

Qui a peur des lacunes législatives ?

Le juge tiraillé entre le respect des prérogatives du législateur et la défense de l'égalité des citoyens

Christian BEHRENDT

Professeur ordinaire à la Faculté de droit de l'Université de Liège
Assesseur au Conseil d'Etat

et

Martin VRANCKEN

Assistant à la Faculté de droit de l'Université de Liège

Introduction

1. - Le contentieux de l'égalité devant la Cour constitutionnelle a plusieurs visages. Ainsi, les articles 10 et 11 de la Constitution peuvent être méconnus lorsque le législateur soumet plusieurs situations objectivement comparables à des régimes différents¹, ou lorsqu'il réserve un traitement identique à plusieurs situations objectivement différentes². Plus particulièrement, au sein de la première constellation, la Cour peut conclure à une violation des principes d'égalité et de non-discrimination lorsqu'une norme accorde un avantage à une catégorie de personnes mais ne l'octroie pas à une autre catégorie, pourtant placée dans une situation objectivement analogue.

2. - Cette dernière hypothèse (qui, au fond, s'analyse comme celle d'une norme dont le champ d'application est insuffisamment large) se présente pour la première fois devant la Cour au milieu des années 1990. Dans l'affaire en question, une personne avait introduit sa candidature pour être recrutée en tant qu'agent administratif du Conseil (aujourd'hui : Parlement) de la Région de Bruxelles-Capitale. Or, ayant échoué son examen linguistique, l'accès à une réserve de recrutement lui est refusé. N'étant pas, pour des raisons qui ne nous intéressent pas ici, en accord avec cette décision de refus, elle souhaite contester celle-ci dans le cadre d'un recours juridictionnel. C'est ainsi qu'elle saisit le Conseil d'Etat d'une requête en annulation basée sur l'article 14, alinéa 1^{er}, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat. A l'époque, cette disposition était libellée en ces termes :

« La section d'administration [aujourd'hui : du contentieux administratif] statue par voie d'arrêts sur les recours en annulation (...) formés contre les actes et règlements des diverses autorités administratives ».

La Haute juridiction constate que des recours en annulation peuvent être intentés sur base de l'article 14, alinéa 1^{er}, contre des actes et règlements des autorités administratives. Or, les différents Parlements du pays n'étant pas des « autorités administratives » au sens de cette disposition, les actes administratifs qu'ils édictent échappent à la compétence d'annulation du Conseil d'Etat : celui-ci doit donc, en principe, décliner sa compétence. Il décide pourtant de poser une question préjudicielle à la Cour constitutionnelle, et lui demande si l'article 14, alinéa 1^{er}, ne viole pas les articles 10 et 11 de la Constitution en ce que cette

¹ Le premier arrêt de ce type est C.A. n° 21/89 du 13 juillet 1989, *Biorim*.

² La décision fondatrice de cette constellation est C.A. n° 4/92 du 23 janvier 1992, *Banque-carrefour*.

disposition omet de prévoir un recours juridictionnel à l'égard des actes administratifs émanant des différents Parlements du pays. La Cour constitutionnelle répond avec clarté :

« Le défaut de tout recours en annulation des actes administratifs émanant d'une *assemblée législative* ou de ses organes, alors qu'un tel recours en annulation peut être introduit contre des actes administratifs émanant d'une *autorité administrative*, viole le principe constitutionnel d'égalité et de non-discrimination inscrit aux articles 10 et 11 de la Constitution »³.

Cet arrêt inaugure un concept que la doctrine, influencée par les termes employés par la Cour elle-même⁴, qualifie de 'lacune législative'.

3. - Jean-Claude SCHOLSEM définit une telle lacune comme :

« Une norme qui viole l'égalité en ce qu'elle n'est pas assez étendue (...). Une telle règle réserve à certaines catégories de personnes des droits, un statut ou des avantages qu'elle n'étend pas à des catégories pourtant comparables, sans qu'une justification objective et raisonnable puisse être apportée à cette différence – bien réelle – de traitement »⁵.

Si la découverte de lacunes parmi les normes de rang *législatif* par la Cour constitutionnelle n'est pas rare, l'on peut également en déceler en matière *règlementaire*, par exemple lorsqu'un arrêté royal a un champ d'application trop étroit en ce qu'il n'inclut pas une certaine catégorie de personnes, en violation des articles 10 et 11 de la Constitution.

4. - Or, la question se pose évidemment si, en présence d'une telle lacune – peu importe qu'elle soit de nature législative ou règlementaire –, le juge du fond dispose du pouvoir de combler celle-ci, c'est-à-dire s'il peut étendre le champ d'application de la disposition critiquée à la catégorie de personnes discriminées. Cette problématique est d'autant plus intéressante lorsque le juge *a quo* est confronté à un arrêt préjudiciel de la Cour constitutionnelle qui constate qu'une norme législative ne s'étend pas à une certaine catégorie de personnes et qu'elle est, pour cette raison, inconstitutionnelle.

Lorsque la lacune se déclare au sein d'un texte de valeur règlementaire, il est, nous le verrons, catégoriquement défendu au juge de combler une lacune⁶. Concernant les normes législatives en revanche, il est certaines hypothèses où le juge a le *devoir* de combler une lacune constatée par la Cour constitutionnelle, moyennant le respect de certaines conditions. Il importe en effet d'assurer à cette occasion le respect des prérogatives du Pouvoir législatif par la Cour constitutionnelle et le juge *a quo*.

* *

5. - Avant d'entrer dans le vif du sujet, il est encore utile de brièvement nous arrêter sur une observation d'ordre théorique. En effet, si l'on se place sur la plan de la philosophie du droit, il paraît douteux – du moins lorsque l'on se fonde sur une théorie positiviste du phénomène juridique – que la notion même de 'lacune juridique' puisse se concevoir⁷. En effet, tout ordre juridique a, en raison de son existence même, vocation à régir toute situation de droit qui s'y présente⁸. La doctrine juridique allemande appelle ce principe '*Logische Geschlossenheit des Rechtsordnung*', que l'on peut traduire approximativement en français par 'exhaustivité logique de l'ordre juridique'. C'est d'ailleurs sur base de cet axiome que le Code judiciaire, en ses articles 5 et 6, défend au juge, d'une part, de

³ C.A. n° 31/96 du 15 mai 1996 (c'est nous qui soulignons).

⁴ C.A. n° 31/96, *précité*, considérant B.6 ; C. Const. n° 161/2011 du 20 octobre 2011, considérant B.11.

⁵ J.-Cl. SCHOLSEM, « La Cour d'arbitrage et les lacunes législatives », in *Les rapports entre la Cour d'arbitrage, le Pouvoir judiciaire et le Conseil d'Etat*, Bruxelles, La Chartre, 2006, 216.

⁶ Voy. *infra*, n° 29.

⁷ Voy. également en ce sens P. MAYER, *Droit international privé*, 5^{ème} éd., Paris, Montchrestien, 1994, p. 65, et R. WALTER, « Überlegungen zum Problem der Rechtslücke », in *Strukturprobleme des öffentlichen Rechts, Gedenkschrift für Kurt Ringhofer*, Vienne, Manz, 1995, 197-220 ; voy. également les quelques développements dans notre thèse : Ch. BEHRENDT, *Le juge constitutionnel, un législateur-cadre positif – Une analyse comparative en droit français, belge et allemand*, Bruxelles et Paris, Bruylant et LGDJ, 2006, pp. 415-417.

⁸ C. HUBERLANT, « Les mécanismes institués pour combler les lacunes de la loi », in C. PERELMAN, *Le problème des lacunes en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1968, p. 32. *Contra* : K.-J. VANDORMAEL, « Het recht als logisch consistent systeem – lacunes in de wetgeving », *Chroniques de droit public – Publiekrechtelijke Chronieken*, 2011, pp. 35-36.

« refuse[r] de juger sous quelque prétexte que ce soit, même du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi » (le mot le plus important étant évidemment 'prétexte')

et, d'autre part, de

« prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises ».

