

intérêts ou encore de repenser la législation en la matière.

J'estime pouvoir en déduire que le rôle du juge n'est pas limité – et ne peut l'être – à un simple constat conduisant de manière quelque peu automatique à un refus d'application de la norme entachée d'une inconstitutionnalité. Bien au contraire, le juge a l'obligation de remédier à l'inconstitutionnalité pour autant qu'il ne s'immisce pas dans les compétences spécifiques des autres pouvoirs.

Faut-il, par contre, considérer que le contrôle de légalité interne et externe d'un acte administratif doit être limité à un simple refus d'application dans l'hypothèse où l'acte serait en son entier ou en partie entaché d'inconstitutionnalité ?

À la lecture d'un arrêt de votre Cour du 12 décembre 2016, je répondrais par la négative. [...]

Sans qu'il y ait, me semble-t-il, une quelconque remise en cause de la jurisprudence de votre Cour quant aux conséquences de la non-application d'un arrêté royal en vertu de l'article 159 de la Constitution, il n'en demeure pas moins vrai que le juge judiciaire est tenu de procéder à l'examen de la cause d'inconstitutionnalité et a l'obligation d'y remédier si la lacune est suffisamment précise et n'exige pas l'instauration de nouvelles règles qui doivent faire l'objet d'une réévaluation des intérêts ou qui n'implique pas la naissance de droits ou d'obligations pour les intéressés.

Dans la présente affaire, l'arrêt attaqué considère qu'« *il n'est pas requis de vérifier si l'acte réglementaire critiqué comporte une lacune contraire aux articles 10 et 11 de la Constitution* » au motif que « *l'article 159 de la Constitution prescrit uniquement [au juge] de refuser l'application d'un acte réglementaire illégal et ne [lui] permet pas de le modifier, fût-ce pour le rendre conforme à la loi ou à la Constitution* ». Ce faisant, l'arrêt attaqué ne semble procéder ni à un examen de la cause d'inconstitutionnalité ni même à l'éventuelle remédiation possible dans les limites du pouvoir du juge défini par votre Cour dès lors qu'il se limite à un simple constat de non-application. J'estime que le grief tiré de la violation de l'article 159 de la Constitution est fondé et justifie une cassation totale dispensant de l'examen des autres branches du premier moyen et du deuxième moyen.

[...] »

*
* *

LA COUR DE CASSATION JUGE QUE L'ARTICLE 159 DE LA CONSTITUTION NE PERMET PAS DE COMBLER LA LACUNE DONT UN RÈGLEMENT DISCRIMINATOIRE EST AFFECTÉ

par

Romain VANDERBECK¹
Assistant au CIRC à l'USL-B
Référendaire à la Cour constitutionnelle

1. Quelle conséquence le juge doit-il tirer de l'article 159 de la Constitution lorsqu'il est confronté à un règlement qui octroie un avantage à une catégorie de personnes mais qui, sans justification objective et raisonnable, ne l'octroie pas à une autre catégorie de personnes pourtant comparable ? Face à un tel règlement discriminatoire, quelle protection l'article 159 de la Constitution offre-t-il à la catégorie de personnes discriminée ? Par l'arrêt commenté², rendu sur les conclusions contraires de M. l'avocat général Ph. de Koster³, la Cour de cassation répond que l'article 159 de la Constitution ne permet pas au juge d'étendre l'application d'un règlement discriminatoire à la catégorie de personnes discriminée. Autrement dit, le juge ne peut pas combler une lacune réglementaire.

2. Les faits et la procédure à l'origine de l'arrêt commenté peuvent être résumés de la manière suivante⁴. Le 16 janvier 2003, est adopté un arrêté royal « accordant une prime Copernic à certains membres du personnel du cadre administratif et logistique de la police intégrée, structurée à deux niveaux ». Aux termes de son article 1^{er}, le champ d'application de cet arrêté royal est le suivant : « En ce compris les membres du personnel qui ont opté pour le maintien de leur position juridique d'origine, sont soumis au présent arrêté les membres du personnel du cadre administratif et logistique des services de police appartenant :

- 1° au niveau D (3 et 4) ou C (2) ;
- 2° au niveau B (2+).

¹ L'auteur s'exprime à titre purement personnel. Il remercie vivement Bruno Lombaert et François Tulkens pour leur relecture attentive et leurs précieux commentaires.

² Cass. (1^{re} ch.), 5 novembre 2020, C.18.0541.F, disponible en ligne sur : www.juportal.be. Sur cet arrêt, voy. M.-Fr. RIGAUX, « Du bon usage de l'article 159 de la Constitution. Actualité et perspectives de l'exception d'illégalité pour violation du principe d'égalité et de non-discrimination », *J.T.*, 2021, pp. 105-110.

³ Av. gén. Ph. DE KOSTER, concl. précédant Cass. (1^{re} ch.), 5 novembre 2020, C.18.0541.F, disponible en ligne sur : www.juportal.be.

⁴ Le présent résumé des faits et de la procédure se fonde sur les conclusions de M. l'avocat général Ph. de Koster (*ibid.*, p. 1).

3° au niveau A (1)^[5].

[...] ».

Cet arrêté royal octroie une prime – dite prime Copernic – à certains membres du cadre administratif et logistique des services de police, à l'exclusion donc des membres du cadre opérationnel. S'estimant discriminée, une membre du cadre opérationnel de la police fédérale introduit une action en justice contre l'État belge pour réclamer un montant équivalent à la prime en question pour les années 2002 à 2008. En première instance, l'action est déclarée prescrite. En appel, par un arrêt du 19 avril 2018, la cour d'appel de Bruxelles juge que, à supposer que l'arrêté royal du 16 janvier 2003 soit discriminatoire, l'article 159 de la Constitution ne lui permettrait pas de remédier à cette discrimination, de sorte qu'il « n'est pas requis de vérifier si l'acte réglementaire critiqué comporte une lacune contraire aux articles 10 et 11 de la Constitution »⁶. S'étant pourvue en cassation contre cet arrêt, la membre du cadre opérationnel de la police fédérale fait notamment valoir que l'article 159 de la Constitution aurait pu permettre à la cour d'appel de combler la lacune en question, dès lors qu'il lui suffisait pour ce faire d'écarter l'application des mots « du cadre administratif et logistique » contenus à l'article 1^{er} de l'arrêté royal du 16 janvier 2003.

