

discrimination entre les justiciables. S'il l'estime nécessaire, en fonction des circonstances de l'espèce, le Conseil d'État peut néanmoins excepter du maintien des effets du règlement annulé les justiciables qui ont introduit, dans les délais, un recours en annulation contre ce règlement litigieux et ceci dans le respect du principe d'égalité et de non-discrimination.

B.9.4. Il s'ensuit qu'en adoptant la disposition en cause, le législateur a instauré un juste équilibre entre l'importance de remédier à chaque situation contraire au droit et le souci de ne plus mettre en péril, après un certain temps, des situations existantes et des attentes suscitées.

B.9.5. Dans l'interprétation mentionnée en B.2.1, la disposition en cause n'est pas incompatible avec les articles 10 et 11 de la Constitution.

B.10.1. Quant à l'article 13 de la Constitution, il garantit à toutes les personnes qui se trouvent dans la même situation le droit d'être jugées selon les mêmes règles en ce qui concerne la compétence et la procédure. Une différence de traitement à cet égard doit être raisonnablement justifiée.

Il découle de ce qui précède que la différence de traitement quant à l'accès au contrôle juridictionnel incident de la légalité prévu à l'article 159 de la Constitution est raisonnablement justifiée.

B.10.2. Dans l'interprétation mentionnée en B.2.1, la disposition en cause n'est dès lors pas davantage incompatible avec l'article 13 de la Constitution.

B.11. La question préjudicielle appelle une réponse négative.

Par ces motifs,

la Cour

dit pour droit :

L'article 14ter des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, ne viole pas les articles 10, 11 et 13, combinés avec l'ar-

ticle 159, de la Constitution. »

*
* *

**L'ARTICLE 160 DE LA CONSTITUTION
COMBINÉ AVEC LE PRINCIPE DE SÉCURITÉ
JURIDIQUE AU DÉTRIMENT DU PRINCIPE
DE LÉGALITÉ : UNE « ARME À
CONSTRUCTION MASSIVE » DANS LES MAINS
DU CONSEIL D'ÉTAT ET DE LA COUR
CONSTITUTIONNELLE ?**

**Concernant le maintien temporaire des effets
d'un règlement irrégulier.**

par

Marc NIHOUL
Professeur aux FUNDP
Avocat au barreau de Bruxelles

1. La Cour constitutionnelle n'est pas le Tribunal des conflits français, composé paritairement de conseillers d'État et de conseillers à la Cour de cassation, chargé de trancher les conflits d'attribution entre les deux ordres de juridictions, judiciaire et administratif. En Belgique, c'est la Cour de cassation qui, en vertu de l'article 158 de la Constitution, remplit ce rôle délicat au grand dam, peut-être parfois, du Conseil d'État.

La Cour constitutionnelle n'est pas non plus la plus Haute juridiction du pays qui serait chargée de garantir l'unité du droit dans l'interprétation des règles légales *sensu largo*. La Cour constitutionnelle est une Haute juridiction parmi les autres¹, que sont également la Cour de cassation et le Conseil d'État, section du contentieux administratif.

Lorsqu'elle fait usage de ses attributions, cependant, il arrive que la Cour constitutionnelle ambitionne de contribuer substantiellement à trancher les divergences de jurisprudence au re-

¹Dans l'ordre protocolaire, l'article 1^{er} de l'arrêté royal du 10 novembre 2009 réglant la préséance de la Cour constitutionnelle et les honneurs qui lui sont rendus prévoit certes que « *la Cour constitutionnelle prend rang immédiatement avant la Cour de cassation* » (Mon., 26 novembre 2009 et [http://www.cons-court.be/fr/textes_base/textes_base_arrets_organique_art_160284\(2\).html](http://www.cons-court.be/fr/textes_base/textes_base_arrets_organique_art_160284(2).html)). Il ne s'agit toutefois que d'une préséance protocolaire établie par simple arrêté royal.

gard de sa propre lecture de la Constitution². Tel est manifestement le cas avec l'arrêt n° 18 du 9 février 2012 brièvement commenté, conformément au vœu de la rédaction.

