

Le maintien des « effets » des dispositions annulées par la Cour d'arbitrage : théorie et pratique

par

Géraldine ROSOUX

Assistante à l'Université de Liège
Référendaire à la Cour d'arbitrage

*En souvenir d'un stage qui m'a donné
le goût du contentieux constitutionnel*

Introduction

1. Lors de la création d'une juridiction – qui, dans sa conception originelle, ne serait « pas une Cour constitutionnelle »¹ – dotée de l'exorbitante compétence d'*annuler* des normes législatives adoptées par un parlement, les risques inhérents à la disparition rétroactive d'une norme législative² ont conduit le législateur à instaurer la possibilité de limiter, de modaliser, de *tempérer les effets destructeurs d'une annulation*.

2. Pour rappel, la Cour d'arbitrage peut être saisie soit par une requête en annulation, soit par une question préjudicielle posée par une juridiction devant laquelle est soulevé un conflit de compétences ou une violation d'un article du titre II de la Constitution ou des articles 170, 172 ou 191 de la Constitution.

En ce qui concerne les recours en annulation, l'article 8, alinéa 1^{er}, de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage (ci-après : L.S.C.A.)³ dispose que : « Si le recours est fondé, la Cour d'arbitrage annule, en tout ou en partie, la loi, le décret ou la règle visée à l'article 134 de la Constitution qui fait l'objet du recours ».

¹ Voy. les travaux préparatoires de la loi ordinaire du 28 juin 1983 portant l'organisation, la compétence et le fonctionnement de la Cour d'arbitrage, notamment *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 1981-1982, n°246/2, pp. 6, 28 et s., et 63. L'extension progressive des compétences de la Cour a toutefois conduit à envisager récemment de modifier la dénomination de la Cour d'arbitrage en « Cour constitutionnelle », voy. la proposition de révision de l'article 142 de la Constitution, *Doc. parl.*, Sénat, 2004-2005, DOC 3-1052/1.

² Par « normes législatives », nous visons les normes qui peuvent être soumises au contrôle de la Cour d'arbitrage, à savoir les lois, décrets et ordonnances.

³ Loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage, modifiée par la loi spéciale du 9 mars 2003 (ci-après : L.S.C.A.).

Si la Cour décide d'annuler, en tout ou en partie, la norme législative, l'article 9, §1^{er}, de la L.S.C.A. précise que « les arrêts d'annulation rendus par la Cour d'arbitrage ont l'autorité absolue de chose jugée à partir de leur publication au *Moniteur belge* ». Cette autorité absolue de chose jugée⁴ implique que l'annulation s'impose *erga omnes*, à toute personne publique et à toute personne privée⁵, tant aux juridictions qu'à l'administration ou aux particuliers.

La date de publication de l'arrêt d'annulation au *Moniteur belge* détermine donc le moment où s'opère avec effet *ex tunc* la disparition de la norme annulée⁶ : purgeant l'ordre juridique d'une inconstitutionnalité, l'annulation opère avec effet *rétroactif* à la date de l'entrée en vigueur de la disposition annulée, en se distinguant de la sorte de l'abrogation, opération de suppression *ex nunc* de l'acte, effectuée par son auteur.

3. Une décision d'annulation implique donc, par l'effet d'une fiction, que l'acte annulé est censé n'avoir jamais existé : l'on assiste ainsi à une résurrection du droit antérieur⁷.

La fiction de la disparition rétroactive d'une loi, pleinement cohérente avec l'objectif de garantir la constitutionnalité des normes législatives, est toutefois de nature à créer une véritable *insécurité juridique* puisque la loi – si elle n'a pas été suspendue – est susceptible d'avoir régi une multitude de situations entre le moment de son entrée en vigueur et le moment de son annulation⁸.

⁴ Voy. M. BECKERS, *L'autorité et les effets des arrêts de la Cour d'arbitrage*, Bruxelles, Story-Scientia, 1987, p. 43 ; F. DEBAETS, « Beschouwingen over het gezag van gewijsde van de arresten door het Arbitragehof gewezen op annulatieberoep », in *Publiek recht, ruim bekeken – Opstellen aangeboden aan Prof. J. Gijssels*, Anvers-Apeldoorn, Maklu, 1994, pp. 157-180, ici pp. 161-170 ; J. VELAERS, *Van Arbitragehof tot Grondwettelijke Hof*, Anvers-Apeldoorn, Maklu, 1990, pp. 325-333.

⁵ H. SIMONART, « Le contrôle exercé par la Cour d'arbitrage – Section III : L'autorité des arrêts de la Cour d'arbitrage », in F. DELPEREE (dir.), *La Cour d'arbitrage – Actualité et perspectives*, Bruxelles, Bruylant, 1988, pp. 173-190, ici p. 174.

⁶ Dans le cadre des demandes de suspension, la Cour considère parfois que la possibilité même d'annuler la norme attaquée, et par conséquent l'effet rétroactif même de l'annulation, s'oppose à l'existence d'un préjudice grave difficilement réparable, voy. C.A., n°37/90 du 22 novembre 1990, B.4 *in fine* ; n°15/92 du 27 février 1992, B.4 *in fine* ; n°19/92 du 12 mars 1992, B.3 ; n°5/97 du 19 février 1997, B.6 ; n°27/98 du 10 mars 1998, B.2.1 ; n°167/2002 du 13 novembre 2002, B.3 ; n°5/2003 du 14 janvier 2003, B.4 ; n°43/2003 du 9 avril 2003, B.4.

⁷ Comme cela découle des termes utilisés dans l'article 13, § 3, de la L.S.C.A. : « en vertu des dispositions *redevvenues applicables* par l'effet de l'annulation » (c'est nous qui soulignons).

⁸ Le fait que de nombreuses situations soient susceptibles d'être régies par une norme annulée apparaît d'autant plus visible qu'à côté du délai « ordinaire » de six mois à dater de la publication au *Moniteur belge* pour introduire un recours en annulation, l'article 4, alinéa 2, de la L.S.C.A., modifié par l'article 3 de la loi spéciale du 9 mars 2003, prévoit qu'un *nouveau* délai de recours en annulation est ouvert à toute personne justifiant d'un intérêt contre une norme déclarée inconstitutionnelle sur question préjudicielle. Dans cette dernière hypothèse, le délai entre l'entrée en vigueur de la norme et son annulation peut potentiellement être très long, de sorte que la norme peut avoir régi de très nombreuses situations. Cette circonstance peut d'ailleurs constituer un élément nécessitant un recours à la technique du maintien des effets.

Pour cette raison, inspiré du mécanisme qui existe pour la Cour de Justice des Communautés européennes⁹, l'article 8, alinéa 2, de la L.S.C.A. offre à la Cour d'arbitrage le pouvoir « particulièrement important »¹⁰ de *maintenir certains effets de la disposition annulée*, afin de tempérer les effets de l'annulation¹¹.

Cette possibilité de moduler dans le temps les effets d'une annulation a d'ailleurs été étendue au Conseil d'Etat¹² et existe également – légalement ou de manière prétorienne – dans de nombreux états¹³, en tant qu'instrument indispensable pour atténuer le choc juridique d'une annulation.