3. Dans ses conclusions⁷, M. l'avocat général Ph. de Koster conclut à la cassation de l'arrêt attaqué. D'une part, il raisonne par analogie avec la jurisprudence de la Cour de cassation relative aux conditions auxquelles le juge judiciaire peut combler une lacune législative qui a été constatée par la Cour constitutionnelle ; nous reviendrons sur ce point ci-dessous. D'autre part, il se fonde sur un arrêt de la Cour de cassation du 12 décembre 2016⁸. Cet arrêt concernait l'article 36, § 1^{er}, al. 1^{er}, 2°, j) de l'arrêté royal du 25 novembre 1991 portant réglementation du chômage qui, dans sa version applicable à l'époque, prévoyait en substance qu'un jeune travailleur pouvait bénéficier d'allocations d'attente notamment à la condition qu'il ait suivi au moins six années d'études primaires

ou secondaires *en Belgique*. Saisie d'un litige mettant en cause un jeune travailleur qui sollicitait des allocations d'attente mais qui avait suivi moins de six ans d'études primaires ou secondaires en Belgique, la Cour du travail de Liège avait estimé que la condition relative au lieu des études n'était pas proportionnée à l'objectif poursuivi, qui était de s'assurer d'un lien réel avec le marché belge du travail, et qu'elle était donc discriminatoire. Sur pied de l'article 159 de la Constitution, la Cour du travail avait dès lors refusé d'appliquer la condition relative au lieu des études et, étant donné que les autres conditions d'octroi étaient remplies, elle avait octroyé les allocations d'attente sollicitées. Dans son arrêt du 12 décembre 2016, la Cour de cassation avait validé ce raisonnement, en considérant que l'arrêt de la Cour du travail de Liège, « qui écarte par ces énonciations la condition relative au lieu des études dans la seule mesure où [...] il la juge contraire aux articles 10 et 11 de la Constitution, fait une exacte application de l'article 159 de la Constitution »⁹. L'on comprend des conclusions de M. l'avocat général Ph. de Koster qu'il considérait qu'un tel raisonnement aurait pu le cas échéant être transposé à l'affaire commentée.

4. Par l'arrêt commenté, la Cour de cassation ne va toutefois pas suivre les conclusions de son avocat général et va rejeter le pourvoi. Elle rappelle tout d'abord sa jurisprudence constante selon laquelle l'article 159 de la Constitution implique que « toute juridiction contentieuse a ainsi le pouvoir et le devoir de contrôler la légalité interne et externe de tout acte administratif sur lequel se fonde une action, une défense ou une exception »¹⁰. Elle poursuit en considérant que « le juge, qui constate l'illégalité d'un acte administratif, est tenu de le priver d'effet » mais qu'« il ne s'ensuit en revanche pas que, lorsque l'illégalité de l'acte administratif résulte d'une lacune contraire aux principes constitutionnels d'égalité et de non-discrimination, le juge puisse y remédier en étendant l'application de cet acte à la catégorie discriminée, fût-ce en écartant de la définition de son champ d'application les termes où gît la discrimination »¹¹.

5. À notre sens, l'arrêt commenté, rendu par la première chambre de la Cour de cassation, remet en cause les enseignements de l'arrêt précité du

⁵ Le 3° a été ajouté par l'arrêté royal du 1^{er} septembre 2004 « modifiant l'arrêté royal du 16 janvier 2003 accordant une prime Copernic à certains membres du personnel du cadre administratif et logistique de la police intégrée, structurée à deux niveaux ».

⁶ Extrait de l'arrêt de la cour d'appel de Bruxelles du 19 avril 2018, cité par Cass. (1^{re} ch.), 5 novembre 2020, C.18.0541.F, disponible en ligne sur : www.juportal.be.

⁷ Av. gén. PH. DE KOSTER, concl. précédant Cass. (1^{re} ch.), 5 novembre 2020, C.18.0541.F, disponible en ligne sur : www.juportal.be, pp. 2-4.

⁸ Cass. (3^e ch.), 12 décembre 2016, S.14.0104.F, disponible en ligne sur : www.juportal.be.

⁹ *Ibid.*

¹⁰ Cass. (1^{re} ch.), 5 novembre 2020, C.18.0541.F, disponible en ligne sur : www.juportal.be.

¹¹ *Ibid.*

12 décembre 2016 qu'avait rendu sa troisième chambre. En effet, dans l'arrêt du 12 décembre 2016, la Cour de cassation avait considéré que l'article 159 de la Constitution permettait au juge du fond d'écarter l'application de la seule condition d'octroi jugée discriminatoire – la condition relative au lieu d'études – et qu'il permettait ainsi d'étendre le bénéfice des allocations d'attente à la catégorie discriminée (à savoir, les jeunes travailleurs présentant un lien réel avec le marché belge du travail qui n'avaient pas suivi un minimum de six années d'études primaires ou secondaires en Belgique). À l'inverse, par l'arrêt commenté, la Cour de cassation considère que l'article 159 de la Constitution ne permet pas au juge du fond d'écarter l'application de la seule condition d'octroi potentiellement discriminatoire – la condition de relever du cadre administratif et logistique – et qu'il ne permet donc pas d'étendre le bénéfice de la prime Copernic à la catégorie potentiellement discriminée (à savoir, les membres du cadre opérationnel). Surtout, l'arrêt commenté ne se limite pas à affirmer que, dans le cas d'espèce, l'extension de la prime Copernic à la catégorie potentiellement discriminée n'était pas possible, mais il affirme, en des termes tout à fait généraux qui ne semblent laisser la place à aucune exception, que l'article 159 de la Constitution ne permet pas d'étendre l'application d'un règlement discriminatoire à la catégorie discriminée « fût-ce en écartant de la définition de son champ d'application les termes où gît la discrimination »¹². L'arrêt commenté exclut donc toute possibilité de combler une lacune réglementaire sur la base de l'article 159 de la Constitution.