2. La doctrine quasi unanime avait identifié une difficulté de taille, fondamentale, au sujet de l'article 14^{ter} des lois sur le Conseil d'État coordonnées le 12 janvier 1973. Celui-ci règle la faculté, pour la section du contentieux administratif, d'indiquer par voie de disposition générale, si elle l'estime nécessaire, ceux des effets des dispositions d'actes réglementaires annulés qui doivent être considérés comme définitifs ou maintenus provisoirement pour le délai qu'elle détermine. Lorsque tel est le cas, la question se pose de savoir si le maintien temporaire ou non de tout ou partie des effets d'un règlement irrégulier est compatible avec l'article 159 de la Constitution dès lors que celui-ci permet au justiciable d'obtenir que les cours et tribunaux écartent l'application d'un arrêté réglementaire irrégulier, sans autre considération de temps que celui de la prescription. Dans l'interprétation selon laquelle l'article 14^{ter} précité priverait le citoyen de cette protection fondamentale et originelle contre l'arbitraire, celui-ci pourrait être incompatible avec les articles 10, 11 et 13 de la Constitution, lus en combinaison avec l'article 159, en ce que cette protection est offerte au justiciable dans les hypothèses où il n'a pas été fait application de la disposition en cause. Dans l'interprétation inverse, l'article 14^{ter} serait privé de sa substance puisque toutes les applications qui en sont faites

² Lorsque ces divergences lui parviennent enfin. À cet égard, les publicistes gardent en mémoire l'arrêt *Dechamp* n° 90.287 du 18 octobre 2000 dans lequel le Conseil d'État considère que « les cours et tribunaux de l'ordre judiciaire et le Conseil d'État exercent des compétences différentes ; (...) la contradiction dénoncée par la partie adverse entre la jurisprudence judiciaire et la jurisprudence administrative résulte de la dualité des juridictions ; (...) il n'existe pas de disposition constitutionnelle organisant les rapports entre celles-ci » (*J.T.*, 2001, p. 333 et obs. D. LAGASSE). En d'autres termes, la contradiction n'est pas censée trouver une solution, à défaut de toute hiérarchie, et puisque « la Cour d'arbitrage n'est pas compétente pour se prononcer sur la jurisprudence de ces juridictions ni, a fortiori, pour dire laquelle doit l'emporter en cas de contradiction » (*ibid.*). Il arrive au demeurant que la jurisprudence de la Cour constitutionnelle soit différente de celle des deux autres Hautes juridictions...

C'est dire, au passage, si la question du rattachement d'une théorie jurisprudentielle à un texte normatif précis est décisive. La Cour constitutionnelle ne sera éventuellement appelée à intervenir dans les débats que si la juridiction saisie reconnaît ouvertement – humblement ? – que la règle qu'elle s'approprie à appliquer est tirée de l'interprétation d'une norme de valeur législative à soumettre au contrôle de constitutionnalité. La tentation est grande, dans ce contexte, de préférer à celle-ci une norme de valeur administrative, voire constitutionnelle (ou même supra constitutionnelle), celles-ci autorisant une interprétation propre de la Constitution (ou d'une norme supérieure à celle-ci), au titre de norme de référence, éventuellement différente de celle retenue par la Cour constitutionnelle. En l'espèce, la juridiction judiciaire a joué le jeu et il convient de s'en réjouir.

pourraient être facilement remises en cause devant une autorité juridictionnelle, l'illégalité du règlement étant établie par l'arrêt du Conseil d'État. Le choix est donc cornélien : « soit l'article 14^{ter} est conforme à la Constitution mais dépourvu de portée juridique utile ; soit l'article 14^{ter} est pourvu d'une portée juridique utile mais contraire à la Constitution »³. La plupart des auteurs se sont positionnés en faveur de la première solution⁴. Dès le tournant du siècle, Sabien Lust avait estimé vraisemblable une censure par la Cour constitutionnelle, s'agissant de l'autre branche de l'alternative, sur la base des principes d'égalité et de non-discrimination⁵.

