

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Le champ d'application personnel du contrôle de légalité incident

Van Melsen, Renaud

Published in:
L'article 159 de la Constitution

Publication date:
2010

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Van Melsen, R 2010, Le champ d'application personnel du contrôle de légalité incident. dans M Nihoul (ed.), *L'article 159 de la Constitution*. Projucit, La Charte, Bruxelles, pp. 23-99.

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 CHAMP D'APPLICATION PERSONNEL DU CONTROLE DE LEGALITE INCIDENT

Renaud VAN MELSEN
Assistant aux F.U.N.D.P. Namur
Membre du centre de recherches PROJUCIT
Avocat au barreau de Bruxelles

*« Ne soyez ni obstinés dans le
maintien de ce qui s'écroule, ni trop
pressés dans l'établissement de ce qui
semble s'annoncer »*
B. CONSTANT¹

INTRODUCTION

1. La présente contribution tend à investiguer non pas le champ matériel ou la portée de l'exception d'illégalité, mais ses destinataires, en vue de déterminer la qualité des personnes ou des organes habilité(e)s à la mettre en œuvre.

Le contrôle de légalité incident revient en premier lieu au juge appelé à se prononcer, dans le cadre de la demande qui lui est soumise, sur la régularité d'une action antérieure des pouvoirs publics. A ce titre, il lui appartient en principe de refuser tout effet à un acte méconnaissant des règles supérieures ainsi que de censurer l'application qu'un organe exécutif en aurait faite. L'analyse portera dès lors, tout d'abord, sur la mesure dans laquelle une juridiction peut écarter un acte irrégulier, en rappelant à cette occasion les éléments constitutifs de la fonction contentieuse (I).

L'examen se déplacera ensuite vers l'administration active. En particulier, il recherchera si l'approche généralement retenue, qui veut qu'une autorité

L'auteur tient à remercier Marc NIHOUL, pour sa relecture attentive et ses observations enrichissantes.

¹ *De l'esprit de conquête et de l'usurpation.*

administrative demeure tenue d'appliquer un acte dont la légalité lui apparaît contestable, se justifie réellement ou si, à l'inverse, d'autres considérations appellent à lui reconnaître, le cas échéant dans certaines limites à préciser, le pouvoir de laisser inappliqué un acte qu'elle estimerait illégal (II).

L'exposé se clôturera, enfin, par quelques observations sur la manière dont les principes dégagés à propos des organes exécutifs pourraient s'appliquer aux particuliers (III).

I. LE JUGE ET L'ARTICLE 159 DE LA CONSTITUTION

A. LE CHAMP D'APPLICATION JURIDICTIONNEL DU CONTROLE DE LEGALITE INCIDENT

2. L'article 159 de la Constitution dispose que « [I]es cours et tribunaux n'appliqueront les arrêtés et règlements généraux, provinciaux et locaux, qu'autant qu'ils seront conformes aux lois ».

Le texte de la disposition constitutionnelle vise de la sorte le pouvoir judiciaire. Celle-ci s'insère d'ailleurs dans le chapitre relatif aux juridictions judiciaires². Asscz rapidement, la Cour de cassation a néanmoins³ considéré que la prérogative qu'elle contenait appartient également à d'autres organes agissant en qualité de juridiction contentieuse.

L'exception d'illégalité trouve ainsi à s'appliquer lorsqu'un organe qui relève en règle de l'administration active exerce, par un mécanisme dit de

« *dédoublément fonctionnel* »⁴, des missions juridictionnelles. Tel était le cas de l'ancienne députation permanente, organe exécutif provincial à titre principal, appelée à statuer sur une réclamation en matière de taxes provinciales ou communales⁵⁻⁶ ou encore d'élections locales⁷⁻⁸.

⁴ Sur la notion de dédoublement fonctionnel en raison de la combinaison d'attributions administratives et de missions juridictionnelles, v. not. M. LEROY, *Contentieux administratif*, 4^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2008, pp. 118-119 ; P. LEWALLE, *Contentieux administratif*, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 2008, pp. 417-418, n° 306. Pour une illustration de la nature mixte des attributions dévolues à la députation permanente en matière d'impositions communales directes, v. Cass., 13 novembre 1978, *Pas.*, 1979, I, p. 319 ; Cass., 18 décembre 1978, *Pas.*, 1979, I, p. 469 ; Cass., 11 juin 1979, *Pas.*, 1979, I, p. 1161.

⁵ Cass., 27 juillet 1882, *Pas.*, 1882, I, p. 272 ; Cass., 2 novembre 1882, *Pas.*, 1882, I, p. 374 ; Cass., 12 mars 1942, *Pas.*, 1942, I, p. 63 ; Cass., 13 octobre 1965, *Pas.*, 1965, I, p. 205 ; Cass., 18 septembre 1981, *Pas.*, 1982, I, p. 98.

⁶ Depuis lors, l'article 9 de la loi du 24 décembre 1996 relative à l'établissement et au recouvrement des taxes provinciales et communales a conféré un caractère administratif à ce recours en Régions wallonne et flamande, tout en maintenant le recours juridictionnel existant en Région de Bruxelles-Capitale. La Cour constitutionnelle, alors Cour d'arbitrage, a cependant annulé cette disposition en raison de la discrimination qu'elle générerait entre les redevables dans les différentes régions, tout en maintenant les effets à l'égard des décisions rendues par les députations permanentes avant le 1^{er} avril 1998, date de la publication de l'arrêt au *Moniteur belge* (C.A., n° 30/98, 18 mars 1998, B.13 et B.18, *J.L.M.B.*, 1998, p. 930, note F. DELOBBE ; *Rev. dr. comm.*, 1998, p. 149, note J. SACRE). La loi de réfection du 15 mars 1999 relative au contentieux en matière fiscale a ensuite confié le pouvoir de se prononcer sur « une réclamation contre une taxe provinciale ou communale respectivement [au] gouverneur ou [au] Collège des bourgmestre et échevins, qui agissent en tant qu'autorité administrative » (article 91). Par après, la Cour a toutefois encore pu censurer, sur question préjudicielle, le rôle juridictionnel de la députation permanente statuant sur des réclamations contre des taxes provinciales sous l'empire de la loi du 23 décembre 1986 relative au recouvrement et au contentieux en matière de taxes provinciales et locales, en raison de l'insuffisance des garanties d'indépendance et d'impartialité dont est entouré le fonctionnement de cet organe dans l'exercice de cette fonction (C.A., n° 200/2004, 15 décembre 2004, *Rev. dr. comm.*, 2005, p. 23, note V. SEPULCHRE ; *T.F.R.*, 2005, p. 563, note M. DE JONCKHEERE). Sur cette problématique et l'incidence des arrêts de la Cour constitutionnelle sur le contentieux en question, v. V. SEPULCHRE, « La Cour d'arbitrage et l'indépendance de la députation permanente en matière de contentieux fiscal provincial », note sous C.A., n° 200/2004, 15 décembre 2004, *Rev. dr. comm.*, 2005, pp. 25-35. Sur le contentieux des taxes locales en général, v. not. J-P. MAGREMANNE et F. VAN DE GEJUCHTE, *La procédure en matière de taxes locales : établissement et contentieux du règlement-taxe et de la taxe*, Bruxelles, Larcier, 2004.

⁷ V. les articles 74 à 76 de la loi électorale communale du 4 août 1932. Sur ce contentieux, v. not. R. ANDERSEN, B. LOMBAERT et S. DEPRE, « Les contentieux méconnus », in B. BLERO (dir.), *Le Conseil d'Etat de Belgique cinquante ans après sa création (1946-1996)*, Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 291-303 ; S. BOULLART,

² Il ne s'agit toutefois pas là d'un élément déterminant. D'éminents auteurs ont ainsi observé que ce chapitre comportait également des règles (tel l'article 146) applicables à des organes de jugement n'appartenant pas au pouvoir judiciaire, en sorte que son intitulé désigne en réalité l'ensemble des juridictions (W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, concl. conf. préc. Cass., 21 décembre 1956, *Pas.*, 1957, I, sp. p. 433 ; v. également A. HENKES, concl. conf. préc. Cass., 11 janvier 2001, *Pas.*, 2001, n° 17, p. 55, n° 4). La référence aux « *cours et tribunaux* » vise toutefois les seules juridictions judiciaires, et devrait partant conduire à leur réserver ce pouvoir (implicitement en ce sens : A. HENKES, *o. c.*, *Pas.*, 2001, p. 55, n° 4).

³ Se départissant ainsi de la solution à laquelle aurait abouti l'analyse exégétique établie, évoquée ci-dessus, et encore relayée récemment (v. « L'interprétation et la qualification de la norme de contrôle et de la norme contrôlée », in *Les rapports entre la Cour d'arbitrage, le Pouvoir judiciaire et le Conseil d'Etat : actes du symposium du 21 octobre 2005*, Bruxelles, La Chartre, 2005, p. 19).

La Cour de cassation a ensuite, parallèlement à l'extension de son champ d'application matériel à la faveur de la reconnaissance d'un principe général de droit⁹, adopté une formule consacrée aux termes de laquelle « toute juridiction contentieuse a le droit et le devoir [...] d'examiner si les arrêtés et règlements qu'elle est chargée d'appliquer sont conformes à la loi »¹⁰. Par là, la Cour reconnaît à toute juridiction contentieuse le contrôle de légalité institué par l'article 159 de la Constitution. Sont concernées, à côté des juridictions administratives chargées, en application de l'article 145 de la Constitution, de statuer sur des contestations touchant à des droits politiques, les instances disciplinaires des ordres professionnels¹¹, tels le

« Analyse van de rechtspraak van de Raad van State m.b.t. betwistingen inzake de gemeenteraadsverkiezingen van 8 oktober 2000 », *R.W.*, 2000-2001, pp. 1121-1128 ; A.-E. BOURGAUX, D. DELVAX, F. GOSSELIN, Y. MARIQUE, J. SOHIER et N. VAN LAER, « Chronique de jurisprudence : les élections communales du 8 octobre 2000 », *A.P.T.*, 2001, pp. 257-280 ; M. CROMHEECKE et A. VANDENDRIESSCHE, « De gemeenteraadsverkiezingen van 9 oktober 1994 in de rechtspraak van de Raad van State », *T. Gem.*, 1996, pp. 159-203 ; S. DEPRE et C. DUBOIS, « Les élections communales et des C.P.A.S. du 8 octobre 2006 : examen de la jurisprudence du Conseil d'Etat », *Rev. dr. commun.*, 2008/3, pp. 2-27 ; B. HENDRICKX et S. DEPRE, « Les élections communales du 8 octobre 2000 : examen de la jurisprudence du Conseil d'Etat », *Rev. dr. commun.*, 2003/1, pp. 5-32 ; J. SOHIER, *Les procédures devant le Conseil d'Etat*, Waterloo, Kluwer, 2009, 2^e éd., pp. 166-171 ; X., *Les élections dans tous leurs états : bilan, enjeux et perspectives du droit électoral*, Bruxelles, Bruylant, 2001, sp. pp. 491-562.

⁸ Sa décision n'est alors pas susceptible d'un pourvoi en cassation, mais d'un recours de plein contentieux devant la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat, en vertu de l'article 16, 1^o des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat.

⁹ Nous renvoyons sur cette question à la contribution de F.-X. BARCENA dans cet ouvrage.

¹⁰ La formule, inaugurée dans un arrêt du 13 octobre 1965 (*Pas.*, 1966, I, p. 204), a été reprise, à quelques variations près, dans de nombreux arrêts ultérieurs (Cass., 26 février 1980, *Pas.*, 1980, I, p. 774 ; Cass., 18 septembre 1981, *Pas.*, 1982, I, p. 98, où la question a, s'agissant d'une matière fiscale, été soulevée d'office ; Cass., 11 septembre 1984, *Pas.*, 1985, I, n^o 27 ; Cass., 5 mars 1985, *Pas.*, 1985, I, n^o 403 ; Cass., 10 novembre 1992, *Pas.*, 1992, I, n^o 725 ; Cass., 10 avril 1997, *Pas.*, 1997, I, n^o 181 ; Cass., 20 juin 1997, *Pas.*, 1997, I, n^o 290 ; Cass., 12 septembre 1997, *Pas.*, 1997, I, n^o 349 ; Cass., 23 octobre 2006, *Pas.*, 2006, n^o 502 ; Cass., 4 décembre 2006, *Pas.*, 2006, n^o 620 ; v. également Cass., 8 septembre 1983, *Pas.*, 1983, I, n^o 26 ; Cass., 22 mars 1993, *Pas.*, 1993, I, n^o 154 et concl. conf. Proc. gén., alors Av. gén., J.-F. LECLERCQ, sp. n^o 14 ; Cass., 9 juin 1994, *Pas.*, 1994, I, n^o 296).

¹¹ Pour un relevé des organismes disciplinaires ordinaires dont la Cour de cassation a reconnu la nature juridictionnelle, v. A. HENKES, *o. c.*, *Pas.*, 2001, pp. 55-56, n^o 5, et les références citées. Sur la teneur du contrôle exercé par la Cour sur les décisions disciplinaires de ces organes, v. not. J. DU JARDIN, « Le contrôle de légalité exercé par la Cour de cassation sur la justice disciplinaire au sein des ordres professionnels »,

conseil d'appel de l'Ordre des médecins¹² ou encore la chambre d'Appel de l'Institut des experts-comptables et des conseils fiscaux¹³.

De même, le Conseil d'Etat considère de manière constante que la règle constitutionnelle examinée lui confère, ainsi qu'aux autres juridictions administratives dont les décisions lui sont déferées¹⁴⁻¹⁵, le pouvoir¹⁶ de vérifier de manière incidente la légalité d'actes administratifs¹⁷ autres¹⁸ que

Discours prononcé à l'audience solennelle de rentrée du 1^{er} septembre 2000, *J.T.*, 2000, pp. 625-642. Dans un récent arrêt, la Cour constitutionnelle a également admis que le conseil de discipline d'appel néerlandophone des avocats constituait une juridiction pouvant lui déférer une question par la voie préjudicielle (C.C., n^o 117/2008, 31 juillet 2008, B.4).

¹² Cass., 20 juin 1997, *Pas.*, 1997, I, n^o 290. Si, dans un arrêt du 13 octobre 1969 (*Pas.*, 1970, I, p. 137), la Cour de cassation a décidé que le conseil mixte d'appel de l'Ordre des médecins ne puisait pas dans l'article 159 (alors 107) de la Constitution le pouvoir de contrôler la légalité de décisions antérieures du conseil provincial de cet ordre sur le fondement desquelles il prononce une sanction disciplinaire, celles-ci étant devenues définitives faute d'exercice des voies de recours prévues, le Ministère public estime que la Cour ne s'est pas prononcée, à cette occasion, sur la nature contentieuse des instances et décisions en cause (v. la note 6 dans le sommaire). Cette analyse nous paraît étrange, dans la mesure où elle conduit à reconnaître – au moins potentiellement – un caractère définitif à un acte indépendamment de sa nature juridictionnelle, et partant à exclure tout contrôle de légalité sur celui-ci après l'expiration du délai de recours. Elle se concilie difficilement avec la portée que la Haute juridiction judiciaire avait déjà donnée à l'article 159 de la Constitution, en appliquant celui-ci aux décisions individuelles même non entreprises en temps utile devant le Conseil d'Etat (sur cette question, v. plus en détail la contribution de F.-X. BARCENA dans le présent ouvrage), sauf à considérer que les mesures individuelles adoptées par le conseil provincial ordinal ne constituent pas des actes administratifs.

¹³ Cass., 27 juin 2002, *Pas.*, 2002, n^o 390.

¹⁴ Que ce soit en vertu de sa compétence générale de connaître des « recours en cassation formés contre les décisions contentieuses rendues en dernier ressort par les juridictions administratives » qu'institue l'article 14, § 2 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, ou de sa compétence de pleine juridiction que l'article 16 des mêmes lois coordonnées lui ouvre à l'égard de décisions de certaines juridictions administratives, tels le collège juridictionnel ou provincial statuant en matière d'élections locales.

¹⁵ V. not. C.E., *Van Overbeke*, n^o 132.235, 10 juin 2004, 2.2.4 ; C.E., *Baelden*, n^o 132.234, 10 juin 2004, 2.2.4 ; C.E., *Waeterschoot*, n^o 132.233, 10 juin 2004, 2.2.4.

¹⁶ Sur le point de savoir si ce contrôle constitue une obligation et doit être exercé, même d'office, v. la contribution de B. LOMBAERT dans le présent ouvrage.

¹⁷ Comme l'on sait, la jurisprudence du Conseil d'Etat est cependant fixée en ce sens que les actes administratifs individuels devenus définitifs par l'expiration des délais de recours ne peuvent plus être remis en cause par voie incidente (sur la question, v. la contribution de F.-X. BARCENA dans cet ouvrage).

celui formant l'objet direct du recours¹⁹.

La Cour constitutionnelle, enfin, estime également qu'« [e]n application de l'article 159 de la Constitution, il revient au juge de ne pas appliquer les dispositions [d'arrêtés] qui ne seraient pas compatibles avec [...] la Constitution »²⁰, en ce compris les juridictions administratives²¹ et le Conseil d'Etat²².

3. Le pouvoir de la Cour constitutionnelle de connaître à titre incident de la

¹⁸ Il s'agit bien entendu au premier chef du fondement réglementaire de la décision contestée, voire de la décision antérieure mais non encore définitive (typiquement dans le cadre d'une opération administrative complexe) sur laquelle s'appuie l'acte entrepris, mais également de règles procédurales dont l'application cause un grief à l'une des parties au recours (v. not. C.E., *gemeente Heusden-Zolder*, n° 72.718, 25 mars 1998 et à propos des modalités de notification faisant courir le délai de transmission du mémoire en réplique prescrites par l'article 7 de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section d'administration (actuellement du contentieux administratif) du Conseil d'Etat : C.E., *Beelen*, n° 111.029, 4 octobre 2002) ou encore, comme nous le verrons, des normes réglementaires dont la violation est invoquée à l'appui du recours (v. *infra*, n° 23).

¹⁹ V. not. C.E., *Nicolas*, n° 11.843, 26 mai 1966 ; C.E., *Stevens*, n° 16.432, 22 mai 1974 ; C.E., *Etat belge*, n° 23.644, 7 novembre 1983 ; C.E., *Dieuaidé*, n° 25.226, 10 avril 1985 (sol. impl.) ; C.E., *Hubert*, n° 26.032, 8 janvier 1986 ; C.E., *Anckaert et Meyfrootd*, n° 58.935, 28 mars 1996 ; C.E., *Artois e.a.*, n° 65.974, 22 avril 1997, *A.J.T.*, 1997-1998, p. 527, note J. THEUNIS ; C.E., *Wouters*, n° 74.931, 2 juillet 1998, 3.4 ; C.E., *Ueten en Menenkamp*, n° 75.780, 16 septembre 1998 ; C.E., *Artois e.a.*, n° 76.009, 30 septembre 1998 ; C.E., *XXX*, n° 100.232, 25 octobre 2001 ; C.E., *n.v. Hout Import Bois César Parmentier*, n° 105.331, 28 mars 2002, 3.1.2.1 ; C.E., *Deplae e.a.*, n° 120.508, 12 juin 2003 ; C.E., *Delsard*, n° 124.147, 13 octobre 2003 ; C.E., *commune de Braine-le-Château e.a.*, n° 138.732, 21 décembre 2004 ; C.E., *Dethier e.a.*, n° 149.576, 28 septembre 2005 ; C.E., *Boucher et a.s.b.l. Ligue des droits de l'Homme*, n° 154.599, 7 février 2006 ; C.E., *Snykers*, n° 172.740, 26 juin 2007 (« Considérant que l'article 159 de la Constitution s'impose à toute juridiction et donc au Conseil d'Etat ») ; C.E., *n.v. Le Couter e.a.*, n° 180.191, 28 février 2008, 3.6.2 ; C.E., *Vervliet*, n° 182.591, 29 avril 2008, 2.3.2.1 et 2.3.2.3 ; C.E., *Van Vaerenbergh et Cardoen*, n° 183.978, 9 juin 2008, 2.1.2.1 (sol. impl.) ; C.E., *Ongena*, n° 184.260, 17 juin 2008, 6.2.4 (sol. impl.) ; C.E., *Le Couter e.a.*, n° 184.941, 30 juin 2008, 3.2.3 ; C.E., *Letenre*, n° 185.188, 4 juillet 2008.

²⁰ C.A., n° 62/2004, 31 mars 2004, B.4 ; C.A., n° 178/2004, 3 novembre 2004, B.4.4 ; C.A., n° 158/2005, 20 octobre 2005, B.4 ; C.A., n° 127/2006, 28 juillet 2006, B.6 ; v. également C.A., n° 71/2006, 10 mai 2006, B.24.

²¹ C.A., n° 43/2006, 15 mars 2006, B.22.

²² C.A., n° 21/2002, 23 janvier 2002, B.7 ; C.A., n° 89/2004, 19 mai 2004, B.3.

légalité de normes réglementaires a en revanche suscité des hésitations²³. La question peut certes paraître singulière, mais elle n'est pas dépourvue d'intérêt. Certains le lui dénie au motif que la disposition constitutionnelle vise le seul pouvoir judiciaire²⁴, alors même que tant la Cour de cassation que le Conseil d'Etat ont appliqué la disposition concernée à des juridictions non judiciaires, dépassant par là sa lettre.

Tout en se gardant de se prononcer de manière générale, la Cour constitutionnelle, alors Cour d'arbitrage, a considéré à plusieurs reprises qu'il lui appartenait de se prononcer sur une exception d'illégalité soulevée devant elle lorsque de la réponse à y réserver dépend le fondement du moyen qui lui est soumis²⁵. Il s'agissait dans un cas d'examiner la légalité d'un arrêté royal dont l'entrée en vigueur emportait une modification des règles répartitrices de compétences et conditionnait partant les règles applicables au moment de l'adoption de la disposition décréale entreprise²⁶, et dans l'autre hypothèse, d'une disposition de ce même arrêté

²³ Sur la question, v. également P. LEWALLE, « La Cour constitutionnelle, juge de l'administration », in *En hommage à Francis Delpérée. Itinéraires d'un constitutionnaliste*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 887-908.

²⁴ « L'interprétation et la qualification de la norme de contrôle et de la norme contrôlée », in *o. c.*, 2005, p. 19.

²⁵ C.A., n° 31/95, 4 avril 1995 ; C.A., n° 45/95, 6 juin 1995, B.4.3 (« Sans qu'il soit besoin d'examiner la question générale de savoir s'il appartient à la Cour de statuer sur toute exception fondée sur l'article 159 de la Constitution, il y a lieu de relever qu'en l'espèce, l'arrêté contesté fait partie intégrante d'un ensemble de règles répartitrices de compétences, en ce que le législateur spécial a subordonné l'abrogation de l'article 13, § 6, à l'entrée en vigueur de cet orrêté. Il incombe à la Cour de statuer sur l'exception ») ; C.A., n° 39/97, 14 juillet 1997, B.4.4.1 (« Sans qu'il soit besoin d'examiner la question générale de savoir s'il appartient à la Cour de statuer sur toute exception fondée sur l'article 159 de la Constitution, la Cour constate qu'il est indispensable de répondre à l'exception soulevée en vue de résoudre le problème des compétences. Sans préjudice de la compétence d'annulation du Conseil d'Etat, il incombe par conséquent à la Cour de se prononcer sur cette exception »). On relèvera cependant que, bien qu'y ayant été invitée implicitement par la partie adverse, la Cour s'est gardée d'examiner la légalité d'actes réglementaires en vue d'apprécier l'intérêt à agir des requérants, se bornant à constater que des déclarations antérieures d'illégalité ne sauraient enlever cet intérêt en raison de leur effet relatif (C.A., n° 88/95, 21 décembre 1995, B.8 et A.3.1).

²⁶ L'arrêté royal du 26 septembre 1994 fixant les principes généraux du statut administratif et pécuniaire des agents de l'Etat applicables au personnel des services des gouvernements de communauté et de région et des collèges de la Commission communautaire commune et de la Commission communautaire française ainsi qu'aux personnes morales de droit public qui en dépendent (désormais remplacé par l'arrêté royal homonyme du 22 décembre 2000) faisait en effet entrer en vigueur, à la date de sa prise d'effets, la disposition de la loi spéciale du 8 août 1988 supprimant la

excluant du champ des limitations de compétences qu'il consacrait certaines personnes morales de droit public.

Avec P. LEWALLE, il faut en conclure que la Cour constitutionnelle peut connaître de la régularité d'actes administratifs sur pied de l'article 159 de la Constitution, dans la mesure nécessaire à l'exercice du contrôle des normes légales qui lui est dévolu²⁷.

4. Si le contrôle de légalité institué par la disposition constitutionnelle peut être opéré par toute juridiction, il demeure toutefois incident et est dès lors sans effet sur l'étendue des compétences imparties aux organes contentieux et n'autorise pas le juge à connaître de contestations qui échappent à ses attributions. La Cour de cassation a eu l'occasion de rappeler récemment que l'article 159 de la Constitution « ne s'applique qu'au juge qui a le pouvoir de juridiction ou la compétence pour connaître du litige dont il est saisi »²⁸. Dans l'espèce à l'origine de cet arrêt, le bourgmestre avait fait apposer des scellés sur un établissement classé opéré sans permis d'environnement sur le territoire de la commune, sur pied des pouvoirs coercitifs que lui confère la réglementation environnementale²⁹. Saisi par l'exploitant d'une action en levée des scellés formée sur la base de certaines dispositions du Code judiciaire³⁰, le juge de paix déclina son

condition de l'accord du ministre national de la Fonction publique lors de l'adoption du statut administratif et pécuniaire des agents des organismes d'intérêt public relevant des communautés et des régions, que contenait jusqu'alors la loi spéciale de réformes institutionnelles. Cet arrêté avait été adopté avec effet rétroactif, ensuite de l'annulation de l'arrêté royal du 22 novembre 1991 ayant un objet similaire par un arrêt n° 47.689 du 31 mai 1994 du Conseil d'Etat.

P. LEWALLE, *in o. c.*, 2007, pp. 907-908.

Cass., 2 février 2006, *Pas.*, 2006, n° 67 ; *R.A.B.G.*, 2006, p. 815.

V. les articles 31, § 1^{er} du décret du 28 juin 1985 relatif à l'autorisation anti-pollution et 65, § 1^{er} de l'arrêté de l'Exécutif flamand du 6 février 1991 fixant le règlement flamand relatif à l'autorisation écologique (Titre I du VLAREM). Pour une analyse de ces pouvoirs, v. J. BOUCKAERT et T. GERNAEY, « De rol van de burgemeester bij het nemen van dwangmaatregelen met het oog op de bescherming van het leefmilieu », *T. Gem.*, 2008, pp. 85-118 ; A. CARETTE, « Over het begrip "exploitant" in het Milieuvergunningsdecreet en de kwestie of de burgemeester kan of moet optreden bij exploitatie zonder vergunning », *R.W.*, 2003-2004, pp. 657-660 ; S. HORVAT, « Les pouvoirs coercitifs des fonctionnaires chargés de la police de l'environnement », *C.D.P.K.*, 2000, pp. 189-209.

Essentiellement les articles 597 et 1167, aux termes respectifs desquels « [l]e juge de paix est compétent en matière de scellés » et « [l]a levée des scellés peut être demandée au juge de paix par les prétendants droit dans le patrimoine commun, dans la succession ou l'indivision, par ceux qui les ont fait apposer ou par les créanciers

pouvoir d'ordonner une levée des saisies dans l'hypothèse en cause, étrangère aux dispositions invoquées. Cette décision fut confirmée en degré d'appel par le tribunal de première instance. Après avoir admis que le juge de paix ne pouvait ordonner la levée des scellés dans des hypothèses autres que celles visées³¹, la Cour a indiqué que l'exception d'illégalité invoquée à titre incident ne pouvait pas plus fonder cette prétention³²⁻³³.

B. LA NOTION DE JURIDICTION

5. Encore convient-il de cerner la notion de juridiction, et à la distinguer de la fonction d'administration active. Sans prétendre épuiser une des questions dont une éminente doctrine a relevé l'intrinsèque complexité³⁴ ou encore le caractère délicat³⁵ voire même insoluble³⁶, l'exposé récapitulera les différents éléments traditionnellement proposés pour identifier l'exercice d'une mission juridictionnelle, et à proposer une synthèse des différentes approches.

D'importantes différences s'attachent à la distinction entre les fonctions juridictionnelles et administratives : ainsi, seule une juridiction peut poser

possédant un titre exécutoire ou dont le titre, tous droits saufs au fond, est reconnu par le juge de paix ».

³¹ A cette occasion, la Cour de cassation a néanmoins conféré aux motifs du jugement entrepris, qu'elle place sur le terrain du pouvoir de juridiction, une portée différente de celle qui ressort de la décision sur ce point, confirmant l'incompétence du premier juge (v. également E. BREWAEYS, « De zegels van de overheid zijn niet die van de rechter », *R.A.B.G.*, 2006, p. 824, n° 5).

³² Cette décision peut être rapprochée de deux espèces fort anciennes (Cass., 25 juin 1840, *Pas.*, 1840, I, p. 416 et concl. conf. Proc. gén. DECUYPER, alors Av. gén. ; Cass., 24 février 1843, *Pas.*, 1843, I, p. 71, et concl. conf. Pr. av. gén. DEWANDRE), rendues à une époque où la conception prévalante de la séparation des pouvoirs interdisait aux juridictions judiciaires de connaître des actes adoptés par des autorités publiques dans l'exercice de leur *imperium* (sur cette question, v. M. NIHOUL, *Les privilèges du préalable et de l'exécution d'office*, Bruxelles, La Chartre, 2001, pp. 108-115 et 235-247, n° 85-87 et 180-189).

³³ La doctrine n'a pas manqué de relever cette règle, devenue classique (S. LUST, *Rechtsherstel door de Raad van State*, Brugge, Die Keure, 2000, pp. 113 et 127-128, n° 55 et 63).

³⁴ W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, *o. c.*, *Pas.*, 1957, I, p. 441 ; J. VELU, « La notion de "tribunal" et les notions avoisinantes dans la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales », in *Liber amicorum Frédéric Dumon*, Anvers, Kluwer Rechtswetenschappen, 1983, p. 1294, n° 5.

³⁵ P. LEWALLE, *o. c.*, 3^e éd., 2008, p. 398, n° 303.

³⁶ E. WYMEERSCH, « La fonction quasi-juridictionnelle », *R.B.D.C.*, 1982, p. 214.

une question préjudicielle à la Cour de justice des Communautés européennes³⁷, à la Cour de justice Benelux³⁸, à la Cour constitutionnelle³⁹ voire, depuis l'entrée en vigueur de la loi sur la protection de la concurrence économique, coordonnée le 15 septembre 2006, à la Cour de cassation⁴⁰. De même, les décisions contentieuses rendues en dernier ressort par les juridictions administratives sont, sauf disposition contraire, susceptibles d'un recours qualifié de procédure en cassation administrative⁴¹ qui, à la différence du recours en annulation dirigé contre les actes et règlements d'autorités administratives, ne peut être doublé d'une demande de suspension⁴². Classiquement, seul un organe exerçant une fonction contentieuse a le pouvoir de vérifier la conformité à des normes supérieures des règles de droit qui ont vocation à s'appliquer, et, à défaut, de les écarter. L'acte juridictionnel est, enfin, revêtu, ou a vocation à l'être dans certaines conditions, d'une autorité toute particulière et spécifique qui lui confère force de vérité légale, et partant une irréversibilité qui est étrangère aux actes administratifs⁴³.

Par ailleurs, l'intervention d'une juridiction est requise dans certains

³⁷ Article 234 du Traité instituant la Communauté européenne, désormais article 267 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

³⁸ Article 6, §§ 1^{er} à 4 du Traité du 31 mars 1965 relatif à l'institution et au statut d'une Cour de Justice Benelux.

³⁹ Articles 142, alinéa 3 de la Constitution et 26 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage.

⁴⁰ Articles 72 et 73 de la loi sur la protection de la concurrence économique. L'article 73, § 1^{er} dispose en particulier que « [l]orsque la solution d'un litige dépend de l'interprétation de la présente loi ou de la loi du 10 juin 2006 précitée, la juridiction saisie, dont le Conseil de la concurrence, peut surseoir à statuer et poser une question préjudicielle à la Cour de cassation »).

⁴¹ V. *supra*, n° 2, sp. note 14.

