

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Le citoyen peut-il invoquer l'application d'un règlement illégal ?

Nihoul, Marc

Published in:
Chroniques de droit public - Publiekrechtelijke kronieken

Publication date:
2008

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):
Nihoul, M 2008, 'Le citoyen peut-il invoquer l'application d'un règlement illégal ?', *Chroniques de droit public - Publiekrechtelijke kronieken*, pp. 610-621.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Le citoyen peut-il invoquer l'application d'un règlement illégal ?

Marc NIHOUL - Professeur aux FUNDP de Namur
- Directeur du centre Projucit¹
- Avocat au barreau de Bruxelles

— RÉSUMÉ

L'article 159 de la Constitution réserve en principe aux juridictions le soin de refuser l'application des actes administratifs à l'exclusion des autorités administratives. En conséquence, ces dernières doivent normalement continuer à appliquer les règlements adoptés par les autorités supérieures, quand bien même ils auraient été déclarés illégaux sur la base de l'article 159 de la Constitution, tant qu'ils n'ont pas été abrogés par l'autorité supérieure compétente ou annulés par le Conseil d'Etat. Dans ces conditions, il arrive que le citoyen trouve intérêt à invoquer l'application d'un règlement déclaré illégal mais non (encore) annulé par la Haute juridiction administrative. La présente contribution analyse le sort qu'il convient de réserver à une telle demande.

— SAMENVATTING

In beginsel behoudt artikel 159 van de Grondwet de mogelijkheid om administratieve rechtshandelingen buiten toepassing te laten voor aan rechtscolleges, met uitsluiting van administratieve overheden. Deze dienen bijgevolg de reglementaire besluiten die hogere overheden hebben uitgevaardigd, verder te blijven toepassen hoewel zij op grond van artikel 159 van de Grondwet onwettig werden verklaard, zolang zij niet door de bevoegde hogere overheid opgeheven of door de Raad van State vernietigd werden. In dergelijke omstandigheden kan een rechtsonderhorige er belang bij hebben om zich te beroepen op de toepassing van een onwettig verklaarde verordenende rechtshandeling, die het Hoog administratief rechtscollege evenwel (nog) niet vernietigd heeft. Huidige bijdrage gaat nader in op het antwoord dat aan dergelijke vordering moet worden gegeven.

« Deux excès : exclure la raison, n'admettre que la raison »
Blaise PASCAL, *Pensées*, p. 253

¹ Protection juridique du citoyen, centre de recherche fondamentale : www.projucit.be.

1. Voilà bien une question au centre de la protection juridique du citoyen qui, confronté à une dualité des juridictions en matière administrative en Belgique, n'est pas toujours au fait de ses droits les plus élémentaires. Les principes généraux du droit administratif varient du pouvoir judiciaire à la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat², pour ne pas dire parfois d'une chambre à l'autre de chaque juridiction. Le phénomène est particulièrement marquant s'agissant du Conseil d'Etat, en l'absence de tribunaux administratifs de premier degré et malgré tous les efforts fournis par la Haute juridiction administrative pour tendre vers une plus grande cohérence de sa jurisprudence. L'interprétation de l'article 159 de la Constitution n'échappe pas au constat³. Il s'agit pourtant d'une disposition essentielle dans le système juridique belge, mais dont on sait déjà que le libellé suranné n'est plus guère d'actualité pour éclairer le citoyen sur l'étendue de ses prérogatives⁴. Ainsi, par exemple, l'exception d'illégalité qui en résulte peut être invoquée de tout temps devant le pouvoir judiciaire, à l'endroit d'un acte administratif « individuel »⁵ comme d'un règlement, selon les règles « ordinaires »⁶ de la prescription, alors que sa portée est en principe limitée dans le temps devant la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat, en ce qui concerne l'acte individuel, selon les règles organisant les recours devant ladite juridiction⁷. C'est dans ce contexte incertain que se pose la question singulière de l'invo-

tion éventuelle, par un citoyen à son profit, de l'application d'un règlement illégal (mais) non annulé par la Haute juridiction administrative.

2. Les précis de contentieux administratif les plus récents enseignent que seule l'annulation d'un acte entraîne sa disparition radicale, *erga omnes* et rétroactive⁸. Ainsi, selon M. LEROY, la déclaration d'illégalité d'un règlement qui entraîne son inapplicabilité, fut-elle nantie de l'autorité absolue de chose jugée devant les juridictions répressives, n'emporte pas pour autant son annulation. « Si d'autres personnes sont poursuivies pour l'avoir enfreint, elles devront à leur tour plaider son illégalité, et si elles ont connaissance du premier jugement, celui-ci ne constituera qu'un argument à l'appui de la démonstration à laquelle elles devront se livrer. Par contre, si le règlement est annulé par le Conseil d'Etat, il suffit de produire l'arrêt - qui doit être publié dans les mêmes formes que l'acte annulé - pour établir que les poursuites sont dépourvues de fondement »⁹.

Prudemment, M. LEROY n'envisage pas la situation de l'autorité administrative confrontée à une « simple » déclaration d'illégalité, fut-elle au demeurant prononcée par une juridiction judiciaire ou ... administrative, ce qui arrive fréquemment en ce qui concerne les règlements¹⁰. Il n'envisage pas non plus la situation d'un requérant qui ne trouverait aucun avantage à plaider l'inapplication d'un acte illégal, mais en trouverait un,

² Rem. A. BOSSUYT, « Les principes généraux du droit dans la jurisprudence de la Cour de cassation », *J.T.*, 2005, pp. 725 à 736 et « Les principes généraux du droit en droit administratif et droit public, dans la jurisprudence de la Cour de cassation », in *Au-delà de la loi ? Actualités et évolutions des principes généraux du droit*, Anthémis, Louvain-la-Neuve, 2006, pp. 161 à 187.

³ « Les cours et tribunaux n'appliqueront les arrêtés et règlements généraux, provinciaux et locaux, qu'autant qu'ils seront conformes aux lois ».

⁴ Rem. récemment J. THEUNIS, « De « exceptie van onwettigheid » (artikel 159 G.W.): meer vragen dan antwoorden? », *R.W.*, 2008, pp. 1266 à 1281. V. aussi M. NIHOUL, « Les affres de la législation en matière d' « autorité administrative » et le respect de la Constitution », *J.T.*, 2008, pp. 71 à 73.

⁵ La précision est utile même si l'article 14, §1^{er} des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat se limite à distinguer les actes et règlements des autorités administratives et apparentées.

⁶ Ces règles sont cependant spécifiques en ce qui concerne - pour faire court - l'Etat, les régions, les communautés et les provinces.

⁷ Soit dans un délai de soixante jours à partir de la notification - le plus souvent - de la décision et, en cas de recours, jusqu'à la prise en délibéré de l'affaire concernée, dans le respect des règles procédurales en vigueur.

⁸ P. LEWALLE, *Contentieux administratif*, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 2008, pp. 1.105 et s.

⁹ M. LEROY, *Contentieux administratif*, 3^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 708. Et l'auteur de citer sur ce dernier point un arrêt de la Cour de cassation du 22 janvier 1974, *Pas.*, 1974, I, 535. V. dans le même sens Cass., 22 oct. 1973, *Pas.*, 1974, I, p. 196 ; Bruxelles, 22 juin 1999, *T.M.R.*, 2000, p. 238 et *R.B.D.C.*, 2001, n° 44, p. 109 (F. TULKENS et J. SOHIER, « Les cours et tribunaux, Chronique de jurisprudence 1999-2000 »). La publication procède de l'article 39 de l'arrêté du régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat.