³ D. RENDERS, « Le maintien des effets d'un règlement annulé par le Conseil d'État et le respect des droits fondamentaux », *J.T.*, 2002, p. 763, note 20, constat plusieurs fois répété depuis lors.

⁴ Dans le sens de la contrariété avec l'article 159 de la Constitution à défaut d'une interprétation conciliante avec cette disposition, le principe de la séparation des pouvoirs et les droits fondamentaux à l'égalité, à un procès équitable et/ou à la sécurité juridique : S. LUST, *Rechtsherstel door de Raad van State*, Bruges, Die Keure, 2000, n° 130-134, pp. 241-252, sp. n° 133 et 134, pp. 248-252 (selon l'auteur, le refus d'application reste en tous cas permis en cas d'illégalité différente) ; D. RENDERS, *o. c.*, *J.T.*, 2002, pp. 761-765 ; du même auteur, « L'article 14^{ter} des lois coordonnées sur le Conseil d'État face à l'article 159 de la Constitution », obs. sous C.E., *Debie*, n° 199.085, 18 décembre 2009, *J.T.*, 2010, pp. 177-179 ; du même auteur, « L'article 159 de la Constitution prime l'article 14^{ter} des lois coordonnées sur le Conseil d'État », note sous Corr. Charleroi, 11 février 2011, *J.T.*, 2011, p. 369 ; D. RENDERS, TH. BOMBOIS, C. THIEBAUT, B. GORS, et L. VANSNICK, *Droit administratif*, T. III, « Le contrôle de l'administration », Bruxelles, Larcier, 2010, n° 605-612, pp. 293-297 ; A. WIRTGEN, « Bespreking van technieken van pragmatisch en billijk conflictbekeer door de Raad van State », in G. Debersaques, M. Van Damme, S. De Clercq et G. Laenen (éd.), *Rechtsbescherming door de Raad van State – 15 jaar procedurele vernieuwing*, Bruges, die Keure, 2004, pp. 297-298 ; P. LEWALLE et L. DONNAY (collab.), *Contentieux administratif*, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 2008, p. 1122, n° 636 (selon les auteurs, le Conseil d'État seul serait lié par son propre arrêt et par conséquent privé du pouvoir de recourir à l'article 159 de la Constitution) ; M. LEROY, *Contentieux administratif*, 5^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 582-596, sp. pp. 594-596 (où l'auteur compare le dispositif interprété comme empêchant toute contestation incidente à un véritable pouvoir de validation à la fois incohérent et non évident à la lecture de l'article 14^{ter}) ; J. SALMON, J. JAUMOTTE et E. THIBAUT, *Le Conseil d'État de Belgique*, Vol. 2, Bruxelles, Bruylant, 2012, n° 1309.1, pp. 2152-2156, sp. p. 2153.

Dans le sens de la compatibilité avec l'article 159 de la Constitution dont la portée serait par conséquent limitée : R. ANDERSEN, « La modulation dans le temps des effets des arrêts d'annulation du Conseil d'État », in *Liber amicorum M. Melchior*, « Liège, Strasbourg, Bruxelles : parcours des droits de l'homme », Louvain-la-Neuve, Anthémis, 2010, pp. 381-395, sp. n° 19, p. 394. J. THEUNIS, *De exceptie van onwettigheid. Onderzoek naar de rol en de grenzen van artikel 1 van de Grondwet in de Belgische rechtsstaat*, Thèse, Bruges, La Chartre, 2011, n° 561, pp. 572-575 (l'auteur signale en note 1900 un commentaire dans le même sens, sous l'arrêt *Debie* précité, à paraître au *R.W.* 2010-2011, apparemment non publié).

