



Association of the Councils of State and Supreme Administrative Jurisdictions of the European Union i.n.p.a.

Association des Conseils d'Etat et des Juridictions administratives suprêmes de l'Union européenne a.i.s.b.l.

ACA-Europe



Avec la collaboration de la Cour administrative de la République de Croatie

**LE NOUVEAU SYSTÈME JURIDICTIONNEL
ADMINISTRATIF CROATE DANS LA PERSPECTIVE
DE L'ADHESION A L'UNION EUROPEENNE :
ECHANGE D'EXPERIENCES EUROPEENNES**

DUBROVNIK

26 mai 2011

(Interprétation simultanée Français/Anglais/Croate)

Conférence organisée avec le soutien de la Commission européenne



Brève présentation du contrôle de légalité des actes administratifs à caractère réglementaire en Belgique

Michel PAQUES

Conseiller d'Etat
Professeur extraordinaire à l'Université de Liège

Sommaire

Introduction

I.- Les voies de la critique de l'acte réglementaire

A.- La critique à titre principal

B.- La critique de l'acte réglementaire par voie incidente

II.- La sanction de l'illégalité des actes réglementaires

A.- L'étendue de la constatation de l'illégalité

B.- La responsabilité de l'administration dans l'exercice de la fonction réglementaire

Conclusion

Introduction

1.- Acte réglementaire et acte individuel

La distinction des actes administratifs réglementaires et des actes administratifs à portée particulière ou individuelle est importante en droit belge, car l'appartenance d'un acte à l'une ou l'autre catégorie détermine l'application de plusieurs règles et principes. L'opération de classement n'est pas toujours aisée¹. On reconnaît par exemple qu'il y a des actes hybrides² et des actes qui sont seulement individuels ou réglementaires au sens de telle ou telle disposition législative³. Cependant, le système est presque exclusivement binaire⁴. La troisième voie, celle de l'acte « non réglementaire »⁵, semble peu utilisée en droit belge⁶.

¹ Par exemple, les critères utilisés et le raisonnement tenu in C.E., 16 décembre 2010, DUTRON et a., 209.810.

² Un exemple type est le permis de lotir, à la fois autorisation individuelle de diviser un bien et règlement du lotissement créé.

³ Par exemple, le cas des projets d'arrêtés à caractère réglementaire « au sens de l'article 3 des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées du 12 janvier 1973 », qui doivent être soumises à l'avis préalable de la section de législation du Conseil d'Etat quand ils émanent du gouvernement fédéral, communautaire ou régional.

⁴ M. LEROY, *Les règlements et leurs juges*, Bruxelles, Bruylant, 1987, n°11.

⁵ Les mots non réglementaires sont parfois utilisées pour baliser le champ d'application de l'article 159 de la Constitution (Cass., 10 juin 1926, Pas., 1927, I, p. 12 ; Cass. 21 avril 1988, Pas. 1988, I, p. 983 ; R.C.J.B., 1990, p. 402, note Ph. QUERTAINMONT), examiné plus loin, présenté comme visant à la fois les actes administratifs et les actes réglementaires (F.-X. BARCENA, *Le champ d'application normatif du contrôle de légalité*, in *L'article 159 de la Constitution et le contrôle de légalité incident*, Dir. Marc Nihoul, Bruxelles, La Charte, 2010, pp. 103 et s., sp. n°4).

⁶ M. PAQUES, *De l'acte unilatéral au contrat dans l'action administrative*, Bruxelles, Story-Scientia, 1991, n°s 4 et s.

2.- Contentieux administratif en Belgique

En Belgique, les moyens de prévenir et régler les contestations entre l'administration et les administrés sont nombreux. La participation et la motivation sont des modes de prévention des litiges fort développés. La première concerne beaucoup d'actes réglementaires ; la seconde ne concerne systématiquement que les actes individuels depuis une loi du 29 juillet 1991⁷. Les actes réglementaires ne sont motivés en la forme que si une disposition particulière l'exige. La médiation connaît un certain succès à côté des méthodes traditionnelles de recours devant l'administrateur actif et les juridictions⁸.

L'objet de cette contribution est limité au contentieux administratif juridictionnel. Le contrôle juridictionnel ne porte que sur la légalité des actes administratifs et non sur leur opportunité. Il est partagé entre les juridictions ordinaires et les juridictions administratives.

3.- Paysage juridictionnel belge

Les juridictions ordinaires sont créées par la Constitution elle-même, dès l'origine, en 1831. Ce sont les « cours et tribunaux » ou encore les « juridictions judiciaires ». La Cour de cassation est au sommet de la hiérarchie des juridictions judiciaires.

La Constitution ne crée pas elle-même les juridictions administratives⁹. Elle permet à la loi de les créer¹⁰. Il existe de nombreuses juridictions administratives¹¹. A leur sommet, le Conseil d'Etat a pris place en 1946¹². Sa position éminente parmi les juridictions administratives tient à ce qu'il connaît, en principe, des recours en cassation dirigés contre les décisions des juridictions administratives, à côté du recours en annulation des actes non juridictionnels des autorités administratives. Il a fallu attendre la révision constitutionnelle de 1993 pour que le Conseil d'Etat trouve sa place dans la Constitution (art. 160).

4.- Contentieux administratif des droits subjectifs et contentieux administratif objectif

⁷ Loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs qui impose aux autorités administratives définies à l'article 14 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat une obligation de motivation formelle de leurs actes administratifs à portée individuelle (voy. une présentation générale de la loi par Xavier DELGRANGE et Bruno LOMBAERT, La loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs : question d'actualité in La motivation formelle des actes administratifs, sous la direction scientifique de P. JADOUL et S. van DROOGHENBROECK, Bruxelles, La Charte, 2005, p. 1 et s.).

⁸ Dernièrement, E. LANCKSWEERDT, Naar een faciliterende wetgeving voor bemiddeling met openbare besturen, T.B.P., 2010, pp. 511 et s.

⁹ A l'exception toutefois de la Cour des comptes qui a des fonctions juridictionnelles accessoires.

¹⁰ Il s'agit dans le principe de la loi fédérale. Les Communautés et Régions n'ont pas cette compétence de créer des juridictions. Elles peuvent toutefois créer des juridictions en empiétant sur la compétence de l'Etat par l'utilisation des compétences implicites qui leurs sont attribuées. La Cour constitutionnelle a reconnu la constitutionnalité du procédé (C.C., 27 janvier 2011, 8/2011 ; T.B.P., 2011, pp. 195 et s., note J. VANPRAET, Deelstatelijke administratieve rechtscolleges : enkele beschouwingen bij het arrest nr 8/2011 van het Grondwettelijkhof).

¹¹ On a estimé qu'elles étaient au nombre de 250 avant la réforme judiciaire de 1967 et que, en 1995 il y a en Belgique quelque 65 juridictions contentieuses, SIRJACOBS, I. et VANDEN BOSCH, H., "[Introduction sur le contentieux administratif](#)", dans [Les juridictions administratives en Belgique depuis 1795](#), Bruxelles, [Archives générales du Royaume](#), 2006, 84-127, en traduction, note 4. En 2008, M. M. LEROY fait état de plusieurs centaines de juridictions administratives (M. LEROY, Contentieux administratif, Bruxelles, Bruylant, 4^{ème} Ed., 2008, p. 124).

¹² Le Conseil d'Etat a été créé par la loi du 23 décembre 1946. Cette loi et les lois qui l'ont modifiée ont été coordonnées le 12 janvier 1973. Il est depuis lors question des « lois sur le Conseil d'Etat coordonnées le 12 janvier 1973 » modifiées à plus de quarante reprises (par la suite LCCE).

Les juridictions ordinaires connaissent des contentieux des droits subjectifs. Il n'y a, en droit belge, que deux catégories de droits: les droits civils et les droits politiques. Les « droits civils » que l'administré fait valoir contre l'administration relèvent exclusivement des cours et tribunaux. Les « droits politiques » que les administrés revendiquent contre l'administration relèvent aussi des cours et tribunaux, mais en principe seulement. Le législateur peut en effet attribuer la connaissance de droits politiques à des juridictions administratives qu'il crée. Tel est le cas, par exemple, pour certains droits électoraux. Dans le cadre des contentieux portant sur les droits civils ou politiques, l'article 159 de la Constitution impose aux juridictions d'exercer un contrôle de légalité des actes administratifs individuels ou réglementaires applicables.