¹⁰ Même par la juridiction constitutionnelle, plus récemment. V. à ce sujet P. LEWALLE, « La Cour constitutionnelle, juge de l'administration », in *En hommage à Francis Delpérée. Itinéraires d'un constitutionnaliste*, Bruxelles-Paris, Bruylant-L.G.D.J., 2007, pp. 887 à 908.

au contraire, à voir celui-ci appliqué, et partant à invoquer son application, eut-il déjà été déclaré illégal par une juridiction, par exemple en suspension, sans entraîner son annulation.

3. Telle est précisément la situation rencontrée dans l'affaire à l'origine de l'arrêt *Claudic* n° 185.266 rendu le 9 juillet 2008 par la huitième chambre de la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat au contentieux de la suspension. Etaient entreprises la suspension de l'exécution et l'annulation d'une décision individuelle conférant l'emploi de concierge de l'immeuble bien connu de nombreux contribuables, sis comme il sied chemin de l'Inquiétude, cité administrative des Finances à 7000 Mons, à un collaborateur administratif au centre de documentation du précompte professionnel à Mons CAE.

Ce même collaborateur s'était déjà vu conférer l'emploi par deux précédentes décisions, la première ayant été retirée à la suite de l'introduction d'un recours par la même requérante, candidate évincée, la deuxième ayant été d'abord suspendue par le Conseil d'Etat par un arrêt n° 163.641 du 16 octobre 2006, ensuite annulée par un arrêt n° 170.876 du 7 mai 2007 au motif particulier que la partie adverse s'était abstenue de déposer une demande de poursuite de la procédure dans le délai impart.

Il ressort de l'arrêt de suspension - dont le contenu est expressément rappelé dans l'arrêt *Claudic* - que l'autorité compétente pour prendre la décision contestée - en l'espèce l'administrateur des douanes et accises à Bruxelles - s'était fondée sur une instruction du 10 août 1976 fixant le règlement d'ordre intérieur des concierges (par arrêté ministériel) pour donner la préférence audit collaborateur au détriment de la requérante pourtant classée première selon le critère de l'ancienneté de service, lui-même prévu par la même instruction. La requérante était également agent de l'Etat, en l'occurrence assistant des finances à la deuxième cellule gestion T.V.A. Elle n'exerçait toutefois pas à Mons, mais bien à Charleroi, élément de fait dont on comprendra tout à l'heure l'importance.

Or, selon la Haute juridiction administrative - qui soulève en cela un moyen d'office ¹¹ semble-t-il -, ladite instruction ne se limite pas à établir des règles d'ordre intérieur mais fixe notamment des règles générales quant au recrutement des concierges, ce qui lui confère un caractère réglementaire au sens de l'article 3, §1^{er} des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat et imposait, en conséquence, de consulter la section de législation du Conseil d'Etat pour avis motivé avant son adoption. En l'absence d'une telle consultation, « *cette circonstance conduit à en écarter l'application au stade actuel de la procédure* » et à considérer, à titre principal, que la motivation et la défense fondées sur cette instruction sont dépourvues de pertinence.

La suspension de l'exécution de la deuxième désignation n'était pas uniquement motivée, bien qu'à titre principal, par l'illégalité formelle de l'instruction sur laquelle l'autorité compétente s'était appuyée pour prendre la décision contestée. Elle était également fondée, d'une part, sur l'interprétation donnée à certaines dispositions de l'instruction¹² et, d'autre part, sur la circonstance discriminatoire selon laquelle seul le collaborateur choisi avait été entendu pour valoriser son dossier.

En ce qui concerne l'interprétation de l'instruction, l'autorité précisait, dans sa décision, qu'« *Il ressort de l'instruction du 10 août 1976 (points 2.1. à 2.6.) que les concierges ont le devoir primordial d'assurer une permanence d'occupation dans l'immeuble dont ils ont la charge. M. MERTENS ayant sa résidence administrative dans l'immeuble même où se trouve la conciergerie à attribuer et y exerçant une fonction sédentaire, il ne fait aucun doute que le service y serait assuré durant les heures de service (le point 2.1.4. de l'instruction prévoit que l'on peut considérer que le service est assuré quand le titulaire exerce une fonction sédentaire dans l'immeuble). En revanche, Mme CLAUDIC ne peut assurer une présence permanente sur le site durant les heures de service puisqu'elle exerce ses fonctions à Charleroi. La circonstance que son époux soit actuellement au chômage n'est pas de nature à rassurer l'administration sur la condition de permanence : dès que ce dernier aura retrouvé un emploi, le service de concierge ne pourra plus être assuré durant les*

¹¹ La section du contentieux administratif du Conseil d'Etat considère en effet de manière constante que la mission législative dévolue à la section de législation du Conseil d'Etat, que celle-ci puise dans l'article 160 de la Constitution, constitue une formalité substantielle touchant à l'ordre public (v. par exemple C.E., *s.a. Copeva*, n° 170.234, 19 avril 2007 ; C.E., *n.v. Distrigaz et CV Distrigaz & C*, n° 164.368, 6 novembre 2006 ; C.E., *n.v. IBC Vastgoed*, n° 148.199, 12 août 2005 ; C.E., *Anckaert et Meyfrootdt*, n° 114.327, 9 janvier 2003 ; C.E., *a.s.b.l. Fédération des Entrepreneurs généraux de la Construction*, n° 106.318, 2 mai 2002 ; C.E., *s.a. Rossel Outdoor*, n° 101.557, 6 décembre 2001), en sorte que son inobservation hors urgence dûment motivée peut être soulevée d'office.

¹² Ce qui revenait à l'appliquer en réalité.

heures de service. Il est vrai qu'elle a sollicité sa mutation pour Mons, mais - renseignements pris auprès de son administration - elle ne se classe pas en ordre utile pour l'obtenir dans un futur proche. A ce propos, l'instruction est claire : « 1.11. (...) On ne peut admettre, par exemple, qu'un candidat concierge obtienne sa mutation pour une résidence administrative déterminée avant son tour, de manière à satisfaire à la condition de permanence d'occupation dont question au chapitre II » ». Selon le Conseil d'Etat, l'instruction préciserait seulement que les concierges doivent être en mesure de donner « de bonnes garanties quant à l'exécution de la mission à conférer », que cette condition est rédigée en termes généraux et que, si l'exercice d'une autre fonction sédentaire dans l'immeuble constitue une manière de s'assurer de ces bonnes garanties, elle n'est pas érigée en exigence dans le chapitre consacré à la désignation des concierges, pas plus que dans celui qui décrit la mission et les devoirs des concierges. En effet, l'exercice par le titulaire ou son conjoint d'une fonction sédentaire dans l'immeuble est cité « à titre d'exemple » par l'article 2.1.4. Il s'ensuit que le service pourrait être assuré même si aucun des conjoints n'exerce une telle fonction. Rien n'indique par ailleurs que celui qui exerce une fonction sédentaire serait déchargé des obligations inhérentes à cette fonction et pourrait à tout moment obtenir des dispenses de service pour exercer celle de concierge. Il résulte même du dossier déposé par la partie adverse que le précédent concierge était, à tout le moins au moment de son engagement en cette qualité en 1985, un agent itinérant du service des recherches de la TVA. Or, il ressort d'une note du 22 novembre 1985 qu'à l'époque, la partie adverse avait considéré : « Pour ce qui est des événements pouvant se produire durant les heures d'ouverture des bureaux, ceux-ci relèvent de la compétence du fonctionnaire-économe du complexe ou en cas de son absence, de l'agent qu'il a désigné pour le remplacer. Il en résulte que ce sont ces derniers qui doivent prendre les mesures qui s'imposent pour remédier aux désagréments constatés ». Aussi, le Conseil d'Etat n'aperçoit pas pourquoi le même raisonnement n'a pas été tenu pour la requérante dans l'hypothèse où son conjoint, actuellement chômeur et disponible pour l'assister dans la tâche de concierge, viendrait à trouver un emploi qui l'occuperait pendant les heures de bureaux. En conséquence de quoi, la première branche du moyen a été jugée sérieuse.