Voy. aussi M. BOES, *Evaluatie van de evolutie van de bestuursrechtspraak : het dualisme op zijn retour ?*, *T.B.P.*, 2009, pp. 271-272 ; A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME et J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, 18^e éd., Bruxelles, Kluwer rechtswetenschappen, 2009, n° 1031, p. 1067 ; D. DÉOM, « Le refus d'application », in M. Nihoul (dir. et éd.), *L'article 159 de la Constitution et le contrôle de légalité incident*, La Chartre, 2010, n° 29, p. 182.

⁵ S. LUST, *o. c.*, 2000, n° 134, pp. 249-252. L'auteur fondait cette analyse, jurisprudence constitutionnelle à l'appui, sur la discrimination qui découlerait *ipso facto* de l'aménagement d'exceptions à une règle édictant une interdiction absolue, tels les articles 144 et 159 de la Constitution. Elle considérait, en revanche, qu'une application classique du contrôle d'égalité et de non-discrimination pouvait conduire à considérer la mesure comme justifiée.

La question, à l'origine doctrinale, est devenue préjudicielle⁶ à la faveur d'une citation en justice introduite avant même que le Conseil d'État n'ait décidé de maintenir les effets d'un arrêté royal contesté et annulé jusqu'à la date du prononcé de l'arrêt d'annulation. La Cour constitutionnelle relève la circonstance au passage, comme pour montrer qu'elle n'est pas dupe de la stratégie poursuivie ou de l'hésitation à choisir la voie judiciaire ou administrative. À moins que ce ne soit pour attirer l'attention sur la solution conciliante réservée en droit français aux actions contentieuses engagées à la date de la décision de maintien et dans lesquelles il est fait usage de l'exception d'illégalité contre des actes pris sur le fondement de l'acte en cause⁷ : elles échappent, le cas échéant, aux effets maintenus du règlement annulé. En fin d'arrêt, la Cour semble toutefois limiter cette possibilité aux recours en annulation visant le règlement litigieux lorsqu'elle indique que « [s]il l'estime nécessaire, en fonction des circonstances de l'espèce, le Conseil d'État peut néanmoins excepter du maintien des effets du règlement annulé les justiciables qui ont introduit, dans les délais, un recours contre ce règlement litigieux et ceci dans le respect du principe d'égalité et de non-discrimination » (B.9.3, 2^e paragraphe). Il n'est pas exclu d'en déduire que l'exception d'illégalité incidente pourrait être écartée dans le cadre d'un recours en annulation introduit dans les délais contre une décision individuelle subséquente au règlement concerné⁸. Mais appartient-il à la Cour constitutionnelle de se prononcer en dehors du cas d'espèce sur ce point ?

Avant de répondre à la question ainsi posée, la Cour constitutionnelle prend une précaution importante qui n'est pas nécessairement d'usage.

⁶ Malgré l'invitation faite aux cours et tribunaux de se distinguer du Conseil d'État et juger qu'ils peuvent se départir des effets maintenus d'un règlement annulé pour écarter l'application de ce dernier au litige dont ils sont saisis (D. Renders, *op. cit.*, *J.T.*, 2010, p. 179, n° 9 et du même auteur et *alii*, *op. cit.*, 2010, p. 291, n° 612), invitation suivie en matière pénale in Corr. Charleroi, 11 février 2011, *J.T.*, 2011, p. 368 et note précitée du même auteur. C'était sans compter une lecture originale, fondée sur les principes d'égalité et de non-discrimination, permettant d'étendre le contrôle de la Cour constitutionnelle à l'article 159 de la Constitution par les effets de la combinaison.

⁷ Voy. J.-H. STAHL et A. COURREGES, « Note à l'attention de Monsieur le président de la Section du contentieux », *R.F.D.A.*, mai-juin 2004, pp. 447 et 448 et concl. CH. DEVYS, *comm. gouv.*, *ibid.*, p. 465 ; F. DIEU, « La modulation des effets des annulations contentieuses ou comment concilier principe de légalité et principe de sécurité judiciaire », *A.J.D.A.*, 2006, p. 2-434.

⁸ Rem. à cet égard R. ANDERSEN, *in o. c.*, 2010, n° 19, pp. 393-394.