Il existe, dans le droit belge, un autre type de contentieux qui ne porte pas sur des droits subjectifs et où l'on cherche seulement la sanction de la légalité objective des actes administratifs. L'intéressé fait alors le procès à un acte et en demande l'annulation. Tel est le principal contentieux confié au Conseil d'Etat, à l'article 14 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat. Ce recours en annulation des actes des autorités administratives, présenté aussi comme le « recours pour excès de pouvoir », est un mode de contrôle des actes administratifs qui vient s'ajouter, sans retrancher, aux mécanismes déjà créés dans le contentieux des droits¹³. Il concerne les actes individuels et réglementaires.

A titre de complément au recours en annulation, le Conseil d'Etat a la compétence de suspendre, en référé, l'exécution des actes des autorités administratives, tant individuels que réglementaires^{14 15}.

6.- Plan

On présentera d'abord les voies de la critique de légalité du règlement (I). Il s'agit, sans surprise, du recours directement dirigé contre le règlement (A) et de la contestation par voie incidente (B). Ensuite, quelques aspects des effets de la constatation juridictionnelle de l'illégalité de l'acte règle seront examinés (II) : l'étendue de la constatation de l'illégalité, par voie incidente ou principale (A) et les perspectives d'indemnisation qu'offre le droit belge de la responsabilité. Ce sera l'occasion d'évoquer les relations entre l'illégalité et la faute (B).

I.- Les voies de la critique de l'acte réglementaire

A.- La critique à titre principal

7.- Recours en annulation contre les actes réglementaires

Le législateur règle le recours en annulation à l'article 14 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat. Il précise explicitement que la demande d'annulation peut viser tant les « actes » que les « règlements ». Il s'agit pour l'essentiel des actes et règlements accomplis par les autorités

¹³ Tel est aussi pour partie le contentieux confié au Conseil du contentieux des étrangers, tantôt contentieux de droits politiques, tantôt contentieux objectif de légalité (Art. 39/2 de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers).

¹⁴ En principe les deux demandes sont formulées dans une requête unique. Il en va autrement dans le référé d'extrême urgence où la demande de suspension peut être introduite avant la requête en annulation.

¹⁵ Le Conseil d'Etat connaît aussi d'autres contentieux: le contentieux de cassation des décisions des juridictions administratives, quelques contentieux particuliers portant sur des droits politiques et un contentieux en équité portant sur l'indemnisation de préjudices exceptionnels. Ils sont cités pour mémoire.

administratives. Viennent s'y ajouter les actes et règlements de certaines autres autorités de l'Etat que le législateur désigne sans les qualifier d'autorités administratives¹⁶.

8.- Conception étendue de la légalité mais pas l'opportunité

Ce même article 14 contient une liste des éléments de validité de l'acte administratif que le Conseil d'Etat peut contrôler. L'énumération n'est toutefois pas complète. Il s'agit en réalité de toute la légalité des actes administratifs individuels ou réglementaires, tant externe (compétence, formes et procédures) qu'interne (motifs, objet et but), en ce compris le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation et de la proportionnalité. En revanche, le juge ne sanctionne pas l'opportunité de l'acte.

9.- L'intérêt personnel au recours conçu de manière large

Alors que le recours au juge judiciaire est centré sur la protection des droits subjectifs, le recours pour excès de pouvoir tend à la restauration de la légalité. Ce recours aurait pu être populaire, comme le permet, en toute logique, son *caractère objectif*. Il n'est cependant ouvert qu'à celui qui fait valoir un intérêt à la disparition de l'acte. La condition d'intérêt est là pour des raisons pratiques.

Pour agir en annulation de manière recevable, le requérant doit justifier d'une lésion ou d'un intérêt (art. 19, LCCE). Il faut que l'annulation profite au requérant qui peut être une personne physique ou morale, de droit privé ou de droit public. Cet intérêt doit persister jusqu'au prononcé de l'annulation. L'intérêt doit être personnel, direct, certain, actuel, légitime. Ces caractères de l'intérêt dégagés par la jurisprudence sont appréciés tout en nuances au fil de la pratique. On se réfère aux exposés spécialisés¹⁷.

L'intérêt reçoit une interprétation large, tout particulièrement dans le cas de recours contre les règlements. Il suffit que le requérant montre que sa situation est affectée par ce règlement. Par exemple, l'arrêt du 19 octobre 2001, LANNOYE, 99961, est remarquable par la conception de la notion d'intérêt à agir qui y est développée. Les requérants attaquaient un arrêté royal réglementaire fixant des normes d'exposition aux ondes électromagnétiques provoquées par les antennes relais de téléphonie mobile. Ils critiquaient ces normes comme trop élevées. La partie adverse, l'Etat belge, soutenait que la demande était irrecevable parce que les requérants ne démontraient pas concrètement que leur situation personnelle était directement affectée par l'acte attaqué, que leur habitation se trouvait à proximité d'une antenne GSM et qu'ils étaient particulièrement exposés aux normes autorisées par l'acte attaqué. L'Etat

¹⁶ Art. 14. § 1er. La section statue par voie d'arrêts sur les recours en annulation pour violation des formes soit substantielles, soit prescrites à peine de nullité, excès ou détournement de pouvoir, formés contre les actes et règlements :

1° des diverses autorités administratives;

2° des assemblées législatives ou de leurs organes, en ce compris les médiateurs institués auprès de ces assemblées, de la Cour des comptes et de la Cour d'arbitrage, du Conseil d'Etat et des juridictions administratives ainsi que des organes du pouvoir judiciaire et du Conseil supérieur de la Justice relatifs aux marchés publics et aux membres de leur personnel.

L'article 159 de la Constitution s'applique également aux actes et règlements visés au 2°.

¹⁷ Not. M. DUMONT, Variations sur le thème de l'intérêt, A.P.T., 1999, pp. 85 à 118 ; P. LEWALLE et L. DONNAY, Contentieux administratif, Bruxelles, Larcier, 2008, pp. 778 et s. ; M. LEROY, o.c., 2008, pp. 510 et s. ; David RENDERS, Droit administratif, T. III, Le contrôle de l'administration, Bruxelles, Larcier, 2010, n°342 ; J. BAERT et G. DEBERSAQUES, Raad van State, Ontvankelijkheid, Bruges, La Chartre, 1996 ; A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME et J. VANDE LANOTTE, Overzicht van het Belgisch administratief recht, Malines, Kluwer, 2009, pp. 1017 et s.

soutenait aussi que les requérants n'invoquaient aucune atteinte à leur santé qui serait liée à l'exécution de l'acte attaqué et qu'ils reconnaissent eux mêmes que leur situation n'était pas différente de celle de n'importe quel citoyen du Royaume. Le Conseil d'Etat observe que la condition d'intérêt prévue par la loi est seulement destinée à éviter le recours populaire. Il déclare alors le recours recevable en jugeant de la manière suivante :

« Considérant que, selon le Rapport au Roi relatif à l'arrêté attaqué, "partout dans le monde, la population est préoccupée par le fait qu'une exposition à des champs électromagnétiques (EMF) provenant de sources telles que les lignes à haute tension, les installations radars, les téléphones portables et les antennes relais de téléphonie mobiles puissent porter atteinte à la santé"; que, compte tenu de cet énoncé et s'agissant particulièrement d'une réglementation destinée à protéger la santé publique et l'environnement contre les effets nocifs et les nuisances, connues et inconnues, provoquées par les radiations non ionisantes, les infrasons et les ultrasons, de nature à être provoquées par les antennes GSM, il faut admettre que les requérants ont un intérêt suffisant à en contester la légalité »¹⁸.

10.- Intérêt collectif

L'intérêt collectif que se donnent des associations personnalisées est admis par la jurisprudence, à certaines conditions¹⁹. Elles peuvent ainsi contester des actes réglementaires dont le contenu est en relation avec l'objet social qu'elles se donnent librement. Par exemple, est admis l'intérêt de l'association sans but lucratif « L'ESPOIR à Wavre-nord » à attaquer l'arrêté portant modification du plan de secteur de Wavre²⁰. Ou encore les associations sans but lucratif « Ligue des droits de l'Homme », « Mouvement contre le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie » sont recevables à critiquer l'arrêté royal du 2 août 2002 fixant le régime et les règles de fonctionnement applicables aux lieux situés sur le territoire belge, gérés par l'office des étrangers, où un étranger est détenu, mis à la disposition du gouvernement ou maintenu, en application des dispositions citées dans l'article 74/8, § 1^{er}, de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers »²¹.

11.- Recours contre la carence réglementaire

La carence dans l'exercice de la fonction réglementaire peut aussi être sanctionnée par l'annulation de la décision implicite circonstanciée qui résulte du silence persistant de l'administration quatre mois après une mise en demeure par un intéressé²².