L'on aperçoit aisément que ces deux dispositions supposent nécessairement que le juge soit en mesure de rendre justice, c'est-à-dire de se fonder sur une règle juridique préexistante, à l'occasion de tout différend qui lui serait soumis. Dans le cas contraire, et à prendre la notion de 'lacune juridique' conceptuellement au sérieux, il ne lui resterait – en raison même de cette lacune – que la possibilité de renvoyer le litige non tranché aux parties. Or, le déni de justice est une faute disciplinaire sanctionnée par l'article 404, alinéa 1^{er}, du Code judiciaire.

Toutefois, il semble bien que ces considérations d'ordre théorique soient communément admises et que la notion de 'lacune juridique' doive s'entendre dans un sens plus pragmatique, pour viser en réalité non l'absence totale de règle juridique qui permettrait au juge de trancher les litiges qui lui sont déférés, mais l'hypothèse où l'on critique une norme en raison de la définition trop étroite de son champ d'application, au regard des articles 10 et 11 de la Constitution.

6. - Aussi, la présente contribution se borne à traiter la problématique des lacunes législatives dans le contentieux *préjudiciel*, contentieux où le juge *a quo*, qui a posé la question à la Cour constitutionnelle, est directement concerné par l'arrêt de réponse que cette dernière va lui faire parvenir. L'article 28 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle (ci-après L.S.C.C.) impose en effet au juge de renvoi « de se conformer à la solution de la Cour » « pour la solution du litige » qui est pendant devant lui. L'étude des lacunes législatives dans le contentieux de l'*annulation* présente en comparaison un intérêt moins grand, car un arrêt d'annulation est toujours doté d'un effet *erga omnes*, ce qui veut dire qu'il s'impose indistinctement à tous, et non au juge judiciaire spécialement⁹.

7. - Au niveau du *plan* de notre exposé, nous procéderons tout d'abord à une classification des lacunes législatives. Nous exposerons corrélativement les conséquences qui en sont issues, en termes d'obligation pour le juge *a quo*, en présence d'un arrêt de la Cour constitutionnelle qui conclut à l'existence d'une lacune, de combler ou non celle-ci (I). Il conviendra ensuite de se pencher sur le devoir du juge de poser une question relative à l'existence d'une éventuelle lacune législative à la Cour constitutionnelle, lorsqu'un plaideur l'en requiert (II). Enfin, nous émettrons quelques considérations relatives au respect des prérogatives des Pouvoirs législatif et exécutif, par la Cour constitutionnelle et, dans son sillage, par le Pouvoir judiciaire, en présence d'une lacune (III).

I. Une classification des lacunes législatives et de leurs conséquences juridiques pour le juge *a quo*

8. - Selon Patricia POPELIER, les lacunes législatives que la Cour constitutionnelle constate, résultent soit du fait que le législateur a réglé – souverainement – une matière déterminée, mais que celui-ci a négligé, de manière discriminatoire, d'élaborer un régime analogue pour une catégorie comparable de

⁹ Sur la compétence de la Cour dans le contentieux de l'annulation, voy. C.A. n° 2/91 du 7 février 1991, considérant B.2 ; n° 10/92 du 13 février 1992, considérant B.3 ; n° 87/2000 du 5 juillet 2000, considérant B.5. Sur les effets d'un arrêt constatant une lacune législative dans ce contentieux, voy. J.-Cl. SCHOLSEM, *op. cit.*, p. 232 ; M. MELCHIOR et C. COURTOY, *op. cit.*, p. 599. Voy. aussi C.A. n° 102/2003 du 22 juillet 2003, points 4 à 6, 8 à 9 et 11 du dispositif.

personnes (*ongrondwettig stilzitten van de wetgever*), soit du fait qu'il a limité de manière discriminatoire le champ d'application de la loi (*relatief verzuim*)¹⁰.

En d'autres termes, une lacune législative est, d'après la typologie consacrée par l'ancien président de la Cour constitutionnelle Michel MELCHIOR et son référendaire Claude COURTOY¹¹ :

- soit *intrinsèque*, ce qui signifie que l'inconstitutionnalité est localisée précisément dans la norme qui est soumise à la censure de la Cour. Le cas échéant, le juge peut alors procéder à l'extension du champ d'application de la norme incriminée à la catégorie de personnes négligée par le législateur, à condition que le constat de la Cour soit suffisamment clair et précis (A) ;
- soit *extrinsèque*, ce qui signifie qu'elle affecte, non la norme contrôlée, mais l'ordre juridique envisagé globalement. Le juge *a quo* doit alors faire application de la norme telle quelle, jugée conforme à la Constitution (B).

A. La lacune intrinsèque

9. - Il arrive fréquemment que la Cour constitutionnelle conclue que la lacune est « contenue dans la norme contrôlée elle-même, en ce que cette norme – et cette norme-là, et donc non une quelconque autre norme législative – ne s'applique pas à des sujets de droit comparables aux destinataires de la norme, en ce qui concerne l'objet et le contenu de la norme »¹².

Dans cette constellation, la Cour estime que la disposition qui est soumise à son contrôle viole elle-même les principes d'égalité et de non-discrimination, dans la mesure où elle accorde un avantage à une catégorie de personnes dans une certaine situation, mais ne l'étend à une seconde catégorie de personnes, pourtant placée dans une situation comparable à la première, sans que cette différence de traitement ne fasse l'objet d'une justification objective et raisonnable.

Dans ce cas, la lacune est appelée *intrinsèque* ; le grief est formulé à l'encontre du champ d'application de la norme même : les articles 10 et 11 de la Constitution commandent que deux catégories de personnes en question soient traitées d'une manière égale. La norme pèche donc par son incomplétude, par un champ d'application insuffisamment étendu.

10. - Il en va ainsi, en matière d'assistance judiciaire, dans un arrêt que la Cour rend en octobre 2005.

Dans le cadre d'un litige d'ordre médical, un assuré social doté de faibles revenus se voit refuser le bénéfice de l'assistance judiciaire, au motif que celle-ci ne couvre pas les honoraires du médecin-conseil dont il requiert l'expertise. Le justiciable en question estime faire l'objet d'une discrimination en comparaison avec un assuré social dont les moyens financiers seraient plus importants.

Le tribunal du travail de Bruxelles – juge *a quo* – pose alors à la Cour la question de la compatibilité de ces dispositions relatives à l'assistance judiciaire¹³ avec les articles 10 et 11 de la Constitution.

La Cour constitutionnelle lui répond :

« Les articles 664, 665 et 692 du Code judiciaire violent les articles 10 et 11 (...) en ce que, dans le cadre d'une expertise judiciaire décidée en vue de trancher un litige d'ordre médical portant sur des prestations de sécurité sociale, ils ne permettent pas à un assuré social qui ne dispose pas de moyens financiers suffisants d'obtenir l'assistance judiciaire pour la désignation d'un médecin-conseil et la prise en charge de ses frais et honoraires »¹⁴.

¹⁰ P. POPELIER, « De rechtspraak van het Arbitragehof over lacunes in de wetgeving », *T.B.P.*, 2005, p. 293. Sur la classification des lacunes par la doctrine, voy. également J.-Cl. SCHOLSEM, *op. cit.*, p. 218 ; C. HOREVOETS et P. BOUCQUEY, *Les questions préjudicielles à la Cour d'arbitrage : aspects théoriques et pratiques*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 262 et s.

¹¹ M. MELCHIOR et C. COURTOY, « L'omission législative ou la lacune dans la jurisprudence constitutionnelle », *J.T.*, 2008, pp. 669-678.

¹² M. MELCHIOR et C. COURTOY, *op. cit.*, p. 670.

¹³ Articles 664, 665 et 692 du Code judiciaire.

¹⁴ C. Const. n° 160/2005 du 26 octobre 2005.

Autrement dit, la Cour estime que le législateur a délimité de manière insuffisamment large le champ d'application des articles 664, 665 et 692 du Code judiciaire, relativement à l'étendue des frais que l'assistance judiciaire prend en charge.

11. - Si la Cour déclare, sur renvoi préjudiciel, que la violation des articles 10 et 11 de la Constitution résulte de la norme contrôlée elle-même, et que ce constat est suffisamment clair et précis, l'on admet que l'article 28 de la L.S.C.C. impose au juge de combler lui-même la lacune, c'est-à-dire qu'il lui commande d'étendre le bénéfice de la disposition envisagée à la catégorie négligée par le législateur¹⁵. Cette conclusion vaut *a fortiori* lorsque la Cour ordonne elle-même au juge *a quo*, comme dans cette affaire, « de mettre fin à l'inconstitutionnalité constatée ».