4. Après un temps de rodage nécessaire à la découverte des potentialités du « maintien des effets »^{14/15}, la technique semble plaire de plus en plus à la Cour : les

⁹ Article 231, alinéa 2, du Traité CE (ancien article 174, alinéa 2, du Traité de Rome). Voy. L. DEFALQUE, « Les effets des arrêts préjudiciels de la Cour de justice des Communautés européennes », *J.T.*, 1983, pp. 33-41, ici pp. 36-38 ; G. ISAAC, « La modulation par la Cour de justice des Communautés européennes des effets dans le temps de ses arrêts d'invalidité », *C.D.E.*, 1987, pp. 444-470 ; A. KOHL, « Observations sur la 'non-rétroactivité' de l'autorité de l'arrêt *Defrenne* prononcé le 8 avril 1976 par la Cour de Justice des Communautés européennes », *R.C.J.B.*, 1977, pp. 231-242 ; H. LABAYLE, « La Cour de justice des Communautés européennes et la modulation des effets de sa jurisprudence : autres lieux ou autres mœurs ? », *Rev. fr. dr. adm.*, 2004, pp. 663-675.

¹⁰ E. KRINGS, « Propos sur les effets des arrêts rendus par la Cour d'arbitrage », *J.T.*, 1985, pp. 577-591, ici p. 586.

¹¹ On le voit donc : le terme « effets » n'est en la matière pas dépourvu d'ambiguïté. D'une part, certains « effets » de la *disposition annulée*, au sens d'actes qui trouvent leur fondement juridique dans la disposition annulée, sont maintenus. D'autre part, en maintenant ces effets, on déroge aux « effets » de l'annulation, au sens de fiction selon laquelle l'acte annulé est censé n'avoir jamais existé.

¹² L'article 10 de la loi du 4 août 1996 modifiant les lois coordonnées sur le Conseil d'Etat (*M.B.*, 20 août 1996) a introduit un article 14^{ter} dans les lois coordonnées sur le Conseil d'Etat. Sur cette disposition, voy. notamment S. LUST et P. POPELIER, « Rechtshandhaving door het Arbitragehof en de Raad van State door de uitoefening van de vernietigingsbevoegdheid : de positieve en negatieve bijdrage aan de rechtsvorming », *R.W.*, 2001-2002, pp. 1210-1224, ici p. 1221 ; D. RENDERS, « Le maintien des effets d'un règlement annulé par le Conseil d'Etat et le respect des droits fondamentaux », *J.T.*, 2002, pp. 761-765.

¹³ Voy. J. J. FERNANDEZ RODRIGUEZ, « Typologie des décisions des cours constitutionnelles », *R.B.D.C.*, 1998, pp. 333-354, ici pp. 349-352. L'auteur qualifie de « décisions prospectives » ces modulations dans le temps des décisions d'annulation (p. 350). Voy. aussi J. SOHIER, « Les effets des arrêts d'annulation rendus par le Tribunal constitutionnel fédéral allemand sur les décisions qui ne sont plus susceptibles de recours et reposent sur la norme annulée », *J.T.*, 1984, pp. 221-228. Voy. également, dans le dossier de la *Rev. fr. dr. adm.* sur le thème « La modulation dans le temps des effets d'une annulation contentieuse », les articles de O. JOUANJAN, « La modulation des effets des décisions des juridictions constitutionnelle et administratives en droit allemand », *Rev. fr. dr. adm.*, 2004, pp. 676-689 ; P. BON, « La modulation des effets des décisions des juridictions constitutionnelle et administratives en droit espagnol », *Rev. fr. dr. adm.*, 2004, pp. 690-695 ; P. BON, « La modulation des effets des décisions des juridictions constitutionnelle et administratives en droit portugais », *Rev. fr. dr. adm.*, 2004, pp. 696-699 ; T. DI MANNO, « La modulation des effets dans le temps des décisions de la Cour constitutionnelle italienne », *Rev. fr. dr. adm.* 2004, pp. 700-711 .

¹⁴ Par ce raccourci de « maintien des effets », nous envisagerons, dans la suite de cette note, la possibilité qui est offerte à la Cour par l'article 8, alinéa 2, de la L.S.C.A. de tempérer les effets d'une annulation.

¹⁵ Sur cette technique, voy. notamment B. LOMBAERT, « Le maintien des effets des normes censurées par la Cour d'arbitrage – Recours en annulation et questions préjudicielles », *A.P.T.*, 1998, pp. 174-189 ; A. GORIS, K. MUYLLE et M. VAN DER HULST, « Twintig jaar Arbitragehof v. wetgever : van vertrouwen naar dialoog », *T.B.P.*, 2005, pp. 256-

dispositifs des arrêts d'annulation utilisent en effet de plus en plus fréquemment¹⁶ la possibilité offerte par l'article 8, alinéa 2, de la L.S.C.A. de moduler dans le temps les effets de l'annulation.

Après un bref retour aux sources de l'article 8, alinéa 2, de la L.S.C.A. (I), nous exposerons l'application de cette disposition dans la jurisprudence de la Cour d'arbitrage (II), avant de confronter la théorie et la pratique (III).

I.- La théorie : le « maintien des effets » comme tempérament aux effets de l'annulation

5. Dès la création en 1983 de la « petite » Cour d'arbitrage, à la compétence limitée au contrôle du respect des règles répartitrices de compétences, l'article 6, alinéa 2, de la loi ordinaire du 28 juin 1983 portant l'organisation, la compétence et le fonctionnement de la Cour d'arbitrage¹⁷ prévoyait déjà la possibilité pour la Cour de maintenir les effets des dispositions annulées, l'attribution de ce pouvoir étant jugée « indispensable dans l'intérêt de la sécurité juridique »¹⁸.

283, ici pp. 257-258 ; E. KRINGS, « Propos sur les effets des arrêts rendus par la Cour d'arbitrage », *op. cit.*, p. 580 ; S. LUST et P. POPELIER, « Rechtshandhaving door het Arbitragehof en de Raad van State door de uitoefening van de vernietigingsbevoegdheid : de positieve en negatieve bijdrage aan de rechtsvorming », *op. cit.*, spéc. pp. 1212-1213 ; R. MOERENHOUT, « Artikel 8 B.W. 6 januari 1989 » in *Publiek Procesrecht - Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Malines, Kluwer, 1999, pp. 1-38, ici pp. 27-38 ; K. MUYLLE, « Les conséquences du maintien des effets de la norme annulée par la Cour d'arbitrage », in *La protection juridictionnelle du citoyen face à l'administration*, Bruges, La Charte, 2006 (à paraître) ; F. OST, « L'heure du jugement. Sur la rétroactivité des décisions de justice. Vers un droit transitoire de la modification des règles jurisprudentielles », in F. OST et M. VAN HOECKE (éds.), *Temps et droit. Le droit a-t-il pour vocation de durer ? - Time and Law. Is it the nature of Law to last ?*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 91-133, ici pp. 126-129 ; H. SIMONART, *La Cour d'arbitrage - Une étape dans le contrôle de la constitutionnalité de la loi*, Bruxelles, Story-Scientia, 1988, pp. 211-215 ; J. VELAERS, *Van Arbitragehof tot Grondwettelijke Hof*, *op. cit.*, pp. 318 et s.

