donc rester exceptionnelle et n'être admise que lorsque la présomption de paternité n'était pas corroborée par une possession d'état à l'égard du mari de la mère.

Bien que la paix des familles et la sécurité juridique des liens familiaux soient des objectifs légitimes dont le législateur peut tenir compte pour empêcher que la recherche de paternité puisse être exercée sans limitation, le caractère absolu de la condition en cause a pour effet que le législateur a, dans toutes les circonstances, fait prévaloir la réalité socio-affective de la paternité sur la réalité biologique, sans laisser au juge le pouvoir de tenir compte des faits établis et de l'intérêt de toutes les parties concernées. Cette mesure constitue une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée des enfants et n'est donc pas compatible avec l'article 22 de la Constitution.

La Cour décide en conséquence que l'article 323 du Code civil, tel qu'il était en vigueur avant son abrogation par l'article 24 de la loi du 1er juillet 2006, viole l'article 22 de la Constitution.

**48. *La nature du capital de l'assurance-groupe obligatoire souscrite par l'employeur d'un époux marié sous le régime de la communauté de biens***  
(arrêt n° 136/2011)

Les articles 127 et 128 de la loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre prévoient, respectivement, que « le bénéfice de l'assurance contractée par un époux commun en biens au profit de l'autre ou à son profit constitue un bien propre de l'époux bénéficiaire » (art. 127) et qu'« une récompense n'est due au patrimoine commun que dans la mesure où les versements effectués à titre de primes et prélevés sur ce patrimoine sont manifestement exagérés eu égard aux facultés de celui-ci » (art. 128).

La Cour a été interrogée sur la question de savoir si ces articles sont compatibles avec les articles 10 et 11 de la Constitution dans l'interprétation selon laquelle, lorsque deux conjoints sont mariés sous un régime de communauté de biens, le capital de l'assurance-groupe obligatoire que souscrit l'employeur de l'un

d'eux au bénéfice de son travailleur est un bien propre. Le litige soumis à la juridiction *a quo* concerne une assurance-groupe obligatoire souscrite par l'employeur d'un des conjoints, dont les primes sont prises en charge par l'employeur; en outre, cette assurance-groupe sert au financement d'une pension complémentaire au sens de l'article 3, § 1er, 1°, de la loi du 28 avril 2003 relative aux pensions complémentaires et au régime fiscal de celles-ci et de certains avantages complémentaires en matière de sécurité sociale. La Cour limite son examen à cette hypothèse.

La Cour fait observer que, dans le cas d'une assurance-groupe obligatoire destinée à financer une pension complémentaire payée au moment où l'affilié atteint un âge déterminé, l'assurance-groupe vise à prévoir un revenu complémentaire : il s'agit donc d'une opération d'épargne.

Même si les primes de l'assurance-groupe sont payées par l'employeur et ne sont pas retenues sur la rémunération, elles constituent un avantage que reçoit le travailleur du chef de son contrat de travail; les cotisations payées par l'employeur font partie de la rémunération au sens de la loi du 12 avril 1965 concernant la protection de la rémunération des travailleurs et constituent des avantages évaluables en argent payés en contrepartie du travail effectué dans le cadre du contrat de travail (Cass., 4 février 2002, *Pas.*, 2002, n° 78). Les prestations de cette assurance peuvent donc être considérées comme des revenus d'activités professionnelles, lesquels sont communs, en vertu de l'article 1405, 1°, du Code civil. Il n'est dès lors pas raisonnablement justifié que, lorsque deux conjoints sont en communauté de biens, le capital de l'assurance-groupe obligatoire que souscrit l'employeur de l'un d'eux au bénéfice de son travailleur en vue de financer une pension complémentaire payée lorsque l'affilié atteint un âge déterminé, soit considéré comme un bien propre qui ne donnerait lieu à une récompense que si les versements effectués à titre de prime et prélevés sur le patrimoine commun étaient « manifestement exagérés eu égard aux facultés de celui-ci ». Dans la mesure où les primes sont versées, non par l'un des conjoints, mais par l'employeur, il n'est d'ailleurs pas pertinent d'en estimer le caractère manifestement exagéré par rapport aux facultés du patrimoine commun desdits conjoints.

La Cour décide en conséquence que, dans l'interprétation selon laquelle, lorsque deux conjoints sont mariés sous le régime de la communauté de biens, le capital de l'assurance-groupe obligatoire que souscrit l'employeur de l'un d'eux au bénéfice de son travailleur en vue de financer une pension complémentaire payée lorsque l'affilié atteint un âge déterminé, est considéré comme un bien propre, les articles 127 et 128 de la loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre violent les articles 10 et 11 de la Constitution.

Il avait également été demandé à la Cour si les mêmes articles 127 et 128 étaient compatibles avec les articles 10 et 11 de la Constitution dans l'interprétation selon laquelle, lorsque deux conjoints sont mariés sous un régime de communauté de biens, le capital d'une assurance-groupe obligatoire souscrite par l'employeur, dont la prestation est octroyée au travailleur affilié lorsque celui-ci atteint un âge déterminé, est considéré comme une part de l'actif de la communauté conjugale qui, en cas de liquidation-partage de la communauté conjugale, doit être intégré dans la masse à partager, alors que la pension légale d'un agent de la fonction publique marié sous le même régime est considérée comme un bien propre qui, en cas de liquidation-partage de la communauté conjugale, ne doit pas être intégré dans la masse à partager.

Compte tenu de la réponse qu'elle a donnée à la première question, la Cour décide que l'autre question dont elle a été saisie n'appelle pas de réponse.

**49. « Réintégrandes » et servitudes légales ou conventionnelles de passage  
(arrêt n° 151/2011)**

L'article 1370 du Code judiciaire prévoit que « les actions possessoires ne peuvent être admises que sous les conditions suivantes : 1° qu'il s'agisse d'immeubles ou de droits immobiliers susceptibles d'être acquis par prescription; 2° que le demandeur prouve avoir été en possession pendant une année au moins; 3° que la possession réunisse les qualités requises par les articles 2228 à 2235 du Code civil; 4° qu'il se soit écoulé moins d'une année depuis

le trouble ou la dépossession. Les conditions indiquées aux 2° et 3° ne sont pas requises quand la dépossession ou le trouble a été causé par violence ou voie de fait ».

La Cour a été interrogée au sujet de l'alinéa 1er, 1°, de cette disposition et, plus précisément, sur la condition de recevabilité des actions possessoires tirée du fait que le droit qui fait l'objet de l'action doit être susceptible d'être acquis par prescription. Les litiges pendants devant le juge *a quo* concernent des troubles portés à l'exercice de servitudes de passage; en vertu des articles 684, alinéa 2, et 691 du Code civil, le droit de servitude de passage ne peut être acquis par prescription : la servitude de passage n'étant pas susceptible d'être acquise par prescription, elle ne bénéficie pas, en application de la disposition en cause, de la protection des actions possessoires.

Les actions possessoires permettent au possesseur d'un immeuble ou d'un droit réel immobilier de faire cesser les troubles émanant de tiers qui y portent atteinte; elles ont pour but de sauvegarder la situation de la personne qui possède, en fait, l'immeuble ou le droit réel immobilier concerné par le trouble; la décision rendue sur l'action possessoire ne vise qu'à faire cesser le trouble de la possession et ne préjuge en rien du fond du droit, qui est quant à lui tranché au terme de l'action pétitoire. Parmi les actions possessoires, on distingue généralement « la plainte », la « dénonciation de nouvel œuvre » qui est une variante de la plainte, et « la réintégrande »; les deux premières actions possessoires sont régies par l'article 1370, alinéa 1er, du Code judiciaire alors que la réintégrande, en cause en l'espèce, l'est par l'article 1370, alinéa 2. La Cour examine la disposition en cause en ce qu'elle est applicable à cette dernière action.

La réintégrande, visée par l'article 1370, alinéa 2, du Code judiciaire, tend au maintien de la paix publique en évitant que les parties se fassent justice à elles-mêmes, comme il ressort des travaux préparatoires de l'article 4 de la loi du 25 mars 1876 contenant le titre premier du Livre préliminaire du Code de procédure civile, qui est à l'origine de cette disposition.

Il découle du fait qu'elle peut être utilisée sans que soient remplies les conditions énoncées par les 2° et 3° de l'article 1370, alinéa 1er, du Code judiciaire que la réintégrande appartient à tout possesseur, même si sa possession est viciée, ainsi qu'à tout détenteur de la chose; elle n'a pas pour objet de protéger la prescription acquisitive, car dans ce cas elle ne pourrait bénéficier au détenteur, qui ne peut prescrire; elle a, comme déjà relevé, pour objectif d'assurer la paix publique et de prévenir la justice privée.

Les servitudes discontinues ou non apparentes ne peuvent en règle générale être acquises par prescription parce qu'il est possible qu'elles soient fondées non sur un droit, mais bien sur une simple tolérance de la part du propriétaire du fonds servant. Lorsque le droit de passage ne peut être établi de façon certaine, il peut être admis qu'il ne puisse être acquis par prescription et qu'il ne bénéficie pas non plus de la protection possessoire. Toutefois, il en va différemment lorsque la servitude de passage repose sur un titre légal - par exemple parce qu'il s'agit d'une servitude de passage au bénéfice d'un fonds enclavé (article 682 du Code civil) - ou conventionnel. Dans ces cas, il ne serait d'ailleurs d'aucun intérêt de prévoir que la servitude de passage, qui est déjà acquise de façon certaine au possesseur du fonds dominant, pourrait être en outre acquise par prescription.

La condition, imposée par l'article 1370, alinéa 1er, 1°, du Code judiciaire, selon laquelle l'immeuble ou le droit immobilier doit, pour bénéficier de la protection possessoire offerte par la réintégrande, être susceptible de faire l'objet d'une prescription acquisitive, a pour effet d'exclure de la protection possessoire non seulement les servitudes de passage qui, ne pouvant être prouvées de façon certaine, résultent éventuellement d'une simple tolérance, mais également les servitudes de passage qui, reposant sur un titre légal ou conventionnel, sont prouvées de façon certaine. Or, s'il est admissible que la protection offerte par la réintégrande ne s'étende pas au passage qui ne repose que sur une simple tolérance, l'exclusion de cette protection des servitudes établies par un titre légal ou conventionnel n'est par contre pas pertinente au regard de l'objet de cette action : en effet, rien ne permet de justifier qu'à la différence de tout possesseur et de tout détenteur d'un immeuble ou d'un droit réel immobilier, le titulaire d'un droit de passage établi de

façon certaine qui vient à être troublé dans la jouissance de ce droit par un acte de violence ou une voie de fait ne puisse bénéficier de la protection de la réintégrande, laquelle a précisément pour objectif d'assurer la paix publique en prévenant la justice privée et en permettant de lutter contre ce type d'actes. Il en résulte que le critère de distinction sur lequel repose la différence de traitement n'est pas pertinent au regard de l'objectif poursuivi. Enfin, la possibilité pour le titulaire du droit de passage troublé dans la possession de ce droit d'introduire une action en référé, si elle peut dans une certaine mesure lui offrir une alternative, n'est pas de nature à justifier une différence de traitement qui repose sur un critère non pertinent au regard du but poursuivi par la réglementation en cause.

La Cour décide en conséquence que l'article 1370, alinéa 1er, 1°, du Code judiciaire viole les articles 10 et 11 de la Constitution en ce qu'il exclut les titulaires d'une servitude légale ou conventionnelle de passage du bénéfice de la protection possessoire accordée par l'article 1370, alinéa 2, du même Code contre les dépossessions ou troubles causés par violence ou voie de fait.

#### **50. Le délai de congé par le preneur en cas de bail oral (arrêt n° 182/2011)**

Depuis sa modification par l'article 73 de la loi-programme (I) du 27 décembre 2006, l'article 3, § 5, alinéas 1er à 3, du livre III, titre VIII, chapitre II, section 2, du Code civil (ci-après : la loi relative aux baux à loyer) prévoit qu'« il peut être mis fin au bail par le preneur à tout moment, moyennant un congé de trois mois. Toutefois, si le preneur met fin au bail au cours du premier triennat, le bailleur a droit à une indemnité. Cette indemnité est égale à trois mois, deux mois ou un mois de loyer selon que le bail prend fin au cours de la première, de la deuxième ou de la troisième année. Après la période de deux mois visée à l'article 32, 5°, du Code des droits d'enregistrement, d'hypothèque et de greffe et aussi longtemps que le contrat de bail n'est pas enregistré, tant le délai du congé visé à l'alinéa 1er que l'indemnité visée à l'alinéa 2 ne sont pas d'application ». En vertu de l'article 5*bis* de la loi relative aux baux à loyer, l'obligation d'enregistrement du bail repose sur le bailleur;

conformément à cette disposition, les frais liés à un enregistrement éventuellement tardif sont entièrement à sa charge.

La Cour a été interrogée au sujet du troisième alinéa de l'article 3, § 5, précité. Selon les travaux préparatoires, la *ratio legis* de cette disposition est d'offrir une meilleure protection au preneur en cas de vente du bien loué : en effet, par l'enregistrement, le bail obtient date certaine au sens de l'article 9, alinéa 1er, de la loi relative aux baux à loyer, de sorte que l'acquéreur à titre gratuit ou à titre onéreux est subrogé dans les droits et obligations du bailleur à la date de la passation de l'acte authentique, même si le bail réserve la faculté d'expulsion en cas d'aliénation.

Il a tout d'abord été demandé à la Cour si l'article 3, § 5, alinéa 3, précité, en vigueur à partir du 1er juillet 2007, viole les articles 10, 11 et/ou 23 de la Constitution à l'égard des preneurs qui, après le 15 juin 2007, louent une habitation comme résidence principale et qui ont conclu à cet effet un contrat de bail oral, si cet article est interprété en ce sens qu'en cas de conclusion de contrat de bail oral de neuf ans après le 15 juin 2007, le régime de l'article 3, § 5, alinéa 3, de la loi relative aux baux à loyer ne serait pas applicable, tandis que l'article 3, § 5, alinéa 3, de la loi relative aux baux à loyer est applicable aux preneurs qui, après le 15 juin 2007, louent une habitation comme résidence principale et qui ont conclu à cet effet un contrat de bail écrit de neuf ans non enregistré.

Dans l'interprétation du juge *a quo*, la disposition en cause s'applique aux seuls baux écrits non enregistrés et non aux baux oraux, qui ne sont pas enregistrés. Cette interprétation a pour effet qu'en cas de bail oral, le preneur doit toujours respecter le délai de congé de trois mois et qu'il est tenu, le cas échéant, au paiement de l'indemnité de congé, alors que dans le cas d'un bail écrit, le preneur est dispensé de respecter un délai de congé et de payer une indemnité de congé si le bailleur n'a pas fait enregistrer le bail. En outre, dans cette interprétation, le preneur, en cas de bail oral, n'est pas non plus protégé en cas de vente du bien loué, bien que telle ait été l'intention du législateur. Dans cette interprétation, il existe donc une différence de traitement entre le preneur qui a conclu un bail écrit mais non enregistré par le bailleur et le preneur qui a conclu un bail oral.

La différence de traitement repose sur un critère objectif, à savoir le caractère écrit ou non du bail d'habitation. La différence de traitement n'est toutefois pas pertinente au regard de l'objectif poursuivi par le législateur : en effet, le preneur qui est lié par un bail d'habitation oral a tout autant intérêt à bénéficier de la protection prévue par la disposition en cause. La Cour décide en conséquence que, dans l'interprétation selon laquelle il ne s'applique pas aux baux oraux, l'article 3, § 5, alinéa 3, du livre III, titre VIII, chapitre II, section 2, du Code civil (« Des règles particulières aux baux relatifs à la résidence principale du preneur ») viole les articles 10 et 11 de la Constitution.

La Cour relève toutefois que la disposition en cause est susceptible d'une autre interprétation. Le texte de l'article 3, § 5, alinéa 3, de la loi relative aux baux à loyer n'exclut pas que cette disposition soit appliquée aux baux d'habitation oraux. Il résulte en outre de la lecture combinée de cette disposition avec les articles 1*bis*, 5*bis* et 12 de la loi relative aux baux à loyer que le bailleur est obligé de faire établir le bail oral dans un écrit et de présenter cet écrit à l'enregistrement. En vertu de l'article 1*bis* de la loi relative aux baux à loyer, tout bail affectant la résidence principale du preneur doit être établi dans un écrit. La partie contractante la plus diligente peut, faute d'exécution dans les huit jours d'une mise en demeure signifiée par lettre recommandée à la poste ou par exploit d'huissier, contraindre l'autre partie, par voie procédurale s'il échet, à dresser, compléter ou signer une convention écrite. Au besoin, elle peut, en vertu de la même disposition, requérir que le jugement vaille bail écrit. Dès lors qu'en vertu de l'article 5*bis* de la loi relative aux baux à loyer, l'obligation d'enregistrement incombe au bailleur, celui-ci doit, même en cas de refus du preneur, appliquer l'article 1*bis*. En vertu de l'article 12 de la loi relative aux baux à loyer, toutes les dispositions de cette loi sont en effet impératives. Si le bailleur néglige de le faire, la sanction prévue par la disposition en cause doit, eu égard à l'objectif poursuivi par le législateur, également lui être appliquée, même s'il n'existe pas de convention écrite ni, *a fortiori*, enregistrée.

Dans cette interprétation, la différence de traitement visée dans la question préjudicielle est inexistante, et la disposition en cause, qui

contribue à garantir le droit à un logement décent visé à l'article 23, alinéa 3, 3°, de la Constitution, ne viole pas les articles 10, 11 et 23 de celle-ci.

## XV. DROIT COMMERCIAL

### 51. *L'excusabilité du failli – le sort du conjoint ou de l'ex-conjoint* (arrêts n<sup>os</sup> 80/2011 et 87/2011)

La Cour s'est déjà prononcée à diverses reprises sur les dispositions de la loi du 8 août 1997 sur les faillites, qui concernent l'excusabilité du failli et les conséquences que peut avoir cette excusabilité sur le sort des cautions et du conjoint du failli.

