

## Commission des affaires institutionnelles du Sénat

### Audition de M. Christian BEHRENDT

Professeur de droit constitutionnel à l'Université de Liège,  
Assesseur à la section de législation du Conseil d'État

**Lundi 12 janvier 2015, séance de l'après-midi**

Madame la présidente, Mesdames et Messieurs les Sénateurs,

La présente audition vise à examiner la compatibilité de différentes propositions de révision de l'article 23 de la Constitution avec la déclaration de révision de la Constitution, telle qu'elle a été publiée au *Moniteur belge* du 28 avril 2014<sup>1</sup>. La problématique peut se résumer de la manière suivante.

La déclaration de révision de 2014 énonce qu'il y a lieu de réviser «l'article 23 de la Constitution en vue d'y ajouter un alinéa concernant le droit du citoyen à un service universel en matière de poste, de communication et de mobilité»<sup>2</sup>. Or, le Sénat est actuellement saisi de propositions qui visent à insérer à l'article 23 d'autres droits, non inscrits dans la déclaration. Je me réfère ici aux documents parlementaires n° 7/1, 8/1, 15/1, 36/1 et 43/1, en tant que ceux-ci entendent faire consacrer à l'article 23 de la Constitution le droit à l'eau, le droit à l'énergie, le droit à l'accès à l'outil internet, ainsi que la liberté de commerce et d'industrie<sup>3</sup>. Surgit de la sorte la question de savoir quels sont précisément les rapports entre le constituant et préconstituant.

---

<sup>1</sup> Déclaration de révision de la Constitution, *Moniteur belge* 28 avril 2014, 2<sup>e</sup> éd.

<sup>2</sup> *Ibidem*.

<sup>3</sup> Proposition de révision de l'article 23 de la Constitution, en vue de le compléter par un droit fondamental supplémentaire, à savoir le droit d'accéder à l'Internet, *Doc. parl.*, Sénat, 2014-2015, n° 6 - 7/1 ; Révision de l'article 23, alinéa 3, de la Constitution, en vue de le compléter par un 6° garantissant la liberté de commerce et d'industrie, *Doc. parl.*, Sénat, 2014-2015, n° 6 - 8/1 ; Proposition de révision de l'article 23, alinéa 3, de la Constitution, en vue de le compléter par un 7° garantissant le droit à l'eau, *Doc. parl.*, Sénat, 2014, n° 6-36/1 ; proposition de M. ANCIAUX concernant la révision de l'article 23 de la Constitution, *Doc. parl.*, Sénat, 2014, n° 6-15/1 ; Révision de l'article 23 de la Constitution en vue d'y ajouter un alinéa concernant le droit du citoyen à un service universel en matière de poste, de communication et de mobilité, *Doc. parl.*, Sénat, 2014-2015, n° 6-43/1.

Sur cette problématique, beaucoup a déjà été écrit, et la doctrine concorde très largement, sans pour autant être tout à fait unanime<sup>4</sup>.

Le courant majoritaire estime depuis plus d'un siècle et certainement depuis Oscar ORBAN en 1908<sup>5</sup> qu'il n'incombe pas au pouvoir préconstituant d'indiquer le contenu des modifications que doivent subir les articles qu'il ouvre à révision. Encore récemment, Pierre VANDERNOOT s'est exprimé en ce sens dans une contribution parue en 2013<sup>6</sup>. Pour cette doctrine majoritaire, une répartition claire des rôles se fait jour : au Pouvoir pré-constituant la faculté de déterminer quel article pourra être révisé ; au Pouvoir constituant la possibilité de déterminer le contenu de cet article révisé. Le Pouvoir pré-constituant témoigne ainsi de son respect aux futures assemblées constituantes ainsi qu'au Roi agissant en tant que troisième branche du pouvoir législatif, en s'abstenant de déterminer quelle inclination les articles qu'il ouvre à révision devraient prendre<sup>7</sup>. Pour reprendre une formule déjà prononcée en 1893 par M. DE KERCHOVE DE DENTERGHEM, « les Chambres n'ont point de testament politique à faire »<sup>8</sup>.