¹⁸ Le recours est rejeté pour défaut de préjudice grave difficilement réparable lié à l'exécution immédiate de l'acte attaqué. L'arrêté est annulé par l'arrêt C.E., 15 décembre 2004, A.S.B.L. TESLABEL COORDINATION, 138471, Am.-Env., 2005/3, p. 202 qui accueille largement l'intérêt de cette A.S.B.L.

¹⁹ A ce sujet une intéressante étude dans l'avis du Conseil d'Etat du 9 mars 2010 sur la proposition de loi modifiant les lois coordonnées sur le Conseil d'Etat en vue d'accorder aux associations le droit d'introduire une action d'intérêt collectif, in Doc. Parl. Ch., 52-1939.

²⁰ C.E., 11 septembre 2000, DELSTANCHE et a., 89585 ; C.E. 17 décembre 2009, A.S.B.L. GREZ DOICEAU URBANISME ET ENVIRONNEMENT, 199.055.

²¹ C.E., 10 décembre 2008, L'A.S.B.L. LIGUE DES DROITS DE L'HOMME et L'A.S.B.L. MOUVEMENT CONTRE L'ANTISEMITISME ET LA XENOPHOBIE, 188.705.

²² Article 14, §3, des lois coordonnées : « Lorsqu'une autorité administrative est tenue de statuer et qu'à l'expiration d'un délai de quatre mois prenant cours à la mise en demeure de statuer qui lui est notifiée par un intéressé, il n'est pas intervenu de décision, le silence de l'autorité est réputé constituer une décision de rejet susceptible de recours. Cette disposition ne préjudicie pas aux dispositions spéciales qui établissent un délai différent ou qui attachent des effets différents au silence de l'autorité administrative » ; C.E., 6 novembre 1985, BOITQUIN, 25.814, A.P.T., 1986, p. 80 et s., obs. M. LEROY, Une arme nouvelle contre l'inertie du pouvoir, le recours contre la carence réglementaire.

12.- Délai de recours

Devant le Conseil d'Etat, le recours contre un acte n'est recevable que s'il est introduit dans le délai légal²³. Les règlements sont publiés et c'est la date de la publication qui fait courir le délai de recours. A l'expiration du délai, les recours dirigés contre le règlement ne sont plus recevables et le principe de la sécurité juridique l'emporte alors sur la légalité. Pas complètement cependant, car l'illégalité du règlement peut encore être dénoncée par voie incidente et cela sans limitation de délai. Nous y reviendrons.

13.- Publication du recours

L'article 3quater du règlement de procédure²⁴ dispose comme suit : « Lorsque le Conseil d'Etat est saisi d'un recours en annulation d'un règlement, le greffier en chef fait publier au Moniteur belge en français, néerlandais, et allemand, un avis indiquant l'identité de la partie requérante ainsi que le règlement dont l'annulation est demandée ».

14.- Référé administratif contre les actes réglementaires

L'introduction du recours en annulation n'a pas pour effet de suspendre l'exécution de l'acte attaqué. Le requérant peut demander au Conseil d'Etat de prononcer en référé la suspension de l'exécution du règlement attaqué²⁵. Cette suspension n'a lieu que si le juge l'ordonne. Un système de suspension automatique dès l'introduction du recours a très rapidement été abandonné en raison des inconvénients qu'il présentait pour la continuité de l'action administrative²⁶. Le requérant introduit sa demande de suspension dans une requête unique en suspension et en annulation. S'il agit en référé d'extrême urgence il peut toutefois introduire la demande de suspension avant sa requête en annulation.

A l'heure actuelle, pour pouvoir prononcer la suspension de l'exécution d'un acte individuel ou réglementaire, le Conseil d'Etat doit constater que le requérant fait valoir à la fois des moyens sérieux et un risque de préjudice grave difficilement réparable causé par l'exécution immédiate de l'acte attaqué. Cette condition traduit la volonté du législateur de préserver l'effet utile de l'annulation tout en maintenant au référé un caractère exceptionnel. Elle ne se confond pas avec l'intérêt au recours qui demeure nécessaire et préalable. Ainsi dans l'arrêt LANNOYE, précité, on lit que les requérants avaient un intérêt suffisant à agir, mais qu'ils n'ont pu montrer que l'exécution immédiate du règlement risquait de leur causer un préjudice grave difficilement réparable.

B.- La critique de l'acte réglementaire par voie incidente

15.- Contestation incidente dans le contentieux des droits

²³ « Les recours visés à l'article 14, §§ 1er et 3 des lois coordonnées sont prescrits soixante jours après que les actes, règlements ou décisions incriminés ont été publiés ou notifiés. S'ils ne doivent être ni publiés ni notifiés, le délai court à dater du jour où le requérant en aura eu connaissance » (Art. 4, al. 3, de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat).

²⁴ Il s'agit de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat

²⁵ Art. 17, LCCE.

²⁶ Le recours en référé eut des effets suspensifs de plein droit pendant une brève période rapidement close après l'observation de l'inadéquation du système (arrêté royal du 27 octobre 1989, modifié par l'arrêté royal du 6 décembre 1990 puis par l'arrêté royal du 10 juillet 1991).

A l'occasion d'une contestation portant sur des droits, le juge saisi, qu'il s'agisse du juge ordinaire ou d'un juge administratif compétent en matière de droits politiques, exerce un contrôle de la régularité des actes administratifs qui sont invoqués.

Cette compétence du juge est établie par la Constitution depuis l'indépendance du pays. L'article 159 dispose que « Les cours et tribunaux n'appliqueront les arrêtés et règlements généraux, provinciaux et locaux, qu'autant qu'ils seront conformes aux lois ». Cet article est une manière de canaliser la résistance à l'oppression administrative²⁷. La rédaction du texte n'a pas été adaptée à structure fédérale de l'Etat²⁸, ce qui n'a pas empêché une interprétation large.

Si l'acte est illégal, le juge doit refuser de l'appliquer²⁹.

Les normes contrôlées sont tous les actes administratifs, tant réglementaires qu'individuels^{30 31}, non seulement des pouvoirs centraux (le Roi et les ministres fédéraux, les gouvernements des communautés et des régions³², des communes et des provinces, mais aussi de toutes les autorités administratives³³. L'article 159 ne permet pas, en revanche, de remettre en cause une décision juridictionnelle d'une juridiction administrative revêtue, par définition, de l'autorité de chose jugée. Il ne vise pas la loi³⁴.

²⁷ S. RIALS, *Oppressions et résistances*, Paris, P.U.F., 2008, note 1, p. 14 ; A. ALEN, *Rechter en bestuur in het Belgisch publiekrecht. De grondslagen van de rechterlijke wettigheidscontrole*, 2 volumes, Anvers, 1984 ; A. Alen, *De raadsels van art. 107 van de Belgische grondwet*, R.W., 1984, col. 1729 et s. ; A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME et J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, Malines, Kluwer, 2009, pp. 863 et s. ; J. THEUNIS, *De « exceptie van onwettigheid » (art. 159 G.W.) : meer vragen dan antwoorden*, R.W., 2007-2008, pp. 5 et s. Les contributions contenues dans l'ouvrage *De wettigheidstoets van artikel 159 van de Grondwet*, Bruges, La Charte, 2010 (A. ALEN, *Woord vooraf* ; K. LEUS et B. MARTEL, *De wettigheidstoets van artikel 159 van de Grondwet. Procedurele benadering - de toepassing van artikel 159 G.W. als exceptie* ; J. GHYSELS et J. DE STAERCKE, *Artikel 159 Grondwet als directe vordering* ; J. THEUNIS, *De rechter geklemd tussen het beginsel van scheiding der machten en het vereiste van volle rechtsmacht?* ; G. VAN HAEGENBORGH, *Artikel 159 van de Grondwet in de rechtspraak van het Hof van Cassatie en het Grondwettelijk Hof. Bedenkingen vanuit Europees perspectief* ; T. ERNIQUIN, *Le principe de protection de la confiance légitime, facteur de pondération de l'application du principe de légalité* ; W. WEYMEERSCH, *Artikel 159 van de Grondwet in de rechtspraak van de Raad van State*).

²⁸ F.-X. BARCENA, o.c., n°10.

²⁹ D. DEOM, *Le refus d'application, in L'article 159 de la Constitution et le contrôle de légalité incident*, Dir. Marc Nihoul, Bruxelles, La Charte, 2010, pp. 147 et s.

³⁰ Une rédaction plus moderne viserait les actes administratifs individuels et réglementaires, suggère le Professeur M. NIHOUL (*Les affres de la législation en matière d' « autorité administrative » et le respect de la Constitution*, J.T., 2008, pp. 71 et s.). En droit belge, en effet, la troisième voie de l'acte « non réglementaire » n'est guère fréquentée.