⁴² L'article 17, § 1^{er} des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat ne renvoie en effet pas à l'article 14, § 2 instituant la compétence générale dévolue au Conseil d'Etat en matière de cassation administrative (D. RENDERS et G. PUCKE, « La procédure en cassation administrative », *A.P.T.*, 2006, pp. 232-233, n° 17 et les décisions citées en note 33). La modification apportée sur ce point par la loi du 15 septembre 2006 n'a fait que confirmer la solution retenue antérieurement (v. B. LOMBAERT, « Les modifications de la procédure de référé administratif », *A.P.T.*, 2006, p. 219, n° 5 ; V. CASTIAU, « Le référé administratif – Chronique de jurisprudence des chambres françaises du Conseil d'Etat – 01/08/1999 au 31/12/2002 », *A.P.T.*, 2004, p. 173 ; M. LEROY, *Contentieux administratif*, 3^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 767-768).

⁴³ Relevons cependant que la théorie de l'intangibilité des actes individuels créateurs de droits non entrepris dans les délais de recours, peut à certains égards produire des effets similaires.

hypothèses, essentiellement comme élément assurant la protection des garanties fondamentales accordées aux particuliers : ainsi, en droit conventionnel, toute personne soumise à la juridiction des Etats membres du Conseil de l'Europe, telle la Belgique, a le droit à ce qu'un « tribunal » statue sur les contestations relatives à ses droits et obligations de caractère civil ou sur le bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle⁴⁴, et les privations de liberté par arrestation ou détention doivent être soumises à un contrôle juridictionnel, fût-il postérieur⁴⁵. En droit interne, les contestations ayant pour objet des droits subjectifs relèvent du pouvoir judiciaire, nécessairement s'il s'agit de droits civils ou dans la mesure où le législateur ne les lui a pas soustraites, s'agissant de droits politiques⁴⁶.

6. La jurisprudence et la doctrine ont été amenées à préciser les contours que revêtait la notion de juridiction sous ces différents angles. Selon la Cour de justice, au sens autonome qu'elle reçoit dans l'ordre juridique communautaire, celle-ci désigne en substance un organe permanent et indépendant, institué par les pouvoirs publics, chargé de trancher des litiges selon des règles de droit à l'issue d'une procédure contradictoire et dont la saisine est obligatoire⁴⁷. La Cour constitutionnelle a de même mis en avant, à côté de l'intention du législateur exprimée à travers les travaux préparatoires, plusieurs éléments constitutifs d'un organe juridictionnel, tels sa composition et le mode de désignation de ses membres qui garantissent l'indépendance de ceux-ci par rapport à l'administration, les pouvoirs d'investigation et d'enquête qui lui sont reconnus, le débat contradictoire

⁴⁴ Article 6, § 1^{er} de la Convention européenne des droits de l'Homme. Sur ce que cette disposition implique un droit d'accès à un tribunal, v. not. B. DESMET, J. LATHOUWERS et K. RIMANQUE, « Art. 6 § 1 EVRM », in *Handboek EVRM. T. 2. Artikelsgewijze commentaar*, Anvers, Intersentia, 2004, pp. 489-497, n° 196-209 ; R. ERGEC, *Protection européenne et internationale des droits de l'homme*, 2^e éd. ref., Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 207-208, n° 221 ; F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, Paris, P.U.F., 2008, pp. 373-391, n° 212 ; S. VAN DROOGHENBROECK, *La Convention européenne des droits de l'homme : trois années de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (2002-2004)*, Dossiers du J.T., Bruxelles, Larcier, 2006, pp. 102-104, n° 159-162.

⁴⁵ Article 5, §§ 3 et 4 de la même Convention.

⁴⁶ Articles 144 et 145 de la Constitution.

⁴⁷ Sur la notion de juridiction dans le cadre communautaire, v. A. BARAV, « Tâtonnement préjudiciel, La notion de juridiction en droit communautaire », in *Liber amicorum en l'honneur de Bo Vesterdorf*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 79-140, sp. pp. 88-95 ; S. VAN RAEPENBUSCH, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Bruxelles, Larcier, 2005, pp. 549-553.

qui y est organisé, son obligation spéciale de motivation et le recours en cassation administrative qui peut être exercé contre ses décisions⁴⁸. La Cour européenne des droits de l'homme a égard à l'indépendance organique de l'organe, aux modalités procédurales entourant la décision à adopter, telles les circonstances permettant la contradiction, leur publicité et celle du prononcé, mais également à la conduite d'un examen de légalité de la demande ou de la situation qui lui est soumise⁴⁹. Dans les rares hypothèses où elle a été amenée à se prononcer explicitement sur la question, la Cour de cassation retient, outre l'origine légale de l'organe⁵⁰, des éléments similaires⁵¹. Pour sa part, le Conseil d'Etat met essentiellement l'accent, dans l'exercice de sa compétence de cassation administrative, sur les éléments organiques et formels⁵².

L'approche retenue varie, parfois sensiblement, au gré du contentieux concerné, en fonction du rôle et de l'objectif des recours dont connaît la juridiction saisie. Au-delà de ces spécificités, une conception générale des caractéristiques de la fonction contentieuse peut néanmoins être dégagée.

⁴⁸ C.A., n° 65/96, 13 novembre 1996, B.2 ; C.A., n° 21/2007, 15 février 2007, B.2.1., rendus à propos de l'ancienne Commission permanente de recours des réfugiés à laquelle a succédé, depuis l'entrée en vigueur de la loi du 15 septembre 2006, le Conseil du contentieux des étrangers, nouvelle juridiction administrative (v. l'article 79 de la loi, insérant un article 39/1 dans la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers). V. également C.A., n° 14/2006, 25 janvier 2006, B.10, dans lequel la Cour relève certains éléments qui confirment le caractère juridictionnel que le législateur a entendu donner au Comité R, lorsqu'il agit en tant qu'organe de recours en matière d'habilitation de sécurité.

⁴⁹ C.E.D.H., *De Wilde, Ooms et Versyp (« vagabondage ») c. Belgique*, 18 juin 1971, qui a développé les éléments constitutifs d'un tribunal au sens de la Convention et fixé le sens de la jurisprudence à venir (J. VELU, *in o. c.*, 1983, pp. 1296-1299). Sur les exigences qui caractérisent un « tribunal » au sens de la Convention, v. encore récemment : C.E.D.H., *Herz c. Allemagne*, 12 juin 2003, points 64 et 68 ; C.E.D.H., *Ernst e.a. c. Belgique*, 15 juillet 2003, points 44-76 ; C.E.D.H., *Chamaïev e.a. c. Géorgie et Russie*, 12 avril 2005, point 431 ; C.E.D.H., *Asenov c. Bulgarie*, 15 juillet 2005, point 77 ; C.E.D.H., *sa Forum maritime c. Roumanie*, 4 octobre 2007, points 68-70, 115 et 120. Pour une analyse approfondie de ces questions, v. not. B. DESMET, J. LATHOUWERS et K. RIMANQUE, *o. c.*, 2004, pp. 483-488, n° 186-192 ; F. SUDRE, *o. c.*, 2008, pp. 374-385 et 391-412, n° 212/1-212/3 et 213-215.

⁵⁰ Cass., 21 décembre 1956, *Pas.*, 1957, I, p. 466, et concl. conf. Proc. gén., alors Av. gén., W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH.

⁵¹ Cass., 23 avril 1981, *Pas.*, 1981, I, p. 947 ; Cass., 12 mars 1992, *Pas.*, 1992, I, n° 365.

⁵² P. BOUCQUEY, « Qui peut poser une question préjudicielle à la Cour constitutionnelle », note sous C.A., n° 65/96, 13 novembre 1996, *R.B.D.C.*, 1997, p. 149, note 33.

En l'absence de qualification expresse par le législateur, que ce soit dans la norme organique ou les travaux parlementaires⁵³⁻⁵⁴, différents éléments sont pris en considération, qui sont traditionnellement rangés en quatre catégories : les exigences de nature matérielle, les conditions d'ordre organique, les éléments formels, et le critère fonctionnel de l'autorité de la chose jugée⁵⁵.

On connaît par ailleurs la vive controverse qui oppose les tenants d'une conception matérielle de la fonction juridictionnelle et ceux qui définissent celle-ci par des éléments extérieurs à son contenu, qu'ils soient organiques, formels ou fonctionnels. Ces trois types d'aspects sont, en effet, autant des conditions de l'exercice d'une mission contentieuse que des conséquences de celle-ci et ne préjugent partant en rien de sa substance, dont certains ont dès lors pu nier la nature propre⁵⁶.

7. Sur le plan organique, le statut de l'autorité investie du pouvoir de décision doit garantir son indépendance et son impartialité, à tout le moins dans l'exercice de la fonction envisagée.

Cette exigence consubstantielle à l'office juridictionnel⁵⁷ implique au

⁵³ C.A., n° 49/2003, 30 avril 2003, B.4.2. Sur ce qu'il s'agit là d'un élément primordial, et que l'examen des autres critères ne trouve à s'appliquer qu'en ordre subsidiaire, dans le silence de la loi : W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, *o. c.*, *Pas.*, 1957, I, pp. 440-441 ; A. HENKES, *o. c.*, *Pas.*, 2001, p. 56, n° 6.

⁵⁴ Relevons cependant que l'intention du législateur n'est pas toujours considérée comme suffisante. Ainsi, la Cour constitutionnelle, alors Cour d'arbitrage, a pu rechercher dans le texte organique des éléments confirmant sa volonté clairement exprimée dans les travaux préparatoires (C.A., n° 14/2006, 25 janvier 2006, B.10).

⁵⁵ W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, *o. c.*, *Pas.*, 1957, I, sp. pp. 436-440 ; M.-J. CHIDIAC, « Les critères juridictionnels vus par la doctrine », *R.R.D.*, 1986, p. 137 ; P. BOUCQUEY, *o. c.*, *R.B.D.C.*, 1997, pp. 148-149 ; A. HENKES, *o. c.*, *Pas.*, 2001, p. 58, n° 9.

⁵⁶ Sur certains aspects de cette controverse, v. W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, *o. c.*, *Pas.*, 1957, I, sp. pp. 434-435 ; M.-J. CHIDIAC, *o. c.*, *R.R.D.*, 1986, pp. 137-138.

⁵⁷ Cette exigence s'impose toutefois également, bien que dans une moindre mesure, à l'administration active. Dans un important arrêt, la Cour de cassation a en effet dit pour droit que « le principe d'impartialité constitue un principe général du droit qui, en règle, est applicable à tout organe de l'administration active » (Cass., 9 janvier 2002, *Pas.*, 2002, n° 14, concl. conf. Av. gén. J. SPREUTELS ; *J.L.M.B.*, 2002, p. 1076 ; *J.T.*, 2002, p. 604 ; *A.P.T.*, 2005, p. 23, note N. VAN LAER). Le Conseil d'Etat considère de même « que le principe général d'impartialité doit être appliqué à tout organe de l'administration active et ce, même s'il ne s'agit que d'un organe consultatif », mais uniquement « dans la mesure où il se concilie avec la nature

premier chef l'existence de garanties, notamment quant au mode de désignation de ses membres, de révocation et de rémunération et à la stabilité de leur fonction, assurant son autonomie structurelle⁵⁸ tant à l'égard des pouvoirs exécutif et législatif⁵⁹ que des parties en cause. Il s'ensuit, bien que la Cour de cassation se soit prononcée en sens contraire à propos du Conseil de la concurrence lorsqu'il statue sur l'admissibilité de concentrations⁶⁰, que la décision adoptée ne puisse être contestée sur

spécifique, et notamment avec la structure, de l'administration active » (C.E., *Ebens et Hanssens*, n° 167.303, 30 janvier 2007 ; v. également C.E., *sa Top Bedford*, n° 186.677, 30 septembre 2008 ; C.E., *Reekmans*, n° 187.123, 16 octobre 2008 ; J. JAUMOTTE, « Les principes généraux du droit administratif à travers la jurisprudence administrative », in B. BLERO (dir.), *o. c.*, 1999, p. 675). Sur ces questions, v. not. A. COOLSAET, « Het onpartijdigheidsbeginsel », in I. OPDEBEEK et M. VAN DAMME, *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Brugge, Die Keure, 2006, pp. 279-314 ; N. VAN LAER, « Le principe d'impartialité appliqué au choix du mode de réparation en droit de l'urbanisme », note sous Cass., 9 janvier 2002, *A.P.T.*, 2005, pp. 27-32 ; D. LAGASSE, « L'impartialité, principe général du droit applicable aux autorités administratives », in *Liber amicorum Michel Mahieu*, Bruxelles, Larcier, 2008, pp. 431-447.

⁵⁸ Sur ces questions, v. not. F. KUTY, *L'impartialité du juge en procédure pénale*, Bruxelles, Larcier, 2005 ; S. GUINCHARD, « Indépendance et impartialité du juge. Les principes de droit fondamental », in *L'impartialité du juge et de l'arbitre. Étude de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 5-62 ; F. SUDRE, *o. c.*, 2008, pp. 402-414, n° 214.

⁵⁹ V. C.E.D.H. (gde ch.), *Zielinski et autres c. France*, 28 octobre 1999, point 57 ; C.E.D.H., *Arnolin et autres c. France*, 9 janvier 2007, point 69 ; C.E.D.H. (gde ch.), *Scoppola c. Italie* (n° 2), 17 septembre 2009, point 132.

⁶⁰ L'article 8, § 6 de la loi sur la protection de la concurrence économique, coordonnée le 15 septembre 2006, dispose en effet que « [l]orsque l'intérêt général le justifie, le Conseil des ministres peut autoriser d'office ou à la demande des parties, la réalisation d'une concentration déclarée inadmissible par le Conseil, selon les modalités visées à l'article 60 ». La Cour a néanmoins considéré que « [l]e fait que le Conseil des ministres pourrait prendre une décision annihilant les effets de la décision du Conseil, n'enlève pas à celui-ci son caractère juridictionnel, son indépendance et son affranchissement à l'égard de toute hiérarchie » (Cass., 22 janvier 2008, *Pas.*, 2008, n° 44 et concl. conf. Av. gén. P. DE KOSTER). Alors que la question était vivement discutée en doctrine (en faveur de la nature juridictionnelle, v. T. HEENEN et N. PETIT, « Les autorités de régulation de la concurrence », *R.D.C.*, 2007, p. 536, note 81 ; D. VANDERMEERSCH, *De mededingingswet*, Malines, Kluwer, 2007, p. 43, n° 3-01, sp. note 5 ; *contra* P. BOUCQUEY et P.-O. DE BROUX, « Les recours juridictionnels contre les décisions des autorités de régulation », in *La protection juridictionnelle du citoyen face à l'administration*, Bruxelles, La Chartre, 2007, pp. 231-233, n° 24 ; C. SCHURMANS et X. TATON, « Questions actuelles de procédure en droit de la concurrence. A la recherche d'un système cohérent entre l'autorité de concurrence et l'ordre judiciaire », in *Actualité du droit de la concurrence*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 38 et 138, n° 19 et 123), la Cour suit de la sorte son ministère public, qui avançait en ses conclusions que « seule l'intervention du Conseil des ministres pendant la procédure devant le Conseil de la concurrence pour se substituer à cet organe ou lui

recours que devant une autorité contentieuse et non administrative⁶¹, mais également que les membres composant l'organe chargé de trancher doivent être tiers, et donc extérieurs, aux parties contendantes⁶². Elle explique de même qu'en règle, l'exercice d'une fonction juridictionnelle suppose qu'une demande soit portée devant l'organe appelé à se prononcer⁶³, encore que des hypothèses de saisine d'office aient pu être admises dans le cadre d'une activité contentieuse, tels l'ancienne institution de la faillite d'office⁶⁴, les pouvoirs précédemment dévolus au Conseil de la

dicter le sens de la décision [peut] être condamnable » et relevait encore, à l'appui de sa position, que « le Conseil des ministres agit en tant qu'organe politique et non comme une instance de recours mais [...] les critères qui encadrent son processus décisionnel semblent différents de ceux que le Conseil de la concurrence est appelé à mettre en œuvre » et que « notre droit connaît d'autres hypothèses où, par application d'autres critères, des décisions émanant d'organes juridictionnels sont remplacées par d'autres organes sans que l'on puisse en déduire que les premiers perdraient ainsi leur nécessaire indépendance. Ainsi, le pouvoir régalién de gracier un condamné n'affecte pas l'indépendance du juge qui a prononcé la condamnation » (P. DE KOSTER, concl. conf. préc. Cass., 22 janvier 2008, *Pas.*, 2008, n° 44, sp. p. 184, n° 53-55).

⁶¹ C.A., n° 186/2006, 29 novembre 2006, B.6, à propos de l'office disciplinaire du Procureur général près la Cour d'appel, dont les décisions peuvent être déférées au Ministre de la justice ; C.J.C.E. (gde ch.), aff. C-53/03, *Syfait e.a.*, 31 mai 2005, point 30, où la Cour relève entre autres la tutelle ministérielle impliquant un possible contrôle de légalité des décisions de l'organisme de renvoi pour dénier à ce dernier la qualité de juridiction ; Cass., 17 novembre 1988, *Pas.*, 1989, I, n° 160 et concl. conf. Proc. gén., alors Av. gén., B. JANSSENS DE BISTHOVEN. Comp. encore les nombreuses décisions de la Cour de justice qui soulignent l'absence de pouvoir d'instruction de supérieurs hiérarchiques (A. BARAV, *in o. c.*, 2007, pp. 121 et 124-128).

⁶² C.J.C.E. (gde ch.), aff. C-506/04, *Wilson*, 19 septembre 2006, point 49. Cette exigence a conduit tant la Cour de justice (C.J.C.E., aff. C-24/92, *Corbiau*, 30 mars 1993, point 16 ; C.J.C.E., aff. C-312/93, *Peterbroeck, Van Campenhout & Cie SCS*, 14 décembre 1995, point 17) que la Cour d'arbitrage, depuis constitutionnelle (C.A., n° 67/98, 10 juin 1998, B.2.2), à exclure de la notion, malgré la jurisprudence constante d'autres juges en sens contraire, le directeur de contributions statuant sur les réclamations en matière d'impôts directs, incorporé dans la structure hiérarchique de l'administration enrôlée. La qualité de juridiction a été déniée sur la même base à la députation permanente statuant sur des réclamations contre des taxes provinciales (C.A., n° 200/2004, 15 décembre 2004, *Rev. dr. comm.*, 2005, p. 23, note V. SEPULCHRE ; *T.F.R.*, 2005, p. 563, note M. DE JONCKHEERE ; sur l'évolution de cette question, v. *supra*, note 6).

⁶³ M. LEROY, *o. c.*, 4^e éd., 2008, pp. 119-120.

⁶⁴ Cass., 17 novembre 1988, *Pas.*, 1989, I, n° 160, précité ; v. également, mais de manière laconique et sans réelle analyse, C.J.C.E., aff. C-256/97, *Déménagements-Maintenance Transport*, 29 juin 1999, point 9 et concl. Av. gén. F.G. JACOBS, points 15-17. Sur cette question, v. not. F. RIGAUX et J. VAN COMPENOLLE, « Faillite d'office, fonction juridictionnelle et responsabilité de l'Etat du fait des actes du service

concurrency⁶⁵ ou encore le contrôle qu'exerce la Cour des comptes sur les écritures établies par les comptables publics⁶⁶.

La nécessaire indépendance devant accompagner la fonction de juger justifie également que son statut doive être établi par une norme législative, au moins dans ses principes essentiels. Cette exigence découle immédiatement, en droit interne, des articles 146 et 161 de la Constitution⁶⁷. Seuls une loi, ou, dans la limite des pouvoirs implicites, un décret ou une ordonnance⁶⁸, peuvent dès lors instituer une juridiction, à l'exclusion donc d'actes du pouvoir exécutif⁶⁹. Bien que la Cour

public de la justice », note sous Cass., 17 novembre 1988, *R.C.J.B.*, 1991, pp. 424-430, n^{os} 4-9.

⁶⁵ Sous l'empire de l'ancienne loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique, le Conseil de la concurrence, pourtant institué comme juridiction administrative, pouvait charger *ex officio* le corps des rapporteurs d'ouvrir une instruction (articles 16 et 23, § 1^{er}, c ; v. O. GUTT, « Le conseil de la concurrence », *J.T.*, 2000, p. 482). La nouvelle loi sur la protection de la concurrence économique, coordonnée le 15 septembre 2006, a cependant supprimé cette possibilité, accentuant ainsi la séparation des fonctions du Conseil, d'une part, et de l'Auditorat, d'autre part (article 44, § 1^{er}, 2^o).

⁶⁶ « La Cour arrête les comptes des comptables de l'Etat et des provinces. Cette mission est accomplie, dans chaque chambre, par un conseiller unique désigné, selon le cas, par le premier président ou par le président. La Cour établit si ces comptables sont quittes, en avance ou en débet » (article 8, alinéa 1^{er} de la loi du 29 octobre 1846 relative à l'organisation de la Cour des comptes). Cet examen s'effectue d'initiative, sans demande préalable (F. RIGAUX et J. VAN COMPERNOLLE, *o. c.*, *R.C.J.B.*, 1991, p. 429, n^o 9).

⁶⁷ Ces dispositions portent respectivement qu'« [a]ucune juridiction administrative ne peut être établie qu'en vertu d'une loi » et que « [n]ul tribunal, nulle juridiction contentieuse ne peut être établi qu'en vertu d'une loi ».

⁶⁸ Pour une analyse du pouvoir des législateurs régionaux ou communautaires de créer une juridiction administrative et l'appréciation de la Cour constitutionnelle, v. P. LEWALLE, *o. c.*, 3^e éd., 2008, pp. 404-415 ; X. DELGRANGE et N. LAGASSE, « La création de juridictions administratives par les Communautés et les Régions », in *La protection juridictionnelle du citoyen face à l'administration, o. c.*, 2007, pp. 487-524.

⁶⁹ Cette condition a permis de dénier toute nature juridictionnelle aux décisions des commissions de réclamations et de recours sur la répétibilité d'allocations de chômage, faute de base légale suffisante à l'institution de ces organes (Cass., 21 décembre 1956, *Pas.*, 1957, I, p. 466). De la sorte, la Cour paraît admettre que le législateur puisse habiliter le Roi à régler la matière, et partant à instituer et à organiser des juridictions (comp. Cass., 3 mai 1974, *Pas.*, 1974, I, p. 910). Or, le législateur ne peut attribuer à l'Exécutif des pouvoirs que la Constitution lui a formellement réservés (F. DELPEREE, *Le droit constitutionnel de la Belgique*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 775-776, n^o 917 ; M. UYTENDAELE, *Précis de droit constitutionnel belge. Regards sur un système institutionnel paradoxal*, 3^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 539, n^o 448). Cette solution, épinglée dans les conclusions précédant l'arrêt (W.J.

européenne des droits de l'homme donne généralement une conception matérielle de la « loi »⁷⁰, l'exigence de légalité a sur ce point, et par exception, la même portée en droit conventionnel : la Cour considère en effet qu'elle vise à « éviter que l'organisation du système judiciaire ne soit laissée à la discrétion de l'Exécutif et de faire en sorte que cette matière soit régie par une loi du Parlement »⁷¹. Peut encore être rattaché à ces éléments organiques, le caractère obligatoire de la saisine d'une juridiction, qui indique que son intervention est requise aux fins d'épuiser un différend⁷². Cette exigence amène la Cour de justice à dénier cette qualité aux arbitres, leur implication étant facultative⁷³⁻⁷⁴.

Pour nécessaires qu'elles soient, ces exigences organiques ne sont toutefois pas suffisantes.

La nature juridictionnelle d'une fonction ne saurait en effet se déduire

GANSHOF VAN DER MEERSCH, *o. c.*, *Pas.*, 1957, I, pp. 461-462), s'explique à notre sens par l'impossibilité de contrôler, à l'époque, la constitutionnalité d'une telle loi d'habilitation.

⁷⁰ Sur cette question, v. not. J. VANDE LANOTTE et Y. HAECK, *Handboek E.V.R.M. Deel I. Algemene beginselen*, Anvers, Intersentia, 2005, pp. 125-134, n^{os} 36-44 ; R. ERGEC, *o. c.*, 2006, pp. 161-162, n^{os} 178-179 ; conel. Proc. gén., alors Av. gén., J. VELU préc. Cass., 14 mai 1987, *Pas.*, 1987, I, pp. 1096-1097.

⁷¹ C.E.D.H., *Coëme e.a. c. Belgique*, 22 juin 2000, point 98 ; C.E.D.H., *Savino e.a. c. Italie*, 28 avril 2009, point 94. La Cour admet néanmoins une « délégation de pouvoirs dans des questions touchant à l'organisation judiciaire [...] dans la mesure où cette possibilité s'inscrit dans le cadre du droit interne de l'Etat en question, y compris les dispositions pertinentes de la Constitution ».

⁷² Elle participe, par là, de l'idée qui fonde le critère fonctionnel de l'autorité de chose jugée (v. *infra*, n^o 10).

⁷³ C.J.C.E., aff. 102/82, *Nordsee Deutsche Hochseefischerei GmbH*, 23 mars 1982, points 11 et 12 ; C.J.C.E., aff. C-125/04, *Denuit et Cordenier*, 27 janvier 2005, points 13-15. La Cour précise néanmoins que les questions d'interprétation de droit communautaire que soulève le litige soumis à arbitrage peuvent lui être déferées par les juridictions appelées à connaître par la suite des recours dirigés contre cette sentence ou de demandes tendant à l'exécution de celle-ci (C.J.C.E., *Nordsee Deutsche Hochseefischerei GmbH, o. c.*, point 14). Cette jurisprudence est sévèrement critiquée en doctrine (A. BARAV, *in o. c.*, 2007, pp. 92-93). On observera à cet égard que l'argument retenu par la Cour est éminemment réversible, le pouvoir des juridictions étatiques étant tout aussi facultatif, dans la mesure où les parties peuvent précisément, en règle, recourir à l'arbitrage.

⁷⁴ La Cour européenne des droits de l'Homme considère en revanche que les garanties du procès équitable s'appliquent à la procédure arbitrale (C.E.D.H. (déc.), *Transado – Transportes Fluviais do Sado c. Portugal*, 16 décembre 2003 ; S. VAN DROOGHENBROECK, *o. c.*, 2006, p. 92, n^o 142).

exclusivement de la qualité de son auteur, dès lors que, comme souligné à raison, des organes investis d'un pouvoir de juridiction accomplissent parfois des actes étrangers à toute fonction juridictionnelle et qu'à l'inverse, d'autres acteurs peuvent assumer ponctuellement une activité contentieuse, même si telle n'est pas leur fonction principale⁷⁵⁻⁷⁶. Cette qualité doit, partant, se déterminer par référence à la nature, juridictionnelle ou administrative, de l'acte à prendre.

8. Certains ont proposé de définir l'acte juridictionnel en considération des formalités caractéristiques entourant la décision à intervenir. Ils relèvent à cet égard l'obligation faite aux juridictions de statuer⁷⁷, au terme d'une procédure d'instruction rigoureuse assurant la contradiction et la publicité des débats, par une sentence motivée prononcée en audience publique. S'y ajoutent les voies de recours ouvertes contre la décision rendue⁷⁸.

Ces éléments permettent toutefois de ne départager qu'imparfaitement les décisions administratives et contentieuses. Outre qu'un double degré de juridiction n'est nullement requis de manière générale⁷⁹, l'administration active connaît également des mécanismes de recours qui, lorsqu'ils sont organisés, imposent en règle à l'organe saisi de se prononcer sur l'acte déféré à sa censure⁸⁰. De même, la procédure d'instruction de recours

juridictionnels n'est pas toujours réglée avec précision⁸¹, alors qu'est minutieusement organisée la phase précédant l'adoption de certains actes administratifs, notamment en matière disciplinaire, environnementale ou d'urbanisme. L'action administrative peut également devoir se plier à la contradiction préalable, en application du principe général du respect des droits de la défense ou du principe d'équitable procédure exprimé par l'adage *audi alteram partem*⁸². Si l'article 149 de la Constitution astreint toute juridiction à rencontrer l'ensemble des moyens développés devant elle⁸³, les actes administratifs individuels doivent désormais aussi être motivés en la forme, même si l'étendue de cette obligation est moindre⁸⁴. Enfin, à défaut de texte, la publicité des audiences⁸⁵ et du prononcé⁸⁶ ne s'impose pas de droit aux juridictions qui ne ressortissent pas au pouvoir judiciaire, à moins que l'article 6, § 1^{er} de la Convention européenne des

⁷⁵ A. BARAV, *in o. c.*, 2007, sp. p. 81-82 ; W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, *o. c.*, *Pas.*, 1957, I, sp. pp. 435-436.

⁷⁶ Ce phénomène de dédoublement fonctionnel a déjà été relevé et illustré plus haut (v. *supra*, n° 2).

⁷⁷ L'article 5 du Code judiciaire dispose ainsi qu'« [i]l y a déni de justice lorsque le juge refuse de juger sous quelque prétexte que ce soit, même du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi ».

⁷⁸ R. CARRE DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Paris, Sirey, 1920, p. 782. Sur cette question, v. également M.-J. CHIDIAC, *o. c.*, *R.R.D.*, 1986, pp. 138-139 ; P. LEWALLE, *o. c.*, 3^e éd., 2008, pp. 422-425, n° 308.

⁷⁹ En particulier, les articles 6 et 13 de la Convention européenne des droits de l'Homme ne garantissent pas un tel droit, même en matière de droits et obligations à caractère civil (v. encore récemment : C.E.D.H., *Iordache c. Roumanie*, 14 octobre 2008, point 40 ; C.E.D.H., *Taxquet c. Belgique*, 13 janvier 2009, point 83 ; C.E.D.H., *Iguall Coll c. Espagne*, 10 mars 2009, point 44 ; Cass., 17 décembre 2003, *Pas.*, 2003, n° 655 ; Cass., 10 octobre 2007, R.G. n° P.07.1362.F ; F. KRENC, « La protection contre la répression administrative au regard de la Convention européenne des droits de l'Homme », *in La protection juridictionnelle du citoyen face à l'administration, o. c.*, 2007, pp. 131-132, n° 28.

⁸⁰ Sur l'obligation faite à une autorité de recours organisé de statuer et, plus généralement, le régime des recours administratifs, v. R. ANDERSEN en P. NIHOUL, « Les principes généraux applicables aux recours administratifs internes », *in*

L'administration contestée. Les recours administratifs internes, Bruxelles, Bruylant, 2006, sp. pp. 12-13.

⁸¹ V. P. LEWALLE, *o. c.*, 3^e éd., 2008, p. 423, n° 308.

⁸² Sur le champ d'application et la portée respectifs de ces deux principes, v. not. J. JAUMOTTE, *o. c.*, 1999, pp. 650-665, n° 29.1-31.2 ; I. OPDEBEEK, « De hoorplicht », *in* I. OPDEBEEK et M. VAN DAMME, *Beginselen van behoorlijk bestuur, o. c.*, 2006, pp. 235-278, sp. pp. 237-238 et 242-255, n° 308, 310 et 317-334 ; K. MAN, « De hoorplicht als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur », *Jur. Falc.*, 2005, pp. 331-375, sp. pp. 336-363.

⁸³ P. LEWALLE, *o. c.*, 3^e éd., 2008, p. 175, n° 179. Sur la portée de cette règle de forme et l'étendue de l'obligation qu'elle instaure, v. not. B. MAES, *De motiveringsverplichting van de rechter*, Anvers, Kluwer, 1990 et, pour une analyse plus conceptuelle, I. VEROUGSTRATE, « Het Hof van Cassatie en de motiveringsplicht », *in Mélanges offerts à Pierre Van Ommeslaghe*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 1061-1087.

⁸⁴ Sur la portée de l'obligation de motivation formelle, et spécialement la différence avec l'obligation qui s'impose aux juridictions, v. not. X. DELGRANGE et B. LOMBAERT, « La loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs : Questions d'actualité », *in La motivation formelle des actes administratifs*, Bruxelles, La Chartre, 2005, pp. 40-41 et 45-56, n° 43-45 et 51-61, sp. pp. 26-27 et 48, n° 26 et 54 ; I. OPDEBEEK et A. COOLSAET, *Formele motivering van bestuurshandelingen*, Brugge, Die Keure, 1999, pp. 1-2 et 127-173, n° 1 et 158-217, sp. pp. 158-173, n° 198.

