

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

XI^e CHAMBRE

A R R Ê T

n° 241.060 du 21 mars 2018

A. 216.300/XI-20.715

En cause : **la s.a. ROCOLUC**,
ayant élu domicile chez
Mes François TULKENS et Maxime VANDERSTRAETEN,
avocats,
boulevard de l'Empereur 3
1000 Bruxelles,

contre :

la Commission des Jeux de Hasard,
ayant élu domicile chez
Me Philippe LEVERT, avocat,
rue Defacqz 78-80
1060 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête, recommandée à la poste le 30 juin 2015, la société anonyme ROCOLUC demande l'annulation « de la décision de la Commission des jeux de hasard, de date inconnue, d'octroyer à la S.A. B&M une licence B+8524 en vue d'exploiter une salle de jeux automatiques en ligne au moyen de l'URL www.betfirst.be ».

II. Procédure

La partie adverse a déposé le dossier administratif.

Le mémoire en réponse et le mémoire en réplique ont été régulièrement déposés.

M. le premier auditeur chef de section Éric THIBAUT a rédigé un rapport, sur la base de l'article 12 de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'État.

Ce rapport a été notifié aux parties.

Les parties ont chacune déposé un dernier mémoire.

Par un arrêt n° 235.744 du 13 septembre 2016, le Conseil d'État a sursis à statuer et a interrogé la Cour constitutionnelle à titre préjudiciel.

Par un arrêt n° 129/2017 du 9 novembre 2017, la Cour constitutionnelle a répondu à la question préjudicielle.

Par une requête du 17 janvier 2018, la société anonyme DERBY a formé une requête en intervention, qui a été rejetée par une ordonnance n° 1089 du 5 février 2018.

Une ordonnance du 19 janvier 2018, notifiée aux parties, a fixé l'affaire à l'audience de la XI^e chambre du 8 février 2018 à 10 heures.

M. le conseiller d'État Yves HOUYET a fait rapport.

Mes François TULKENS et Maxime VANDERSTRAETEN, avocats, comparaisant pour la partie requérante, et Me Philippe LEVERT, avocat, comparaisant pour la partie adverse, ont présenté leurs observations.

M. l'auditeur général adjoint E. THIBAUT a été entendu en son avis conforme.

Il est fait application du titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973.

III. Faits

Les faits sont exposés dans l'arrêt n° 235.744 du 13 septembre 2016. Il convient de s'y référer.

IV. Le moyen unique

Les arguments des parties

Les arguments des parties sont exposés dans l'arrêt n° 235.744 du 13 septembre 2016. Il convient de s'y référer.

À la suite de l'arrêt n° 129/2017 du 9 novembre 2017 de la Cour constitutionnelle, la partie adverse fait valoir que la Cour constitutionnelle a reformulé la question posée par le Conseil d'État, qu'elle n'a pas répondu à la question préjudicielle telle qu'elle

était formulée et a estimé que cette question n'appelait pas de réponse. La partie adverse en déduit que le Conseil d'État doit constater que la question préjudicielle posée n'appelle pas de réponse.

La partie adverse soutient également que la Cour constitutionnelle n'a pas décidé que l'inconstitutionnalité résultait des dispositions de la loi du 7 mai 1999 sur les jeux de hasard, les paris, les établissements de jeux de hasard et la protection des joueurs. Elle considère qu'il résulte de l'arrêt n° 129/2017 que l'inconstitutionnalité concernée est due à une lacune législative extrinsèque qu'il n'appartient pas au Conseil d'État de combler mais bien au législateur. La partie adverse se prévaut à l'appui de son argumentation d'un arrêt n° 118/2017 de la Cour constitutionnelle. Selon la partie adverse, à défaut d'être interdit par une disposition législative, l'octroi contesté de la licence n'est pas illégal.