C'est pour cette raison que la lacune intrinsèque est dite *auto-réparatrice*¹⁶.

La jurisprudence en la matière trouve son origine dans l'arrêt n° 111/2008 de la Cour constitutionnelle du 31 juillet 2008¹⁷. La Cour y adopte un raisonnement similaire à celui que la Cour européenne des droits de l'homme avait tenu à propos de l'effet direct de ses décisions, dans l'arrêt *Vermeire c. Belgique* du 29 novembre 1991¹⁸. Dans cet arrêt de 2008, la Cour constitutionnelle affirme ainsi :

« si la lacune est située dans le texte soumis à la Cour, [il appartient au juge *a quo*] de mettre fin à l'inconstitutionnalité constatée par celle-ci, lorsque ce constat est exprimé en des termes suffisamment précis et complets pour permettre que la disposition en cause soit appliquée dans le respect des articles 10 et 11 de la Constitution »¹⁹.

On peut signaler à cet égard que le constat de l'existence d'une lacune intrinsèque par la Cour constitutionnelle est, dans l'immense majorité des arrêts, suffisamment clair et précis pour permettre au juge *a quo* de procéder lui-même au comblement de la lacune²⁰. La Cour expose généralement dans ses motifs comment celui-ci doit faire disparaître l'inconstitutionnalité, dans l'attente d'une nouvelle intervention du législateur.

12. - Ainsi, dans l'arrêt n° 160/2005, que nous avons brièvement présenté ci-dessus (n° 10), le juge *a quo* est invité à étendre le champ d'application des dispositions relatives à l'assistance judiciaire aux honoraires du médecin-conseil. Le tribunal du travail de Bruxelles accède par conséquent à la demande du requérant, en désignant un médecin-conseil et en précisant que les honoraires de ce dernier seront pris en charge par l'assistance judiciaire²¹.

13. - Pour fournir une autre illustration, la Cour rend également, dans le courant de l'année 2012, un arrêt où elle conclut à l'existence d'une lacune intrinsèque en matière d'adoption.

Dans l'affaire en question, une dame souhaite adopter l'enfant de son ex-conjointe. Cette dernière s'oppose fermement à ce projet. Or, le juge auquel la requérante demande de prononcer l'adoption nonobstant le refus de son ex-conjointe, ne peut faire droit à sa requête. En effet, le Code civil ne lui permet de passer outre le refus de la mère que dans l'hypothèse où celle-ci s'est désintéressée de l'enfant ou qu'elle lui a nui²², ce qui n'est pas le cas en l'espèce.

En revanche, dans l'hypothèse où un lien familial et affectif fort existe entre l'enfant et le candidat à l'adoption, le Code civil ne permet pas au juge d'en faire autant.

¹⁵ C. Const. n° 111/2008 du 31 juillet 2008, *Rev. dr. pén.*, 2009, p. 65. Sur la question relative au rétablissement de l'égalité vers le haut ou vers le bas, voy. X., « La pertinence de la question préjudicielle et l'usage de la réponse par le juge *a quo* », in *Les rapports entre la Cour d'arbitrage, le Pouvoir judiciaire et le Conseil d'Etat*, Bruges, La Charte, 2006, pp. 268-269 ; C.A. n° 140/2001 du 6 novembre 2001, commenté par J.-Cl. SCHOLSEM (*op. cit.*, 226) ; Cass., 12 décembre 2008, R.G. n° C.07.0642.N.

¹⁶ M. MELCHIOR et C. COURTOY, *op. cit.*, p. 676.

¹⁷ C. Const. n° 111/2008, précité.

¹⁸ Cour eur.D.H., arrêt du 29 novembre 1991, *Vermeire c. Belgique*, n° 12849/87, *Rev. trim. dr. fam.*, 1993, p. 373, not. par. 25-26.

¹⁹ C. Const. n° 111/2008, précité, considérant B.10. Le critère retenu par la Cour constitutionnelle n'a pas le même but que celui de la Cour eur.D.H. En effet, dans la seconde occurrence, l'on cherche à savoir si la norme supérieure est suffisamment précise pour être appliquée par le juge, c'est-à-dire si elle a effet direct (voy. dans ce sens J. KIRKPATRICK, « Les suites à donner à un arrêt préjudiciel de la Cour constitutionnelle qui déclare une lacune législative contraire au principe d'égalité », *J.T.*, 2009, p. 261). Dans la première occurrence en revanche, l'on utilise *notamment* ce critère pour savoir si l'intervention positive du juge *a quo* – qui comble la lacune – contrarie les prérogatives du législateur ou non.

²⁰ Pour un exemple contraire, dans le contentieux de l'annulation, voy. notamment C.A. n° 102/2003 du 22 juillet 2003, point 9 du dispositif (M. MELCHIOR et C. COURTOY, *op. cit.*, p. 676).

²¹ Trib. trav. Bruxelles (19^{ème} chambre), 8 février 2006, *J.L.M.B.*, 2006, p. 631, avec note B. RENAULD.

²² Articles 348-3 et 348-11 du Code civil.

Le tribunal de la jeunesse demande alors à la Cour si les principes d'égalité et de non-discrimination ne sont pas violés par le fait que les dispositions du Code civil en question ne prennent pas en considération le cas de figure dont le juge *a quo* est saisi.

Dans l'arrêt n° 93/2012, la Cour répond :

« Les articles 348-3 et 348-11 du Code civil violent les articles 10, 11, 22 et 22*bis* de la Constitution (...) *en ce qu'ils ne permettent* au juge chargé de prononcer une adoption (...), *d'écarter* le refus de la mère à consentir à cette adoption *que* dans l'hypothèse où elle s'est désintéressée de l'enfant ou en a compromis la santé, la sécurité ou la moralité »²³.

L'on peut aussi relever que la Cour ajoute généralement dans ce genre d'affaires un considérant aux termes duquel elle invite le juge *a quo* à remédier à l'inconstitutionnalité décelée et à combler la lacune à cette fin. Tel est aussi le cas dans l'arrêt en question, puisque la Cour énonce :

« Dès lors que la lacune définie en B.14 est située dans les textes soumis à la Cour, il appartient au juge *a quo* de mettre fin à l'inconstitutionnalité constatée par celle-ci, ce constat étant exprimé en des termes suffisamment précis et complets pour permettre que les dispositions en cause soient appliquées dans le respect des articles 10, 11, 22 et 22*bis* de la Constitution lus en combinaison avec les articles 8 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme »²⁴.

En l'espèce, il revient donc au juge de renvoi, auquel il a été demandé de prononcer une adoption, d'étendre le champ d'application de la disposition critiquée aux hypothèses que le législateur a négligé de prendre en compte. Concrètement, le tribunal de la jeunesse pourra écarter le refus de la mère et prononcer l'adoption tant dans l'hypothèse – prévue par la loi – où cette personne « s'est désintéressée de l'enfant ou en a compromis la santé, la sécurité ou la moralité »²⁵, que dans l'hypothèse – analogue, mais non prévue par la loi – où un lien familial et affectif fort existe entre l'enfant et le candidat à l'adoption.

14. - Une autre illustration de la lacune intrinsèque peut encore être rencontrée dans la matière du notariat.

Les membres de la Commission de nomination de langue française pour le notariat sont nommés pour partie par la Chambre nationale des notaires, et pour partie par la Chambre des Représentants ou le Sénat. Dans l'affaire qui nous occupe, un professeur qui avait posé sa candidature pour être nommé au sein de cette commission souhaite obtenir l'annulation de la décision du Sénat qui désigne une autre personne en qualité de membre de la commission. A cet effet, il dépose une requête en annulation auprès du Conseil d'Etat.