Ainsi, le pouvoir constituant, à l'issue du scrutin qui le met en place, dispose d'une large liberté d'action :

- il peut faire fi de la déclaration de révision et donc décider de ne pas modifier les articles soumis à révision qui avaient pourtant été déclarés ouverts à révision par le préconstituant (et nous savons que cela est une constellation statistiquement fort

---

<sup>4</sup> Voy. notamment J. VELU, *Droit public*, tome I, Le statut des gouvernants, Bruxelles, Bruylant, 1986, p. 168 ; D. RENDERS, « Un diagnostic nuancé », in : F. DELPÉRÉE (dir.), *La procédure de révision de la Constitution*, Bruxelles, Bruylant, 2003, pp. 58-59 ; E. VANDENBOSSCHE, « De herziening van artikel 195 van de Grondwet. Een noodzaak tot demystificatie », in : A. DE BECKER et E. VANDENBOSSCHE (éds.), *Scharnier- of sleutelementen in het grondwettelijk recht, Het beginsel van constitutieve autonomie, de artikelen 35 en 195 van de Grondwet – Éléments charnières ou éléments-clés en droit constitutionnel, Le principe de l'autonomie constitutive, les articles 35 et 195 de la Constitution*, Bruges et Bruxelles, Die Keure / La Charte, 2011, p. 59 et s. ; J. VANDE LANOTTE et G. GOEDERTIER, *Handboek Belgisch Publiekrecht*, Bruges, Die Keure, 2013 ; J. VELAERS, « Artikel 195, overgangsbepaling : een tijdelijke versoepeling van de procedure », *De zesde staatsvorming : instellingen, bevoegdbeden en middelen*, Anvers, Intesentia, 2014, p. 1 et s. Pour une opinion à contre-courant de la doctrine majoritaire, voy. P. VAN ORSHOVEN, Audition devant la commission des affaires institutionnelles du Sénat, *Doc. parl.*, Sénat, 2005-2006, n° 3-1778/2, p. 21 et s.

<sup>5</sup> O. ORBAN, *Le droit constitutionnel de la Belgique*, tome 2, Liège et Paris, Dessain et Giard & Brière, 1908, p. 704 et s.

<sup>6</sup> P. VANDERNOOT, « La révision de l'article 195 de la Constitution du 29 mars 2012 : 'Ceci (n'est) pas une révision' » in : J. SAUTOIS et M. UYTENDAELE (dirs.), *La sixième réforme de l'État (2012-2013). Tournant historique ou soubresaut ordinaire ?*, Limal, Anthemis, 2014, p. 13 et s.

<sup>7</sup> J. VELAERS, Audition devant la commission des affaires institutionnelles du Sénat, *Doc. parl.*, Sénat, 2005-2006, n° 3-1778/2, p. 27.

<sup>8</sup> Cité par O. ORBAN, *Le droit constitutionnel de la Belgique*, tome 2, Liège et Paris, Dessain et Giard & Brière, 1908, p. 706.

fréquente, dès lors qu'en général seule une minorité des articles ouverts à révision sont effectivement révisés) ;

- mais le constituant peut tout aussi bien *effectivement réviser* les dispositions ouvertes à révision. Et dans ce cas, il est autorisé à ignorer la volonté du pré-constituant lorsque celui-ci, méconnaissant le devoir de réserve qui devrait être le sien, s'est avancé pour indiquer la direction qu'il souhaite faire prendre au constituant, notamment en désignant la manière, au sein d'un article, dont il souhaite voir se réaliser la révision.