Concernant l'audition du seul collaborateur par le directeur du service secrétariat et logistique de l'administration centrale des douanes et accises, le Conseil d'Etat a considéré que cette possibilité n'a pas été donnée à la requérante et que, même si cette dernière a pu faire valoir ses arguments par écrit, elle a été privée de la

possibilité de les défendre directement auprès dudit directeur, à l'instar de son concurrent, sans aucune justification objective d'une telle différence de traitement. Partant, la deuxième branche du moyen a également été jugée sérieuse et l'exécution de la décision par conséquent suspendue.

L'histoire ne s'arrête pas là car la procédure fut recommencée *ab initio*, description de fonction spécifique et audition systématique à l'appui. Une nouvelle fois, le même collaborateur administratif en ressortit victorieux au détriment de la requérante qui introduisit dès lors un nouveau recours en suspension. Le premier moyen fut pris de la violation du principe général de légalité, des articles 33 et 159 de la Constitution, de l'empiétement ou de l'incompétence de l'auteur de l'acte, de l'excès ou du détournement de pouvoir. La requérante fit valoir en substance que l'instruction du 10 août 1976 fixant le règlement d'ordre intérieur des concierges ne pouvait être écartée par la partie adverse sans que celle-ci n'ait été abrogée par un nouvel arrêté ministériel ou annulée par le Conseil d'Etat. En effet, l'abrogation d'un règlement imposait les mêmes exigences de procédure et de forme que son adoption. La partie adverse, en tant qu'autorité administrative, ne pouvait, sur la base de l'article 159 de la Constitution et du principe général du parallélisme des procédures et des compétences, refuser l'application de cette instruction, quand bien même celle-ci paraissait illégale.

La partie adverse ne l'entendit évidemment pas de la même oreille. A son estime, aucune règle spécifique ne limite le droit d'invoquer l'exception d'illégalité et ce droit appartient aux parties en cause, quelles qu'elles soient. Elle releva que l'administration se trouvait confrontée à une instruction dont l'illégalité avait été relevée par le Conseil d'Etat et qui, si elle avait été appliquée, aurait entaché d'illégalité toute désignation de concierge.

Ainsi posé, le débat n'était pas simple à trancher. Ce que fit le Conseil d'Etat dans un considérant aussi bref que tranchant : « la requérante n'a pas intérêt au moyen dès lors que l'instruction ministérielle du 10 août 1976 fixant le règlement d'ordre intérieur des concierges est un acte réglementaire irrégulièrement adopté ».

4. On le sait : trop en dire prête le flanc à la critique et multiplie les brèches de la contestation. En dire trop peu tout autant, à vrai dire, car cela suscite l'interprétation.

Sur ce moyen, le Conseil d'Etat donna raison à la partie adverse. Sans aller toutefois jusqu'à confirmer la considération selon laquelle aucune règle spécifique ne limiterait le droit d'invoquer l'exception d'illégalité et ce droit appartiendrait aux parties en cause, quelles qu'elles

soient. A son estime, un requérant ne serait pas susceptible d'avoir intérêt à un moyen fondé sur un règlement irrégulièrement adopté. Tout simplement.

Une telle réponse, si elle est compréhensible, ne paraît pas adéquate. Certes, maintenir force de règlement à l'instruction ministérielle eut été faire fi de la première décision de justice rendue dans cette affaire, fut-ce par un conseiller d'Etat différent. Sur ce registre, la logique juridictionnelle semble donc l'avoir emporté¹³. En termes juridiques, l'on serait tenté d'écrire que « l'autorité de la chose jugée » a été respectée, tout en notant au passage que le Conseil d'Etat, quant à lui, s'est gardé de prononcer ces mots.

C'est que la première décision n'était que provisoire, rendue sous le seul bénéfice de l'apparence de légalité et n'emportait d'ailleurs aucune annulation. Annulation au demeurant devenue impossible, sur la base de ce motif, compte tenu de la tournure procédurale des événements en ce qui concerne la deuxième décision administrative et compte tenu de l'expiration des délais requis pour agir en ce qui concerne l'instruction réglementaire. Plus généralement, il est certes rare que le Conseil d'Etat « se déjuge » entre le verdict de la suspension et celui de l'annulation, mais l'hypothèse peut parfaitement se présenter avec pour conséquence, le cas échéant, la renaissance de l'intérêt au moyen¹⁴ ? Poser la question revient à y répondre. Il eut suffi, nous semble-t-il, de rejeter le moyen en réitérant simplement l'écartement de l'instruction mi-

nistérielle pour illégalité. Voire en se parant de l'autorité de la chose jugée découlant du premier arrêt, l'argument restant toutefois à discuter. Mais point en plaçant le couperet sous l'angle de l'intérêt. Cela n'eut certes peut-être pas changé grand-chose au résultat final, il faut en convenir, mais à tout le moins cela eut probablement évité d'autres discussions, pour ne pas écrire de confusions.

Tel qu'il est libellé, l'arrêt *Claudic* pourrait en effet être lu, s'il l'est trop rapidement, comme autorisant l'administration à appliquer d'initiative l'article 159 de la Constitution à son profit, à la limite sans aucune intervention préalable d'un juge quel qu'il fût. Or, telle n'est pas du tout l'hypothèse envisagée en l'espèce, il convient d'être très clair à ce sujet, dès lors qu'un constat juridictionnel d'illégalité préexistait à l'écartement par l'administration de l'instruction ministérielle en question, que ce constat portait sur la légalité externe et formelle de la dite instruction (apparemment soulevée d'office, au demeurant, s'agissant d'une formalité substantielle d'ordre public) et qu'il avait été formulé en amont de la procédure litigieuse eu égard à la même affaire (mais dans le cadre d'une nouvelle requête en suspension). Autant d'éléments pour conclure à l'absence de remise en cause de la jurisprudence relativement constante du Conseil d'Etat aujourd'hui fixée dans le sens que « l'article 159 de la Constitution ne peut être appliqué par l'autorité administrative mais seulement par les juridictions de l'ordre judiciaire ou administratif »¹⁵. Tel est le cas du

¹³ Sous la première branche du troisième moyen, le Conseil d'Etat rappelle d'ailleurs encore que « si l'instruction du 10 août 1976 a été écartée, c'est pour se conformer à l'arrêt n°163.641 précité, lequel en a relevé l'illégalité ».

¹⁴ Sans préjudice des conséquences d'une telle situation sur le contentieux distinct de la responsabilité civile éventuelle.

¹⁵ C.E., *Dethier et crts*, n° 149.576, 28 septembre 2005. V. récemment sur ce point J. THEUNIS, *o.c.*, R.W., 2008, n° 13 à 17, pp. 1270 à 1271 ; C.E., *De Vreese et crts*, n° 138.974, 10 janvier 2005 évoquant « de duidelijke en ondubbelzinnige formulering » de la disposition constitutionnelle qui « enkel geldt voor de met rechtspraak belaste organen, niet voor het actief bestuur ».