³¹ M. LEROY expose que jusqu'en 1926, la juridiction judiciaire n'appliquait l'article 159 de la Constitution qu'aux règlements (*Contentieux administratif*, Bruxelles, Bruylant, 4^{ème} Ed., 2008, p. 75). A l'heure actuelle, l'application de l'article 159 aux actes individuels est certaine (dernièrement, Cass., 4 décembre 2006, J.T., 2007, p. 169).

³² Auxquels s'ajoutent les collèges exécutifs des commissions communautaires française et commune, établies dans la région bruxelloise. La commission communautaire flamande est une institution décentralisée par service.

³³ Cette interprétation est renforcée par la rédaction nouvelle de l'article 14 LCCE, à ce sujet, M. NIHOUL, *Les affres de la législation en matière d' « autorité administrative » et le respect de la Constitution*, J.T., 2008, pp. 71 et s.

³⁴ Le contrôle de la Constitutionnalité des actes législatifs est confié à la Cour constitutionnelle et échappe au champ de l'article 159 (sauf en ce qui concerne la conformité des ordonnances bruxelloises qui relève partiellement de l'article 159). Le contrôle de conformité des actes législatifs au droit international et européen n'est pas non plus fondé sur l'article 159 (en ce sens, F.-X. BARCENA, o.c.).

Les normes de références visées sont les « lois ». Il s'agit de toutes les sources du droit administratif supérieures à l'acte contrôlé, y compris les principes généraux du droit.

Le litige au cours duquel l'acte est écarté peut ne pas impliquer l'administration comme partie. Tel est le cas, par exemple, quand un locataire oppose à son bailleur que l'arrêté sur lequel ce dernier se fonde pour demander une augmentation de loyer est illégal. Pour que le juge l'écarte, il faut cependant que l'acte en question présente un rapport avec le litige ³⁵.

16.- Etendue de la légalité contrôlée

Les cours et tribunaux exercent à cette occasion un contrôle de légalité interne et externe de l'acte, aussi étendu que celui que le législateur a confié au Conseil d'Etat ³⁶.

17.- Délais de contestation et sécurité juridique

A l'occasion de la contestation relative au droit, la critique de légalité fondée sur l'article 159 est utilisable sans considération de délai ³⁷. Pour autant que la contestation relative au droit ne soit pas éteinte par la prescription, il est admis que le juge puisse écarter un acte administratif individuel ou réglementaire très ancien s'il en découvre l'illégalité à la faveur du litige dont il est saisi. Cette manière de vouloir faire à tout prix triompher la légalité pose un problème de sécurité juridique non négligeable, mais constitue aussi une importante garantie pour l'administré lésé par l'acte irrégulier.

18.- Contestation incidente devant le Conseil d'Etat

L'application de l'article 159 de la Constitution s'impose au Conseil d'Etat comme à tout juge.

Alors que le recours direct doit être exercé dans le délai de recours, l'illégalité d'un règlement peut être dénoncée par voie incidente sans limitation de délai, pour autant que la contestation principale soit introduite dans le délai légal. Par exemple, à l'occasion d'un recours principal contre un permis unique d'urbanisme et d'environnement, introduit en 2007, le requérant peut prendre un moyen de l'illégalité d'un plan d'aménagement du territoire fort ancien, adopté en 1993 ou en 1981 et demander au Conseil d'Etat de constater que le permis qui a été adopté en application de ce règlement illégal est lui-même illégal et doit être suspendu ou annulé ³⁸. Il suffit que le règlement illégal constitue un motif déterminant de l'acte individuel entrepris pour que l'accueil du moyen incident conduise à l'annulation de l'acte entrepris ³⁹.

Devant le Conseil d'Etat, seuls les actes réglementaires peuvent être critiqués par voie incidente, sans limitation de délai. Au Conseil d'Etat, la critique de légalité d'un acte individuel n'est admise que dans le délai de recours direct contre cet acte, même si elle est formulée à titre incident dans le cadre d'un recours contre un autre acte.

19.- Caractère obligatoire de l'article 159

³⁵ D. DEOM, o.c., p. 172.

³⁶ Cass., 3 mars 1972, Pas., 1972, I, p. 601 ; C.A., 14 juill. 1992, 57/92, motif B.7.

³⁷ Civ. Bruxelles, 18 septembre 1987, J.T., 1988, p. 480, note D. LAGASSE ; T. Trav. Bruxelles, 16 février 1988, J.T., 1988, p. 482 ; Cass., 21 avril 1988, R.C.J.B., 1990, p. 402, note Ph. QUERTAINMONT. Voy. aussi les critiques de P. MARTENS, J.L.M.B., 1988, p. 1535, qui fait état d'un « conservatisme légaliste ».

³⁸ C.E., 30 septembre 2008, VANTOMME et a., 186.682.

³⁹ Par exemple, C.E., 16 mars 2010, HUYS et KUPKA, 201.930.

La Cour de cassation fait à tout juge l'obligation d'appliquer l'article 159 de la Constitution. Devant les juges ordinaires, le moyen pris de l'illégalité d'un acte administratif dont l'application est demandée doit être soulevé d'office par le juge.

En revanche, devant le Conseil d'Etat, le moyen incident pris de l'illégalité du règlement appliqué par l'administration doit, comme tout moyen, être invoqué par le requérant dans sa requête. Il n'y a d'exception à ce principe que lorsque le motif pour lequel le règlement est critiqué par voie incidente est lui-même d'ordre public, écrit M. Bruno LOMBAERT⁴⁰. Dans ce cas, le requérant, l'auditeur ou le Conseil d'Etat pourrait le soulever jusqu'à la clôture des débats. Dans la jurisprudence du Conseil d'Etat, les moyens d'ordre public sont peu nombreux⁴¹. Sont d'ordre public, notamment, la compétence ou la consultation de la section de législation du Conseil d'Etat sur le projet d'arrêté réglementaire d'origine gouvernementale. Cette limitation de la possibilité de soulever d'office le moyen incident est critiquée par M. LOMBAERT qui ne peut admettre l'argument pris de ce qu'il serait paradoxal d'accueillir tous les moyens par la voie incidente alors que seuls les moyens d'ordre public peuvent être soulevés d'office dans le recours direct⁴².

Des arrêts plus sévères encore peuvent toutefois être cités qui établissent une distinction entre le moyen d'ordre public pris contre l'acte attaqué lui-même et le moyen incident dirigé contre le règlement. Ainsi dans un cas où le requérant attaquait un permis fondé sur un règlement entretemps annulé, mais qu'il ne critiquait pas dans sa requête, il a été jugé : « que l'annulation de l'arrêté royal du 10 août 2005 fixant la norme pour les antennes émettant des ondes électromagnétiques entre 10MHz et 10GHz a été prononcée pour la violation des règles de compétence, moyen d'ordre public; qu'il ne s'ensuit toutefois pas que l'acte entrepris est lui-même, pour la seule raison qu'il se réfère à cet arrêté, entaché de vice d'incompétence de son auteur; qu'il n'est pas contesté que le fonctionnaire délégué est bien l'autorité compétente pour adopter l'acte attaqué; que, par rapport à l'acte attaqué, l'arrêté royal annulé ne constitue qu'un motif; que l'illégalité de cet arrêté royal aurait pu être utilement soulevée par la requérante, dès l'introduction de son recours, en demandant l'application de l'article 159 de la Constitution; que la critique tirée de l'illégalité du motif de l'acte attaqué qui se réfère à cet arrêté royal annulé, formulée dans le dernier mémoire, est tardive; que, partant, la nouvelle branche du moyen est irrecevable »⁴³.

20.- Le contrôle de légalité incident n'est pas l'œuvre de l'administration elle-même

Il est traditionnellement admis que l'article 159 ne donne de pouvoirs qu'au juge. L'administration elle-même est pour sa part tenue d'appliquer le droit interne et ne peut écarter la règle adoptée par une autorité supérieure à elle ou par elle-même (*patere legem quam ipse fecisti*), même pour contradiction avec une règle supérieure. A supposer que l'administration soit consciente de l'illégalité de l'acte qu'il lui revient d'appliquer, elle doit donc commettre consciemment une illégalité en appliquant cet acte et cette illégalité sera ensuite sanctionnée par le juge si celui-ci est appelé à intervenir sur le recours de l'intéressé⁴⁴.