¹⁶ Voy., en date du 5 septembre 2006, les arrêts C.A., n°40 du 15 octobre 1987, n°41 du 29 octobre 1987, n°45 du 20 janvier 1988, n°58 du 8 juin 1988, n°71 du 21 décembre 1988, n°1/89 du 31 janvier 1989, n°2/89 du 2 février 1989, n°26/90 du 14 juillet 1990, n°4/91 du 21 mars 1991, n°2/92 du 15 janvier 1992, n°33/92 du 7 mai 1992, n°56/92 du 9 juillet 1992, n°79/92 du 23 décembre 1992, n°6/93 du 27 janvier 1993, n°10/93 du 11 février 1993, n°32/93 du 22 avril 1993, n°57/94 du 14 juillet 1994, n°30/96 du 15 mai 1996, n°37/96 du 13 juin 1996, n°42/97 du 14 juillet 1997, n°43/97 du 14 juillet 1997, n°30/98 du 18 mars 1998, n°66/98 du 10 juin 1998, n°49/99 du 29 avril 1999, n°63/2000 du 30 mai 2000, n°100/2000 du 4 octobre 2000, n°3/2001 du 25 janvier 2001, n°49/2001 du 18 avril 2001, n°56/2002 du 28 mars 2002, n°16/2003 du 28 janvier 2003, n°73/2003 du 26 mai 2003, n°78/2003 du 11 juin 2003, n°45/2004 du 17 mars 2004, n°49/2004 du 24 mars 2004, n°59/2004 du 31 mars 2004, n°106/2004 du 16 juin 2004, n°114/2004 du 30 juin 2004, n°132/2004 du 14 juillet 2004, n°154/2004 du 22 septembre 2004, n°158/2004 du 20 octobre 2004, n°202/2004 du 21 décembre 2004, n°1/2005 du 12 janvier 2005, n°11/2005 du 19 janvier 2005, n°29/2005 du 9 février 2005, n°62/2005 du 23 mars 2005, n°101/2005 du 1^{er} juin 2005, n°128/2005 du 13 juillet 2005, n°131/2005 du 19 juillet 2005, n°134/2005 du 19 juillet 2005, n°186/2005 du 14 décembre 2005, n°104/2006 du 21 juin 2006.

L'accélération du recours au maintien des effets semble donc avoir connu son apogée durant les années 2004 (9 arrêts avec maintien des effets) et 2005 (9 arrêts avec maintien des effets), ce procédé ayant été beaucoup moins utilisé au cours de l'année 2006.

¹⁷ M.B., 8 juillet 1983.

¹⁸ Doc. parl., Ch. Repr., sess. ord. 1982-1983, n°647/4, p. 6.

Depuis l'origine de la Cour, l'important pouvoir de maintenir les effets de dispositions annulées apparaît donc comme un *corollaire*, un tempérament nécessaire et indissociable de l'exorbitante compétence d'annuler.

6. Afin de tenter de dégager la conception initiale du « maintien des effets », nous prendrons comme point de départ le texte même de l'article 8, alinéa 2, de la loi spéciale du 6 janvier 1989, qui, à une précision près¹⁹, reprend mot pour mot le texte de l'article 6, alinéa 2, de la loi ordinaire du 28 juin 1983 :

« Si la Cour l'estime nécessaire, elle indique, par voie de disposition générale, ceux des effets des dispositions annulées qui doivent être considérés comme définitifs ou maintenus provisoirement pour le délai qu'elle détermine ».

Analysant littéralement ce texte, nous pouvons déduire quelques caractéristiques, corroborées par les travaux préparatoires de 1983, du maintien des effets :

§ 1^{er}. Le maintien des effets est facultatif

7. « Si la Cour l'estime nécessaire [...] ».

Le maintien des effets relève donc d'une pure *appréciation souveraine* de la Cour d'arbitrage quant à l'opportunité d'une telle mesure. Le maintien des effets ne constitue donc pas un « moyen » au sens juridique qui devrait être sollicité par une partie, mais participe au contraire d'un pouvoir *non-juridique* reconnu à la Cour.

Dans l'exercice de la compétence de moduler les effets d'une annulation, la Cour d'arbitrage n'est donc, formellement, pas tenue de motiver sa décision de maintenir ou non les effets des dispositions qu'elle annule.

Ainsi, alors que, lorsque la Cour constate que le moyen est fondé, elle ne dispose que d'une *compétence liée* d'annuler – sans qu'un pouvoir de décider d'annuler ou non lui soit reconnu – elle dispose par contre d'un pouvoir souverain *de décider de l'opportunité* ou non du maintien des effets.

Le maintien des effets d'une disposition annulée implique ainsi le paradoxe qu'une disposition pourtant déclarée inconstitutionnelle *peut* s'appliquer à certaines situations, si la Cour l'estime nécessaire. Tant par son caractère général que par

¹⁹ Voy. *infra*, note 22.

l'appréciation de son opportunité²⁰, le maintien des effets d'une disposition annulée relève selon nous d'une décision *de nature au moins législative*²¹.

§ 2. Le maintien des effets est général

8. « [...] par voie de disposition générale [...] »²².

Lorsque la Cour décide de maintenir certains effets des dispositions qu'elle annule, elle ne peut le faire que de manière générale et non seulement pour certains actes déterminés : des « dérogations » *individuelles* au caractère rétroactif général d'une annulation sont donc interdites, la Cour pouvant toutefois décider de ne maintenir que certaines *catégories* d'effets de la disposition annulée, déterminées de manière générale.

Cette caractéristique apparaît comme une conséquence de la notion même du « maintien des effets », qui constitue une dérogation aux effets d'une annulation : le champ d'application *rationae personae* du maintien des effets doit donc, à l'instar de l'annulation dont il tempère les effets, être défini de manière générale et abstraite.

La dérogation à l'effet *erga omnes* d'une annulation opérera donc également *erga omnes*.

§ 3. Le maintien des effets est définitif ou provisoire

9. « [...] définitifs ou maintenus provisoirement pour le délai qu'elle détermine ».

La Cour dispose donc d'une grande marge d'appréciation quant à la détermination du champ d'application *rationae temporae* des effets maintenus de la norme annulée, puisque le maintien des effets peut être définitif ou provisoire pour un délai que la Cour détermine. La Cour peut ainsi décider de maintenir les effets des dispositions annulées jusqu'à une date en théorie antérieure²³ ou postérieure à la

²⁰ J. VELAERS, *Van Arbitragehof tot Grondwettelijke Hof, op. cit.*, p. 320.

²¹ Voy. *infra*, note 55. Voy. également l'amendement qui tendait à supprimer le second alinéa de l'article 6 de la loi ordinaire de 1983 sur la Cour d'arbitrage, estimant que ce texte donne à la Cour d'arbitrage « un quasi-pouvoir législatif » (*Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 1981-1982, n°246/6, p. 3).

²² Ces termes ne figuraient initialement pas dans l'article 6, alinéa 2, de la loi ordinaire de 1983, mais dans la loi du 10 mai 1985 relative aux effets des arrêts d'annulation rendus par la Cour d'arbitrage ; cette précision a été introduite ensuite dans la loi spéciale du 6 janvier 1989, voy. *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 1988-1989, n°483/1, p. 8.

²³ Dans certains arrêts, la Cour décide par exemple de maintenir les effets des dispositions annulées jusqu'à la date de prononcé de son arrêt.

date de prise d'effet *erga omnes* de l'annulation, à savoir la date de publication au *Moniteur belge*²⁴.

10. Si le maintien des effets est *définitif*, les situations à l'égard desquelles des effets sont maintenus ne bénéficieront donc aucunement de l'annulation, puisqu'elles devront être considérées comme définitivement régies par une norme pourtant annulée.

Si le maintien des effets est *provisoire* par contre, les conséquences de la durée du maintien des effets dépendront toutefois du *mode d'application de la norme annulée*. En effet, si la norme est d'application instantanée²⁵, les situations à l'égard desquelles les effets sont maintenus seront, de manière identique à un maintien définitif des effets, définitivement régies par la norme annulée. Si par contre la norme est d'application continue²⁶, un maintien provisoire des effets est de nature à créer une période de transition pour les situations régies par la norme annulée.

Un maintien provisoire des effets peut en effet être jugé nécessaire pour permettre au législateur de disposer d'un délai suffisant pour réagir à l'annulation²⁷.

§ 4. Le maintien des effets est partiel

11. « [...] ceux des effets [...] ».