La volonté du Constituant originaire n'est guère évoquée en jurisprudence sur ce point alors qu'à notre estime elle est fondamentale en présence d'éléments précis d'interprétation. Comme l'écrivait un membre du Congrès qui a fait partie de la section centrale nommée pour l'examen du projet de constitution, « Heureux celui qui, adoptant la constitution dans toute sa pureté, n'a jamais besoin de recourir à des subtilités pour en expliquer le sens ! » (*Dans quels cas l'autorité judiciaire peut-elle arrêter les excès de pouvoirs de la puissance exécutive ?*, Bruxelles, Remy, 1834, p. 9). En l'occurrence, il faut rappeler avec J.-J. THONISSEN que « Quelques membres du Congrès voulaient étendre aux conseils provinciaux et aux conseils communaux le droit de ne pas appliquer les arrêtés royaux entachés d'illégalité. M. Van Meenen ayant fait une proposition en ce sens, M. Raikem lui répondit : « Ces administrations sont une branche du pouvoir exécutif, qui leur est supérieur. Si les actes de celui-ci sont contraires aux lois, elles auront le droit d'amener les ministres devant la Chambre des représentants. Il ne faut pas attribuer à une administration un droit qui ne lui appartient pas. » Après un débat confus, le Congrès prononça l'ajournement, et, un mois plus tard, M. Raikem proposa la rédaction actuelle de l'article 107, qui fut votée sans discussion. Il faut en conclure que le droit de refus n'a pas été accordé aux autorités provinciales et communales » ni à aucune autre autorité administrative (*La Constitution belge annotée*, Bruxelles, Bruylant-Christophe, 1879, p. 337, n° 512). Rem. aussi J. HUYTTENS, *Discussions au Congrès national de Belgique (1930-1831)*, Bruxelles, Adolphe Wahlen et Cie, 1844-45, II, p. 69 faisant état de l'opposition de LEBEAU contre un amendement allant de ce

moins lorsque ladite autorité est confrontée à l'acte d'une autre autorité administrative, précise-t-on généra-

lement en doctrine¹⁶ ; spécialement lorsque l'autorité est dite supérieure en termes de hiérarchie des nor-

sens : « *Je suis tout à fait opposé à l'amendement. Si les corps administratifs sont constitués en tribunaux administratifs, l'article tel qu'il est, leur est applicable* ». A. ALEN commente cette opposition par le souci du Congrès d'éviter que l'administration soit le cas échéant juge et partie (*Rechter en bestuur in het Belgisch publiekrecht. De grondslagen van de rechterlijke wettigheidscontrole*, T. II, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1984, n° 448, pp. 841 et 842). Adde P. ERRERA, *Traité de droit public belge. Droit constitutionnel - droit administratif*, 2^e éd., Paris, Giard & Brière, 1918, §172, p. 265, impl. V. encore J. THEUNIS, *o.c.*, R.W., 2008, p. 1270, n° 13.

¹⁶ P. LEWALLE, *o.c.*, 3^e éd., 2008, n° 285, p. 354, note 1.453, l'auteur faisant implicitement état d'une jurisprudence constante sur ce point en précisant ne citer que deux exemples récents : « *Les termes de l'article 159 de la Constitution obligent (...) à exclure qu'une autorité administrative puisse se réclamer de cette disposition pour refuser d'appliquer la décision ou le règlement d'une autre autorité administrative qui lui paraîtrait contraire aux lois* ». Un doute persiste toutefois dans notre esprit quant à la fiabilité des termes de la disposition constitutionnelle. En outre, la règle connaîtrait un tempérament en cas d'inexistence de l'acte ou encore en présence d'une illégalité manifeste. Sur ce dernier point, v. D. RENDERS, « L'autorité administrative doit-elle d'office refuser d'appliquer une loi inconstitutionnelle ? », *obs.*, *J.T.*, 2008, n° 5, p. 556 et les auteurs cités note 15. La question sera approfondie dans une contribution distincte.

Le premier arrêt cité par P. LEWALLE est intéressant en ce qu'il situe le débat sur le registre de l'intérêt, à l'instar de l'arrêt *Claudic*. Avec cette différence de taille, cependant, qu'aucune demande de suspension n'avait été préalablement introduite - ni par conséquent rencontrée - par le Conseil d'Etat. En l'espèce, une autorité communale considérait comme étant tardive et, partant, illégale, la décision de son autorité de tutelle réformant une sanction disciplinaire prononcée à l'égard de l'un de ses agents de police. En conséquence, elle prenait la décision de ne pas réintégrer l'agent concerné en faisant directement référence au principe général contenu à l'article 159 de la Constitution. La motivation de la décision faisait état d'illégalités manifestes et d'une force juridique incertaine de l'arrêté de tutelle compte tenu de la contestation de celui-ci devant le Conseil d'Etat au moyen d'un recours en annulation. Dans son arrêt *Commune de Zele* n° 88.282 du 27 juin 2000, le Conseil d'Etat commence par confirmer l'illégalité de l'arrêté de tutelle et constater qu'à défaut pour l'autorité de tutelle de s'être prononcée dans le délai imparti, la décision communale initiale infligeant une sanction doit être considérée comme approuvée et définitive. Un second recours - traité dans le même arrêt - était cependant introduit contre une décision du Gouverneur annulant cette fois les décisions de non réintégration au motif qu'un recours en annulation n'a pas d'effet suspensif et que la décision de tutelle devait être respectée jusqu'à son annulation éventuelle. Selon le Conseil d'Etat, « *de gemeente (mag) zich met alle mogelijke rechtsmiddelen (...) verzetten tegen de inperking van de autonomie die zij in het optreden van de toezichhoudende overheid ervaart, maar (...) zij, op gevaar af het gehele systeem van het administratief toezicht te paralyseren, niet eigenmachtig en buiten een nieuw feitelijk of juridisch gegeven om, haar mening boven die van de toezichhoudende overheid mag verheffen en beslissingen van die overheid mag negeren* » (extrait aménagé par nos soins). Et le Conseil d'Etat de dénier à la commune l'intérêt d'obtenir l'annulation d'un acte la rappelant simplement à l'ordre indépendamment de la légalité de la précédente décision. De dénier, autrement dit et à la suite de P. LEWALLE, « *le pouvoir de refuser l'application d'une décision de l'autorité de tutelle qui lui paraît illégale* ». Dans la motivation de son arrêt, le Conseil d'Etat épingle directement ce qu'il qualifie d'une insubordination communale contraire à la tutelle administrative prévue par l'article 162, 6° de la Constitution par l'adoption de mesures contraires à ce que l'autorité de tutelle voulait empêcher.

Le Conseil d'Etat ne paraît pas aussi catégorique lorsque l'exception d'illégalité prête davantage à conséquences. Dans l'affaire à l'origine de l'arrêt *Commune de La Calamine*, n° 131.611 du 19 mai 2004, la Région wallonne s'était écartée de son plan de secteur pour délivrer un permis d'urbanisme en prétextant son illégalité et en se fondant elle aussi expressément, à cet effet, sur la disposition constitutionnelle. La commune avait attaqué ledit permis en annulation et la société titulaire de celui-ci était intervenue à la cause. Dans sa requête, la commune invoquait notamment deux moyens liés au principe de légalité, le premier en ce que la Région avait dérogé à une norme obligatoire sans y être autorisée, le deuxième - directement fondé sur la violation de l'article 159 de la Constitution - en ce que seules les juridictions peuvent refuser d'appliquer un règlement en raison de son illégalité à l'exclusion de l'autorité administrative. Dans son arrêt, le Conseil d'Etat utilise la circonstance que la partie intervenante avait elle-même soulevé l'exception d'illégalité du plan de secteur, de manière à éviter de se retrouver sans permis, pour trancher le débat « *sans qu'il faille s'interroger en l'espèce sur le point de savoir si l'administration active peut ou non refuser l'application d'un plan de*

mes¹⁷. Encore que les termes de l'article 159 de la Constitution n'autorisent pas non plus une autorité administrative à refuser d'appliquer sa propre décision ou son propre règlement. Des règles jurisprudentielles élaborées progressivement par le Conseil d'Etat, en l'absence de textes, encadrent d'ailleurs la mutabilité des actes administratifs unilatéraux¹⁸.