Si l'arrêt commenté constitue donc un revirement de jurisprudence par rapport à l'arrêt du 12 décembre 2016, il ne saurait toutefois tout à fait surprendre, eu égard à la jurisprudence classique, certes déjà assez ancienne, de la Cour de cassation en matière de lacunes réglementaires. Ainsi, dans un arrêt du 17 mars 2003, la Cour de cassation avait déjà clairement affirmé que l'article 159 de la Constitution ne permettait pas au juge de combler une lacune réglementaire¹³. Dans cette affaire, la loi du 29 juin 1981¹⁴ imposait le paiement de cotisations de modération salariale, tout en laissant au Roi la possibilité d'établir des

exonérations. Sur cette base, un arrêté royal du 8 avril 1989¹⁵ avait instauré une exonération pour les employeurs de marins pêcheurs mais pas pour les employeurs de trieurs de poissons. Dans le cadre d'un litige opposant l'ONSS et un employeur de trieurs de poissons, la Cour du travail de Gand avait considéré que cette différence de traitement était discriminatoire. Elle avait néanmoins refusé d'étendre le bénéfice de l'exonération à l'employeur de trieurs de poissons car elle estimait que l'article 159 de la Constitution lui permettait uniquement de refuser d'appliquer l'arrêté royal du 8 avril 1989. Le refus d'application de cet arrêté royal n'était d'aucun secours pour l'employeur de trieurs de poissons, dès lors qu'il restait redevable de la cotisation en cause sur la base de la loi du 29 juin 1981¹⁶. Dans son arrêt du 17 mars 2003, la Cour de cassation valida le raisonnement de la Cour du travail de Gand, en considérant qu'« il ne résulte pas du fait que le Roi viole le principe constitutionnel d'égalité en usant de son pouvoir d'accorder des dispenses de l'obligation de payer les cotisations de modération salariale que le juge, en application de l'exception d'illégalité de l'article 159 de la Constitution, devienne lui-même compétent pour accorder le bénéfice d'une dispense à une catégorie de personnes auxquelles le Roi n'a pas accordé de dispense »¹⁷. La Cour de cassation réitéra cette jurisprudence quelques mois plus tard dans un arrêt du 15 décembre 2003¹⁸ confirmant un autre arrêt de la Cour du travail de Gand qui, à nouveau, avait refusé d'étendre à une

¹⁵ Arrêté royal du 8 avril 1989 « pris en exécution de l'article 38, § 3bis, alinéa 3 de la loi du 29 juin 1981 établissant les principes généraux de la sécurité sociale des travailleurs salariés ».

¹⁶ L'on observe que cette situation est donc différente de celle qui se présente lorsqu'une seule et même norme impose une contribution tout en prévoyant certaines exonérations. Ainsi, dans le cadre d'une affaire portant sur un règlement-taxe communal qui prévoyait une exonération jugée discriminatoire, la Cour de cassation a considéré que le refus d'application devait porter sur l'entiereté du règlement-taxe, au motif que « les dispositions du règlement-taxe forment un ensemble qui ne peut être divisé, car elles se rapportent toutes à une taxe qui est inégalement établie » (Cass. (1^{re} ch.), 16 novembre 2006, F.05.0072.F, disponible en ligne sur : www.juportal.be). Dans un tel cas de figure, le refus d'application total est une solution satisfaisante pour la catégorie discriminée puisqu'en définitive, elle ne doit pas payer la taxe litigieuse. Sur cette question, voy. not. J. THEUNIS, « De exceptie van onwettigheid: instrument in handen van burger, rechter en overheid », in *Liber Amicorum Marc Boes*, Brugge, die Keure, 2011, pp. 510 et 511.

¹⁷ Cass. (3^e ch.), 17 mars 2003, S.02.0022.N, disponible en ligne sur : www.juportal.be.

¹⁸ Cass. (3^e ch.), 15 décembre 2003, S.03.0065.N, disponible en ligne sur : www.juportal.be. Sur cet arrêt, voy. P. POPELIER, « Lacunes in verordening optreden », note sous Cass., 15 décembre 2003, *R.W.*, 2004-2005, pp. 979-981 ; V. DOOMS, « De (beperkte) bevoegdheid van de rechterlijke macht bij toetsing van de wettigheid van een koninklijk besluit », note sous Cass., 15 décembre 2003, *R.A.B.G.*, 2004, pp. 847-852 ; C. BEHRENDT et M. VRANCKEN, « Qui a peur des lacunes législatives ? Le juge tiraillé entre le respect du législateur et la défense de l'égalité des citoyens », in *Rechtskroniek voor de vrede- en politierechters 2013 – Chronique de droit à l'usage des juges de paix et de police 2013*, Brugge, die Keure, 2013, p. 352.

¹² *Ibid.*

¹³ Cass. (3^e ch.), 17 mars 2003, S.02.0022.N, disponible en ligne sur : www.juportal.be.

¹⁴ Art. 38, § 3bis de la loi du 29 juin 1981 « établissant les principes généraux de la sécurité sociale des travailleurs salariés ».

catégorie de personnes discriminée le bénéfice de l'exonération prévue par l'arrêté royal du 8 avril 1989. Par la suite, la question des lacunes d'actes réglementaires a encore donné lieu à deux arrêts de la Cour de cassation, du 10 octobre 2011¹⁹ et du 9 mars 2015²⁰. Dans les deux cas, la Cour de cassation a censuré des arrêts qui, au motif que l'illégalité de l'acte réglementaire résultait d'une lacune extrinsèque, n'avaient pas appliqué l'article 159 de la Constitution à l'égard de cet acte. À notre sens, ces deux arrêts ne remettaient pas en cause les enseignements des arrêts du 17 mars 2003 et du 15 décembre 2003. En effet, à la différence des deux arrêts de la Cour de travail de Gand qui avaient refusé d'appliquer l'entiereté de l'arrêté royal du 8 avril 1989 en raison de son irrégularité et qui avaient dès lors trouvé grâce aux yeux de la Cour de cassation, les deux décisions cassées par les arrêts de la Cour de cassation du 10 octobre 2011 et du 9 mars 2015 avaient, quant à elles, donné effet à l'acte réglementaire illégal et, pour cette raison, avaient violé l'article 159 de la Constitution.