La Haute juridiction administrative observe cependant que le requérant ne peut se prévaloir de l'article 14, par. 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2^o, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat. En effet, cette disposition permet que des recours en annulation soient formés contre « les actes et règlements [...] des assemblées législatives ou de leurs organes [...] relatifs aux marchés publics et aux membres de leur personnel ». Or, l'acte dont le candidat malheureux demande l'annulation ne ressort d'aucune de ces deux catégories. Le Conseil d'Etat ne serait dès lors pas compétent.

Le Conseil d'Etat relève cependant qu'il serait bel et bien compétent si le refus de nomination émanait non pas de la Chambre des Représentants ou du Sénat mais de la Chambre nationale des notaires, cette décision étant en effet un acte administratif qui émane d'une autorité administrative au sens de l'article 14 des lois coordonnées.

A la demande du requérant, le Conseil d'Etat pose alors une question préjudicielle à la Cour constitutionnelle, relative à la compatibilité de l'article 14, par. 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2^o, des lois coordonnées, avec les articles 10 et 11 de la Constitution, en ce qu'une décision de désignation à une place de membre de la Commission de nomination pour le notariat peut être entreprise devant le Conseil d'Etat lorsqu'elle émane de la Chambre nationale des notaires, mais non lorsqu'elle émane de l'une ou l'autre Chambre législative.

La Cour constitutionnelle répond, dans le dispositif de l'arrêt n° 79/2010 :

« en ce qu'il ne permet pas au candidat malheureux à une nomination de membre effectif de la commission de nomination de langue française pour le notariat au titre de chargé de cours ou

²³ C. Const. n° 93/2012 du 12 juillet 2012, dispositif (c'est nous qui soulignons).

²⁴ C. Const. n° 93/2012, précité, considérant B.17.

²⁵ Article 348-11, alinéa 2, du Code civil.

de professeur de droit d'une faculté de droit d'une université belge d'introduire, auprès de la section du contentieux administratif du Conseil d'État, un recours en annulation de la désignation par le Sénat d'un tel membre de cette commission, l'article 14, par. 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2^o, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, viole les articles 10 et 11 de la Constitution »²⁶.

Le Conseil d'Etat, qui a posé la question préjudicielle, saisit alors l'occasion que lui offre la juridiction constitutionnelle pour combler lui-même la lacune législative et, dans la foulée, se déclarer compétent pour connaître du recours en annulation intenté contre la décision du Sénat. Pour arriver à ce résultat, les magistrats de la rue de la Science se fondent sur l'article 28 de la L.S.C.C :

« Considérant qu'en vertu de l'article 28 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle, le Conseil d'État est ' tenu ' de se conformer à l'arrêt n° 79/2010 précité rendu par la Cour constitutionnelle ; (...) ; il appartient au Conseil d'État ' de mettre fin à l'inconstitutionnalité constatée par la Cour ' et d'appliquer la disposition en cause ' dans le respect des articles 10 et 11 de la Constitution ' ; qu'il résulte de ce qui précède que le Conseil d'État doit se déclarer compétent pour connaître du présent recours ; que ce faisant, il ne fait nullement œuvre de législateur par voie de disposition générale ; que l'obligation de se conformer à l'arrêt de la Cour ne pèse en effet sur les juridictions qu'en tant qu'elles sont appelées ' à statuer dans la même affaire ', à savoir celle qui a suscité la question préjudicielle »²⁷.

15. - Passons à une autre illustration, afférant au contentieux du roulage. Le tribunal de police de Malines interroge la Cour constitutionnelle sur l'existence d'une possible discrimination entre les assureurs des accidents du travail dans le secteur privé et leurs homologues dans le secteur public²⁸.

Une disposition de la loi relative à la réparation des dommages résultant d'accidents du travail *dans le secteur public*²⁹, n'octroie pas à l'assureur de recours subrogatoire contre l'assureur qui couvre la responsabilité du propriétaire, du conducteur ou de l'utilisateur du véhicule automoteur, tandis que la législation équivalente pour le secteur privé, prévoit cette possibilité³⁰.

La Cour répond à la question préjudicielle dans l'arrêt n° 190/2009 :

« L'article 14*bis*, par. 3, de la loi du 3 juillet 1967 sur la prévention ou la réparation des dommages résultant des accidents du travail (...) dans le secteur public *viole* les articles 10 et 11 de la Constitution *en ce que* l'assureur des accidents du travail des personnes morales ou des établissements visés à l'article 1^{er} de cette loi, ainsi que des employeurs des catégories de personnels visées à l'article 1^{er}*bis*, n'est pas subrogé dans les droits qu'aurait pu exercer la victime ou ses ayants droit en vertu de l'article 29*bis*, par. 1^{er}, alinéa 1^{er}, de la loi du 21 novembre 1989 relative à l'assurance obligatoire de la responsabilité en matière de véhicules automoteurs, en cas de non-indemnisation conformément à l'article 14*bis*, par. 1^{er}, de cette loi, et *en ce que* cet assureur n'est pas autorisé à intenter de la même manière que la victime ou ses ayants droit une action contre l'assureur qui couvre la responsabilité du propriétaire, du conducteur ou du détenteur du véhicule automoteur ou contre le Fonds commun de garantie automobile, à concurrence des débours effectués et des capitaux y correspondant »³¹.

Le tribunal de police – juge *a quo* – décide alors d'ajouter à la norme critiquée ce qui lui manque pour la rendre conforme aux préceptes d'égalité et de non-discrimination. Il fait donc application de la législation qui est applicable aux assureurs des accidents du travail dans le secteur privé pour l'étendre à ceux qui opèrent dans le secteur public :

« Le tribunal conclut qu'il peut mettre fin à l'inconstitutionnalité en complétant la disposition légale de manière à ce qu'elle ne soit pas en violation avec les articles 10 et 11 de la Constitution. [Il] appliquera par conséquent au litige présent la réglementation telle qu'elle est prévue pour l'assureur des accidents du travail d'un employeur privé, laquelle, selon l'article 48*ter* de la loi sur les accidents du travail du 10 avril 1971, prévoit que l'assureur est subrogé

²⁶ C. Const. n° 79/2010 du 1^{er} juillet 2010. Comp. C.A. n° 31/96, *J.T.*, 1997, p. 2, avec note H. SIMONART ; C. Const. n° 161/2011 du 20 octobre 2011.

²⁷ Voy. C.E. n° 218.293 du 1^{er} mars 2012.

²⁸ Pol. Malines, 28 janvier 2009.

²⁹ Article 14*bis*, par. 3, de la loi du 3 juillet 1967 sur la prévention ou la réparation des dommages résultant des accidents du travail, des accidents survenus sur le chemin du travail et des maladies professionnelles dans le secteur public.

³⁰ Article 48*ter* de la loi du 10 avril 1971 sur les accidents du travail.

³¹ C. Const. n° 190/2009 du 26 novembre 2009, dispositif.

dans les droits que la victimes ou ses ayant-droits auraient pu exercer en vertu de l'article 29bis de la loi du 21 novembre 1989, en cas de non-indemnisation conformément à l'article 48bis, par. 1^{er}, de cette dernière loi, et que [cet assureur] peut dans ce cadre intenter une action contre l'assureur qui couvre la responsabilité du propriétaire, du conducteur ou du détenteur du véhicule automoteur ou contre le Fonds commun de garantie automobile »³² (traduction personnelle).

16. - Pour en finir avec la problématique des lacunes intrinsèques, il convient, d'autre part, encore de relever que, dans le contentieux préjudiciel, l'arrêt de la Cour constitutionnelle qui procède au constat d'une telle lacune laisse la norme contrôlée intacte, de sorte que l'administration reste tenue de l'appliquer en l'état³³. Seul le juge est en effet habilité à combler une lacune, aux termes de l'article 28 de la L.S.C.C.

B. La lacune extrinsèque

17. - Les conséquences qui découlent du constat d'une lacune sont différentes lorsque celle-ci est *extrinsèque*, autrement dit lorsqu'elle est imputable à l'ordre juridique dans son ensemble.

Lorsqu'une « lacune ne provient pas du contenu de la norme contrôlée, mais de l'absence d'une norme comparable », l'on a affaire à une lacune que l'on qualifie d'*extrinsèque*³⁴. Ce qui est donc reproché au législateur, ce n'est pas de ne pas avoir prévu un champ d'application suffisamment étendu à la norme critiquée ; ce dont il lui est fait grief, c'est de ne pas avoir adopté une disposition analogue qui couvrirait des situations comparables, disposition qui y offrirait des avantages similaires à ceux que procure la norme en question³⁵.