Tel qu'il a été partiellement remplacé par la loi du 20 juillet 2005 et modifié par la loi du 18 juillet 2008, l'article 82 de la loi du 8 août 1997 sur les faillites (ci-après : la loi sur les faillites) prévoit que « si le failli est déclaré excusable, il ne peut plus être poursuivi par ses créanciers. Le conjoint du failli qui est personnellement obligé à la dette de son époux ou l'ex-conjoint qui est personnellement obligé à la dette de son époux contractée du temps du mariage est libéré de cette obligation par l'effet de l'excusabilité. L'excusabilité est sans effet sur les dettes alimentaires du failli et celles qui résultent de l'obligation de réparer le dommage lié au décès ou à l'atteinte à l'intégrité physique d'une personne qu'il a causé par sa faute ».<sup>1</sup>

Pour répondre à la première question préjudicielle dont elle avait été saisie, la Cour, dans son arrêt n<sup>o</sup> 80/2011, a interprété ladite question comme portant sur la différence de traitement que l'article 82, alinéa 2, instaurerait entre le conjoint ou l'ex-conjoint du failli, d'une part, et le failli, d'autre part : la déclaration d'inexcusabilité a une incidence automatique sur la situation des premiers alors que seul le second est en mesure de faire valoir son point de vue devant le juge qui statue sur son excusabilité.

La disposition en cause fait partie de la législation sur les faillites, qui vise essentiellement à réaliser un juste équilibre entre les intérêts du débiteur et ceux des créanciers. Selon les travaux préparatoires, la déclaration d'excusabilité constitue pour le failli une mesure de faveur qui lui permet de reprendre ses activités sur une base assainie et ceci, non seulement dans son intérêt, mais aussi dans celui de ses créanciers ou de certains d'entre eux qui peuvent avoir

<sup>1</sup> Au sujet de cet article 82 et de la jurisprudence de la Cour y relative, voir le rapport 2010, pp. 174-176, ainsi que la note 2 figurant en page 174.

intérêt à ce que leur débiteur reprenne ses activités sur une telle base, le maintien d'une activité commerciale ou industrielle pouvant en outre servir l'intérêt général. Jugeant que « la faculté de se redresser est [...] utopique si [le failli] doit conserver la charge du passif », le législateur a estimé que « rien ne justifie que la défaillance du débiteur, conséquence de circonstances dont il est victime, l'empêche de reprendre d'autres activités ». Il ressort des travaux préparatoires que le législateur s'est soucié de tenir « compte, de manière équilibrée, des intérêts combinés de la personne du failli, des créanciers, des travailleurs et de l'économie dans son ensemble » et d'assurer un règlement humain qui respecte les droits de toutes les parties intéressées.

L'article 82, alinéa 2, en cause, libère de ses obligations le conjoint et l'ex-conjoint du failli excusé qui est personnellement obligé à la dette du failli.

Pour contrôler la différence de traitement exposée ci-dessus, il convient de tenir compte, d'une part, des objectifs économiques et sociaux de la mesure en cause et, d'autre part, des principes, applicables en la matière, du droit patrimonial civil, en vertu desquels « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites » (article 1134, alinéa 1er, du Code civil) et « quiconque est obligé personnellement est tenu de remplir ses engagements sur tous ses biens mobiliers ou immobiliers, présents et à venir » (article 7 de la loi hypothécaire du 16 décembre 1851).

L'extension des effets de l'excusabilité au conjoint qui est personnellement obligé à la dette du failli avait été instaurée par la loi du 2 février 2005 non pour éviter une discrimination sur le plan de la solidarité née du mariage, mais parce que, en cas de communauté de biens, les revenus d'une nouvelle activité professionnelle du failli entrent dans le patrimoine commun (article 1405, alinéa 1er, du Code civil) : les poursuites exercées sur les biens du conjoint par les créanciers du failli pourraient atteindre les revenus procurés par la nouvelle activité de celui-ci, ce qui serait contraire à l'objectif poursuivi.

En étendant, par la loi du 18 juillet 2008, les effets de l'excusabilité à l'ex-conjoint, le législateur a entendu, même si l'objectif poursuivi par l'excusabilité elle-même ne le requérait pas, protéger l'ex-conjoint.

La simple circonstance que le législateur entende désormais protéger aussi l'ex-conjoint n'implique pas qu'il aurait renoncé à son objectif

antérieur : l'objectif de l'article 82, alinéa 2, reste de permettre au failli de reprendre son activité sur une base assainie sans être menacé par les poursuites que les créanciers pourraient exercer sur le patrimoine commun des époux, même si, par souci d'équité vis-à-vis de l'ex-conjoint, celui-ci est désormais assimilé au conjoint.

Dès lors que le bénéfice de l'excusabilité est reconnu au failli en fonction d'éléments qui lui sont propres, l'appréciation de ceux-ci par le juge appelé à statuer est indépendante de ce que le conjoint ou l'ex-conjoint aurait ou non pu avoir prise sur des circonstances ayant pu survenir entre le moment où il s'oblige personnellement et le moment du jugement déclarant la faillite : quel que soit le comportement du conjoint ou de l'ex-conjoint, il ne pourrait aboutir à ce que le bénéfice de l'excusabilité soit conféré au failli en prenant en compte l'intérêt ou les prétentions du conjoint ou de l'ex-conjoint. La Cour décide en conséquence que, en conférant à la décision sur l'excusabilité du failli un effet automatique sur la situation du conjoint ou de l'ex-conjoint, l'article 82, alinéa 2, ne porte pas une atteinte discriminatoire aux droits des intéressés, et, dès lors, ne viole pas les articles 10 et 11 de la Constitution.

Le même article 82, alinéa 2 était en cause dans une autre question préjudicielle que tranche la Cour, cette fois dans un arrêt n<sup>o</sup> 87/2011. Dans cette affaire, la Cour était interrogée sur la compatibilité avec les articles 10 et 11 de la Constitution de l'article 82, alinéa 2, interprété comme libérant automatiquement le conjoint du failli excusé des engagements solidaires contractés par l'un et l'autre et sauvegardant ainsi le patrimoine du premier, que ce patrimoine soit constitué avant ou après le jugement d'excusabilité : le conjoint serait ainsi traité différemment, d'une part, du failli dont les biens ont été réalisés après qu'il en a été dessaisi par le jugement déclaratif de faillite et, d'autre part, des autres personnes physiques qui, s'étant engagées à payer les dettes du failli, ont fourni une sûreté réelle et ne peuvent obtenir de décharge ou une sûreté personnelle et ne peuvent obtenir de décharge que conformément aux articles 72bis, 72ter et 80 de la loi du 8 août 1997. La Cour limite son examen à l'hypothèse soumise au juge *a quo* : le failli excusé et son conjoint sont mariés sous le régime de la communauté réduite aux acquêts et l'engagement pris par le conjoint garantissait un crédit octroyé aux époux pour les besoins de l'exploitation commerciale du failli excusé.

La Cour relève que par son arrêt n<sup>o</sup> 69/2002, elle a jugé que l'article 82 de la loi sur les faillites, tel qu'il était d'application avant son remplacement par l'article 29 de la loi du 4 septembre 2002 « modifiant la loi du 8 août 1997 sur les faillites, le Code judiciaire et le Code des sociétés », était incompatible avec les articles 10 et 11 de la Constitution en ce qu'il ne permettait en aucune manière à un juge de libérer de ses obligations le conjoint du failli déclaré excusable. A la suite de cet arrêt, le législateur, par la loi du 4 septembre 2002, a inséré, à l'article 82 de la loi sur les faillites, un alinéa 2 selon lequel le conjoint du failli, « qui s'est personnellement obligé » à la dette du failli, est libéré de cette obligation par l'effet de l'excusabilité : la Cour a jugé cette disposition incompatible avec le principe d'égalité et de non-discrimination, en ce que le conjoint qui est, en vertu d'une disposition fiscale, obligé à une dette d'impôt du failli, ne peut être libéré, par la déclaration d'excusabilité, de l'obligation de payer cette dette (arrêt n<sup>o</sup> 78/2004 et arrêt n<sup>o</sup> 6/2005). Afin de remédier à cette situation, l'article 82, alinéa 2, de la loi sur les faillites, tel qu'il a été remplacé par l'article 2 de la loi du 2 février 2005 modifiant l'article 82, alinéa 2, de la loi du 8 août 1997 sur les faillites, a précisé que le conjoint du failli qui est personnellement obligé à la dette de ce dernier, est libéré de cette obligation par l'effet de l'excusabilité.

Comme il a déjà été relevé, l'article 82, alinéa 2, libère de ses obligations le conjoint et l'ex-conjoint du failli excusé qui est personnellement obligé à la dette du failli. La Cour doit examiner si cette mesure a des effets discriminatoires à l'égard du failli excusé et des personnes qui se sont engagées à honorer les dettes du failli en constituant une sûreté réelle ou personnelle : pour ce faire, il convient de tenir compte des mêmes objectifs et principes cités plus haut.

Le failli se voit offrir, par le mécanisme de l'excusabilité, la possibilité d'échapper, en vertu de l'article 82, alinéa 1er, de la loi du 8 août 1997, aux poursuites des créanciers. Cette faveur, qui profite au conjoint en vertu de la disposition en cause, n'a cependant ni pour portée ni pour but de remettre en cause la faillite ou les autres effets de celle-ci. Dès lors que le dessaisissement et la réalisation des biens du failli font partie de ces effets, le failli et son conjoint - que le patrimoine de celui-ci soit celui existant avant la déclaration d'excusabilité ou celui existant après - se trouvent, compte tenu de la qualité de commerçant du failli, dans des situations

essentiellement différentes qui justifient le premier aspect de la différence de traitement soumise à la Cour.

L'extension des effets de l'excusabilité au conjoint qui est personnellement obligé à la dette du failli a été instaurée, comme il a déjà été indiqué, non pour éviter une discrimination sur le plan de la solidarité née du mariage, mais parce que, en cas de communauté de biens, les revenus d'une nouvelle activité professionnelle du failli entrent dans le patrimoine commun (article 1405, alinéa 1er, du Code civil). Les poursuites exercées sur les biens du conjoint - que ce soient ceux existant lors du jugement sur l'excusabilité ou ceux acquis ensuite - par les créanciers du failli pourraient atteindre les revenus procurés par la nouvelle activité de celui-ci, ce qui serait contraire à l'objectif poursuivi. Un tel risque n'a pas à être envisagé en ce qui concerne les personnes, autres que le conjoint, qui ont fourni une sûreté réelle ou personnelle; ces personnes ont par ailleurs pu disposer, avant de fournir cette sûreté, d'une liberté d'appréciation dont ne dispose pas, dans la même mesure, le conjoint dont l'engagement est une condition de l'octroi d'un crédit demandé par son époux. En conséquence, la Cour décide que la différence de traitement, dans le second aspect en cause, n'est pas dépourvue de justification et que, considéré sous cet angle, l'article 82, alinéa 2, de la loi du 8 août 1997 sur les faillites ne viole pas davantage les articles 10 et 11 de la Constitution.

Une autre disposition de la loi du 8 août 1997 était en cause dans l'affaire tranchée par la Cour dans son arrêt précité n<sup>o</sup> 80/2011, à savoir l'article 73, alinéa 5, de cette loi : elle avait été interrogée sur la compatibilité de cette disposition avec les articles 10 et 11 de la Constitution en ce qu'elle réserverait la tierce opposition aux seuls créanciers du failli, à l'exclusion de tiers intéressés qui justifieraient d'un intérêt analogue à celui des créanciers; la Cour déduit des faits rappelés dans le jugement *a quo*, d'une part, que le tiers intéressé est, en l'espèce, le conjoint veuf d'un failli décédé avant que soit rendu le jugement le déclarant non excusable et, d'autre part, que ce conjoint a introduit une tierce opposition, dont la recevabilité est contestée, contre ledit jugement, celui-ci n'ayant fait l'objet ni de la publication par extrait au *Moniteur belge* prévue par la loi ni d'une notification au failli, celui-ci étant décédé.

Il ressort des motifs de la décision par laquelle la Cour est saisie que le juge *a quo* interprète l'article 73, alinéa 5, comme ouvrant la voie de la tierce opposition aux seuls créanciers du failli et non à tout

tiers intéressé au sens de l'article 1122 du Code judiciaire; par ailleurs, s'il est exact que l'article 73, alinéa 5, se réfère à la « décision qui prononce l'excusabilité du failli » alors qu'en l'espèce, la décision à l'occasion de laquelle la Cour est interrogée a déclaré le failli non excusable, il reste qu'en ce qui concerne la possibilité de contester une décision relative à l'excusabilité, les deux catégories de personnes auxquelles la question préjudicielle se réfère sont traitées différemment.

S'il peut être admis que l'article 82, alinéa 2, de la loi du 8 août 1997 confère à la décision relative à l'excusabilité du failli un effet automatique sur la situation du conjoint ou de l'ex-conjoint, il reste qu'en adoptant la loi du 18 juillet 2008 pour reconnaître à l'ex-conjoint le bénéfice des effets de l'excusabilité en fonction de sa situation et non en fonction de celle du failli, le législateur lui confère - ainsi, désormais, qu'au conjoint -, un intérêt propre qui, tout comme celui des créanciers visés à l'article 73, alinéa 5, en cause, peut être affecté par le jugement se prononçant sur l'excusabilité du failli; or cette disposition, dérogeant à l'article 1122 du Code judiciaire, s'abstient de permettre aux conjoints et ex-conjoints des faillis d'introduire une tierce opposition contre ce jugement alors qu'elle le permet aux créanciers; cette disposition porte dès lors une atteinte discriminatoire aux droits des premiers. La Cour décide dès lors que l'article 73, alinéa 5, viole les articles 10 et 11 de la Constitution s'il est interprété comme dérogeant à l'article 1122 du Code judiciaire et comme ne prévoyant pas la possibilité pour le conjoint ou l'ex-conjoint du failli d'introduire une tierce opposition à la décision par laquelle il est statué sur l'excusabilité de ce dernier.

Elle poursuit toutefois en relevant que cette même disposition peut faire l'objet d'une autre interprétation, si elle est lue en tenant compte de l'article 1122 du Code judiciaire.

Si la disposition en cause est interprétée comme ne dérogeant pas à cet article 1122, le conjoint ou l'ex-conjoint du failli ont la possibilité d'introduire une tierce opposition contre le jugement du tribunal statuant sur l'excusabilité de celui-ci : dans cette interprétation, l'article 73, alinéa 5, en cause ne porte pas une atteinte discriminatoire aux droits de ces personnes, et ne viole dès lors pas les articles 10 et 11 de la Constitution.

## XVI. DROIT ECONOMIQUE ET FINANCIER

### 52. *Le service universel en matière de communications électroniques* (arrêt n° 7/2011)

Plusieurs dispositions de la loi du 25 avril 2007 portant des dispositions diverses (IV) modifient certains articles de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques (ci-après : la loi relative aux communications électroniques).

La Cour a été saisie d'un recours en annulation des articles 173, 3° et 4°, 200, 202 et 203 de cette loi du 25 avril 2007.

Parmi les moyens soulevés à l'appui de leur recours, les parties requérantes alléguaient, notamment, la violation des articles 10 et 11 de la Constitution. La différence de traitement critiquée consisterait en ce que le législateur a constaté pour la seule SA « Belgacom » que la fourniture du service universel constitue une « charge injustifiée » et en ce que ce constat ne peut être revu que par le législateur, alors que « la charge injustifiée » pour les parties requérantes a été constatée et peut être revue à l'avenir par l'Institut belge des services postaux et des télécommunications (ci-après : l'IBPT); en outre, le législateur se serait fondé, pour la fixation des coûts nets de la SA « Belgacom », sur des chiffres provenant de la comptabilité de 2001, alors que pour les parties requérantes, la fixation des coûts nets aurait été effectuée par l'IBPT sur la base de chiffres actuels.

L'interprétation des dispositions attaquées soutenue par le Conseil des ministres et la SA « Belgacom » a pour effet que la différence de traitement dénoncée par les parties requérantes serait inexistante, en ce que le législateur, en sa qualité d'autorité réglementaire nationale, aurait constaté que l'offre de la composante sociale du service universel constituerait une « charge injustifiée » pour tous les prestataires, parmi lesquels également les parties requérantes depuis 2005.

L'examen du premier moyen exige de déterminer si l'article 12 de la directive 2002/22/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques (directive « service universel ») permet que le législateur fédéral, en sa qualité d'autorité réglementaire nationale,

constate de manière générale et sur la base du calcul des coûts nets du prestataire du service universel qui était auparavant le seul prestataire, que la fourniture du service universel peut représenter une « charge injustifiée » pour les entreprises désignées comme fournisseurs de service universel.

La Cour rappelle que, avant de poursuivre l'examen du premier moyen, elle a, par son arrêt n° 131/2008 rendu en application de l'article 234, troisième alinéa, du Traité CE (désormais l'article 267, alinéa 3, du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne), interrogé la Cour de justice de l'Union européenne en ces termes : « L'article 12 de la directive 2002/22/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques (directive 'service universel') peut-il être interprété en ce sens qu'il permet au législateur compétent d'un Etat membre, agissant en qualité d'autorité réglementaire nationale, de constater, de manière générale et sur la base du calcul des coûts nets du prestataire du service universel, qui était auparavant le seul prestataire, que la fourniture du service universel peut représenter une charge injustifiée pour les entreprises désignées comme fournisseurs de service universel ? ».