Cela étant, il peut arriver que la nécessité se fasse jour de procéder à la révision de la Constitution non en modifiant un article qui figure déjà en son sein, mais en y insérant une disposition relativement à une *matière nouvelle*, non encore réglée par celle-ci. Dans cette situation – et ceci constitue une exception à la règle selon laquelle les indications du préconstituant ne lient pas le constituant – le constituant n'est autorisé à intervenir que dans le champ *ratione materiae* indiqué dans la déclaration de révision. La justification de cette exigence se comprend aisément : il convient d'éviter que le Pouvoir constituant ne dispose d'un blanc seing, blanc seing qui l'habiliterait à insérer dans la Constitution tout et n'importe quoi, démarche qui serait incompatible avec l'idée que la révision doit être prévisible pour les électeurs qui, au travers de leurs suffrages, procèdent à la mise en place des assemblées constituantes. Sur ce point, la doctrine semble unanime.

\* \* \*

Voilà les principes posés. Sur la base de ceux-ci, je diviserai la suite de mon intervention en trois points : le premier vise à établir les raisons qui me poussent à me rallier à la position majoritaire que je viens d'exposer. Le second constitue un rapide détour par la révision de l'article 195, survenue le 29 mars 2012, révision qui pose des problèmes particuliers mais distincts. Enfin, dans une troisième et dernière partie, j'appliquerai les considérations ainsi exposées aux propositions de révision de l'article 23 telles qu'elles ont été déposées au sein de votre Assemblée.

## I. Les raisons qui me conduisent à me rallier à la position majoritaire

Il y a principalement trois raisons qui me conduisent à considérer que la doctrine majoritaire est *fondée* lorsqu'elle affirme que le constituant n'est pas lié par les indications du pré-constituant relatives au contenu de la révision constitutionnelle envisagée.

Tout d'abord, il y a un argument *historique*, et qui prend appui sur les travaux préparatoires du Congrès National. À la lecture de ces travaux, recueillis par le chevalier HUYTENS, on ne trouve aucune trace pour soutenir la thèse selon laquelle le Pouvoir constituant originaire aurait souhaité lier le Pouvoir constituant dérivé aux indications du préconstituant au-delà de la simple liste des dispositions ouvertes à révision.

Ensuite, il y a un argument *comparatif*. En effet, si on compare notre procédure de révision constitutionnelle avec celles qui existent dans d'autres États dans le monde, on constate que la nôtre fait partie des procédures *les plus rigides qui existent à l'échelle planétaire*, avec celles des États-Unis d'Amérique et du Royaume des Pays-Bas. Ce n'est pas moi qui le dis mais la Commission de Venise, dans son avis n° 679/912<sup>9</sup>. Certes, « la Constitution n'est pas une loi comme les autres »<sup>10</sup>. Bien sûr. Mais si le constituant était lié par le préconstituant même quant au *contenu* de la révision à opérer, on aurait encore *ajouté* à la lourdeur de notre procédure de révision et ainsi fait dériver notre système vers un rigorisme excessif.

Mais enfin, et surtout, il y a un troisième argument – et il est le plus important des trois. C'est l'argument *démocratique*. En effet, comparé au constituant, qui agit subséquemment à une élection, qui est donc fraîchement légitimé et qui se déploie à la faveur d'une majorité des deux tiers, le préconstituant dispose d'une assise démocratique nettement plus faible, étant donné que la déclaration de révision est adoptée en fin de législature – c'est-à-dire, si je me place au moment de l'intervention du Pouvoir constituant, sur la base des résultats électoraux de *l'avant-dernier* scrutin – et, surtout, à la majorité simple. Il serait surprenant de confier plus de prérogatives à une décision fondée sur les résultats d'un scrutin révolu et intervenue à la majorité ordinaire, et de réduire corrélativement les prérogatives d'une Assemblée récemment légitimée par l'électorat national et agissant à la majorité des deux tiers. Enfin, on ne perdra pas de vue que l'assemblée

---

<sup>9</sup> Avis de la Commission de Venise n° 679/2012 du 20 juin 2012 relatif à la révision de la Constitution de la Belgique, adopté lors de la 91<sup>e</sup> session plénière des 15-16 juin 2012.