18. - L'on rencontre cette constellation par exemple en matière fiscale, comme dans l'arrêt n° 140/2001³⁶.

Le Code des impôts sur les revenus réserve un traitement spécifique aux cohabitants mariés, relativement à la détermination du montant de la quotité exemptée d'impôt qui leur est applicable³⁷. Ce régime implique que le montant de la quotité exemptée d'impôt qui leur est attribuée est proportionnellement moins élevé que celui applicable aux cohabitants non mariés. Ces derniers ne font en effet pas l'objet d'un traitement particulier dans la disposition critiquée, de sorte qu'ils sont considérés comme des contribuables isolés et peuvent ainsi bénéficier d'une double quotité exemptée d'impôt.

La Cour constitutionnelle conclut, dans les motifs de l'arrêt n° 140/2001, à l'existence d'une discrimination entre les cohabitants mariés et les cohabitants non mariés³⁸. Selon la Cour, la discrimination dont les premiers sont les victimes résulte cependant non de la règle qui gouverne le régime des cohabitants mariés mais de l'absence d'une disposition spécifiquement dédiée aux cohabitants non mariés³⁹. En effet, selon les juges de la Place royale,

« [c]ette discrimination n'est (...) pas due à l'article 131 du Code des impôts sur les revenus 1992. Elle provient de ce que, le législateur n'ayant prévu aucune disposition particulière à l'égard des cohabitants non mariés, ceux-ci se voient appliquer la disposition qui concerne les

³² Pol. Malines, 8 octobre 2011, *J.J.P.*, 2012, 567, *J.J.Pol.*, p. 199.

³³ J.-Cl. SCHOLSEM, *op. cit.*, 224 ; Y.-H. LELEU, « La mise en œuvre par le notaire et le juge du nouveau statut de certaines prestations d'assurance-vie entre époux communs en bien », in : *Mélanges offerts à Roland de Valkeneer*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 360 ; 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 par le Jeune Barreau de Liège le 28 mai 2004, Liège, Editions du Jeune Barreau de Liège, 2004, pp. 116-117 ; Ch. BEHRENDT, *op. cit.*, pp. 410-411.

³⁴ M. MELCHIOR et C. COURTOY, *op. cit.*, 670.

³⁵ S. BEN MESSAOUD, « Les lacunes législatives à nouveau dans la ligne de mire de la Cour constitutionnelle », obs. sous C. Const. n° 98/2011 du 31 mai 2011, *A.P.T.*, 2011, p. 296.

³⁶ C.A. n° 140/2001 du 6 novembre 2001.

³⁷ Article 131 du Code des impôts sur les revenus 1992.

³⁸ C.A. n° 140/2001, précité, considérant B.7.

³⁹ Voy. J.-Cl. SCHOLSEM, *op. cit.*, p. 226.

contribuables isolés. Il s'ensuit que la question préjudicielle, qui interroge la Cour sur l'article 131, 1^o et 2^o, du Code des impôts sur les revenus 1992, appelle une réponse négative ».

La Cour en conclut qu'

« [e]n tant que la discrimination constatée (...) ne réside pas dans l'article 131 du Code des impôts sur les revenus 1992, cette disposition ne viole pas les articles 10 et 11 de la Constitution ».

19. - Lorsque l'on a ainsi affaire à une lacune extrinsèque, la Cour constitutionnelle affirme en principe que l'inconstitutionnalité n'affecte pas directement la norme soumise à son contrôle, et que la contrariété aux articles 10 et 11 de la Constitution résulte, non pas de cette norme, mais de l'absence d'une réglementation analogue ailleurs dans l'ordre juridique. La Cour invite alors le législateur à remédier à la situation en question en prévoyant un régime qui offre des avantages similaires à la catégorie discriminée⁴⁰, tout en laissant intacte la norme contrôlée⁴¹.

Concrètement, seule la disposition existante doit être appliquée par le juge⁴², sans qu'il puisse combler la lacune. Il s'agit là de ce que Jean-Claude SCHOLSEM qualifie d'arrêt-lacune au sens strict⁴³.

Seul le législateur est en effet habilité à remédier à ce type de lacune car :

- d'une part, des choix politiques doivent être posés, choix qui ont trait à la question de savoir comment il faut concevoir le nouveau régime juridique (dont il sera exigé qu'il offre des garanties analogues ou comparables à celles contenues dans la norme contrôlée, au bénéfice de la catégorie de personnes discriminée) ;
- d'autre part, son intervention peut être spécialement requise dans les matières pénale et fiscale, en raison du principe de légalité qui est applicable en ces matières⁴⁴.

20. - Ainsi, dans un arrêt n^o 138/2012, la Cour est amenée à se prononcer sur la compatibilité d'une norme de rang législatif, en matière de faillite, avec les articles 10 et 11 de la Constitution. La disposition soumise à la Cour vise les faillis qui comparaissent devant une juridiction *civile*. Les faillis qui sont attirés devant une juridiction *pénale* font, quant à eux, l'objet d'une autre disposition.

En l'espèce, un commerçant dont le tribunal de commerce de Namur – juridiction civile – a prononcé l'interdiction professionnelle se plaint auprès de la Cour d'appel de Liège d'une différence de traitement entre les faillis qui comparaissent devant une juridiction civile⁴⁵ et les faillis attirés devant une juridiction pénale⁴⁶. Le failli qui fait l'objet d'une sanction pénale peut en effet se prévaloir des principes du droit pénal et, en particulier, des règles du sursis prévue par la loi du 29 juin 1964⁴⁷. En revanche, devant une

⁴⁰ Voy. notamment à propos des conditions de la répétibilité des honoraires d'avocat : C.A. n^o 57/2006 du 19 avril 2006 ; n^o 95/2006 du 14 juin 2006 (voy. J. VAN COMPERNOLLE, « D'un revirement jurisprudentiel au constat d'une lacune législative : quelques réflexions sur des arrêts récents de la Cour constitutionnelle », in *Mélanges en hommage à Francis Delpérée : itinéraire d'un constitutionnaliste*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 1575 ; M. MELCHIOR et C. COURTOY, *op. cit.*, p. 671).

⁴¹ C.A. n^o 31/96 du 15 mai 1996 ; n^o 36/96 du 6 juin 1996 ; n^o 116/99 du 10 novembre 1999 ; n^o 140/2001 du 6 novembre 2001 ; n^o 112/2002 du 26 juin 2002 ; n^o 89/2004 du 19 mai 2004 ; n^o 136/99 du 22 décembre 1999, n^o 185/2002 du 11 décembre 2002 ; n^o 57/2006 du 16 avril 2006 (considérant B.6) ; C. Const. n^o 16/2007 du 17 janvier 2007 ; n^o 23/2008 du 21 février 2008 (considérant B.7.3) ; n^o 198/2009 ; n^o 148/2010 du 16 décembre 2010 ; n^o 74/2011 du 18 mai 2011 ; n^o 98/2011 du 31 mai 2011 ; n^o 161/2011 du 20 octobre 2011 ; n^o 23/2012 du 16 février 2012 ; n^o 70/2012 du 31 mai 2012 ; n^o 138/2012 du 14 novembre 2012. Nous ne visons pas ici les arrêts où la Cour se limite à dire au dispositif que les dispositions soumises à son contrôle ne violent pas les articles 10 et 11 de la Constitution, reléguant dans ses motifs le constat de l'existence d'une inconstitutionnalité viciant l'ordre juridique envisagé *in globo* (voy. not. C.A. n^o 134/2003 du 8 octobre 2003, considérant B.7).