⁸⁵ Cass., 17 octobre 1966, *Pas.*, 1967, I, p. 217 ; Cass., 1^{er} décembre 1977, *Pas.*, 1978, I, p. 380 ; Cass., 15 juin 1979, *Pas.*, 1979, I, p. 1193 ; Cass., 20 juin 1979, *Pas.*, 1979, I, p. 1215 ; Cass., 29 juin 1979, *Pas.*, 1979, I, p. 1301 ; Cass., 20 septembre 1979, *Pas.*, 1980, I, p. 93 ; Cass., 10 avril 1986, *Pas.*, 1986, I, p. 979.

⁸⁶ V., outre les références de la note précédente : Cass., 18 janvier 1966, *Pas.*, 1966, I, p. 644 ; Cass., 22 septembre 1972, *Pas.*, 1973, I, p. 82 ; Cass., 5 janvier 1973, *Pas.*, 1973, I, p. 442 ; Cass., 2 octobre 1980, *Pas.*, 1981, I, p. 116 ; Cass., 16 février 1995, *Pas.*, 1995, I, p. 185. La Cour constitutionnelle s'est récemment ralliée à cette analyse (C.C., n° 67/2009, 2 avril 2009, B.3.2).

droits de l'Homme ne s'applique à l'action dont elles ont à connaître⁸⁷.

Il s'ensuit que certains aspects ne se vérifient pas pour toutes les juridictions dont ils ne peuvent dès lors constituer des éléments nécessaires, tandis que les autres formes relevées participent autant de l'élaboration d'actes indéniablement administratifs et ne sont, par suite, pas déterminantes.

9. D'autres ont par conséquent cherché à circonscrire l'acte juridictionnel par son contenu, et voient la spécificité de la fonction contentieuse dans le pouvoir de trancher, par une décision contraignante, des contestations portées devant elle relatives à la conformité d'un comportement ou d'un acte au droit objectif⁸⁸. Cette question recouvre plusieurs dimensions.

L'activité juridictionnelle suppose tout d'abord l'existence préalable de prétentions contraires à propos de la conformité d'une situation à l'ordonnancement juridique positif⁸⁹, même si la règle en cause n'est pas toujours exprimée par les parties⁹⁰. La nécessité d'un conflit conduit ainsi à

⁸⁷ Cette disposition ouvre en effet à « [t]oute personne [le] droit à ce que sa cause soit entendue [...] publiquement [...] par un tribunal [...] qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elles ». Sur le champ d'application matériel du droit à un procès équitable, v. not. B. DESMET, J. LATHOUWERS et K. RIMANQUE, *o.c.*, 2004, pp. 386-423, n^{os} 11-87 ; F. SUDRE, *o.c.*, 2008, pp. 353-370, n^{os} 204-209 et, en matière de répression administrative, T. BOMBOIS et D. DEOM, « La définition de la sanction administrative », in *Les sanctions administratives*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 101-134, n^{os} 90-135.

⁸⁸ W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, *o.c.*, *Pas.*, 1957, I, sp. pp. 435-436. V. également M.-J. CHIDIAC, *o.c.*, *R.R.D.*, 1986, pp. 138-139 ; A. MEEUS, « La fonction de juger », *R.B.D.C.*, 1982, pp. 199-200. Dans le même sens, la Cour de justice souligne que l'activité contentieuse implique de trancher un litige sur la base du droit applicable (sur la portée de cette exigence, parfois malaisée à cerner, v. A. BARAV, *in o.c.*, 2007, pp. 96-110). La Cour européenne des droits de l'homme s'attache de même à vérifier que l'organisme en cause est bien chargé d'examiner si les prétentions en présence sont conformes ou non à la légalité et est ainsi investi du pouvoir de dire le droit (J. VELU, *in o.c.*, 1983, p. 1301, n^o 7, a).

⁸⁹ Ce qui englobe tout à la fois le contentieux subjectif, tendant à la sauvegarde de droits individuels, et le contentieux objectif, impliquant un contrôle abstrait de légalité.

⁹⁰ Ainsi lorsque le juge élève d'office un moyen d'ordre public (W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, *o.c.*, *Pas.*, 1957, I, p. 437) ou encore, comme il en a le pouvoir à la condition de respecter les droits de la défense, supplée de sa propre initiative des moyens de droit déduits des faits régulièrement soumis à son appréciation, sans cependant modifier l'objet de la demande ni soulever de contestation dont les parties ont exclu l'existence (Cass., 14 avril 2005, *Pas.*, 2005, n^o 225 ; Cass., 29 mai 2009,

écarter les recours gracieux⁹¹, faute d'intérêts contraires et de pluralité de parties litigantes. L'analyse proposée implique également une interdiction de principe fait au juge de s'emparer d'initiative d'un litige⁹², déjà exposée plus haut et qui connaît du reste certaines exceptions⁹³. Le mode d'action décrit ne se distingue cependant aucunement, par sa nature, de situations dans lesquelles, notamment dans le cadre d'actes permissifs, une autorité administrative est saisie d'une demande lui imposant d'arbitrer entre des intérêts tiers divergents.

Un troisième aspect reflète la conception, liée au principe de la séparation des pouvoirs, que l'intervention d'une juridiction tend essentiellement à l'application de règles de droit et est, à la différence de l'appréciation portée par un organe d'administration active, exclusive de toute considération d'opportunité⁹⁴. Comme en attestent notamment les vives

J.T., 2009, p. 552 et note J.-F. VAN DROOGHENBROECK, « Les faits tirés du dossier... dans le respect effectif du contradictoire » ; sur cette question, v. également J.-F. VAN DROOGHENBROECK, « Le juge, les parties, le fait et le droit », in *Actualités en droit judiciaire*, C.U.P., Bruxelles, Larcier, 2005, pp. 157-227, n^{os} 14-100.

⁹¹ A. BARAV, *in o.c.*, 2007, pp. 106-110 ; W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, *o.c.*, *Pas.*, 1957, I, sp. pp. 434, note 2 et 439, note 9. Dans la matière déjà évoquée de la décision du Conseil de la concurrence sur une demande d'admissibilité d'une concentration, la Cour de cassation a cependant estimé que si « la procédure de contrôle de concentration est une procédure d'autorisation administrative de nature différente des procédures en matière de pratiques restrictives ou en toutes matières opposant des parties se prétendant titulaires d'un droit subjectif », elle peut néanmoins « être comprise comme un litige au sens où l'entend l'article 73, § 1^{er}, de la LPCE », dès lors que « [l]e législateur a voulu qu'en matière d'interprétation de la LPCE ne subsiste aucune zone d'ombre et que toute discussion pouvant naître à propos de cette interprétation puisse d'emblée être soumise à l'appréciation de la Cour » (Cass., 22 janvier 2008, *Pas.*, 2008, n^o 44, précité, nous soulignons). Dans ses conclusions précédant cet arrêt, le ministère public avançait, à la lumière de différentes considérations, « qu'en statuant sur une demande de concentration, le Conseil de la concurrence est appelé, fût-il astreint à des délais de rigueur, à déterminer les limites de l'exercice d'un droit ou d'une liberté, à savoir le droit à la liberté d'entreprendre de tout citoyen » et « [c]e faisant, [...] assume une mission juridictionnelle » (concl. conf. Av. gén. P. DE KOSTER, *Pas.*, 2008, pp. 183-184, n^{os} 44-52), mais ne paraît pas avoir emporté la conviction de la Cour sur ce point.

⁹² Mais non d'exercer d'office son examen sur certaines questions, une fois qu'une demande lui a été soumise.

⁹³ V. *supra*, n^o 7.

⁹⁴ La Cour de cassation a ainsi indiqué que la notion de tribunal au sens de l'article 6, § 1^{er} de la Convention européenne des droits de l'Homme, « se caractérise au sens matériel pas son rôle juridictionnel, celui de trancher sur la base de normes de droit et à l'issue d'une procédure organisée les questions relevant de sa compétence » (Cass., 12 mars 1992, *Pas.*, 1992, I, n^o 365, nous soulignons). Appelée à se prononcer

controverses quant à l'étendue exacte d'un office de pleine juridiction⁹⁵, la question est cependant bien plus délicate qu'il n'y paraît, la frontière entre la légalité et l'opportunité s'estompant du reste au fil de l'approfondissement croissant du contrôle juridictionnel. Outre qu'une juridiction peut bénéficier d'une certaine marge d'appréciation irréductible à une mise en œuvre de normes au contenu prédéfini⁹⁶, l'administration

sur la nature de la mission exercée par le juge de paix saisi d'une demande d'expropriation dans le cadre de la loi du 26 juillet 1962 relative à la procédure d'extrême urgence en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique, elle relève de même que celle-ci « consiste [...] à vérifier la légalité de la mesure requise » et, en conjonction avec d'autres éléments, en déduit que « le juge de paix constitue bien un tribunal au sens de la Convention » (Cass., 23 avril 1981, *Pas.*, 1981, I, p. 947). V. également W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, *o. c.*, *Pas.*, 1957, I, p. 437 ; A. HENKES, *o. c.*, *Pas.*, 2001, p. 58, n° 9 ; J. VELU, *in o. c.*, 1983, p. 1301, n° 7, a.

⁹⁵ V., parmi nombre d'autres : S. BOULLART, « De cnc volle rechtsmacht is de andere niet : over volle en minder volle rechtsmacht », *C.D.P.K.*, 2007, numéro spécial, pp. 246-273 ; du même auteur, « De omvang van de beoordelingsbevoegdheid van de rechter met volle rechtsmacht », note sous Bruxelles, 25 mai 2005, *R.A.B.G.*, 2007, pp. 311-320 ; P. BOUCQUEY et P.-O. DE BROUX, *in o. c.*, 2007, pp. 264-277, 284-285, 290-294 et 298-303, n° 65-73, 80, 88-92 et 96-100 ; G. DE FOESTRAETS, « Examen de jurisprudence : aspects procéduraux des recours objectifs de pleine juridiction devant la cour d'appel de Bruxelles », *R.D.C.*, 2009, sp. pp. 456-457, n° 22-29 ; A. LUST et S. LUST, « Het grondrecht op een rechter met volle rechtsmacht en de stedenbouwkundige herstellvordering », in *Strafrecht als roeping. Liber amicorum Lieven Dupont*, Louvain, Universitaire pers Leuven, 2005, pp. 869-904 ; X. TATON, « Les recours objectifs de pleine juridiction et les pouvoirs limités du juge judiciaire », *R.D.C.*, 2005, pp. 799-809 ; S. VAN DROOGHENBROECK, « De vrais sanctions administratives ou des sanctions pénales camouflées ? Réflexions à propos de la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'Homme », *Rev. dr. Liège*, 2005, pp. 474-479.

⁹⁶ La Cour de cassation a ainsi décidé que la déclaration de faillite d'office s'analyse en un acte juridictionnel, bien qu'elle « s'apparente aussi à l'exercice par le juge d'un véritable pouvoir de police économique, dans la mesure où, notamment, la décision de déclaration de faillite d'office peut s'inspirer de considérations déduites de conjonctures, voire d'opportunités économiques » (Cass., 17 novembre 1988, *Pas.*, 1989, I, n° 160, précité, nous soulignons). V. également P. BOUCQUEY, *o. c.*, *R.B.D.C.*, 1997, p. 149, note 31 ; A. MEEUS, *o. c.*, *R.B.D.C.*, 1982, p. 203 ; F. RIGAUX et J. VAN COMPERNOLLE, *o. c.*, *R.C.J.B.*, 1991, p. 425, n° 5. L'idée a par ailleurs été avancée, à propos du contrôle juridictionnel exercé sur les décisions de la Commission bancaire, financière et des assurances en matière d'offres publiques d'acquisition, que, bien que le droit conventionnel ne l'impose pas, le principe de la séparation des pouvoirs n'interdit pas au législateur d'investir une juridiction d'un pouvoir de statuer en opportunité (P.-A. FORIERS, S. HIRSCH, V. MARQUETTE et R. JAFFERALLI, *Les offres publiques d'acquisition*, Dossiers du J.T., Bruxelles, Larcier, 2008, pp. 294-305, n° 318-321). Tel est du reste déjà le cas par exemple de la Cour constitutionnelle qui, dans l'exercice du pouvoir que lui reconnaît l'article 8, alinéa 2 de sa loi spéciale organique du 6 janvier 1989 de limiter l'effet rétroactif de ses arrêts d'annulation,

active, tenue de se conformer aux règles de droit positif, doit également appliquer celles-ci lorsqu'elle accomplit un acte juridique⁹⁷.

Enfin, la décision contentieuse tend à dégager une solution qui lie⁹⁸, à tout le moins⁹⁹, les parties à la cause. Cette exigence permet certes d'exclure les actes dénués de toute force contraignante¹⁰⁰, mais ne la distingue pas de l'essentiel des actes administratifs.

Pas davantage que les aspects organiques ou formels, les éléments matériels ne s'avèrent dès lors à eux seuls décisifs pour reconnaître un acte juridictionnel.

10. Enfin, une valeur particulière s'attache certes aux décisions contentieuses, seules susceptibles d'être revêtues, en l'absence ou à l'expiration de(s) voies de recours, d'une présomption irréfragable d'exactitude qui leur procure une force contraignante et une irréversibilité¹⁰¹, en tout cas *inter partes*¹⁰². Seule une juridiction peut dès lors vider définitivement un litige

dispose d'un « pouvoir souverain » dont elle s'acquitte « au terme d'un jugement rendu en opportunité » (M.-F. RIGAUX et B. RENAULD, v° Cour constitutionnelle, *R.P.D.B. compl. T. X*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 114, n° 300).

⁹⁷ En ce sens également : M.-J. CHIDIAC, *o. c.*, *R.R.D.*, 1986, p. 140 ; P. LEWALLE, *o. c.*, 3^e éd., 2008, p. 421, n° 307.

⁹⁸ Par là, la question entretient des rapports avec le critère de l'autorité de la chose jugée, examiné ci-après.

⁹⁹ Certaines décisions peuvent cependant avoir des effets à l'égard de tiers à la procédure, en raison de l'autorité absolue qui s'y attache. Sur cette question, v. la contribution de M. NIHOUL dans le présent ouvrage.

¹⁰⁰ La Cour de cassation a dénié sur cette base toute nature juridictionnelle à la délibération du conseil de l'Ordre des avocats qui n'a qu'une portée consultative (Cass., 12 mars 1992, *Pas.*, 1992, I, n° 365 ; v. également P. LEWALLE, *o. c.*, 3^e éd., 2008, p. 22, n° 308, note 1745). La Cour de justice a toutefois reconnu une qualité contentieuse à des organes qui, comme le Conseil d'Etat néerlandais et italien, donnaient des avis non contraignants à l'Exécutif, auquel la décision revenait en dernier ressort, au motif que ces avis préalables étaient en pratique toujours suivis (C.J.C.E., aff. C-69/96 à C-79/96, *Nederlandse Spoorwegen*, 27 novembre 1973, 36/73, sol. impl. ; C.J.C.E., *Garofalo e.a.*, 16 octobre 1997, point 24).

¹⁰¹ La Cour de cassation a ainsi jugé que les décisions des juridictions administratives pouvaient une autorité de chose jugée dans un principe général de droit administratif (Cass., 21 juin 2004, *Pas.*, 2004, n° 343).

¹⁰² Sur la notion d'autorité de chose jugée et ses critères, v. not. G. CLOSSET-MARCHAL, « L'autorité de la chose jugée, le principe dispositif et le principe du contradictoire », note sous Cass., 8 octobre 2001, *R.C.J.B.*, 2002, pp. 236-254 ; J. LAENENS, K. BROECKX en D. SCHEERS, *Handboek gerechtelijk recht*, 2^e éd., Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2008, pp. 152-153, n° 262-265 ; D. LAGASSE, « L'absence de toute

opposant les parties contendantes. La doctrine n'a pas manqué d'insister sur ce trait spécifique, et d'aucuns n'ont pas hésité à ériger cet élément en critère exclusif de la fonction juridictionnelle¹⁰³.

Cette condition elle-même n'échappe cependant pas à la relativité : si cette force particulière est effectivement déniée à tout acte administratif, certaines décisions incontestablement juridictionnelles, telles les ordonnances rendues au provisoire¹⁰⁴ ou la plupart¹⁰⁵ des arrêts de la Cour de cassation¹⁰⁶, n'en sont pas moins dépourvues. Effet rarement exprimé dans la législation organique, ce critère n'a par ailleurs qu'un intérêt réduit dans la qualification d'une fonction qu'impose le silence des textes¹⁰⁷.

11. Même en veillant à ne pas trop systématiser¹⁰⁸, un constat nous paraît s'imposer au terme de ces quelques développements. L'exercice d'une fonction juridictionnelle suppose assurément la réunion de certaines exigences tenant au contenu de l'acte accompli, lequel doit tendre à mesurer, par voie contraignante, l'admissibilité de prétentions contraires au regard, sinon exclusivement du moins essentiellement, de

autorité de chose jugée d'un arrêt de rejet du Conseil d'Etat devant les cours et tribunaux ou de la suprématie du principe de la légalité administrative sur le principe de la sécurité juridique », note sous Cass., 9 janvier 1997, *R.C.J.B.*, 2000, sp. pp. 271-279, n° 5-13 ; F. RIGAUX, « Autorités de la chose jugée », *J.T.*, 2007, pp. 318-319 ; P. TAELEMAN, *Het gezag van het rechterlijk gewijsde : een begrippenstudie*, Diegem, Kluwer, 2001 ; J. VAN COMPERNOLLE, « Considérations sur la nature et l'étendue de l'autorité de la chose jugée en matière civile », note sous Cass., 10 septembre 1981, *R.C.J.B.*, 1982, pp. 241-272.

¹⁰³ J. DEMBOUR, *Les actes de la tutelle administrative en droit belge*, Bruxelles, Larcier, 1955, pp. 36-43 ; G. JEZE, « L'acte juridictionnel et la classification des recours contentieux », *R.D.P.*, 1909, p. 667.

¹⁰⁴ J. ENGLEBERT, « Le référé judiciaire : principes et questions de procédure », in *Le référé judiciaire*, Bruxelles, Ed. du Jeune Barreau, 2003, pp. 25-26, n° 27 ; P. TAELEMAN, *o. c.*, 2001, pp. 402-431, n° 515-541.

¹⁰⁵ A moins d'une seconde cassation sur un même point de droit (art. 1120 C. jud.), d'une décision concernant un conflit d'attributions (article 33, alinéa 3 des lois sur le Conseil d'Etat, éoordonnées le 12 janvier 1973) ou d'une substitution de motifs.

¹⁰⁶ G. CLOSSET-MARCHAL, J.-F. VAN DROOGHENBROECK, S. UHLIG et A. DECROËS, « Droit judiciaire privé. Les voies de recours. Examen de jurisprudence (1993-2005) (suite) », *R.C.J.B.*, 2006, p. 465, n° 436 ; F. RIGAUX, *La nature du contrôle de la Cour de cassation*, Bruxelles, Bruylant, 1966, pp. 106-107, n° 72.

¹⁰⁷ P. LEWALLE, *o. c.*, 3^e éd., 2008, p. 417, n° 305 ; v. également M.-J. CHIDIAC, *o. c.*, *R.R.D.*, 1986, p. 141, *in fine* ; F. RIGAUX et J. VAN COMPERNOLLE, *o. c.*, *R.C.J.B.*, 1991, p. 425, n° 5.

¹⁰⁸ Comme y invitait en la matière W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, *o. c.*, *Pas.*, 1957, I, p. 440.

l'ordonnement juridique existant. Une décision contentieuse ne peut de même être rendue que dans le respect de certaines formalités. Ces éléments ne sont cependant pas l'apanage de l'activité juridictionnelle, l'administration active étant tout autant tenue de se conformer aux dispositions légales et réglementaires, voire à certaines des formes relevées, dans le cadre son action. Ne pouvant prétendre à aucun monopole sur ces plans, l'acte juridictionnel n'acquière en réalité sa spécificité que par l'indépendance et l'impartialité assurées, dans ce cadre, à son auteur.

La détermination de la nature, administrative ou contentieuse, d'une fonction non expressément qualifiée impose dès lors la vérification¹⁰⁹ de ces trois ordres de considérations combinés, dont suivra la quatrième. Ces éléments constitueront autant d'indices de la volonté du législateur, qui doit en dernier ressort guider l'opération. Il s'ensuit également qu'à défaut d'indications précises, l'œuvre du législateur ne pourra être censurée en raison de l'incompatibilité de la mission confiée à un organe avec le statut ou les formes qui l'entourent¹¹⁰. Tout autre est bien entendu le point de savoir si la norme en cause rencontre de la sorte les exigences des articles 144 et 145 de la Constitution ou de la protection juridictionnelle qui se déduit du droit à un procès équitable, mais ces questions ne sauraient influencer sur l'appréciation de la nature de l'activité en question¹¹¹.

Une fois établie la qualité juridictionnelle d'une fonction, l'organe qui l'exerce est, dans la sphère de ces attributions, habilité à refuser d'appliquer, malgré la formulation plus étroite de l'article 159 de la Charte

¹⁰⁹ Ce qui requiert à tout le moins que les textes qui la régissent ne comportent pas de dispositions inconciliables avec les exigences d'une fonction contentieuse, notamment sur le plan des formalités et des facteurs organiques d'indépendance et d'impartialité.

¹¹⁰ Puisque, par définition, ceux-ci détermineront la nature de la fonction exercée. Il n'apparaît dès lors pas possible de reprocher au législateur d'avoir négligé d'assortir des garanties requises une mission à laquelle il n'a pas explicitement ou implicitement conféré une dimension contentieuse, l'absence de telles garanties ne pouvant que disqualifier cette fonction en une activité de nature administrative. Avant de conclure à l'incompatibilité de leur organisation avec la fonction juridictionnelle, la Cour constitutionnelle, alors d'arbitrage, avaient bien pris le soin de relever que les organes en cause devaient être considérées comme des juridictions (C.A., n° 67/98, 10 juin 1998, B.2.2 ; C.A., n° 200/2004, 15 décembre 2004, B.3).

¹¹¹ Encore que la Cour de justice ait pu estimer, non sans critiques (A. BARAV, *in o. c.*, 2007, p. 91) qu'« en l'absence pratique d'une voie de recours effective devant les juridictions ordinaires, [... un organisme] dont les décisions, acquises à la suite d'une procédure contentieuse, sont en fait reconnues comme définitives, doit être considérée comme une juridiction » (C.J.C.E., aff. 246/80, *Broekmeulen*, 6 octobre 1981, point 17, nous soulignons).

fondamentale, en principe toute disposition contraire à une règle supérieure¹¹².

II. L'AUTORITE ADMINISTRATIVE ET LE CONTROLE DE LEGALITE INCIDENT

12. Le rapport au contrôle de légalité incident des organes publics qui ne ressortissent pas au pouvoir législatif et ne sont pas investis d'une fonction juridictionnelle est plus délicat et débattu.

La question présente bien entendu une importance pratique considérable, puisqu'il s'agit de déterminer si une autorité administrative peut, voire doit, même en l'absence de censure juridictionnelle préalable, exciper de sa propre initiative de l'illégalité d'actes administratifs antérieurs, qu'elle en soit ou non l'auteur, qui s'imposent à elle dans l'exercice de ses missions.

Le collège communal saisi d'une demande de permis d'urbanisme est-il ainsi en droit d'écarter, dans l'appréciation du projet qui lui est soumis, le plan d'aménagement local qu'il estimerait entaché d'illégalité ? Le conseil provincial est-il fondé à adopter un règlement sans tenir compte d'un arrêté royal, régional ou communautaire à son sens illégal ? Une autorité peut-elle agir ou prendre des mesures à l'encontre d'une situation qu'elle a elle-même autorisée, fût-ce en violation de règles supérieures ?

La matière revêt une dimension particulière pour les autorités de tutelle et de recours administratifs, dès lors qu'elles sont expressément investies d'un contrôle, bien que limité, de la légalité des actes déférés à leur censure. Les priver de la possibilité de vérifier incidemment la validité des dispositions qu'elles sont chargées de faire appliquer réduirait sensiblement l'intérêt de leur mission¹¹³.

¹¹² Sur l'étendue du champ d'application matériel du contrôle de légalité incident, voy. la contribution de F.-X. BARCENA dans cet ouvrage.

¹¹³ V. en ce sens, à propos des voies de recours administratifs : J. THEUNIS, « De « exceptie van onwettigheid » (artikel 159 G.W.) : meer vragen dan antwoorden », *R.W.*, 2007-2008, p. 1270, n° 13.

Dans un même ordre d'idées, un requérant a répliqué à l'exception d'irrecevabilité *omisso medio* déduite d'un défaut d'épuisement des recours administratifs, que le grief étant pris de l'illégalité du fondement réglementaire de la décision, l'autorité statuant sur recours n'avait pas le pouvoir de constater celle-ci sauf à déclarer l'acte inexistant en sorte que l'exercice des voies de recours était inutile : « *dat verzoekers voorts argumenteren dat er twee hypothesen bestaan betreffende de onwettigheden van de bestreden beslissingen* ».

Après avoir exposé, dans une perspective critique, les fondements de la position traditionnelle (A), la présente contribution s'attellera à développer les raisons nous paraissant commander l'ouverture du contrôle de légalité à l'administration active (B) puis d'en définir la portée, les limites ainsi que les conséquences qui s'y attachent pour l'autorité (C).

A. LE REFUS TRADITIONNEL DU CONTROLE DE LEGALITE PAR L'ADMINISTRATION

13. La jurisprudence dominante, suivie par une doctrine majoritaire¹¹⁴, réserve

- *ofwel zijn de onwettigheden van zulke aard, dat de bestreden beslissingen zonder meer als onbestaande gehouden moeten worden door verzoekers en de provinciegouverneur, zodat een administratief beroep tegen de bestreden beslissingen onnodig of overbodig is*
- *ofwel zijn de onwettigheden niet van zulke aard, dat de bestreden beslissingen zonder meer als onbestaande gehouden moeten worden, zodat de provinciegouverneur een beslissing moet nemen die abstractie maakt van die onwettigheden, een beslissing die zelf aangedust zou zijn door een onwettigheid, aangezien een orgaan van het actief bestuur geen wettigheidscontrole kan uitvoeren doch enkel de algemene, provinciale en plaatselijke besluiten en verordeningen toepassen, zolang zij niet zijn opgeheven of vernietigd ».*

Le Conseil d'Etat a néanmoins fait droit à l'exception d'irrecevabilité (C.E., *Cymerman e.a.*, n° 159.051, 22 mai 2006, sp. 3.1.2.3).

¹¹⁴ A. ALEN, *Rechter en bestuur in het Belgische publiekrecht. De grondslagen van de rechterlijke wettigheidscontrole*, Anvers, Kluwer Rechtswetenschappen, 1984, pp. 40-41, 841-842 et 847-849, n° 29, 448 et 450 ; A. ALEN et J. THEUNIS, « Praktische vragen over de "exceptie" van onwettigheid in artikel 159 van de Grondwet », *Themis*, 2008-2009, n° 54, p. 6, n° 6-7 ; 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, p. 169, n° 2 ; C. DESMECHT, « L'article 159 de la Constitution : un article qui vous veut du bien », note sous C. trav. Bruxelles, 20 janvier 2005, *R.G.D.C.*, 2006, p. 290, n° 15-16 ; A. GLABEKE, « Artikel 159 van de Grondwet en de onbestaande bestuurshandeling », note sous Dép. Perm. Fl. Occ., 2 juillet 2003, *T.R.O.S.*, 2005, pp. 62-63 ; P. GOFFAUX, *Dictionnaire élémentaire de droit administratif*, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 228-230 ; P. LEWALLE, *o. c.*, 3^e éd., 2008, p. 354, n° 285, sp. note 1453 ; J.-P. MAGREMANNE et F. VAN DE GEUCHTE, *o. c.*, 2004, pp. 89, 221, 223-224 et 225-226, n° 99, 235, 239 et 245 ; D. RENDERS, « L'autorité administrative doit-elle d'office refuser d'appliquer une loi inconstitutionnelle ? », note sous Cass., 21 décembre 2007, *J.T.*, 2008, p. 556, n° 5 ; J. THEUNIS, « Kan een administratieve overheid op grond van artikel 159 van de Grondwet een onwettige bestuurshandeling buiten toepassing laten ? », note sous C.E., *Artois e.a.*, n° 65.974, 22 avril 1997, *A.J.T.*, 1997-1998, pp. 532-534 ; du même auteur, *o. c.*, *R.W.*, 2007-2008, pp. 1270-1271, n° 14-15. Comp. S. LUST, *o. c.*, 2000, pp. 124-125, n° 61, sp. note 426.

le contrôle de légalité indigent au seul juge¹¹⁵, et dénie en principe ce pouvoir à l'administration¹¹⁶. Selon une formule consacrée, l'autorité est en règle tenue d'appliquer un règlement ou un acte individuel, fût-il illégal, tant que celui-ci n'a pas été abrogé, rapporté ou mis à néant¹¹⁷. Lorsque l'autorité en cause est l'auteur de la norme illégale, cette obligation se confond en réalité, du moins devant le Conseil d'Etat¹¹⁸, avec le principe général exprimé par l'adage *patere legem quam ipse fecisti*.

Plusieurs décisions rejettent en conséquence le moyen qui reproche directement à l'autorité d'avoir appliqué un acte qui n'est pas manifestement illégal¹¹⁹. A l'inverse, il ne peut être fait grief à l'administré

d'avoir attendu le recours juridictionnel pour soulever l'illégalité de l'acte sur lequel se fonde l'autorité administrative, quand bien même celle-ci l'avait entendu¹²⁰.

Cette position est fondée sur différents ordres de considérations examinés ci-dessous.

14. En premier lieu, les tenants de l'analyse classique rappellent, dans une approche exégétique, que le texte de la disposition constitutionnelle ne vise aucun organe de l'administration active¹²¹. Par suite, de telles autorités ne pourraient exercer un contrôle général de légalité, faute de base légale, leurs pouvoirs étant d'attribution¹²².

15. D'autres invoquent l'intention du Constituant et soulignent ainsi, de manière plus déterminante, que le Congrès national n'a pas retenu un amendement tendant à étendre le contrôle de légalité aux conseils communaux et provinciaux, souhaitant apparemment éviter une confusion des pouvoirs¹²³. Lors de la séance du 9 janvier 1831, le membre VAN MEENEN avait effectivement proposé d'insérer dans la disposition appelée à devenir l'article 159 l'incise « *et par les conseils provinciaux et communaux* » dans leurs fonctions d'exécution. D'autres ont cependant opposé qu'« *il ne faut pas attribuer à une administration un droit qui ne doit pas lui appartenir* » et qu'« *il est bien dangereux de laisser à chaque administration communale le soin d'examiner la légalité des arrêtés* », à la suite de quoi l'examen de la proposition fut en définitive ajourné¹²⁴. Le

¹¹⁵ V. les références citées *supra*, en notes 10, 15, 19 et 20.

¹¹⁶ V. C.E., *Ville de Malines*, n° 3.077, 18 janvier 1954 ; C.E., *Artois e.a.*, n° 65.974, 22 avril 1997, précité ; C.E., *n.v. HTCTC*, n° 71.040, 22 janvier 1998, 1.3.2 ; C.E., *Artois e.a.*, n° 76.009, 30 septembre 1998 ; C.E., *Mortier*, n° 120.799, 23 juin 2003, 3.3.3 ; C.E., *commune de Braine-le-Château e.a.*, n° 138.732, 21 décembre 2004 ; C.E., *De Vreese et Stragier*, n° 138.974 et 138.975, 10 janvier 2005 ; C.E., *Dethier e.a.*, n° 149.576, 28 septembre 2005 ; C.E., *Le Couter e.a.*, n° 184.941, 30 juin 2008, 3.2.3. Dans un même ordre d'idées, la Cour de cassation a déjà considéré qu'« *il n'appartient pas à l'inspecteur urbaniste de retirer d'office, sans l'intervention du juge, une autorisation octroyée illégalement* » (Cass., 13 septembre 2005, *Pas.*, 2005, n° 422).

¹¹⁷ C.E., *Ville de Lokeren*, n° 25.327 à 25.330, 14 mai 1985 ; C.E., *commune de Riemst*, n° 29.560, 15 mars 1988, 3.2.2 ; C.E., *Mortier*, n° 120.799, 23 juin 2003, 4.1.2.1.

¹¹⁸ La Cour de cassation considère en effet que cet adage n'exprime pas un principe général de droit, sa méconnaissance ne pouvant porter ouverture à cassation (Cass., 25 février 1991, *Pas.*, 1991, I, n° 344).