6. En excluant toute possibilité pour le juge de combler une lacune réglementaire sur la base de l'article 159 de la Constitution, l'arrêt commenté s'écarte de la jurisprudence de la Cour de cassation de 2016 pour revenir à celle de 2003. Ce faisant, il nous paraît trop catégorique lorsqu'on le compare, d'une part, à la jurisprudence de la Cour constitutionnelle et de la Cour de cassation relative aux lacunes législatives et, d'autre part, à la jurisprudence du Conseil d'État relative à l'annulation partielle ou au refus d'application partiel d'un règlement illégal. Les lignes qui suivent ont donc pour objet, tout d'abord, d'expliquer les raisons pour lesquelles il y aurait lieu d'admettre la possibilité pour un juge de combler une lacune réglementaire aux mêmes conditions que celles qui encadrent la possibilité pour un juge de combler une lacune législative et, ensuite, d'expliquer les raisons pour lesquelles la Cour de cassation

pourrait à tout le moins s'inspirer des conditions auxquelles le Conseil d'État admet de prononcer le refus d'application partiel d'un règlement illégal²¹.

7. À l'égard des lacunes législatives, une doctrine et une jurisprudence abondantes se sont développées²². Jusqu'à assez récemment, la question essentielle était celle de savoir si la lacune était intrinsèque ou extrinsèque : la lacune est intrinsèque lorsqu'elle 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 » tandis que la lacune est extrinsèque lorsqu'elle « ne provient pas du contenu même de

²¹ En revanche, les lignes qui suivent n'ont pas pour objet d'examiner si, dans l'affaire ayant mené à l'arrêt commenté, la différence de traitement entre les membres du cadre administratif et logistique et les membres du cadre opérationnel était ou non discriminatoire (l'on rappelle qu'en l'espèce, ni la Cour de cassation, ni la cour d'appel n'ont tranché cette question, car elles ont estimé qu'une éventuelle lacune réglementaire ne pouvait en toute hypothèse pas être comblée par le juge). De même, les lignes qui suivent n'ont pas pour objet d'examiner si, à supposer que cette différence de traitement eût été discriminatoire, les conditions auxquelles nous proposons de subordonner la possibilité de combler une lacune réglementaire étaient ou non effectivement remplies en l'espèce.

²² À propos des lacunes législatives, voy. not. M. MARCHANDISE, « Article 2277 du Code civil et répétition de l'indu : la Cour constitutionnelle un pas trop loin ? », *J.T.*, 2018, pp. 449-457 ; S. VERSTRAELEN, « Arrest uitgesproken in voltallige zitting : ongrondwettige lacunes en de temporele werking van prejudiciële arresten onder de loep », note sous Cass., 5 février 2016, *R.W.*, 2016-2017, pp. 1414-1419 ; Q. PIRONNET, « Lacunes extrinsèques et maintien des effets au contentieux préjudiciel : lorsque la Cour de cassation fait d'une pierre deux coups », note sous Cass., 5 février 2016, *J.L.M.B.*, 2016, pp. 1652-1658 ; M. VERDUSSEN, « Réception des arrêts préjudiciels : un acte d'apaisement de la Cour de cassation vers la Cour constitutionnelle », note sous Cass., 20 novembre 2014, *R.C.J.B.*, 2016, pp. 210-214 ; S. VERSTRAELEN, « Ongrondwettige lacunes en handhavingsmaatregelen : decreetgever, let u even op alstublieft ? », note sous C.E., arrêt n° 230.083 du 3 février 2015, *R.W.*, 2015-2016, pp. 826-830 ; E. VAN BRUSTEM, « Lacunes législatives : *Sed quis custodiet ipsos custodes* ? », note sous Gand, 3 février 2015, *R.G.C.F.*, 2015, pp. 482-503 ; B. LIETAERT, « Taak van de feitenrechter bij discriminaties in de wet of door lacunes van de wet », *R.D.S.*, 2014, pp. 143-192 ; C. BEHRENDT et M. VRANCKEN, « Qui a peur des lacunes législatives ? Le juge tiraillé entre le respect du législateur et la défense de l'égalité des citoyens », *op. cit.*, pp. 333-352 ; M. VERDUSSEN, *Justice constitutionnelle*, Bruxelles, Larcier, 2012, pp. 262 et s. ; K. J. VANDORMAEL, « Het recht als logisch consistent systeem – lacunes in de wetgeving », *C.D.P.K.*, 2011, pp. 32-46 ; E. DE KEZEL, « Handhaving van private rechten bij lacunes in de wetgeving : de aansprakelijkheidsvordering tegen de overheid als alternatief rechtsmiddel ? », in *Liber amicorum Hubert Bocken : dare la luce*, Brugge, die Keure, 2009, pp. 31-57 ; 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, pp. 257-262 ; M. MELCHIOR et C. COURTOY, « L'omission législative ou la lacune dans la jurisprudence constitutionnelle », *J.T.*, 2008, pp. 669-678 ; B. RENAULT, « Les illusions de l'égalité ou du "nivellement par le bas" à la "lacune" », in *Liber amicorum Paul Martens. L'humanisme dans la résolution des conflits. Utopie ou réalité ?*, Bruxelles, Larcier, 2007, pp. 419-437 ; J. KIRKPATRICK et S. NUDELHOC, « Les questions préjudicielles sur les violations du principe constitutionnel d'égalité résultant de lacunes de la loi et les rapports entre la Cour de cassation et la Cour d'arbitrage », in *Liber amicorum Paul Martens. L'humanisme dans la résolution des conflits. Utopie ou réalité ?*, Bruxelles, Larcier, 2007, pp. 785-812 ; J.-C. SCHOLSEM, « La Cour d'arbitrage et les "lacunes législatives" », in *Les rapports entre la Cour d'arbitrage, le Pouvoir judiciaire et le Conseil d'État*, Bruxelles, la Charte, 2006, pp. 213-237 ; P. POPELIER, « De rechtspraak van het Arbitragehof over lacunes in de wetgeving », *T.B.P.*, 2005, pp. 284-296.

¹⁹ Cass. (3^e ch.), 10 octobre 2011, S.10.0112.F, disponible en ligne sur : www.juportal.be : « L'arrêt considère que l'article 59quinquies, § 6, de l'arrêté royal du 25 novembre 1991 portant réglementation du chômage viole les articles 10 et 11 de la Constitution, mais que la discrimination qu'il relève résulte d'une "lacune extrinsèque" que seul le Roi peut corriger.