Par l'arrêt du 6 octobre 2010 dans l'affaire C-389/08, la Cour de justice de l'Union européenne a répondu comme suit à cette question préjudicielle : « 1) La directive 2002/22/CE du Parlement européen et du Conseil, du 7 mars 2002, concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques (directive 'service universel'), ne s'oppose pas en principe, par elle-même, à ce que le législateur national intervienne en qualité d'autorité réglementaire nationale au sens de la directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil, du 7 mars 2002, relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques (directive 'cadre'), pour autant que, dans l'exercice de cette fonction, il réponde aux conditions de compétence, d'indépendance, d'impartialité et de transparence prévues par lesdites directives et que les décisions qu'il prend dans le cadre de cette fonction puissent faire l'objet de recours effectifs auprès d'un organisme indépendant des parties intéressées, ce qu'il appartient [à la Cour constitutionnelle] de vérifier. 2) L'article 12 de la directive 2002/22 ne s'oppose pas à ce que l'autorité

réglementaire nationale estime de manière générale et sur la base du calcul des coûts nets du fournisseur de service universel qui était auparavant le seul fournisseur de ce service que la fourniture dudit service peut représenter une charge injustifiée pour les entreprises désormais désignées comme fournisseurs de service universel.

3) L'article 13 de la directive 2002/22 s'oppose à ce que ladite autorité constate de la même manière et sur la base du même calcul que ces entreprises sont effectivement soumises à une charge injustifiée en raison de cette fourniture, sans avoir procédé à un examen particulier de la situation de chacune de celles-ci ». Par ailleurs, dans un arrêt de même date, rendu dans l'affaire C-222/08, la Cour de justice, saisie d'un recours de la Commission européenne contre le Royaume de Belgique en manquement aux obligations qui lui incombent en vertu de la directive sur le service universel et de l'article 249 du Traité CE (désormais l'article 288 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne), a décidé que la Belgique avait manqué aux obligations qui lui incombent en vertu, respectivement, de l'article 12, paragraphe 1, et de l'article 13, paragraphe 1, de la directive 2002/22/CE d'une part, « en omettant de prévoir dans le calcul du coût net de la fourniture de la composante sociale du service universel les avantages commerciaux retirés par les entreprises auxquelles incombe cette fourniture, y compris les bénéfices immatériels », et, d'autre part, « en constatant de manière générale et sur la base du calcul des coûts nets du fournisseur du service universel qui était auparavant le seul fournisseur de ce service que toutes les entreprises auxquelles incombe désormais la fourniture dudit service sont effectivement soumises à une charge injustifiée en raison de cette fourniture et sans avoir procédé à un examen particulier à la fois du coût net que représente la fourniture du service universel pour chaque opérateur concerné et de l'ensemble des caractéristiques propres à ce dernier, telles que le niveau de ses équipements ou sa situation économique et financière ».

Il découle de la motivation des arrêts précités de la Cour de justice que le législateur, en traitant tous les opérateurs de la même manière, comme l'affirme le Conseil des ministres dans ses mémoires et dans le mémoire complémentaire déposé postérieurement aux arrêts de la Cour de justice, et ainsi qu'il ressort également des travaux préparatoires, et en constatant que la fourniture du service universel constitue réellement pour tous les opérateurs une charge injustifiée indemnisable, sans avoir calculé

les coûts nets que cette charge entraîne pour chaque entreprise, a violé l'article 13 de la directive sur le service universel. En ce que le législateur traite en l'espèce tous les opérateurs de manière identique, alors que les articles 12 et 13 de la directive sur le service universel exigent un traitement différencié de tous les opérateurs *in concreto*, il a également violé le principe d'égalité et de non-discrimination garanti par les articles 10 et 11 de la Constitution; en effet, ce principe s'oppose à ce que des catégories de personnes qui se trouvent dans des situations essentiellement différentes au regard de la mesure considérée soient traitées de manière identique sans qu'existe pour ce faire une justification raisonnable. La Cour ne doit plus vérifier, du fait de ce constat, si le législateur peut effectivement être considéré comme une autorité de régulation nationale répondant aux conditions de compétence, d'indépendance, d'impartialité ou de transparence et si les décisions qu'il prend dans le cadre de cette fonction peuvent faire l'objet de recours effectifs auprès d'un organisme de recours indépendant des parties concernées, ainsi qu'il découle de la directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques (directive-cadre) et de la directive précitée 2002/22/CE.

La Cour estime dès lors que le premier moyen est fondé et, relevant la connexité des dispositions attaquées, elle annule l'ensemble de celles-ci, à savoir les articles 173, 3<sup>o</sup> et 4<sup>o</sup>, 200, 202 et 203 de la loi du 25 avril 2007 portant des dispositions diverses (IV).

**53. *La loi relative aux pratiques du marché et à la protection des consommateurs : l'exclusion des titulaires d'une profession libérale, des dentistes et des kinésithérapeutes (arrêt n° 55/2011)***

La loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur (ci-après : LPMPC), tout comme la directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2005 « relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur et modifiant la directive 84/450/CEE du Conseil et les directives 97/7/CE, 98/27/CE et 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil et le règlement (CE) n° 2006/2004 du Parlement européen et

du Conseil » (ci-après : la directive sur les pratiques commerciales déloyales), sur laquelle la loi est en grande partie fondée, s'applique aux « entreprises »; la notion d'« entreprise », au sens du droit de l'Union européenne, comprend également les titulaires d'une profession libérale (CJCE, 12 septembre 2000, C-180/98-C-184/98, *Pavlov e.a.*, point 77; CJCE, 19 février 2002, C-309/99, *Wouters e.a.*, points 45-49). Contrairement à la directive précitée, l'article 3, § 2, de la LPMPC exclut toutefois de son champ d'application les titulaires d'une profession libérale, ainsi que les dentistes et les kinésithérapeutes; le « titulaire d'une profession libérale » est défini à l'article 2, 2°, de la LPMPC comme étant « toute entreprise qui n'est pas commerçante au sens de l'article 1er du Code de commerce et qui est soumise à un organe disciplinaire créé par la loi ».

Les titulaires d'une profession libérale sont en revanche soumis aux dispositions de la loi du 2 août 2002 relative à la publicité trompeuse et à la publicité comparative, aux clauses abusives et aux contrats à distance en ce qui concerne les professions libérales (ci-après : LPL), pour autant qu'ils relèvent de la définition, différente, de la « profession libérale » figurant à l'article 2, 1°, de cette loi, soit « toute activité professionnelle indépendante de prestation de services ou de fourniture de biens, qui ne constitue pas un acte de commerce ou une activité artisanale visée par la loi du 18 mars 1965 sur le registre de l'artisanat et qui n'est pas visée par la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur, à l'exclusion des activités agricoles et d'élevage ». La LPL n'a toutefois pas encore été adaptée à la directive sur les pratiques commerciales déloyales; elle contient seulement une réglementation relative à la publicité trompeuse, aux clauses abusives et aux contrats à distance, mais ne contient pas d'interdiction générale de se livrer à des pratiques commerciales déloyales, bien que l'article 5, paragraphe 1, de la directive sur les pratiques commerciales déloyales, qui aurait dû être transposée avant le 12 juin 2007, prescrive une telle interdiction.

La Cour a été interrogée, d'une part, sur l'exclusion des titulaires d'une profession libérale, des dentistes et kinésithérapeutes du champ d'application de la LPMPC et, d'autre part, sur l'incompétence du président du tribunal de commerce qui en découle quant à l'action en cessation pour cause de pratiques de marché déloyales.

Selon la jurisprudence constante de la Cour de justice de l'Union européenne, une entreprise est « toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement » (CJCE, 23 avril 1991, C-41/90, *Höfner et Elser*, point 21; CJCE, 16 novembre 1995, C-244/94, *Fédération française des sociétés d'assurances e.a.*, point 14; CJCE, 19 février 2002, C-309/99, *Wouters e.a.*, point 46); une « activité économique » est « toute activité consistant à offrir des biens ou des services sur un marché donné » (CJCE, 16 juin 1987, *Commission c. Italie*, 118/85, point 7; CJCE, 18 juin 1998, C-35/96, *Commission c. Italie*, point 36; CJCE, 19 février 2002, C-309/99, *Wouters e.a.*, point 47). L'article 2, 1°, de la LPMPC définit l'« entreprise » comme étant « toute personne physique ou personne morale poursuivant de manière durable un but économique, y compris ses associations »; il ressort des travaux préparatoires que cette notion doit être interprétée dans le même sens que la notion d'« entreprise » en droit national et européen de la concurrence, sauf en ce qui concerne les titulaires d'une profession libérale, les dentistes et les kinésithérapeutes. L'article 2, 6°, de la LPMPC définit la notion de « service » comme étant « toute prestation effectuée par une entreprise dans le cadre de son activité professionnelle ou en exécution de son objet statutaire ».

Concernant la protection du consommateur, les titulaires d'une profession libérale et les autres entreprises se trouvent dans des situations suffisamment comparables, étant donné que ces deux catégories cherchent en premier lieu à subvenir professionnellement à leur subsistance; elles poursuivent leur objectif économique seules ou au sein d'une association sous la forme juridique d'une société; elles supportent les risques financiers liés à l'exercice de ces activités parce qu'elles doivent, en cas de différence entre les dépenses et les recettes, supporter elles-mêmes le déficit. Même si les titulaires d'une profession libérale se limitent généralement ou doivent, en vertu de leur code de déontologie, se limiter à fournir des services intellectuels, il apparaît également qu'ils accomplissent des actes qui doivent être considérés comme des actes de commerce; inversement, l'activité économique durable de plusieurs entreprises qui ne sont pas des titulaires d'une profession libérale consiste à proposer des services intellectuels. Il convient dès lors, tant à l'égard des titulaires d'une profession libérale qu'à l'égard des autres entreprises, d'encadrer pareillement leur comportement sur les

marchés économiques, d'assurer le bon fonctionnement du jeu de la concurrence et de protéger les intérêts des concurrents et des clients de biens et services.

L'action en cessation fondée sur les articles 18 à 24 de la LPL ne peut être introduite de manière recevable que si elle porte sur les dispositions de cette loi; elle ne peut dès lors porter que sur la publicité mensongère, les clauses abusives ou les contrats à distance, mais non sur les autres pratiques de marché interdites au sens de la LPMPC, ni sur une interdiction générale de se livrer à des pratiques de marché déloyales. Le consommateur et le concurrent ne disposent dès lors pas d'une action en cessation si de telles pratiques sont commises par une entreprise qui ne relève pas du champ d'application de la LPMPC mais du champ d'application de la LPL.

Les travaux préparatoires n'indiquent pas pourquoi la notion de « titulaire d'une profession libérale » est limitée aux professions libérales qui sont soumises à un organe disciplinaire créé par la loi. Or, cette restriction a pour effet que certains titulaires de professions qui sont traditionnellement considérées comme des professions libérales sont néanmoins soumis aux dispositions de la LPMPC et peuvent par conséquent être l'objet d'une action en cessation devant le président du tribunal de commerce, sur la base de l'interdiction générale de se livrer à des pratiques de marché déloyales, par cela seul qu'il n'existe pas d'organe disciplinaire créé par la loi pour leur catégorie professionnelle. Par ailleurs, deux types de titulaires d'une profession libérale pour lesquels il n'existe pas d'organe disciplinaire créé par la loi, à savoir les dentistes et les kinésithérapeutes, sont exclus du champ d'application de la LPMPC. Au cours des travaux préparatoires, ce choix a été justifié comme suit : « Le projet de loi ne s'applique pas davantage aux dentistes et aux kinésithérapeutes. Si ces catégories professionnelles ne sont pas soumises à un organe disciplinaire créé par la loi, elles sont traditionnellement classées parmi les professions libérales »; cette motivation ne peut toutefois expliquer pourquoi la LPMPC s'applique par contre aux autres professions qui sont traditionnellement considérées comme des professions libérales et qui ne sont pas soumises à un organe disciplinaire créé par la loi.

Selon le Conseil des ministres, la distinction entre les titulaires d'une profession libérale et les autres entreprises est justifiée en ce que les titulaires d'une profession libérale ont une certaine responsabilité

sociale, disposent d'une déontologie propre et se caractérisent par un haut degré d'indépendance et par une relation de confiance avec le client fondée sur la discrétion. Même dans la mesure où ces caractéristiques et valeurs diffèrent de celles des entreprises qui ne relèvent pas de la définition de « profession libérale », elles ne justifient pas que, pour certains actes accomplis par les titulaires de professions libérales, les consommateurs et les concurrents ne bénéficient pas de la même protection que celle de la LPMPC : en effet, le Conseil des ministres ne démontre pas en quoi l'applicabilité de la LPMPC et la compétence du président du tribunal de commerce pourraient compromettre les caractéristiques et valeurs précitées. Ainsi qu'il ressort également de l'article 3, paragraphe 8, de la directive sur les pratiques commerciales déloyales, l'applicabilité de la LPMPC ne porte d'ailleurs nullement atteinte aux conditions d'établissement, aux régimes d'autorisation, aux codes de déontologie ou à d'autres dispositions spécifiques régissant les professions libérales en vue de garantir les caractéristiques et valeurs précitées.

La Cour décide en conséquence que les articles 2, 1° et 2°, et 3, § 2, de la loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur violent les articles 10 et 11 de la Constitution en ce qu'ils ont pour effet que les titulaires d'une profession libérale, ainsi que les dentistes et les kinésithérapeutes, sont exclus du champ d'application de cette loi.

#### **54. Les contrats d'assurance maladie viagers non liés à l'activité professionnelle** (arrêt n° 90/2011)

La loi du 25 juin 1992 « sur le contrat d'assurance terrestre » régleme, au chapitre IV du titre III (« Des assurances de personnes »), inséré par l'article 2 de la loi du 20 juillet 2007, les « contrats d'assurance maladie ». La section Ière (« Dispositions préliminaires ») de ce chapitre IV ne contient que l'article 138bis-1, lequel définit les notions de « contrat d'assurance maladie », de « contrat d'assurance maladie lié à l'activité professionnelle », d'« assuré principal » et d'« assurés secondaires »; la section II du même chapitre IV - dont l'intitulé a été modifié par l'article 3 de la loi du 17 juin 2009 - comprend, entre autres, les articles 138bis-2 à 138bis-4 de la loi du 25 juin 1992 et est applicable aux « contrats

d'assurance maladie non liés à l'activité professionnelle » (article 138*bis*-2, alinéa 1er, de la loi du 25 juin 1992). Par ses articles 5, 6, 12 et 13, la loi du 17 juin 2009, respectivement, modifie l'article 138*bis*-3 précité, remplace le 4 du même article 138*bis*, remplace l'article 21*octies*, § 2, de la loi du 9 juillet 1975 « relative au contrôle des entreprises d'assurances » et remplace l'article 3 de la loi du 20 juillet 2007; l'article 15 de la même loi du 17 juin 2009 prévoit que cette loi « produit ses effets à partir du 1er juillet 2007 ».

La Cour a été saisie de deux recours en annulation portant, globalement, sur les articles 6, 12, 13 et 15 de la loi précitée du 17 juin 2009.

La Cour rejette les moyens invoqués à l'appui de ces recours, hormis en ce qui concerne les articles 13 et 15 précités - qu'elle annule dans la mesure indiquée ci-dessous.

Les critiques rejetées par la Cour à l'occasion d'un examen au fond étaient, en synthèse, les suivantes. L'article 21*octies*, § 2, alinéa 2, de la loi du 9 juillet 1975 - inséré par l'article 12 de la loi du 17 juin 2009 - violerait les articles 10 et 11 de la Constitution, lus en combinaison avec l'article 1er du Premier Protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme, en ce que, d'une part, cette disposition habilite la CBFA à autoriser une entreprise d'assurances à modifier, pour l'avenir, les clauses d'un contrat d'assurance visé par cette disposition, au préjudice de l'assuré de ce contrat et en ce que, d'autre part, cette disposition fait une différence de traitement entre l'assuré et l'entreprise d'assurances, puisqu'elle ne permet pas au premier de demander à la CBFA l'autorisation de modifier les conditions du contrat d'assurance visé par cette disposition, lorsqu'il rencontre des difficultés financières. L'article 138*bis*-4, §§ 1er à 4, de la loi du 25 juin 1992 (remplacé par l'article 6 de la loi du 17 juin 2009) et l'article 21*octies*, § 2, alinéa 2, de la loi du 9 juillet 1975 (inséré par l'article 12 de la loi du 17 juin 2009) violeraient les articles 10 et 11 de la Constitution, en ce que ces dispositions feraient une différence de traitement entre, d'une part, l'assureur qui a conclu un contrat viager d'assurance maladie non lié à l'activité professionnelle et, d'autre part, la mutualité qui organise un « service ' hospitalisation ' »; les conditions d'augmentation de la contrepartie financière de la prestation à fournir en exécution de ce contrat ou dans le cadre de ce service ainsi que les conditions de modification des « conditions de couverture » liées à ce contrat ou à ce service seraient plus souples

pour la mutualité que pour l'assureur, en ce que la mutualité pourrait augmenter cette contrepartie ou modifier ces « conditions de couverture » par une simple décision de son assemblée générale sans obtenir le consentement du bénéficiaire de son service. L'article 138bis-4, §§ 1er à 4, de la loi du 25 juin 1992 et l'article 21octies, § 2, alinéa 2, de la loi du 9 juillet 1975, en ce qu'ils limiteraient la liberté de l'assureur qui a conclu, pour la vie, un contrat d'assurance maladie non lié à l'activité professionnelle de modifier les « bases techniques de la prime » et les « conditions de couverture » de ce contrat, violeraient les articles 10 et 11 de la Constitution, lus en combinaison avec l'article 8, paragraphe 3, de la directive 73/239/CEE du Conseil du 24 juillet 1973 « portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'accès à l'activité de l'assurance directe autre que l'assurance sur la vie, et son exercice » et avec les articles 29 et 39, paragraphes 2 et 3, de la directive 92/49/CEE du Conseil du 18 juin 1992 « portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'assurance directe autre que l'assurance sur la vie et modifiant les directives 73/239/CEE et 88/357/CEE ». L'article 138bis-4, §§ 1er à 4, de la loi du 25 juin 1992 (remplacé par l'article 6 de la loi du 17 juin 2009) et l'article 21octies, § 2, alinéa 2, de la loi du 9 juillet 1975 (inséré par l'article 12 de la loi du 17 juin 2009) violeraient les articles 10 et 11 de la Constitution, lus en combinaison avec les articles 43 et 49 du Traité instituant la Communauté européenne, en ce que ces dispositions porteraient atteinte à la liberté d'établissement et à la libre prestation des services de l'entreprise d'assurances établie dans un autre Etat membre de l'Union européenne qui souhaite conclure des contrats d'assurance maladie voyageurs non liés à l'activité professionnelle. L'article 138bis-4, §§ 1er à 4, de la loi du 25 juin 1992 et l'article 21octies, § 2, alinéa 2, de la loi du 9 juillet 1975 violeraient les articles 10 et 11 de la Constitution, lus en combinaison avec l'article 15 de la directive 73/239/CEE du 24 juillet 1973 et avec l'article 56 de la directive 91/674/CEE du Conseil du 19 décembre 1991 « concernant les comptes annuels et les comptes consolidés des entreprises d'assurance », en ce que ces dispositions empêcheraient l'entreprise d'assurances liée par des contrats d'assurance maladie voyageurs non liés à l'activité professionnelle de constituer des provisions techniques suffisantes. L'article 21octies, § 2, alinéa 2, de la loi du 9 juillet 1975 (tel qu'il a été inséré par l'article 12 de la loi du 17 juin 2009) violerait les articles 10

et 11 de la Constitution, lus en combinaison avec son article 13, avec les articles 6 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme et avec le principe général du droit à un recours juridictionnel effectif, en ce qu'il priverait l'entreprise d'assurances liée par un contrat d'assurance maladie viager non lié à l'activité professionnelle, d'une part, du droit d'accès à un juge lorsque la CBFA néglige de statuer sur la demande dont elle est saisie en application de cette disposition, et, d'autre part, du droit à un recours effectif lorsque la CBFA refuse d'accéder à cette demande.