⁴² Cass., 7 mai 2010, R.G. C.09.0317.F/1. Pour un exemple contraire, où la Cour conclut à l'existence d'une *lacune extrinsèque auto-réparatrice*, voy. C. Const. n^o 1/2012 du 11 janvier 2012, *J.L.M.B.*, 2012, p. 552, avec note P. MARTENS. La Cour y affirme que la discrimination entre réfugiés et apatrides qu'elle constate ne résulte pas de la disposition soumise à sa censure (l'article 49 de la loi du 15 décembre 1980 sur les étrangers, les réfugiés, applicable par définition aux seuls réfugiés), mais d'une absence de disposition similaire. La Cour enjoint néanmoins le juge *a quo* de mettre fin à cette inconstitutionnalité (B.12.2). Elle semble estimer que la marge de manœuvre du législateur, en l'espèce, est nulle, de sorte que le comblement de la lacune par le juge *a quo* n'est pas une atteinte disproportionnée aux prérogatives du législateur.

⁴³ J.-Cl. SCHOLSEM, *op. cit.*, p. 224 et s.

⁴⁴ Voy. notamment C.A. n^o 116/99 du 19 novembre 1999 ; n^o 136/2004 du 22 juillet 2004.

⁴⁵ Article 1^{er bis} de l'arrêté royal n^o 22 du 24 octobre 1934 relatif à l'interdiction faite à certains condamnés et faillis d'exercer certaines fonctions, professions ou activités.

⁴⁶ Article 3^{bis}, par. 2, de l'arrêté royal n^o 22 du 24 octobre 1934 relatif à l'interdiction faite à certains condamnés et faillis d'exercer certaines fonctions, professions ou activités.

⁴⁷ Article 8 de la loi du 29 juin 1964 concernant la suspension, le sursis et la probation.

juridiction civile, le failli est privé du bénéfice de ces mesures, puisque la norme critiquée – ni aucune autre norme d’ailleurs – ne le dote d’avantages équivalents à ceux dont il bénéficierait s’il était condamné au pénal.

La Cour estime que cette différence de traitement n’est pas raisonnablement justifiée, et qu’elle est dès lors contraire aux articles 10 et 11 de la Constitution⁴⁸.

La Cour n’en reste cependant pas là, puisqu’elle juge que

« [c]ette différence de traitement ne trouve (...) pas son origine dans la disposition en cause, mais dans l’absence de disposition qui permettrait aux faillis ou personnes assimilées aux faillis ayant fait l’objet d’une interdiction professionnelle de nature civile, prononcée par le tribunal de commerce, de bénéficier d’une mesure de sursis. En effet, lorsque la loi du 29 juin 1964 n’est pas applicable, il appartient au législateur de déterminer les conditions auxquelles un sursis peut être ordonné et de fixer les conditions et la procédure de sa révocation »⁴⁹.

La lacune est donc extrinsèque : la Cour constitutionnelle reproche au législateur de n’avoir pas prévu de régime équivalent à la loi du 29 juin 1964 – laquelle est uniquement applicable en matière pénale – pour la catégorie de personnes discriminée – en matière civile. A l’occasion de l’élaboration de ce régime équivalent, des choix politiques devront être faits. La Cour ne s’autorise donc pas à combler elle-même la lacune, mais enjoint au législateur de remettre son ouvrage sur le métier, afin de se conformer aux principes d’égalité et de non-discrimination⁵⁰.

Or, le juge *a quo*, lorsqu’il reçoit, dans le contentieux préjudiciel, une telle réponse à une question qu’il avait posée, ne peut que constater son impuissance : il ne peut remédier à la situation discriminante dans laquelle une des parties devant lui se trouve placée. Aussi, la norme contrôlée étant validée par la Cour constitutionnelle et déclarée, en tant que telle, constitutionnelle⁵¹, elle continue d’exister et doit être appliquée par tous les juges du Royaume.

21. - La distinction entre les lacunes intrinsèques et les lacunes extrinsèques étant exposée, il nous revient de dire encore quelques mots à propos de l’obligation qui pèse sur le juge de poser à la Cour constitutionnelle une question préjudicielle qui a trait à une lacune législative.

II. L’obligation pour le juge de poser une question préjudicielle à la Cour constitutionnelle, en présence d’une lacune législative

22. - L’article 26, par. 2, de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle impose à tout juge de poser une question préjudicielle à la Cour constitutionnelle lorsque pareille question est soulevée devant lui et qu’elle a notamment trait, aux termes de l’article 26, par. 1^{er}, 3^o, de cette loi, à :

« [l]a violation *par* une loi, un décret ou une règle visée à l’article 134 de la Constitution, des articles du titre II « Des Belges et de leurs droits » (...) »⁵².

Dans le cas qui nous occupe, il n’est pas évident d’affirmer que l’on se situe à l’intérieur du champ d’application de cette disposition, dès lors que la notion même de lacune législative suppose que ce soit justement l’absence d’une telle norme qui est contraire à la Constitution.

Deux hypothèses peuvent alors se présenter.

23. – La première a trait à l’interprétation de la norme. Ainsi, lorsqu’il est reproché à une règle de droit de ne pas s’étendre à certaines situations, et cela en violation des articles 10 et 11 de la Constitution, il

⁴⁸ C. Const. n° 138/2012 du 14 novembre 2012, considérants B.3 à B.5.1.

⁴⁹ C. Const. n° 138/2012, *précité*, considérant B.5.2.

⁵⁰ Voy. notamment C.A. n° 57/2006, considérant B.6. Voy. A. ALEN, « Ongrondwettige lacunes in de wetgeving volgens de rechtspraak van het Arbitragehof », in *Liber Amicorum Roger Blanpain*, Bruges, Die Keure, 1998, p. 660.

⁵¹ C. Const. n° 138/2012, *précité*, dispositif.

⁵² C’est nous qui soulignons.

convient (en tout cas dans toute la mesure du possible) de recourir à une interprétation souple – et donc généreuse – de son champ d'application. Le problème de la compétence de la Cour à l'égard d'une absence de norme peut ainsi (du moins dans certains cas) être évacué⁵³. En effet, lorsque la norme contrôlée est suffisamment malléable, c'est-à-dire susceptible de plusieurs interprétations, la Cour constitutionnelle peut :

- d'une part, juger que la règle est, *dans une certaine interprétation*, à savoir celle proposée par le juge *a quo*, contraire à la Constitution mais ;
- d'autre part et dans le même arrêt, néanmoins sauver le texte en faisant par ailleurs état, dans le dispositif, du fait qu'une *autre* interprétation, plus ample, et qui respecte le prescrit constitutionnel, est concevable⁵⁴. La plupart des auteurs estiment alors que le juge *a quo a*, sur pied de l'article 28 de la L.S.C.C., le devoir de retenir cette seconde interprétation, dès lors que celle-ci permet d'assurer la conformité de la norme à la Constitution⁵⁵.

Les décisions de la Cour qui empruntent cette technique d'une réponse bicéphale sont appelées dans la pratique « les arrêts à double dispositif ».

À titre d'illustration, la Cour constitutionnelle est interrogée, dans le courant de l'année 2012, sur la constitutionnalité d'une disposition de la législation relative à la répression de la contrefaçon⁵⁶.

En vue d'assurer le respect de cette législation, la disposition critiquée habilite le juge de police à autoriser les forces de l'ordre à pénétrer dans certains locaux habités. Dans l'affaire qui donne lieu à l'arrêt de la Cour, un prévenu dont l'établissement a fait l'objet d'un tel contrôle, entend contester la régularité de l'autorisation du juge de police devant le tribunal correctionnel d'Anvers. La disposition en cause ne prévoit cependant pas *expressément* la possibilité d'un contrôle juridictionnel de la légalité de cette autorisation, si bien qu'une différence de traitement est instaurée entre, d'une part, une catégorie de personnes auxquelles un droit fondamental – le droit au procès équitable⁵⁷ – est textuellement reconnu et, d'autre part, une catégorie de personnes auxquelles ce même droit ne l'est pas.

Le tribunal correctionnel pose dès lors à la Cour la question de savoir si cette carence dans la législation est compatible avec les principes d'égalité et de non-discrimination.

Dans un arrêt que la Cour rend en été 2012, elle tient la disposition pour conforme aux articles 10 et 11 de la Constitution, en tout cas si elle est interprétée en ce sens qu'elle n'exclut pas un tel contrôle juridictionnel :

« L'article 4, 1^o, de la loi du 6 juillet 1976 sur la répression du travail frauduleux à caractère commercial ou artisanal [...], [interprété] en ce sens qu'[il exclut] tout contrôle juridictionnel de la légalité de l'autorisation accordée par le juge de police de pénétrer dans des bâtiments ou locaux habités, [viole] les articles 10 et 11 de la Constitution, combinés avec l'article 6.1 de la Convention européenne des droits de l'homme.