¹¹⁹ C.E., *De Grand Ry et Beeckmans*, n° 105.038, 22 mars 2002 (« *dat hoe dan ook in de onderhavige zaak er geen reden toe lijkt om het de verwerende partij euvel te duiden dat zij niet expliciet op de argumentatie van verzoekers is ingegaan, waar immers die argumentatie er op neer kwam dat zij toepassing diende te maken van het artikel 159 van de Grondwet en genoemd artikel zich niet tot het actief bestuur richt, maar tot de met eigenlijke rechtspraak belaste organen* ») ; C.E., *Beckers*, n° 145.834, 13 juin 2005, 2.1.3 (« *dat voorts zijn beroep op artikel 159 van de Grondwet niet opgaat ; dat immers die grondwettelijke bepaling alleen slaat op de juridictionele organen die alleen bevoegd zijn om besluiten en verordeningen van de uitvoerende macht buiten toepassing te laten ; dat de commissie van beroep geen rechtscollege is doch een adviesorgaan van De Post, zodat zij niet bevoegd is om reglementen door De Post uitgevaardigd buiten toepassing te laten en derhalve ook niet om te onderzoeken of die regels wel op een regelmatige wijze tot stand zijn gekomen* ») ; C.E., *v.z.w. Onze-Lieve-Vrouwziekenhuis Aalst*, n° 146.121, 16 juin 2005, 2.1.2 ; C.E., *v.z.w. Heilig-Hart Ziekenhuis Roeselare*, n° 146.122, 16 juin 2005, 2.1.2 ; C.E., *v.z.w. Algemeen Ziekenhuis Sint-Lucas Gent*, n° 146.123, 16 juin 2005, 2.1.2 ; C.E., *v.z.w. Imelda*, n° 146.124, 16 juin 2005, 2.1.2 ; C.E., *Wittouck et Rolin Jacquemyns*, n° 175.141, 28 septembre 2007, 2.1.2.5 ; C.E., *Ullens de Schooten*, n° 175.142, 28 septembre 2007,

3.2.2.5 ; C.E., *Vervliet*, n° 182.591, 29 avril 2008, 2.3.2.1.

¹²⁰ C.E., *Waeterschoot*, n° 132.233, 10 juin 2004, 2.2.5 ; C.E., *Baelden*, n° 132.234, 10 juin 2004, 2.2.5 ; C.E., *Van Overbeke*, n° 132.235, 10 juin 2004, 2.2.5.

¹²¹ C.E., *n.v. Meubelcentrale Heylen*, n° 25.858, 14 novembre 1985, 3.2.1 ; C.E., *De Vreese et Stragier*, n° 138.974 et 138.975, 10 janvier 2005 ; C.E., *Vervliet*, n° 182.591, 29 avril 2008, 2.3.2.1 (« *Overwegende dat artikel 159 (vroeger : artikel 107) van de grondwet bepaalt dat "de hoven en rechtbanken (...) de algemene, provinciale en plaatselijke besluiten en verordeningen alleen toe(passen) in zoverre zij met de wetten overeenstemmen" ; dat de in dat grondwetsartikel gestelde regel, zoals onder meer uit de duidelijke en ondubbelzinnige formulering ervan blijkt, enkel geldt voor de met rechtspraak belaste organen en niet voor het actief bestuur* »).

¹²² T. BOMBOIS, *o. c.*, *J.T.*, 2009, p. 169, n° 2, spec. note 7 ; D. RENDERS, *o. c.*, *J.T.*, 2008, p. 556, n° 5.

¹²³ A. ALLEN, *o. c.*, 1984, pp. 841-842, n° 448 et les références citées ; T. BOMBOIS, *o. c.*, *J.T.*, 2009, p. 169, n° 2.

¹²⁴ E. HUYTENS, *Discussions du Congrès national de Belgique (1830-1831)*, Bruxelles, Société typographique belge, 1844, vol. II, pp. 68-69.

Constituant n'y est cependant jamais revêtu.

Cette analyse renvoie également à une conception de l'organisation des pouvoirs dans laquelle la fonction exécutive occupe une position subordonnée, tenue à une application stricte des règles existantes sans pouvoir se pencher sur leur conformité à des normes supérieures, mission propre aux juridictions.

16. D'aucuns évoquent encore, en se référant à l'absence de garanties d'indépendance et d'impartialité, la crainte d'une application sélective de l'exception d'illégalité aux mains de l'administration, voire d'un détournement de ce pouvoir¹²⁵.

Le Conseil d'Etat n'a d'ailleurs pas hésité à fonder l'approche classique sur les exigences de l'Etat de droit et la protection contre l'arbitraire administratif, en opposant à la partie adverse qui faisait valoir qu'il importe peu que l'autorité administrative puisse ou non écarter un acte illégal dans la mesure où le juge appelé à statuer ultérieurement le doit, « *dat artikel 159 van de Grondwet is uitgedacht als een bescherming van de burger tegen de administratieve overheid ; dat artikel 159 de burger in staat stelt om tegen de administratieve overheid de onwettigheid van haar beslissingen te doen gelden ; dat dit ons rechtsbestel tot een rechtsstaat maakt ; dat met de stelling die de verwerende partij voorstaat, artikel 159 de administratieve overheid in staat stelt om de onwettigheid van haar beslissingen tegen de burger te doen gelden ; dat dit helemaal niet eigen is aan de door artikel 159 beschermde rechtsstaat ; dat de handhaving van de wet – of wat er voor moet doorgaan – tegen de burger integendeel in een absolute staat maar al te goed verzekerd wordt* »¹²⁶.

17. Ces considérations ont probablement conduit la Haute juridiction administrative¹²⁷ à limiter l'intervention administrative aux illégalités

manifestes et d'une particulière gravité, qui ne souffrent pas de conteste. Le juge de l'excès de pouvoir estime en effet qu'une autorité administrative n'a pas à appliquer les actes entachés d'une telle illégalité, au motif que celle-ci ébranle leur existence même¹²⁸.

Il ne s'agit là que d'une des manifestations classiques des conséquences de l'inexistence d'un acte¹²⁹, qui plus largement autorise toute personne, en ce compris le particulier, à ne pas en tenir compte et forme traditionnellement une exception aux autres limites que le Conseil d'Etat assigne à l'article 159 de la Constitution¹³⁰ et aux notions qui y sont liées, telles la théorie du retrait¹³¹.

qui est entaché d'une illégalité manifeste telle qu'une contradiction claire entre les motifs et le dispositif de la décision, n'agissent pas en violation de leur mission constitutionnelle et légale, même si cet acte pourrait avoir pour effet d'accorder certains droits » (Cass., 2 décembre 2002, *Pas.*, 2002, n° 646), ce qui n'est pas sans rappeler la théorie des actes inexistantes (P. POPELIER, « De intrekking van bestuurshandelingen : een gissing naar een lacer van het Hof van Cassatie », note sous Cass., 2 décembre 2002, *C.D.P.K.*, 2003, p. 339, n° 9). Le Conseil d'Etat a d'ailleurs déjà admis qu'un acte affecté d'une contradiction manifeste entre deux chefs de décision inconciliables devait être considéré comme inexistant (C.E., *commune de Saint-Gilles*, n° 112.500, 12 novembre 2002).

¹²⁸ C.E., *commune de Riemst*, n° 29.560, 15 mars 1988 ; C.E., *Delsard*, n° 124.147, 13 octobre 2003, 3.3.1 ; C.E., *De Vreese et Stragier*, n° 138.974 et 138.975, 10 janvier 2005 ; C.E., *Vervliet*, n° 182.591, 29 avril 2008, 2.3.2.1. Pour un cas d'application par une autorité statuant sur recours administratif, où l'inexistence de l'acte a été déduite de l'illégalité constatée à différentes reprises par le Conseil d'Etat, v. *Dép. Perm. Fl. Occ.*, 2 juillet 2003, *T.R.O.S.*, 2005, p. 61 et note A. GLABEKE.

¹²⁹ Sur la notion d'actes inexistantes, ses contours, ses implications et la casuistique qu'elle a fait naître, v. M. VAN DAMME et F. DE KEGEL, « De onbestaande rechtshandeling », *T.B.P.*, 1997, pp. 219-224 ; A. GLABEKE, *o. c.*, *T.R.O.S.*, 2005, pp. 62-63. V. également, sous l'angle de la recevabilité du recours pour excès de pouvoir : P. LEWALLE, *o. c.*, 3^e éd., 2008, pp. 637-641, n° 414.

¹³⁰ Elle permet ainsi, par exception, d'écarter un acte administratif individuel malgré l'absence de recours en annulation formé contre cet acte et l'expiration du délai de recours contentieux (v. not. C.E., *Cymerman e.a.*, n° 159.051, 22 mai 2006, 3.2.3). Sur cette question, v. la contribution de F.-X. BARCENA dans cet ouvrage.

¹³¹ On a ainsi pu relever que « pour une administration, exciper devant une juridiction de l'illégalité d'une de ses décisions et demander en conséquence de ne pas l'appliquer revient à soutenir qu'elle a encore le droit, à ce moment, de retirer cette décision » (D. LAGASSE, « De l'antinomie entre les principes de légalité et de la sécurité juridique », note sous *Civ. Bruxelles*, 18 septembre 1987, *J.T.*, 1988, p. 480, n° 3). Sur les liens entre l'exception d'illégalité et la théorie du retrait, v. également P. QUERTAINMONT, « Le contrôle juridictionnel de la légalité des actes administratifs individuels (l'exception d'illégalité et le retrait des actes créateurs de droit) », note sous Cass., 21 avril 1988, *R.C.J.B.*, 1990, sp. pp. 413, 429-430 et 434, n° 5, 21 et 26 ainsi que la contribution de F.-X. BARCENA dans cet ouvrage.

¹²⁵ T. BOMBOIS, *o. c.*, *J.T.*, 2009, p. 173, n° 13 ; J. BORRET, « Het beginsel « patere legem » ten aanzien van een onwettig reglement », *T.B.P.*, 1969, p. 190, qui relève que si l'autorité pouvait refuser de déférer à ses règlements illégaux sans avoir à les abroger au préalable, « dan kan zij in het ene geval de onwettelijkheid inroepen en haar in het andere geval "vergeten" ».

¹²⁶ C.E., *Artois e.a.*, n° 65.974, 22 avril 1997, précité, 4.3.3 (suspension) ; C.E., *Artois e.a.*, n° 76.009, 30 septembre 1998 (annulation), nous soulignons.

¹²⁷ A ce jour, la Cour de cassation ne s'est à notre meilleure connaissance pas prononcée expressément sur la question. On relèvera cependant que, dans un arrêt récent, elle a considéré « que les pouvoirs publics qui procèdent à la rétractation d'office d'un acte

18. Les justifications avancées et le système développé à leur suite s'exposent cependant à différentes objections.

Tout d'abord, la disposition constitutionnelle a fait l'objet d'une interprétation souple qui a conduit à y inclure d'autres organes que ceux visés¹³². Cette évolution relativise fortement la pertinence de l'argument exégétique et ne permet dès lors plus de se retrancher exclusivement derrière un tel raisonnement.

L'intention du Constituant ne saurait par ailleurs enchaîner son interprète ; elle ne constitue qu'un des éléments parmi d'autres qui président au sens que doit recevoir le prescrit de la Charte fondamentale. Ce ne serait d'ailleurs pas la première fois qu'une disposition constitutionnelle s'abstrairait du dessein de son auteur¹³³. Du reste, la volonté du Constituant apparaît en l'espèce peu explicite, puisque la proposition ajournée n'a pas été discutée plus avant au cours des sessions ultérieures sans être toutefois formellement rejetée¹³⁴.

Le principe de la séparation des pouvoirs, auquel se rattache l'objection déduite de la confusion des fonctions, n'interdit pour sa part pas en soi de reconnaître à l'administration le pouvoir d'analyser la conformité d'un acte avec les règles qui lui sont supérieures. Ainsi, une autorité administrative peut sans conteste constater l'abrogation implicite d'une disposition normative ensuite de l'entrée en vigueur d'une règle postérieure de rang supérieur, alors que celle-ci implique également un examen de la compatibilité du contenu de ces deux instruments¹³⁵ et ne se distingue

¹³² V. *supra*, n° 2 et 3.

¹³³ Pour un examen de la question et une approche analogue dans le cadre de l'article 23 de la Constitution, v. not. A. VANDEBURIE, *L'article 23 de la Constitution : coquille vide ou boîte aux trésors ?*, Bruxelles, La Charte, 2008, pp. 80-81, n° 73-74 et les références citées.

¹³⁴ V. *supra*, n° 15.

¹³⁵ Une norme est en effet implicitement abrogée dans la mesure où elle est inconciliable avec le régime ultérieurement mis en place par une règle de rang supérieur (v. not. Cass., 6 février 1995, *Pas.*, 1995, I, n° 67 ; Cass., 18 septembre 2000, *Pas.*, 2000, n° 475 ; C.E., *Van Nijverseel*, n° 73.181, 22 avril 1998). Cette question se pose souvent dans les rapports entre plans d'aménagement de niveau inégal. Sur cette matière, v. not. F. HAUMONT, « Urbanisme – Région wallonne I. La planification », in *Rép. Not.*, T. XIV, livr. 14, Bruxelles, Larcier, 2007, pp. 332-333 et 403, n° 252 et 410 ; V. MICHIELS, « A propos de la hiérarchie des plans et de l'abrogation implicite partielle d'un plan particulier par un plan de secteur postérieur », rapport préc. C.E., *Ville de*

partant que peu, dans son principe, du contrôle de légalité ouvert par l'article 159¹³⁶⁻¹³⁷. Au surplus, nul ne songerait à remettre en cause la constitutionnalité des contrôles de tutelle ou des voies de recours administratives, qui comportent tous deux un examen – certes restreint – de légalité¹³⁸. En réalité, les juridictions n'ont pas, loin s'en faut, le monopole de la définition du droit, comme le voudrait le raisonnement sous-tendant

Mons, n° 182.773, 8 mai 2008, *A.P.T.*, 2007-2008, pp. 217-224 ; M. PAQUES, « L'articulation des plans d'aménagement et des schémas en Région wallonne », in *La réforme du droit wallon de l'aménagement du territoire et de l'urbanisme*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 189-197 ; M. PAQUES, C. THIEBAUT et N. VAN DAMME, « L'articulation des plans d'aménagement et des schémas », in *v° Urbanisme et environnement*, *R.P.D.B.*, compl. T. X, o. c., 2007, pp. 898-899, n° 533-535 ; M. QUINTIN, « La hiérarchie des plans et leur abrogation implicite : une suite sans fin ? », obs. sous C.E., *a.s.b.l. Front commun des groupements de défense de la nature*, n° 75.710, 10 septembre 1998, *Amén.*, 1999, pp. 60-65 ; J. VAN YPERSELE et B. LOUVEAUX, *Le droit de l'urbanisme en Belgique et dans ses trois régions*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2006, pp. 165-168, n° 153-153bis.

¹³⁶ Ce procédé, qui trouve d'ailleurs son fondement dans le principe général que consacre l'article 159 de la Constitution (C.E., *a.s.b.l. Front commun des groupements de défense de la nature*, n° 75.710, 10 septembre 1998, *A.P.T.*, 1998, pp. 207 et s., avec rapport et avis Aud. I. KOVALOVSKI ; *Amén.*, 1999, p. 55 et obs. M. QUINTIN), entretient de tels liens avec le contrôle de légalité incident que certaines décisions ont cru bon de préciser que « l'autorité de tutelle est tenue de respecter les règlements communaux qui sont devenus définitifs à la suite de son abstention et doit permettre qu'ils soient appliqués, sauf s'il devait apparaître qu'ils sont contraires à des dispositions législatives ou réglementaires ultérieures [...] et doivent, de ce fait, être considérés comme implicitement abrogés » (C.E., *Ville de Lokeren*, n° 25.327 à 25.330, 14 mai 1985, 2.1), ou encore « *dat [de toezichhoudende overheid] in het kader van het toezicht waarmee zij wettelijk is belast enkel dan zou kunnen weigeren een volgens haar onwettig reglement van een onder haar toezicht staande overheid toe te passen indien die regeling zo grof onregelmatig is dat zij voor onbestaande moet worden gehouden, wettelijk erkende belangen ernstig schaadt of niet meer verenigbaar is met een later tot stand gekomen hogere of gelijkwaardige rechtsnorm* » (C.E., *Delsard*, n° 124.147, 13 octobre 2003, 3.3.1, nous soulignons). Un autre arrêt assimile même au contrôle de légalité incident dont l'article 159 de la Constitution charge expressément les juridictions, l'hypothèse de l'abrogation implicite où « *[un] règlement [...] n'est devenu illégal qu'ultérieurement, en raison de sa contrariété avec [un] arrêté royal [postérieur]* » (C.E., *Leens*, n° 29.277, 27 janvier 1988).

¹³⁷ En réalité, il ne s'en différencie qu'en tant que ce contrôle de légalité trouve également à s'appliquer aux règles inférieures adoptées postérieurement. Pour le surplus, le mécanisme de l'abrogation implicite a un champ d'application plus large que celui de l'article 159 de la Constitution, en ce qu'il vise également les normes de rang législatif, d'une part, et les rapports entre normes équipollentes, d'autre part.

¹³⁸ Cette particularité a d'ailleurs pu conduire certaines décisions et auteurs à reconnaître à de tels organes le pouvoir de vérifier la légalité des règles qu'ils sont chargés de faire appliquer (v. *infra*, n° 22 in fine).

l'approche classique¹³⁹.

Quant au danger d'un recours arbitraire à l'exception d'illégalité par l'administration, relevons que celle-ci continuera, dans l'exercice de cette prérogative comme de ses autres, à œuvrer sous le contrôle du juge¹⁴⁰, qui doit suffire à empêcher les dérives redoutées¹⁴¹. Le risque ne paraît à vrai dire pas plus grand qu'à l'ordinaire. De même, la jurisprudence admet-elle que l'autorité soulève l'illégalité de son propre acte dans le cadre d'un recours juridictionnel aux fins d'en obtenir l'écartement¹⁴², et l'on comprend difficilement pourquoi il devrait en aller autrement dans d'autres circonstances, dont le litige pendant devant le juge n'est du reste bien souvent que le prolongement.

Enfin, outre qu'elle est elle-même susceptible de manipulation en raison de son imprécision, la distinction selon le type d'illégalité en cause astreint le régime qui en découle à une contradiction que le recours, du reste intellectuellement peu satisfaisant, à la fiction de l'inexistence ne suffit pas à évacuer. Alors que ses pouvoirs sont d'attribution, on cherche en effet vainement dans l'arsenal juridique une disposition qui autoriserait l'administration à considérer comme inexistant un acte entaché d'une illégalité grave et manifeste¹⁴³. L'approche intermédiaire débouche ainsi sur une situation hybride inconséquente : soit l'administration ne peut jamais écarter un acte antérieur faute de texte général l'y autorisant, soit elle le peut sur pied d'un principe qui ne peut à notre sens trouver sa source

¹³⁹ Telle est également la conclusion qui ressort de l'analyse des critères départageant les fonctions juridictionnelles et administratives (v. *supra*, n° 9).

¹⁴⁰ Il est de surcroît inexact de poser, en termes généraux, que l'administration ne serait tenue d'offrir aucune garantie d'impartialité (v. *supra*, n° 7, sp. note 57).

¹⁴¹ Ce point est également énoncé par un auteur qui n'est pas favorable à l'extension du contrôle de légalité aux organes ressortissant au pouvoir exécutif. Celui-ci y oppose encore les difficultés et les menaces pour la cohérence du système juridique résultant de la décentralisation accrue du mécanisme (T. BOMBOIS, o. c., *J.T.*, 2009, p. 174, n° 15). Cependant, à l'heure actuelle déjà, les autorités chargées de leur application sont inévitablement amenées à interpréter les règles supérieures, fût-ce pour rechercher le sens à donner aux normes inférieures voire les concilier avec elles, de sorte que nous apercevons difficilement en quoi l'exercice d'un examen de légalité pourrait déboucher sur une multiplication exponentielle des appréciations divergentes.

¹⁴² V. *infra*, n° 23.

¹⁴³ Dans un même ordre d'idées, certains ont critiqué, notamment dans d'autres branches du droit, le caractère artificiel de la théorie de l'acte inexistant et son absence de fondement légal (M. VAN DAMME et F. DE KEGEL, o. c., *T.B.P.*, 1997, pp. 219-220, n° 2, sp. notes 12 et 16).

que dans l'article 159 de la Constitution, quels que soient alors le degré ou le type d'illégalité¹⁴⁴.

19. En pratique, l'approche classique place par ailleurs dans une position inconfortable tant l'autorité qui doute de la légalité d'une règle qu'elle s'apprête à appliquer, que l'administré intéressé au rétablissement de la légalité supérieure.

Dans l'optique envisagée, l'administration est contrainte d'accomplir des actes dont elle peut craindre qu'ils soient ultérieurement censurés¹⁴⁵. De jurisprudence constante, l'impuissance de l'organe exécutif à exciper de l'illégalité d'un acte antérieur ne saurait en effet dispenser le juge d'exercer la censure de légalité qui lui est impartie.

Lorsque l'auteur de l'acte contesté sur pied de l'illégalité de son fondement réglementaire tente de se justifier en exposant qu'il ne peut qu'appliquer la règle en cause faute de pouvoir l'écarter, le juge de l'excès de pouvoir répond ainsi invariablement qu'il lui appartient néanmoins d'examiner l'exception soulevée et d'annuler l'acte pris sur une base illégale si cette exception s'avère fondée¹⁴⁶.

¹⁴⁴ D'autres ont déjà, à propos des autorités chargées d'un contrôle de légalité, critiqué cette distinction, au motif que « la légalité est une et indivisible » (P. VAN ORSHOVEN, « De lokale belastingen opnieuw in een nieuw kleedje ? », *R.W.*, 1997-1998, pp. 1458-1459, n° 24). On a également relevé, à propos du contrôle juridictionnel des actes individuels qui ne sont plus susceptibles d'être annulés, que « limiter l'application de l'article [159] de la Constitution à un certain degré de gravité de l'illégalité concernée [...] in abstracto, ne peut d'ailleurs se concevoir » (P. QUERTAINMONT, o. c., *R.C.J.B.*, 1990, p. 438, n° 31).

¹⁴⁵ Cette impuissance explique par ailleurs que l'autorité ne pourrait se voir imputer de faute du chef de la seule application d'un règlement illégal, du moins si elle est tenue de statuer. Sur cette question, v. plus avant *infra*, n° 23.

¹⁴⁶ V. spécialement C.E., *commune de Braine-le-Château e.a.*, n° 138.732, 21 décembre 2004 (« que le Conseil d'Etat ne peut appliquer un règlement illégal ; qu'il doit au contraire, en sa qualité de juridiction administrative et en application de l'article 159 de la Constitution, refuser d'appliquer, lorsqu'il contrôle la légalité, tant externe qu'interne, d'un permis d'extraction, toute disposition réglementaire d'un plan de secteur qu'il estime illégale ; que peu importe à cet égard la réponse qu'il convient d'apporter à la question de savoir si une autorité administrative peut elle-même décider, de sa propre initiative, d'écarter ou non, lors de l'adoption d'actes individuels subséquents, une norme réglementaire qu'elle aurait préalablement arrêtée, mais qu'elle estimerait a posteriori illégale ») ; C.E., *Le Couter e.a.*, n° 184.941, 30 juin 2008, 3.2.3 (« Waar de verwerende partij als orgaan van actief bestuur de betrokken gewestplanwijzigingen op grond van artikel 159 GW niet buiten toepassing mocht laten, dient de Raad van State, als rechtscollege, wel de wettigheid

Dans toute sa rigueur, la thèse classique impliquerait de surcroît que l'autorité demeure liée par l'application d'un acte même après qu'une juridiction ait, par une décision revêtue d'une autorité relative de chose jugée étrangère au cas d'espèce¹⁴⁷, constaté l'illégalité de l'acte en cause.

De même, hors les rares cas d'inexistence, le particulier est tenu de s'adresser systématiquement, et dans un second temps, au juge pour permettre à l'administration de lui reconnaître les prérogatives qu'il tire de règles supérieures mais auxquelles des dispositions inférieures font illégalement obstacle.

En définitive, la thèse classique privilégie le respect immédiat de la légalité intermédiaire au détriment de la légalité supérieure, à ne rétablir qu'ultérieurement à l'intervention d'une juridiction.

A l'évidence, certains aménagements s'imposent.

B. LES FONDEMENTS DE LA RECONNAISSANCE D'UN CONTROLE DE LEGALITE AUX ORGANES D'ADMINISTRATION ACTIVE

20. Si les juridictions nationales excluent les organes exécutifs du contrôle de validité, la Cour de justice des Communautés européennes considère pour sa part, de manière constante, que « *tout comme le juge national, une administration [...] a l'obligation d'écarter [les dispositions] de droit international qui [ne] sont pas conformes [au droit communautaire doté d'un effet direct]* »¹⁴⁸. Elle fonde ce devoir sur l'exigence d'effectivité du droit communautaire, mais en limite néanmoins la portée à l'égard des

van die wijzigingen te toetsen en die desgevallend buiten toepassing te laten »). V. également : C.E., n.v. *Hout Import Bois César Parmentier*, n° 105.331, 28 mars 2002.

¹⁴⁷ Sur la portée de l'autorité de chose jugée d'un constat de légalité incident, v. la contribution de M. NIHOUL dans cet ouvrage. Sur l'incidence d'un tel constat sur l'attitude à adopter par l'autorité et sur la mise en cause de sa responsabilité civile, v. *infra*, n° 26 et 32.

¹⁴⁸ C.J.C.E., aff. C-103/88, *Fratelli Costanzo SpA*, 22 juin 1989, points 31 et 33. V. également C.J.C.E., aff. C-224/97, *Erich Ciola*, 29 avril 1999, point 30 ; C.J.C.E., aff. C-118/00, *Larsy*, 28 juin 2001, point 52 ; C.J.C.E., aff. C-198/01, *CIF*, 9 septembre 2003, point 49 ; C.J.C.E., aff. C-297/03 (ord.), *Sozialhilfverband Rohrbach*, 26 mai 2005, point 27 ; C.J.C.E., aff. C-53/04, *Marrosu et Sardino*, 7 septembre 2006, point 29 ; C.J.C.E., aff. C-180/04, *Vassalo*, 7 septembre 2006, point 26. Pour une analyse approfondie de la question, v. la contribution de S. ADAM dans le présent ouvrage ; T. BOMBOIS, *o. c.*, 2009, pp. 169 et svts.

actes individuels devenus définitifs, dont la remise en cause n'est requise que dans la mesure où le droit national l'autorise¹⁴⁹.

Certes, les solutions découlant de principes propres à un ordre juridique autonome et supérieur ne sauraient s'imposer telles quelles dans l'ordre juridique interne. Elles remettent cependant largement en perspective les objections essentialistes qui sont opposées à l'extension de ce pouvoir en droit interne.

21. Dans la lignée du raisonnement que tient la Cour de justice, d'autres ont encore opposé à l'analyse classique que « *puisque le Conseil d'Etat ne peut que dire à l'administration ce qu'elle aurait dû faire, pourquoi interdire à celle-ci de le faire d'emblée ?* »¹⁵⁰.

L'observation, inhérente à la nature déclarative de la décision juridictionnelle et pouvant dès lors être étendue à toute juridiction, révèle toute l'ambiguïté et la difficulté qu'il y a à prétendre réserver au juge des fonctions qui échapperaient à l'administration active.

22. L'enseignement de la Haute juridiction administrative elle-même n'est par ailleurs pas unanime en la matière.

Certains arrêts isolés ont ainsi admis qu'une autorité administrative délivre un permis d'environnement en écartant les prescriptions d'un plan de secteur en raison tant de leur inopposabilité pour vice de publicité que de leur illégalité¹⁵¹, ou encore dit pour droit que l'article 159 de la Constitution « *contient [...] un principe général du droit qui s'impose également aux autorités administratives* »¹⁵².

¹⁴⁹ C.J.C.E. (gde ch.), aff. C-392/04 et C-422/04, *I-21 Germany et Arcor*, 19 septembre 2006, points 56-67.

¹⁵⁰ P. MARTENS, « L'exception d'illégalité : entre l'injustice et le désordre », obs. sous C.E., 2 septembre 1987, *J.L.M.B.*, 1988, p. 1540 *in fine*.

¹⁵¹ C.E., *Timperman*, n° 96.213, 7 juin 2001, 3.2.5.2. Cette décision présente néanmoins la spécificité que l'inopposabilité retenue par l'autorité délivrante avait été précédemment constatée par le Conseil d'Etat. Par ailleurs, le grief n'était pas directement dirigé contre le pouvoir que cet organe s'était reconnu d'écarter des prescriptions réglementaires illégales ou inopposables, mais lui reprochait d'y avoir dérogé illégalement. Dans ces conditions, il est malaisé de dégager un enseignement définitif de cet arrêt.

¹⁵² C.E., *Leens*, n° 29.227, 27 janvier 1988.

D'autres décisions, bien que pour la plupart anciennes, considèrent également qu'une autorité administrative n'est pas tenue d'appliquer ses règlements illégaux¹⁵³, analyse que la doctrine n'a pas manqué de critiquer notamment à raison du contrôle de légalité qu'elle revient à permettre aux organes exécutifs d'exercer¹⁵⁴.

De même, bien que la jurisprudence demeure fort divisée sur la question¹⁵⁵,

¹⁵³ C.E., *Elsen*, n° 8.180, 27 octobre 1960 (« *Considérant qu'en n'ayant pas exigé, dans le chef des candidats dont la nomination est attaquée, l'existence de la condition d'aptitude physique prescrite par son règlement, le conseil communal a manifesté sa volonté de ne pas appliquer une règle illégale ; que le recours n'est pas fondé* ») ; C.E., *Nicolas*, n° 11.843, 26 mai 1966 ; C.E., *Van Meerbeeck et Goossens*, n° 17.287, 19 novembre 1975 (« *l'autorité ne peut appliquer des règles illégales, ni ne peut y être obligée même si elle les a fixées elle-même* ») ; Sur cette question, v. également : P. GOFFAUX, *o. c.*, 2006, pp. 228-229.

¹⁵⁴ A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME et J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, Malines, Kluwer, 2006, 17^e éd., pp. 18-19, n° 18, sp. note 38, soulignant la contrariété d'une telle possibilité avec la position qui réserve au juge l'exception d'illégalité découlant de l'article 159 de la Constitution ; v. également P. GOFFAUX, *o. c.*, 2006, pp. 228-229.

D'autres ont suggéré de résoudre le dilemme cornélien qu'implique pour l'autorité administrative le devoir d'appliquer ses règlements illégaux, en lui imposant d'abroger préalablement un tel règlement pour n'adopter la décision qu'ensuite (J. BORRET, *o. c.*, *T.B.P.*, 1969, pp. 189-190), position relayée dans plusieurs arrêts ultérieurs (C.E., *Albrecht*, n° 77.355, 2 décembre 1998 ; C.E., *De Lille et Van Hyften*, n° 145.095, 27 mai 2005 ; C.E., *Legrand*, n° 162.283, 5 septembre 2006). Cette manière de procéder peut cependant s'avérer difficile à mettre en œuvre en pratique lorsque l'autorité est tenue d'adopter sa décision dans des délais de rigueur qui ne lui permettent pas d'abroger en temps utile son règlement qui s'impose à elle, notamment en raison des formalités et procédures qui assortiraient la prise d'un acte contraire telle l'abrogation.

¹⁵⁵ *Contra* : C.E., *Commune de Presles*, n° 13.406, 14 février 1969 (« *qu'il n'appartient pas au gouverneur de province, auquel a été partiellement délégué le pouvoir du chef de l'Etat, de refuser d'appliquer un règlement pris par celui-ci* ») ; C.E., *Ville de Lokeren*, n° 25.327 à 25.330, 14 mai 1985 (« *Considérant que l'autorité de tutelle est tenue de respecter les règlements communaux qui sont devenus définitifs à la suite de son abstention et doit permettre qu'ils soient appliqués, sauf s'il devait apparaître qu'ils sont contraires à des dispositions législatives ou réglementaires ultérieures [...] et doivent, de ce fait, être considérés comme implicitement abrogés* ») ; C.E., *commune de Riemst*, n° 29.560, 15 mars 1988 (« *Considérant que les organes de la tutelle administrative ont notamment comme mission de surveiller le respect de la loi par les administrations placées sous leur contrôle ; qu'il y a lieu d'entendre par loi, toutes les règles de droit ; que, qualitate qua, un organe de la tutelle administrative n'est en principe pas autorisé, s'il est d'avis qu'une administration soumise à son contrôle n'observe pas une règle de droit, à refuser d'intervenir en prétextant de l'illégalité de cette règle de droit ; que la mission qui lui incombe est de faire observer les règles de droit et non pas de les rendre inopérantes pour raison d'illégalité* ») ; C.E., *Delsard*, n° 124.147, 13 octobre 2003, 3.3.1 (« *dat ook de toezichhoudende*

la Haute juridiction administrative a déjà reconnu à l'autorité de tutelle¹⁵⁶ ou de recours administratif¹⁵⁷ le pouvoir de censurer l'acte déféré à son contrôle en raison de l'application qu'il fait de règlements illégaux antérieurs. Cette analyse de normes antérieures excède pourtant le cadre strict de l'examen dont cette autorité est investie.