5. Cette considération incite à faire un parallèle avec le contentieux civil et donc judiciaire de la responsabilité de l'Etat du chef de son pouvoir exécutif et le récent arrêt S.A. Garage rendu par la Cour de cassation le 21 décembre 2007¹⁹. Il serait en effet incohérent, à notre estime, de (continuer à) concevoir autrement la portée de l'article 159 de la Constitution en termes de « légalité pure » devant le Conseil d'Etat et de responsabilité civile voire pénale devant le pouvoir judiciaire, dans un système juridictionnel que l'on sait être « faussement dual ».

Tel n'est pas le cas dès lors que selon la Cour de cassation, « L'arrêt, qui considère (...) que la violation de la Constitution n'est pas fautive dès lors qu'elle trouve sa justification dans l'application d'une loi n'ayant fait l'objet d'aucun constat d'inconstitutionnalité ni d'aucune invalidation par la Cour constitutionnelle, justifie légalement sa décision ». En l'espèce, la Cour d'appel de Mons avait décidé qu'aucune faute ne pouvait être imputée à l'autorité administrative d'avoir appliqué la disposition litigieuse avant la publication d'un arrêt de la Cour constitutionnelle invalidant celle-ci au motif que ladite autorité « n'a évidemment pas pour mission de contrôler la constitutionnalité des lois ». Plus généralement ou en extrapolant, il revient donc au seul pouvoir juridictionnel de contrôler la légalité des normes, point au pouvoir exécutif (voire) ni au pouvoir législatif en l'absence de verdict du premier.

A noter que l'arrêt de la Cour constitutionnelle concerné était rendu sur question préjudicielle, c'est-à-dire sans annulation ni même suspension. Il y allait d'une « simple » déclaration d'inconstitutionnalité à peu de chose près comparable à la déclaration d'illégalité contenue dans l'arrêt de suspension antérieur à celui commenté dès lors qu'en l'occurrence la suspension ne portait pas directement sur l'exécution du règlement litigieux mais bien uniquement sur celle de la décision individuelle prise sur le fondement de celui-ci.

6. Avec le recul, l'arrêt *Claudic* pose une seconde difficulté intimement liée à la première. Une chose est en effet de considérer que la mission de l'autorité administrative n'est pas de contrôler la légalité des règlements au moment de prendre des décisions individuelles. Autre chose est de lui indiquer comment procéder pour demeurer dans la légalité, spécialement lorsque, comme en l'espèce, elle se retrouve au beau milieu du gué, tiraillée entre un arrêt de suspension constatant l'illégalité d'un règlement supérieur et un arrêt d'annulation purement procédural ne confirmant point ladite illégalité. Plus généralement, l'on peut observer qu'en pratique le souci de la légalité est en réalité permanent. Que ce soit dans le chef de l'autorité ou dans celui de l'administré, par ailleurs. Car dans les deux cas, soutenir la légalité comme invoquer l'illégalité d'un acte administratif comporte une part non négligeable de risque. L'article 159 de la Constitution ne vise en effet que le stade juridictionnel d'une contestation et autorise exclusivement le juge²⁰, dans ce contexte précis, à refuser l'application d'un acte administratif illégal. Dans ces conditions, la nécessaire anticipation de cette situation par les parties doit être intégrée d'une manière ou d'une autre dans le raisonnement juridique.

Dans l'arrêt *Claudic*, la partie requérante devait s'at-

secteur qui serait illégal ». Après avoir accueilli l'exception et déclaré le premier moyen non fondé, le Conseil d'Etat rejette en effet le deuxième moyen en le déclarant irrecevable pour défaut d'intérêt ... Au-delà de la subtilité procédurale, il est permis de se demander ce qu'aurait décidé le Conseil d'Etat en l'absence d'exception d'illégalité soulevée par la partie intervenante et si en décidant comme il l'a fait il n'a pas couvert au moins implicitement un comportement illégal dans le chef de la Région. En même temps, l'exception d'illégalité et les deux moyens débouchaient sur deux résultats contradictoires entre lesquels le Conseil d'Etat devait inévitablement choisir. La fiction - dans laquelle plonge le refus d'application à l'instar de l'annulation - aurait-elle ses raisons que la Raison ne connaît pas ?

¹⁷ C.E., *Commune de Zele*, n° 88.282, 27 juin 2000.

¹⁸ Ainsi en va-t-il des théories du retrait des actes administratifs et des droits acquis ou encore du principe général *Patere legem quam ipse fecisti* qui interdit à une autorité administrative de ne pas respecter son règlement dans le cadre de l'adoption de décisions individuelles.

¹⁹ Cass., 21 décembre 2007, *J.L.M.B.*, 2008, p. 1.080 et obs. Q. PEIFFER, « Loi anticonstitutionnelle et administration, ou comment justifier une erreur » ; *J.T.*, 2008, p. 554, obs. critiques D. RENDERS.

²⁰ Plus exactement, il lui en fait l'obligation. Mais à lui seul.

tendre à voir le Conseil d'Etat confirmer l'illégalité du règlement litigieux, même s'il était de bonne guerre d'en revendiquer l'application, d'autant qu'elle ne semblait pas l'avoir elle-même contesté au départ, l'illégalité ayant apparemment été soulevée d'office. Rien n'empêchait une telle revendication, en tous cas, pas même l'autorité de la chose jugée, également susceptible d'être invoquée par voie d'exception. Pas même l'article 159 de la Constitution, à vrai dire, dès lors qu'il s'adresse uniquement au juge, littéralement parlant.

La partie adverse, quant à elle, était mal prise car, comme elle l'a indiqué, si elle avait décidé de faire application dudit règlement, celle-ci aurait entaché d'illégalité toute désignation de concierge. Était-elle contrainte, dans ces conditions, de prendre son mal en patience le temps de convaincre l'autorité supérieure de retirer ou modifier son arrêté ? Il faut en effet rappeler que la théorie du retrait d'acte n'autorise pas à retirer l'acte

posé par une autre autorité ni, en l'occurrence, la loi du changement à modifier une réglementation supérieure²¹ ni même, au demeurant, à s'y soustraire. N'est-ce pourtant pas ce que l'autorité a fait dans l'arrêt *Claudic* en faisant comme si l'instruction n'existait pas, avait été suspendue voire abrogée ? Spécialement en édictant un profil de fonction spécifique sur la base duquel une nouvelle désignation allait être prise ? L'autorité était-elle autorisée, autrement dit, à remédier à une illégalité qui, certes, risquait d'entacher la procédure mais qui, et c'est précisément à cet endroit que le bât blesse, trouvait sa source dans une norme supérieure ne relevant pas *a priori* de sa compétence ?