Ainsi, le texte de l'article 8, alinéa 2, laisse entendre que *seuls certains* effets de la norme annulée peuvent être maintenus et non l'entièreté de ses effets.

On pourrait interpréter cette limitation comme visant les effets qui ont *effectivement* été produits par la norme annulée et non toute la potentialité de son application. Ainsi, le champ d'application d'une norme englobe tant les situations auxquelles cette norme s'est appliquée *effectivement* que celles auxquelles cette norme aurait dû être appliquée, mais qui ne l'ont pas été (par erreur ou pour une autre raison).

²⁴ En vertu de l'article 9, §1^{er}, de la L.S.C.A.

²⁵ En ce sens que la norme s'applique à un moment déterminé et déterminable à une situation ; passé ce moment précis, la situation ne sera plus régie par la norme en cause.

²⁶ En ce sens que la norme s'applique pendant une certaine période à une situation.

²⁷ Ce délai pouvait sembler d'autant plus nécessaire en 1983 que la compétence de la Cour ne portait que sur les *règles répartitrices de compétence* : en effet, la Cour ne pouvait à ce moment décider d'une annulation qu'en raison d'un excès de compétence, ce qui signifiait donc qu'un législateur *autre* que l'auteur de la norme annulée était compétent et était donc appelé à régler cette matière.

Cette interprétation qui exclurait du maintien des effets les situations qui, par erreur, n'ont pas été régies par la norme annulée conduirait à avaliser la politique du « droit accompli » et créerait une discrimination entre les situations auxquelles on a, à bon droit, appliqué une norme postérieurement annulée, et les autres situations.

Dès lors que la Cour doit décider du maintien des effets par voie de disposition générale, cette « limitation » ne peut donc porter que sur des catégories générales d'effets.

12. Quand on limite la possibilité de maintenir l'intégralité des effets d'une norme, on vise en réalité à limiter la possibilité de déroger aux effets de l'annulation²⁸ : le « maintien » ne peut donc *pas viser la disposition annulée en tant que telle*, mais uniquement certains de ses « effets » à savoir les *actes dérivés* de la disposition annulée, c'est-à-dire les actes d'exécution et d'application qui ont trouvé leur fondement juridique²⁹ dans la disposition annulée, qui, elle, disparaît définitivement de l'ordre juridique.

Par leur « maintien », ces actes dérivés demeurent donc *valides dans l'ordre juridique*, comme si, à leur égard, la disposition n'était pas annulée avec effet rétroactif.

13. Lors des travaux préparatoires de l'article 6, alinéa 2, de la loi du 28 juin 1983³⁰, le législateur avait réalisé le problème particulier posé par une catégorie d'actes dérivés – les règlements et décisions de justice fondés sur une norme annulée par la Cour d'arbitrage – et avait choisi de reporter la détermination de certains « effets » des arrêts d'annulation de la Cour dans une loi spécifique et postérieure à la loi créatrice de la juridiction constitutionnelle.

Différentes procédures (rétractation, réouverture d'un nouveau délai de recours devant le Conseil d'Etat,...) permettant de mettre à néant les règlements et décisions de justice fondés sur une norme annulée par la Cour d'arbitrage ont dès

²⁸ Cette caractéristique est donc à rapprocher de la caractéristique suivante, voy. *infra*, n^{os} 14 et s.

²⁹ Par ailleurs, comme le souligne F. DUMON, encore faut-il pouvoir déterminer si tel ou tel acte est fondé ou non fondé sur l'acte annulé, voy. F. DUMON, « La Cour d'arbitrage – Ses compétences – Etendue et limites – Effets de ses arrêts », *J.T.*, 1985, pp. 229-235, ici p. 231.

³⁰ Comme le rappelle l'exposé des motifs du projet de loi relatif aux effets des arrêts d'annulation rendus par la Cour d'arbitrage sur les décisions judiciaires rendues en matière pénale, *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 1983-1984, n^o579/1, p. 1.

lors été créées par la loi du 10 mai 1985 relative aux effets des arrêts d'annulation rendus par la Cour d'arbitrage³¹, et intégrées en 1989 dans la L.S.C.A.

Poursuivant un objectif de cohérence du droit, ces procédures, certes très lourdes, permettent ainsi de purger l'ordre juridique de l'ensemble des actes se fondant sur une disposition annulée.

Fondé quant à lui sur l'objectif – opposé en l'espèce – de sécurité juridique, le maintien des effets a donc pour conséquence importante de *paralyser*, dans la mesure du maintien³², ces différentes procédures juridictionnelles à l'encontre des actes dérivés³³.

§ 5. Le maintien des effets est un tempérament à la rétroactivité de l'annulation

14. Cette caractéristique, si elle n'apparaît qu'implicitement du texte même de l'article 8, alinéa 2, de la L.S.C.A., résulte de manière très claire de différents autres textes.

Ainsi, les travaux préparatoires de la loi précitée du 10 mai 1985 rappellent que la possibilité pour la Cour de maintenir certains effets des dispositions qu'elle annule est instaurée « afin de pallier les difficultés que l'application stricte de ce principe de rétroactivité pourrait entraîner »³⁴.

Cette phrase démontre bien que le maintien des effets déroge, tempère la *rétroactivité seule* de l'annulation, son effet *ex tunc*, rapprochant ainsi l'annulation d'une abrogation. Autrement dit, le maintien des effets ne peut viser que des effets *passés* de la norme, et *non des effets futurs*, puisque pour le futur, la norme est annulée, de sorte que le maintien des effets ne peut – en théorie – déroger à la disparition *ex nunc* de la norme annulée.

15. Cette conséquence apparaît d'ailleurs dans la logique même de l'annulation : l'acte annulé disparaît pour le passé et – *a fortiori* aurait-on envie de dire – pour le futur : à partir de la publication de l'arrêt d'annulation au *Moniteur*

³¹ M.B., 13 décembre 1985. Sur ces procédures, voy. E. KRINGS, « Propos sur les effets des arrêts rendus par la Cour d'arbitrage », *op. cit.*, pp. 581 et s. ; M.-Fr. RIGAUX, « L'effet rétroactif des arrêts d'annulation rendus par la Cour d'arbitrage et les effets de la norme annulée – Observations sur les principes de la loi du 10 mai 1985 relative aux effets des arrêts d'annulation rendus par la Cour d'arbitrage », *J.T.*, 1986, pp. 589-594.

³² Ces différentes procédures restent donc en principe ouvertes dans la mesure où les effets de la norme annulée ne sont *pas* maintenus.

³³ Constatons que, de la sorte, la Cour d'arbitrage exerce une compétence *incidente* sur des actes infra-législatifs. Voy. la longue controverse évoquée dans *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 1983-1984, n°579/2, pp. 15 et s.

³⁴ *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 1983-1984, n°579/1, p. 1. Voy. aussi *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 1983-1984, n°579/2, p. 6.

belge, une norme annulée ne peut donc plus servir de fondement juridique à des actes dérivés.

Si donc le maintien des effets déroge à la rétroactivité de l'annulation, *il ne peut par contre pas déroger à l'annulation en tant que telle* : un arrêt d'annulation, même avec maintien des effets, ne peut aboutir à maintenir la disposition comme telle.

Même avec maintien des effets, un arrêt d'annulation demeure un arrêt qui annule la norme et entraîne donc sa disparition de l'ordre juridique. Cette conséquence est d'ailleurs confirmée par l'article 1^{er} de la loi précitée du 10 mai 1985 relative aux effets des arrêts d'annulation rendus par la Cour d'arbitrage, qui disposait : « La présente loi détermine les effets de l'annulation des lois et décrets par la Cour d'arbitrage, *soit* que cette annulation soit pure et simple *soit* que la Cour en ait restreint, par voie de disposition générale, l'effet rétroactif conformément à l'article 6, alinéa 2, de la loi du 28 juin 1983 portant l'organisation, la compétence et le fonctionnement de la Cour d'arbitrage » (c'est nous qui soulignons).