Après avoir rejeté ces différentes critiques, la Cour va, par contre, faire droit au dernier moyen avancé par les parties requérantes dans la seconde affaire soumise à la Cour.

Dans ce moyen, la Cour était d'abord invitée à statuer sur la compatibilité avec les articles 10 et 11 de la Constitution, lus en combinaison avec le principe de la sécurité juridique, de l'article 15 de la loi du 17 juin 2009, en ce qu'il dispose que l'article 138*bis*-4 de la loi du 25 juin 1992, tel qu'il a été remplacé par l'article 6 de la loi du 17 juin 2009, produit ses effets à partir du 1er juillet 2007 et impose donc des obligations à l'assureur qui, après cette date mais avant la publication de cette nouvelle version de l'article 138*bis*-4 de la loi du 25 juin 1992, a conclu, soit un contrat d'assurance maladie qui était soumis, depuis le 1er juillet 2007, aux règles inscrites dans la version précédente de cet article, soit un contrat d'assurance maladie qui n'était pas soumis à ces règles.

L'article 6 de la loi du 17 juin 2009 a remplacé la disposition originale de l'article 138*bis*-4 de la loi du 25 juin 1992, tel qu'il avait été inséré par l'article 2 de la loi du 20 juillet 2007, - laquelle décrit les conditions dans lesquelles l'assureur peut modifier certains éléments du contrat d'assurance maladie individuel durant la période d'exécution de celui-ci - par un nouveau texte, qui modifie ces conditions de manière significative; en outre, l'article 4, 1°, de la loi du 17 juin 2009 remplace, dans l'alinéa 1er de l'article 138*bis*-2 précité de la loi du 25 juin 1992, le mot « individuels » par les mots « non liés à l'activité professionnelle », de sorte que les règles énoncées par l'article 138*bis*-4 de la loi du 25 juin 1992 s'appliquent désormais tant aux contrats individuels d'assurance maladie non liés à l'activité professionnelle qu'aux contrats d'assurance maladie non liés à l'activité professionnelle qui sont collectifs, c'est-à-dire conclus au profit de plusieurs personnes. En vertu de l'article 15 de la loi du 17 juin 2009, les articles 4, 1°, et 6 de la loi du 17 juin 2009

produisent leurs effets à partir du 1er juillet 2007 : ni l'assureur qui, après cette date mais avant la publication de la loi du 17 juin 2009, a conclu un contrat d'assurance maladie individuel, ni celui qui, durant cette période, a conclu un contrat d'assurance maladie collectif non lié à l'activité professionnelle, ne pouvaient prévoir, durant cette période, qu'ils ne pouvaient modifier certains éléments de cette convention que dans les conditions décrites par l'article 138*bis*-4 de la loi du 25 juin 1992, tel que remplacé par l'article 6 de la loi du 17 juin 2009; l'article 15 précité confère donc, dans cette mesure, au remplacement de l'article 138*bis*-4 de la loi du 25 juin 1992, un effet rétroactif.

La non-rétroactivité des lois est une garantie qui a pour but de prévenir l'insécurité juridique; cette garantie exige que le contenu du droit soit prévisible et accessible, de sorte que le justiciable puisse prévoir, dans une mesure raisonnable, les conséquences d'un acte déterminé au moment où cet acte est posé. La rétroactivité n'est justifiée que lorsqu'elle est indispensable à la réalisation d'un objectif d'intérêt général.

A propos de la disposition de l'avant-projet de loi qui est à l'origine de l'article 15 de la loi du 17 juin 2009, la section de législation du Conseil d'Etat observe, dans son avis du 19 juin 2008, que la « rétroactivité soulève des objections dans la mesure où elle impose, pour le passé, certaines obligations à des fournisseurs de contrats d'assurance maladie [...] soum[is] pour la première fois [par la loi du 17 juin 2009] à l'application des articles 138*bis*-1 et suivants de la loi du 25 juin 1992 »; l'exposé des motifs du projet de loi devenu la loi du 17 juin 2009 indique, à ce sujet, que ledit « projet entend remédier aux imprécisions du passé concernant le champ d'application du chapitre IV » de la loi du 25 juin 1992 et qu'il « est donc logique que les corrections apportées prennent effet à la même date » que celle de la loi du 20 juillet 2007 qui a introduit ce chapitre, « à savoir le 1er janvier 2007 ». Il n'apparaît donc pas quel est l'objectif d'intérêt général dont la réalisation rend indispensable la rétroactivité précitée.

La Cour conclut dès lors que, en ce qu'il s'applique à l'article 6 de la loi du 17 juin 2009, l'article 15 de cette loi n'est pas compatible avec les articles 10 et 11 de la Constitution, lus en combinaison avec le principe de la sécurité juridique, et elle annule, dans cette mesure, ledit article 15.

Le moyen précité invitait également la Cour à statuer sur la compatibilité, avec les articles 10 et 11 de la Constitution, de l'article 3, § 2, alinéas 1er et 2, de la loi du 20 juillet 2007 (tel qu'il a été remplacé par l'article 13 de la loi du 17 juin 2009), en ce que cette disposition introduirait une différence de traitement entre deux catégories d'entreprises d'assurances qui, avant le 1er juillet 2007, ont conclu un contrat d'assurance maladie non lié à l'activité professionnelle au sens de l'article 138bis-2 de la loi du 25 juin 1992, modifié par l'article 4 de la loi du 17 juin 2009 : d'une part, celles qui ont conclu un contrat individuel et, d'autre part, celles qui ont conclu un contrat collectif, c'est-à-dire au profit de plusieurs personnes; la disposition attaquée ne laisserait pas à la seconde catégorie d'entreprises le délai de deux ans dont la première catégorie d'entreprises a pu bénéficier pour adapter son contrat aux règles des articles 138bis-3 et 138bis-4 de la loi du 25 juin 1992.

L'application des articles 138bis-3 et 138bis-4 de la loi du 25 juin 1992 fait respectivement l'objet de l'alinéa 2 et de l'alinéa 1er de l'article 3, § 2, de la loi du 20 juillet 2007, tel qu'il a été remplacé par l'article 13 de la loi du 17 juin 2009.

Tel qu'il a été inséré par l'article 2 de la loi du 20 juillet 2007, l'article 138bis-3 de la loi du 25 juin 1992 disposait : « Durée du contrat d'assurance § 1er. Sans préjudice de l'application des articles 6, 7, 11, 14, 15, 16, 17, 24 et hormis le cas de fraude, les contrats d'assurance maladie visés à l'article 138bis-1, § 1er, 1°, 3° et 4° sont conclus à vie. Les contrats d'assurance maladie visés à l'article 138bis-1, § 1er, 2°, valent jusqu'à l'âge de 65 ans ou un âge antérieur, si cet âge est l'âge normal auquel l'assuré met complètement et définitivement fin à son activité professionnelle. § 2. Sans préjudice de l'application de l'article 30, § 3, les contrats peuvent être conclus pour une durée limitée à la demande expresse du preneur d'assurance et s'il y va de son intérêt. § 3. Les dispositions du présent article ne sont pas applicables aux contrats d'assurance maladie offerts à titre accessoire par rapport au risque principal, dont la durée n'est pas à vie »; appartenant à la même section que l'article 138bis-2 de la loi du 25 juin 1992, précité, l'article 138bis-3 de la loi du 25 juin 1992 ne s'appliquait alors qu'aux contrats d'assurance maladie individuels. Avant son remplacement par l'article 13 de la loi du 17 juin 2009, l'article 3, alinéa 1er, de la loi du 20 juillet 2007 prévoyait que « pour ce qui est des contrats d'assurance maladie existants visés à l'article 138bis-2 de la loi du

25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre, qui, au moment de l'entrée en vigueur de la présente loi, ne satisfont pas aux exigences de l'article 138bis-3, l'entreprise d'assurances propose au preneur d'assurance, au plus tard deux ans après l'entrée en vigueur de la présente loi, un nouveau contrat d'assurance maladie conforme à ces exigences. Le preneur d'assurance décide dans les trente jours de la réception de la proposition, d'y souscrire ou de maintenir la durée de son assurance maladie en cours »; la « présente loi » visée par cette disposition était la loi du 20 juillet 2007, publiée au *Moniteur belge* du 10 août 2007, qui, en application de son article 4, est entrée en vigueur le 1er juillet 2007. Par conséquent, l'entreprise d'assurances qui, avant le 1er juillet 2007, avait conclu un contrat d'assurance maladie individuel non lié à l'activité professionnelle a pu disposer d'un délai de près de deux ans expirant le 30 juin 2009 pour proposer au preneur d'assurance un nouveau contrat d'assurance maladie conforme aux exigences de l'article 138bis-3 de la loi du 25 juin 1992.

L'article 4 de la loi du 17 juin 2009 remplace, dans l'article 138bis-2 précité de la loi du 25 juin 1992, le mot « individuels » - utilisé en son alinéa 1er - par les mots « non liés à l'activité professionnelle » et les mots « et aux membres de sa famille qui sont affiliés à son assurance maladie » - utilisés en son alinéa 2 - par les mots « à l'assuré principal et aux assurés secondaires »; l'article 5 de la loi du 17 juin 2009 remplace, dans le paragraphe 2 de l'article 138bis-3, les mots « du preneur d'assurance » par les mots « de l'assuré principal ». Ces deux dispositions de la loi du 17 juin 2009 produisent leurs effets à partir du 1er juillet 2007 (article 15 de la même loi). La modification de l'article 138bis-2, alinéa 1er, de la loi du 25 juin 1992 a pour effet que les règles inscrites à l'article 138bis-3 de la même loi créent désormais des obligations, non seulement pour l'entreprise d'assurances qui a conclu un contrat d'assurance maladie individuel non lié à l'activité professionnelle, mais aussi pour l'entreprise d'assurances qui a conclu un contrat d'assurance maladie collectif non lié à l'activité professionnelle : or, il ressort de l'article 3, § 2, alinéa 2, de la loi du 20 juillet 2007, tel qu'il a été inséré par l'article 13 de la loi du 17 juin 2009, que l'entreprise d'assurances qui, avant le 1er juillet 2007, a conclu un contrat d'assurance maladie collectif non lié à l'activité professionnelle disposait d'un délai de deux ans expirant le 30 juin 2009 pour proposer à l'assuré principal un nouveau contrat d'assurance maladie conforme aux exigences de l'article 138bis-3 de la loi du 25 juin 1992, tel que

modifié par l'article 5 de la loi du 17 juin 2009. Puisque la loi du 17 juin 2009 n'a été publiée au *Moniteur belge* que le 8 juillet 2009, cette entreprise d'assurances n'a pas pu bénéficier effectivement du délai de deux ans prévu par son article 13.

Une disposition transitoire ne viole le principe d'égalité et de non-discrimination exprimé aux articles 10 et 11 de la Constitution que si elle crée une différence de traitement qui n'est pas raisonnablement justifiée ou si elle porte atteinte de manière excessive au principe de la confiance légitime.

A propos de la différence de traitement qui découle de l'article 3, § 2, alinéa 2, de la loi du 20 juillet 2007, exposée ci-dessus, l'exposé des motifs du projet de loi qui est à l'origine de la loi du 17 juin 2009 indique qu'elle ne doit pas être justifiée et que la loi du 17 juin 2009 ne modifie pas le champ d'application de l'article 138bis-3 de la loi du 25 juin 1992 : il n'apparaît dès lors pas que cette différence de traitement soit raisonnablement justifiée. Le délai de deux ans prévu par l'article 3, § 2, alinéa 2, de la loi du 20 juillet 2007 s'avérant théorique, cette disposition porte atteinte de manière excessive au principe de la confiance légitime, dans la mesure où l'entreprise d'assurances n'a pu effectivement bénéficier d'un délai d'une durée équivalente au délai visé ci-dessus.

La Cour annule dès lors, dans la mesure qu'elle indique, l'article 3, § 2, alinéa 2, de la loi du 20 juillet 2007 « modifiant, en ce qui concerne les contrats privés d'assurance maladie, la loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre », tel qu'il a été inséré par l'article 13 de la loi du 17 juin 2009 « modifiant, en ce qui concerne les contrats d'assurance maladie, la loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre et la loi du 20 juillet 2007 modifiant, en ce qui concerne les contrats privés d'assurance maladie, la loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre ».

Elle déclare par contre non fondé le moyen précité, dès lors que, en ce qu'elle concerne l'adaptation d'un contrat aux règles de l'article 138bis-4 de la loi du 25 juin 1992, la différence de traitement en cause - entre les contrats individuels et les contrats collectifs - est inexistante.

**55. Le financement du Fonds spécial de protection des dépôts et des assurances sur la vie (arrêt n° 115/2011)**

Un arrêté royal du 14 novembre 2008 a donné exécution à l'article 117bis - abrogé dans l'intervalle - de la loi du 2 août 2002 « relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers », tel qu'il avait été inséré dans cette loi par l'article 2 de la loi du 15 octobre 2008 « portant des mesures visant à promouvoir la stabilité financière et instituant en particulier une garantie d'Etat relative aux crédits octroyés et autres opérations effectuées dans le cadre de la stabilité financière » : en vertu de cette disposition, le Roi pouvait, sur avis du Comité de stabilité financière, en cas de crise soudaine sur les marchés financiers ou en cas de menace grave de crise systémique, aux fins d'en limiter l'ampleur ou les effets, arrêter des mesures complémentaires ou dérogatoires, entre autres, à la loi du 22 mars 1993 « relative au statut et au contrôle des établissements de crédit », et mettre en place, par arrêté délibéré en Conseil des ministres, un système d'octroi de la garantie de l'Etat pour des engagements souscrits par les institutions contrôlées en vertu de la loi précitée, qu'Il détermine. L'arrêté royal précité prévoyait, d'une part, l'augmentation, de 20 000 euros à 50 000 euros par déposant, de l'indemnité payée par le Fonds de protection déjà constitué (à partir du 7 octobre 2008) et, d'autre part, la création, au sein de la Caisse des dépôts et consignations, d'un fonds - sans personnalité juridique distincte - dénommé « Fonds spécial de protection des dépôts et des assurances sur la vie » (ci-après : Fonds spécial de protection) auquel devaient participer, entre autres, les établissements de crédit et les entreprises d'investissement. En vertu de l'article 6 de l'arrêté royal précité, le Fonds spécial de protection devait intervenir à concurrence de 100 000 euros par déposant, déduction faite du montant de 50 000 euros à charge du Fonds de protection créé précédemment. L'article 7 du même arrêté prévoyait que le Fonds spécial de protection était financé par des contributions annuelles de ses adhérents et par des droits d'entrée des entreprises d'assurances agréées à souscrire, en qualité d'assureur, des assurances sur la vie avec rendement garanti, relevant de la branche 21; ces entreprises d'assurances pouvaient participer librement au Fonds spécial de protection (article 4, § 2). Contrairement au montant de la contribution au Fonds de protection déjà créé précédemment, le montant de la contribution annuelle au Fonds spécial de protection n'a pas été fixé par voie de

protocole mais dans l'arrêté royal lui-même (article 8). Cet arrêté royal a été confirmé par l'article 199 de la loi-programme du 22 décembre 2008.