En décidant de confirmer la décision d'exclusion du bénéfice des allocations d'attente prise par le défendeur le 9 mai 2006 sur la base de l'article 59quinquies, § 6, de l'arrêté royal du 25 novembre 1991, dont il constate l'inconstitutionnalité, l'arrêt viole l'article 159 de la Constitution ».

²⁰ Cass. (3^e ch.), 9 mars 2015, S.12.0026.N, disponible en ligne sur : www.juportal.be : « En constatant que l'article 34, § 2.1, de l'arrêté royal est inconstitutionnel, tout en considérant malgré tout que l'article 159 de la Constitution ne peut être appliqué, au motif que la discrimination ne trouve pas son origine dans cet article, mais dans une "lacune de la législation", les juges d'appel ont violé l'article 159 de la Constitution ».

la norme contrôlée, mais de l'absence d'une norme comparable »²³. Selon la jurisprudence classique de la Cour constitutionnelle, seules les lacunes intrinsèques, à condition d'être constatées « en des termes suffisamment précis et complets »²⁴, sont susceptibles d'être comblées par le juge, qui peut ainsi étendre à la catégorie discriminée l'application de la norme législative lacunaire²⁵. Une certaine jurisprudence plus récente de la Cour constitutionnelle²⁶ tend à appliquer le seul critère de savoir si la lacune, qu'elle soit intrinsèque ou extrinsèque, est constatée « en des termes suffisamment précis et complets » pour, si tel est le cas, habiliter le juge à combler lui-même la lacune. Quant à la Cour de cassation, sa jurisprudence actuelle est également fixée en ce sens que le juge peut, à certaines conditions, combler une lacune législative. Elle considère en effet que « le juge est tenu de remédier à toute lacune de la loi dont la Cour constitutionnelle a constaté l'inconstitutionnalité, ou à celle qui résulte de ce qu'une disposition de la loi est jugée inconstitutionnelle, lorsqu'il peut suppléer à cette insuffisance dans le cadre des dispositions légales existantes pour rendre la loi conforme aux articles 10 et 11 de la Constitution »²⁷. Dans certains arrêts, elle précise que la possibilité ou non pour le juge de combler une lacune législative « dépend toutefois de la nature de la lacune. Si son comblement requiert l'adoption d'un régime procédural totalement différent, le juge ne peut se substituer au législateur. Mais s'il est possible de mettre fin à l'inconstitutionnalité en se bornant à compléter le cadre légal de sorte qu'il ne soit plus contraire aux articles 10 et 11 de la Constitution, le juge a le pouvoir et

le devoir de le faire »²⁸. Avec M. Marchandise, l'on peut donc constater que la Cour constitutionnelle et la Cour de cassation n'énoncent pas « de manière exactement pareille » les conditions auxquelles un juge peut combler une lacune législative, « même si le plus souvent, heureusement, leurs solutions convergeront en pratique »²⁹.

Évoquant la solution retenue par les arrêts de la Cour de cassation de 2003 en matière de lacunes réglementaires, D. Déom constatait en 2010 que « cette solution [était] cependant mise en cause dans une certaine mesure, à l'échelon des lacunes inconstitutionnelles, par la jurisprudence plus récente de la Cour »³⁰, à savoir celle relative aux lacunes législatives. L'on peut regretter que l'arrêt commenté soit venu démentir ce constat, en excluant catégoriquement toute possibilité de combler une lacune réglementaire et en refusant dès lors d'appliquer aux lacunes réglementaires les conditions auxquelles la Cour de cassation subordonne la possibilité de combler les lacunes législatives. À notre sens, la cohérence du système de protection juridictionnelle gagnerait en effet à aligner le régime des lacunes réglementaires sur celui des lacunes législatives. Selon nous, la technique du contrôle incident de légalité sur pied de l'article 159 de la Constitution n'empêche nullement d'autoriser le juge à combler une lacune réglementaire³¹. D'une part, elle

²³ M. MELCHIOR et C. COURTOY, « L'omission législative ou la lacune dans la jurisprudence constitutionnelle », *op. cit.*, p. 670.

²⁴ À titre d'exemple parmi beaucoup d'autres, voy. C. const., 18 novembre 2010, n° 129/2010, B.8 : « Dès lors que la lacune constatée en B.7 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, ce constat étant 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 ».

²⁵ Ces lacunes reçoivent dès lors le qualificatif de lacunes « autoréparatrices » (M. MELCHIOR et C. COURTOY, « L'omission législative ou la lacune dans la jurisprudence constitutionnelle », *op. cit.*, p. 677).

²⁶ Voy. not. C. const., 14 décembre 2017, n° 143/2017.

²⁷ Cass. (1^{re} ch.), 10 janvier 2019, C.17.0554.F, disponible en ligne sur : www.juportal.be. Dans le même sens, Cass. (1^{re} ch.), 27 mai 2016, C.13.0042.F, disponible en ligne sur : www.juportal.be et Cass. (1^{re} ch.), 5 février 2016, C.15.0011.F, disponible en ligne sur : www.juportal.be. Commentant l'arrêt du 5 février 2016, Q. PIRONNET estime qu'il peut être déduit de l'expression « toute lacune » employée par la Cour de cassation que celle-ci admet que tant les lacunes intrinsèques que les lacunes extrinsèques sont susceptibles d'être comblées par le juge (Q. PIRONNET, « Lacunes extrinsèques et maintien des effets au contentieux préjudiciel : lorsque la Cour de cassation fait d'une pierre deux coups », *op. cit.*, p. 1654). Sur cet arrêt, voy. aussi S. VERSTRAELEN, « Arrest uitgesproken in voltallige zitting: ongrondwettige lacunes en de temporele werking van prejudiciële arresten onder de loep », *op. cit.*, pp. 1414-1419.

²⁸ Cass. (2^e ch.), 21 novembre 2018, P.18.0763.F, disponible en ligne sur : www.juportal.be. Dans le même sens, Cass. (2^e ch.), 28 octobre 2008, P.08.0706.N, disponible en ligne sur : www.juportal.be.

²⁹ M. MARCHANDISE, « Article 2277 du Code civil et répétition de l'indu : la Cour constitutionnelle un pas trop loin ? », *op. cit.*, p. 453.

³⁰ D. DÉOM, « Le refus d'application », in *L'article 159 de la Constitution et le contrôle de légalité incident*, Bruxelles, la Charte, 2010, p. 176. À ce sujet, voy. aussi J. THEUNIS, *De exceptie van onwettigheid*, Brugge, die Keure, 2011, pp. 408-414.