Le maintien des effets demeure donc *une forme d'annulation*, par opposition à l'annulation « pure et simple ».

16. Le fait que le maintien des effets ne concerne que les effets passés de la norme et non la norme elle-même est d'ailleurs confirmé expressément dans les travaux préparatoires de l'article 6, alinéa 2, de la loi ordinaire de 1983³⁵.

L'exemple-clé du maintien des effets pour un permis de bâtir apparaît d'ailleurs dirimant :

³⁵ La doctrine conçoit également le maintien des effets comme un tempérament à l'effet rétroactif d'une annulation, voy. notamment E. CEREXHE, « La Cour d'arbitrage », in *La Belgique fédérale : un Etat fédéral en évolution*, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 2001, pp. 127-141, ici p. 139 ; E. KRINGS, « Propos sur les effets des arrêts rendus par la Cour d'arbitrage », *op. cit.*, p. 580 ; H. SIMONART, *La Cour d'arbitrage - Une étape dans le contrôle de la constitutionnalité de la loi*, *op. cit.*, p. 211 ; H. SIMONART, « Le contrôle exercé par la Cour d'arbitrage - Section III : L'autorité des arrêts de la Cour d'arbitrage », *op. cit.*, p. 176 ; J. VELAERS, *Van Arbitragehof tot Grondwettelijke Hof*, *op. cit.*, p. 318 ; l'auteur considère ainsi de manière péremptoire : « Het Arbitragehof heeft echter niet de bevoegdheid om te bepalen dat ook na de vernietiging nog nieuwe gevolgen definitief of voorlopig gehandhaafd blijven » (p. 319). Voy. toutefois *contra* M.-Fr. RIGAUX, « L'effet rétroactif des arrêts d'annulation rendus par la Cour d'arbitrage et les effets de la norme annulée - Observations sur les principes de la loi du 10 mai 1985 relative aux effets des arrêts d'annulation rendus par la Cour d'arbitrage », *op. cit.*, p. 590 : « La Cour d'arbitrage peut décider que la norme qu'elle annule reste, pour la période qu'elle détermine, un titre juridique valable pour certains actes qui reposent sur la disposition sanctionnée. L'article 6, alinéa 2, de la loi du 28 juin 1983 n'apporte donc pas une dérogation au principe de l'effet rétroactif de l'arrêt d'annulation rendu par la Cour. Il ne confère en aucun cas à celle-ci le pouvoir de déroger à ce principe inhérent - et qui en fait d'ailleurs toute la rigueur - à l'annulation ». Voy. de même M.-Fr. RIGAUX, « Le contrôle exercé par la Cour d'arbitrage - Section IV : Les conséquences des arrêts d'annulation sur les actes juridiques dérivés de la norme annulée », in F. DELPEREE (dir.), *La Cour d'arbitrage - Actualité et perspectives*, Bruxelles, Bruylant, 1988, pp. 190-210, ici p. 193 : « Le pouvoir dont la Cour dispose en vertu de l'article 6, alinéa 2, de la loi du 28 juin 1983 s'ajoute à celui qu'elle a d'annuler une loi ou un décret et atténue non pas l'effet rétroactif de cette annulation mais l'effet direct de celle-ci, à savoir l'anéantissement de la norme ».

« Le Ministre des Réformes institutionnelles (N) cite le permis de bâtir. La Cour pourrait dire que la norme est annulée, mais que le permis de bâtir basé sur la norme est maintenu.

Un commissaire fait remarquer que le pouvoir judiciaire peut, dans ce cas, toujours décider que le justiciable a bâti sur base d'une loi frappée d'un vice de compétence et, par conséquent, qu'il doit détruire l'immeuble.

La Cour d'arbitrage pourrait dire évidemment que tous les permis de bâtir délivrés en fonction de cette loi ou de ce décret, seront valablement maintenus et qu'ils ne pourront pas être contestés, malgré l'annulation de la loi. C'est alors un effet définitif que l'on maintient, malgré l'annulation. Cette solution préserve les dommages qui peuvent résulter de l'annulation d'une loi »³⁶.

Enfin, la portée du maintien des effets a été précisée très clairement dans la discussion générale :

« Un membre demande s'il est bien clair que lorsqu'une norme est annulée, elle ne peut plus régir aucune situation nouvelle.

Le Ministre confirme cette interprétation.

Un commissaire plaide en faveur du maintien du texte tel qu'il est, après les explications qui lui ont été données, à savoir que le § 2 de l'article 6 ne concerne que les effets de la norme et pas la norme elle-même. Le texte est clair à ce sujet »³⁷.

Les travaux préparatoires de la loi spéciale de 1989 ont également confirmé que le « maintien » ne concerne que les effets de la norme et non la norme elle-même, qui ne peut plus donc produire d'effets futurs. Il a été ainsi rappelé :

« [...] l'article 8, deuxième alinéa, signifie que la Cour peut décider que des effets nés par le passé sont définitifs ou maintenus provisoirement aussi pour l'avenir. La Cour ne peut toutefois pas estimer que la loi annulée ou le décret annulé peut encore produire de nouveaux effets après l'annulation »³⁸.

II.- La pratique de la Cour d'arbitrage : jurisprudence de sagesse et de patience

§ 1^{er}. Le maintien des effets comme tempérament à la rétroactivité de l'annulation

17. Initialement, la Cour d'arbitrage a assez peu fait usage de la possibilité qui lui était offerte de maintenir les effets d'une disposition annulée. La conception développée dans les premiers arrêts optent pour un maintien des effets qui s'identifie parfaitement à la conception originale du législateur, le maintien des effets ne concernant que les effets *passés* de la norme, et apparaissant exceptionnel, seuls d'impérieux motifs de *sécurité juridique* pouvant justifier le recours à ce procédé.

³⁶ *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 1982-1983, n°246/2, p. 115. Cet exemple est également cité dans *Doc. parl.*, Ch. Repr., sess. ord. 1982-1983, n°647/4, p. 6.

³⁷ *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 1982-1983, n°246/2, p. 117.

³⁸ *Doc. parl.*, Ch. Repr., sess. ord. 1988-1989, n°633/4, p. 26.

Figurent au premier rang de ces motifs les difficultés pratiques, administratives et financières³⁹ ou les conséquences défavorables⁴⁰ ou disproportionnées⁴¹ d'une annulation, notamment l'existence d'actes dérivés dont on ne veut pas remettre en cause la validité⁴², l'objectif de garantir la sécurité juridique⁴³ ou la situation juridique des personnes bénéficiaires⁴⁴ de la norme annulée, la nécessité de garantir la continuité d'une politique⁴⁵ ou de ne pas entraver le fonctionnement d'un service⁴⁶, ou encore lorsque la disposition a épuisé ses effets dans le passé⁴⁷.

La Cour considère même que la portée limitée de l'annulation ou les motifs (purement formels) de l'annulation⁴⁸ peuvent justifier qu'on maintienne les effets de l'acte annulé⁴⁹. Autrement dit, le vice d'inconstitutionnalité, lorsqu'il est petit, peut être absous par la Cour.

La Cour a aussi précisé que lorsqu'elle décide de maintenir les effets d'une disposition annulée, elle tient compte non seulement des intérêts des requérants, « mais également des exigences de bonne administration de la justice et de l'intérêt des justiciables »⁵⁰.