⁴⁰ B. LOMBAERT, Un contrôle d'ordre public à géométrie variable, in L'article 159 de la Constitution et le contrôle de légalité incident, Dir. Marc Nihoul, Bruxelles, La Charte, 2010, pp. 187 et s.

⁴¹ A. WIRTGEN, Het ambtshalve aanvoeren van middelen door de Raad van State in het raam van het beroep tot nietigverklaring, T.B.P., 2006, pp. 515 et s.

⁴² B. LOMBAERT, o.c., n°s 13 et s.

⁴³ C.E., 6 avril 2011, SCHOONBROODT, 212.496.

⁴⁴ Par exemple : C.E., 27 avril 2010, DE KEMPENEER, 203.323 : « Considérant que l'auteur de l'acte attaqué est un organe de l'administration active; qu'il est tenu d'appliquer les dispositions réglementaires et n'a pas le

Cette solution traditionnelle a parfois été écartée par le Conseil d'Etat lui-même⁴⁵. Elle fait l'objet de critiques fondées sur la préoccupation d'éviter l'illégalité à tout prix⁴⁶. L'Etat de droit est invoqué⁴⁷. Pourtant, elle a l'avantage de la clarté et de l'ordre. Elle tient aussi compte de la réalité de la vie administrative et de la difficulté qu'éprouveraient les administrations à s'acquitter concrètement d'une telle obligation. On appelle au soutien de cette solution traditionnelle l'article 33 de la Constitution qui prescrit que les pouvoirs sont exercés de la manière établie par la Constitution⁴⁸. On admet cependant que l'administration a l'obligation de ne pas donner suite à l'ordre hiérarchique manifestement illégal, en raison d'un principe général à valeur législative avec la conséquence que l'autorité administrative doit refuser d'appliquer un acte administratif manifestement illégal⁴⁹. Dans ce cas, l'administration ne fait pas application de l'article 159.

Récemment la Cour constitutionnelle s'est inclinée devant la lecture traditionnelle et, à notre avis, fort sage, de l'article 159. En effet, la sécurité juridique s'oppose, à notre sens, à ce que l'administration écarte elle-même les actes administratifs en vigueur. Le bénéfice purement théorique que la légalité abstraite y trouverait, nous semble bien moins grand que le coût des incertitudes intermédiaires et des recours de toute façon nécessaires devant les juges pour éclaircir la question de la légalité de l'acte. Une solution différente est préconisée par la Cour de Justice de l'Union européenne en ce qui concerne la primauté du droit européen qui devrait être assurée par l'administration elle-même contre son propre droit national et cela dès avant le recours au juge^{50 51}. Dans son récent arrêt, la Cour constitutionnelle a toutefois laissé en suspens la question de savoir si un principe général de droit ne devrait pas conduire les administrations à faire ce que l'article 159 réserve au juge et ne leur permet pas (C. Const., 30 mars 2011, 44/2011, motif B.16)⁵². L'existence d'un tel principe a déjà été affirmée par la Cour de cassation et le Conseil d'Etat⁵³ et son utilité a été mise en doute⁵⁴. A moins d'être circonscrit à des hypothèses toutes particulières, un tel principe nous semble devoir être rejeté pour les mêmes raisons que la lecture extensive de l'article 159. Enfin, la création d'une obligation pour l'administration d'écartier les actes illégaux doit aussi être mise en relation avec la responsabilité, examinée dans la suite de l'exposé.

pouvoir d'écartier celle qu'il estimerait illégale; qu'en revanche, comme toute juridiction, le Conseil d'Etat est tenu de refuser d'appliquer toute disposition réglementaire qu'il juge illégale; qu'il s'ensuit que lorsqu'il contrôle la légalité d'un permis d'urbanisme ou d'un refus et que le moyen l'y invite, il doit laisser sans application le plan de secteur illégal ».

⁴⁵ Certains arrêts s'écartent de ce principe, K. LEUS et B. MARTEL, o.c., 2010, n°90.

⁴⁶ Voy. les considérations de R. VAN MELSEN, Le champ d'application personnel du contrôle de légalité incident, in L'article 159 de la Constitution et le contrôle de légalité incident, Dir. Marc Nihoul, Bruxelles, La Chartre, 2010, pp. 23 et s.

⁴⁷ Not. C.E., 22 avril 1997, ARTOIS, 65.974.

⁴⁸ D. RENDERS, obs. sous Cass. 21 décembre 2007, J.T., 2008, pp 554 et s., sp. n°5.

⁴⁹ D. RENDERS, ibid. ; B. LOMBAERT, Le pouvoir hiérarchique comme mode de contrôle administratif, in Les contrôles administratifs et financiers de l'action administrative, Revue de Droit de l'ULB, 2008, pp. 137 et s.

⁵⁰ A ce sujet, T. BOMBOIS, L'administration « juge » de la légalité communautaire. Réflexions autour des arrêts Fratelli Costanzo et Abna de la Cour de Justice de Luxembourg, J.T., 2009, pp. 169 et s.

⁵¹ Supra, Sources...

⁵² « En l'espèce, la Cour ne doit donc pas examiner si et dans quelle mesure les autorités administratives devraient appliquer le cas échéant l'exception d'illégalité en vertu d'un principe général de droit ».

⁵³ A ce sujet, F.-X. BARCENA, o.c., n°32.

⁵⁴ P. LEWALLE et L. DONNAY, Contentieux administratif, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 355.

II.- La sanction de l'illégalité des actes réglementaires

A.- L'étendue de la constatation de l'illégalité

21.- La constatation de l'illégalité du règlement par voie incidente

Dans l'affaire où est la constatation de l'illégalité du règlement a lieu par voie incidente, il convient de ne pas appliquer ce règlement. Selon le cas, la décision de ne pas appliquer le règlement conduit le juge à ne pas prononcer une sanction que demandait l'administration (Exemple de l'accueil de l'*exception d'illégalité* et de l'acquiescement du prévenu poursuivi sur la base d'un règlement illégal). La constatation de l'illégalité du règlement peut aussi le conduire à annuler l'acte entrepris devant lui (accueil du *moyen incident*). Elle peut conduire à ne pas appliquer le règlement administratif dans un litige où l'administration n'est pas présente, nous l'avons vu.

La constatation incidente de l'illégalité d'un règlement a un effet relatif⁵⁵. Cela signifie que même si le règlement en question est encore appelé à s'appliquer dans d'autres cas, la déclaration d'illégalité dans le jugement ou l'arrêt qui accueille le moyen incident ou l'exception d'illégalité ne s'impose pas au delà de l'affaire jugée : « Le fait de ne pas rendre obligatoire une décision de l'autorité en application de l'article 159 de la Constitution a pour seule conséquence de ne faire naître ni droit ni obligation pour les intéressés. La décision illégale continue d'exister tant qu'elle n'est pas annulée ensuite d'un recours en annulation »⁵⁶.

L'administration auteur du règlement n'est pas nécessairement présente à la cause au cours de laquelle on discute par voie incidente de la légalité du règlement en question⁵⁷. Cette question de droit de défense peut aussi contribuer à ne pas donner un effet trop étendu à la décision qui juge incidemment que le règlement est illégal.

On tire encore de la constatation d'illégalité une obligation pour l'administration auteur de l'acte de restaurer sans tarder la légalité, notamment en abrogeant l'acte illégal⁵⁸, si elle ne peut le retirer.

22.- Validation législative

Cette contestation incidente de la légalité d'un règlement peut se produire longtemps après son adoption et à un moment où de très nombreuses applications ont eu lieu. Elle a dans ce cas pour effet d'ébranler la sécurité juridique et peut passer pour une application démesurée du principe de légalité. Aussi bien, il est admis que le législateur compétent *ratione materiae* puisse avoir des raisons suffisantes de valider le règlement en question afin d'éviter que son illégalité soit sanctionnée par le jeu du moyen incident utilisé à l'occasion des recours dirigés contre les décisions d'application de ce règlement. La validation a des effets rétroactifs et s'impose valablement dans les litiges en cours⁵⁹.

⁵⁵ Pour un examen approfondi et récent de cette position traditionnelle, M. NIHOUL, L'autorité de la chose jugée de la déclaration d'illégalité incidente, in L'article 159 de la Constitution et le contrôle de légalité incident, Dir. Marc Nihoul, Bruxelles, La Charte, 2010, pp. 211 et s.

⁵⁶ Cass., 29 juin 1999, Juridat.

⁵⁷ M. NIHOUL, o.c., 2010, p. 263.

⁵⁸ Rapport de M. l'Auditeur BOVIN, préc. C.E., 19 décembre 1989, ERNENS-DODEMONT, 33637 ; C.E., 2 décembre 1998, ALBRECHT, 75.355 ; K. LEUS et B. MARTEL, o.c., 2010, n°93.