La difficulté à justifier une réduction de la sphère d'attribution d'organes chargés d'assurer la légalité de l'action de pouvoirs subordonnés aux seuls actes dont ils sont directement saisis a d'ailleurs amené une partie de la doctrine à préconiser une exception à la règle classique au profit de telles autorités¹⁵⁸.

overheid gebonden is door die uitvoerbaarheid; dat zij in het kader van het toezicht waarmee zij wettelijk is belast enkel dan zou kunnen weigeren een volgens haar onwettig reglement van een onder haar toezicht staande overheid toe te passen indien die regeling zo grof onregelmatig is dat zij voor onbestaande moet worden gehouden, wettelijk erkende belangen ernstig schaaft of niet meer verenigbaar is met een later tot stand gekomen hogere of gelijkwaardige rechtsnorm »).

¹⁵⁶ C.E., *commune de Schaerbeek*, n° 11.762, 21 avril 1966 (« *Considérant que, s'il n'appartient pas à l'autorité de tutelle d'annuler, pour illégalité ou lésion de l'intérêt général, un règlement communal en dehors des délais [qui lui sont impartis], cette autorité n'excède cependant pas ses pouvoirs en annulant une décision individuelle que l'autorité communale prétendrait fonder sur l'obligation pour elle d'appliquer ses propres règlements, lorsque cette décision est contraire à une disposition impérative de la loi* ») ; C.E., *Lelièvre*, n° 15.882, 18 mai 1973 (« *que [la] violation [d'un règlement illégal] ne constitue [...] pas une irrégularité que le Ministre de tutelle pouvait sanctionner par l'annulation* »). Un récent arrêt confirme encore ce pouvoir de contrôle de l'autorité de tutelle : « *dat elk bestuurlijk orgaan dat niet optreedt als rechtsprekend college of als toezichhoudende overheid van het bestuur dat de, in voormeld artikel 159 bedoelde besluiten moet uitvoeren of toepassen, ertoe is gehouden de algemene, provinciale en plaatselijke besluiten en verordeningen toe te passen, zolang zij niet opgeheven, ingetrokken of vernietigd zijn, tenzij zij wegens hun flagrante, onbetwistbare onwettigheid als niet bestaande moeten worden beschouwd* » (C.E., *Vervliet*, n° 182.591, 29 avril 2008, 2.3.2.1, nous soulignons).

¹⁵⁷ C.E., *Ville de Namur*, n° 21.994, 10 février 1982 (« *Considérant que l'autorité de tutelle n'excède pas ses pouvoirs en refusant d'appliquer une disposition d'un règlement communal [...] lorsque ledit règlement est contraire à une disposition d'une loi [antérieure] ; que, ce faisant, l'autorité de tutelle se borne à censurer la violation de la loi dans un cas particulier* »). Si cet arrêt se réfère à la qualité d'autorité de tutelle, il ressort de ses autres considérants que la décision entreprise avait été adoptée par le gouverneur dans le cadre du recours administratif ouvert par la loi à l'intéressé qui se verrait opposer un refus.

¹⁵⁸ V. P. VAN ORSHOVEN, *o. c.*, 1997-1998, pp. 1458-1459, n° 24, qui expose pour sa part que « *[i]n een rechtsstaat mag echter geen onderscheid gemaakt worden tussen flagrante en andere onwettigheden. Bij nader inzien moet de werkingssfeer van art. 159 van de Grondwet dan ook bij analogie worden uitgebreid tot alle – al dan niet fiscale – instanties die met een wettigheidscontrole worden belast, waaronder*

23. Plus fondamentalement encore, se pose la question de la sanction et des conséquences que le juge pourrait tirer de la méconnaissance d'un acte illégal.

Saisi directement de la question, le Conseil d'Etat a jugé à de nombreuses reprises que le requérant n'a pas intérêt¹⁵⁹ ou, ce qui est à notre sens plus exact, n'est pas fondé à invoquer la violation d'un règlement illégal¹⁶⁰⁻¹⁶¹. Il en résulte que le juge de l'excès de pouvoir ne pourrait censurer un acte administratif pour n'avoir pas appliqué un règlement estimé, à bon droit, illégal.

toezichhoudende overheden en administratieve beroepsinstanties, op straffe van negatie van hun opdracht. [...] Het niet zijdelings mogen toetsen van de bij hen rechtstreeks bestreden, individuele beslissing zou immers tot gevolg hebben dat voor hen wettig moet zijn wat voor een rechter, die wel beroep kan doen op artikel 159 G.W. onwettig is, wat onaanvaardbaar is : la légalité est une et indivisible ». V. également A. ALEN et J. THEUNIS, o. c., 2008-2009, p. 7, n^{os} 8-9 ; P. GOFFAUX, o. c., 2006, p. 229, qui prennent position en ce sens sur cette question controversée, du moins à propos des autorités de tutelle.

¹⁵⁹ C.E., *Ribbens*, n^o 3.631, 14 juillet 1954 ; C.E., *Van Malderen* n^o 4.138, 5 mars 1955 ; C.E., *Govaert*, n^o 176.175, 25 octobre 2007, 6 ; C.E., *Claudic*, n^o 185.266, 9 juillet 2008. Sur la question, v. également M. NIHOUL, « Le citoyen peut-il invoquer l'application d'un règlement illégal ? », *C.D.P.K.*, 2008, pp. 610-619.

¹⁶⁰ C.E., *Ramoudt*, n^o 6.159, 18 mars 1958 ; C.E., *Imbo*, n^o 6.160, 18 mars 1958 ; C.E., *Spinette*, n^o 16.141, 5 décembre 1973 ; C.E., *Dieuaide*, n^o 25.226, 10 avril 1985 ; C.E., *Danneel*, n^o 100.711, 12 novembre 2001, 5.3.4 ; C.E., *commune de La Calamine*, n^o 131.611, 19 mai 2004 ; C.E., *Ghijssens et Vanheel*, n^o 170.355, 23 avril 2007, 5.3.2 et 5.3.3 ; C.E., *Buyse et Verbruggen*, n^o 182.758, 8 mai 2008, 4.1.1.5.

¹⁶¹ D'autres décisions considèrent qu'un tel moyen ne peut être retenu (C.E., *Stevens*, n^o 16.432, 22 mai 1974, où le juge de l'excès de pouvoir décide en termes particulièrement nets « que pris de la violation [d'une] disposition, elle-même entachée d'excès de pouvoir et que l'article [159] de la Constitution interdit par conséquent d'appliquer, le moyen ne peut être retenu » ; C.E., *Hubert*, n^o 26.032, 8 janvier 1986 ; C.E., *De Waele*, n^o 184.960, 30 juin 2008, 3.2.1) ou encore ne peut donner ouverture à annulation (C.E., *Kints*, n^o 5.860, 12 novembre 1957 ; C.E., *Miroir*, n^o 15.769, 26 mars 1973 ; C.E., v.z.w. *Nationaal Syndicaat der Militairen*, n^o 95.359, 14 mai 2001 ; C.E., *De Keuster*, n^o 184.105, 12 juin 2008, 9.2, sol. impl. ; C.E., *Reekmans*, n^o 187.123, 16 octobre 2008, 8), sans préciser toutefois si le rejet s'opère au stade de la recevabilité ou de l'examen du fondement. Certains arrêts enfin acceptent de procéder, sur l'invitation de la partie adverse ou intervenante, à un examen de la légalité des dispositions dont la méconnaissance est invoquée (C.E., *Ueten en Menenkamp*, n^o 75.780, 16 septembre 1998 ; C.E., *Communauté flamande*, n^o 82.752, 7 octobre 1999 ; C.E., *Communauté flamande*, n^o 130.472, 20 avril 2004 ; C.E., *Communauté flamande*, n^o 130.473, 20 avril 2004), même s'ils concluent à leur légalité et ne les écartent partant pas (C.E., *Van Laethem*, n^o 108.832, 4 juillet 2002, 3.2.1 à 3.2.4 ; C.E., *Apers e.a.*, n^o 109.563, 30 juillet 2002).

Certaines décisions ont du reste parfaitement cerné l'enjeu et les implications de la question, lorsqu'elles rétorquent au bénéficiaire ou à l'auteur de l'acte entrepris qui argue de l'illégalité de la disposition réglementaire fondant la critique, « que le grief des parties intervenantes revient en droit, à demander 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 »¹⁶²⁻¹⁶³.

En annulant néanmoins la décision entreprise sans examiner la légalité, contestée, du règlement violé, la Haute juridiction administrative enfreint selon nous l'interdiction constitutionnelle qui lui est faite de donner effet à des règlements illégaux¹⁶⁴.

Bien qu'à notre meilleure connaissance, la Cour de cassation ne se soit jamais prononcée sur la question, il en irait de même du juge judiciaire, qui – pour cette même raison – ne pourrait pas plus déclarer fautive la méconnaissance d'un acte illégal¹⁶⁵.

En définitive, l'autorité qui se dispenserait d'appliquer une règle effectivement illégale ne saurait encourir de censure juridictionnelle, que ce soit au contentieux objectif ou subjectif : il lui suffirait d'invoquer la

¹⁶² C.E., *n.v. Meubelcentrale Heylen*, n^o 25.858, 14 novembre 1985, 3.2.1. V. également C.E., *De Vreese et Stragier*, n^{os} 138.974 et 138.975, 10 janvier 2005. Le Conseil d'Etat prend d'ailleurs le soin de préciser qu'il est indifférent à cet égard que l'autorité ne soit pas l'auteur de l'acte en cause.

¹⁶³ Ces arrêts peuvent être rapprochés d'une autre décision où la Haute juridiction administrative commence par rappeler à la partie adverse qui soulève l'illégalité d'un règlement applicable qu'une autorité administrative ne peut exciper de cette irrégularité pour néanmoins examiner et exclure ensuite le vice de légalité invoqué (C.E., *Mortier*, n^o 120.799, 23 juin 2003, 3.3.3).

¹⁶⁴ Un autre arrêt relève ainsi fort à propos « que le Conseil d'Etat qui, conformément à l'article [159] de la Constitution, ne peut appliquer les règlements qu'autant qu'ils sont conformes aux lois, ne peut tenir compte d'un règlement illégal pour apprécier la validité de l'acte dont l'annulation est poursuivie devant lui, car ce serait une manière d'appliquer ce règlement reconnu illégal » (C.E., *Etat belge*, n^o 23.644, 7 novembre 1983, nous soulignons). V. également C.E., *Stevens*, n^o 16.432, 22 mai 1974.

¹⁶⁵ Dans cet ordre d'idées, un auteur relève « qu'une administration, qui ne s'en tiendrait pas à la théorie du retrait et refuserait d'appliquer (ce qui équivaudrait à un refus de retrait) un acte administratif créateur de droit et illégal alors même que le délai de retrait serait expiré, ne pourrait être condamnée par une juridiction judiciaire à exécuter cet acte » (P. GOFFAUX, o. c., 2006, pp. 244-245).

contrariété de la règle fondant le grief à des normes supérieures pour échapper de la sorte à toute sanction, si du moins la juridiction saisie partage son analyse.

Il est en effet admis qu'une autorité administrative peut soulever l'illégalité d'un acte, fût-il le sien, à l'occasion d'un litige¹⁶⁶. La Cour constitutionnelle a ainsi dit pour droit que « l'article 159 de la Constitution n'empêche pas une autorité administrative d'invoquer l'illégalité d'une décision qu'elle a elle-même prise »¹⁶⁷. Le Conseil d'Etat a de même décidé de longue date que l'autorité qui lui demande de ne pas appliquer l'un de ses règlements illégaux « ne fait qu'user de son droit d'exciper de l'illégalité d'une disposition de caractère réglementaire et ne saurait être accusée d'invoquer sa propre faute »¹⁶⁸, même si certaines décisions isolées laissent entendre que les exigences de l'Etat de droit s'y opposeraient¹⁶⁹. La Cour de cassation admet également que l'auteur d'un acte administratif puisse se prévaloir en justice de son illégalité¹⁷⁰.

¹⁶⁶ En ce sens également : A. ALEN, *o. c.*, 1984, pp. 840-841, n° 448 ; P. LEWALLE, *o. c.*, 3^e éd., 2008, p. 359, n° 285 ; P. QUERTAINMONT, *o. c.*, *R.C.J.B.*, 1990, pp. 435-437, n° 28-30 ; J. THEUNIS, *o. c.*, *R.W.*, 2007-2008, p. 1272, n° 17.

¹⁶⁷ C.C., n° 121/2007, 19 septembre 2007, B.6.2 ; C.A., n° 70/2007, 26 avril 2007, B.6.2.

¹⁶⁸ C.E., *Nicolas*, n° 11.843, 26 mai 1966. Une confirmation implicite de cette analyse se retrouve par ailleurs dans tous les arrêts où le juge de l'excès de pouvoir a estimé devoir examiner, à la demande de la partie adverse, la régularité de la disposition que le requérant prétendait méconner (v. *supra*, notes 159 à 161).

¹⁶⁹ C.E., *Artois e.a.*, n° 65.974, 22 avril 1997, précité, 4.3.3 (suspension) ; C.E., *Artois e.a.*, n° 76.009, 30 septembre 1998 (annulation). Un récent arrêt relève encore « que l'Etat belge, auteur de la règle dont l'application lui a été demandée, pouvait l'abroger, la rapporter ou la modifier, mais qu'il ne lui appartient pas d'en contester la légalité à l'occasion d'un cas particulier » (C.E., *Legrand*, n° 162.283, 5 septembre 2006).

¹⁷⁰ Cass., 21 avril 1988, *Pas.*, 1988, I, n° 504 et concl. conf. Proc. gén., alors Av. gén., B. JANSSENS DE BISTHOVEN ; *R.C.J.B.*, 1990, p. 402, note P. QUERTAINMONT, où la Cour censure la décision des juges d'appel qui applique un arrêté royal de mise à la pension dont il constate l'illégalité, élevée par l'Etat belge. Certains voient cependant dans sa récente décision selon laquelle « la possibilité d'introduire une action en cessation des actes constituant une violation manifeste ou une menace grave de violation en matière d'environnement est étrangère aux limites dans lesquelles la commune peut contester ou rétracter ses propres décisions et doit être considérée comme la possibilité d'introduire une action autonome en vue d'éviter toute menace grave pour l'environnement » (Cass., 10 mars 2008, *Pas.*, 2008, n° 163), la possible annonce d'une remise en cause ou d'une modalisation de cette faculté (A. ALEN et J. THEUNIS, *o. c.*, 2008-2009, p. 9, n° 12). Outre que la version néerlandaise de l'arrêt, qui correspond à la langue de la procédure, utilise le terme « *aanvechten* » qui vise plutôt le recours direct qu'un contrôle par voie incidente, la Cour ne s'est toutefois pas

En faisant interdiction au juge de donner effet à un acte¹⁷¹ irrégulier, la Constitution l'invite non seulement à en paralyser l'application mais s'oppose également à ce qu'il sanctionne l'administration qui, même à dessein, laisserait inappliqué un tel acte et anticiperait ainsi sur une – éventuelle – censure juridictionnelle future. Dans ces conditions, l'impuissance affirmée de l'administration a-t-elle encore un sens si l'intéressée peut impunément y passer outre ?

24. Différents arguments militent donc dans le sens d'une reconnaissance d'un contrôle de légalité généralisé aux autorités administratives¹⁷², chargées de mettre en œuvre les différentes pièces constitutives de l'ordonnancement juridique.

Cette prérogative, difficilement évitable en pratique, nous paraît pouvoir être fondée, du moins en l'état actuel du droit, sur un principe général de légalité dont l'article 159 est une application particulière.

Certes, l'approche proposée n'est pas sans susciter certaines questions ou bouleverser les conceptions, et peut à première vue heurter d'autres impératifs tout aussi dignes de protection. Ainsi, le rétablissement de la légalité supérieure peut porter atteinte à la sécurité juridique et aux attentes légitimes que les tiers avaient pu placer dans l'acte irrégulier, spécialement quand, étant de portée individuelle, son objet est de définir leur situation particulière. Plus dérangent encore, sans doute, est la faculté qu'y puiserait une autorité de renier par la suite les prévisions qu'elle avait fait naître par ses propres actes. De même, l'ouverture du pouvoir de refuser, sans décision juridictionnelle préalable, de se conformer à un acte sous couvert de son irrégularité ébranle la position subordonnée des organes exécutifs et des agents qui les animent, à l'égard des actes et

prononcée sur cette question, de sorte qu'il paraît délicat d'en déduire un quelconque enseignement, d'autant qu'elle accueille le grief notamment sur le visa de l'article 159 de la Constitution.

¹⁷¹ Nous examinerons plus loin si ce pouvoir concerne uniquement les actes à portée générale, ou s'étend également aux décisions individuelles (v. *infra*, n° 28 et 34). Plus délicate en effet est la question de l'attitude que devrait adopter une autorité administrative face à une décision individuelle définitive qu'elle soupçonnerait d'être entachée d'illégalité ou dont l'irrégularité serait soulevée devant elle.

¹⁷² Et non limité aux seules autorités de tutelle ou de recours administratif.

normes pris par des autorités ou pouvoirs supérieurs¹⁷³.

Ces inconvénients sont toutefois consubstantiels à l'existence même du contrôle de légalité incident prévu par la Constitution, peu importe qu'il soit exercé par le juge ou par d'autres organes ou personnes. Tout autant que l'administration, la juridiction qui invalide un acte, éventuellement à la demande de son auteur, fait fi des attentes qu'il nourrissait dans le chef de tiers intéressés à sa mise en œuvre, et dispense ceux qui devraient *a priori* l'observer de son application, du moins dans ce cas précis¹⁷⁴. Il n'y a à notre sens guère de différence, sur le plan de la sécurité juridique, à permettre au juge, y compris à la demande de leur auteur, de priver un particulier du bénéfice d'actes irréguliers qui font obstacle à la prétention de l'autorité, comme l'a d'ailleurs voulu le législateur dans certaines matières même s'agissant d'actes individuels créateurs de droit¹⁷⁵.

Par ailleurs, dans un Etat de droit, la stabilité des relations juridiques n'est certainement pas le seul impératif à prendre en considération. Il paraît de prime abord tout aussi difficilement admissible de conférer à certains l'avantage d'une situation illégale, spécialement lorsque son maintien

¹⁷³ L'on songe au refus d'une entité décentralisée d'appliquer un arrêté royal, régional ou communautaire.

¹⁷⁴ Sur la portée de l'autorité de chose jugée attachée au constat incident d'illégalité, v. la contribution de M. NIHOUL dans le présent ouvrage.

¹⁷⁵ Ainsi, la délivrance d'un permis d'urbanisme qui contrevient aux prescriptions planologiques ou réglementaires dont la méconnaissance est pénalement sanctionnée ne peut, sauf disposition contraire, couvrir l'illégalité des constructions ou installations érigées sous le bénéfice de cette autorisation illégale ni faire obstacle à la demande d'une mesure de réparation, pouvant émaner de l'autorité (sur cette question, v. not. J. VAN YPERSELE et B. LOUVEAUX, *o. c.*, 2006, pp. 887 et 899, n° 858, b) et 870 ; R. VEKEMAN, *Ruimtelijke ordening en stedenbouw : planologie, verordeningen en vergunningen*. Malines, Kluwer, 2004, p. 40, n° 37). Par décret du 21 novembre 2003, le législateur flamand a choisi d'exclure une telle possibilité (v. les articles 146, 2° et 6° du décret du 18 mai 1999 portant organisation de l'aménagement du territoire, tels que modifiés, désormais repris à l'article 6.1.1., 2° et 6° du Code flamand de l'aménagement du territoire ; *contra* : R. VEKEMAN, *o. c.*, 2004, pp. 40-41, n° 37), qui subsiste cependant en Régions wallonne et bruxelloise (v. les articles 154, alinéa 1^{er}, 4° du CWAFUP et 300, 3° du CoBAT). Dans un récent arrêt, la Cour de cassation a également admis, à la suite de la Cour constitutionnelle (C.C., n° 121/2007, 19 septembre 2007, B.6.2 ; C.A., n° 70/2007, 26 avril 2007, B.6.2), que des habitants peuvent introduire, au nom de la commune qui s'abstiendrait d'agir, une action tendant à la cessation des travaux autorisés par son collègue (Cass., 10 mars 2008, *Pas.*, 2008, n° 163).

s'opère au détriment des intérêts de tiers¹⁷⁶.

Les différentes objections avancées ne sont, dans une large mesure, pas liées en soi à l'identité de l'organe qui pratique l'examen de légalité, mais à son principe même. Elles ne sauraient dès lors former un obstacle à l'extension de ce pouvoir à l'autorité administrative, œuvrant par ailleurs sous le contrôle du juge auquel revient en définitive le pouvoir du dernier mot, en ce compris celui de sanctionner l'administration qui ferait usage à tort de ses attributions¹⁷⁷.

Les principes régissant notre ordre juridique conduisent en outre à atténuer largement les inconvénients évoqués¹⁷⁸.

Ainsi, l'écartement de l'acte irrégulier ne laisse pas l'administré abusé démuné face à l'auteur de l'illégalité qui a réduit à néant les attentes qu'il y puisait. Si la Cour de cassation privilégie certes la légalité de l'action administrative en excluant que le droit à la sécurité juridique, composante des principes de bonne administration, opère *contra legem*, elle admet néanmoins que l'administré puisse subir de ce chef un dommage réparable à charge de l'autorité à l'origine de cette irrégularité¹⁷⁹. Une telle sanction, qui se borne à frapper l'auteur de l'irrégularité renégate sans sacrifier les intérêts de tiers, n'apparaît-elle pas sinon plus, du moins tout aussi, adéquate ?

Du reste, les pouvoirs de l'administration ainsi que les conséquences qui s'y attachent doivent, comme le montreront les développements qui

¹⁷⁶ L'on n'a pas manqué de souligner que, dans la pureté des principes, « [l]orsqu'une situation est irrégulière, elle ne peut être précaire. L'Etat de droit ne saurait l'accepter sans se renier. Une telle situation est vouée tôt ou tard à la disparition, que ce soit par retrait, refus d'application ou annulation » (P. LEWALLE, « Légalité, sécurité et stabilité en droit administratif. Un équilibre introuvable ? », in *Liber Amicorum Y. Hannequart et R. Rasir*, Diegem, Kluwer, 1997, p. 234).

¹⁷⁷ V. *infra*, n° 30 et 31.

¹⁷⁸ V. également *infra*, n° 32-34.

¹⁷⁹ Cass., 29 novembre 2004, *Pas.*, 2004, n° 574 : « Attendu que l'arrêt constate que la défenderesse a subi un dommage certain et que, pour les éléments de fait qu'il expose, ce dommage résulte du délai anormalement long mis par le demandeur à réagir à propos d'une situation pourtant bien connue de ses services ; Que, sur la base de cette appréciation qui gît en fait, l'arrêt a pu, sans méconnaître ni les principes généraux ni les dispositions constitutionnelle et légales visés au moyen, décider que le comportement du demandeur s'analysait en une erreur de conduite pouvant engager sa responsabilité sur la base des articles 1382 et 1383 du Code civil ».

suivent, s'inscrire dans des limites qui rencontrent d'autres appréhensions élevées, spécialement la crainte de voir une autorité déjouer ponctuellement son propre règlement ou encore d'une généralisation de l'écartement d'actes antérieurs qui paralyserait sensiblement l'action des pouvoirs publics¹⁸⁰.

C. LE REGIME DE L'EXCEPTION D'ILLEGALITE AUX MAINS DES ORGANES EXECUTIFS

25. L'action administrative étant soumise au principe de légalité dans un Etat de droit, l'exercice de ce pouvoir constitue à notre sens un devoir à charge des organes exécutifs et non une simple faculté. Tel est du reste déjà le cas pour les actes internes contraires aux dispositions communautaires à effet direct¹⁸¹.

Cette approche n'est évidemment pas sans incidences pour les autorités administratives, spécialement sur le plan de leur responsabilité civile (2). Il convient cependant, en premier lieu, de circonscrire l'étendue du pouvoir qui l'analyse appelle à leur impartir (1).

1. La portée du contrôle

26. Une distinction s'impose selon que l'acte auquel l'autorité est confrontée dans l'exercice de ses missions émane ou non de sa propre personne. Lorsqu'elle en est l'auteur, celle-ci peut en effet, en tout cas en ce qui concerne ses règlements¹⁸², rétablir la légalité à l'égard de tous en abrogeant préalablement l'acte qui y porterait à son sens atteinte¹⁸³.

Dans une telle hypothèse, l'autorité nous paraît dès lors, en principe, tenue de surseoir à décider et de défaire pour le futur l'irrégularité redoutée, plutôt que de se prononcer immédiatement en écartant la règle estimée illégale. Elle ne pourrait à notre sens procéder de la sorte que si les formalités et contraintes qui assortissent cette mesure¹⁸⁴ ne lui permettent

¹⁸⁰ V. *infra*, n° 26 et 29.

¹⁸¹ V. *supra*, n° 20.

¹⁸² Concernant les actes individuels, v. *infra*, n° 28 et 34.

¹⁸³ En ce sens : C.E., *Legrand*, n° 162.283, 5 septembre 2006 ; J. BORRET, *o. c.*, *T.B.P.*, 1969, pp. 189-190.

¹⁸⁴ A cet égard, l'on considère traditionnellement, en application de la théorie de l'acte contraire, qu'une autorité ne peut, sauf disposition contraire, défaire son règlement en

pas, quelle que soit la diligence apportée, de mener à bien l'abrogation requise¹⁸⁵ avant l'échéance des délais de rigueur qui régissent la demande dont elle saisie, à charge de poursuivre ensuite l'abrogation initiée au préalable¹⁸⁶.

A plus forte raison, l'autorité doit à notre sens abroger son acte déclaré illégal par une décision juridictionnelle qui n'est plus susceptible de recours¹⁸⁷, si du moins elle était partie à la procédure et qu'aucune juridiction supérieure ne s'est prononcée en sens contraire sur ce point¹⁸⁸.

27. A l'égard d'actes dont elle n'est en revanche pas l'auteur, l'approche proposée conduit à reconnaître à l'administration les mêmes pouvoirs de contrôle que ceux dévolus aux juridictions.

Dans ce cadre, l'on peut également se demander si, à côté des actes administratifs, un organe exécutif pourrait se prévaloir du défaut de conformité d'une loi, d'un décret ou d'une ordonnance à une norme qui

l'abrogeant que moyennant le respect des formalités substantielles qui entourent l'édition de cet acte (M.-A. FLAMME, *Droit administratif*, T. I, Bruxelles, Bruylant, 1989, pp. 361-362, n° 151 ; P. GOFFAUX, *o. c.*, 2006, pp. 7-8 ; P. LEWALLE, *o. c.*, 3^e éd., 2008, p. 1061, n° 601).

¹⁸⁵ L'autorité ne saurait cependant se prévaloir, dans ce cadre, que des délais entourant l'abrogation de l'acte et non la réfection de la norme illégale. Certaines décisions concernant la délivrance d'un permis relatif à un bien régi par un plan d'aménagement illégal, sous l'empire de la loi organique du 29 mars 1962, soulignent en effet que, si la modification du plan pour remédier à l'illégalité du plan s'avère impossible avant l'expiration des délais, rien n'empêche l'autorité d'abroger immédiatement la partie du plan s'appliquant au bien concerné (C.E., *Albrecht*, n° 77.355, 2 décembre 1998 ; C.E., *De Lille et Van Hyften*, n° 145.095, 27 mai 2005).

¹⁸⁶ A défaut de diligenter par la suite la procédure d'abrogation, l'action administrative s'expose à notre sens à critique.

¹⁸⁷ La Cour constitutionnelle, alors Cour d'arbitrage, a ainsi indiqué que « [l]orsque des mesures réglementaires peuvent éventuellement être considérées comme illégales conformément à l'article 159 de la Constitution, il appartient en principe à l'autorité qui a adopté la norme en cause de la refaire dans le respect des formalités qu'elle n'avait pas observées » (C.A., n° 55/2006, 19 avril 2006, B.5.2). V. également C.E., *De Lille et Van Hyften*, n° 145.095, 27 mai 2005 ; M. LEROY, *o. c.*, 4^e éd., 2008, p. 483, qui circonscrit cependant le propos aux illégalités établies avec certitude. D'autres ont souligné, dans ce même ordre d'idées, que « l'autorité administrative a le pouvoir et le devoir de respecter la loi, en application des articles [108] et [105] de la Constitution, ce qui implique l'obligation pour elle de mettre fin aux situations irrégulières » (P. QUERTAINMONT, *o. c.*, *R.C.J.B.*, 1990, sp. p. 440, n° 33 *in fine*).

¹⁸⁸ Sur les critères devant à notre estime guider le choix de l'enseignement jurisprudentiel à retenir, v. *infra*, n° 32.

s'impose au législateur en cause¹⁸⁹. La question revêt une dimension particulière, l'article 108 de la Constitution portant que le Roi, et plus largement toutes les autorités administratives, ne peut « *jamais ni suspendre les lois elles-mêmes, ni dispenser de leur exécution* ». Cette disposition paraît donc s'opposer, *a priori*, au refus d'un organe exécutif d'appliquer une norme de valeur législative au motif de son irrégularité.

La Cour de cassation a été récemment amenée à se prononcer sur la question. En déclarant légalement justifié l'arrêt décidant que l'administration appliquant une loi ultérieurement déclarée inconstitutionnelle, sur recours préjudiciel, ne commet pas de faute « *au motif que [celle-ci...] "n'a bien évidemment pas pour mission de contrôler la constitutionnalité des lois"* », la Cour admet ainsi implicitement, tout en réservant l'hypothèse où cette norme aurait « *fait l'objet d'[un] constat d'inconstitutionnalité [ou] d'[une] invalidation par la Cour constitutionnelle* », que l'administration n'a pas le pouvoir d'écarter l'application d'une loi, son action s'en trouvant par là justifiée¹⁹⁰⁻¹⁹¹.

¹⁸⁹ La question de l'application de lois (déclarées) inconstitutionnelles en matière fiscale a également fait l'objet de questions parlementaires récentes : *Questions et Réponses*, Ch., s. o. 2005-2006, n° 125, pp. 24.560-24.562 ; *Questions et Réponses*, Ch., s. o. 2007-2008, n° 4, pp. 160-163.

¹⁹⁰ Cass., 21 décembre 2007, R.G. n° C.06.0457.F ; *J.T.*, 2008, p. 554, note D. RENDERS, « L'autorité administrative doit-elle d'office refuser d'appliquer une loi inconstitutionnelle ? » ; *J.L.M.B.*, 2008, p. 1080, note Q. PEIFFER, « Loi anticonstitutionnelle et administration, ou comment justifier une erreur ». Dans un ordre d'idées analogue, la Cour a considéré, s'agissant cette fois de l'application par le juge d'une disposition légale invalidée par arrêt préjudiciel après la survenance de la situation dont il est saisi (mais avant qu'il ne statue), que « *les exigences de la confiance légitime et de la sécurité juridique s'opposent [...] à ce que l'obligation d'indemnisation qui est prévue par l'article 29bis, § 1^{er}, alinéa 1^{er} de la loi du 21 novembre 1989, s'applique aux accidents de la circulation impliquant des véhicules automoteurs reliés à une voie ferrée, qui se sont produits avant la publication de l'arrêt de la Cour constitutionnelle du 15 juillet 1998* » (Cass., 20 décembre 2007, R.G. n° C.07.0227.N ; *R.W.*, 2007-2008, p. 1368, note P. POPELIER, « Rechterlijk overgangsrecht revisited. Over een juridisch vacuüm, een prejudicieel arrest en de werking van rechterlijke uitspraken in de tijd » ; Cass., 5 juin 2008, *Pas.*, 2008, n° 347).