³¹ À notre sens, le comblement d'une lacune réglementaire par le juge ne heurterait pas la jurisprudence de la Cour de cassation selon laquelle le refus d'application d'un acte administratif illégal « en vertu de l'article 159 de la Constitution a pour seule conséquence de ne faire naître ni droit ni obligation pour les intéressés » (Cass., (3^e ch.), 27 juin 2016, S.15.0014.N, disponible en ligne sur : www.juportal.be). En effet, dans l'affaire commentée, à supposer que la différence de traitement entre les membres du cadre administratif et logistique et les membres du cadre opérationnel eût été jugée discriminatoire et à supposer que les conditions que nous suggérons afin d'encadrer la faculté pour un juge de combler une lacune réglementaire (i.e. les conditions applicables au comblement d'une lacune législative) eussent été remplies, ce n'est pas dans le refus d'application sur pied de l'article 159 de la Constitution en tant que tel, mais dans l'arrêt royal du 16 janvier 2003 tel qu'il aurait résulté du refus d'application des mots « du cadre administratif et logistique », que la policière aurait pu puiser son droit subjectif à la prime Copernic. Dans une telle hypothèse, la source de ce droit subjectif aurait donc bel et bien été l'arrêt royal du 16 janvier 2003, tel qu'expurgé de son vice d'inconstitutionnalité par l'intermédiaire de l'article 159 de la Constitution. Nous ne partageons donc pas l'étonnement de M.-Fr. Rigaux qui, après avoir rappelé à juste titre qu'une action en justice doit « nécessairement reposer sur une autre disposition [que l'article 159 de la Constitution] susceptible de fonder la prétention du demandeur selon le contentieux dans lequel il se trouve », s'étonne qu'en degré d'appel, la policière en question avait réclamé « à titre principal que la cour d'appel lui reconnaisse « un droit subjectif à l'octroi de la prime Copernic » par application de l'arrêt royal précité » (M.-

ne l'empêche pas lorsque, comme cela aurait pu le cas échéant être le cas dans l'affaire commentée, l'extension de l'avantage en faveur de la catégorie discriminée peut se faire en écartant l'application des quelques mots du règlement qui énoncent la condition jugée discriminatoire³² ; tel était d'ailleurs ce que la Cour de cassation avait admis dans son arrêt du 12 décembre 2016. D'autre part, elle ne l'empêche pas non plus lorsque le comblement de la lacune nécessite, pour ainsi dire, de rajouter quelques mots plutôt que d'en supprimer quelques-uns³³ : dans une telle situation, il s'agit en effet de refuser d'appliquer le règlement en ce qu'il n'accorde pas l'avantage en question à telle catégorie de personnes, ce qui revient à lui étendre le bénéfice du règlement. Paraphrasant la formulation employée par la Cour de cassation pour encadrer la possibilité de combler une lacune législative³⁴, ne serait-il pas permis de considérer que le juge est tenu de remédier à toute lacune du règlement dont il constate l'inconstitutionnalité en application de l'article 159 de la Constitution, lorsqu'il peut suppléer à cette insuffisance dans le cadre des dispositions légales et réglementaires existantes pour rendre le règlement conforme aux articles 10 et 11 de la Constitution ? Si le comblement d'une lacune par le juge présente certes un risque d'empiètement sur la compétence de l'autorité normative³⁵ et nécessite dès lors d'être correctement balisé, nous n'apercevons toutefois pas pourquoi le pouvoir du juge devrait être davantage

restreint lorsque la norme lacunaire émane du pouvoir exécutif que lorsqu'elle émane du pouvoir législatif. À notre sens, il conviendrait donc d'aligner la jurisprudence applicable aux lacunes réglementaires sur celle applicable aux lacunes législatives³⁶.

8. Par ailleurs, l'arrêt commenté peut également être appréhendé sous l'angle du refus d'application partiel d'un règlement illégal³⁷. Après tout, la membre du cadre opérationnel de la police fédérale demandait que le juge écarte l'application d'une partie de l'arrêt royal du 16 janvier 2003, à savoir les mots « du cadre administratif

Fr. RIGAUX, « Du bon usage de l'article 159 de la Constitution. Actualité et perspectives de l'exception d'illégalité pour violation du principe d'égalité et de non-discrimination », *op. cit.*, p. 107).

³² Une telle situation peut être rapprochée d'un refus d'application partiel (*cf. infra*). À titre de comparaison, s'exprimant à propos des lacunes législatives, J. Kirkpatrick considère que « lorsque la Cour constitutionnelle déclare contraire à la Constitution une disposition légale qui exclut expressément une catégorie déterminée de son champ d'application, le pouvoir judiciaire peut incontestablement étendre le champ d'application de la loi à la catégorie exclue » (J. KIRKPATRICK, « Les suites à donner à un arrêt préjudiciel de la Cour constitutionnelle qui déclare une lacune législative contraire au principe d'égalité », *op. cit.*, p. 258).

³³ À propos des lacunes législatives, B. Renauld souligne que, « en fonction de la façon dont la norme se présente, formellement », l'extension de la norme lacunaire en faveur de la catégorie discriminée s'obtiendra « en annulant, en biffant certains mots, ou en indiquant que la norme – voire le corpus législatif dans son ensemble, si la discrimination ne peut être située dans la norme en cause – viole la Constitution en ce qu'elle ne s'applique pas à telle catégorie de personnes » (B. RENAULD, « Les illusions de l'égalité ou du "nivellement par le bas" à la "lacune" », *op. cit.*, p. 432).

³⁴ La formulation que nous proposons transpose aux lacunes réglementaires la solution appliquée aux lacunes législatives par la jurisprudence la plus récente de la Cour de cassation : « le juge est tenu de remédier à toute lacune de la loi dont la Cour constitutionnelle a constaté l'inconstitutionnalité, ou à celle qui résulte de ce qu'une disposition de la loi est jugée inconstitutionnelle, lorsqu'il peut suppléer à cette insuffisance dans le cadre des dispositions légales existantes pour rendre la loi conforme aux articles 10 et 11 de la Constitution » (Cass. (1^{re} ch.), 10 janvier 2019, C.17.0554.F, disponible en ligne sur : www.juportal.be).