⁵⁹ Par exemple, en matière de plans d'aménagement du territoire, Cour constitutionnelle, 28 mars 2007, 51/2007 ; 18 novembre 2010, 131/2010.

23.- Effets de l'annulation d'un règlement sur les actes dérivés

L'arrêt d'annulation prononcé par le Conseil d'Etat a effet un effet *erga omnes*. La disparition de l'acte s'impose désormais à tous.

L'annulation est rétroactive. La rétroactivité est une fiction. Elle impose de faire comme si l'acte n'avait pas été pris. « Un arrêt d'annulation a, par lui-même et sans que le constat doive en être plus amplement fait, pour effet de rétablir la situation existant à la veille de l'acte annulé », juge le Conseil d'Etat ⁶⁰.

L'effet de l'annulation sur les actes dérivés du règlement annulé a fait l'objet d'analyses approfondies ⁶¹. Le principe est que seul a disparu ce qui est annulé dans le dispositif de l'arrêt d'annulation. L'annulation du règlement ne fait donc pas nécessairement tomber les actes qui se fondent dans ce règlement annulé. Ces actes dérivés continuent de bénéficier de la provision qui est due à tout acte. Ce n'est qu'en cas d'éventuels recours dirigés contre ceux-ci que leur motif illégal pourra être sanctionné.

Exemple. Un arrêt annule un règlement. Un autre recours est dirigé contre un permis qui fait application de ce règlement. Le Conseil d'Etat accueille le moyen pris de ce que ce permis fait application d'un règlement annulé par un arrêt antérieur. Il annule ce permis. La solution est la même si l'annulation du règlement par le Conseil d'Etat est intervenue postérieurement à l'adoption du permis entrepris, adoption qui a donc eu lieu au moment où le règlement était en vigueur ⁶². Dans un tel cas, on le voit, l'effet rétroactif de l'arrêt d'annulation du règlement déjoue les prévisions de l'administration auteur de l'acte individuel qui accomplit sa mission de se conformer à la réglementation en vigueur.

24.- Aménagement des effets de l'annulation. Maintien des effets de l'acte annulé par le Conseil d'Etat

Le législateur a pris conscience du caractère parfois excessivement dévastateur de l'annulation rétroactive. L'article 14ter des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat dispose comme suit : « Si la section du contentieux administratif l'estime nécessaire, elle indique, par voie de disposition générale, ceux des effets des dispositions d'actes réglementaires annulées qui doivent être considérés comme définitifs ou maintenus provisoirement pour le délai qu'elle détermine » ⁶³.

⁶⁰ C.E., 12 octobre 2007, CLOBUS, 175.725.

⁶¹ P. LEWALLE (nombreuses contributions), en dernier lieu la troisième édition du Contentieux administratif, avec la collaboration de L. DONNAY, o.c., 2008, pp. 1105 et s. ; M. LEROY, o.c., pp. 762 et s.

⁶² C.E., 16 mars 2010, HUYS et KUPKA, 201.930. Dans cette affaire, le requérant avait rédigé sa requête contre le permis avant l'annulation du règlement survenue à la suite d'une requête étrangère à la sienne. Il s'efforçait de montrer au stade de son dernier mémoire qu'un de ses moyens dirigés contre le permis contenait déjà la critique de l'illégalité du règlement apparue avec netteté après son annulation. Le Conseil d'Etat l'admet. Dans un autre arrêt où le même règlement était en cause, mais où les moyens n'étaient pas les mêmes, il ne peut l'admettre (C.E., 6 avril 2011, SCHOONBROODT, 212.496).

⁶³ M.-F. RIGAUX, L'effet rétroactif des arrêts d'annulation rendus par la Cour d'arbitrage et les effets de la norme annulée, J.T., 1986, pp. 589 et s. ; B. LOMBAERT, Le maintien des effets des normes censurées par la Cour d'arbitrage. Recours en annulation et questions préjudicielles, A.P.T., 1998, pp. 174 et s. ; K. MUYLLE, Les conséquences du maintien des effets de la norme annulée par la Cour d'arbitrage, in La protection juridictionnelle du citoyen face à l'administration, Bruxelles, La Chartre, 2007, pp. 526 et s. ; G. ROSOUX, Le maintien des 'effets' des dispositions annulées par la Cour d'arbitrage : théorie et pratique, in Liber Amicorum Paul Martens, Bruxelles, Larcier, 2007, pp. 439 et s. ; R. ANDERSEN, La modulation dans le temps des effets des arrêts d'annulation du Conseil d'Etat, in Liège, Strasbourg, Bruxelles : parcours des droits de l'homme, Liber Amicorum Michel Melchior, Limal, Anthémis, 2010, pp. 381 et s.

La loi ne vise que les actes réglementaires. Elle permet ainsi au Conseil d'Etat de maintenir les effets d'un acte réglementaire qu'il annule. Celui-ci tient compte de difficultés posées par les répercussions de l'annulation, notamment de l'impact de l'annulation sur la sécurité juridique. Il peut exercer cette compétence d'office. Dans ce cas, il est suggéré qu'il donne aux parties la possibilité de débattre du point⁶⁴. Le Conseil d'Etat, siégeant au contentieux, n'est pas lié par la circonstance que l'illégalité censurée avait déjà été dénoncée dans l'avis de la section de législation⁶⁵.

25.- La portée de ce maintien des effets est controversée.

Le maintien des effets paralyse-t-il ensuite l'accueil du moyen incident pris de l'illégalité du règlement dont les effets sont maintenus ? Le Conseil d'Etat a jugé que sa décision de maintien des effets s'imposait *erga omnes*. Il a tiré cette conséquence du texte de l'article 14ter qui dispose que l'indication du maintien des effets a lieu par voie de disposition générale⁶⁶. Au contraire, d'autres estiment que la décision de maintenir les effets ne lierait pas le juge judiciaire saisi d'un recours et qui devrait, pour sa part, sanctionner, sur la base de l'article 159 de la Constitution, l'irrégularité d'un acte pris en exécution de l'arrêté annulé

⁶⁴ A défaut l'article 6 de la C.E.D.H. pourrait être violé (en ce sens, M. QUINTIN, rapport inédit préc. C.E., 18 janvier 2011, Associations sans but lucratif INTER-ENVIRONNEMENT WALLONIE et TERRE WALONNE, 210.483).

⁶⁵ Voy. les limitations des effets de l'annulation in C.E., 11 mars 2009, L'Association sans but lucratif INTER-ENVIRONNEMENT WALLONIE, 191.272 ; comp. C.E., 4 juin 2010, Ville d'Andenne, 204.782 : « Considérant que la partie adverse avait été informée par l'avis de la section de législation du Conseil d'Etat de l'illégalité de l'arrêté attaqué; qu'elle a néanmoins pris le risque de l'adopter sans tenir compte des observations de la section de législation; qu'il lui appartient d'en assumer les conséquences; Considérant que l'annulation de l'arrêté attaqué n'aura pas d'effet sur l'organisation matérielle des services d'incendie ni sur la sécurité des citoyens, mais qu'il imposera, pour les communes à l'égard desquelles les décisions ne sont pas devenues définitives, des rectifications comptables avec, comme conséquence possible, des transferts financiers; que ce jeu d'écritures, fût-il complexe, ne représente pas un péril tel qu'il devrait être dérogé aux effets normaux d'un arrêt d'annulation » ; C.E., 21 avril 2004, SPRL FUNERAILLES CLERDENT et a, 130.492 : « Considérant que l'exécution du présent arrêt ne donnera lieu qu'à des opérations financières; qu'à supposer qu'elles soient gênantes pour la partie adverse, il incombe à celle-ci d'assumer les conséquences des illégalités qu'elle a commises, mais qu'en tout état de cause, aucun péril pour un intérêt public majeur ne justifie que l'annulation prononcée par le présent arrêt soit privée de l'effet rétroactif que toute annulation a normalement ».