La requérante fait valoir que « la discrimination constatée par la Cour procède de l'interprétation des dispositions en cause », que « [l]a Cour a à cet égard rappelé qu'elle s'est inscrite dans l'interprétation suggérée par le Conseil d'État : "La Cour répond à la question préjudicielle dans l'interprétation des dispositions en cause retenue par le juge *a quo* selon laquelle les interdictions régissant l'exploitation des jeux de hasard et de paris dans le monde réel ne sont pas applicables à leur exploitation par les instruments de la société de l'information" (B.4.2) », qu'il « résulte des développements de la requête en annulation que cette interprétation ne peut être maintenue : l'interdiction de cumul de plusieurs licences de classes distinctes vaut tant dans le monde physique que le monde virtuel, et tant à l'égard du cumul dans le chef d'un même titulaire que du cumul dans le chef de titulaires distincts », qu'il « y a donc lieu d'interpréter la loi sur les jeux de hasard dans un sens qui ne viole pas les articles 10 et 11 de la Constitution », que « [p]oint n'est besoin, comme le prétend à tort la partie adverse, que la Cour ait explicitement suggéré une interprétation conciliante des dispositions en cause », qu'« [à] titre subsidiaire, il convient en toute hypothèse de tirer les conséquences du constat d'inconstitutionnalité posé par la Cour constitutionnelle », que « [le Conseil d'État] est en effet tenu par la réponse donnée par la Cour constitutionnelle (art. 28, al. 1^{er}, de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle) », que « [l]a partie adverse n'est donc pas recevable à remettre en cause les prémisses de l'arrêt de la Cour », que « [d]ans son arrêt précité, la Cour constitutionnelle a constaté une violation des articles 10 et 11 de la Constitution en ce que la loi du 7 mai 1999 "n'interdit pas le cumul de plusieurs licences supplémentaires de classes distinctes (A+, B+ et F1+) pour l'exploitation de jeux de hasard et de paris via un seul et même nom de domaine et les URL associées" », que « [l]a Cour a par conséquent décelé une lacune inconstitutionnelle », que « [d]ès lors que la Cour constitutionnelle a

refusé de faire application de l'article 28, al. 2, de la loi spéciale pour moduler dans le temps les effets de sa décision, le constat d'inconstitutionnalité qu'elle a prononcé vise la loi sur les jeux de hasard telle qu'elle était applicable depuis son entrée en vigueur », que « [c]ette lacune affecte l'ensemble de la loi du 7 mai 1999, car aucune de ses dispositions ne contient, selon la Cour, l'interdiction de cumul qui doit prévaloir en ligne », qu' « [il] est dès lors sans pertinence d'observer, comme le fait la partie adverse, que la Cour n'a pas explicitement visé l'inconstitutionnalité des articles 4, 6, 34, 43/4 et 43/8 de la loi du 7 mai 1999, dont la violation avait été invoquée dans le cadre des présents recours », qu' « [i]l convient de constater que la Cour a expressément visé les dispositions précitées dans ses considérants B.1.2 à B.1.5, de sorte qu'il ne fait pas de doute que l'inconstitutionnalité décelée par la Cour affecte notamment les articles 4, 6, 34, 43/4 et 43/8 », que « [d]ès lors que la Cour a décelé une lacune, il appartient au Conseil d'État de la combler, sans devoir attendre une éventuelle intervention du législateur », que « conformément à la jurisprudence 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" », que « [c]ette jurisprudence rejoint celle de la Cour constitutionnelle et consacre le droit et même l'obligation pour le juge de combler les lacunes "auto-réparatrices", c'est-à-dire celles qu'il est à même de combler sans une intervention législative », que « [l]a jurisprudence précitée vise également les lacunes dites "extrinsèques", c'est-à-dire celles qui ne sont pas directement liées au contenu de la norme juridique considérée, mais à l'absence d'une norme comparable », que « l'arrêt de la Cour constitutionnelle du 9 novembre 2017 a exprimé un constat d'inconstitutionnalité en des termes suffisamment précis et complets », qu' « [il] ressort en effet de cet arrêt que c'est l'absence d'interdiction de cumul qui fait naître cette inconstitutionnalité (cf. dispositif : "En ce qu'elle n'interdit pas le cumul...") et que votre Conseil peut et doit remédier à cette lacune inconstitutionnelle en prévoyant une telle interdiction », que « [l]es actes attaqués organisent une situation de cumul qui est contraire à l'interdiction précitée, de sorte qu'ils doivent être annulés », qu' « [à] titre encore plus subsidiaire, il s'impose au minimum de constater que les actes attaqués reposent sur une norme inconstitutionnelle, ce qui suffit à justifier leur annulation, indépendamment de la question du comblement de la lacune constatée par la Cour constitutionnelle », et que « les actes attaqués n'abordent pas la problématique du cumul entre des licences de classes distinctes, de sorte qu'ils ne sont pas adéquatement motivés en la forme ».