Dans ces circonstances, la prudence commandait probablement d'attendre au stade de l'arrêt de suspension²². C'est précisément ce que fit l'autorité, au demeurant, en ne lançant une nouvelle procédure de désignation qu'une fois l'annulation décidée par le Conseil

²¹ L'on peut en effet songer à l'hypothèse dans laquelle le Conseil d'Etat considère en suspension que le règlement ne devait pas être adopté par l'autorité supérieure mais bien par l'autorité ayant adopté la décision individuelle en se fondant sur lui.

²² A plus forte raison au stade du simple recours, peut-on en profiter pour signaler. L'on enseigne en effet généralement que le recours en annulation devant le Conseil d'Etat n'a pas d'effet suspensif si bien que l'acte attaqué reste exécutoire et qu'en vertu du privilège du préalable le requérant doit s'incliner devant lui, fut-il illégal. Rem. ainsi C.E., *Taymans*, n° 93.468, 21 février 2001, C.D.P.K., 2001, p. 483 (dans une espèce cependant très spécifique) et note M. NIHOUL, « Le privilège du préalable défini comme l'absence d'effet suspensif du recours ou « Ceci n'est pas un privilège ! » : « la seule conviction que celle-ci n'était pas justifiée ne dispensait pas le requérant de s'y plier ». Il en va de même en ce qui concerne l'autorité administrative confrontée à un acte supérieur ou posé par une autre autorité compétente, du moins à défaut d'une loi prescrivant autre chose et en l'absence de décision de justice déclarant son illégalité.

En note 3, dans notre commentaire de l'arrêt précité, nous précisons qu'il n'y a pas là matière à privilège, en réalité, et qu'il y va plutôt, en définitive, de l'application de l'adage selon lequel « nul ne peut se faire justice à soi-même », l'administré ayant le choix, en pratique, exactement comme en droit privé, entre obéir volontairement ou résister - parallèlement ou non à l'introduction d'un recours -, quitte à en assumer les conséquences ultérieures et parfois plus immédiates, selon les circonstances rencontrées. Ainsi par exemple en présence d'une loi permettant à l'autorité de recourir immédiatement à la force pour exécuter ou faire exécuter une obligation sans autorisation préalable d'un juge. Dans le cas contraire, une demande d'exécution forcée qui serait introduite devant le pouvoir judiciaire donnerait inévitablement la possibilité à l'intéressé d'invoquer une exception d'illégalité. A défaut d'une telle loi ou d'obligation susceptible de déboucher sur une exécution forcée, la question de la force obligatoire de l'acte initial et des conséquences éventuelles qui en découlent ou en ont découlé, sera normalement tranchée définitivement au fond (devant le Conseil d'Etat en annulation).

Dans l'arrêt *Taymans*, cependant, le requérant contestait une décision refusant la prolongation d'un congé pour mission, mais seulement par une requête en annulation, tout en ignorant entre-temps l'invitation lui adressée de réintégrer son service et reprendre ses fonctions. Une fois démis d'office pour abandon de poste, il introduisit un recours en annulation devant le Conseil d'Etat qui fut traité avant le premier recours. Il y invoqua trois moyens dont l'un, le deuxième, était fondé sur l'illégalité du refus initial en estimant sans plus que l'acte attaqué en était la conséquence. Dans l'arrêt précité, le Conseil d'Etat décida de ne pas retenir ce moyen en application du privilège du préalable, mais de rouvrir néanmoins les débats pour permettre de poursuivre l'instruction du recours qui avait été visiblement limitée à cet aspect du dossier. Dix mois plus tard, l'arrêt n° 113.544 du 12 décembre 2002, rendu sur les deux affaires jointes, est très étonnant. Car au lieu d'entamer la réflexion par le premier recours, comme il sied normalement, le Conseil décida de se pencher d'abord sur le second recours au motif qu'en cas de rejet de celui-ci, le requérant serait privé d'intérêt dans celui-là. Ce qui fut constaté au terme de l'examen des premiers et troisièmes moyens du second recours, à l'exclusion du deuxième moyen déjà écarté, la manière de procéder permettant d'éviter l'examen et une décision

d'Etat, mais sans avoir obtenu la moindre confirmation au sujet de l'illégalité de départ, puisque l'annulation trouvait exclusivement sa source dans un dispositif purement procédural²³. L'annulation intervenue conduisait ainsi l'autorité à prendre un risque. Celui de voir le Conseil d'Etat considérer l'instruction comme étant en réalité légale, dans le cadre d'un nouveau recours ultérieur. Le risque de voir, en conséquence, la motivation en droit de sa nouvelle décision individuelle remise en cause, outre probablement la motivation en fait et les critères de sélection retenus.

Tel ne fut pas le cas, dans le cadre d'une nouvelle demande de suspension portant sur une nouvelle désignation, il faut le rappeler. Le Conseil d'Etat situe son raisonnement sur le terrain de l'intérêt alors que, selon nous, il convenait de privilégier celui de l'article 159 de la Constitution, tout simplement, voire celui de l'autorité de la chose jugée²⁴. La question se discute, cependant, sur ce dernier point, dès lors qu'il n'est pas évident que l'autorité s'étende à la déclaration d'illégalité incidente au-delà de la suspension²⁵ et qu'en toute hypo-

thèse l'arrêt de suspension à l'origine du constat d'illégalité n'était revêtu que d'une autorité provisoire de la chose jugée, normalement appelée à ne durer que six mois²⁶ et « *tout au plus jusqu'à la décision au fond* »²⁷. Si l'on peut affirmer que le nouvel acte posé par l'autorité n'était pas contraire à l'autorité de la chose jugée, autrement dit, il est plus difficile d'affirmer que l'autorité de la chose jugée autorisait l'administration à procéder comme elle l'a fait.

7. A suivre M. LEROY²⁸, cela dit, l'arrêt de suspension, à défaut d'avoir un effet rétroactif²⁹, aurait un effet déclaratif en ce qu'il constate une illégalité nécessairement présente dès l'origine dès lors que le juge ne crée évidemment pas l'illégalité, mais simplement la présume. Une telle « présomption d'illégalité » est au demeurant susceptible d'avoir des implications rétroactives. « *Ainsi l'autorité jurisprudentielle d'un tel arrêt peut-elle être invoquée même pour la période antérieure à l'arrêt, à l'appui, par exemple, d'une argumentation invitant une juridiction à refuser d'appliquer ce règlement à une situa-*

dans le premier recours, auquel renvoyait précisément le deuxième moyen.

Il eut convenu, nous semble-t-il, de procéder dans le sens inverse. Si ce n'est peut-être que dans son premier arrêt, le Conseil avait décidé *expressis verbis* de ne pas retenir le deuxième moyen, au lieu de se limiter à rouvrir les débats, se dessaisissant par là-même de ce point précis du recours. Etait-il en conséquence contraint de procéder de la sorte ? La question se discute. Dans l'ensemble, la manière de procéder paraît néanmoins critiquable sur le plan des principes. Elle revient à donner une portée démesurée au caractère non suspensif du recours. En même temps, il convient de constater que l'annulation du refus de prolonger un congé pour mission n'eut pas nécessairement conduit l'autorité concernée à autoriser la prolongation du congé litigieux. Pas plus que les circonstances de fait énoncées dans l'arrêt.

²³ Il convient cependant d'observer que la partie adverse s'était elle-même placée dans cette situation en s'abstenant de déposer une demande de poursuite de la procédure dans le délai imparti.

²⁴ Rappr. en présence d'une annulation Cass., 9 juin 1997, *Pas.*, 1997, I, p. 646 : la Cour de cassation déclare irrecevable le moyen qui invoque la violation d'une disposition réglementaire annulée par le Conseil d'Etat. V. aussi les arrêts cités en note 9 ci-dessus en matière pénale.