<sup>10</sup> F. DELPÉRÉE, « Article 195 », in : M. VERDUSSEN (dir.), *La Constitution belge, lignes & entrelignes*, Bruxelles, Le Cri, p. 444.

qui, au cours de la législature précédente, a voté une déclaration de révision était *de facto* déjà largement engagée dans la campagne électorale, puisqu'elle savait sa propre dissolution imminente et inéluctable.

Ces trois arguments, historique, comparatif et démocratique, me conduisent à considérer comme *pertinente* la doctrine majoritaire qui affirme que le préconstituant n'a pas le pouvoir de lier par des directives le constituant et que si de telles directives étaient malgré tout émises, le constituant demeurerait libre de s'en écarter.

## II. Un rapide détour par la révision de l'article 195, survenue le 29 mars 2012

Vous me permettez aussi de dire un bref mot de la révision constitutionnelle sanctionnée par le Roi le 29 mars 2012 et publiée au *Moniteur* du 6 avril (2<sup>e</sup> édition), en tant que celle-ci a ajouté à l'article 195 de la Constitution une « Disposition transitoire » aux termes de laquelle « les Chambres constituées à la suite du renouvellement des Chambres du 13 juin 2010 peuvent, d'un commun accord avec le Roi, statuer sur la révision des dispositions, articles et groupements d'articles suivants, *exclusivement dans le sens indiqué ci-dessous* : »<sup>11</sup> Suit alors une liste en quinze points.

Si je me permet de mentionner ici cet épisode, c'est pour mettre en exergue que, sur le plan juridique, il n'est en rien comparable aux faits sur lesquels vous avez souhaité recueillir mon avis aujourd'hui. En effet, il est très différent de se demander si les déclarations du *préconstituant* sont en mesure de lier le Pouvoir constituant ou de se poser la question de savoir si un acte du *Pouvoir constituant* peut avoir un tel effet. Car il faut bien avoir à l'esprit que, dans la disposition transitoire de l'article 195 ce n'est pas le préconstituant qui parle *mais bien le Pouvoir constituant lui-même*. Or, le Pouvoir constituant étant juridiquement omnipotent, il *peut* bien entendu se déterminer *ad futurum* sur la manière dont telle ou telle disposition devra être révisée (pour autant qu'elle soit effectivement révisée). Autrement dit : lorsque la disposition transitoire de l'article 195 autorise la révision des dispositions mentionnées aux points 1<sup>o</sup> à 15<sup>o</sup> « exclusivement dans le sens indiqué ci-dessous », il s'agit là d'une règle qui a une portée parfaitement juridique. Mais toute confusion avec la problématique qui nous occupe ici, aujourd'hui, est bien exclue, car cette liste en quinze points n'est pas – le constituant le dit lui-même à la toute fin de la disposition transitoire – une déclaration de révision<sup>12</sup>. Il est donc parfaitement cohérent d'affirmer qu'une déclaration de révision ne lie pas le constituant mais que la liste contenue dans la disposition transitoire avait, elle, bel et bien un tel effet.

Ces quelques observations relatives à la révision de l'article 195 étant faites – et je souligne en passant le fait que ladite disposition transitoire a déjà, au moment où nous tenons la présence séance, perdu sa raison d'être, puisqu'elle n'avait de force juridique qu'au cours de la 53<sup>e</sup> législature – je souhaite maintenant appliquer les principes exposés *supra* (I) aux propositions de

---

<sup>11</sup> C'est moi qui souligne.

<sup>12</sup> « La présente disposition transitoire ne constitue pas une déclaration de révision au sens de l'article 195, alinéa 2. »

révision de l'article 23 dont votre Assemblée est pour l'heure saisie<sup>13</sup>, suite à la déclaration de révision publiée au *Moniteur belge* du 28 avril 2014.

---

<sup>13</sup> Voy. *supra*, note 3.