¹⁹¹ Dans sa réponse à une question parlementaire portant sur le point de savoir si « *[l']administration doit [...] respecter la loi seule ou également la Constitution* », le Vice-premier Ministre et Ministre des Finances indiqua dans le même sens : « *L'administration observera en principe uniquement la loi. Le pouvoir exécutif, et donc l'administration générale, ne sont en effet pas juges du législateur. Ce pouvoir est réservé à la seule Cour constitutionnelle en ce qui concerne la conformité des lois aux articles de la Constitution énumérés par cette dernière et la loi spéciale sur la Cour d'arbitrage* » (*Questions et Réponses*, Ch., s. o. 2007-2008, n° 4, pp. 160-161).

L'impossibilité de sanctionner l'autorité qui anticiperait correctement la décision du juge appelé à se prononcer par la suite sur la validité de la norme législative rend pourtant, ici également, vain de lui interdire de rétablir immédiatement la légalité. Dans cet ordre d'idées, M. l'Avocat général T. WERQUIN exposait d'ailleurs, en ses conclusions contraires précédant l'arrêt évoqué ci-avant, que « *[l']autorité administrative ne peut pas subordonner sa décision de ne pas exécuter une loi à une décision juridictionnelle qui conclut à la violation par le pouvoir législatif d'une disposition constitutionnelle comportant une obligation de résultat* » ou encore que « *[l]a Constitution ne donne pas au pouvoir exécutif le pouvoir d'agir comme il l'a fait en lésant les droits d'autrui par l'application d'une loi violant les règles constitutionnelles de l'égalité et de la non-discrimination* »¹⁹².

Une autorité administrative nous paraît, partant, fondée à écarter des dispositions de valeur légale en raison de leur contrariété, d'une part, à des normes de droit international directement applicables et notamment au droit communautaire, comme l'a du reste déjà jugé la Cour de justice¹⁹³, et, d'autre part, aux dispositions de droit interne dont la Cour constitutionnelle, voire les autres juridictions en ce qui concerne les ordonnances, assurent le respect¹⁹⁴⁻¹⁹⁵. En revanche, leur compatibilité avec les autres règles qui

En revanche, ce dernier estime que ce principe continue à s'appliquer aux normes que la Cour constitutionnelle a déclarées invalides sur question préjudicielle : « *Quand la Cour dit pour droit, en réponse à une question préjudicielle, qu'une norme viole un article de la Constitution dont elle assure le contrôle, cette disposition subsiste dans le corps des lois belges et l'administration est tenue de l'appliquer* » (*ibid.*, p. 161 ; v. également *Questions et Réponses*, Ch., s. o. 2005-2006, n° 125, pp. 24561-24562). Cette approche se concilie toutefois difficilement avec l'arrêt précité de la Cour de cassation du 21 décembre 2007, dont il paraît se dégager *a contrario* que l'administration pourrait écarter une règle de rang législatif après publication au *Moniteur belge* de l'arrêt par lequel la Cour constitutionnelle invalide celle-ci sur question préjudicielle (en ce sens : Q. PEIFFER, « Loi anticonstitutionnelle et administration, ou comment justifier une erreur », note sous Cass., 21 décembre 2007, *J.L.M.B.*, 2008, pp. 1088-1089, n°s 13 et 15 ; D. RENDERS, *o. c.*, *J.T.*, 2008, p. 555, n°s 2-4, qui critique néanmoins cette solution).

¹⁹² Concl. préc. Cass., 21 décembre 2007, R.G. n° 06.0457.F, n°s 5.3 et 5.4.

¹⁹³ *V. supra*, n° 20.

¹⁹⁴ Sur l'étendue du contrôle juridictionnel pesant sur les normes de valeur législative, v. la contribution de F.-X. BARCENA dans cet ouvrage.

¹⁹⁵ *Contra*, du moins en l'absence de censure juridictionnelle préalable, Q. PEIFFER, *o. c.*, *J.L.M.B.*, 2008, sp. pp. 1087 et 1090, n°s 12 et 17. Outre qu'il ne trouve pas à s'appliquer aux normes de droit international directement applicable, l'argument du

s'imposeraient au législateur mais dont aucune juridiction ne peut connaître, échappe à son contrôle.

Comme indiqué plus haut¹⁹⁶, ce pouvoir trouve, à notre sens, sa source dans un principe général de valeur constitutionnelle dont l'article 159 de la Charte fondamentale constitue une expression particulière, qui aménage dès lors implicitement la règle consacrée par l'article 108 de celle-ci¹⁹⁷.

28. La transposition du contrôle qu'exercent les juridictions s'avère en revanche nettement plus délicate s'agissant des actes administratifs individuels qui ne peuvent plus être annulés faute d'avoir été entrepris dans le délai de recours¹⁹⁸, en raison de la conception divergente que développent les Hautes juridictions judiciaire et administrative quant à une mise en cause incidente de tels actes.

Si cette divergence tient certes largement aux particularités de l'office respectif de ces juges¹⁹⁹, il n'en demeure pas moins qu'elle a des répercussions directes sur la position de l'autorité administrative. En effet, le juge judiciaire devrait, en règle, voir une faute dans le refus de l'administration de vérifier la légalité d'une décision antérieure devenue définitive, puisque, selon la Cour de cassation, l'exception d'illégalité

monopole de la Cour constitutionnelle ne nous paraît toutefois pas déterminant, en raison de l'effet déclaratif qui s'y attache, comme aux autres décisions juridictionnelles.

¹⁹⁶ V. *supra*, n° 24.

¹⁹⁷ Cette question de rapport hiérarchique présente une importance essentiellement en ce qui concerne les normes de droit interne non constitutionnelles que doivent observer les différents législateurs, sous le contrôle des juridictions. En effet, si la règle méconnue est inscrite dans la Constitution elle-même ou relève du droit international directement applicable, elle a une valeur au moins équipollente à l'article 108 de la Charte fondamentale, de sorte qu'aucun problème ne se pose sous l'angle de la hiérarchie des normes. La jurisprudence dominante considère effectivement que, sauf aménagement exprès, le droit international directement applicable l'emporte sur les dispositions constitutionnelles (v. la contribution de F.-X. BARCENA dans cet ouvrage).

¹⁹⁸ Contentieux ou administratif, l'exercice des voies de recours administratives organisées constituant une condition de recevabilité du recours pour excès de pouvoir (R. ANDERSEN en P. NIHOUL, *o. c.*, 2006, pp. 29 et 31-37). En ce cas, la Haute juridiction administrative considère que ces décisions sont devenues définitives à l'expiration des délais de recours, et ne peuvent partant plus être remises en cause ultérieurement même par voie incidente (sur cette question, v. la contribution de F.-X. BARCENA dans cet ouvrage).

¹⁹⁹ Comme le soulignent J.-F. LECLERCQ et D. DE ROY dans leur contribution au présent ouvrage, *sp.* n° 26.

s'applique aux actes individuels sans considération de délai. A l'inverse, l'administration qui, dans la foulée de cet enseignement, écarte un tel acte s'exposerait à la censure du Conseil d'Etat dont, paradoxalement, le constat d'illégalité qu'elle renferme s'imposerait avec une autorité absolue de chose jugée au juge judiciaire amené à examiner le caractère fautif de ce comportement²⁰⁰.

La mise en œuvre des principes gouvernant la responsabilité civile vient cependant atténuer, en pratique, la portée du dilemme auquel se trouve confrontée l'autorité administrative en la matière²⁰¹.

29. Enfin, l'autorité ne peut exciper de l'illégalité d'un acte antérieur que dans le respect des règles touchant à la compétence des pouvoirs publics, à l'instar de ce qui vaut au demeurant déjà pour les juridictions.

En tout état de cause, seul un organe légalement habilité à prendre un acte administratif peut, le cas échéant, écarter à cette occasion un autre acte qu'il estimerait irrégulier.

Par ailleurs, on peut assurément douter qu'un tel pouvoir puisse se ranger parmi les questions secondaires ou les points de détail qui, sauf à la norme attributive de compétence à disposer différemment, sont seuls susceptibles de délégation²⁰². Partant, cette prérogative est à notre estime réservée, dans le silence des textes, aux autorités attributaires de la compétence dans le

²⁰⁰ La jurisprudence de la Cour de cassation est en effet établie de longue date en ce sens que « lorsqu'une juridiction judiciaire est valablement saisie d'une demande en responsabilité fondée sur l'excès de pouvoir résultant de la méconnaissance de [...] règles constitutionnelles ou légales [lui imposant de s'abstenir ou d'agir d'une manière déterminée] ayant entraîné l'annulation d'un acte administratif par le Conseil d'Etat, la constatation par ce dernier de l'excès de pouvoir s'impose à elle ; [...] dès lors, sous [réserve de l'existence d'une erreur invincible ou d'une autre cause d'exonération de responsabilité], cette juridiction doit nécessairement décider que l'autorité administrative, auteur de l'acte annulé, a commis une faute et, pour autant que le lien causal entre l'excès de pouvoir et le dommage soit établi, ordonner la réparation de celui-ci » (Cass., 13 mai 1982, *Pas.*, 1982, I, p. 1056, et concl. conf. Proc. gén., alors Av. gén., J. VELU ; v. également Cass., 21 juin 1990, *Pas.*, 1990, I, n° 614 ; Cass., 21 décembre 2001, *Pas.*, 2001, n° 719 ; Cass., 26 juin 2008, *Pas.*, 2008, n° 406).

²⁰¹ V. *infra*, n° 34.

²⁰² Sur ce que la délégation doit, dans le silence des textes, demeurer limitée à de telles hypothèses, v. not. : C.E., *Biston*, n° 132.947, 23 juin 2004 ; C.E., *a.s.b.l. Syndicat de la police belge*, n° 163.336, 10 octobre 2006 ; M. LEROY, *o. c.*, 4^e éd., 2008, p. 417 ; P. LEWALLE, *o. c.*, 3^e éd., 2008, pp. 1037-1038, n° 581, b).

cadre de laquelle elle est mise en œuvre, et ne saurait dès lors être exercée par d'autres organes à titre d'accessoire d'un pouvoir même valablement délégué. En attendant une éventuelle clarification des textes portant délégation, l'autorité délégante qui redouterait que l'écartement d'un acte n'excède les limites des transferts régulièrement consentis, peut évoquer les questions appelant un tel refus d'application et prendre elle-même l'acte dont il constitue le préalable²⁰³.

Ces exigences démentent largement la crainte de voir tout agent administratif faire usage d'un tel pouvoir.

2. La sanction du contrôle : la responsabilité civile

30. Conférer à l'administration active le pouvoir de vérifier la validité des normes et actes qu'elle est chargée de mettre en œuvre et, le cas échéant, d'en écarter l'application, n'est bien entendu pas sans conséquences sur la responsabilité civile de celle-ci.

Il a été souligné dans les développements qui précèdent que l'acte pris sur un fondement entaché d'illégalité est lui-même illégal, si du moins celui-ci ne peut s'appuyer sur un autre acte régulier, en particulier sur une disposition que le fondement écarté visait à remplacer²⁰⁴⁻²⁰⁵.

De même, conformément à un enseignement établi, la méconnaissance d'une norme imposant à l'administration un comportement déterminé est, sous réserve d'une erreur invincible ou d'une autre cause de justification,

²⁰³ Par un récent arrêt, la Cour de cassation a ainsi considéré que « [l]a délégation par le ministre du pouvoir d'ester en justice dans les matières relevant de sa compétence n'enlève pas ce pouvoir à l'autorité qui le délègue » (Cass., 12 novembre 2008, R.G. n° P.08.0723.F). Le Conseil d'Etat admet également l'évocation d'un pouvoir délégué, tant de nature réglementaire (C.E., *Van Hespén*, n° 102.508, 14 janvier 2002, 2.7.1 ; C.E., *Bauwens*, n° 102.509, 14 janvier 2002, 2.7.1) qu'individuelle (C.E., *Sa Nabais*, n° 63.579, 13 décembre 1996 ; C.E., *Maisonhaute*, n° 121.164, 1^{er} juillet 2003). Pour une analyse critique de la question, v. B. LOMBAERT, « La délégation de la compétence en matière administrative et le pouvoir d'évocation du délégant », *A.P.T.*, 1997, sp. pp. 157-160.

²⁰⁴ Concernant les effets de l'exception d'illégalité, et singulièrement la résurrection du droit antérieur qu'empêche le constat d'illégalité, v. la contribution de D. DEOM dans cet ouvrage.

²⁰⁵ Sur la substitution de fondement réglementaire, v. spécialement G. PUCKE, « Illégalités et caetera. Défaut de base légale, légalité de l'acte administratif et responsabilité des pouvoirs publics », in *Liber amicorum Michel Mahieu*, o. c., 2008, pp. 450-453.

constitutive d'une faute qui engage sa responsabilité civile si elle cause un dommage à un tiers²⁰⁶⁻²⁰⁷. L'illégalité qui résulte de la violation de telles normes s'analyse dès lors en une faute civile, à moins que son auteur n'établisse l'existence d'une cause étrangère s'opposant à l'imputabilité de ce manquement.

Dans un arrêt du 25 octobre 2004, la Cour de cassation a toutefois décidé qu'« aucune norme de droit n'impose [à l'Office national de sécurité sociale], dans la qualification d'une relation de travail, de s'abstenir ou d'agir de manière déterminée », en sorte que « la seule circonstance que la cour du travail [a apprécié différemment la nature des relations contractuelles des défendeurs et] ne s'est pas ralliée sur ce point à l'analyse [de l'Office] n'implique pas que celui-ci a commis une faute »²⁰⁸.

²⁰⁶ Cass., 13 mai 1982, *Pas.*, 1982, I, p. 1056, et concl. conf. Proc. gén., alors Av. gén., J. VELU ; Cass., 14 janvier 2000, *Pas.*, 2000, I, n° 33 ; Cass., 25 octobre 2004, *Pas.*, 2004, n° 507 et concl. contr. Proc. gén., alors Pr. av. gén., J.-F. LECLERCQ ; *J.L.M.B.*, 2005, p. 638, note D. DE ROY, « La jurisprudence de la Cour de cassation en matière de responsabilité civile des autorités administratives : revirement ou affinement ? » ; Cass., 21 décembre 2007, R.G. n° 06.0457.F, précité ; Cass., 8 février 2008, *Pas.*, 2008, n° 96 ; *J.T.*, 2008, p. 569 note D. RENDERS, « L'autorité administrative doit-elle d'office refuser d'appliquer une loi inconstitutionnelle ? » ; *Rev. dr. commun.*, 2008, p. 47, note J. VANHAEVERBEEK.

²⁰⁷ Cet enseignement consacre ainsi ce qu'il est convenu d'appeler la règle de l'unité de l'illégalité et de la faute civile, écartant par là la thèse de la dualité refusant d'assimiler, fût-ce en principe, ces deux notions. Sur ces questions, v. not. R.-O. DALCQ, « Unité ou dualité des notions de faute et d'illégalité », note sous Cass., 13 mai 1982, *R.C.J.B.*, 1984, pp. 19-31 ; D. DEOM et B. PAQUES, « Les permis et autorisations administratives et la réparation des dommages causés à des tiers », *Amén.*, 1995, numéro spécial, pp. 52-56 ; B. DUBUISSON, « Faute, illégalité et erreur d'interprétation en droit de la responsabilité civile », note sous Cass., 26 juin 1998, *R.C.J.B.*, 2001, pp. 47-48, n° 23 ; J.-L. FAGNART, « De la légalité à l'égalité », in *La responsabilité des pouvoirs publics*, Bruxelles, Bruylant, 1991, sp. pp. 22-27, n° 21-23 ; H. VANDENBERGHE, « Overheidsaansprakelijkheid. Aansprakelijkheid van de uitvoerende macht », in *Overheidsaansprakelijkheid*, Brugge, Die Keure, 2005, pp. 7-12, n° 2-4 ; 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*, o. c., 2007, pp. 72-77, n° 8-22.

²⁰⁸ Cass., 25 octobre 2004, *Pas.*, 2004, n° 507. Dans ses conclusions contraires, M. le Procureur général, alors Premier avocat général, J.-F. LECLERCQ, soulignait à l'inverse qu'« il n'est pas concevable de considérer que la loi du 27 juin 1969 n'impose pas à l'ONSS d'assujettir les travailleurs liés par un contrat de travail et de ne pas assujettir ceux qui ne sont pas dans les liens d'un tel contrat. Aucune disposition de la loi ne l'énonce certes expressément comme tel, mais toute l'économie de la loi [...] paraît l'impliquer. On est en présence d'« une norme imposant à cette autorité d'agir (assujettir) ou de s'abstenir d'agir (ne pas assujettir) d'une manière déterminée » ».

Certains y ont vu l'expression d'un régime différencié de responsabilité selon que l'action administrative viole une norme lui assignant une orientation déterminée, ce qui emporte en principe une faute, ou une règle au contenu indéterminé, n'étant alors fautive qu'en cas de manquement à l'obligation générale de prudence²⁰⁹. A travers cette distinction, l'approche préconisée renvoie à la nécessité de prendre en considération, en lui réservant un traitement distinct, la marge d'appréciation dont bénéficient les autorités administratives dans l'application de certaines dispositions ou notions²¹⁰, notamment en raison de leur imprécision.

Sans prétendre épuiser cette vaste et délicate question, la Cour de cassation nous paraît avoir récemment infirmé, au moins partiellement, l'analyse exposée ci-dessus dans un arrêt du 26 juin 2008²¹¹. Se prononçant sur l'incidence d'une censure du Conseil d'Etat dans l'exercice d'une compétence discrétionnaire sur le plan de la responsabilité civile, elle retient la conception classique de l'unité de principe entre l'illégalité constatée *erga omnes* par la Haute juridiction administrative et la faute en précisant que « [l]a circonstance que l'annulation concerne une décision prise par l'autorité administrative dans le cadre d'un pouvoir discrétionnaire qui lui est conféré n'y déroge pas ». L'enseignement de cette décision apparaît d'autant plus intéressant que l'administration tenue responsable faisait précisément valoir, à l'appui de son moyen dirigé contre la décision concluant à l'existence d'une faute, que « [l]'annulation de la décision de la demanderesse du 18 juin 2001 de ne pas conclure de convention avec la défenderesse est, dès lors, fondée sur la méconnaissance d'une règle qui comportait un pouvoir discrétionnaire – article 34 de la loi du 7 mai 1999 – et non sur un prétendu excès de pouvoir en raison de la violation des règles constitutionnelles ou légales qui imposaient ou interdisaient à la demanderesse en tant que commune un mode d'action déterminé » pour en déduire que « [d]ès lors que la décision

de conclure une telle convention impliquait un pouvoir discrétionnaire (voir article 34 de la loi du 7 mai 1999), il ne suffisait pas, au regard du contenu de cette disposition, de se référer, lors de l'appréciation de la prétendue "faute" que la demanderesse aurait pu commettre en tant qu'autorité, aux arrêts du Conseil d'Etat du 21 mai et du 18 juin 2001 »²¹².

Du reste ne conçoit-on que difficilement que des règles soient dénuées de dimension prescriptive, mais puissent néanmoins entacher d'illégalité l'action administrative et amener le juge, dans l'exercice de son office de légalité, à censurer l'administration sur cette base²¹³. A notre meilleure

²¹² On notera la similitude entre cette critique et la thèse de la dissociation selon la nature des normes en cause, qui veut que « le juge saisi de l'action en réparation devra déterminer si l'illégalité qui s'impose à lui procède de la transgression d'une [...] norme [de comportement et...] sera donc amené à prolonger le constat d'illégalité que lui impose l'arrêt du Conseil d'Etat » (D. DE ROY, *in o. c.*, 2007, p. 88, n° 46).

²¹³ En ce sens, v. D. RENDERS et J.-F. VAN DROOGHENBROECK, « Erreur de droit et droit à l'erreur », *in Liber amicorum Michel Mahieu*, *o. c.*, 2008, pp. 462-464, n° 9 et 10 et note 13, qui relèvent à juste titre, d'une part, que l'existence même de règles applicables à l'administration qui ne lui imposeraient pas d'agir de manière déterminée paraît douteuse et, d'autre part, que de telles dispositions ne pourraient alors être que purement indicatives et, à ce titre, impuissantes à affecter la régularité de l'acte administratif. Ils soulignent en outre qu'un contrôle marginal s'impose déjà dans le contrôle juridictionnel de la légalité de toute application empreinte d'une marge de manœuvre, et n'est dès lors plus nécessaire dans l'appréciation de la faute qui découle de la commission d'une illégalité. D'autres ont également observé que le régime de la responsabilité des pouvoirs publics « dépend moins d'un examen de la norme que de la nature et de l'objet du contrôle exercé sur l'action de l'administration » et que « [p]eu importe au fond que cette norme prescrive ou non un comportement déterminé à son destinataire » (B. DUBUISSON, *o. c.*, R.C.J.B., 2001, pp. 50-51, n° 25).

De même, sans condamner explicitement le principe de la distinction ici visée, M. l'Avocat général T. WERQUIN expose, dans ses conclusions certes contraires précédant l'arrêt précité du 21 décembre 2007, qu'« [i]l ne faut [...] pas voir dans [l']arrêt [du 25 octobre 2004] une remise en cause de la jurisprudence de la Cour en matière de responsabilité de l'Etat dans l'exercice de son pouvoir exécutif, et ainsi, une abandon de la théorie de l'unité de la faute et de l'illégalité, mais une application inexacte de la notion de "norme de droit national imposant à l'autorité de s'abstenir ou d'agir de manière déterminée" », ou encore que « la décision du juge qui décide de l'existence d'un lien de subordination à la lumière de tous les éléments de fait, et contrôle ainsi la légalité de la décision de l'O.N.S.S. d'assujettir ou de refuser d'assujettir, ne s'analyse pas en une "appréciation différente des relations contractuelles", – ce qui laisse supposer qu'elle aurait pu tout aussi bien être autre », revenant ainsi à « méconnaître l'office du juge qui est légalement investi de la mission de dire le droit en appliquant le droit au fait ». Ces conclusions soulignent par ailleurs que « [s]i l'illégalité est constatée par une juridiction de l'ordre judiciaire, la faute s'en déduit automatiquement sans que l'O.N.S.S. puisse se retrancher derrière le manque de

²⁰⁹ D. DE ROY, « La jurisprudence de la Cour de cassation en matière de responsabilité civile des autorités administratives : revirement ou affinement ? », obs. sous Cass., 25 octobre 2004, *J.L.M.B.*, 2005, sp. pp. 646-648, n° 13-21 ; D. DE ROY, *in o. c.*, 2007, pp. 82-89, n° 30-45 et 47-49.

²¹⁰ L'auteur précité relève ainsi « l'importante marge d'appréciation ménagée [dans la mise en œuvre du pouvoir de qualification par l'O.N.S.S. d'une relation de travail] » ou encore que « [l]e contrôle de légalité de l'appréciation discrétionnaire [à travers la censure de la qualification des faits ou des erreurs manifestes d'appréciation] sera [étranger] à la méconnaissance de normes imposant un comportement déterminé à l'administration » (D. DE ROY, *in o. c.*, 2007, pp. 84 et 97, n° 40 et 65).

²¹¹ Cass., 26 juin 2008, *Pas.*, 2008, n° 406.

connaissance, la Cour de cassation n'a en tout cas jamais expressément entériné l'existence de telles normes.

Dans ces conditions, la méconnaissance de toute norme s'imposant à l'administration²¹⁴ est à notre sens constitutive d'une faute, sans qu'il y ait lieu de distinguer suivant la nature de la règle, sauf à l'administration à établir l'existence d'une cause de justification.

31. C'est précisément dans la possibilité de faire valoir une telle cause de justification que l'autorité administrative s'appropriant l'illégalité de la norme mise en œuvre peut espérer trouver le salut sur le plan de sa responsabilité civile.

Dans la conception traditionnelle déniait à l'administration tout contrôle de légalité, le juge saisi d'une action en réparation ne pourrait imputer de faute à l'autorité qui se borne à exécuter un acte illégal – mais non inexistant –, dès lors qu'elle est contrainte de l'appliquer²¹⁵. Comme relevé plus haut²¹⁶, la Cour de cassation nous semble avoir récemment statué en ce sens à propos d'une loi déclarée ultérieurement inconstitutionnelle²¹⁷. Bien que la Cour ne l'identifie pas, la justification retenue consiste à notre sens en l'ordre de la loi²¹⁸, dont la mise en œuvre d'une disposition législative

clarté du texte légal ou la diversité des interprétations existant à l'époque où l'acte a été pris » (conclusions préc. Cass., 21 décembre 2007, R.G. n° 06.0457.F, sp. n° 5.1).

²¹⁴ Donc contraignante, et non purement indicative.

²¹⁵ V. D. RENDERS, *o. c.*, *J.T.*, 2008, p. 556, n° 9 : « Dans cette perspective, l'on estime que se rend coupable d'une faute, l'autorité administrative qui applique une loi "manifestement" inconstitutionnelle et que ne se rend pas coupable d'une faute, l'autorité administrative qui applique une loi "simplement" inconstitutionnelle, au motif que le pouvoir de refuser d'appliquer une loi ne lui est, en principe, pas conférée ».

²¹⁶ V. *supra*, n° 27.

²¹⁷ Elle a en effet validé la décision qui, « au motif que l'administration [...] "n'a bien évidemment pas pour mission de contrôler la constitutionnalité des lois", considère ainsi 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 » (Cass., 21 décembre 2007, R.G. n° 06.0457.F, précité).

²¹⁸ Sur cette cause de justification, v. not. L. CORNELIS, *Principes du droit belge de la responsabilité extra-contractuelle*, Bruxelles-Anvers-Apeldoorn, Bruylant-Maklu, 1990, p. 36, n° 19.

irrégulière ne constitue qu'une application particulière²¹⁹.

En revanche, la reconnaissance à l'administration active du pouvoir de vérifier la régularité des actes qu'elle est appelée à exécuter expose celle-ci à devoir répondre d'un dommage résultant de ce qu'elle n'a pas refusé l'application d'un acte irrégulier ou, au contraire, a écarté à tort un acte que le juge estime régulier. Cette prérogative fait dès lors peser également sur l'autorité qui met en œuvre un acte dont elle n'est pas l'auteur le risque lié à l'irrégularité de celui-ci, de même qu'elle impose à cette autorité de déceler une possible contrariété et de trancher celle-ci, même en l'absence d'indications jurisprudentielles.

L'administration pourra cependant se prévaloir d'une autre cause de justification pour s'exonérer de la responsabilité découlant de l'exercice incorrect de la mission qui lui incombe ainsi, sous la forme d'une erreur invincible de droit. L'ignorance invincible se définit classiquement comme l'erreur qu'aurait commise toute personne raisonnablement prudente et diligente²²⁰.

C'est essentiellement dans la phase de recherche des irrégularités que l'erreur invincible sera appelée à jouer un rôle pour l'autorité administrative : les conditions régissant l'ignorance invincible détermineront en effet l'étendue de l'obligation d'investigation qui pèse sur les organes exécutifs et que les particuliers sont en droit d'en attendre. Rappelons à titre liminaire que ces éléments constitutifs de ladite cause de justification relèvent du pouvoir d'appréciation souverain des juges du fond, la Cour de cassation se bornant à vérifier l'admissibilité des déductions en droit que la décision

²¹⁹ En ce sens, v. Q. PEIFFER, *o. c.*, *J.L.M.B.*, 2008, pp. 1087-1088, n° 12. V. également D. RENDERS, *o. c.*, *J.T.*, 2008, p. 556, sp. n° 7, qui analyse la question sous l'angle de l'injonction irrégulière.

²²⁰ V., en ce qui concerne l'autorité administrative, Cass., 16 septembre 2005, *Pas.*, 2005, n° 739 ; Cass., 8 février 2008, *Pas.*, 2008, n° 96, précité. La Cour paraît faire preuve sur ce plan d'une plus grande rigueur à l'égard de l'administration, dès lors qu'à la différence des espèces concernant des particuliers (Cass., 23 janvier 1984, *Pas.*, 1984, I, n° 271 ; Cass., 31 octobre 1994, *Pas.*, 1994, I, n° 462 ; Cass., 8 janvier 1996, *Pas.*, 1996, I, n° 13 ; Cass., 18 janvier 1999, *Pas.*, 1999, I, n° 28 ; Cass., 24 mai 2002, *Pas.*, 2002, n° 317, sol. impl.), elle ne précise pas que l'erreur doit s'apprécier au regard des circonstances dans lesquelles est placée la personne qui l'invoque. Sur la notion d'erreur invincible, v. not. L. CORNELIS, *o. c.*, 1990, p. 37, n° 19 ; F. GLANSBORFF, « Erreur invincible ou croyance légitime », note sous Cass., 8 janvier 1999, *R.C.J.B.*, 2000, pp. 729 et svts, sp. pp. 730, 731 et 739-741, n° 4, 6 et 19-22 ; B. DUBUISSON, *o. c.*, *R.C.J.B.*, 2001, pp. 56-58, n° 30-31 ; D. RENDERS et J.-F. VAN DROOGHENBROECK, *in o. c.*, 2008, pp. 465-469, n° 13-18.

entreprise tire des constatations qu'elle énonce²²¹. Ce contrôle de qualification se voulant marginal²²², les décisions par lesquelles la Cour conclut à l'absence de méconnaissance de la notion légale d'erreur invincible ne sauraient dès lors offrir qu'un enseignement d'une portée réduite, bien qu'elles puissent assurément guider la réflexion.

A cet égard, une application jurisprudentielle calibrée de cette cause de justification, se démarquant de la conception restrictive où l'enferment certains²²³, permettrait de contenir les conséquences, en termes de responsabilité, que la charge d'un contrôle de légalité peut avoir pour l'administration, spécialement en l'absence de décision juridictionnelle

²²¹ B. MAES, *Cassatiemiddelen naar Belgisch recht*, Gent, Mys & Breesch, 1993, p. 402, n° 469, e).

²²² L. DE GRUYSE et B. DE GRUYSE, « Recht of feit : een hanteerbaar onderscheid ? », in *Liber amicorum Lucien Simont*, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 76 et 81, n° 5 et 9 ; J.-F. VAN DROOGHENBROECK, *Cassation et juridiction*, Bruxelles-Paris, Bruylant-L.G.D.J., 2004, pp. 151-155, n° 135-138, sp. n° 138. V. également, dans le cadre du contrôle des présomptions que le juge du fond fonde sur les éléments de fait qu'il constate : M. GREGOIRE, « Géométrie de l'instance », note sous Cass., 24 mars 2006, *R.C.J.B.*, 2008, pp. 54-55, n° 97. Sur l'étendue et la portée de ce contrôle, v. not. A. DE BRUYN, « La Cour de cassation et le fait ou... quand et comment la Cour de cassation contrôle-t-elle une appréciation en fait du juge du fond ? », in *Liber amicorum Michel Mahieu*, o. c., 2008, pp. 43-51 ; W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, « Propos sur le texte de la loi et les principes généraux du droit (Mercuriale prononcée à l'audience solennelle de rentrée de la Cour de cassation du 1^{er} septembre 1970) », *J.T.*, 1970, pp. 557-558 ; P. GERARD et M. GREGOIRE, « Introduction à la méthode de la Cour de cassation », *Rev. dr. U.L.B.*, 1999, p. 106, sp. note 25 ; B. MAES, o. c., 1993, pp. 395-409 et 411-415, n° 462-474 et 479-482 ; F. RIGAUX, o. c., 1966, pp. 238-267, n° 153-165.

²²³ V. not. J.-L. FAGNART, « La responsabilité de l'administration du chef d'exercice de pouvoir », obs. sous Bruxelles, 14 septembre 1979, *A.P.T.*, 1979-1980, p. 61, qui considère que, pour être exonératoire, l'erreur doit revêtir toutes les caractéristiques de la force majeure et dès lors consister en une « impossibilité absolue » de se conformer à la loi en appliquant correctement le droit en vigueur. Dans ses conclusions contraires, M. l'Avocat général T. WERQUIN se rallie à cette analyse et expose que « [I]es cas dans lesquels l'administration se trouve dans l'impossibilité absolue de comprendre la portée exacte de la loi sont bien rares. On ne peut guère envisager que l'hypothèse dans laquelle, avant un revirement de jurisprudence ou l'adoption d'une loi interprétative, l'administration aurait suivi l'interprétation d'une disposition légale proposée par la Cour ou le Conseil d'Etat » (concl. préé. Cass., 21 décembre 2007, o. c., sp. n° 5.3). D'autres ont cependant critiqué, en ce qui concerne les particuliers, l'assimilation de l'erreur invincible à la notion de force majeure et la rigueur excessive qui en découle dans la démonstration attendue, en soulignant la difficulté à concilier le critère de la « personne raisonnable et prudente » qui gouverne l'ignorance invincible et le caractère inévitable et insurmontable de la méprise (F. GLANSDORFF, o. c., 2000, p. 741, n° 22).

ayant déjà statué sur la validité de l'acte concerné.