³⁹ Voy. C.A., n°6/93 du 27 janvier 1993, 4.B ; n°30/96 du 15 mai 1996, B.5.10 ; n°37/96 du 13 juin 1996, B.9 ; n°42/97 du 14 juillet 1997, B.52.7 ; n°30/98 du 18 mars 1998, B.18 ; n°56/2002 du 28 mars 2002, B.11 ; n°73/2003 du 26 mai 2003, B.21.

⁴⁰ Voy. C.A., n°57/94 du 14 juillet 1994, B.6.

⁴¹ Voy. C.A., n°3/2001 du 25 janvier 2001, B.14 ; n°202/2004 du 21 décembre 2004, B.30 (pour certaines dispositions annulées seulement).

⁴² Voy. C.A., n°45 du 20 janvier 1988, 5.B *in fine* ; n°1/89 du 31 janvier 1989, 14.B.

⁴³ Voy. C.A., n°56/92 du 9 juillet 1992, B.12.

⁴⁴ Voy. C.A., n°58 du 8 juin 1988, 4.B.10 ; n°71 du 21 décembre 1988, 2.B.7 ; n°2/89 du 2 février 1989, 2.B.7 ; n°63/2000 du 30 mai 2000, B.13 ; n°158/2004 du 20 octobre 2004, B.11.

⁴⁵ Voy. C.A., n°40 du 15 octobre 1987, 2.B.4 ; n°41 du 29 octobre 1987, 2.B.5 ; n°4/91 du 21 mars 1991, B.9 ; n°33/92 du 7 mai 1992, B.16.

⁴⁶ Voy. C.A., n°32/93 du 22 avril 1993, B.19.

⁴⁷ Voy. C.A., n°104/2006 du 21 juin 2006, B.18 à B.20.

⁴⁸ Voy. C.A., n°49/99 du 29 avril 1999, B.7 ; n°49/2001 du 18 avril 2001, B.13.

⁴⁹ Voy. C.A., n°26/90 du 14 juillet 1990, 11.B.1 et n°100/2000 du 4 octobre 2000, B.23 (deux arrêts rendus en matière électorale).

⁵⁰ C.A., n°1/2005 du 12 janvier 2005, B.3.1. Dans cet arrêt, la Cour a opéré *une balance des intérêts en présence*, comparant, d'une part, l'avantage que procurerait à certains requérants l'effet rétroactif de l'annulation et, d'autre part, les perturbations qu'il causerait au service public de la justice ; elle a dès lors décidé de maintenir les effets de la disposition annulée.

§ 2. Le maintien des effets comme tempérament à l'annulation

18. Alors que les premiers arrêts de la Cour qui décident d'un maintien des effets ne concernent que les effets passés de la norme, cette conception initiale s'est progressivement muée en un maintien des effets potentiels *futurs* de cette norme.

Pour être exact, cette mutation s'est opérée pour la première fois dans l'arrêt n°2/92 du 20 janvier 1992, relatif à la protection de la jeunesse. Dans cet arrêt, la Cour a voulu éviter les conséquences négatives de l'annulation, pour vice formel tiré d'un défaut de concertation, d'une disposition dont l'objectif était d'éviter les conséquences défavorables, pour les mineurs ayant commis une infraction, de l'abaissement de la majorité civile à 18 ans.

A défaut de pouvoir appliquer la disposition annulée, le dessaisissement du tribunal de la jeunesse qui en résulte serait allé à l'encontre de l'objectif même de protection de la jeunesse poursuivi par le législateur.

L'importance de cet objectif de protection de la jeunesse a conduit la Cour à décider dans son dispositif, outre un maintien définitif des actes passés adoptés sur la base de cette disposition :

« Maintient au plus tard jusqu'au 31 décembre 1992 les effets des dispositions annulées, ainsi qu'il est précisé ci-après :

- les dispositions de l'article 37bis, §1^{er}, resteront applicables à toute requête introduite avant le 31 décembre 1992 ;

- la disposition de l'article 37bis, §2, permettra au tribunal de la jeunesse, jusqu'au 31 décembre 1992, de prendre la décision qui y est prévue et ensuite de l'exécuter même au-delà de cette date ;

- les dispositions de l'article 37bis, §§3 et 4, resteront en vigueur jusqu'au 31 décembre 1992 ».

La lecture du dispositif de cet arrêt révèle une distorsion dans la notion du maintien des effets : d'une part, la Cour évoque le maintien « *des effets des dispositions annulées* », d'autre part, elle décide que « *les dispositions* » resteront applicables, permettront, ou resteront en vigueur.

Or, dès lors que ces dispositions pourront servir de fondement à des actes nouveaux, posés après l'arrêt d'annulation, la Cour décide en réalité d'un maintien, temporaire, des dispositions annulées en tant que telles.

De la sorte, la notion même d'*annulation* est modifiée, puisqu'elle opère non seulement *sans rétroactivité*, mais en outre la date de prise d'effet de cette

« annulation » est *postposée*⁵¹, puisqu'elle n'entraînera la disparition *ex nunc* de la norme ainsi « annulée » que *dans le futur*⁵².

19. Dans d'autres arrêts moins explicites, la Cour entretient une douce ambiguïté : lorsque la Cour décide de *maintenir les effets jusqu'à une date future, déterminée ou non*, on ne sait pas si elle ne vise que la validité temporaire des effets passés ou si elle admet également que la disposition puisse, durant le délai fixé, encore produire des effets postérieurs à l'arrêt d'annulation.

Dans ces hypothèses, la motivation des arrêts les plus récents semble indiquer que, dans la conception de la Cour, le maintien des effets équivaut en fait au *maintien de la disposition*⁵³, dans ses effets tant passés que futurs.

L'illustration la plus frappante de cette nouvelle conception est sans aucun doute l'arrêt n°106/2004 du 16 juin 2004 relatif à la publication électronique du *Moniteur belge*, dans lequel la Cour a considéré qu'à défaut d'être accompagnées de mesures garantissant l'égal accès aux documents officiels par internet, les dispositions attaquées risquaient de discriminer certaines catégories de citoyens, et devaient donc être annulées. Toutefois, le dispositif de cet arrêt « maintient définitivement les effets des publications effectuées jusqu'au 31 juillet 2005 en exécution des dispositions annulées ».

De la sorte, la Cour permet aux dispositions annulées de produire des *effets juridiques valides* jusqu'à une date *postérieure* à l'arrêt. Pour être précis, elle ne maintient pas en l'espèce les effets des dispositions annulées, mais elle maintient les effets (le caractère obligatoire lié à la publication électronique) des effets (les publications) des dispositions annulées. En l'espèce, il est compréhensible que le risque manifeste de chaos juridique ait conduit la Cour à prolonger dans le temps la validité des « effets » de dispositions qui, annulées, n'existent cependant plus en théorie⁵⁴.

⁵¹ Cette « annulation » se rapproche ainsi d'une sorte d' « abrogation *ad futurum* ».

⁵² C'est-à-dire à une date ultérieure à celle à laquelle l'arrêt d'annulation vaut *erga omnes*, à savoir la date de publication de l'arrêt au *Moniteur belge*.

⁵³ Voy. n°45/2004 du 17 mars 2004, B.7 ; n°49/2004 du 24 mars 2004, B.7 ; n°59/2004 du 31 mars 2004, B.8 ; n°106/2004 du 16 juin 2004, B.23 ; n°114/2004 du 30 juin 2004, B.14 ; n°132/2004 du 14 juillet 2004, B.7 ; n°202/2004 du 21 décembre 2004, B.30 (pour certaines dispositions annulées seulement) ; n°11/2005 du 19 janvier 2005, B.8 ; n°29/2005 du 9 février 2005, B.12 ; n°62/2005 du 23 mars 2005, B.10 ; n°101/2005 du 1^{er} juin 2005, B.6 ; n°128/2005 du 13 juillet 2005, B.6.7 ; n°131/2005 du 19 juillet 2005, B.12.3 ; n°134/2005 du 19 juillet 2005, B.4.4 ; n°186/2005 du 14 décembre 2005, B.25.