### III. **Appréciation de la constitutionnalité des propositions de révision de l'article 23 telles qu'elles ont été déposées au sein du Sénat.**

L'article 23 de la Constitution est pour l'heure ouvert à révision. Ce fut déjà le cas sous la législature précédente (la 53<sup>e</sup>), et même aussi sous la législature précédente à celle-là (donc la 52<sup>e</sup>), et encore sous la précédente à celle-là (donc la 51<sup>e</sup>). Chacune de ces quatre déclarations de révision<sup>14</sup> porte qu'« il y a lieu à révision de l'article 23 de la Constitution, en vue d'y ajouter un alinéa concernant le droit du citoyen à un service universel en matière de poste, de communication et de mobilité ». En s'exprimant de la sorte, le préconstituant n'a donc pas limité la révision de l'article 23 à un alinéa particulier, puisqu'il dit qu'il y a lieu de réviser « l'article 23 de la Constitution », donc *tout* l'article. Auditionné par le Sénat sous la 51<sup>e</sup> législature, Jan VELAERS le constatait déjà : « l'article 23 est actuellement ouvert à révision dans son intégralité »<sup>15</sup>. Ceci est un élément important.

Bien entendu, comme l'a relevé Marc UYTENDAELE, le préconstituant aurait eu la capacité de limiter l'action du constituant, en ne lui permettant la création du seul droit relatif aux services de poste, de communication et de mobilité, mais il eût alors fallu que la déclaration de révision n'ouvre pas à révision l'article 23 mais le Titre II de la Constitution, en vue d'insérer dans ce titre une disposition *nouvelle*, disposition qui eût alors été appelée à consacrer les seuls droits relatifs aux services de poste, de communication et de mobilité<sup>16</sup>.

Cela étant, il faut bien mesurer que ce procédé-là, procédé qui aurait consisté à ouvrir à révision le Titre II de la Constitution en vue d'y insérer une disposition nouvelle, n'aurait pas eu que des avantages. Certes, il aurait enfermé le constituant d'une manière beaucoup plus nette que le fait l'ouverture de révision de l'article 23 de la Constitution. Mais il faut bien voir aussi que si effectivement le droit d'accès à des services de poste, de communication et de mobilité – pour ne prendre que cet exemple – avait été consacré dans un article nouveau au sein du Titre II, cet article nouveau – et dès lors aussi les droits qu'il aurait eu vocation à consacrer – se serait par hypothèse situé *à l'extérieur* de l'article 23. Or, ceci aurait nui à la lisibilité du texte constitutionnel,

---

<sup>14</sup> Déclarations publiées au *Moniteur belge* des 10 avril 2003, 1<sup>er</sup> mai 2007, 7 mai 2010 et 28 avril 2014.

<sup>15</sup> J. VELAERS, Audition devant la Commission des affaires institutionnelles du Sénat, *Doc. parl.*, Sénat, 2005-2006, n° 3-1778/2, p. 29.

<sup>16</sup> M. UYTENDAELE, *Trente leçons de droit constitutionnel*, Limal et Bruxelles, Anthémis et Bruylant, 2014, p. 101.



puisque tous les droits économiques, sociaux et culturels auraient alors été regroupés au sein de l'article 23 – sauf un, qui aurait été situé dans un article distinct).

\* \*

Madame le président, Mesdames et Messieurs les Sénateurs, je me résume : la seule hypothèse dans laquelle le préconstituant peut lier le constituant quant à la matière dans laquelle ce dernier est potentiellement autorisé à intervenir est celle, rappelée en prélude de cet exposé, où le préconstituant envisage une *disposition nouvelle*, dans un domaine jusqu'alors non régi par la Constitution. Par contre, pour ce qui est des *articles existants* de la Constitution, il faut relever avec Bernard BLÉRO que si le préconstituant suggère « d'insérer dans un [tel article existant] une disposition nouvelle dont l'objet renvoie à une matière déjà réglée par cet article »<sup>17</sup>, alors l'objet visé par le pré-constituant n'a pour le constituant qu'une valeur indicative. Tel est bien le cas des propositions de révision dont votre Assemblée est actuellement saisie.