La décision du Conseil d'Etat

À la demande de la partie requérante, le Conseil d'État a posé à la Cour constitutionnelle la question préjudicielle suivante :

« La loi du 7 mai 1999 sur les jeux de hasard, les paris, les établissements de jeux de hasard et la protection des joueurs, notamment ses articles 4, 6, 34, 43/4 et 43/8, viole-t-elle les articles 10 et 11 de la Constitution interprétée en ce sens qu'elle permettrait à un ou plusieurs titulaires de cumuler plusieurs licences supplémentaires de classes distinctes (A+, B+ et F1+) pour l'exploitation de jeux de hasard via un seul et même nom de domaine (et les URL associées), alors qu'un tel cumul n'est pas autorisé dans le chef des titulaires de licences A, B ou F1, lesquels ne peuvent pas exploiter des établissements de jeux de hasard de classes distinctes en un seul et même lieu physique ? ».

Par un arrêt n° 129/2017 du 9 novembre 2017, la Cour constitutionnelle a répondu qu' « [e]n ce qu'elle n'interdit pas le cumul de plusieurs licences supplémentaires de classes distinctes (A+, B+ et F1+) pour l'exploitation de jeux de hasard et de paris via un seul et même nom de domaine et les URL associées, la loi du 7 mai 1999 sur les jeux de hasard, les paris, les établissements de jeux de hasard et la protection des joueurs viole les articles 10 et 11 de la Constitution ».

La Cour constitutionnelle a estimé que la question préjudicielle posée n'appelait pas de réponse uniquement en ce qui concerne la situation d'une personne bénéficiant de plusieurs licences supplémentaires de classes distinctes. Cette situation prévaut dans l'affaire n° 217.055/XI-20.822 mais non dans la présente affaire dans laquelle le cumul litigieux résulte de l'exploitation de paris et de jeux de hasard au moyen de l'URL www.betfirst.be par deux sociétés différentes bénéficiant de licences supplémentaires de classes distinctes.

En l'espèce, la Cour constitutionnelle a répondu à la question préjudicielle et a décidé que la loi précitée du 7 mai 1999 viole les articles 10 et 11 de la Constitution en n'interdisant pas le cumul de plusieurs licences supplémentaires de classes distinctes pour l'exploitation de jeux de hasard et de paris au moyen d'un seul et même nom de domaine et les URL associées.

Le constat de la lacune jugée inconstitutionnelle est exprimé en des termes suffisamment précis et complets. Cette lacune résulte de ce qu'aucune disposition de la loi du 7 mai 1999 ne formule, pour les instruments de la société de l'information, une interdiction comparable à celle prévue par les articles 34 et 43/4 pour les établissements de jeux de hasard. S'il n'appartient pas au Conseil d'État, en l'absence de constat d'inconstitutionnalité, de formuler une interdiction qu'aucune

des normes invoquées à l'appui du moyen n'édicte, il lui revient par contre dans la présente affaire de mettre fin aux conséquences de l'inconstitutionnalité constatée en annulant la décision entreprise qui permet le cumul de plusieurs licences supplémentaires de classes distinctes (B+ et F1+) pour l'exploitation de jeux de hasard et de paris via un seul et même nom de domaine et les URL associées, alors que le respect des articles 10 et 11 de la Constitution requiert l'interdiction d'un tel cumul.

En tant qu'il est pris de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution, le moyen unique est donc fondé.