[La même disposition, interprétée] en ce sens qu'[elle n'exclut] pas tout contrôle juridictionnel de la légalité de l'autorisation accordée par le juge de police de pénétrer dans des bâtiments ou locaux habités, 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 »⁵⁸.

En l'espèce, la norme soumise à la censure de la Cour n'interdit pas formellement la possibilité d'un contrôle juridictionnel de la décision du juge de police⁵⁹ ; elle est donc susceptible d'être interprétée d'une

⁵³ J.-Cl. SCHOLSEM, *op. cit.*, pp. 218-219.

⁵⁴ Voy. notamment C. Const. n° 105/2012 du 9 août 2012 ; C.A. n° 68/2005 du 13 avril 2005, *J.L.M.B.*, 2006, p. 1496, avec note A. KETTELS, où la Cour se borne à dire qu'« [e]n ce qu'il imposerait le dessaisissement des juridictions belges bien qu'un plaignant soit un réfugié reconnu en Belgique au moment de l'engagement initial de l'action publique, l'article 29, par. 3, alinéa 2, de la loi du 5 août 2003 relative aux violations graves du droit international humanitaire viole les articles 10, 11 et 191 de la Constitution ». L'interprétation qui sauverait le texte est ici implicite.

⁵⁵ Voy. notamment P. POPELIER, *Procederen voor het Grondwettelijke Hof*, Anvers, Intersentia, 2008, pp. 267-268 ; J.-Cl. SCHOLSEM, *op. cit.*, p. 219. *Contra* : J. VAN COMPERNOLLE et B. LOMBAERT, « Les techniques d'arrêt de la Cour d'arbitrage », *Rev. b. dr. const.*, 1996, p. 352.

⁵⁶ Article 4, 1^o, de la loi du 6 juillet 1976 sur la répression du travail frauduleux à caractère commercial ou artisanal.

⁵⁷ Article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme.

⁵⁸ C. Const. n° 105/2012 du 9 août 2012, point 1 du dispositif.

⁵⁹ C. Const. n° 105/2012, *précité*, considérant B.6.6.

manière conforme à la Constitution. Le tribunal correctionnel d'Anvers – juge *a quo* – est par conséquent autorisé à exercer un contrôle de la légalité de la décision du juge de police.

24. – Dans le *second* cas de figure, le problème de la détermination de la compétence de la Cour en l'absence d'une norme reste cependant entier. Il en va ainsi lorsque la norme critiquée n'est pas susceptible d'une autre interprétation compatible avec le prescrit constitutionnel. À titre d'exemple, dans le cadre de l'arrêt n° 31/96, discuté ci-dessus⁶⁰, l'article 14, alinéa 1^{er}, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat (dans sa rédaction de l'époque), alinéa qui offrait à tous les intéressés la possibilité d'introduire un recours en annulation contre « les actes et règlements des diverses autorités administratives », excluait sans doute possible les actes administratifs édictés par les assemblées législatives⁶¹.

Dans pareille hypothèse, l'on peut estimer avec Jean-Claude SCHOLSEM que la critique des contours de la loi – et plus particulièrement de son champ d'application – participe de la critique de la loi elle-même. La question préjudicielle posée à la Cour à propos de la constitutionnalité d'une norme de rang législatif, *en ce qu'elle ne s'applique pas* à une situation donnée, est donc recevable⁶². Lorsqu'une des parties au litige soulève devant le juge ordinaire une question qui a trait à une lacune législative, l'article 26, par. 2, alinéa 1^{er}, de la L.S.C.C. lui impose donc de poser une question préjudicielle sur ce point à la Cour constitutionnelle⁶³. En toute hypothèse, il revient au juge *a quo* de déterminer la norme qui est appelée à faire l'objet d'un contrôle de constitutionnalité, sous peine d'irrecevabilité⁶⁴.

25. – Nous pouvons observer que le fait que la lacune soit intrinsèque ou extrinsèque n'a, du moins au moment où la question préjudicielle est posée par le juge *a quo*, aucune importance. Dans un cas comme dans l'autre, le juge est en effet tenu de poser une question préjudicielle à la Cour.

Du reste, force est de constater que les questions qui sont soulevées devant le juge du fond et qui ont trait à l'éventuelle existence d'une lacune législative, sont généralement libellées par les plaideurs en termes de lacune intrinsèque. L'on comprend, sur base des développements qui précèdent, que les requérants, devant les juridictions du fond, sont davantage enclins à faire état d'une lacune intrinsèque, plutôt que d'une lacune extrinsèque. En effet, si les formulations privilégiées par les plaideurs ne préjugent en rien du caractère intrinsèque ou extrinsèque de la lacune, elles s'expliquent néanmoins par les raisons suivantes :

- d'une part, les conséquences inhérentes au constat d'une lacune intrinsèque sont parées d'une efficacité accrue, puisque le juge *a quo* est autorisé dans ce cas à combler lui-même l'omission législative⁶⁵ ;
- d'autre part, pour être recevable, une question préjudicielle doit nécessairement indiquer une norme législative déterminée, norme qui fera l'objet du contrôle de constitutionnalité⁶⁶.

26. – Quant à la Cour de cassation, elle a longtemps vu dans la lacune un refus du législateur de légiférer, refus qui ne pouvait pas donner lieu à une question préjudicielle⁶⁷. Les juges du fond étaient cependant nombreux à ne pas suivre cette ligne de conduite, et adressaient bel et bien des questions préjudicielles relatives à une lacune à la Cour constitutionnelle.

Depuis un arrêt du 31 janvier 2000⁶⁸, confirmé notamment par un arrêt du 11 décembre 2008, la Cour de cassation a cependant infléchi sa position en la matière, et admis qu'en matière de lacune législative, elle était tenue, en règle, de poser une question préjudicielle à la Cour constitutionnelle. La Haute juridiction judiciaire a cependant posé une exception à cette obligation pour le cas où la lacune ne pourrait pas être comblée par le juge lui-même (ce qui est le cas lorsqu'on se trouve en présence d'une lacune extrinsèque). La Cour de cassation s'est exprimée dans les termes suivants :

⁶⁰ Voy. *supra*, n° 2.

⁶¹ C.A. n° 31/96 du 15 mai 1996, motifs B.2.1 et B.2.2.

⁶² J.-Cl. SCHOLSEM, *op. cit.*, p. 217, et C.A., n° 65/2002 du 28 mars 2002 ; C.A. n° 36/2005 du 16 février 2005, considérant B.2.3.

⁶³ Il convient cependant de réserver les exceptions à cette obligation, que pose l'article 26, par. 2, alinéa 2, de la L.S.C.C. Sur ce point, voy. Ch. BEHRENDT, « Quelques réflexions relatives aux effets, en droit, des arrêts de la Cour constitutionnelle », in G. DE LEVAL et F. GEORGES (dirs.), *L'effet de la décision de justice – contentieux européens, constitutionnel, civil et pénal*, Commission Université-Palais, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2008, pp. 125-127.

⁶⁴ Voy. notamment C.A. n° 39/2000 du 29 mars 2000 ; C.A. n° 66/2000 du 30 mai 2000.

⁶⁵ Voy. *supra*, n° 11.

⁶⁶ Article 26, par. 2, de la L.S.C.C.

⁶⁷ Cass., 5 novembre 1996, *Pas.*, 1996, I, p. 1074 ; Cass., 16 septembre 1998, *J.L.M.B.*, 1998, pp. 1340-1356.

⁶⁸ Cass., 31 janvier 2000, avec concl. conf. proc. gén. LECLERCQ, disponible sur www.cass.be.

« Lorsqu'une question préjudicielle porte sur une lacune législative, la Cour n'est tenue de la poser à la Cour constitutionnelle que lorsqu'elle constate qu'elle [la Cour de cassation] serait en mesure, le cas échéant, d'y remédier sans l'intervention du législateur.