Je considère donc que la déclaration de révision du 28 avril 2014 *permet effectivement* l'adoption des propositions de M. MAHOUX en vue de garantir le droit à l'eau, de Mme TAELMAN, M. DE GUCHT, M. VASTERSAVENDTSEN et Mmes ZRIHEN et JAMOULLE en vue de garantir un droit à l'accès à l'internet et, enfin, de celle de M. ANCIAUX relative au droit à l'eau et à l'énergie. Je n'aperçois aucune difficulté de constitutionnalité pour ce qui est de ces propositions.

Vous me permettez, cela étant, une dernière observation, et qui concerne la proposition de révision de la Constitution introduite par Mme TAELMAN « en vue en vue de compléter [l'article 23] par un 6° garantissant la liberté de commerce et d'industrie ». En effet, la philosophie de base de l'article 23 est de consacrer des droits qui sont dépourvus d'effet direct et qui ne peuvent dès lors pas être directement invoqués devant les juridictions belges<sup>18</sup>. Or, on peut se demander s'il est bien utile de vouloir protéger par une disposition constitutionnelle dépourvue d'effet direct la liberté de commerce et d'industrie. En effet, et comme on le sait, cette liberté de commerce et d'industrie *est déjà* consacrée par des dispositions qui sont, elles, dotées d'un effet direct et qui peuvent donc être invoquées devant les juridictions belges. Ainsi, le Titre II de la loi

---

<sup>17</sup> B. BLÉRO, « La refonte de l'article 195 de la Constitution: *no future ?* », *APT*, 2012, p. 597.

<sup>18</sup> L. GALLEZ, « Article 23 », in : M. VERDUSSEN (dir.), *La Constitution belge, lignes & entrelignes*, Bruxelles, Le Cri, pp. 85-86.

du 28 février 2013 introduisant le Code de droit économique<sup>19</sup>, garantit à chacun la liberté d'exercer l'activité économique de son choix. Il s'agit certes d'une norme à valeur législative mais elle a le mérite de pouvoir être invoquée devant les juridictions belges. De plus, la Cour constitutionnelle s'est déclarée compétente pour contrôler la constitutionnalité d'une loi à l'aune des articles 10 et 11 de la Constitution combinés avec la liberté de commerce et d'industrie garantie par les articles II.3 et II.4 du Code de droit économique<sup>20</sup>. Enfin, comme le rappelle l'article II.4. du Code de droit économique, la liberté d'entreprendre doit s'exercer dans le respect des traités internationaux en vigueur en Belgique et du cadre normatif général de l'union économique et de l'unité monétaire, traités qui sont également directement applicables et auxquels la liberté de commerce et d'industrie est inhérente.

Je m'interroge donc sur l'utilité d'insérer dans l'article 23 un droit qui est déjà garanti par des instruments supra-législatifs dotés d'un effet direct et qui lient d'ores et déjà les différents législateurs de notre pays. Aussi, la liberté de commerce et d'industrie n'est classiquement pas considérée comme un droit économique et social (donc un droit fondamental de la troisième génération) mais comme un droit fondamental de la première génération, droit qui emporte notamment une obligation négative dans le chef de l'État. Naturellement, il ne m'appartient pas de me prononcer en opportunité sur la question de savoir s'il est oui ou non souhaitable de faire d'un droit qui constitue déjà à l'heure actuelle un droit fondamental de la première génération et qui à ce titre est déjà protégé par notre Cour constitutionnelle en plus, concomitamment, un droit fondamental de la troisième génération, dépourvu d'effet direct et donc non susceptible d'être, à ce titre, invoqué par les citoyens devant les juridictions belges. Le constituant peut bien sûr tout faire. Mais il me semblait à tout le moins indiqué de signaler qu'actuellement, la liberté de commerce et d'industrie bénéficie déjà d'une solide protection, protection qui est fournie tant par les Traités européens que par la jurisprudence propre à la Cour constitutionnelle, et qui se fonde sur des normes qui, elles, sont bel et bien dotées d'un effet direct.

---

<sup>19</sup> *Moniteur belge*, 29 février 2014.

<sup>20</sup> C. const., 9 octobre 2014, n° 142/2014, cons. B.2.