V. Maintien des effets de l'acte annulé

Les arguments des parties

La partie adverse fait valoir que « [d]ès lors qu'aucune instruction complémentaire ne serait ordonnée conduisant à la rédaction d'un rapport par l'Auditorat et d'un dernier mémoire par la partie adverse, celle-ci se voit dès lors privée de la faculté de solliciter le maintien des effets de l'acte annulé, alors même que votre Conseil est constitué comme un tribunal indépendant et impartial répondant aux prescriptions de l'article 6, § 1^{er}, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales », qu' « [a]u même titre que pour un autre justiciable, et dans le respect des articles 10 et 11 de la Constitution et de cet article 6, il faut admettre que la partie adverse puisse postuler, par le présent mémoire complémentaire, le maintien des effets de l'acte annulé, si la faculté ne lui est pas offerte par le dépôt d'un dernier mémoire sur rapport de l'auditorat rédigé suite à l'arrêt n° 129/2017 », que « [l]a partie adverse n'a pas, en effet, à souffrir d'une lacune du Règlement de procédure », que « [l]a partie adverse postule le maintien des effets de l'acte annulé au motif, d'une part, qu'il ne convient pas de pénaliser financièrement les exploitants de jeux de hasard concernés à raison de la lacune dénoncée par la Cour constitutionnelle, ce alors même que votre Conseil avait conclu à l'absence de fondement du moyen, objet du renvoi préjudiciel », que « [c]es derniers n'ont pas pu anticiper l'arrêt de la Cour constitutionnelle, d'autant que comme exposé ci-dessus, la Cour a reformulé la question dont elle avait été saisie », que « [d]'autre part, comme l'enseigne votre arrêt HERBRAND, n° 235.378, du 7 juillet 2016, "Il a ainsi été précisé, au cours des travaux parlementaires qui ont précédé l'adoption de la loi du 20 janvier 2014 précitée que le recours à cette mesure exceptionnelle peut être envisagé lorsque le caractère rétroactif d'un arrêt d'annulation pourrait avoir des conséquences disproportionnées ou mettre en péril notamment la sécurité juridique, dans certaines circonstances" [...] La Cour constitutionnelle a de même insisté sur le juste équilibre

qui doit être respecté entre "l'importance de remédier à chaque situation contraire au droit et le souci de ne plus mettre en péril, après un certain temps, des situations existantes et des attentes suscitées" [...] », que « [...] outre l'argument des attentes légitimes, il faut bien observer qu'indépendamment de la partie adverse, les intérêts de la requérante et des bénéficiaires des actes attaqués relèvent de la pure concurrence commerciale, laquelle du reste n'a jamais été réellement établie », que « [...] il faut bien observer qu'une annulation avec effet rétroactif et effet immédiat de l'acte annulé aurait pour le titulaire de la licence des conséquences pécuniaires sans aucune mesure de comparaison avec le bénéfice immédiat et direct que la requérante pourrait en retirer », que « [...] il est clair qu'en égard aux investissements et des gains en jeu, le titulaire de la licence annulée ne manquera pas de se retourner contre la partie adverse pour mettre en cause sa responsabilité », que « [...] celle-ci est une autorité administrative dépourvue de toute personnalité juridique, c'est donc l'Etat belge et donc les finances publiques qui risquent d'être mises à mal », et que « [l]a partie adverse postule le maintien des effets de l'acte annulé pour une période de six mois, le temps nécessaire au législateur de remédier à la lacune dénoncée par la Cour constitutionnelle ».

La requérante expose que « la partie adverse sollicite le maintien des effets des actes annulés », que « [c]ette demande est tout d'abord irrecevable, car elle n'a pas été formulée au plus tard dans le dernier mémoire de la partie adverse », que « [l]a partie adverse ne justifie en effet pas pourquoi elle n'a pas formulé une telle demande dans son dernier mémoire précédant [les] arrêts interlocutoires et l'arrêt de la Cour constitutionnelle », qu' « [u]ne demande similaire avait été formulée devant la Cour constitutionnelle – par une autre partie que la partie adverse –, mais a été rejetée pour le motif suivant : "Le maintien des effets doit être considéré comme une exception à la nature déclaratoire de l'arrêt rendu au contentieux préjudiciel. Avant de décider de maintenir les effets des dispositions en cause, la Cour doit constater que l'avantage découlant du constat d'inconstitutionnalité non modulé est disproportionné par rapport à la perturbation que celui-ci impliquerait pour l'ordre juridique, ce qui n'est pas le cas en l'espèce" (B.10.2) », que « [p]ar identité de motif, et vu l'autorité de chose jugée de l'arrêt de la Cour, votre Conseil doit également rejeter la demande de maintien des effets des actes annulés », que « [c]ontrairement à ce que prétend la partie adverse au point 4.2 de son "mémoire complémentaire", les arrêts interlocutoires [du Conseil d'État] n'avaient pas conclu à l'absence de fondement du moyen : ils ont proposé leur interprétation des dispositions en cause et sursis à statuer dans l'attente de l'arrêt de la Cour constitutionnelle », que « [l]a Cour constitutionnelle n'a du reste pas reformulé la question posée par le Conseil d'État, sous réserve de la distinction opérée entre les situations de cumul dans le chef d'un même titulaire ou de titulaires différents », que « [l]es bénéficiaires des licences