En l'espèce, la lacune législative dénoncée, à supposer qu'elle viole la Constitution, nécessiterait l'intervention du législateur pour déterminer les modalités du nouveau système à mettre en œuvre »⁶⁹.

Ce critère relativement difficile à cerner a pour effet que la Cour de cassation permet aux juges du fond de remplir, en amont, le rôle que la Cour constitutionnelle devrait tenir, en les invitant à procéder, *de leur propre initiative*, à la détermination de la nature extrinsèque ou intrinsèque de la lacune en question. Le nombre grandissant d'arrêts où la Cour constitutionnelle conclut à l'existence d'une lacune à laquelle le juge du fond ne peut lui-même remédier (lacune extrinsèque) permet toutefois de relativiser l'impact de la jurisprudence de la Cour de cassation.

III. Considérations conclusives sur le respect des prérogatives des autres Pouvoirs en cas de lacune

27. – Pour clore notre contribution, il nous reste à formuler quelques remarques sur le comblement de la lacune par le juge, et par rapport au respect des prérogatives des autres Pouvoirs.

Ainsi que nous l'avons écrit plus haut (n° 3), le phénomène des lacunes peut se poser tant au sein des normes de rang législatif qu'au sein de celles de rang réglementaire. Dans les deux cas, il convient de déterminer avec précision ce que le juge peut faire et ce qu'il ne peut pas faire en présence d'une lacune.

28. – Concernant les *normes de rang législatif* tout d'abord, nous avons vu que le juge a le devoir de combler une lacune constatée par la Cour constitutionnelle lorsque deux exigences cumulatives sont rencontrées : d'une part, la lacune doit être intrinsèque ; d'autre part, le constat posé par la Cour doit être suffisamment clair et précis. Le juge *a quo* ne dispose alors d'aucune marge de manœuvre : il doit rigoureusement appliquer la solution indiquée par la Cour.

En sus de ces conditions posées par la Cour constitutionnelle elle-même, la Cour de cassation se réserve le droit de contrôler par ailleurs l'usage de la réponse de la Cour constitutionnelle par le juge *a quo*⁷⁰. A cette occasion, elle définit elle-même les hypothèses où le juge ordinaire peut combler une lacune législative, de manière à respecter davantage les prérogatives du législateur. Elle a ainsi décidé dans un arrêt du 12 décembre 2008⁷¹, que le juge *a quo* ne doit combler une lacune que lorsque cela ne nécessite pas une nouvelle pesée des intérêts par le législateur⁷². Dans un arrêt du 26 janvier 2011, elle a par ailleurs estimé que

« [L]orsque la Cour constitutionnelle annule une loi pénale, il n'appartient aux juridictions répressives de combler la lacune ayant justifié sa censure que si la loi et l'interprétation qui la rend valide peuvent être appliquées sans violation d'une autre disposition constitutionnelle, conventionnelle ou légale⁷³. Il faut en outre que le juge ne se trouve pas confronté, en cherchant à combler cette lacune, à des choix qu'il appartiendrait au seul législateur d'opérer ».

Mises ensemble, ces conditions posées au comblement de la lacune par le juge *a quo*, tant par la Cour constitutionnelle que par la Cour de cassation, conduisent à laisser intact le monopole d'élaboration de la loi lorsque :

⁶⁹ Cass., 11 décembre 2008, disponible sur www.cass.be.

⁷⁰ Voy. not. J.-Cl. SCHOLSEM, « L'affaire Total : lacune ou pas ? », *J.L.M.B.*, 2006, pp. 63-65.

⁷¹ Cass., 12 décembre 2008, R.G. n° C.07.0642.N. Voy. également Cass., 2 septembre 2008, R.G. n° P.08.1317.N ; Cass., 14 octobre 2008, R.G. n° P.08.1329.N.

⁷² J. KIRKPATRICK, *op. cit.*, pp. 257 et s., spéc. pp. 260-261. Voy. not. Cass., 3 novembre 2008, *N.j.W.*, 2009, p. 360, avec note I. BOONE.

⁷³ L'on peut notamment voir dans cette condition le principe de légalité de l'impôt en matière fiscale et le principe de légalité des incriminations et des peines en matière pénale.

- l'extension de la règle législative critiquée ne va pas de soi et se prête à plusieurs possibilités également respectueuses des articles 10 et 11 de la Constitution ; lorsque
- des choix politiques impliquant une nouvelle pesée des intérêts doivent être posés ; ou encore lorsque
- le principe de légalité dans les matières pénale et fiscale s'oppose à toute intervention du juge.

Confronté à des hypothèses de cette nature, le juge ne peut accomplir d'œuvre créatrice ; il doit appliquer la norme en cause telle quelle.

29. – Pour ce qui est des lacunes au sein des normes de rang *règlementaire*, l'approche de la Cour de cassation est par contre plus restrictive encore.

Dans l'arrêt de principe qui fixe la jurisprudence de la Cour de cassation en la matière, les faits étaient les suivants. Un arrêté royal qui porte exécution de la législation sur les principes généraux de la sécurité sociale pour les employés⁷⁴, exonère certains employeurs de la cotisation de modération salariale.

Un employeur qui ne peut se prévaloir de cette exonération, allègue en justice la contrariété de l'arrêté royal aux articles 10 et 11 de la Constitution, au motif que le champ d'application de ce dernier serait trop étiqué. Le requérant déplore, en d'autres termes, l'existence d'une lacune *intrinsèque*.

L'objet précis de sa demande n'est cependant pas que le juge écarte la disposition tenue pour inconstitutionnelle – ceci ne lui serait d'aucune utilité – mais qu'il effectue de son propre chef l'extension du champ d'application de la norme : s'il procède de la sorte, le requérant bénéficie en effet de l'exonération de la cotisation de modération salariale.

La Cour du travail de Gand se prononce sur la question et décide que l'arrêté royal en question viole effectivement les articles 10 et 11 de la Constitution. Les magistrats gantois estiment cependant que la non-application d'un arrêté royal, sur base de l'article 159 de la Constitution, a seulement pour effet qu'il ne génère aucun droit ni aucune obligation pour les personnes concernées, mais non qu'elle permettrait au juge de combler la lacune – ici *intrinsèque* – de façon à octroyer le bénéfice de l'exonération aux personnes discriminées.

Sur pourvoi, la Cour de cassation confirme l'arrêt gantois dans une décision du 15 décembre 2003. Elle décide en effet que si un arrêté royal viole les articles 10 et 11 de la Constitution en raison d'une délimitation insuffisamment large de son champ d'application – c'est-à-dire en présence d'une lacune intrinsèque – l'article 159 de la Constitution ne permet pas au juge de l'étendre à la catégorie désavantagée :

« wanneer een koninklijk besluit het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel schendt door vrijstellingen toe te kennen van de verplichting de loonmatigingsbijdrage te betalen, dit niet tot gevolg heeft dat de rechter, bij toepassing van de exceptie van onwettigheid op grond van artikel 159 van de Grondwet, zelf bevoegd wordt het voordeel van de vrijstelling te verlenen aan een categorie van personen aan wie dit koninklijk besluit geen vrijstelling heeft toegekend »⁷⁵.

En d'autres termes, lorsqu'un juge constate une lacune au niveau *règlementaire*, il *ne peut* la combler, et cela peu importe qu'elle soit de nature intrinsèque ou extrinsèque. Dans l'affaire qu'avait à trancher la Cour du travail de Gand, l'employeur s'est par conséquent vu refuser le bénéfice de l'exonération de la cotisation en question, même si la discrimination dont il est victime est flagrante. Seul le Pouvoir *exécutif* peut mettre fin à cette situation de violation de la Constitution, en modifiant la norme règlementaire en question (soit en lui procurant un champ d'application plus ample, soit en supprimant purement et simplement l'avantage en question).

⁷⁴ Article 1^{er}, par. 1^{er}, de l'arrêté royal du 8 avril 1989 portant exécution de l'article 38, par. 3*bis*, alinéa 3, de la loi du 29 juin 1981 portant les principes généraux de la sécurité sociale pour les employés.

⁷⁵ Cass., 15 décembre 2003, R.W., 2004-05, p. 979, avec note P. POPELIER.