²⁵ Comp. P. DE SOMERE, *o. c.*, *A.P.T.*, 2005, p. 2 et note 12 : « *Contrairement à celle d'un arrêt d'annulation, l'autorité de chose jugée d'un arrêt de suspension est limitée au dispositif de l'arrêt et ne s'étend pas à ses motifs, si bien qu'une obligation d'agir ne peut résulter de l'arrêt de suspension proprement dit. La jurisprudence est nuancée sur ce point. Certains arrêts soutiennent que l'utilité de la suspension réside dans le fait que la situation du requérant doit être revue* ».

²⁶ « *Si la suspension a été ordonnée, il est statué sur la requête en annulation dans les six mois du prononcé de l'arrêt* », précise l'article 17, §4, alinéa 1^{er} des lois coordonnées du 12 janvier 1973 sur le Conseil d'Etat.

²⁷ P. DE SOMERE, « L'exécution des décisions du juge administratif », *A.P.T.*, 2005, pp. 2 et 3. En l'espèce, celle-ci n'est jamais intervenue, il est vrai. Rem. en outre l'article 17, §7 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat: en l'absence d'annulation, la chambre compétente peut lever ou rapporter la suspension ordonnée.

²⁸ M. LEROY, *o. c.*, 3^e éd. 2004, p. 828.

²⁹ La conséquence en est qu'aucun reproche ne peut être adressé à une autorité ou à un particulier pour avoir commencé à exécuter un acte frappé d'une demande de suspension qui, en elle-même, n'a pas d'effet suspensif. Sur l'effet limité de l'arrêt de suspension pour l'avenir en ce qu'il est l'accessoire de la procédure en annulation, v. aussi P. LEWALLE, *o. c.*, 3^e éd., 2008, p. 1.105, n° 323 ; P. DE SOMERE, *o. c.*, *A.P.T.*, 2005, p. 2.

tion litigieuse située entre sa publication et sa suspension, en application de l'article 159 de la Constitution »³⁰. Certes, les propos de M. LEROY visent l'hypothèse d'un arrêt prononçant la suspension de l'exécution d'un règlement *directement*, arrêt qui prive le cas échéant celui-ci d'effet pour l'avenir uniquement. Mais ne peut-on pas considérer, dans le même ordre d'idées, qu'entre la suspension de l'exécution d'un acte individuel et l'annulation éventuelle de celui-ci, si elle est prononcée, les parties sont tenues par l'autorité de chose jugée au moins relative de l'arrêt de suspension en ce qui concerne les motifs qui sous-tendent le dispositif de la suspension, en l'occurrence le constat d'illégalité du règlement³¹ ; et qu'à défaut d'être infirmée au moment de statuer sur l'annulation, l'illégalité concernée demeure parée à tout le moins d'une vertu présomptive ?

Pour faire court, la suspension interdit à l'autorité de refaire l'acte attaqué³², même partiellement, sans réparer l'illégalité dénoncée par le moyen jugé sérieux. En l'espèce, une telle réparation n'était pas possible en manière telle qu'il convenait de se parer de « l'autorité de la chose jugée », fut-elle normalement provisoire, de l'arrêt de suspension, et même si celui-ci portait sur un acte subséquent, pour sortir de l'impasse.

Même dans les situations inextricables, tout n'est pas permis pour autant. Déclaration d'illégalité il y eut, certes. Mais il convient de rappeler la portée précise d'une telle déclaration. Cette portée nous paraît être double, à savoir l'inapplication du règlement illégal, d'une part, mais qui ne fait pas nécessairement place à toute forme de créativité dans le chef de l'autorité. Avant cela, il convient en effet de vérifier, d'autre part, s'il n'existe pas

³⁰ M. LEROY, *o. c.*, 3^e éd., 2004, p. 828.

³¹ La question de l'autorité absolue du constat d'illégalité incident est ici expressément réservée. Elle sera abordée dans une contribution distincte. Rem. simplement pour l'heure V. BARTHOLOMEE et J. SOSSON, « La Cour d'arbitrage et le droit de la filiation : les effets de l'arrêt du 21 décembre 1990 », *J.T.*, 1991, p. 713, n° 18, note 71 : la déclaration d'invalidité faite par le Conseil d'Etat au sujet d'un règlement dans un arrêt d'annulation ne lie pas « les autorités administratives » qui vont devoir continuer à l'appliquer (vraisemblablement en dehors du litige où la question a été posée) alors que les juges, quant à eux, pourront toujours refuser de l'appliquer en se fondant sur l'article 159 de la Constitution.

Pour la suite, en cas d'annulation, celle-ci emportera le plus souvent confirmation de l'illégalité déclarée. En cas de rejet, par contre, le sort d'une nouvelle décision prise dans l'intervalle serait différent, en ce compris pour le passé, mais sans que l'on puisse reprocher à l'autorité de s'être fiée entre-temps à l'arrêt de suspension. Une décision provisoire, rendue sous le seul bénéfice de l'apparence de légalité et n'emportant pas annulation mais suspension n'en demeure en effet pas moins nantie de l'autorité de la chose jugée. En outre, un tel reproche formulé par un juge reviendrait d'une certaine manière à donner un effet - c'est-à-dire appliquer - un acte administratif considéré comme illégal à l'époque ... même si *stricto sensu* le juge de l'indemnité reste en principe souverain dans son appréciation finale de la légalité. Car la portée rétroactive de l'arrêt de suspension évoquée par M. LEROY reste bel et bien tributaire de l'appréciation et de la décision du dernier juge saisi. Il s'agit d'une simple « présomption », exclusive de l'autorité de la chose jugée.

³² Si l'on en croit M. LEROY, en effet, la suspension « produit (...) ses effets erga omnes, comme l'annulation le fera plus tard » (*o.c.*, 3^e éd., 2004, p. 828), avec pour conséquences d'interdire à l'autorité de refaire même partiellement l'acte attaqué sans réparer l'illégalité déclarée et de rendre sans objet les autres demandes de suspension qui auraient été ou seraient introduites contre le même acte.

un droit antérieur régulier susceptible d'être appliqué^{33 34}.

Le libellé de l'arrêt *Claudic* ne permet pas de vérifier si la question a été évoquée en l'espèce, mais il eut convenu, selon nous, avant de se substituer à l'autorité supérieure, de vérifier si un arrêté antérieur (et non point illégal par identité de motifs) ne pouvait pas être appliqué en lieu et place de celui déclaré illégal. Ecrire cela ne revient pas à reconnaître à l'autorité administrative le soin d'apprécier elle-même d'initiative la légalité des règlements supérieurs dès lors que l'on se situe dans la suite logique d'une déclaration juridictionnelle d'illégalité nantie de l'autorité de la chose jugée.

8. Au risque de se répéter, la situation rencontrée ici doit être radicalement distinguée de l'hypothèse dans laquelle aucune déclaration juridictionnelle d'illégalité ne préexiste, ou dans laquelle aucune des parties n'en a connaissance, à défaut de l'invoquer. Dans ce cas, il semble que force de loi obligatoire doive être maintenue au règlement concerné, conformément à ce que la doctrine qualifie ordinairement de « privilège du préalable »³⁵. Quand bien même une illégalité serait-elle invo-

quée, elle ne serait pas de nature à contraindre directement l'autorité à ne pas appliquer la réglementation supérieure.