L'attitude que doit adopter l'autorité administrative diffère en effet selon que la jurisprudence qui lui est raisonnablement accessible ait ou non déjà abordé la question.

32. Une autorité administrative ne peut à notre sens plus se prévaloir d'une ignorance invincible dès que des juridictions ont constaté, par des décisions dont elle a ou aurait dû avoir connaissance, l'irrégularité ou la validité d'un acte qu'elle est appelée à mettre en œuvre. La prudence que commande l'ignorance invincible nous paraît imposer à l'autorité de se conformer à l'enseignement contenu dans de telles décisions et refuser, le cas échéant, d'appliquer des dispositions, légales ou réglementaires, dont l'illégalité a déjà été constatée incidemment²²⁴.

Dans ce même ordre d'idées, en admettant 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 », la Cour de cassation n'a-t-elle pas, sinon implicitement admis, du moins refusé d'exclure que la publicité attachée à l'arrêt rendu par cette juridiction mette un terme à l'impuissance²²⁵ derrière laquelle l'administration pouvait jusqu'alors se retrancher ?

Dans l'exercice de la prérogative en question comme dans les autres²²⁶,

²²⁴ En ce sens : G. PIJCKE, o. c., 2008, pp. 454-455. D'autres ont également proposé que l'autorité administrative puisse refuser d'appliquer un acte incidemment déclaré illégal par une des juridictions suprêmes (A. ALEN et J. THEUNIS, o. c., 2008-2009, pp. 7-8, n° 10), à tout le moins en présence d'une jurisprudence constante (P. GOFFAUX, o. c., 2006, p. 230). Certains ont estimé de même que la responsabilité de l'administration devait s'apprécier d'autant plus sévèrement lorsque « des indices sérieux d'illégalité ont été ignorés, tel une jurisprudence ou des travaux parlementaires explicites » (D. DEOM et B. PAQUES, o. c., 1995, p. 58).

²²⁵ Même si le débat n'était pas ici placé sur le terrain de l'erreur invincible, ne pourrait-on, par identité de motifs, étendre cette appréciation à l'ignorance invincible ? En ce sens, bien qu'en limitant la portée à une présomption susceptible de preuve contraire : Q. PEIFFER, o. c., *J.L.M.B.*, 2008, pp. 1088, n° 13.

²²⁶ On peut en effet attendre d'une autorité raisonnablement prudente et diligente qu'elle prenne en considération les enseignements jurisprudentiels se prononçant sur la portée d'une disposition qu'elle s'apprête à appliquer, spécialement lorsqu'elle est susceptible de plusieurs interprétations. Certains ont du reste plaidé en ce sens s'agissant de l'interprétation à donner aux textes et principes gouvernant son action (v. *infra*).

entreprise tire des constatations qu'elle énonce²²¹. Ce contrôle de qualification se voulant marginal²²², les décisions par lesquelles la Cour conclut à l'absence de méconnaissance de la notion légale d'erreur invincible ne sauraient dès lors offrir qu'un enseignement d'une portée réduite, bien qu'elles puissent assurément guider la réflexion.

A cet égard, une application jurisprudentielle calibrée de cette cause de justification, se démarquant de la conception restrictive où l'enferment certains²²³, permettrait de contenir les conséquences, en termes de responsabilité, que la charge d'un contrôle de légalité peut avoir pour l'administration, spécialement en l'absence de décision juridictionnelle

²²¹ B. MAES, *Cassatiemiddelen naar Belgisch recht*, Gcnt, Mys & Breesch, 1993, p. 402, n° 469, e).

²²² L. DE GRYSSE et B. DE GRYSSE, « Recht of feit : een hanteerbaar onderscheid ? », in *Liber amicorum Lucien Simont*, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 76 et 81, n° 5 et 9 ; J.-F. VAN DROOGHENBROECK, *Cassation et juridiction*, Bruxelles-Paris, Bruylant-L.G.D.J., 2004, pp. 151-155, n° 135-138, sp. n° 138. V. également, dans le cadre du contrôle des présomptions que le juge du fond fonde sur les éléments de fait qu'il constate : M. GREGOIRE, « Géométrie de l'instance », note sous Cass., 24 mars 2006, *R.C.J.B.*, 2008, pp. 54-55, n° 97. Sur l'étendue et la portée de ce contrôle, v. not. A. DE BRUYN, « La Cour de cassation et le fait ou... quand et comment la Cour de cassation contrôle-t-elle une appréciation en fait du juge du fond ? », in *Liber amicorum Michel Mahieu*, o. c., 2008, pp. 43-51 ; W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, « Propos sur le texte de la loi et les principes généraux du droit (Mercuriale prononcée à l'audience solennelle de rentrée de la Cour de cassation du 1^{er} septembre 1970) », *J.T.*, 1970, pp. 557-558 ; P. GERARD et M. GREGOIRE, « Introduction à la méthode de la Cour de cassation », *Rev. dr. U.L.B.*, 1999, p. 106, sp. note 25 ; B. MAES, o. c., 1993, pp. 395-409 et 411-415, n° 462-474 et 479-482 ; F. RIGAUX, o. c., 1966, pp. 238-267, n° 153-165.

²²³ V. not. J.-L. FAGNART, « La responsabilité de l'administration du chef d'excès de pouvoir », obs. sous Bruxelles, 14 septembre 1979, *A.P.T.*, 1979-1980, p. 61, qui considère que, pour être exonératoire, l'erreur doit revêtir toutes les caractéristiques de la force majeure et dès lors consister en une « impossibilité absolue » de se conformer à la loi en appliquant correctement le droit en vigueur. Dans ses conclusions contraires, M. l'Avocat général T. WERQUIN se rallie à cette analyse et expose que « [l]es cas dans lesquels l'administration se trouve dans l'impossibilité absolue de comprendre la portée exacte de la loi sont bien rares. On ne peut guère envisager que l'hypothèse dans laquelle, avant un revirement de jurisprudence ou l'adoption d'une loi interprétative, l'administration aurait suivi l'interprétation d'une disposition légale proposée par la Cour ou le Conseil d'Etat » (concl. préc. Cass., 21 décembre 2007, o. c., sp. n° 5.3). D'autres ont cependant critiqué, en ce qui concerne les particuliers, l'assimilation de l'erreur invincible à la notion de force majeure et la rigueur excessive qui en découle dans la démonstration attendue, en soulignant la difficulté à concilier le critère de la « personne raisonnable et prudente » qui gouverne l'ignorance invincible et le caractère inévitable et insurmontable de la méprise (F. GLANSDORFF, o. c., 2000, p. 741, n° 22).

ayant déjà statué sur la validité de l'acte concerné.

L'attitude que doit adopter l'autorité administrative diffère en effet selon que la jurisprudence qui lui est raisonnablement accessible ait ou non déjà abordé la question.

32. Une autorité administrative ne peut à notre sens plus se prévaloir d'une ignorance invincible dès que des juridictions ont constaté, par des décisions dont elle a ou aurait dû avoir connaissance, l'irrégularité ou la validité d'un acte qu'elle est appelée à mettre en œuvre. La prudence que commande l'ignorance invincible nous paraît imposer à l'autorité de se conformer à l'enseignement contenu dans de telles décisions et refuser, le cas échéant, d'appliquer des dispositions, légales ou réglementaires, dont l'illégalité a déjà été constatée incidemment²²⁴.

Dans ce même ordre d'idées, en admettant 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 », la Cour de cassation n'a-t-elle pas, sinon implicitement admis, du moins refusé d'exclure que la publicité attachée à l'arrêt rendu par cette juridiction mette un terme à l'impuissance²²⁵ derrière laquelle l'administration pouvait jusqu'alors se retrancher ?

Dans l'exercice de la prérogative en question comme dans les autres²²⁶,

²²⁴ En ce sens : G. PUCKE, o. c., 2008, pp. 454-455. D'autres ont également proposé que l'autorité administrative puisse refuser d'appliquer un acte incidemment déclaré illégal par une des juridictions suprêmes (A. ALEN et J. THEUNIS, o. c., 2008-2009, pp. 7-8, n° 10), à tout le moins en présence d'une jurisprudence constante (P. GOFFAUX, o. c., 2006, p. 230). Certains ont estimé de même que la responsabilité de l'administration devait s'apprécier d'autant plus sévèrement lorsque « des indices sérieux d'illégalité ont été ignorés, tel une jurisprudence ou des travaux parlementaires explicites » (D. DEOM et B. PAQUES, o. c., 1995, p. 58).

²²⁵ Même si le débat n'était pas ici placé sur le terrain de l'erreur invincible, ne pourrait-on, par identité de motifs, étendre cette appréciation à l'ignorance invincible ? En ce sens, bien qu'en limitant la portée à une présomption susceptible de preuve contraire : Q. PEIFFER, o. c., *J.L.M.B.*, 2008, pp. 1088, n° 13.

²²⁶ On peut en effet attendre d'une autorité raisonnablement prudente et diligente qu'elle prenne en considération les enseignements jurisprudentiels se prononçant sur la portée d'une disposition qu'elle s'apprête à appliquer, spécialement lorsqu'elle est susceptible de plusieurs interprétations. Certains ont du reste plaidé en ce sens s'agissant de l'interprétation à donner aux textes et principes gouvernant son action (v. *infra*).

L'administration est dès lors conviée en premier lieu à investiguer la jurisprudence. Encore s'agit-il de déterminer à quelles décisions l'autorité doit avoir égard. Une nouvelle distinction nous paraît s'imposer à cet égard.

Ne pouvant en ignorer l'existence, l'organe exécutif est à notre estime amené à se tenir immédiatement²²⁷, fût-ce à l'égard de tiers, au constat que renferment les décisions prononcées dans les causes où elle est partie²²⁸, du moins tant que lesdites décisions n'ont pas été contestées avec succès par l'exercice des voies de recours ou que d'autres décisions, à privilégier selon les critères développés plus loin, ne statuent pas en sens contraire.

Les décisions rendues dans d'autres causes devraient également, dans une certaine mesure, guider l'administration dans l'exercice de son contrôle de légalité d'actes antérieurs, à la condition toutefois qu'elle ait pu en prendre connaissance par des moyens raisonnables.

Si la jurisprudence venue à sa connaissance est unanime, il appartiendra à l'autorité administrative qui entend se ménager le bénéfice d'une erreur invincible d'en suivre l'enseignement²²⁹. Lorsqu'en revanche, l'examen

jurisprudentiel révèle que des juridictions se sont prononcées en sens divers, l'attitude raisonnable requise d'elle nous paraît devoir conduire l'autorité, comme d'autres l'ont proposé dans un cadre comparable²³⁰, à privilégier l'enseignement émanant du plus haut degré de juridiction²³¹ et, à degré égal, la décision la plus récente.

Reste à cerner les conditions dans lesquelles une autorité administrative ne peut raisonnablement ignorer l'existence d'une décision rendue entre d'autres parties et, partant, l'étendue de l'investigation jurisprudentielle mise à sa charge. A cet égard, seules les décisions publiées sur le site internet d'une juridiction depuis au moins dix jours nous semblent, à ce jour²³², raisonnablement accessibles à toute administration²³³. En-dehors de

Bruxelles, Larcier, 1997, p. 60, n° 48). L'administration ne saurait être tenue d'anticiper une décision (in)validant une norme qui avait toujours été déclarée (il)légal jusque là.

²³⁰ D. RENDERS et J.-F. VAN DROOGHENBROECK, *in o. c.*, 2008, pp. 467-468, n° 17 ; D. RENDERS, « De l'erreur inaccessible à l'erreur inadmissible, en passant par l'erreur invincible », note sous Cass., 8 février 2008, *J.T.*, 2008, pp. 572-573, sp. n° 8. Dans une même veine, d'autres observent, à propos de l'obligation de l'auteur d'un acte incidemment déclaré irrégulier de rétablir la légalité, qu'« *il ne suffit pas qu'un juge de paix suppléant refuse d'appliquer un arrêté illégal pour qu'on conclue ipso facto qu'il est illégal, surtout si d'autres juridictions repoussent les exceptions d'illégalité qui leur sont présentées* » (M. LEROY, *o. c.*, 4^e éd., 2008, p. 483, nous soulignons).

²³¹ Si la structure hiérarchique du pouvoir judiciaire ainsi que le contrôle de principe confié au Conseil d'Etat sur les décisions des autres juridictions administratives permettent d'appliquer sans grande difficulté ce critère aux conflits surgissant dans ces limites, la résolution des divergences entre des décisions émanant d'organes contentieux relevant d'ordres juridictionnels distincts apparaît en revanche nettement plus délicate. Les divergences d'analyse entre la Cour de cassation et le Conseil d'Etat nous paraissent devoir être tranchées en faveur de la première. Par son article 158, la Constitution donne en effet une prééminence à la Cour de cassation dont, bien que limitée aux conflits d'attribution, on peut soutenir qu'elle rejait sur les décisions qu'elle rend (v. également D. RENDERS et J.-F. VAN DROOGHENBROECK, *in o. c.*, 2008, p. 467, n° 17, note 29 ; D. RENDERS, *o. c.*, *J.T.*, 2008, p. 557, n° 8, note 12). Aucun critère hiérarchique ne permet toutefois de résoudre les divergences entre les décisions des juridictions judiciaires de fond, d'une part, et de juridictions administratives autres que le Conseil d'Etat, d'autre part, pas plus d'ailleurs qu'entre décisions rendues par différentes juridictions administratives qui ne sont liées par aucune forme d'organisation. En ce cas, le critère temporel doit être appliqué, la décision la plus récente l'emportant. Par contre, l'autorité des décisions judiciaires de fond doit à notre sens céder devant celle des arrêts du Conseil d'Etat, juridiction spécialisée dans le contentieux administratif.

²³² On aperçoit ici tout l'intérêt d'une base de données centralisée reprenant les déclarations d'illégalité incidente contenues dans les décisions juridictionnelles rendues. Sur cette question, v. la contribution de M. NIHOUL dans le présent ouvrage.

²²⁷ Cette obligation s'impose à notre sens dès l'instant où l'autorité a pu prendre connaissance des motifs de la décision intervenue qui contiendrait une déclaration incidente d'illégalité, et partant dès réception du pli judiciaire lui notifiant cette décision.

²²⁸ Dans un arrêt récent, la Cour de cassation a certes estimé que la solution dégagée par le Conseil d'Etat à propos du même point de droit dans une autre cause n'empêchait pas les juges du fond de considérer que l'administration restait couverte par une ignorance invincible de l'illégalité de son action (Cass., 23 juin 2005, *Pas.*, 2005, n° 372). Cet arrêt concerne toutefois une espèce présentant la particularité que la décision du Conseil d'Etat intervenait après validation de l'action administrative litigieuse, et de l'interprétation sur laquelle elle reposait, par une décision rendue en référé qui retenait une interprétation différente de la disposition en cause et contre laquelle un pourvoi en cassation était pendu. Accueillant ce recours, la Cour mit ensuite à néant cet arrêt, se ralliant à l'interprétation qu'avait dégagée la Haute juridiction administrative. Dans le cadre de l'action en responsabilité qui s'ensuivit, la Cour de cassation considéra que les juges du fond pouvaient décider, en se fondant sur la controverse qui régnait quant à la portée de la disposition litigieuse et les critiques doctrinales dont avait fait l'objet l'arrêt du Conseil d'Etat, que l'autorité administrative ne commettait aucune faute en ne levant pas la mesure querellée avant la cassation de la décision qui l'avait admise.

²²⁹ L'autorité pourra alors se prévaloir de cette cause de justification même si la juridiction saisie ultérieurement apprécie dans un sens différent la légalité de l'acte litigieux. Le revirement ultérieur de jurisprudence constitue en effet une hypothèse classique d'application de l'erreur invincible de droit (J.-L. FAGNART, *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence (1985-1995)*, Dossiers du *J.T.*,

ces hypothèses, l'organe exécutif ne pourrait à notre sens se voir reprocher l'ignorance d'une décision intervenue entre des tiers²³⁴, à moins qu'un administré ne la lui soumette au préalable ou établisse que l'autorité en avait obtenu connaissance par d'autres biais.

Le dossier administratif, auquel auront été versées les décisions juridictionnelles sur lesquelles elle s'est fondée, pourra ainsi servir à évaluer si l'autorité administrative s'est correctement acquittée de ses devoirs à ces différents égards.

L'approche préconisée conduit certes à conférer à la déclaration d'illégalité incidente un effet proche de l'annulation *erga omnes*²³⁵. Elle présente néanmoins l'avantage d'imprimer une certaine cohérence à l'ordre juridique et, par là, d'œuvrer à la sécurité juridique. Du reste, l'auteur de l'acte déclaré incidemment illégal par une décision de justice où il était en cause et qu'il ne peut plus contester ayant à notre estime l'obligation, sauf circonstances particulières, de l'abroger²³⁶, la situation envisagée n'a en principe pas vocation à perdurer. Elle demeure ainsi relativement circonscrite en pratique.

33. La position de l'organe exécutif est assurément moins confortable lorsqu'aucune décision juridictionnelle raisonnablement accessible ne vient l'éclairer dans l'exercice de son contrôle de légalité.

En ce cas, l'administration devrait selon nous pouvoir exciper, dans l'examen qu'elle exerce de son propre chef, du caractère non manifeste de

²³³ D. RENDERS et J.-F. VAN DROOGHENBROECK, *in o. c.*, 2008, p. 468, n° 17 ; D. RENDERS, *o. c.*, *J.T.*, 2008, pp. 572-573, sp. n° 8.

²³⁴ D'autres évoquent encore l'hypothèse d'une décision « *abondamment publiée et commentée* » (Q. PEIFFER, *o. c.*, *J.L.M.B.*, 2008, p. 1089, n° 16). A notre sens, l'on ne saurait cependant raisonnablement attendre de tous les pouvoirs publics qu'ils acquièrent un accès et dépouillent systématiquement même les principales revues juridiques.

²³⁵ Dans ses conclusions préétablies précédant l'arrêt du 21 décembre 2007, le Ministère public relève ainsi que : « *Un arrêt préjudiciel ne s'impose qu'à des juridictions, et non aux autorités administratives ou aux particuliers. Il laisse subsister la norme dans l'ordre juridique, fût-elle inconstitutionnelle. Il en résulte que les autorités administratives doivent en principe continuer à appliquer la loi inconstitutionnelle. Une autre interprétation fondée sur la valeur persuasive d'un arrêt préjudiciel confère à celui-ci une autorité proche d'un arrêt d'annulation* » (concl. préc. Cass., 21 décembre 2007, *o. c.*, n° 2, nous soulignons).

²³⁶ V. *supra*, n° 26.

l'illégalité que le juge relève par la suite, afin d'être exonérée de la réparation du préjudice consécutif au défaut d'écartement de l'acte déclaré irrégulier. Partant, l'autorité ne serait en définitive tenue de n'élever d'initiative que les seules illégalités manifestes, mais peu importe alors leur gravité²³⁷. On peut songer ainsi à la méconnaissance de formalités substantielles qui s'imposaient sans conteste, tel le défaut de consultation de la section de législation du Conseil d'Etat, hors l'invocation d'une quelconque urgence²³⁸, alors que l'acte y était indubitablement soumis²³⁹.

²³⁷ L'hypothèse visée est dès lors plus large que l'inexistence d'un acte, qui requiert classiquement une illégalité non seulement manifeste mais également d'une particulière gravité (v. *supra*, n° 17 et les références citées en note 128). Récemment encore, le Conseil d'Etat a rappelé « *que ne peut être qualifié d'acte inexistant qu'un acte qui, soit ne constitue qu'une apparence d'acte administratif, soit est affecté d'une irrégularité particulièrement grave, au point "que chacun, dans le commerce juridique, peut aisément la discerner"*; qu'il y a lieu de déterminer, plus particulièrement, *s, aux yeux de son bénéficiaire, la décision était manifestement irrégulière ou devait du moins raisonnablement être tenue pour telle, compte tenu, d'une part, de la protection de la sécurité juridique du bénéficiaire et, d'autre part, de la circonstance que l'irrégularité commise est due aussi à la partie adverse* » (C.E., *s.a. Mobistar*, n° 123.480, 25 septembre 2003 ; v. également C.E., *Canvasse*, n° 58.170, 16 février 1996).

²³⁸ Est envisagée ici l'absence de toute motivation formelle (ou, sous le régime antérieur, de visa) de l'urgence dans le préambule, et non pas l'admissibilité de cette motivation, qui peut susciter de délicates questions d'appréciation.

²³⁹ Aux termes de l'article 3, § 1^{er} des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, sont seuls soumis, en ce qui concerne les actes administratifs, à l'avis de la section de législation, hors urgence spécialement motivée, les projets d'arrêtés royaux, communautaires et régionaux de nature réglementaire. Au sens de cette disposition, la portée réglementaire d'un acte revêt cependant une acception particulière, plus restreinte que d'ordinaire. Sur le champ d'application et la portée de l'obligation de consultation, v. not. Cass., 7 octobre 2004, *Pas.*, 2004, n° 465 et concl. contr. Av. gén. A. HENKES, sp. pp. 1505-1507, n° 16-20 ; *J.T.*, 2004, p. 858 ; R. ANDERSEN, « L'urgence et la section de législation du Conseil d'Etat », *T.B.P.*, 2000, pp. 7-11 ; A. CARRETTE, « De sancties wegens het ten onrechte niet inwinnen van het advies van de afdeling wetgeving van de Raad van State over een ontwerp van reglementair besluit en de gevolgen van het onwettig verklaren van het besluit van 17 juli 1984 houdende het vergunningsplichtig maken van sommige gebruikswijzigingen », note sous Anvers, 18 octobre 1999, *R.W.*, 2000-2001, pp. 1089-1093 ; M. VAN DAMME, « Het reglementair karakter van besluiten en de adviesbevoegdheid van de afdeling wetgeving van de Raad van State », in *Liber amicorum Robert Senelle*, Brugge, Die Keure, 1986, pp. 169-189. On notera également que le régime a évolué au cours du temps, mais que l'obligation de motivation spéciale de l'urgence alléguée s'impose depuis le 1^{er} octobre 1980, date d'entrée en vigueur de la loi ordinaire de réformes institutionnelles du 9 août 1980, dont l'article 18 a modifié l'article 3 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat. Avant cette date, l'urgence invoquée devait uniquement être visée dans le préambule de l'acte réglementaire.

Ne commettrait en revanche pas de faute l'administration qui omet de déceler de son propre chef une illégalité dont elle peut établir le caractère non flagrant. La responsabilité d'un organe exécutif ne pourrait à notre sens être mise en cause, à raison de l'application d'un acte entaché d'une irrégularité non manifeste, que si l'illégalité en définitive retenue avait été soulevée devant lui au cours de l'élaboration de son acte, par exemple dans le cadre d'une audition préalable du destinataire de la décision envisagée²⁴⁰, d'une demande tendant à l'obtention d'un acte permissif ou encore des dispositifs impliquant une participation du public telle l'enquête publique en matière d'environnement ou d'aménagement du territoire et d'urbanisme²⁴¹.

Quoique sa décision, relevant déjà d'un contrôle marginal²⁴², repose sur une pluralité de considérations qui rend malaisé d'en dégager un enseignement définitif, un récent arrêt de la Cour de cassation du 8 février 2008 paraît s'inscrire en ce sens²⁴³. La Haute juridiction judiciaire y admet en effet qu'une erreur invincible exonérant l'autorité administrative de toute responsabilité du chef de l'application de l'une de ses décisions irrégulières²⁴⁴, puisse légalement se déduire, parmi d'autres circonstances, de l'« absence de protestation du demandeur contre [cette] décision ». La

²⁴⁰ Sont ainsi spécialement concernées les matières où s'impose le respect des droits de la défense ou de principe d'équitable procédure exprimé par l'adage *audi alteram partem*. Sur ces notions et leur champ d'application respectifs, v. les références citées *supra*, en note 82.

²⁴¹ Sur cette question, v. récemment B. JADOT, « Les cas dans lesquels une enquête publique doit être organisée en matière d'urbanisme et d'environnement : l'inexorable évolution », in *La participation du public au processus de décision en matière d'environnement et d'urbanisme*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 81-158 ; M. DELNOY, *La participation du public en droit de l'urbanisme et de l'environnement*, Bruxelles, Larcier, 2007.

²⁴² V. *supra*, n° 31, sp. note 222.

²⁴³ Cass., 8 février 2008, *Pas.*, 2008, n° 96, précité.

²⁴⁴ La responsabilité de l'autorité était en l'espèce mise en cause par un agent congédié ensuite du caractère non probant d'un stage irrégulièrement imposé puis prolongé. Le Conseil d'Etat avait annulé cette décision mettant un terme aux fonctions de cet agent sur pied précisément de l'irrégularité de ces décisions antérieures, qui s'inscrivaient dans le cadre d'une opération complexe dont l'acte entrepris constituait l'aboutissement (C.E., *Vignol*, n° 73.635, 13 mai 1998 ; sur la notion d'opération (administrative) complexe et ses implications, spécialement en termes de recevabilité de la contestation incidente d'actes pourtant individuels non entrepris directement, alors même qu'ils causent par eux-mêmes grief, v. la contribution de F.-X. BARCENA dans cet ouvrage).

solution retenue a fait l'objet de critiques fondées essentiellement sur la connaissance absolue de la loi que l'on doit pouvoir attendre de l'administration²⁴⁵. Cette approche conduit cependant à exclure par principe toute erreur invincible dans le silence de la jurisprudence existante et raisonnablement accessible, position qui nous paraît excessivement rigoureuse dans le cadre d'un examen de la légalité d'actes antérieurs²⁴⁶ et partant peu heureuse.

Une fois le problème décelé, l'autorité administrative appelée à se prononcer, en l'absence de précédent jurisprudentiel connu, sur la validité des actes régissant son action supporte certes encore le risque d'une appréciation différente du juge qui serait ultérieurement saisi de la question et de la responsabilité qui en découle²⁴⁷⁻²⁴⁸.

La personne qui se verrait reprocher la mise en œuvre d'un acte irrégulier

²⁴⁵ D. RENDERS, *o. c.*, *J.T.*, 2008, p. 572, sp. n° 7. Cet auteur restreint le champ d'application de l'erreur invincible, à côté de l'hypothèse de la loi rétroactive ou interprétative, aux situations de revirement ou de controverse jurisprudentiels.

²⁴⁶ La réflexion répond à la préoccupation exprimée par T. BOMBOIS qui souligne, dans le contexte du droit communautaire, que l'administration supporte au titre du contrôle de légalité une obligation plus lourde que le juge, qui n'est pas en soi tenu d'élever d'office une méconnaissance des règles communautaires (T. BOMBOIS, *o. c.*, *J.T.*, 2009, p. 174, n° 15 *in fine*). Cette observation ne peut du reste être transposée comme telle en droit interne, notamment dans la mesure où l'article 159 de la Constitution institue une obligation à charge du juge qui lui impose, du moins selon la Cour de cassation, de censurer, au besoin même de sa propre initiative, toute irrégularité entachant l'acte administratif à appliquer (sur cette question, v. la contribution de B. LOMBAERT dans le présent ouvrage).

²⁴⁷ Le propos vise l'ensemble des cas où le juge infirme le résultat de l'examen de légalité auquel a procédé l'autorité, qu'elle ait écarté ou au contraire retenu l'acte (ir)régulier.

²⁴⁸ Comme relevé ci-dessus (*supra*, n° 21), une portée déclarative s'attache en effet traditionnellement à toute décision juridictionnelle. La Cour de cassation a récemment encore confirmé cette analyse. Au redevable qui faisait valoir que l'illégalité des décisions d'imposition litigieuses, que l'arrêt attaqué lui reprochait de n'avoir pas dénoncé par l'exercice des voies de recours, « a été révélée par la prononciation [ultérieure] de l'arrêt de la cour d'appel de Liège », elle a en effet opposé que « [d]e la circonstance que la contrariété au droit communautaire de la taxe litigieuse n'aurait pour la première fois été constatée que par la décision judiciaire [visée], il ne se déduit pas que la faute consistant en cette violation du droit communautaire par le règlement établissant cette taxe ne serait apparue qu'après l'expiration du délai dans lequel devait, s'agissant des exercices d'imposition antérieurs, être exercé le recours fiscal ouvert à la demanderesse » (Cass., 23 juin 2008, *Pas.*, 2008, n° 389 et concl. conf. Av. gén. P. DE KOSTER ; *R.A.B.G.*, 2009, p. 629, note C. HENDRICKX, « Hof van Cassatie : bij gebrek aan tijdig bezwaar, geen buitencontractuele aansprakelijkheid in hoofde van overheid »).

adopté par un tiers qu'elle avait le pouvoir d'écarter²⁴⁹, peut néanmoins assigner l'auteur de cet acte à contribuer à la réparation des suites dommageables de son application, dans le cadre d'un partage de responsabilités²⁵⁰. La faute consistant dans l'adoption de l'acte irrégulier a en effet concouru au dommage qu'a causé son exécution et peut dès lors engager la responsabilité de son auteur, du moins tant que cette action ne s'est pas éteinte par prescription²⁵¹. Dans une situation de réel doute quant à

la légalité de l'acte émanant d'un tiers, cette faculté incitera en pratique souvent l'administration à privilégier la mise en œuvre de cet acte plutôt que son écartement puisqu'en cas d'erreur, elle pourra s'adjoindre un second débiteur qui supportera, au moins partiellement, le préjudice qui s'ensuit²⁵².

²⁴⁹ On songe bien entendu en premier lieu aux cas dans lesquels un administré allègue l'illégalité d'une décision dont la (l'in)compatibilité avec les règles supérieures prête à discussion. Le propos est cependant transposable, du moins dans son principe, aux hypothèses d'illégalité manifeste.

²⁵⁰ A propos du régime de partage de responsabilité en cas de fautes concurrentes et des critères de répartition de la charge de la réparation entre les coresponsables, v. récemment P.-A. FORIERS, « Observations sur les arrêts de la Cour de cassation des 28 avril 2006 et 4 février 2008 ou les limites des raisonnements techniques en droit », in *Liber amicorum Jean-Luc Fagnart*, Bruxelles, Bruylant-Anthemis, 2008, pp. 515-526, sp. pp. 524-526, n^{os} 6-9 ; v. également L. CORNELIS, « Le partage des responsabilités en matière aquilienne », note sous Cass., 29 janvier 1988, *R.C.J.B.*, 1993, pp. 320-341 ; R. DEKKERS, A. VERBEKE, N. CARETTE et K. VANHOVE, *Handboek burgerlijk recht. Deel III. Verbintenissen – Bewijsleer – Gebruikelijke contracten*, Anvers, Intersentia, 2007, n^o 256 ; W. VAN GERVEN et S. COVEMAEKER, *Vebintenissenrecht*, Louvain, Acco, 2001, p. 282, a).

²⁵¹ Le mécanisme de la prescription s'opposera en effet à toute mise en cause de la responsabilité – concurrente – de l'auteur d'un acte illégal datant de plus de vingt ans, en application de l'article 2262bis du Code civil, ou, s'il trouve à s'appliquer, formée hors du délai quinquennal de l'article 100 des lois coordonnées relatives à la comptabilité de l'Etat, celui-ci courant cependant à dater du 1^{er} janvier de l'année où le dommage survient ou devient raisonnablement prévisible (Cass., 20 décembre 2007, R.G. n^o C.06.0385.N. Ce régime particulier n'est cependant applicable qu'à certaines personnes, à savoir l'Etat, les communautés, les régions et les provinces, et est appelé (sauf pour les provinces, non visées par inadvertance) à disparaître au profit du rétablissement du droit commun dès l'entrée en vigueur des lois des 16 et 22 mai 2003 portant respectivement les dispositions générales applicables aux budgets, au contrôle des subventions et à la comptabilité des communautés et des régions, ainsi qu'à l'organisation du contrôle de la Cour des comptes et organisation du budget et de la comptabilité de l'Etat fédéral, qui a cependant été différée à de nombreuses reprises (sur ce régime, son champ d'application et la situation transitoire issue des réformes, v. P. FLAMEY et K. WAUTERS, « De verjaring van rechtsvorderingen inzake overheidsopdrachten », *R.W.*, 1999-2000, pp. 33-43 ; M. KAISER, « La prescription des dettes et des créances des pouvoirs publics : un domaine en pleine mutation », *A.P.T.*, 2004, pp. 119-162 et « La prescription de l'action en responsabilité civile extracontractuelle contre un pouvoir public : la mutation permanente ? », *R.G.A.R.*, 2009, n^o 14.562 ; D. MERTENS, « De verjaring van schuldvorderingen t.a.v. de overheid : terug naar start, U ontvangt geen geld », obs. sous Cass., 14 avril 2003, *R.W.*, 2003-2004, pp. 461-463 ; M. NIHOUL, « A propos de l'inégalité des autorités publiques en matière de prescription », *C.D.P.K.*, 2006, pp. 707-713).