⁶⁶ C.E., 18 décembre 2009, DEBIE, 199.045 : « Considérant que par l'arrêt n° 162.616 du 22 septembre 2006, le Conseil d'Etat a annulé l'article LI.TXVIII.CIII.3, § 2, dont le requérant demande d'en écarter l'application en vertu de l'article 159 de la Constitution; que, toutefois, et dans un souci de sécurité juridique, le Conseil d'Etat a différé au 1^{er} mars 2007 les effets de cette annulation; que lorsque le Conseil d'Etat décide de différer les effets d'un arrêt d'annulation sur base de l'article 14ter des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, il se prononce, "par voie de disposition générale", pour le maintien provisoire des effets de tout ou partie de l'acte annulé; qu'en énonçant que lorsqu'il décide de mettre en œuvre l'article 14ter précité, le Conseil d'Etat statue "par voie de disposition générale", le législateur a nécessairement entendu conférer une valeur *erga omnes* à la décision du Conseil d'Etat ordonnant qu'un acte réglementaire irrégulier puisse produire des effets de droit; qu'une telle décision juridictionnelle, prise dans un souci de sécurité juridique, conforte temporairement l'acte réglementaire en cause et paralyse l'exercice de la censure de non application pour les mesures d'exécution prise durant la période correspondant au maintien de ses effets; qu'une telle paralysie temporaire de la censure de non application ne contrevient pas à l'article 159 de la Constitution dès lors que cette disposition ne vise que les règlements ou arrêtés et ne peut trouver à s'appliquer à ceux qui se voient reconnaître une valeur juridique temporaire par le dispositif d'un arrêt du Conseil d'Etat valant disposition générale; que la circonstance que le requérant n'était pas partie à la procédure ayant donné lieu à l'arrêt du 22 septembre 2006 ne peut remettre en cause l'autorité de chose jugée *erga omnes* qui s'attache à cette décision; qu'il n'y a dès lors pas lieu de saisir la Cour constitutionnelle d'une question préjudicielle; que les actes pris en exécution de l'article LI.TXVIII.CIII.3, § 2, du Code de la Fonction publique wallonne entre le 1^{er} janvier 2004 et le 28 février 2007 ne peuvent être annulés sur la base des moyens examinés par l'arrêt n/ 162.616 du 22 septembre 2006; que l'acte attaqué a été adopté le 21 juin 2004; que le moyen n'est dès lors pas fondé ».

dont les effets sont maintenus. Dans ces conditions, la question de l'utilité de l'article 14ter est posée ⁶⁷.

A notre avis, l'effet *erga omnes* est bien la conséquence logique et utile de l'application de l'article 14ter. Si les effets sont maintenus, ni l'administration, ni aucun autre juge, même judiciaire saisi dans le contentieux des droits subjectifs, ne doit pouvoir ensuite accueillir un moyen incident pris de l'illégalité de l'acte maintenu et cela quel que soit le moyen d'illégalité invoqué. La question est de savoir si un tel effet ne heurte pas l'article 159 de la Constitution ou certains droits fondamentaux ⁶⁸. A notre avis, une interprétation heureuse de la Constitution pourrait être de permettre que cette limitation s'impose à tout juge saisi des effets de l'arrêté, quitte à demander au législateur de baliser à nouveau l'utilisation de l'article 14ter par le Conseil d'Etat. En effet, le principe est bien l'annulation rétroactive et l'application de l'article 14ter, l'exception. L'utilisation de cette exception requiert que le Conseil d'Etat constate que l'intérêt protégé par la disposition que viole le règlement annulé et l'ordre juridique dans son ensemble, y compris les intérêts particuliers, sont mieux servis par le maintien des effets que par la destruction rétroactive. Après une telle constatation, une limitation *erga omnes* peut procurer plus d'avantages à l'ordre juridique dans son ensemble que l'accueil ultérieur des contestations particulières. Il est constitutionnellement justifiable de concevoir certaines limitations des effets de l'article 159 pour assurer la sécurité juridique et de la cohérence. Plusieurs arguments peuvent être avancés, comme le statut constitutionnel en développement du principe de sécurité juridique, l'existence du Conseil d'Etat garantie à l'article 160 de la Constitution et la délégation au législateur de l'organisation de ses compétences et notamment des délais de recours ⁶⁹, la compétence comparable reconnue par la loi à la Cour constitutionnelle sur la base d'un texte constitutionnel non explicite (art. 142). La Cour constitutionnelle est pour le moment saisie d'une question préjudicielle qui permettra sans doute au débat de progresser ⁷⁰.

On se demande si l'article 14ter peut être appliqué dans le cas d'une annulation pour violation du droit européen. Le Conseil d'Etat a récemment posé à ce sujet une question préjudicielle à la Cour de Justice de l'Union européenne ⁷¹.

Enfin, les conséquences particulières du maintien des effets sur l'appréciation du caractère fautif de l'acte annulé et de la réparation d'un dommage ne sont pas encore clairement dégagées.

⁶⁷ D. RENDERS, note sous C.E., 18 décembre 2009, DEBIE, 199.045, J.T., 2010, p. 177.

⁶⁸ D. RENDERS, Le maintien des effets d'un règlement annulé par le Conseil d'Etat et le respect des droits fondamentaux, J.T., 2002, pp. 761 et s.

⁶⁹ Voir *mutatis mutandis*, C.E., 19 mai 2009, GOSLAR, 193.418.

⁷⁰ Par jugement du 21 janvier 2011 en cause de l'ASBL « Clinique Saint-Jean - Kliniek Sint-Jan » et autres contre l'Etat belge, dont l'expédition est parvenue au greffe de la Cour le 21 février 2011, le Tribunal de première instance de Bruxelles a posé la question préjudicielle suivante : « L'article 14ter des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, tel qu'inséré par l'article 10 de la loi du 4 août 1996, est-il contraire aux articles 10, 11 et 13 de la Constitution combinés avec l'article 159 de la Constitution, interprété en ce qu'il empêcherait les cours et tribunaux de l'ordre judiciaire d'écarter, conformément à l'article 159 de la Constitution, l'application d'un arrêté réglementaire annulé par un arrêt du Conseil d'Etat mais dont les effets sont maintenus jusqu'à la date de son prononcé et qu'il priverait un justiciable de contester la légalité de cet acte réglementaire alors que cette possibilité lui est ouverte dans les hypothèses où il n'a pas été fait application de l'article 14ter précité, notamment parce qu'aucun recours n'aurait été formé devant le Conseil d'Etat contre l'acte réglementaire irrégulier ? » Avis publié au Moniteur belge du 1^{er} avril 2011.

⁷¹ C.E., 18 janvier 2011, Inter-Environnement Wallonie ASBL, Terre wallonne ASBL / Région wallonne, 210.483.

26.- Consolidation

Les législateurs interviennent régulièrement pour donner une certaine force nouvelle à un acte administratif seulement en passe d'être adopté ou déjà irrégulier, annulable, inapplicable, écarté ou même annulé, selon le cas⁷². Le mot « consolidation », proposé par le Professeur RENDERS trouve un certain écho⁷³. Il recouvre plusieurs formes d'action : habilitation, légalisation, ratification, déclaration de validité. Soit le législateur intervient pour tuer le vice de l'acte mais lui maintient sa nature administrative, soit le législateur refait lui-même l'acte en transformant son contenu en loi, décret ou ordonnance, de manière rétroactive ou non, mais souvent rétroactive. Cette confirmation ou ratification est soit programmée lors de l'habilitation donnée à l'administration, soit décidée ex post. Une abondante jurisprudence de la Cour constitutionnelle porte sur la constitutionnalité de ces interventions législatives⁷⁴.

B.- La responsabilité de l'administration dans l'exercice de la fonction réglementaire

27.- Application du droit commun de la responsabilité

La responsabilité de l'administration dans l'exercice de la fonction réglementaire peut être engagée. On applique le droit commun à la responsabilité de l'administration, soit en droit belge, l'article 1382 du Code civil. Il faut qualifier l'action ou l'abstention de fautive, montrer le dommage (atteinte à un droit ou à un intérêt légitime) et le lien causal. Si ces conditions sont réunies, naît alors un droit civil à réparation de tout le dommage. Les juges ordinaires en connaissent.

Pour demander une réparation du dommage causé par la faute de l'administration qui consiste en l'adoption d'un acte illégal, il n'est pas nécessaire de faire d'abord prononcer l'annulation de l'acte par le Conseil d'Etat⁷⁵.

28.- Abstention réglementaire fautive

En matière réglementaire, tant l'abstention que l'action peuvent être fautives. Ainsi, peut être fautive l'abstention de réglementer dans le cas où la loi prévoit l'adoption d'un règlement, même sans fixer de délai. Le Roi était resté en défaut d'adopter le règlement établissant les fonctions donnant lieu au bénéfice d'un logement gratuit. Le requérant GOFFIN soutient que cette négligence fautive lui a causé un préjudice de 78.000 francs. La Cour de cassation voit dans le défaut de cet élément du statut un droit politique lésé qui peut constituer un dommage au sens de l'article 1382. Elle condamne le raisonnement de la Cour d'appel de Bruxelles qui a exclu qu'il puisse y avoir une faute dans l'omission de l'exercice de la fonction réglementaire⁷⁶.