La loi-programme du 23 décembre 2009 a modifié à nouveau les modalités d'intervention du Fonds de protection et du Fonds spécial de protection en cas de défaillance des établissements de crédit et des entreprises d'investissement (article 167, qui modifie l'article 6 de l'arrêté royal du 14 novembre 2008). Depuis le 1er janvier 2011, le Fonds spécial de protection protège les dépôts à concurrence de 100 000 euros par déposant, mais il intervient seulement dans la mesure où la réserve d'intervention du Fonds de protection et la garantie d'Etat visée à l'article 110<sup>sexies</sup> de la loi du 22 mars 1993 sont insuffisantes pour indemniser d'abord les instruments financiers et ensuite les dépôts : le législateur semble ainsi avoir voulu qu'en cas de défaillance d'un établissement de crédit, les déposants soient d'abord indemnisés par le Fonds de protection (dans la mesure où la réserve d'intervention de celui-ci est suffisante), lequel, contrairement au Fonds spécial de protection, est une personne morale distincte de l'Etat; selon les travaux préparatoires, il entendait ainsi éviter, dans la mesure du possible, qu'en cas d'intervention, « le solde net à financer de l'Etat soit influencé négativement ». De plus, la loi-programme précitée instaure, pour les entreprises d'assurances sur la vie agréées à souscrire, en qualité d'assureurs, des assurances sur la vie avec rendement garanti, relevant de la branche 21, l'obligation de participer au Fonds spécial de protection (article 166, qui modifie l'article 4 de l'arrêté royal du 14 novembre 2008), et elle introduit de nouvelles dispositions en ce qui concerne le financement de ce fonds. Enfin, l'article 169 de la même loi-programme du 23 décembre 2009 a augmenté le montant des contributions annuelles à verser au Fonds spécial de protection et a fixé les règles relatives au montant du droit d'entrée des établissements de crédit et des entreprises d'investissement.

La Cour a été saisie d'un recours en annulation de l'article 169, 1° et 5°, de la loi précitée du 23 décembre 2009, lesquelles dispositions modifient, respectivement, le § 1er, 1°, et le § 3 de l'article 8 de l'arrêté royal du 14 novembre 2008.

*En ce qui concerne l'article 169, 1°, de la loi-programme du 23 décembre 2009*

Comme il a déjà été relevé, cette disposition modifie l'article 8, § 1er, 1°, de l'arrêté royal précité du 14 novembre 2008 en ce sens que les mots « une contribution de 0,31 ‰ » sont remplacés par les mots « une contribution de 0,15 p.c. ». Font notamment partie des « institutions visées à l'article 4, § 1er, » de l'arrêté royal du 14 novembre 2008 - auquel se réfère l'article 8 en cause -, les établissements de crédit visés à l'article 110 de la loi du 22 mars 1993 relative au statut et au contrôle des établissements de crédit, qui vise les « établissements de crédit établis en Belgique »; selon l'article 1er, 1°, de cette loi, il y a lieu d'entendre par « établissement de crédit » une entreprise « dont l'activité consiste à recevoir du public des dépôts d'argent ou d'autres fonds remboursables et à octroyer des crédits pour leur propre compte ». L'article 8, § 1er, 1°, de l'arrêté royal du 14 novembre 2008, tel qu'il a été modifié par la disposition attaquée, ne fait pas de distinction entre les établissements de crédit, selon qu'ils se financent principalement par la sollicitation de dépôts auprès du grand public ou sur le marché des capitaux.

Selon la partie requérante, l'article 169, 1°, de la loi-programme du 23 décembre 2009 violerait les articles 10 et 11 de la Constitution, en ce qu'il préjudicie de manière disproportionnée les établissements de crédit qui se financent principalement par la sollicitation de dépôts auprès du grand public par rapport aux établissements de crédit qui se financent principalement sur le marché des capitaux; un autre moyen alléguait, outre la violation des articles 10 et 11, celle de l'article 172, alinéa 1er, de la Constitution. La Cour examine ensemble ces moyens. La partie requérante critiquait principalement la disposition attaquée au motif que les deux catégories d'établissements de crédit sont traitées de manière égale, alors qu'elles se trouveraient dans des situations essentiellement différentes, parce que le risque de difficultés financières ou de faillite serait nettement moindre pour la première catégorie que pour la seconde.

Il appartient au législateur de déterminer la méthode permettant d'atteindre les objectifs poursuivis par le système de protection des dépôts; rien ne l'empêche à cet égard de tenir compte de considérations budgétaires. La circonstance que la mesure de la loi-programme du 23 décembre 2009 en cause n'a pas accru la protection des déposants (par rapport à la protection déjà offerte précédemment par l'arrêté royal du 14 novembre 2008) ne permet pas de conclure que le législateur aurait modifié les objectifs

poursuivis par le système de protection des dépôts. Ni les dispositions de la loi-programme du 23 décembre 2009, ni ses travaux préparatoires, ne font apparaître que l'augmentation des contributions au Fonds spécial de protection aurait eu pour but de permettre la récupération de l'aide accordée aux « grandes banques » dans le cadre de la crise bancaire de 2008 et de 2009; un tel objectif ne saurait davantage se déduire de l'évolution du système de protection des dépôts décrit plus haut. Par contre, il ressort du rapport du 27 avril 2009 fait au nom de la Commission spéciale précitée que les contributions antérieures paraissaient insuffisantes pour atteindre les objectifs poursuivis par le système de protection des dépôts.

Comme l'arrêt le rappelle, dans le régime organisé par la loi du 17 décembre 1998, la contribution au Fonds de protection créé par cette loi n'a pas été fixée par une loi mais par un protocole conclu entre le Fonds de protection et les établissements qui y participent : la contribution n'a donc pas été fixée unilatéralement par le législateur. La circonstance que, dans le régime actuel, la contribution au Fonds spécial de protection est fixée unilatéralement par le législateur n'entraîne cependant pas une modification de sa nature : la contribution constitue une partie essentielle d'un système qui vise à indemniser les déposants en cas de défaillance d'un établissement de crédit et, partant, à maintenir la confiance du public dans les établissements de crédit. La contribution doit être considérée comme la rémunération d'un service accompli par l'autorité publique au bénéfice des établissements de crédit considérés isolément, ainsi que de leurs clients.

Pour qu'une taxe puisse être qualifiée de rétribution, il n'est pas seulement requis qu'il s'agisse de la rémunération d'un service accompli par l'autorité au bénéfice du redevable considéré isolément, mais également qu'elle ait un caractère purement indemnitaire, de sorte qu'un rapport raisonnable doit exister entre le coût ou la valeur du service fourni et le montant dû par le redevable.

Dans l'évaluation du caractère raisonnable du rapport entre le coût ou la valeur du service fourni et le montant dû par le redevable, il ne doit pas seulement être tenu compte, en l'espèce, de la valeur des engagements que l'autorité publique contracte - par le biais du Fonds de protection et du Fonds spécial de protection - en vertu du

système de protection des dépôts, mais également, ainsi qu'il est dit dans le quatrième considérant de la directive 94/19/CE du Parlement européen et du Conseil du 30 mai 1994 relative aux systèmes de garantie des dépôts (en exécution de laquelle ont été adoptés les articles 110 et suivants de la loi du 22 mars 1993), du « coût qu'induirait un retrait massif des dépôts bancaires non seulement d'un établissement en difficulté, mais également d'établissements sains à la suite d'une perte de confiance des déposants dans la solidité du système bancaire ». Selon la disposition attaquée, la contribution s'élève à 0,15 % de l'encours, au 30 septembre de l'année précédente, des dépôts éligibles au remboursement. Compte tenu, d'une part, de la conclusion, précitée, de la Commission spéciale de la Chambre des représentants et du Sénat, selon laquelle les contributions que payaient précédemment les établissements de crédit dans le cadre du système de protection des dépôts n'étaient pas assez élevées au regard des objectifs poursuivis par ce système, et compte tenu, d'autre part, de la conviction, née de la crise bancaire de 2008 et de 2009, que l'apparition de difficultés financières dans un établissement de crédit ne doit plus être considérée comme une hypothèse mais comme une réalité, le montant de la contribution attaquée est raisonnablement proportionné à la valeur du service fourni par l'autorité publique, lequel profite à tous les établissements de crédit. Par ailleurs, dans la proposition de la Commission européenne du 12 juillet 2010 modifiant la directive 94/19/CE, il est prévu que le montant cumulé des contributions ne puisse excéder 1 % des dépôts éligibles par année civile (COM(2010)368). La contribution attaquée n'est donc pas un impôt mais une rétribution. La circonstance que les établissements de crédit sont obligés de faire usage du service en question n'enlève rien à cette qualification. Il en va de même pour le fait que la Caisse des dépôts et consignations doit reverser au Trésor les contributions versées, en vertu de l'article 8, § 3, de l'arrêté royal du 14 novembre 2008.

Il découle de ce qui précède que l'article 172, alinéa 1er, de la Constitution, qui ne s'applique qu'aux impôts, ne saurait s'appliquer à la disposition attaquée. Les articles 10 et 11 de la Constitution ont toutefois une portée générale, de sorte que le législateur doit aussi respecter le principe d'égalité et de non-discrimination lorsqu'il instaure des rétributions. Bien que la contribution attaquée, considérée de manière générale, soit

raisonnablement proportionnée à la valeur du service fourni par l'autorité publique, le principe susdit s'oppose à ce que des catégories de personnes qui se trouvent dans des situations fondamentalement différentes au regard de cette contribution soient traitées de manière identique, sans qu'existe à cela une justification raisonnable.

Eu égard aux objectifs poursuivis par le système de protection des dépôts, il n'est en principe pas dénué de justification raisonnable que, lors du calcul de la contribution attaquée, il soit tenu compte des dépôts éligibles au remboursement, effectués auprès d'un établissement de crédit : en effet, en cas de défaillance d'un établissement de crédit, c'est l'ensemble de ces dépôts qui détermine la mesure dans laquelle l'autorité publique doit intervenir financièrement, par la voie du Fonds spécial de protection et du Fonds de protection, en vue d'indemniser les déposants. En raison de l'urgence, le législateur s'est alors limité à ce seul critère. Néanmoins, il ne doit pas seulement être tenu compte en l'espèce du montant potentiel d'une intervention financière de l'autorité publique, mais également du risque que l'autorité publique doive effectivement intervenir. Les dépôts éligibles au remboursement, effectués auprès d'un établissement de crédit, ne constituent pas en soi un indicateur de ce risque : ce dernier est fonction du risque de difficultés financières auquel est exposé un établissement de crédit, ce qui dépend, entre autres, de la manière dont cet établissement est géré. La disposition attaquée utilise les dépôts remboursables effectués auprès d'un établissement de crédit comme critère exclusif de la contribution qu'elle fixe, et ne tient ainsi aucunement compte de la question de savoir dans quelle mesure un établissement de crédit court un risque de difficultés financières qui pourraient donner lieu à l'application du système de protection des dépôts. Les établissements de crédit étant tous traités de manière égale pour le calcul de la contribution attaquée, sans aucune pondération en fonction de leur profil de risque, les établissements de crédit qui se financent principalement par la sollicitation de dépôts auprès du grand public sont préjudiciés de manière disproportionnée par rapport à ceux qui se financent principalement sur le marché des capitaux.

La Cour annule en conséquence l'article 169, 1°, de la loi-programme du 23 décembre 2009. En application de l'article 8, alinéa 2, de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour

constitutionnelle, celle-ci maintient toutefois les effets de la disposition annulée jusqu'au 31 décembre 2011, afin, d'une part, d'éviter que les moyens recueillis dans le cadre du système de protection des dépôts soient insuffisants pour atteindre les objectifs de ce système et, d'autre part, afin de permettre au législateur de modifier la disposition attaquée en tel sens qu'il soit tenu compte de facteurs de risque lors du calcul de la contribution.

*En ce qui concerne l'article 169, 5°, de la même loi*

Comme il a déjà été relevé, cette disposition modifie l'article 8, § 3, de l'arrêté royal précité du 14 novembre 2008, en ce sens : « § 3. Le montant du droit d'entrée des établissements de crédit et des entreprises d'investissement visés à l'article 4, § 1er, 1° à 3°, à l'exception des sociétés de gestion de fortune et de conseil en investissement, est fixé à 0,10 p.c. de l'encours au 30 septembre 2010 des dépôts éligibles au remboursement. La première moitié de ce montant est payée au plus tard le 15 décembre 2010 et l'autre moitié au plus tard le 15 janvier 2011 ». Selon la partie requérante, cette disposition violerait les articles 170 et 172 de la Constitution, en ce qu'elle habilite le Roi à déterminer un élément essentiel d'un impôt.

Il ressort des travaux préparatoires que le législateur a voulu opérer une distinction entre, d'une part, le droit d'entrée à payer par les « établissements déjà membres », dont le montant est fixé par lui-même à 0,10 % du montant, au 30 septembre 2010, des dépôts éligibles au remboursement et, d'autre part, le droit d'entrée à payer par les établissements « qui adhèrent pour la première fois à partir du 16 décembre 2010 et pour lesquels ne sont pas versées des contributions suffisantes apportées par un système de protection des dépôts auquel ils ont adhéré antérieurement ou qui ne bénéficient pas de la garantie visée à l'article 110<sup>sexies</sup> de la loi du 22 mars 1993 relative au statut et au contrôle des établissements de crédit », pour lesquels le mode d'évaluation et de calcul sera déterminé par le Roi, sur avis de la Commission bancaire, financière et des assurances. Il ressort également des mêmes travaux préparatoires que le législateur s'est inspiré de l'article 110<sup>quater</sup> de la loi du 22 mars 1993 relative au statut et au contrôle des établissements de crédit, laquelle loi a organisé les systèmes de protection des dépôts qui existaient précédemment et a intégré dans un régime harmonisé les moyens rassemblés dans les systèmes antérieurs : les établissements de crédit qui n'avaient pas contribué, ou qui avaient contribué insuffisamment par le passé à un système

de protection des dépôts devaient, à titre de compensation, payer une contribution initiale dont le Roi, sur avis de la Commission bancaire, financière et des assurances, devait fixer le mode d'évaluation et de calcul.

Tout comme la contribution visée à l'article 169, 1°, de la loi-programme du 23 décembre 2009, le droit d'entrée visé à l'article 169, 5°, de cette loi est une rétribution : en effet, ce droit constitue également la rémunération d'un service que l'autorité publique fournit au bénéficiaire du redevable considéré individuellement et il a un caractère indemnitaire, en ce que son montant est fixé à 0,10 % du montant, au 30 septembre 2010, des dépôts éligibles au remboursement.

Bien que la disposition attaquée ne contienne pas, en ce qui concerne la délégation qu'elle confère au Roi, d'indications explicites relatives au montant du droit d'entrée que doivent payer les établissements qui adhèrent pour la première fois à partir du 16 décembre 2010 et pour lesquels ne sont pas versées des contributions suffisantes, il peut être déduit de la portée générale de cette disposition que le droit d'entrée que doivent payer les « établissements déjà membres », fixé à 0,10 % du montant, au 30 septembre 2010, des dépôts éligibles au remboursement, doit être pris par le Roi comme référence. Il peut également en être déduit que la disposition relative au droit d'entrée applicable aux établissements qui adhèrent pour la première fois à partir du 16 décembre 2010 et pour lesquels n'ont pas été versées des contributions suffisantes, est dictée par le souci de ne pas préjudicier les « établissements déjà membres » par rapport à ces établissements. La délégation donnée au Roi apparaît dictée par la nature technique de la fixation des compensations que doivent payer ces établissements pour le fait qu'ils n'ont pas contribué ou qu'ils ont insuffisamment contribué dans le passé. Etant donné que le droit d'entrée pour les établissements qui adhèrent pour la première fois à partir du 16 décembre 2010 et pour lesquels n'ont pas été versées des contributions suffisantes est basé sur le montant fixé par le législateur pour les « établissements déjà membres », complété par les compensations précitées, il a également un caractère indemnitaire.

Le droit d'accès visé par la disposition attaquée étant une rétribution et n'étant donc pas un impôt, les articles 170 et 172 de la Constitution, qui concernent les impôts, ne sont pas applicables.

Contrairement à ce qu'exige l'article 170 de la Constitution pour les impôts, l'article 173 de la Constitution ne prévoit pas que tous les éléments essentiels d'une rétribution doivent être réglés par la loi; il suffit que le législateur détermine les cas susceptibles de donner lieu à la perception de la rétribution, exigence à laquelle il est satisfait en l'espèce.

La Cour déclare en conséquence non-fondé le moyen exposé ci-dessus.

**56. *Les recours juridictionnels contre certains actes et décisions de l'auditorat auprès du Conseil de la concurrence***  
*(arrêt n° 197/2011)*

La loi sur la protection de la concurrence économique, coordonnée le 15 septembre 2006 (ci-après : LPCE) interdit les pratiques restrictives de concurrence définies par ses articles 2 et 3, et subordonne à l'approbation préalable du Conseil de la concurrence qu'elle crée les opérations de concentration qu'elle définit à l'article 6.

Le Conseil de la concurrence est une juridiction administrative; il est composé de l'assemblée générale, de l'auditorat et du greffe (article 11); il est divisé en chambres de trois conseillers (article 19), habilités à statuer par voie de décision motivée sur toutes les affaires dont le Conseil est saisi (article 20). Les auditeurs sont, notamment, chargés de recevoir et de classer les plaintes et les demandes de mesures provisoires, de diriger et d'organiser l'instruction suivant les règles établies par les articles 44 et 45 et de se prononcer sur le caractère confidentiel des données fournies (article 29). Les auditeurs peuvent recueillir tous les renseignements nécessaires auprès des entreprises (article 44, § 2), sont compétents pour rechercher et constater les infractions à la LPCE, et pour recueillir tous renseignements qu'ils estiment nécessaires à l'accomplissement de leur mission; ils peuvent procéder à des perquisitions, saisir sur place et apposer des scellés dans les conditions prévues par la LPCE, requérir la force publique et commettre des experts (article 44, § 3). Les décisions en matière de pratiques restrictives de concurrence font l'objet d'une procédure contradictoire (article 48) et sont motivées (article 52); il en est de même des décisions en matière de concentration (articles 55, 57 et

58). Le président ou le conseiller qu'il délègue peut prendre des mesures provisoires (article 62). Des amendes et astreintes peuvent être infligées (articles 63 à 66). Les décisions font l'objet d'une publication et d'une notification (articles 67 et 68) et peuvent faire l'objet d'un recours devant la Cour d'appel de Bruxelles; celle-ci statue avec un pouvoir de pleine juridiction sur les pratiques restrictives supposées, sur les sanctions imposées et sur l'admissibilité des concentrations et peut imposer des amendes et astreintes (article 75); elle peut, notamment, demander à l'auditorat de procéder à une instruction (article 76, § 2, alinéa 8) et ses arrêts peuvent faire l'objet d'un pourvoi en cassation (article 78). Le Conseil d'Etat est compétent pour connaître des décisions du Conseil des ministres en matière de concentrations (article 77).