Le Conseil d'Etat a déjà statué dans ce sens dans un arrêt *S.A. Meublecentrale Heylen* n° 25.858 du 14 novembre 1985. Confronté à un permis de bâtir délivré en exécution d'un plan de secteur dont la légalité est remise en cause non par la partie requérante, mais par des parties intervenantes dans l'espoir avoué d'éviter qu'une violation des conditions fixées par ledit plan ne soit constatée, le Conseil d'Etat procède à une lecture littérale de l'article 159 de la Constitution. Il confirme ainsi, après citation de son contenu, que « la règle établie dans cet article de la Constitution, ainsi qu'il y a lieu notamment d'inférer de sa formulation claire³⁶, ne vaut que pour les organes investis d'une juridiction contentieuse et non pour l'administration active ». Il en déduit a contrario deux conséquences différentes selon que le règlement est propre à l'autorité ou non. D'une part, « tout organe de l'administration n'agissant pas comme juridiction est tenu d'appliquer les arrêtés et règlements généraux, provinciaux et locaux tant qu'ils n'ont pas été abrogés ou annulés » voire encore modifiés ou retirés. D'autre

³³ P. LEWALLE, *o. c.*, 3^e éd., 2008, n° 625, p. 1.107 et n° 628, pp. 1.111 et 1.112 au sujet de la remise en vigueur de la norme que la disposition censurée avait abrogée comme si elle était toujours restée en vigueur (sous réserve de cas spécifiques liés aux dispositions en vigueur). V. en ce qui concerne la jurisprudence du Conseil d'Etat, en présence d'annulations cependant, C.E., *Thill*, 23 juin 1982, n° 22.378, *Rec.*, p. 1.053 ; C.E., asl V.V.O., 20 décembre 1988, n° 31.651, *A.P.M.*, 1989, p. 18 ; C.E., *Pirard*, n° 41.825, 29 janvier 1993, *a contrario* (car si l'autorité à l'origine de l'ancienne et de la nouvelle norme n'est en réalité pas compétente pour les adopter, l'annulation est prononcée sauf en tant qu'elle abroge la norme antérieure : en application de l'article 159 de la Constitution, le Conseil d'Etat ne peut en effet prononcer une annulation qui aurait pour effet de rétablir un règlement dont il a constaté l'illégalité) ; comp. C.E., 2 septembre 1987, *Union professionnelle Corporation of Flight Hostesses, J.L.M.B.*, 1988, p. 1531, obs. P. MARTENS, « L'exception d'illégalité : entre l'injustice et le désordre » (si la norme antérieure est entachée de la même illégalité, seule l'autorité compétente est tenue de la corriger) ; C.E., *Commune de Braine-le-Château et crts*, n° 138.732, 21 décembre 2004. V. en ce qui concerne la jurisprudence de la Cour de cassation, en présence de refus d'application cette fois, Cass., 25 novembre 2002, *Pas.*, 2002, I, p. 2.245 ; Cass., 14 février 2005, *Pas.*, 2005, I, p. 364 : il appartient au juge qui écarte l'application d'une disposition réglementaire en raison de son illégalité d'apprécier le litige sur la seule base de la disposition réglementaire applicable dans sa rédaction *légitime* antérieure.

Rem. au sujet du retour à l'état antérieur du droit en cas d'annulation ou de suspension par la Cour constitutionnelle (même si la norme subsiste dans le second cas) : G. ROSOUX et F. TULKENS, « Considérations théoriques et pratiques sur la portée des arrêts de la Cour d'arbitrage », in *La Cour d'arbitrage : un juge comme les autres ?*, Liège, Jeune barreau de Liège, 2004, n° 6, pp. 100 et 101, n° 14, pp. 105 et 106 et p. 134, n° 36 ; C.A., n° 30/2003, 26 février 2003, B.24 ; G. ROSOUX, « Leçons de l'éphémère. La Cour d'arbitrage et le 'renouveau' électoral - La Cour d'arbitrage et la suspension », *R.B.D.C.*, n° 27, p. 30 et p. 32, n° 30 : « Par l'effet de la suspension, le régime antérieur renaît de ses cendres » (sauf intervention du législateur) (n° 27, p. 30). En cas d'arrêt préjudiciel positif : H. SIMONART, *La Cour d'arbitrage. Une étape dans le contrôle de la constitutionnalité de la loi*, Bruxelles, E. Story-Scientia, 1988, p. 256.

³⁴ Cet élément est au demeurant susceptible, le cas échéant, d'avoir des conséquences en matière de responsabilité civile, selon les circonstances.

³⁵ De manière inappropriée selon nous, mais c'est une autre histoire. V. M. NIHOUL, *Les privilèges du préalable et de l'exécution d'office*, Bruges, La Charte, 2001, sp. n° 272, pp. 350 et 351.

³⁶ Peut-être bien sur ce point.

part, « en dehors des cas de révision ou d'annulation par l'autorité de tutelle, l'autorité administrative doit rétablir la légalité d'un arrêté ou d'un règlement illégal pris par elle, en révisant et en conformant sans délai à la loi, l'arrêté ou le règlement après constatation de l'illégalité »³⁷.

Or, en l'espèce, l'on se trouvait dans la première hypothèse et l'argumentation des parties intervenantes était formulée en manière telle qu'il était demandé au Conseil d'Etat « non pas qu'il n'applique pas une prescription illégale du plan de secteur (...) mais qu'il constate que la partie adverse n'était pas autorisée à appliquer ou à invoquer cette prescription ». A son estime, « l'article 107 de la Constitution, pas plus que toute autre disposition légale ou constitutionnelle ou tout autre principe de droit ne peuvent empêcher la partie adverse d'appliquer la prescription de destination concernée encore en vigueur ».

9. En somme, et pour en revenir à notre citoyen à propos duquel l'on se demandait au départ s'il dispose de la faculté d'invoquer l'application d'un règlement illégal pour fonder une décision unilatérale le concernant, il convient d'observer qu'il serait à tout le moins incohérent d'imposer à l'autorité administrative l'obligation de respecter les normes supérieures, fussent-elles illégales mais non déclarées comme telles par une décision juridictionnelle, et de refuser au même moment à

l'administré d'en invoquer l'application jusque devant un juge, par exemple en lui déniait l'intérêt au moyen. En même temps, il convient d'être très précis sur ce point car disposer de la faculté d'invoquer l'application d'un règlement n'emporte pas nécessairement son application effective. Le plus souvent, l'illégalité sera dénoncée de part adverse, dès le moment où cette question sera sujette à contestation. A défaut, encore le juge pourra-t-il la soulever d'office, à supposer du moins que le vice dont l'acte est affecté fut d'ordre public. Dans ces deux cas de figure, il va de soi qu'un administré ne pourrait pas revendiquer l'application d'un règlement illégal sans porter directement atteinte au principe même de légalité et au pouvoir d'appréciation du juge inhérent à la sanction d'inapplication. On le voit : l'intérêt d'invoquer l'application d'un règlement illégal - au sens courant et non judiciaire du terme, cette fois - semble pour le moins relatif. Il est même une circonstance particulière dans laquelle il serait tentant d'exclure une telle manière de procéder, à savoir celle rencontrée dans l'arrêt *Claudic* d'une déclaration antérieure d'illégalité visant le règlement en l'occurrence contesté. A notre sens, une telle situation devrait cependant se résoudre en termes d'exception de légalité et non d'intérêt, voire en termes d'exception de la chose jugée, ce qui est déjà plus discutable selon le cas de figure rencontré.

³⁷ Dans le même sens et en des termes similaires, v. plus récemment C.E., *De Vreese et crts*, n° 138.974, 10 janvier 2005. L'arrêt ajoute à la motivation la contrariété au principe de la continuité du service public.