querellées pouvaient donc anticiper les conséquences de l'arrêt de la Cour constitutionnelle, ainsi que ceux des arrêts à rendre par [le Conseil d'État] », que « selon le site d'information spécialisé "www.casinosbelgie.be", plusieurs opérateurs s'apprêtent déjà à se conformer à l'arrêt de la Cour constitutionnelle en scindant leurs activités sur des sites internet distincts », qu'« [i]l n'est pas non plus exact "qu'une annulation avec effet rétroactif et effet immédiat de l'acte annulé aurait pour le titulaire de la licence des conséquences pécuniaires sans aucune mesure de comparaison avec le bénéfice immédiat et direct que la requérante pourrait en retirer" », que « [l]a partie requérante subit depuis des années la concurrence déloyale (car illégale) de l'ensemble des titulaires de licences cumulées », que « [les] arrêts interlocutoires du 13 septembre 2016 ont reconnu l'existence de ce lien de concurrence et l'intérêt de la requérante à faire cesser l'avantage que ses concurrents tirent d'un cumul illégal », et que « [le] Conseil n'a pas à tenir compte de potentielles réclamations pour faute de l'Etat ou de la Commission, dans le cadre d'une demande de maintien des effets irrecevable et qui ne peut être accordée vu l'arrêt de la Cour constitutionnelle ».

Appréciation

L'article 14, alinéa 3, du règlement général de procédure prévoit que « La demande visant au maintien des effets de l'acte ou du règlement attaqué, en application de l'article 14^{ter} des lois coordonnées, est formulée au plus tard dans le dernier mémoire ».

Contrairement à ce que soutient la partie adverse, elle eût pu demander le maintien des effets de l'acte attaqué dans son dernier mémoire. La partie adverse connaissait la demande de question préjudicielle formée par la requérante. Elle ne pouvait ignorer l'obligation qu'avait le Conseil d'État de soumettre cette question à la Cour constitutionnelle et le risque que le Conseil d'État dût annuler la décision entreprise à la suite de l'arrêt de la Cour constitutionnelle. En outre, le rapport de l'auditorat déposé le 24 février 2016 concluait à l'annulation de l'acte attaqué.

Si la partie adverse entendait demander le maintien des effets de l'acte attaqué, il lui appartenait de le faire dans son dernier mémoire comme l'exige l'article 14, alinéa 3, précité.

La circonstance que la partie adverse ne puisse plus former une telle demande à ce stade de la procédure n'est pas dû au fait qu'elle serait privée des droits conférés aux autres justiciables mais à son abstention de formuler cette demande dans son dernier mémoire alors qu'elle était en mesure de le faire.

La présente demande de maintien des effets de l'acte attaqué est donc tardive et irrecevable.

VI. Indemnité de procédure

La partie requérante sollicite l'octroi d'une indemnité de procédure au montant de base.

Dès lors que la partie requérante a obtenu gain de cause, il y a lieu de lui accorder l'indemnité de procédure demandée,

PAR CES MOTIFS, LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :

Article 1^{er}.

La décision prise le 6 mai 2015 par la Commission de jeux de hasard de délivrer une licence supplémentaire B+ à la S.A. B&M pour l'exploitation de jeux de hasard par le biais de l'URL www.betfirst.be est annulée.

Article 2.

Une indemnité de procédure de 700 euros est accordée à la partie requérante, à charge de la partie adverse.

Les autres dépens, liquidés à la somme de 200 euros, sont mis à charge de la partie adverse.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la XI^e chambre, le vingt et un mars deux mille dix-huit par :

Mme Colette DEBROUX,	président de chambre,
M. Luc CAMBIER,	conseiller d'État,
M. Yves HOUYET,	conseiller d'État,
M. Xavier DUPONT,	greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Xavier DUPONT

Colette DEBROUX