La Cour a été interrogée au sujet des articles 44, 45 et 75 de la loi précitée. La première question préjudicielle portait sur l'article 75 de la LPCE, interprété comme n'ouvrant pas de recours devant la Cour d'appel de Bruxelles contre les décisions et actes de l'auditorat auprès du Conseil de la concurrence dans le cadre d'une procédure d'instruction portant sur des pratiques restrictives de concurrence; à défaut de recours juridictionnel, il serait ainsi porté atteinte aux articles 10 et 11 de la Constitution et aux articles 20 et 21 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, ainsi qu'au droit à un contrôle juridictionnel effectif par un juge indépendant au sens de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et au droit à un recours effectif et à accéder à un tribunal impartial garanti par l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne; il apparaît des faits de l'espèce que les actes et décisions de l'auditorat concernent des saisies effectuées lors de perquisitions menées en vertu d'une autorisation préalable délivrée par le président du Conseil de la concurrence sur la base de l'article 44, § 3, alinéa 5, 2°, de la LPCE. La Cour limite son examen à cette hypothèse. La seconde question préjudicielle portait sur les articles 44, 45 et 75 de la LPCE et supposait que soit donnée, à la première question, une réponse positive impliquant que la Cour d'appel de Bruxelles serait compétente pour connaître des recours contre les décisions et actes précités de l'auditorat : en ce que, faute de disposition réglant l'exercice de ce contrôle et les droits des intéressés, ceux-ci seraient soumis à un traitement différent de celui prévu, notamment, par les articles 131 et 235bis du Code d'instruction criminelle, pour les personnes concernées par une instruction criminelle, les dispositions en cause porteraient atteinte

aux articles 10 et 11 de la Constitution, aux articles 20 et 21 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et au droit à un procès équitable garanti par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. La Cour examine ensemble ces deux questions.

Les droits garantis par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et par l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne impliquent, en ce qui concerne des mesures telles que celles qui sont contestées devant le juge *a quo*, que les intéressés puissent obtenir, dans un délai raisonnable, un contrôle juridictionnel effectif, en fait comme en droit, de la régularité de la décision prescrivant la mesure ainsi que, le cas échéant, des mesures prises sur la base de cette décision; cette procédure de contrôle doit permettre, en cas de constat d'irrégularité, soit de prévenir la survenance de l'opération, soit, si elle a déjà eu lieu, de fournir aux intéressés un redressement approprié (CEDH, 21 mai 2008, *Ravon et autres c. France*, § 28, et 21 décembre 2010, *Société Canal Plus et autres c. France*, §§ 36 et 40).

Les dispositions en cause n'offrent pas la possibilité d'un contrôle juridictionnel – devant la Cour d'appel de Bruxelles ou devant une autre juridiction - sur les mesures prises par l'auditorat telles que celles qui sont contestées devant le juge *a quo*; or, la réglementation qui les prévoit a été présentée comme ayant un caractère d'intérêt général ou d'ordre public pour justifier le caractère contraignant de ces mesures et le renforcement des pouvoirs de l'auditorat. Cette réglementation peut aboutir à ce que, faute de recours immédiat, des pièces et éléments irréguliers puissent continuer à être accessibles jusqu'à ce que l'instruction de l'affaire soit achevée et soumise au juge compétent, voire à ce que celui-ci puisse être influencé par eux, alors que ces pièces et éléments peuvent être de nature à faire grief à ceux qui font l'objet des mesures prises par l'auditorat. Certes, la circonstance que ces pièces et éléments ont été obtenus illicitement a pour seule conséquence que le juge, lorsqu'il forme sa conviction, ne peut les prendre ni directement ni indirectement en considération soit lorsque le respect de certaines conditions de forme est prescrit à peine de nullité, soit lorsque l'irrégularité commise a entaché la crédibilité de la preuve, soit lorsque l'usage de la preuve est contraire au droit à un procès équitable. Néanmoins, les dispositions en cause portent, compte tenu des exigences résultant des dispositions internationales citées

ci-dessus, une atteinte discriminatoire au droit à une protection juridictionnelle effective que les intéressés tirent des dispositions visées par la question préjudicielle, en ce qu'il ne leur est pas possible de prévenir la survenance de la mesure par laquelle, comme en l'espèce, des données feraient l'objet d'une communication qui serait de nature à leur faire grief ; cette atteinte ne peut être justifiée par le souci de garantir un traitement rapide des dossiers. Sans doute les procédures en cause peuvent-elles aboutir à ce qu'il soit constaté que les entreprises qu'elles concernent ne se sont pas rendues coupables de pratiques restrictives de concurrence, ce qui peut constituer le redressement adéquat visé plus haut : toutefois, pour que cela soit le cas, il faut que ces entreprises ne soient plus lésées et que toute conséquence préjudiciable pour elles soit effacée.

La Cour décide en conséquence que les articles 44, 45 et 75 de LPCE violent les articles 10 et 11 de la Constitution, lus en combinaison avec l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et avec les articles 20, 21 et 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, s'ils sont interprétés comme excluant d'un recours juridictionnel les actes ou décisions de l'auditorat auprès du Conseil de la concurrence concernant des saisies effectuées lors de perquisitions menées dans le cadre d'une procédure d'instruction relative à des pratiques restrictives de concurrence.

La Cour constate cependant que l'article 75 de la LPCE peut faire l'objet d'une autre interprétation que celle indiquée ci-dessus. Il apparaît en effet que les actes et décisions en cause ont trait à une saisie effectuée lors d'une perquisition ayant fait l'objet d'une autorisation accordée par le président du Conseil de la concurrence, de sorte qu'ils doivent être considérés comme trouvant leur fondement dans cette autorisation : or, le libellé de l'article 75 ne s'oppose pas à ce que la compétence de la Cour d'appel de Bruxelles portant sur les décisions du Conseil de la concurrence et son président inclue les mesures prises sur leur fondement par la composante du Conseil que constitue, en vertu de l'article 11, § 2, de la LPCE, l'auditorat.

Dans cette interprétation, les articles 44, 45 et 75 de la LPCE ne violent pas les normes auxquelles la première question préjudicielle se réfère.

La Cour relève que c'est au législateur qu'il appartient d'organiser le contrôle juridictionnel, précité, prévu par l'article 75, en cause dans la seconde interprétation exposée ci-dessus.

Les articles 44, 45 et 75 de la LPCE n'indiquent pas les modalités selon lesquelles le contrôle juridictionnel doit être exercé : ils créent ainsi une différence de traitement entre les justiciables qui sont soumis à ce contrôle et ceux qui, dans le cadre d'une instruction pénale, peuvent invoquer les garanties prévues par la loi, telles celles inscrites aux articles 131 et 235*bis* du Code d'instruction criminelle. Pour les mêmes motifs, *mutatis mutandis*, que ceux indiqués au sujet de la première interprétation exposée ci-dessus, cette différence de traitement est discriminatoire. La Cour décide dès lors que les articles 44, 45 et 75 de la LPCE violent les articles 10 et 11 de la Constitution, lus en combinaison avec l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et avec les articles 20 et 21 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, si elles sont interprétées comme imposant à la Cour d'appel de Bruxelles de se prononcer sur la régularité ou la nullité des actes d'instruction relatifs à des pratiques restrictives de concurrence, sans qu'un cadre législatif garantissant les droits de l'entreprise n'indique les principes et modalités suivant lesquels ce contrôle juridictionnel doit être effectué.

La Cour constate cependant que ces dispositions peuvent faire l'objet d'une autre interprétation. Il ressort, en effet, des éléments précédemment indiqués que la perquisition et la saisie qui ont donné lieu au litige dont la Cour d'appel est saisie peuvent être comparées à celles qui sont menées lors d'une instruction pénale. Dans l'attente d'une intervention du législateur, il peut être admis qu'il appartient à la Cour d'appel de Bruxelles de déterminer les modalités de ce contrôle en ayant égard, le cas échéant, aux articles 131 et 235*bis* du Code d'instruction criminelle. La Cour décide dès lors que, dans cette interprétation, lesdites dispositions ne violent pas les normes auxquelles la seconde question préjudicielle se réfère.

## XVII. DROIT SOCIAL<sup>1</sup>

### 57. *L'octroi d'une allocation d'interruption au travailleur licencié moyennant indemnité de congé (arrêt n° 195/2011)*

En vertu de l'article 102, § 1er, de la loi de redressement du 22 janvier 1985 contenant des dispositions sociales, le travailleur qui a convenu avec son employeur de réduire ses prestations de travail perçoit, en plus de son salaire réduit en proportion de la réduction du temps de travail, une indemnité, à charge de l'Office national de l'emploi (ONEm), compensant partiellement la réduction du salaire.

La Cour a été interrogée au sujet de la situation des travailleurs qui sont licenciés au cours de la période pendant laquelle ils effectuent des prestations de travail réduites. En vertu des articles 37 et 39 de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail, les contrats de travail qui ont été conclus pour une durée indéterminée peuvent être résiliés unilatéralement moyennant un préavis ou, à défaut, moyennant une indemnité de congé, hormis le licenciement pour motif grave. Par l'article 39 précité, le législateur vise à tempérer les effets que peut avoir une résiliation unilatérale du contrat de travail, en subordonnant en principe la résiliation à un délai de préavis ou, à défaut, au paiement d'une indemnité de congé. L'indemnité de congé payée par l'employeur au travailleur licencié sans préavis est calculée, lorsque le licenciement intervient pendant la période au cours de laquelle le travailleur effectue des prestations réduites, sur la base de la rémunération en cours au moment du licenciement, donc sur la base de la rémunération correspondant aux prestations réduites. Par les arrêts *n<sup>os</sup> 119/2001, 51/2008, 77/2008, 165/2011 et 167/2011*, la Cour a jugé que les articles 10 et 11 de la Constitution ne sont pas violés par l'article 39 de la loi du 3 juillet 1978, interprété en ce sens qu'en cas de licenciement d'un travailleur ayant réduit ses prestations de travail, il convient de se baser sur la rémunération en cours correspondant aux prestations réduites pour fixer le montant

<sup>1</sup> Voir aussi dans le chapitre I du présent rapport, l'arrêt *n° 125/2011*, qui traite de l'harmonisation des statuts des ouvriers et des employés, sous l'angle des délais de préavis et du jour de carence.

de l'indemnité de congé. En revanche, en application de l'article 103 de la loi du 22 janvier 1985, le délai de préavis, s'il est presté, ou le nombre de mois formant la base de calcul de l'indemnité de congé, s'il n'est pas presté de préavis, sont fixés comme si le travailleur n'avait pas réduit ses prestations, donc sur la base de la rémunération à laquelle il avait droit lorsqu'il travaillait à temps plein.

La juridiction *a quo* estime que la disposition en cause doit être interprétée en ce sens que l'allocation d'interruption de carrière qu'elle prévoit cesse d'être due lorsque le contrat de travail prend fin. Elle en déduit que cette disposition crée une différence de traitement, en cas de licenciement, entre les travailleurs ayant convenu avec leur employeur d'une réduction de leurs prestations de travail, selon qu'ils sont licenciés moyennant indemnité de congé ou qu'ils sont licenciés moyennant préavis presté : les premiers perdent en effet l'allocation d'interruption au jour du licenciement sans préavis, alors que les seconds en conservent le bénéfice durant la période de préavis qu'ils prestent. Les travailleurs licenciés moyennant une indemnité de congé se trouvent donc, durant la période correspondant au préavis qu'ils ne prestent pas, dans une situation financière moins avantageuse que ceux qui sont licenciés à l'issue de la période de préavis.

La différence de traitement en cause repose sur le critère de l'existence d'un contrat de travail liant le travailleur et son employeur au cours de la période qui fait l'objet de la comparaison proposée par la question préjudicielle.

Le critère de l'existence ou non d'un contrat de travail n'est pas pertinent au regard de l'objet de la disposition en cause. En octroyant une indemnité d'interruption de carrière sous la forme d'allocations, le législateur entendait en effet compenser partiellement le désavantage financier subi par les travailleurs qui choisissent cette formule, afin de la rendre plus attractive et d'assurer le succès de mesures qui, permettant une meilleure conciliation de la vie professionnelle et de la vie familiale, ont également pour finalité de favoriser l'emploi : or, au regard de cet objectif, le travailleur qui est licencié avec effet immédiat est dans la même situation que celui qui est licencié à l'issue d'une période de

préavis, et il n'est pas justifié qu'il ait à subir une perte financière plus importante. En effet, même s'il est exact que le travailleur licencié avec effet immédiat a la possibilité de conclure tout de suite un nouveau contrat de travail avec un autre employeur, il ne saurait raisonnablement être présumé que tous les travailleurs licenciés avec effet immédiat ont la possibilité de retrouver un emploi sur-le-champ. Il en résulte que tant qu'aucun nouveau contrat n'est conclu, le travailleur licencié avec effet immédiat doit être placé dans la même situation financière que celui qui est licencié moyennant prestation d'un préavis. En revanche, dès lors qu'un nouveau contrat de travail est conclu, il n'est pas déraisonnable qu'il soit mis fin à ce moment à l'allocation d'interruption de carrière dont bénéficiait le travailleur.

La disposition en cause crée une différence de traitement qui n'est pas justifiée; cette différence de traitement n'étant pas compensée par une mesure plus favorable aux travailleurs licenciés moyennant indemnité de congé, elle entraîne pour eux des conséquences disproportionnées. La Cour décide en conséquence que l'article 102 de la loi de redressement du 22 janvier 1985 contenant des dispositions sociales viole les articles 10 et 11 de la Constitution en ce qu'il ne permet pas l'octroi d'une allocation d'interruption au travailleur licencié moyennant indemnité de congé, pour la période couverte par l'indemnité de congé et tant que le travailleur n'a pas conclu de nouveau contrat de travail.



## XVIII. DROIT DE LA SECURITE SOCIALE

### 58. *La prolongation de la période de repos postnatal* (arrêt n° 169/2011)

La Cour a été interrogée sur la compatibilité avec les articles 10 et 11 de la Constitution des articles 114 et 115 de la loi relative à l'assurance soins de santé et indemnités, coordonnée le 14 juillet 1994, en ce que les périodes de repos, visées à l'article 114, ne peuvent être retenues que lorsque la travailleuse a cessé toute activité, et non lorsque son écartement du travail a été prescrit pour une activité exercée à temps partiel au service d'un employeur, mais pas pour une autre activité exercée à temps partiel au service d'un autre employeur.

L'article 115 de la loi en cause trouve son origine dans l'article 22 de la loi programme du 22 décembre 1989 modifiant la loi du 9 août 1963 instituant et organisant un régime d'assurance obligatoire contre la maladie et l'invalidité; les travaux préparatoires de cette loi-programme précisent que « l'article 61<sup>sexies</sup> subordonne la prise en considération des périodes de repos visées à l'article 61<sup>quinquies</sup> à la condition que le titulaire ait cessé toute activité : cette condition se justifie tant par la nature de la prestation accordée (indemnité ou revenu de remplacement) que par la finalité poursuivie (repos de maternité) ».

Le législateur a voulu, par l'article 115 de la loi en cause, favoriser le repos complet de la mère en lui accordant un revenu de remplacement spécifique. Cet article 115 doit toutefois être lu dans le prolongement de l'article 114 de la loi, dans sa version actuelle, lequel distingue le congé prénatal et le congé postnatal. Le congé prénatal peut débuter six semaines avant la date présumée de l'accouchement, sauf grossesse multiple, mais n'est obligatoire que pour la semaine qui précède l'accouchement : le législateur laisse donc, pour les cinq premières semaines de ce congé, le choix à la travailleuse de prendre tout ou partie du congé prénatal ou de prolonger son congé postnatal, qui est d'une durée de neuf

semaines, à concurrence du nombre de journées de travail prestées durant la période prénatale.

Si l'obligation de cesser toute activité durant le congé de maternité se justifie raisonnablement pour le congé postnatal, cette obligation ne peut se justifier raisonnablement pour le congé prénatal que lorsque la cessation d'activité a pour objectif de protéger la travailleuse enceinte et son enfant contre des risques objectifs sur le plan médical, risques liés au travail ou à la grossesse. En dehors de ces risques, il revient à la travailleuse d'opter librement pour un congé prénatal ou une prolongation du congé postnatal. En outre, le législateur, par l'article 129 de la loi-programme du 22 décembre 2008 - qui modifie l'article 39, alinéa 3, de la loi du 16 mars 1971 sur le travail - a assoupli les règles relatives au congé de maternité, en permettant à la travailleuse qui peut prolonger son congé postnatal d'au moins deux semaines de convertir les deux dernières semaines de ce congé en jours de congé de repos postnatal : le législateur confirme ainsi sa volonté de laisser la travailleuse organiser selon ses besoins une partie de son congé de maternité.

Compte tenu de l'objectif du législateur de protéger la maternité, tout en laissant une liberté de choix à la travailleuse, dans certaines limites, entre le congé prénatal et la prolongation du congé postnatal, l'article 115 de la loi en cause ne peut se justifier raisonnablement en ce qu'il interdit à une travailleuse qui a été écartée d'un travail à temps partiel présentant un risque pour sa grossesse de poursuivre une autre activité à temps partiel qui ne présente pas le même risque, de manière à pouvoir prolonger sa période de repos postnatal à concurrence de la période pendant laquelle elle a continué le travail à temps partiel « de la sixième à la deuxième semaine y incluse précédant l'accouchement ». En outre, dans cette interprétation, la disposition en cause a pour effet de réduire la durée totale du congé de maternité de la travailleuse à une période de dix semaines, ce qui est contraire à l'objectif de protection de la maternité.