34. Dans la conception développée, une autorité administrative peut être amenée à devoir se pencher, même hors l'hypothèse d'une irrégularité manifeste et grossière, sur la légalité d'un acte individuel non entrepris directement, avec, comme souligné plus haut²⁵³, toute la difficulté de définir l'attitude à adopter, eu égard à la conception divergente des juridictions pouvant connaître de son bien-fondé. Bien qu'abstraitement elle n'y soit pas limitée, la question se pose avec une acuité particulière²⁵⁴ lorsque l'acte en cause ouvre des droits à son destinataire ou, de manière dérivée²⁵⁵, à des tiers et que, du moins à suivre le juge de l'excès de pouvoir, son auteur ne pourrait pas même le retirer hors des conditions de

Spécialement au regard du droit commun de l'article 2262bis du Code civil (eu égard au délai de forclusion prévu), cette articulation des tâches peut certes conduire à des situations dans lesquelles l'autorité exécutante est tenue à réparation sans plus disposer d'une action récursoire contre l'auteur de l'acte illégal qu'elle a fautivement appliqué et, partant, à un transfert intégral de la charge d'une appréciation incorrecte de la légalité d'un acte sur une autorité qui n'en est pas l'instigatrice. Toute autre approche délaisse cependant à l'administré poursuivant le rétablissement de la légalité supérieure les conséquences de sa méconnaissance, ce qui ne nous paraît pas plus acceptable. Du reste, l'autorité qui craindrait ce cas de figure pourrait encore interroger l'auteur de l'acte sur la question de la légalité qu'elle est amenée à examiner, en vue de se ménager une possibilité d'impliquer ce dernier dans la réparation du préjudice découlant de son application fautive.

²⁵² A l'évidence, l'analyse dépendra également d'une évaluation suivie d'une mise en balance des préjudices qui découleraient respectivement de l'application de l'acte et de son écartement.

²⁵³ V. *supra*, n^o 28.

²⁵⁴ Sur le plan des principes, l'on aperçoit en effet difficilement comment un tiers pourrait critiquer le sort fait à un acte dans lequel il ne puise aucun (dés)avantage et dont, partant, l'écartement ou à l'inverse le maintien ne sont source d'aucun grief ni préjudice dans son chef.

²⁵⁵ Le Conseil d'Etat a ainsi déjà décidé qu'un permis assorti de conditions d'exploitation fait naître au profit de tiers des droits au respect de ces conditions, en sorte qu'il ne peut être retiré que dans les limites de la théorie du retrait (C.E., *Luyckx en Tilckens*, n^o 160.831, 29 juin 2006 ; C.E., *Luyckx en Tilckens*, n^o 175.648, 11 octobre 2007, sol. impl. ; v. également C.E., *Van Kerckhove*, n^o 25.111, 7 mars 1985). Un autre arrêt considère cependant que la décision de maintenir une personne dans son affectation ne crée de droits qu'au seul profit de son destinataire à l'exclusion de tiers (C.E., *Claessens*, n^o 102.339, 21 décembre 2001).

délai strictes en pratique rarement rencontrées²⁵⁶. L'autorité administrative doit-elle en ce cas privilégier l'intangibilité des droits dont la privation même ponctuelle est source de préjudice, dans le fil de l'enseignement de la Haute juridiction administrative, ou au contraire restaurer la légalité, conformément à la mission de tout temps que la Cour de cassation assigne à l'article 159 de la Constitution ?

Cette dernière a eu à se prononcer récemment sur une décision opérant une élégante conciliation des positions au moyen des principes régissant la responsabilité civile²⁵⁷. Par un arrêt du 25 juin 2004, la Cour d'appel de Liège a en effet décidé que, sauf impossibilité non démontrée de ce faire, le défaut de contestation directe, dans les délais prévus à cet effet, des décisions d'enrôlement fondées sur un règlement ultérieurement déclaré illégal, excluait tout lien causal entre l'enrôlement fautif parce qu'irrégulier et le préjudice consistant en l'acquiescement de ces sommes²⁵⁸, et s'oppose

²⁵⁶ La décision en cause n'ayant pas été attaquée directement, par hypothèse, son auteur ne peut dès lors invoquer l'irrégularité qui l'affecte pour la retirer que dans le bref délai de recours contentieux. Plusieurs arrêts récents considèrent néanmoins que ce délai court, à l'égard de cette autorité, dès l'adoption de l'acte (C.E., *Brzozowski*, n° 191.190, 9 mars 2009 ; C.E., *Materne*, n° 192.104, 1^{er} avril 2009 ; C.E., *El Habachi*, n° 192.105, 1^{er} avril 2009 ; C.E., *Saadi*, n° 192.106, 1^{er} avril 2009 ; C.E., *Goslar*, n° 193.418, 19 mai 2009), ce qui favorise certes la clarté mais découple cependant le point de départ du délai de retrait et du délai de recours contentieux, sur lequel la Haute juridiction administrative fonde pourtant la théorie de l'intangibilité des droits acquis (sur cette question, v. M. NIHOUL, « A propos du fondement de la théorie du retrait des actes administratifs et du délai de retrait », note sous C.E., *Goslar*, n° 193.418, 19 mai 2009, *C.D.P.K.*, 2009, pp. 281-290, sp. pp. 288-289). Cette évolution démontre que ladite théorie prétorienne s'appuie en réalité bien plus sur un principe général autonome de sécurité juridique que sur une expiration des délais de recours direct en tant que telle.

²⁵⁷ Sur cette question, v. également la contribution de J.-F. LECLERCQ et D. DE ROY dans le présent ouvrage, sp. n° 26.

²⁵⁸ Assez étrangement, la Cour d'appel n'avait pas, comme il convenait à notre sens, conclu à une absence de lien causal en raison de la négligence du redevable de satisfaire à l'obligation d'exercer les voies de recours mises à sa disposition, mais, s'inspirant par là d'un précédent arrêt de la Cour de cassation relatif à l'expiration des délais d'enrôlement d'un impôt (Cass., 8 septembre 1999, *Pas.*, 1999, I, n° 441), s'était placée sur le terrain de la rupture de ce lien par interposition d'une cause juridique propre située dans la disposition organique de ces recours. Cette conception, qui veut que l'obligation conventionnelle, légale ou réglementaire déclenchée par la faute d'un tiers, constitue une cause juridique propre qui vient s'interposer entre le préjudice résultant de son exécution et le fait fautif, rompant par là tout lien de causalité entre ces éléments (H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, T. II, 3^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1964, pp. 972-975, n° 962 A ; pour une analyse critique, v. F. GLANSDORFF et C. DALCQ, « Les derniers avatars de la théorie de la rupture du lien

partant à la réparation que postulait le contribuable. La Cour de cassation rejeta le pourvoi qui soutenait notamment, en la première branche du deuxième moyen, que les juges d'appel avaient, dans l'exercice de leur pouvoir d'appréciation, méconnu la notion légale de cause²⁵⁹, en relevant à

de causalité par l'intervention d'une cause juridique propre », *R.C.J.B.*, 1989, sp. pp. 641-642, n° 4 ; M. VAN QUICKENBORNE, « L'incidence d'une cause juridique propre sur la relation de cause à effet et sur le dommage en matière de responsabilité civile », note sous Cass., 9 mars 1984 et 28 juin 1984, *R.C.J.B.*, 1986, pp. 659-665, n° 3-8), avait cependant déjà été abandonnée par la Cour de cassation au profit d'une approche centrée sur le caractère réparable du dommage, qui commande de rechercher si la prestation à intervenir doit ou non rester définitivement à charge de celui qui s'y est obligé ou qui doit l'exécuter en vertu de la loi ou du règlement (Cass., 19 février 2001, *Pas.*, 2001, n° 97-100 ; Cass., 20 février 2001, *Pas.*, 2001, n° 101 ; v. encore récemment Cass., 9 avril 2003, *Pas.*, 2003, n° 235 ; Cass., 16 janvier 2006, *Pas.*, 2006, n° 36 ; Cass., 27 novembre 2007, *NjW*, 2008, p. 594 et note I. BOONE, « Uitvoering van een contractuele verbintenis ingevolge een misdrijf » ; R. MARCHETTI, « La nouvelle jurisprudence de la Cour de cassation en matière de lien de causalité : la fin de la rupture du lien causal par une cause juridique propre ? », note sous Civ. Liège, 18 mai 2004, *R.G.D.C.*, 2005, pp. 199-208 ; A. PÜTZ, « Les frais générés par l'intervention des services d'incendie des villes et communes : un préjudice réparable ? », note sous J.P. Eupen, 20 avril 2005, *J.J.P.*, 2008, pp. 278-285). En particulier, un arrêt décide ainsi en termes nets « que la circonstance que l'autorité est statutairement tenue de payer une rémunération à ses agents est étrangère à la question s'il existe un lien de causalité entre la faute commise par un tiers et le dommage résultant pour l'autorité de la circonstance qu'elle doit continuer à payer une rémunération sans bénéficier de contrepartie » (Cass., 19 février 2001, *Pas.*, 2001, n° 99). En réponse aux griefs qu'élevait sur ces points le pourvoi formé par le redevable, la Cour de cassation a cependant estimé, réinterprétant par là l'arrêt attaqué, que les considérations qui y sont retenues « justifie[nt] [...] légalement sa décision qu'il n'y a entre la faute et le dommage allégué pas de lien de causalité », tout en précisant « qu'il ressort des dispositions [organiques des recours fiscaux non exercés] qu'en l'absence de recours du contribuable contre l'enrôlement d'un impôt ou d'une taxe, ceux-ci doivent, l'imposition se fit-elle sur la base d'une disposition contraire à une norme supérieure, définitivement rester à la charge du contribuable » (Cass., 23 juin 2008, *Pas.*, 2008, n° 389, précité).

²⁵⁹ Si la portée des décisions de la Cour sont tributaires tant des griefs qui lui sont soumis que de la décision déferée à sa censure, la demanderesse faisait néanmoins valoir que « sous l'apparence d'une appréciation du lien de causalité entre la faute et le dommage, la cour d'appel a ajouté en réalité une condition supplémentaire à la mise en cause de la responsabilité des pouvoirs publics, étant l'intentement, dans les délais légaux, des recours juridictionnels ouverts contre l'acte constitutif de faute » et encore qu'« [e]n décidant que l'abstention, par la demanderesse, d'exercer les recours juridictionnels ouverts contre les décisions d'imposition litigieuses rompt le lien de causalité entre la faute et le dommage allégués et empêche, en conséquence, la constatation de la responsabilité des défenderesses, l'arrêt attaqué fait une application erronée de la notion légale de cause ». Quand bien même, comme déjà relevé, le contrôle qu'opère la Cour sur l'appréciation que font les juges du fond d'une notion légale revêt un caractère marginal, il peut dès lors à tout le moins se déduire de

cet égard que « l'arrêt attaqué, qui [sur la base des constatations qu'il énonce] se limite à écarter l'existence d'un lien de causalité entre la faute alléguée et le dommage prétendu, sans tenir l'exercice d'un recours fiscal pour une condition distincte de la mise en cause de la responsabilité des pouvoirs publics du fait de l'adoption d'une taxe contraire au droit communautaire, ne viole aucune des dispositions constitutionnelles et légales visées »²⁶⁰.

En dépit des interrogations nouvelles qu'elle suscite²⁶¹⁻²⁶², la solution dégagée par la décision de fond doit à notre sens être approuvée, et peut être étendue à la question de la responsabilité d'une autorité appliquant un acte individuel illégal émanant d'un tiers.

L'analyse sous l'angle du lien de causalité ne rencontre cependant que certaines des situations pouvant se présenter, et concerne principalement le destinataire de l'acte et les tiers immédiatement affectés. Elle ne peut toutefois s'appliquer à l'administré qui négligerait d'attaquer un acte qui ne lui cause aucun grief au moment où il en prend connaissance mais qui viendrait l'affecter négativement par la suite, en raison de circonstances nouvelles. On peut ainsi songer à l'agent qui entre en concurrence avec un autre fonctionnaire, irrégulièrement désigné ou promu dans son service

sa décision que cet élément n'est pas étranger à la question du lien causal devant unir la faute alléguée au préjudice vanté.

²⁶⁰ Cass., 23 juin 2008, *Pas.*, 2008, n° 389, précité.

²⁶¹ J.-F. LECLERCQ et D. DE ROY relèvent, dans leur contribution au présent ouvrage, qu'il peut paraître « paradoxal d'admettre que l'illégalité d'un acte administratif peut être invoquée sans limite de temps – et nonobstant l'expiration des délais de recours direct – et de permettre ainsi d'établir la faute de l'administration, tout en décidant que le défaut de recours dans ces mêmes délais provoque une rupture du lien de causalité ruinant les chances de succès de l'action » (n° 26). La problématique ne nous semble toutefois pas se poser en des termes fondamentalement différents, même si à un degré moindre, en cas de prescription de l'action en réparation du préjudice qu'a causé, par son application, l'acte – notamment réglementaire – irrégulier et que l'écartement opéré par le juge ne suffit pas à redresser (v. *mutatis mutandis supra*, n° 33, sp. note 251).

²⁶² Eu égard à sa portée générale, cette approche pourrait par ailleurs conduire à exclure également tout lien de causalité en cas d'application d'un règlement ou d'une norme de rang législatif non entrepris(c). Toutefois, des décisions individuelles affectent directement la situation de leur destinataire voire même parfois de certains tiers, là où les actes réglementaires ou législatifs régissent abstraitement des circonstances qui ne concernent pas nécessairement les administrés en cause au moment de leur adoption. Cette distinction peut à notre sens justifier un traitement différent des situations, sous l'angle de la causalité, du défaut de recours direct contre ces deux types d'actes.

plusieurs années auparavant.

À notre sens, deux possibilités s'offrent dès lors. Une autorité administrative est en principe fondée à refuser d'écarter un acte individuel que la personne sollicitant sa non application²⁶³ n'a pas entrepris²⁶⁴⁻²⁶⁵. L'organe exécutif saisi ne pourrait, par exception, être amené à en examiner la régularité que si cet administré peut établir que la décision ne l'affectait pas négativement au moment où elle lui a été notifiée ou, à défaut, où il a en a eu connaissance.

Cette exception affaiblit assurément la protection conférée aux droits que ces décisions ouvrent à des tiers. Certains auteurs ont cependant observé que le régime du retrait, qui poursuit également un tel objectif et avec lequel l'exception d'illégalité entretient des liens étroits²⁶⁶, se concilie mal avec l'article 159 de la Constitution²⁶⁷⁻²⁶⁸. Du reste, il se conçoit difficilement de priver une personne du bénéfice d'un rétablissement de la légalité pour n'avoir pas exercé des recours qui ne lui étaient en réalité pas ouverts, faute d'intérêt à agir²⁶⁹.

²⁶³ Une autorité administrative n'a dès lors à notre sens pas à se soucier du recours, même soulevé devant elle, formé par un tiers, malgré la portée absolue et rétroactive de l'éventuelle mise à néant qui pourrait s'ensuivre.

²⁶⁴ L'administré qui élève l'irrégularité d'une décision antérieure en a en effet nécessairement connaissance, de sorte qu'il pouvait, voire peut encore si tel vient d'être le cas, diriger un recours contre celle-ci et que l'autorité administrative peut refuser de procéder à un examen de légalité lorsque les délais de recours sont expirés ou, à défaut, tant qu'il ne démontre pas l'avoir fait.

²⁶⁵ En revanche, l'autorité administrative pourrait de la sorte devoir se prononcer sur la régularité d'une décision avant l'instance de recours saisie par l'administré.

²⁶⁶ V. *supra*, n° 18, sp. note 131.

²⁶⁷ P. GOFFAUX, *o. c.*, 2006, p. 245 ; D. LAGASSE, *o. c.*, *R.C.J.B.*, 2000, p. 282, n° 15.

²⁶⁸ Cette solution revient également, dans la mesure où un choix s'imposait, à préférer l'approche développée par la Cour de cassation à celle que retient la Haute juridiction administrative, conformément aux critères exposés plus haut (v. *supra*, n° 32, sp. note 231).

²⁶⁹ À cet égard, la Cour d'appel de Liège avait, dans son arrêt précité du 25 juin 2004, pris soin de constater, pour conclure à l'absence de lien causal ensuite du défaut de recours direct, « qu'il n'y avait pas en l'espèce d'impossibilité pour [le contribuable] d'introduire un recours fiscal valablement motivé en temps utile ». La Cour de cassation épingla également cet élément pour rejeter le (deuxième) moyen, critiquant la légalité de la décision d'écarter le lien de causalité (Cass., 23 juin 2008, *Pas.*, 2008, n° 389, précité). L'absence d'intérêt à agir pendant l'écoulement du délai et, partant, de toute faculté d'introduire utilement un recours doit, à notre sens, s'analyser en une

III. L'EXCEPTION D'ILLEGALITE ET LE PARTICULIER

35. L'on peut, enfin, se demander dans quelle mesure les principes dégagés ci-dessus peuvent être transposés au particulier. Nous pensons pouvoir avancer certains éléments de réflexion à cet égard.

L'administré n'étant pas tenu, dans les mêmes termes que l'administration, au respect de la légalité dès lors qu'il dispose librement des prérogatives qu'il tire de la loi, sous la réserve de l'ordre public, des bonnes mœurs et des dispositions impératives, ces deux catégories de personnes ne se trouvent pas dans des situations comparables sous l'angle envisagé. Il ne se justifie dès lors pas, à notre estime, de contraindre le particulier à dénoncer toute illégalité, même celle qui servirait ses intérêts. Du reste, si la méconnaissance de la disposition ou de l'acte concerné était assortie de sanctions pénales²⁷⁰, un tel devoir pourrait porter atteinte au droit au silence du justiciable ainsi qu'à la faculté qui en dérive de ne pas contribuer à sa propre incrimination²⁷¹.

impossibilité s'opposant à une exclusion du lien causal en raison de l'abstention de l'administré.

²⁷⁰ Voir même administratives, mais qui revêtraient un caractère pénal au sens autonome de la Convention européenne des droits de l'Homme. Sur la portée de la notion et les critères qui déterminent cette qualification, lorsque le droit interne ne confère pas cette nature à la mesure en cause, v. not. A. ALEN, « Naar een betere rechtsbescherming inzake administratieve geldboeten na de koerswijziging van het Hof van Cassatie in zijn arresten van 5 februari 1999 », *R.W.*, 1999-2000, pp. 630-633, n^{os} 2-13 ; T. BOMBOIS et D. DEOM, *in o. c.*, 2007, pp. 101-128, n^{os} 90-126 ; S. VAN DROOGHENBROECK, *o. c.*, *Rev. dr. Liège*, 2005, pp. 469-474.

²⁷¹ Sur cette question, v. entre autres : P. DE HERT, « Art. 6 § 2 EVRM », *in Handboek EVRM. T. 2. Artikelsgewijze commentaar, o. c.*, 2004, pp. 561-572 et 577-582, n^{os} 288-295 et 300-304 ; O. DE SCHUTTER et S. VAN DROOGHENBROECK, *Droit international des droits de l'homme devant le juge national*, Bruxelles, Larcier, 1999, pp. 182-184 ; F. KUTY, *Justice pénale et procès équitable. T. 2. Délai raisonnable – Présomption d'innocence – Droits spécifiques du prévenu*, Bruxelles, Larcier, 2006, pp. 279-328 ; F. SUDRE, *o. c.*, 2008, pp. 426-428, n^{os} 219/1. La Cour européenne des droits de l'Homme a encore récemment rappelé que le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination et le droit de garder le silence « sont des normes internationales généralement reconnues qui sont au cœur de la notion de procès équitable » et s'opposent à ce que les éléments de preuve de faits infractionnels soient recueillis « au mépris de la volonté de l'accusé » (C.E.D.H. (gde ch.), *Jalloh c. Allemagne*, 11 juillet 2006, point 100 ; C.E.D.H. (gde ch.), *Bykov c. Russie*, 10 mars 2009, point 92). Dans une autre affaire, la Cour a estimé que l'obligation de se soumettre à un interrogatoire d'enquête pouvait méconnaître les droits en cause et confirmé, à cette occasion, que

36. Reste à examiner si l'administré pourrait, en revanche, arguer de l'irrégularité d'un acte, notamment administratif, pour refuser de donner suite à celui-ci ainsi qu'aux injonctions qu'il contient, et anticiper ainsi, au même titre que l'administration, sur une – éventuelle – censure juridictionnelle future. *A priori*, le privilège du préalable paraît s'y opposer. Ce principe veut en effet qu'un acte administratif doive être exécuté jusqu'à sa suspension, son annulation ou son invalidation²⁷².

Pourtant, la Cour de cassation a déjà considéré, élevant d'ailleurs d'office la question²⁷³, que le titulaire d'un permis d'environnement ne pouvait être pénalement condamné du chef d'avoir enfreint une condition d'exploitation illégale, le juge devant alors déclarer celle-ci « non contraignante »²⁷⁴. Par analogie avec l'administration, la même solution nous paraît s'imposer en matière de responsabilité civile. Dans ces circonstances, le particulier qui ignorerait un acte effectivement illégal n'encourt pas de sanction à prononcer par le juge, puisqu'il pourrait toujours exciper devant celui-ci de l'illégalité de cet acte afin de s'exonérer²⁷⁵, à ses risques et périls toutefois.

En définitive, la seule question qui se pose dès lors réellement, à notre sens, consiste à déterminer si un particulier est admissible à contester les mesures

ces principes trouvaient à s'appliquer même en l'absence de poursuites pénales déjà engagées (C.E.D.H., *Shannon c. Royaume-Uni*, 4 octobre 2005, points 38-40).

²⁷² Pour une analyse critique de cette notion et de sa portée, v. M. NIHOUL, *o. c.*, 2001, sp. pp. 161-178, 310-361 et 387-404, n^{os} 119-130, 243-279 et 298-307.

²⁷³ Comme, à la différence de presque tous les autres domaines du droit, elle s'en reconnaît le pouvoir en matière répressive même sur pourvoi n'émanant pas de son Procureur général (P. GERARD et M. GREGOIRE, *o. c.*, 1999, p. 112 ; R. DECLERCQ, v^o Cassation en matière répressive, *R.P.D.B.*, compl. T. IX, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 243-253, n^{os} 473-492). Pour une analyse critique de la question, v. G. CLOSSET-MARCHAL, J.-F. VAN DROOGHENBROECK, S. UHLIG et A. DECROËS, *o. c.*, 2006, pp. 375-381, n^o 358.

²⁷⁴ Cass., 9 novembre 1999, *Pas.*, 1999, I, n^o 595.

²⁷⁵ Le propos doit certes être nuancé dans certaines situations particulières qui ne concernent toutefois pas à proprement parler des administrés, telles les forces armées ou plus largement – mais dans une mesure différente – la fonction publique, où des exigences d'efficacité immédiate doivent en principe l'emporter (sur la relation et la conciliation entre l'exigence de légalité et le devoir d'obéissance commandé par objectifs d'efficacité de l'action des autorités, v. not. B. LOMBAERT, « Ordre illégal et obéissance hiérarchique dans le droit disciplinaire de la fonction publique », *J.T.*, 1998, pp. 265-272 ; du même auteur, « Discipline à l'armée, ordre illégal et vie privée », *Rev. trim. D.H.*, 1996, pp. 303-313).

coercitives, notamment les sanctions administratives²⁷⁶, que l'autorité prendrait à son égard, dans l'intervalle²⁷⁷, pour n'avoir pas donné suite à un ordre antérieur. Le point est assurément délicat.

Le Conseil d'Etat s'est prononcé sur une telle question dans des affaires concernant certes une autorité administrative mais placée dans une position subordonnée, qui n'est pas sans lien avec l'image que l'on veut donner de l'administré. En l'espèce, une commune avait refusé de réintégrer l'agent qu'elle avait démis par une décision censurée entretemps par l'autorité de tutelle, en alléguant l'illégalité de l'intervention de celle-ci, qui était par ailleurs entreprise devant le Conseil d'Etat. L'autorité de tutelle avait également mis à néant ce refus de réintégration. En fin de compte, la Haute juridiction administrative a jugé que la commune ne justifie pas de l'intérêt légalement requis pour contester cette seconde décision, quand bien même la première était effectivement illégale et avait été attaquée devant lui²⁷⁸.

²⁷⁶ Pour une analyse approfondie de cette matière et des mécanismes de répression administrative dans différentes branches du droit public, v. R. ANDERSEN, D. DEOM et D. RENDERS (dir.), *Les sanctions administratives*, Bruxelles, Bruylant, 2007.

²⁷⁷ Et donc avant que le juge de l'excès de pouvoir, saisi d'un recours contre l'acte initial, ne se soit prononcé sur sa régularité. Pour pouvoir prétendre à cette forme de réparation en nature, le particulier nous paraît cependant devoir, comme dans l'hypothèse – examinée plus haut – où une autorité donne exécution à une décision illégale d'un tiers, avoir attaqué directement cet acte dans le délai des recours qui s'offrent à lui (v. *supra*, n° 34).

²⁷⁸ La Haute juridiction a en effet estimé, en termes particulièrement incisifs, « *dat het door de Grondwet gevestigd beginsel van het administratief toezicht op territoriaal gedecentraliseerde besturen -thans artikel 162, 6°, van de Grondwet- er zich tegen verzet dat een gemeente, wanneer zij geconfronteerd wordt met een beslissing van de toezichthoudende overheid die zij -subjectief- onwettig acht, die onwettigheid aangrijpt om eigener gezag de beslissing van de toezichthoudende overheid naast zich neer te leggen en om met een nieuwe beslissing een gelijk of gelijkwaardig effect te verwezenlijken als datgene wat de toezichthoudende overheid met haar besluit verhinderd heeft; dat de gemeente zich met alle mogelijke rechtsmiddelen mag verzetten tegen de inperking van de autonomie die zij in het optreden van de toezichthoudende overheid ervaart, maar dat 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 toezichthoudende overheid mag verheffen en beslissingen van die overheid mag negeren; dat, doen haar organen dat toch en treedt de toezichthoudende overheid daartegen op omdat de gemeente zonder meer het eerder toezichtsbesluit negeert, aan de gemeente het wettelijk vereiste belang moet ontzegd worden om de vernietiging te vorderen van dat nieuwe toezichtsbesluit » (C.E., *gemeente Zele*, n° 88.282, 27 juin 2000, 3.3; v. également C.E., *gemeente Sint-Genesius-Rode*, n° 184.351, 19 juin 2008; comp. C.E., *Verhoye et o.c.m.w. Wingene*, n° 135.081, 20 septembre 2004, 3.2.1. à 3.2.3.4, où l'autorité subordonnée avait cependant négligé d'attaquer les décisions de l'autorité de*

Ce faisant, elle dénie à la commune le droit d'anticiper sur la sanction d'annulation et de refuser d'exécuter un acte même illégal mais non encore mis à néant.

Cette analyse se fonde toutefois sur la situation particulière des collectivités locales, dont la subordination est consacrée par l'article 162, 6° de la Constitution. A notre sens, elle ne peut être étendue aux particuliers, même si le juge administratif s'est déjà par le passé montré sensible à l'argument déduit du privilège du préalable.

A cet égard, il ne peut être perdu de vue que le particulier qui souhaite faire usage de cette faculté s'expose, en cas d'erreur d'appréciation quant à la régularité de l'acte en cause, à des sanctions, civiles voire administratives ou pénales, qui peuvent s'avérer extrêmement lourdes. Ce risque l'incitera d'ailleurs à n'y recourir, en pratique, qu'avec la plus extrême circonspection²⁷⁹.

CONCLUSION

37. Conçu comme une protection contre l'arbitraire administratif, l'exception d'illégalité s'adresse tout naturellement au juge, et plus largement à l'exercice de toute mission juridictionnelle, dans les limites cependant de sa sphère d'attribution.

C'est précisément cette crainte de l'arbitraire combinée avec la lettre voire même l'esprit de la disposition constitutionnelle, qui conduit traditionnellement à interdire aux organes exécutifs, sous de rares réserves, d'écarter un acte qu'ils estimeraient illégal, et d'anticiper ainsi sur une – éventuelle – censure juridictionnelle future. Cette approche cantonne ainsi l'administration active à la simple application des actes en vigueur dans l'ordre juridique, fussent-ils irréguliers, tant qu'il n'ont pas été invalidés en justice, sacrifiant au passage les intérêts de l'administré intéressé au rétablissement immédiat de la légalité supérieure, tenu d'attendre et de saisir le juge pour obtenir le résultat recherché.

A la réflexion pourtant, au-delà même des difficultés pratiques que suscite cette analyse, l'interdiction constitutionnelle faite au juge de donner effet à des actes contraires aux normes supérieures l'empêche également de

²⁷⁹ tutelle dont les actes entrepris tendaient à assurer l'exécution).
V. *mutatis mutandis supra*, n° 33.

censurer l'administration qui se dispenserait, même à dessein, d'appliquer un acte effectivement illégal. La marge sans brides que cette situation ouvre à l'autorité administrative expose en réalité bien plus les administrés à des risques de dérives et d'utilisation aléatoire.

Au lieu de cette affirmation dépourvue de sanction et, par là, génératrice d'insécurité, il paraît préférable d'astreindre l'ensemble des autorités administratives à s'assurer, dans une certaine mesure, de la légalité des actes qu'elles s'apprentent à mettre en œuvre et, le cas échéant, d'écarter l'acte – si du moins elles n'en sont pas l'auteur – qui leur apparaît irrégulier, au titre d'un principe général de droit trouvant son expression dans l'article 159 de la Constitution.

Ce pouvoir s'exercera bien entendu sous le contrôle des juridictions, notamment sous l'angle de la responsabilité civile. Dans l'appréciation du caractère fautif d'une application ou, à l'inverse, d'un refus d'application de l'acte (ir)régulier d'autres autorités, le juge devra à notre sens avoir spécialement égard à l'existence d'une jurisprudence raisonnablement accessible se prononçant sur la question ou, à défaut, au caractère manifeste de l'irrégularité et à son invocation par l'administré lui-même. Un particulier ne nous paraît toutefois pas admissible, sans démentir le lien causal devant unir la faute au préjudice allégué, à élever l'illégalité d'une décision antérieure ouvrant des droits à des tiers s'il a négligé de l'entreprendre directement dans les délais de recours alors qu'il en avait la possibilité. Par ailleurs, l'autorité tenue à réparer le préjudice résultant de la mise en œuvre de l'acte illégal d'un tiers peut encore appeler son auteur à contribuer à l'indemnisation allouée. Les principes régissant la responsabilité civile permettent dès lors d'atténuer largement la charge que représenterait pour l'administration le devoir d'exercer un contrôle de légalité.

En revanche, l'autorité qui douterait de la légalité de son propre règlement est tenue de l'abroger avant de statuer, et ne pourrait se dispenser ponctuellement de son application que dans l'hypothèse où des délais de rigueur l'empêcheraient de mener à bien l'abrogation entamée en temps utile.

Le pouvoir d'exciper de l'illégalité d'un acte doit, enfin, s'exercer dans le respect des règles de compétence, qui nous paraissent s'opposer, sauf disposition d'attribution contraire, à ce que cette prérogative soit déléguée. Cette restriction tempère ainsi sensiblement le risque de voir tout agent

administratif s'en emparer.

Dans ces conditions, la cohérence de l'ordre juridique gagnerait à notre estime à investir tous les pouvoirs constitués d'une mission de contrôle de la conformité aux normes supérieures, non seulement les juges mais également les organes exécutifs.

En revanche, la situation du particulier ne nous paraît pas appeler de réglementation sous cet angle, en tout cas pas dans les mêmes termes. En effet, celui-ci ne doit, à la différence de l'administration, pas justifier d'une base légale pour agir et ne saurait, de surcroît, être érigé sans discernement en gardien d'une légalité qui desservirait ses intérêts.