³⁵ Voy. not. M. MARCHANDISE, « Article 2277 du Code civil et répétition de l'indu : la Cour constitutionnelle un pas trop loin ? », *op. cit.*, pp. 451-457.

³⁶ Dans un sens contraire, M.-Fr. Rigaux estime qu'une analogie entre la jurisprudence relative aux lacunes législatives et celle relative aux lacunes réglementaires serait à la fois « erronée » et « périlleuse » et avance plusieurs objections à l'encontre d'une telle analogie (M.-Fr. RIGAUX, « Du bon usage de l'article 159 de la Constitution. Actualité et perspectives de l'exception d'illégalité pour violation du principe d'égalité et de non-discrimination », *op. cit.*, p. 109). Tout d'abord, l'auteur soutient que le contrôle exercé sur pied de l'article 159 de la Constitution est un contrôle « strictement négatif » (*ibid.*, p. 109). À notre sens, comme nous l'avons souligné *supra*, la formulation de l'article 159 de la Constitution ne s'oppose toutefois pas à ce que le comblement d'une lacune réglementaire par le juge puisse être admis. M.-Fr. Rigaux avance encore quatre autres objections : (i) la différence entre l'autorité de chose jugée d'une décision judiciaire écartant l'application d'un acte administratif illégal sur pied de l'article 159 de la Constitution et l'autorité de chose jugée d'un arrêt de la Cour constitutionnelle déclarant une norme législative inconstitutionnelle, (ii) le respect des droits de la défense de l'auteur de la norme ou des tiers intéressés, qui n'est pas nécessairement garanti dans le cadre d'une procédure judiciaire où le juge examine à titre incident la régularité d'un acte administratif, contrairement à ce qui est le cas dans la procédure devant la Cour constitutionnelle, (iii) le risque qu'un grand nombre de recours similaires soient introduits si un juge judiciaire comble une lacune réglementaire et (iv) le risque de décisions contradictoires entre différents juges judiciaires examinant la question du comblement d'une même lacune réglementaire (*ibid.*, pp. 109-110). À notre sens, ces objections mettent essentiellement en évidence les conséquences qui résultent des différences entre le système de contrôle diffus de régularité des actes administratifs et le système de contrôle centralisé de constitutionnalité des normes législatives. Mais ces objections impliquent-elles nécessairement d'interdire au juge de combler une lacune réglementaire ? En réalité, ces objections pourraient tout aussi bien être opposées à tout refus d'application d'un acte administratif illégal sur pied de l'article 159 de la Constitution. En effet, tout refus d'application d'un règlement illégal par un juge judiciaire sur pied de l'article 159 de la Constitution (i) est revêtu d'une simple autorité relative de chose jugée, (ii) peut être prononcé sans que l'auteur de la norme ou des tiers intéressés aient nécessairement eu l'occasion d'être parties à la procédure, (iii) peut inciter à l'introduction de recours similaires et (iv) présente potentiellement le risque de décisions contradictoires entre juges judiciaires. En outre, tout refus d'application sur la base de l'article 159 de la Constitution peut potentiellement avoir des conséquences importantes en pratique, qu'il s'agisse ou non de combler une lacune réglementaire. Pour s'en convaincre, il suffit de reprendre l'exemple cité *supra* en note 16 : dans le cadre d'une affaire portant sur un règlement-taxe communal qui prévoyait une exonération jugée discriminatoire, la Cour de cassation a considéré que le juge devait refuser d'appliquer l'entièreté du règlement-taxe (Cass. (1^{re} ch.), 16 novembre 2006, F.05.0072.F, disponible en ligne sur : www.juportal.be), de sorte que l'impact sur les finances communales était aussi important (et peut-être même plus important) que si l'exonération avait été étendue à la catégorie discriminée. Par conséquent, il nous semble que les objections qui précèdent ne sont pas particulières à la matière des lacunes réglementaires et ne font donc pas obstacle à ce qu'il puisse être admis qu'un juge judiciaire puisse combler une lacune réglementaire.

³⁷ Sur le refus d'application partiel sur la base de l'article 159 de la Constitution, voy. not. J. THEUNIS, « De « exceptie van onwettigheid » (artikel 159 G.W.) : meer vragen dan antwoorden ? », *R.W.*, 2007-2008, pp. 1278 et 1279 ; D. DÉOM, « Le refus d'application », in *L'article 159 de la Constitution et le contrôle de légalité incident*, Bruxelles, la Charte, 2010, p. 175 ; M. PÂQUES, *Principes de contentieux administratif*, Bruxelles, Larcier, 2017, p. 138.

et logistique » contenus à son article 1^{er}. Examinée sous cet angle, la formulation catégorique de l'arrêt commenté nous semble être excessivement stricte, lorsqu'on la compare à la jurisprudence du Conseil d'État. La haute juridiction administrative considère en effet que l'annulation partielle d'un règlement est admissible à la triple condition que cette annulation partielle suffise au regard de l'intérêt du requérant, qu'elle porte sur une partie dissociable du reste du règlement et qu'il puisse être considéré que, sans la partie annulée, le reste du règlement aurait tout de même été adopté de la même manière³⁸. Ce sont les mêmes conditions que le Conseil d'État applique lorsqu'il lui est demandé de refuser d'appliquer partiellement un règlement illégal sur pied de l'article 159 de la Constitution³⁹. À notre sens, plutôt que d'exclure catégoriquement la possibilité d'écarter l'application des seuls termes discriminatoires d'un règlement, la Cour de cassation aurait pu appliquer les mêmes conditions que le Conseil d'État⁴⁰. Ainsi, elle aurait pu estimer qu'il incombait au juge du fond d'examiner si les mots « du cadre administratif et logistique » étaient dissociables du reste de l'arrêté royal du 16 janvier 2003 et si, sans ces mots, le Roi aurait adopté le reste de l'arrêté royal de la même manière. Si la réponse à l'une de ces questions s'était avérée négative, alors le juge du fond n'aurait pas pu refuser d'appliquer les seuls mots « du cadre administratif et logistique », de

sorte que, même à supposer que l'exclusion des membres du cadre opérationnel eût été discriminatoire, le juge du fond n'aurait pas pu leur étendre le bénéfice de la prime Copernic. En revanche, si la réponse à ces deux questions s'était avérée positive et si le juge du fond avait jugé que l'arrêté royal du 16 janvier 2003 était discriminatoire, alors les mots « du cadre administratif et logistique » auraient pu faire l'objet d'un refus d'application sur la base de l'article 159 de la Constitution, de sorte que le bénéfice de la prime Copernic aurait ainsi pu être étendu aux membres du cadre opérationnel. Un tel examen n'aurait sans doute pas été très différent de celui qui résulte des conditions auxquelles la Cour de cassation subordonne la possibilité de combler une lacune législative⁴¹. Dans le cas du refus d'application partiel comme dans celui du comblement d'une lacune, il s'agit en effet d'encadrer adéquatement le pouvoir du juge pour que son intervention reste dans les limites tracées par le principe de la séparation des pouvoirs⁴².