La Cour décide en conséquence que, en ce qu'ils interdisent à une travailleuse qui a été écartée d'un travail à temps partiel présentant un risque pour sa grossesse, de poursuivre une autre activité à temps partiel qui ne présente pas le même risque, de manière à lui

permettre de prolonger sa période de repos postnatal dans cette autre activité à temps partiel à concurrence de la période pendant laquelle elle a continué cette dernière activité à temps partiel « de la sixième à la deuxième semaine y incluse précédant l'accouchement », les articles 114 et 115 de la loi relative à l'assurance obligatoire soins de santé et indemnités, coordonnée le 14 juillet 1994, violent les articles 10 et 11 de la Constitution.

**59. Les allocations aux personnes handicapées vivant en ménage**  
(arrêt n° 170/2011)

Aux termes des articles 1er et 2 de la loi du 27 février 1987 relative aux allocations aux personnes handicapées, les personnes handicapées peuvent se voir accorder trois types d'allocation : l'allocation de remplacement de revenus, accordée à la personne handicapée, âgée de 21 à 65 ans, dont l'état physique ou psychique a réduit dans une mesure importante la capacité de gain; l'allocation d'intégration, accordée à la personne handicapée, âgée de 21 à 65 ans, dont le manque ou la réduction d'autonomie est établi; l'allocation pour l'aide aux personnes âgées, accordée à la personne handicapée d'au moins 65 ans dont le manque ou la réduction d'autonomie est établi. Ces allocations constituent une aide financière, dont le montant doit garantir en priorité la sécurité d'existence des moins favorisés; ce montant est déterminé par l'article 6 de la loi. Les dépenses découlant de cette loi sont à charge de l'Etat (article 22).

Tel qu'il a été modifié par l'article 157 de la loi-programme du 9 juillet 2004, l'article 7 de la loi du 27 février 1987 dispose que les allocations aux personnes handicapées ne peuvent être accordées que si le montant du revenu de la personne handicapée et le montant du revenu de la personne avec laquelle elle forme un ménage ne dépassent pas le montant des allocations visé à l'article 6 (§ 1er). Le législateur entend par « ménage » « toute cohabitation de deux personnes qui ne sont pas parentes ou alliées au premier, deuxième ou troisième degré » (§ 3, alinéa 1er); « l'existence d'un ménage est présumée lorsque deux personnes au moins qui ne sont pas parentes ou alliées au premier, deuxième ou troisième degré,

ont leur résidence principale à la même adresse; la preuve du contraire peut être apportée par tous les moyens possibles par la personne handicapée ou par la direction d'administration des prestations aux personnes handicapées » (§ 3, alinéa 2).

La Cour a été interrogée au sujet de la compatibilité de l'article 7 précité avec les articles 10 et 11 de la Constitution, en ce qu'il a pour effet d'instaurer des différences de traitement, d'une part, entre les personnes handicapées - et les personnes qui vivent avec des personnes handicapées - selon qu'elles vivent en couple, en famille ou en communauté de deux ou plusieurs personnes, et, d'autre part, entre les personnes handicapées et les bénéficiaires du revenu d'intégration sociale. La Cour limite son examen à l'hypothèse soumise au juge *a quo*, à savoir des litiges qui concernent une personne handicapée ne disposant pas de revenus qui, sans vivre en couple, forme un ménage avec une personne qui n'est pas parente ou alliée au premier, deuxième ou troisième degré et qui dispose de revenus.

#### *Quant aux différences de traitement entre personnes handicapées*

Il ressort des travaux préparatoires de la loi-programme du 9 juillet 2004 que le législateur a voulu modifier la définition du « ménage » telle qu'elle découlait de l'article 121 de la loi-programme (I) du 24 décembre 2002 : selon les travaux préparatoires de cette dernière loi-programme, en modifiant la définition de la notion de ménage, le législateur entendait adapter les critères et les modalités d'octroi des allocations aux personnes handicapées aux formes actuelles de cohabitation, en tenant compte non seulement des revenus propres de la personne handicapée, mais aussi de ceux des personnes avec lesquelles la personne handicapée forme ce ménage; conscient que l'administration ne pouvait examiner chaque situation de vie particulière, le législateur a opté pour un système de présomption d'existence d'un ménage lorsque deux ou plusieurs personnes sont domiciliées à la même adresse, en laissant toutefois la possibilité à l'intéressé de démontrer par tous les moyens possibles que la situation de fait se distingue de la situation juridique dont témoigne le registre national. Il ressort par ailleurs des travaux préparatoires de la loi-programme du 9 juillet 2004 que le législateur a voulu

encourager la prise en charge familiale, en excluant de la notion de ménage les parents et alliés au premier, deuxième ou troisième degré.

La réglementation relative aux allocations aux handicapés constitue un régime spécial d'aide sociale : contrairement au régime traditionnel de sécurité sociale, lequel comporte le paiement de cotisations, ce régime spécial est entièrement financé par les ressources générales de l'Etat et tend à procurer un revenu fixé par la loi à ceux qui ne disposent pas à suffisance d'autres moyens de subsistance. Il ressort des travaux préparatoires de la loi du 27 février 1987 relative aux allocations aux personnes handicapées que le législateur a entendu n'accorder les trois allocations visées par la loi qu'aux handicapés dont le revenu n'excède pas un certain plafond : ces allocations étant financées exclusivement par des deniers publics, le but poursuivi par le législateur était de les attribuer en priorité aux plus démunis. Dans son arrêt n° 65/2000, la Cour a jugé, sur cette base, que le législateur a pu raisonnablement considérer que, pour des raisons budgétaires, il tiendrait compte, pour le calcul du montant des allocations à octroyer à un handicapé marié ou formant un ménage, du revenu professionnel de son conjoint ou de la personne avec laquelle il forme un ménage.

En n'accordant pas à une personne handicapée sans revenus les allocations visées à l'article 1er de la loi du 27 février 1987 si le montant du revenu de la personne avec laquelle elle forme un ménage, au sens de l'article 7 de la loi en cause, dépasse le montant des allocations, le législateur a pris une mesure qui peut se justifier raisonnablement, compte tenu de l'objectif de solidarité qu'il poursuit dans un régime spécial d'aide sociale et compte tenu de son souci de prendre en compte les formes actuelles de cohabitation, sans obliger l'administration à s'immiscer dans la vie privée des personnes concernées. Dès lors que l'inclusion dans la notion de ménage de communautés religieuses ou laïques ne rencontrait pas cet objectif, comme la Cour l'a jugé dans son arrêt n° 123/2004, il se justifie que le législateur ait limité la notion de ménage à la cohabitation de deux personnes.

En excluant de la notion de ménage les parents ou alliés au premier, deuxième ou troisième degré, l'article 7, § 3, de la loi en cause crée

une différence de traitement qui peut se justifier raisonnablement au regard de l'objectif du législateur d'encourager la prise en charge familiale de la personne handicapée. Cette disposition ne permet certes pas de prendre en compte la solidarité manifestée par une personne qui, sans être parent ou allié, prend en charge une personne handicapée sans vivre en couple avec elle : le législateur ne peut cependant pas prendre en compte ces situations particulières sans s'immiscer dans la vie privée des intéressés. Par ailleurs, ces personnes peuvent dans la plupart des cas recourir à l'adoption ou constituer une famille d'accueil : elles sont alors considérées comme parents au premier degré. La Cour relève en outre que la présomption de l'existence d'un ménage peut être renversée dans l'hypothèse où la domiciliation commune ne se double pas d'une mise en commun des revenus et charges du ménage.

La Cour décide dès lors que l'article 7 de la loi du 27 février 1987 relative aux allocations aux personnes handicapées ne viole pas les articles 10 et 11 de la Constitution en ce qu'il instaure des différences de traitement entre les personnes handicapées qui vivent avec une personne ayant des revenus, selon qu'elles vivent en couple, en famille ou en communauté de deux ou plusieurs personnes.

*Quant aux différences de traitement entre les personnes handicapées et les assurés sociaux qui bénéficient du revenu d'intégration sociale.*

Il ressort de l'article 14, §§ 1er et 2, de la loi du 26 mai 2002 concernant le droit à l'intégration sociale que, à la différence de ce que prévoit la loi en cause pour les allocations aux handicapés, les revenus du cohabitant avec lequel le bénéficiaire du revenu d'intégration sociale ne vit pas en couple ne sont pas pris en considération pour fixer le montant de la prestation. Comme le relève la Cour du travail de Bruxelles dans son arrêt du 30 avril 2009 rendu dans l'affaire n° 5065, la personne handicapée peut demander un complément de revenu d'intégration sociale pour compléter ses allocations de handicapé.

Les allocations accordées aux personnes handicapées constituent un régime spécial d'aide sociale, qui doit garantir en priorité la sécurité d'existence des moins favorisés, comme il ressort des travaux

préparatoires de la loi du 27 février 1987. Le revenu d'intégration sociale relève pour sa part d'un régime général d'aide sociale, dont l'objectif est de permettre à toute personne de disposer d'un revenu lui permettant de vivre.

S'il peut exister des différences objectives entre ces deux régimes quant aux conditions d'octroi et à l'ampleur de l'aide octroyée, une disposition qui a pour effet de diminuer les allocations pour handicapés en dessous du montant du revenu d'intégration sociale porte une atteinte disproportionnée aux droits de ces personnes, et ne tient pas compte de l'objectif du législateur qui est d'assurer en priorité la sécurité d'existence des personnes qui, en raison de leur handicap, sont considérablement limitées dans leur capacité de gain ou dans leur autonomie. Cette disposition oblige en outre la personne handicapée à effectuer des démarches complémentaires en vue d'obtenir un complément de revenu d'intégration sociale, alors que cette personne est déjà dans une situation de dépendance et est déjà confrontée à des difficultés de réinsertion sociale.

La Cour décide en conséquence que l'article 7 de la loi du 27 février 1987 relative aux allocations aux personnes handicapées viole les articles 10 et 11 de la Constitution, en ce qu'il a pour effet de réduire en dessous du montant du revenu d'intégration sociale auquel aurait droit cette personne en vertu de l'article 14, §§ 1er et 2, de la loi du 26 mai 2002 concernant le droit à l'intégration sociale, le montant des allocations aux personnes handicapées d'une personne ne disposant pas de revenus qui, sans vivre en couple, forme un ménage avec une personne qui n'est pas parente ou alliée au premier, deuxième ou troisième degré et qui dispose de revenus.

**60. *La situation du bénéficiaire du revenu d'intégration sociale cohabitant avec un étranger en séjour illégal***  
*(arrêt n° 176/2011)*

La loi du 26 mai 2002 règle, comme son intitulé l'indique, le droit à l'intégration sociale.

L'article 14, § 1er,<sup>1</sup> de cette loi fixe le montant du revenu d'intégration. Ce montant varie selon la situation personnelle du bénéficiaire : il est de 8 800 euros sur une base annuelle pour une personne vivant avec une famille à sa charge, de 6 600 euros pour une personne isolée et de 4 400 euros pour une « personne cohabitant avec une ou plusieurs personnes ». Le droit au revenu d'intégration est individualisé, de sorte qu'il n'est pas prévu de montant pour un couple; le cas échéant, si deux personnes formant un ménage satisfont aux conditions pour être bénéficiaires du revenu d'intégration, elles obtiennent chacune un montant de 4 400 euros.

La Cour a été interrogée au sujet de l'article 14, § 1er, 1°, alinéa 2, qui précise en ces termes la notion de « cohabitation » : « Il faut entendre par cohabitation le fait que des personnes vivent sous le même toit et règlent principalement en commun leurs questions ménagères ».

Avant son abrogation par l'article 54 de la loi du 26 mai 2002, l'article 2 de la loi du 7 août 1974 instituant le droit à un minimum de moyens d'existence distinguait quatre catégories de bénéficiaires : « les conjoints vivant sous le même toit », « une personne qui cohabite uniquement soit avec un enfant mineur non marié qui est à sa charge, soit avec plusieurs enfants, parmi lesquels au moins un enfant mineur non marié qui est à sa charge », « une personne isolée » et « toute autre personne cohabitant avec une ou plusieurs personnes, peu importe qu'il s'agisse ou non de parents ou d'alliés »; cette disposition négligeait, contrairement à la disposition en cause, de définir plus précisément la notion de « cohabitation » : par conséquent, il revenait aux cours et tribunaux de déterminer s'il était question de « conjoints vivant sous le même toit » ou d'une « personne cohabitant avec une ou plusieurs personnes ». Il ressort des travaux préparatoires de la loi du 26 mai 2002 que le législateur a souhaité s'approprier cette jurisprudence, l'avis du Conseil d'Etat considérant, pour sa part, que la définition de la notion de « cohabitation », visée par la disposition en cause, correspond à celle que l'on donne d'ordinaire à la notion de cohabitation dans le droit de la sécurité sociale; dans un arrêt du

<sup>1</sup> En ce qui concerne cette disposition, voir aussi le rapport 2004, pp. 131-138, le rapport 2006, pp. 111-117 et l'arrêt n° 132/2008.

8 octobre 1984, la Cour de cassation a jugé que par les termes « personne cohabitant avec une ou plusieurs personnes » au sens de l'article 2 de la loi du 7 août 1974, il faut entendre une personne qui vit avec une ou plusieurs personnes, sous le même toit, en faisant ménage commun avec elles (*Pas.*, 1985, I, p. 188).

Il peut être déduit des travaux préparatoires que le montant moindre du taux cohabitant par rapport au taux isolé est justifié par la considération que l'allocataire social tire un avantage économique-financier de la cohabitation, du fait qu'il doit supporter moins de charges financières relatives au ménage, soit parce qu'il peut partager certains frais, soit parce qu'il bénéficie de certains avantages matériels. En matière d'octroi du revenu d'intégration, c'est, selon les travaux préparatoires, la situation de fait du demandeur qui prime : l'absence de ressources du demandeur du revenu d'intégration et, le cas échéant, la situation patrimoniale de la personne avec laquelle il vit sous le même toit doivent être constatées de manière individuelle par l'enquête sociale que doivent effectuer les services compétents du centre public d'action sociale par application de l'article 19 de la loi du 26 mai 2002. Sur la base de cette enquête et du constat selon lequel le demandeur du revenu d'intégration tire un avantage économique-financier de la cohabitation, le CPAS décide d'octroyer un revenu d'intégration d'isolé ou de cohabitant ; en cas de litige, l'affaire peut être soumise aux juridictions du travail.

En matière d'octroi d'avantages sociaux, il est tenu compte, dans certains cas, de la situation familiale de l'allocataire social. En fonction de la nature de l'avantage social, il faut évaluer dans chaque cas séparément si cette situation familiale justifie une majoration ou une diminution de l'allocation. En l'espèce, la Cour est interrogée sur la réglementation relative au revenu d'intégration qui est accordé, à certaines conditions, aux personnes ne disposant pas de ressources suffisantes, pour leur permettre de mener une vie conforme à la dignité humaine.

Les questions préjudicielles portent sur la situation du bénéficiaire du revenu d'intégration, dont le partenaire cohabitant est un étranger en séjour illégal sur le territoire. En vertu de l'article 57, § 2, de la loi du 8 juillet 1976 organique des CPAS, cet étranger n'a droit

qu'à une aide médicale urgente; il n'a pas droit à une allocation sociale et ne peut davantage acquérir en principe un revenu provenant du travail. Pour les motifs qu'elle expose, la Cour comprend les questions préjudicielles comme faisant une comparaison entre, d'une part, les allocataires sociaux pour lesquels la cohabitation avec une autre personne génère un avantage économique-financier et, d'autre part, les allocataires sociaux pour lesquels ce n'est pas le cas, puisqu'ils cohabitent avec un étranger qui séjourne illégalement sur le territoire.

Les bénéficiaires du revenu d'intégration qui cohabitent avec un étranger qui séjourne illégalement sur le territoire et qui est dépourvu de ressources, ce qui l'empêche de contribuer de quelque manière que ce soit aux dépenses du ménage, se trouvent, par rapport à la justification de la disposition en cause rappelée précédemment, dans une situation essentiellement différente de celle des bénéficiaires qui tirent un avantage économique-financier de la cohabitation. En effet, alors que les seconds peuvent effectivement réaliser un certain nombre d'économies d'échelle de par le fait de vivre sous le même toit et voient en conséquence leur situation financière améliorée par la présence du partenaire, les premiers ne tirent aucun avantage financier de la présence de la personne avec qui ils cohabitent et ils continuent à supporter seuls tous les frais du ménage. Le traitement égal des deux catégories de personnes ne répond pas à l'objectif poursuivi par la disposition en cause. Certes, il ne serait pas justifié qu'un bénéficiaire du revenu d'intégration puisse voir majorer l'allocation à laquelle il a droit par suite de la cohabitation avec un étranger en séjour illégal. Toutefois, il ne serait pas davantage justifié, à la lumière des objectifs poursuivis par le législateur en matière de revenu d'intégration, que le bénéficiaire du revenu d'intégration voie réduire son allocation parce qu'il cohabite avec un étranger en séjour illégal sur le territoire dépourvu de ressources et qui ne peut contribuer aux dépenses du ménage : dans ce cas, la cohabitation ne génère en effet aucun avantage économique-financier pour l'allocataire social.

La Cour décide en conséquence que, interprété en ce sens que le règlement principalement en commun des questions ménagères entre un bénéficiaire du revenu d'intégration et l'étranger en séjour illégal avec lequel il habite sous le même toit ne comprend que le

partage des tâches ménagères, sans qu'il soit requis que l'allocataire tire un avantage économique-financier de la cohabitation, l'article 14, § 1er, 1°, alinéa 2, de la loi du 26 mai 2002 concernant le droit à l'intégration sociale viole les articles 10 et 11 de la Constitution.