⁵⁴ Voy. la réaction législative contenue dans les articles 4 à 8 de la loi du 20 juillet 2005 portant des dispositions diverses, *M.B.*, 29 juillet 2005, en vigueur, en vertu de l'article 8 précité, au 31 juillet 2005.

20. Lorsque le maintien des effets concerne des effets *passés* de la norme, ce maintien opère le plus souvent à titre définitif, plus rarement pour un délai que la Cour détermine. Par contre, lorsque le maintien des effets permet à la norme de servir de fondement à des actes futurs, ce maintien *ne peut être que temporaire*, sous peine de porter une atteinte trop importante à la hiérarchie des normes.

En effet, lorsque la Cour décide de maintenir la disposition, et non plus seulement ses effets passés, elle ne déroge plus à la rétroactivité de l'annulation, mais à l'exigence même de constitutionnalité des normes législatives dont elle est, en vertu de l'article 142 de la Constitution⁵⁵, chargée d'assurer le respect.

Par une décision jurisprudentielle d'opportunité, la Cour permet donc à une norme législative pourtant inconstitutionnelle de sortir *validement* ses effets dans l'ordre juridique. Le maintien des effets offre ainsi une possibilité de déroger à la constitutionnalité des lois.

Un maintien temporaire de la disposition répond cependant à la nécessité de *ne pas créer un vide juridique ou une insécurité juridique*⁵⁶ et surtout de permettre au législateur de disposer *d'un délai* pour adapter sa législation ou se conformer à un arrêt de la Cour^{57/58}, en l'y incitant implicitement⁵⁹ ou explicitement⁶⁰. Passé ce délai, l'annulation opère sans limitation, ce qui peut, en l'absence de réaction législative, créer un vide juridique.

⁵⁵ Pour cette raison, nous estimons qu'en tant que dérogation potentielle à l'article 142 de la Constitution, le maintien des effets peut constituer une décision de nature constitutionnelle.

⁵⁶ Voy. C.A., n°79/92 du 23 décembre 1992, B.14 ; n°59/2004 du 31 mars 2004, B.8 ; n°132/2004 du 14 juillet 2004, B.7 ; n°134/2005 du 19 juillet 2005, B.4.4.

⁵⁷ Voy. C.A., n°10/93 du 11 février 1993, B.12 ; n°43/97 du 14 juillet 1997, B.14 ; n°66/98 du 10 juin 1998, B.17 ; n°106/2004 du 16 juin 2004, B.23 ; n°114/2004 du 30 juin 2004, B.14 ; n°154/2004 du 22 septembre 2004, B.7 ; n°202/2004 du 21 décembre 2004, B.30 (pour certaines dispositions annulées seulement) ; n°11/2005 du 19 janvier 2005, B.8 ; n°29/2005 du 9 février 2005, B.12 ; n°62/2005 du 23 mars 2005, B.10 ; n°128/2005 du 13 juillet 2005, B.6.7 ; n°131/2005 du 19 juillet 2005, B.12.3 ; n°186/2005 du 14 décembre 2005, B.25.

⁵⁸ La possibilité de maintenir temporairement les effets de la disposition annulée était précisément justifiée par l'objectif de laisser au législateur « l'occasion d'apporter une correction à la norme contestée » (*Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 1981-1982, n°246/2, p. 81).

⁵⁹ Voy. H. SIMONART et D. RENDERS, « La Cour d'arbitrage et les chambres législatives », in *Regards croisés sur la Cour d'arbitrage*, Bruxelles, Bruylant, 1995, pp. 37-75, ici p. 50, qui considèrent qu'un arrêt d'annulation avec maintien des effets « semble contenir une invitation implicite adressée au législateur fédéral de modifier, dans le délai fixé, la législation indiquée ».

⁶⁰ Sur l'effet d'« interférence » que peut avoir un « maintien des effets », voy. Ch. BEHRENDT, *Le juge constitutionnel, un législateur-cadre positif – Une analyse comparative en droit français, belge et allemand*, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 2006, pp. 284 et s. L'auteur constate ainsi qu'en fixant un délai *d'abrogation*, c'est-à-dire un laps de temps au cours duquel la norme inconstitutionnelle peut encore être appliquée, la juridiction constitutionnelle adresse au législateur une *injonction*, en déterminant le délai dans lequel l'intervention législative doit avoir lieu afin de réparer l'inconstitutionnalité.

§ 3. Le maintien des effets et les questions préjudicielles

21. Comme la doctrine l'a souligné⁶¹, il n'existe pas de possibilité de maintenir les « effets » dans le cadre du contentieux préjudiciel, ce qui apparaît une conséquence logique de l'effet *relatif* de principe d'un arrêt constatant une inconstitutionnalité sur question préjudicielle, qui se borne à « paralyser » l'application *inter partes* de la norme dans le litige qui a donné lieu à la question préjudicielle.

Toutefois, à l'instar de la Cour de Justice des Communautés européennes, la Cour d'arbitrage a, « à titre exceptionnel »⁶², étendu *de manière purement prétorienne* sa compétence de décider du maintien des effets dans un arrêt rendu sur question préjudicielle⁶³.

L'extension *légale* de la possibilité de moduler les effets dans le temps d'un constat de violation suite à une question préjudicielle – extension demandée par la Cour d'arbitrage⁶⁴ – n'a toutefois pas été jugée utile⁶⁵ lors de la réforme de 2003.

22. Par ailleurs, le *croisement de saisines* (annulation avec maintien des effets et question préjudicielle) portant sur une même disposition soulève la délicate question de la confrontation de la portée du maintien des effets d'une disposition annulée, avec la portée de questions préjudicielles relatives à la norme dont les effets sont maintenus.

En effet, en tant que question incidente posée dans le cadre d'un litige particulier, la question préjudicielle n'a, en principe⁶⁶, qu'une autorité relative de

⁶¹ E. KRINGS, « Propos sur les effets des arrêts rendus par la Cour d'arbitrage », *op. cit.*, p. 588 ; H. SIMONART, *La Cour d'arbitrage – Une étape dans le contrôle de la constitutionnalité de la loi*, *op. cit.*, p. 254.

⁶² Voy. C.A., n°18/91 du 4 juillet 1991, *J.L.M.B.*, 1991, pp. 1103-1112, avec obs. D. PIRE, « Les pendules à l'heure de Strasbourg... ». Cet arrêt concernait le droit transitoire belge suite à l'arrêt *Marckx* de la Cour européenne des droits de l'homme. La Cour d'arbitrage a, dans l'arrêt n°8/97 du 19 février 1997, précisé que cette limitation dans le temps des effets d'un arrêt rendu sur question préjudicielle pouvait être décidée « à titre exceptionnel » (B.4), mais s'est par contre déclarée incompétente pour limiter dans le temps les effets d'un arrêt rendu sur question préjudicielle, lorsque la demande de limitation des effets intervenait plus de deux ans après le premier arrêt, voy. notamment M. MAHIEU, obs. sous C.A., n°8/97, *J.T.*, 1997, pp. 294-296.