9. Dans l'attente d'un alignement, que nous estimons hautement souhaitable, de la jurisprudence applicable aux lacunes réglementaires sur celle applicable aux lacunes législatives, il reste à la catégorie de personnes privée de manière discriminatoire de l'avantage conféré par un règlement la possibilité de mettre en cause la responsabilité extracontractuelle de l'administration⁴³, en s'appuyant au besoin sur la théorie de la perte d'une chance⁴⁴ en faisant valoir que l'illégalité commise a fait perdre une chance d'obtenir l'avantage en question.

³⁸ Ces conditions ne sont pas formulées exactement de la même manière dans la jurisprudence des chambres francophones et dans celle des chambres néerlandophones. Dans la jurisprudence francophone, le considérant classique est formulé comme suit : « Si le Conseil d'État n'est pas compétent pour prononcer l'annulation partielle d'un acte administratif lorsque celle-ci équivaudrait à la réformation de l'acte attaqué, il en va cependant différemment lorsque les dispositions attaquées ne forment pas, avec celles qui ne sont pas attaquées, un ensemble indissociable. Le Conseil d'État ne méconnaît pas le principe de la séparation des fonctions administrative et juridictionnelle en prononçant l'annulation partielle de l'acte déferé à sa censure, lorsque les dispositions annulées peuvent être dissociées du reste de l'acte et que leur annulation ne modifie pas la portée de la partie qui survit » (C.E., 8 décembre 2020, arrêt *Delsart*, n° 249.176. Dans le même sens, voy. not. C.E., 5 mars 2019, arrêt *O.B.F.G.*, n° 243.878; C.E., 12 mai 2015, arrêt *Fédération wallonne des secrétaires communaux et al.*, n° 231.189). Dans la jurisprudence néerlandophone, le considérant classique est formulé comme suit : « Een reglementair besluit is in beginsel één en ondeelbaar, en kan niet op ontvankelijke wijze gedeeltelijk met een annulatieberoep worden bestreden. Van dit beginsel kan slechts worden afgeweken wanneer blijkt dat de gedeeltelijke vernietiging aan de verzoekende partij volledige genoegdoening geeft in het licht van het door haar aangevoerde belang, en wanneer komt vast te staan dat het vernietigde gedeelte kan worden afgesplitst van de rest van het bestreden besluit en dat de overheid ook afgezien van het vernietigde gedeelte voor het overige dezelfde beslissing zou hebben genomen » (C.E., 10 juillet 2019, arrêt *vzw Belgische vereniging van onafhankelijke agentschappen voor controle van gebouwen*, n° 245.148. Dans le même sens, voy. not. C.E., 28 novembre 2017, arrêt *Verbeeck*, n° 239.982).

³⁹ C.E., 5 janvier 2016, arrêt *Schuermans*, n° 233.393. Sur cet arrêt, voy. S. LUST, « De toepassing van artikel 159 Gw. op een gedeelte van een reglementair besluit », *R.A.B.G.*, 2017, pp. 887-889.

⁴⁰ Pour une invitation faite à la Cour constitutionnelle de s'inspirer de cette jurisprudence du Conseil d'État, voy. K. J. VANDORMAEL, « Het recht als logisch consistent systeem – lacunes in de wetgeving », *op. cit.*, pp. 42-45.

⁴¹ L'on peut à cet égard dresser un parallèle avec ce qu'écrit J.-C. Scholsem à propos des lacunes législatives : « plus l'extension de la règle paraîtra "mécanique", "automatique", commandée par l'esprit du système, de telle manière que le législateur, s'il était appelé à intervenir n'aurait quasiment d'autre choix, plus l'interventionnisme de la Cour [constitutionnelle] paraîtra justifié. Le redressement effectif de l'inconstitutionnalité l'emportera, dans ces hypothèses, sur le souci de ménager la marge de manœuvre de l'organe démocratiquement élu, celle-ci paraissant virtuellement nulle » (J.-C. SCHOLSEM, « La Cour d'arbitrage et les "lacunes législatives" », *op. cit.*, p. 222).

⁴² L'œuvre du juge peut s'avérer tout autant créatrice, jusqu'à atteindre les limites tracées par le principe de la séparation des pouvoirs, s'il refuse d'appliquer quelques mots de la norme que si, pour ainsi dire, il lui en ajoute quelques-uns. S'exprimant à propos de l'office du juge constitutionnel, mais posant un constat qui peut selon nous être transposé *mutatis mutandis* à la mission dont l'article 159 de la Constitution charge tout organe juridictionnel, B. RENAULD souligne que « toute intervention d'un juge constitutionnel perturbe l'ordre législatif, que ce soit en y enlevant ou en y ajoutant. Il faut dès lors me semble-t-il se départir de l'idée qu'une annulation, au sens formel du terme, serait moins attentatoire aux prérogatives du législateur qu'une correction ou un ajout » (B. RENAULD, « Les illusions de l'égalité ou du "nivellement par le bas" à la "lacune" », *op. cit.*, p. 434).

⁴³ Dans l'arrêt commenté, la Cour de cassation a considéré que le juge du fond avait à juste titre déclaré prescrite la demande fondée sur la responsabilité extracontractuelle.

⁴⁴ Pour une étude récente relative à la perte d'une chance, voy. S. GOLDMAN et R. JAFFERALI, « La perte d'une chance à la croisée des chemins – Évolutions et applications jurisprudentielles », *R.G.D.C.*, 2019, pp. 191-211.