29.- Illégalité du règlement et faute

⁷² David RENDERS, La consolidation législative de l'acte administratif unilatéral, Préface de Francis DELPÉRÉE, Bibliothèque de la Faculté de Droit de l'Université catholique de Louvain (vol. XXXIX), Bruxelles, Bruylant, et Paris, L.G.D.J., 2003, XVIII pp. et 492 pp.

⁷³ Cour d'arbitrage, 14 décembre 2005, 188/2005, motif B.5.8.

⁷⁴ K. MUYLLE et J. THEUNIS, La Cour constitutionnelle comme juge de la séparation des pouvoirs : le cas des délégations et des validations », in Liège, Strasbourg, Bruxelles : parcours des droits de l'homme, Liber Amicorum Michel Melchior, Limal, Anthémis, 2010, pp. 113 et s.

⁷⁵ Bruxelles, 5 octobre 2006, J.T., 2006, pp. 767 et s.

⁷⁶ Cass., 23 avril 1971, Pas., I, p. 752 ; R.C.J.B., 1975, pp. 9 et s. note F. DELPEREE.

La question se pose de savoir si toute illégalité d'un règlement est nécessairement fautive. Il s'agit d'interpréter la jurisprudence de la Cour de cassation qui juge que « sous réserve de l'existence d'une erreur invincible ou d'une autre cause d'exonération de responsabilité, l'autorité administrative commet une faute lorsqu'elle prend ou approuve un règlement qui méconnaît des dispositions constitutionnelles ou légales lui imposant de s'abstenir ou d'agir de manière déterminée, de sorte qu'elle engage sa responsabilité civile si cette faute est cause d'un dommage »⁷⁷. On se demande s'il y a bien deux types de lois : celles qui commandent un comportement précis, dont la violation serait ipso facto fautive, sauf la cause d'exonération, et d'autres moins précises. La violation de ces dernières ne serait pas synonyme de faute ; le juge devrait en outre nécessairement constater le défaut de prudence. La doctrine est divisée⁷⁸. La tendance dominante est que la plupart des lois sont à portée précise, voire qu'il n'y a que cette catégorie et que l'illégalité est nécessairement fautive sous réserve de l'erreur invincible. Cette question dépasse le champ de notre modeste contribution.

M. R. VAN MELSEN propose de combiner cette thèse de l'illégalité nécessairement fautive avec la reconnaissance d'une obligation pour l'administration elle-même d'écarter les actes administratifs illégaux, c'est-à-dire une extension, qu'il préconise, du champ d'application de l'article 159 de la Constitution dont on reconnaît traditionnellement, nous l'avons vu, qu'il n'habilite que le juge à écarter l'acte irrégulier. Dans ce système, la constatation incidente de l'illégalité d'un règlement par un juge⁷⁹ empêcherait alors toute administration d'encore appliquer le règlement. En outre, à partir de ce moment, toute application de ce règlement serait une faute et la preuve d'une erreur invincible serait exclue. L'auteur se demande toutefois si cette analyse ne revient pas à conférer à la déclaration incidente d'illégalité un effet *erga omnes* alors qu'il est traditionnellement soutenu que cet effet est relatif⁸⁰.

Conclusion

Ces brèves observations n'avaient d'autre but que d'initier à la grande richesse du contentieux de l'acte réglementaire en Belgique.

⁷⁷ Cass., 13 mai 1982, J.T., 1982, p. 772, concl. J. VELU.

⁷⁸ Ainsi, récemment, M. David DE ROY a soutenu qu'il y avait bien lieu de distinguer deux catégories de lois (D. DE ROY, La responsabilité quasi-délictuelle de l'administration : unité ou dualité des notions d'illégalité et de faute, in La protection juridictionnelle du citoyen face à l'administration, Bruxelles, La Charte, 2007, pp. 67 et s.). Cette position est critiquée par le Professeur RENDERS qui préfère ne voir que la seule catégorie des dispositions légales précises (D. RENDERS, Droit administratif, T. III, Le contrôle de l'administration, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 184 et s.) ; aussi G. PIJKCKE, Illégalités et caetera. Défaut de base légale, légalité de l'acte administratif et responsabilité des pouvoirs publics, in Liber Amicorum Michel Mahieu, Bruxelles, Larcier, 2008, pp. 449 et s. ; B. DUBUISSON, Faute, illégalité et erreur d'interprétation en droit de la responsabilité civile, sous Cass. 26 juin 1998, R.C.J.B., 2001, pp. 28 et s. ; D. RENDERS et J.-F. VAN DROOGHENBROECK, Erreur de droit et droit à l'erreur, Liber amicorum M. Mahieu, Bruxelles, Larcier 2008, p. 467 ; P. LEWALLE et L. DONNAY, Contentieux administratif, 3^e édition, Collection de la Faculté de Droit de l'Université de Liège, Bruxelles, Larcier, 2008, n° 566 ; Cass., 25 octobre 2004, J.T.T., 2005, p. 106 et s., concl. J. LECLERCQ ; J.L.M.B., 2005, p. 638 et s., obs. D. DE ROY et N.J.W., 2004, p. 1316, note I. BOONE ; R.O. DALCQ et G. SCHAMPS, Examen de jurisprudence, La responsabilité délictuelle et quasi délictuelle, R.C.J.B., 1995, p. 693 et s., sp. n°107 ; M. PAQUES, L'application de la loi fiscale, Principes de bonne administration en droit administratif et en droit fiscal, Act. Dr., 1993, pp. 399 et s., sp. n°s 51 et s. ; M. PAQUES, De la responsabilité de l'Etat pour violation du droit communautaire, in Droit des citoyens et des associations dans le droit européen de l'environnement, Bruxelles, Story-Scientia, 1998, pp. 95 à 142.

⁷⁹ L'auteur examine aussi les modalités de publication des décisions juridictionnelles et postule ensuite dans une large mesure leur connaissance par les administrations.

⁸⁰ R. VAN MELSEN, o.c., n°32.

L'organisation du contentieux procure une gamme étendue d'instruments de protection qui permettent d'annuler ou d'écarter les actes eux-mêmes et d'obtenir, en cas de faute, des dommages intérêts propres à réparer tout le dommage causé par le règlement illégal. L'abstention elle-même peut être sanctionnée.

Les questions actuelles portent sur les liens entre l'illégalité et la faute qui sont plus larges que l'objet de cette contribution. Elles touchent aussi à l'équilibre entre la légalité et la sécurité juridique. L'on attend beaucoup à ce sujet d'une décision que pourrait prononcer la Cour constitutionnelle sur la constitutionnalité d'une limitation dans le temps de l'accueil de l'exception d'illégalité.

PLAN DE L'EXPOSE

Introduction

- 1.- Acte réglementaire et acte individuel
- 2.- Contentieux administratif en Belgique
- 3.- Paysage juridictionnel belge
- 4.- Contentieux administratif des droits subjectifs et contentieux administratif objectif
- 6.- Plan

I.- Les voies de la critique de l'acte réglementaire

A.- La critique à titre principal

- 7.- Recours en annulation contre les actes réglementaires
- 8.- Conception étendue de la légalité mais pas l'opportunité
- 9.- L'intérêt personnel au recours conçu de manière large
- 10.- Intérêt collectif
- 11.- Recours contre la carence réglementaire
- 12.- Délai de recours
- 13.- Publication du recours
- 14.- Référé administratif contre les actes réglementaires

B.- La critique de l'acte réglementaire par voie incidente

- 15.- Contestation incidente dans le contentieux des droits
- 16.- Etendue de la légalité contrôlée
- 17.- Délais de contestation et sécurité juridique
- 18.- Contestation incidente devant le Conseil d'Etat
- 19.- Caractère obligatoire de l'article 159
- 20.- Le contrôle de légalité incident n'est pas l'œuvre de l'administration elle-même

II.- La sanction de l'illégalité des actes réglementaires

A.- L'Etendue de la constatation de l'illégalité

- 21.- La constatation de l'illégalité du règlement par voie incidente
- 22.- Validation législative
- 23.- Effets de l'annulation d'un règlement sur les actes dérivés
- 24.- Aménagement des effets de l'annulation. Maintien des effets de l'acte annulé par le Conseil d'Etat
- 25.- La portée de ce maintien des effets est controversée.
- 26.- Consolidation

B.- La responsabilité de l'administration dans l'exercice de la fonction réglementaire

- 27.- Application du droit commun de la responsabilité
- 28.- Abstention réglementaire fautive
- 29.- Illégalité du règlement et faute

Conclusion