⁶³ Voy. notamment B. LOMBAERT, « Les techniques d'arrêt de la Cour d'arbitrage », *R.B.D.C.*, 1996, pp. 317-355, ici pp. 338 et s. ; B. LOMBAERT, « Le maintien des effets des normes censurées par la Cour d'arbitrage – Recours en annulation et questions préjudicielles », *précité*.

⁶⁴ Voy. *Doc. parl.*, Sénat, 2002-2003, DOC 2-897/6, pp. 172 et 175-176.

⁶⁵ Les experts consultés estimaient généralement que cette extension n'était pas nécessaire, voy. *Doc. parl.*, Sénat, 2002-2003, DOC 2-897/6, pp. 36, 64, 118, 138 ; *contra*, voy. *ibid.*, p. 159.

chose jugée, limitée aux parties au litige. Le maintien des effets a par contre une portée générale, et l'autorité de chose jugée qui s'y attache s'impose *erga omnes*, à l'instar de l'arrêt d'annulation qu'il tempère.

Il est ainsi possible qu'une question préjudicielle se soit posée par le passé ou se pose dans le futur en ce qui concerne une disposition annulée par la Cour, mais dont les effets ont été maintenus.

23. Dans le cas d'une question préjudicielle antérieure au recours en annulation dirigé contre la même norme, l'existence même de l'arrêt préjudiciel antérieur à l'arrêt d'annulation a pour conséquence que la Cour doit, si elle décide du maintien des effets, exclure des effets « maintenus » la situation qui a donné lieu à la question préjudicielle sur la même norme⁶⁷, sous peine de porter elle-même atteinte à *l'autorité de son arrêt préjudiciel antérieur*.

C'est cette autorité de chose jugée qui impose ainsi une dérogation au caractère général du maintien des effets.

24. Des questions préjudicielles postérieures à un arrêt d'annulation avec maintien des effets peuvent également se poser dès lors que la pratique de Cour d'arbitrage permet à une norme annulée de sortir des effets *pour l'avenir*.

Le maintien des effets *futurs* d'une norme annulée est dans ces hypothèses en contradiction flagrante avec la portée de l'annulation. En effet, d'une part, la norme étant annulée, sa constitutionnalité ne peut, en principe, être remise en cause par le biais de questions préjudicielles, puisqu'elle a disparu de l'ordre juridique. D'autre part, le maintien des effets, tel que la Cour le conçoit, permet à une norme pourtant inconstitutionnelle de régir des situations postérieurement à l'arrêt d'annulation : ainsi, en raison du maintien des effets d'une disposition pourtant annulée, le juge *a*

⁶⁶ Cette autorité relative de chose jugée des arrêts rendus sur question préjudicielle est également « renforcée », en ce sens que les juridictions, dans le cadre d'autres litiges, peuvent être dispensées de leur obligation d'interroger la Cour lorsque celle-ci a déjà statué sur la question soulevée, ce qui suppose implicitement qu'elles se conforment aux arrêts antérieurs. Sur les effets des arrêts rendus sur question préjudicielle, voy. notamment G. ROSOUX et F. TULKENS, « Considérations théoriques et pratiques sur la portée des arrêts de la Cour d'arbitrage », in *La Cour d'arbitrage, un juge comme les autres ?*, Actes du colloque organisé le 28 mai 2004 par la Faculté de droit de l'Université de Liège (Service de droit constitutionnel) et la Conférence libre du Jeune Barreau de Liège, Ed. Jeune Barreau de Liège, 2004, pp. 95-160, ici pp. 115 et s., ainsi que les références citées en note.

⁶⁷ Voy. C.A., n°56/92 du 9 juillet 1992, dans lequel la Cour décide du maintien des effets des dispositions annulées « sauf ceux qui concernent la cause qui a donné lieu à l'arrêt n°5/91 du 26 mars 1991 rendu sur question préjudicielle » (B.12).

quo est appelé « à en faire application dans la solution du litige pendant devant lui »⁶⁸.

Certains ont donc tenté d'échapper à l'application de cette norme inconstitutionnelle par le biais d'une question préjudicielle constatant une inconstitutionnalité.

Dans ces cas d'une question préjudicielle portant sur une norme dont les effets ont été maintenus et invoquant *les mêmes points de droit*⁶⁹ que ceux tranchés dans l'arrêt d'annulation, la Cour a décidé que la question « *n'appelle pas de réponse* »⁷⁰. De la sorte, la Cour ne considère *pas* que cette question préjudicielle est « *sans objet* »⁷¹, comme elle le considère en cas d'annulation pure et simple de la disposition faisant l'objet de la question préjudicielle, ce qui confirme que, dans sa conception, un arrêt d'annulation avec maintien des effets n'est *plus* un arrêt d'annulation en tant que tel, *puisque la disposition subsiste en tant qu'objet d'une question préjudicielle*.

Le caractère général du maintien des effets empêche donc que la constitutionnalité de cette norme puisse être remise en cause pour des situations particulières, par le biais de questions préjudicielles : l'effet *erga omnes* du maintien des effets paralyse ainsi l'effet utile d'une question préjudicielle portant sur la norme aux effets maintenus.

III.- Conclusions : du nécessaire écart entre la pratique et la théorie

25. La confrontation de la théorie et de la pratique démontre donc *une évolution*, un glissement, dans la conception du « maintien des effets », qui constitue désormais pour la Cour un moyen indirect d'édicter des mesures provisoires, en aménageant une situation d'attente.

⁶⁸ C.A., n°91/2005 du 11 mai 2005, B.2.3 et n°172/2005 du 23 novembre 2005, B.2.2, et *mutatis mutandis*, C.A. n°77/2005 du 27 avril 2005, B.2 et n°42/2006 du 15 mars 2006, B.2.2.

⁶⁹ Si les points de droit invoqués diffèrent de ceux tranchés dans l'arrêt d'annulation, la Cour se doit alors de répondre à la question préjudicielle, voy. les arrêts cités à la note précédente.

⁷⁰ Voy. C.A., n°169/2004 du 28 octobre 2004 ; n°2/2005 du 12 janvier 2005 ; n°79/2005 du 27 avril 2005 ; n°81/2005 du 27 avril 2005.

⁷¹ Toutefois, s'il s'agit d'un recours en annulation (et non d'une question préjudicielle) dirigé contre une disposition annulée par la Cour, mais dont les effets avaient été maintenus, la Cour considère que les moyens sont dès lors « sans objet » (C.A., n°189/2005 du 14 décembre 2005, B.17.3).

Ce glissement a été essentiellement dicté par le « conséquentialisme » de la Cour qui, attentive aux conséquences pratiques de ses décisions pour la vie des citoyens, n'ignore pas « que le raisonnable est souvent préférable au rationnel »⁷².

Il apparaît en effet illusoire de vouloir élaborer *a priori* une théorie générale des effets des décisions d'une juridiction constitutionnelle en faisant abstraction des réalités concrètes qui sous-tendent ces décisions et qui conduisent, parfois, à s'écarter de l'application stricte d'une règle.

Le maintien *des effets* des dispositions annulées s'est ainsi transformé en un maintien *des dispositions annulées*, permettant à la Cour d'arbitrage d'ajuster dans le temps la validité constitutionnelle des normes législatives, dans un objectif de cohérence de l'ordre juridique.

S'il apparaît certes dicté par des impératifs de nécessité, ce décalage par rapport à la conception initiale n'en demeure pas moins un fait, que l'on peut critiquer ou approuver, mais que nous souhaitons ici, simplement, constater.

Nécessité fait loi, et, aussi, jurisprudence.

⁷² P. MARTENS, « Le métier de juge constitutionnel », in F. DELPEREE et P. FOUCHER (dirs.), *La saisine du juge constitutionnel : aspects de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 25-42, ici p. 39.