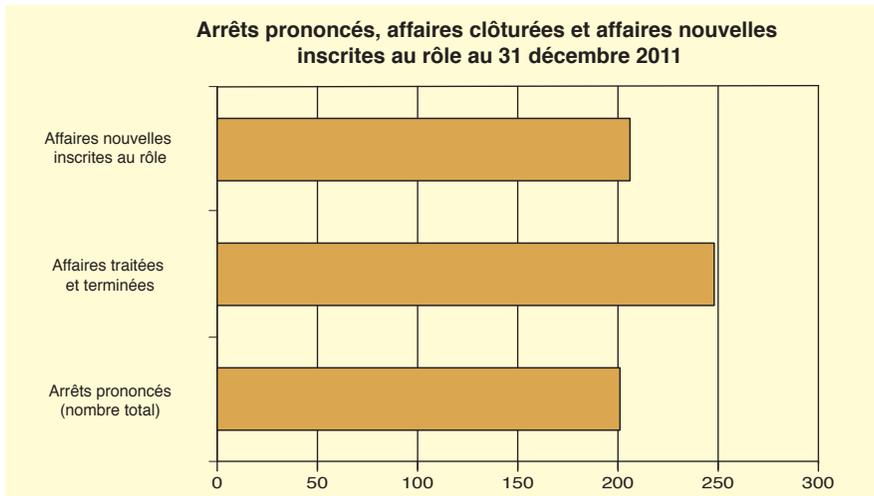
La Cour poursuit en relevant que l'article 14, § 1er, 1°, de la loi du 26 mai 2002 peut toutefois être interprété en ce sens que la cohabitation suppose que le règlement principalement en commun des questions ménagères exige que la cohabitation génère un avantage économique-financier pour l'allocataire social. Dans cette interprétation, qui est également celle que le législateur a voulu donner à l'article 14, § 1er, 1°, de la loi du 26 mai 2002, cet article ne s'applique pas au bénéficiaire qui cohabite avec un étranger en séjour illégal et dépourvu de ressources et qui ne peut en aucune manière participer aux charges du ménage, de sorte que le demandeur du revenu d'intégration a droit dans ce cas au revenu d'intégration au taux isolé. Dans cette interprétation, l'égalité de traitement visée par une des questions préjudicielles n'existe pas, de sorte que la disposition en cause est compatible avec les articles 10 et 11 de la Constitution. Interprétée en ce sens, la même disposition ne viole pas les articles 10 et 11 de la Constitution.

Au terme de son raisonnement, la Cour ajoute que la situation du demandeur du revenu d'intégration et l'absence de ressources de la personne avec laquelle cohabite le demandeur du revenu d'intégration doivent être constatées de manière individuelle par l'enquête sociale qu'effectuent les services compétents du centre public d'action sociale, sous le contrôle des juridictions du travail. Il ne peut pas être exclu qu'un étranger en séjour illégal puisse disposer de ressources. Il découle de l'interprétation de la disposition en cause, telle qu'elle est formulée en second lieu ci-dessus, que, dans le cas où le demandeur d'un revenu d'intégration habite sous le même toit qu'un étranger en séjour illégal qui peut contribuer aux dépenses du ménage, le demandeur peut être considéré comme un cohabitant au sens de l'article 14, § 1er, 1°, alinéa 2, de la loi du 26 mai 2002 : dans ce dernier cas en effet, la présence de cet étranger peut générer un avantage économique- financier pour l'allocataire social.

## STATISTIQUES DES ACTIVITES DE LA COUR EN 2011<sup>1</sup>

### 1. Généralités

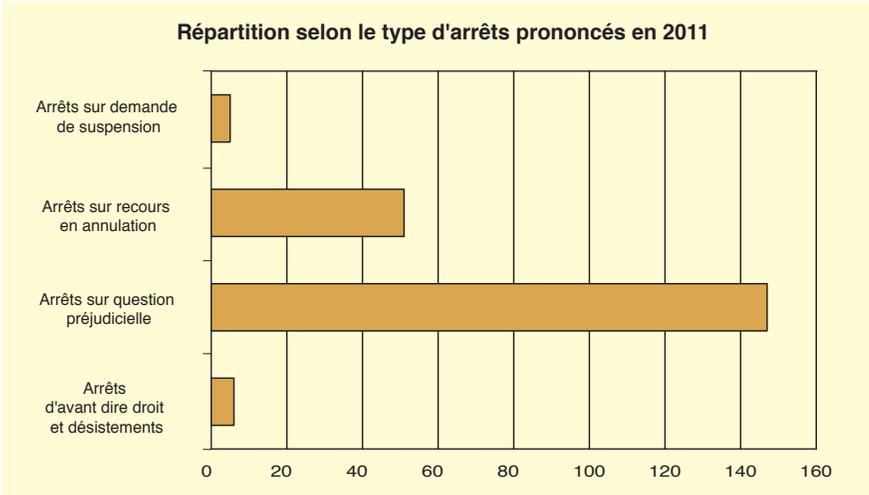
1.1. En 2011, la Cour a rendu 201 arrêts. Elle clôt ainsi définitivement 243 affaires. En outre, 5 affaires ont été définitivement clôturées par ordonnance. Durant cette même année, la Cour fut saisie de 206 affaires nouvelles.



1.2. Parmi les arrêts rendus en 2011, 5 le furent sur demande de suspension, 147 sur question préjudicielle et 51 sur recours en annulation, dont 2 désistements (arrêts n° 26/2011 et 58/2011). 4 arrêts sont des arrêts d'avant dire droit (dans les arrêts n° 49/2011, 50/2011 et 110/2011, la Cour pose des questions préjudicielles à la Cour de justice de l'Union européenne et dans l'arrêt n° 155/2011, la Cour rejette une demande de récusation). La différence entre le nombre total d'arrêts prononcés et la somme des arrêts rendus sur demande de suspension, recours en annulation et question

<sup>1</sup> Elaborées par Viviane MEERSCHAERT et François VANDEVENNE, premier attaché et attaché à la Cour constitutionnelle, avec la collaboration de Vanessa GERENDAL, expert à la Cour constitutionnelle, sur la base des données mises à disposition par les services de la Cour.

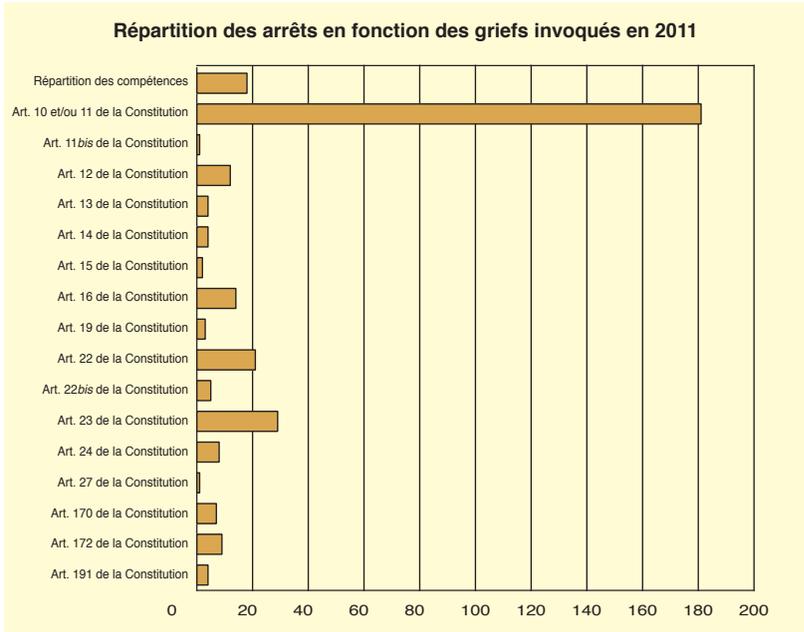
préjudicielle, vient du fait qu'à deux reprises, la Cour a statué par un seul arrêt sur une demande de suspension et sur un recours en annulation (arrêts n° 32/2011 et 101/2011).



1.3. La répartition des arrêts en fonction des griefs allégués est la suivante :

<b>Type de contentieux en cause</b>	
Répartition des compétences	18
Art. 10 et/ou 11 de la Constitution	181
Art. 11bis de la Constitution	1
Art. 12 de la Constitution	12
Art. 13 de la Constitution	4
Art. 14 de la Constitution	4
Art. 15 de la Constitution	2
Art. 16 de la Constitution	14
Art. 19 de la Constitution	3
Art. 22 de la Constitution	21
Art. 22bis de la Constitution	5
Art. 23 de la Constitution	29
Art. 24 de la Constitution	8

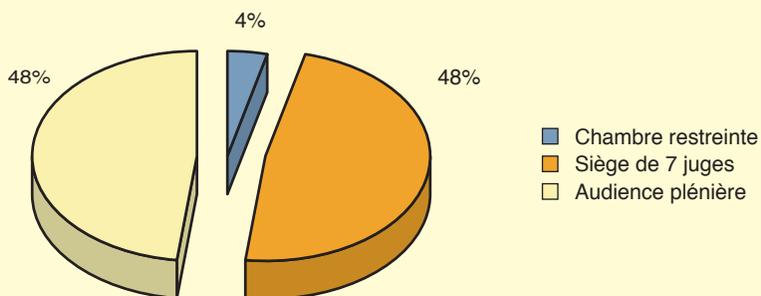
Art. 27 de la Constitution	1
Art. 170 de la Constitution	7
Art. 172 de la Constitution	9
Art. 191 de la Constitution	4



1.4. Pendant la même période, la Cour a rendu 14 arrêts après procédure préliminaire. Elle conclut, dans 1 arrêt, à une incompétence manifeste. Dans 1 arrêt, elle constate un non-fondement manifeste et, dans 6 arrêts, elle constate une irrecevabilité manifeste. La Cour rend 6 arrêts de réponse immédiate. Parmi ceux-ci, 1 arrêt est rendu sur demande de suspension et 5 arrêts sont rendus sur question préjudicielle, dont 1 est un constat de violation et 1 comporte un dispositif alternatif, dans lequel la Cour relève à la fois une violation dans une interprétation et une non-violation dans une autre interprétation.

1.5. En matière de composition des sièges, 97 arrêts ont été rendus par un siège de sept juges, 97 en formation plénière, et 7 en chambre restreinte.

### Répartition selon le type de siège en 2011



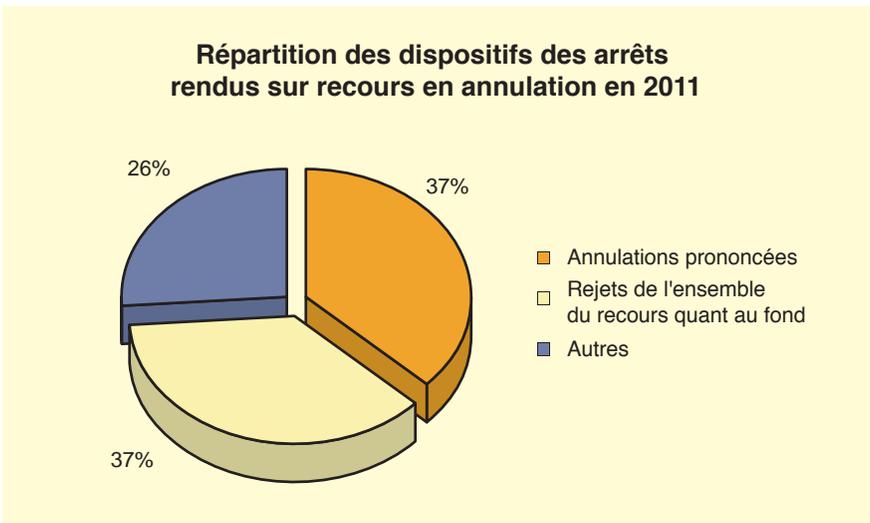
## 2. Arrêts sur recours en annulation

2.1. Pour l'année 2011, la répartition selon la catégorie des requérants est la suivante :

<b>Requérants institutionnels</b>	<b>Nombre</b>	<b>%</b>
Conseil des ministres	-	
Gouvernement flamand	1	
Gouvernement wallon	-	
Gouvernement de la Communauté française	-	
Gouvernement de la Communauté germanophone	-	
Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale	1	
Collège réuni de la Commission communautaire commune	-	
Collège de la Commission communautaire française	-	
Président d'une assemblée législative	1	
<b>Total</b>	3	5 %
<b>Requérants individuels</b>		
Personnes physiques	27	
Personnes morales de droit privé et de droit public	35	
Autres (associations de fait,...)	-	
<b>Total</b>	62	95 %
<b>Total général</b>	65	100 %

Remarque : Il est à noter que ce tableau comptabilise les requérants par catégorie, pour les seuls arrêts rendus sur recours en annulation. Plusieurs catégories de requérants peuvent, en outre, être présentes à une même procédure.

2.2. Durant cette même année, la Cour a rendu 51 arrêts sur recours en annulation. Dans 19 arrêts, la Cour annule la (les) disposition(s) attaquée(s). Dans 7 de ces arrêts, la Cour maintient les effets de la (des) disposition(s) annulée(s). 19 sont des arrêts de rejet quant au fond et, dans 1 arrêt (n° 57/2011), la Cour constate que le recours est partiellement sans objet et rejette le recours pour le surplus. Dans 2 arrêts, la Cour déclare le recours irrecevable et dans 3 autres arrêts, manifestement irrecevable. Dans 1 arrêt, elle constate à la fois une irrecevabilité manifeste et une incompétence. Dans 2 arrêts, la Cour décrète un désistement. Dans 1 arrêt, la Cour déclare le recours manifestement non fondé. Dans 3 arrêts, la Cour pose des questions préjudicielles à la Cour de justice de l'Union européenne. Enfin, dans 1 arrêt, la Cour déclare le recours sans objet.



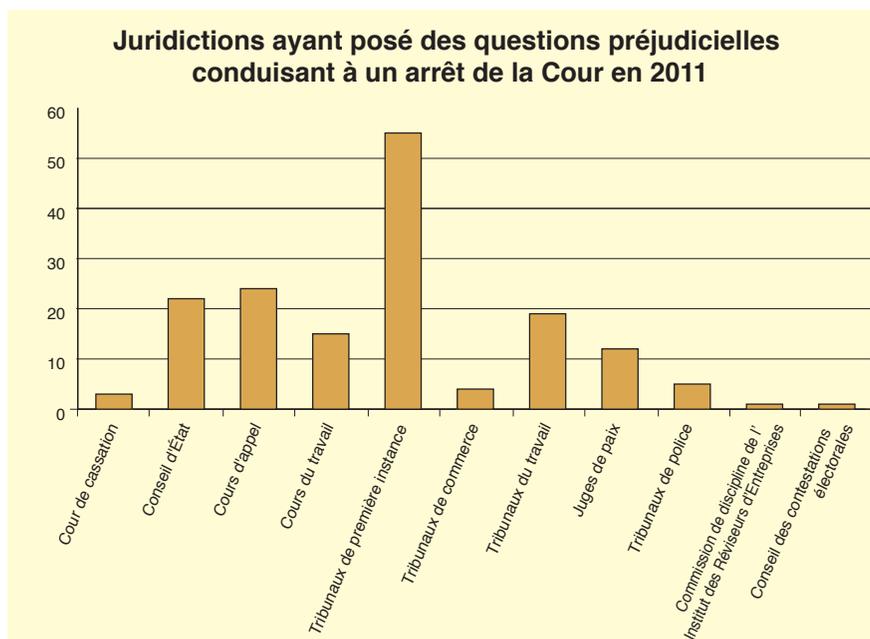
### 3. Arrêts sur demande de suspension

En 2011, la Cour a rendu 5 arrêts sur demande de suspension. Dans aucun de ceux-ci, la Cour n'accueille la demande. Dans 3 arrêts, elle la rejette parce que les conditions pour suspendre ne sont pas remplies. Dans 1 arrêt, la Cour rejette la demande de suspension pour non-fondement manifeste et enfin, dans 1 autre, pour irrecevabilité manifeste.

### 4. Arrêts sur question préjudicielle

4.1. Les différentes catégories de juridictions ayant posé des questions préjudicielles conduisant à un arrêt de la Cour rendu en 2011 se répartissent de la façon suivante :

Juridictions de renvoi	2011
Cour de cassation	3
Conseil d'État	22
Cours d'appel	24
Cours du travail	15
Tribunaux de première instance	55
Tribunaux de commerce	4
Tribunaux du travail	19
Juges de paix	12
Tribunaux de police	5
Commission de discipline de l'Institut des Réviseurs d'Entreprises	1
Conseil des contestations électorales	1
<b>Total</b>	<b>161</b>



4.2. La Cour a rendu 147 arrêts sur question préjudicielle. Dans 57 arrêts, une violation a été constatée. Parmi ceux-ci, 19 comportent un dispositif alternatif dans lequel la Cour relève à la fois une violation dans une interprétation et une non-violation dans une autre interprétation. Dans 14 arrêts, la violation trouve son origine dans une lacune de la législation. En outre et pour la première fois, la Cour décide dans un arrêt de maintenir les effets de dispositions invalidées. 82 arrêts sont des constats de non-violation, dont 8 de non-violation modalisée. Dans 3 arrêts, la Cour déclare que la question n'appelle pas de réponse. La Cour constate, dans 2 arrêts, qu'elle n'est pas compétente et, dans 1 autre arrêt, qu'elle n'est manifestement pas compétente pour répondre à la question. Dans 1 cas, la Cour constate que les questions préjudicielles sont manifestement irrecevables. Enfin, dans 1 arrêt, la Cour rejette une demande de récusation.

### Répartition des arrêts rendus sur question préjudicielle en 2011