Elle « limite son examen à l'hypothèse dans laquelle aucun élément du litige ne ressortit au champ d'application du droit de l'Union européenne » (B.2.2, deuxième phrase). De la sorte, la Cour semble vouloir éviter tout reproche au sujet de l'effectivité du droit européen, lorsque l'illégalité vise une violation de celui-ci, à l'instar du débat que l'on connaît sur la question prioritaire de constitutionnalité. En réalité, la Cour est attentive, dans une perspective inverse, à la circonstance particulière dans laquelle l'effectivité du droit européen commanderait le maintien temporaire des effets d'un règlement au motif que celui-ci transpose *correctement* une directive sans toutefois respecter les formes ou les procédures. Une question préjudicielle était pendante à cet égard devant la Cour de justice de l'Union européenne, au moment de rendre l'arrêt, à l'initiative du Conseil d'État de Belgique⁹. Depuis, par arrêt du 28 février 2012, la Grande chambre de la Cour a décidé, que « Lorsqu'une juridiction nationale est saisie, sur le fondement de son droit national, d'un recours tendant à l'annulation d'un acte national constituant un "plan" ou "programme" au sens de la directive 2001/42/CE du Parlement européen et du Conseil, du 27 juin 2001, relative à l'évaluation des incidences de certains plans et programmes sur l'environnement, et qu'elle constate qu'un tel "plan" ou "programme" a été adopté en méconnaissance de l'obligation prévue par cette directive de procéder à une évaluation environnementale préalable, cette juridiction est tenue d'adopter toutes les mesures générales ou particulières prévues par son droit national afin de remédier à l'omission d'une telle évaluation, y compris l'éventuelle suspension ou annulation du "plan" ou "programme" attaqué. Cependant, compte tenu des circonstances spécifiques de l'affaire au principal, la juridiction de renvoi pourra exceptionnellement être autorisée à faire usage de sa disposition nationale l'habilitant à mainte-

⁹ C.E., *a.s.b.l. Inter-Environnement Wallonie et a.s.b.l. Terre wallonne*, n° 210.483, 18 janvier 2011 : le Conseil d'État « peut-il différer dans le temps les effets de l'annulation juridictionnelle pendant une courte période nécessaire à la réfection de l'acte annulé afin de maintenir au droit de l'environnement de l'Union une certaine exécution concrète sans solution de continuité ? ». Alors même que la source de l'illégalité constatée consistait précisément en l'espèce dans le non-respect de la procédure prescrite par une autre directive européenne !

nir certains effets d'un acte national annulé pour autant que :

– cet acte national constitue une mesure de transposition correcte de la directive 91/676/CEE du Conseil, du 12 décembre 1991, concernant la protection des eaux contre la pollution par les nitrates à partir de sources agricoles ;

– l'adoption et l'entrée en vigueur du nouvel acte national contenant le programme d'action au sens de l'article 5 de cette directive ne permettent pas d'éviter les effets préjudiciables sur l'environnement découlant de l'annulation de l'acte attaqué ;

– l'annulation de cet acte attaqué aurait pour conséquence de créer un vide juridique en ce qui concerne la transposition de la directive 91/676 qui serait plus préjudiciable à l'environnement en ce sens que cette annulation se traduirait par une protection moindre des eaux contre la pollution par les nitrates à partir de sources agricoles et irait ainsi à l'encontre même de l'objectif essentiel de cette directive, et

– un maintien exceptionnel des effets d'un tel acte ne couvre que le laps de temps strictement nécessaire à l'adoption des mesures permettant de remédier à l'irrégularité constatée »¹⁰.

3. La solution choisie par la Cour constitutionnelle est connue : l'article 14^{ter} des lois sur le Conseil d'État ne viole pas les articles 10, 11 et 13, combinés avec l'article 159 de la Constitution. Pour arriver à cette solution, la Cour avance un argument que l'on peut qualifier de spécieux, après avoir examiné le texte même de l'article 14^{ter} précité, tel que justifié dans les travaux préparatoires et interprété par le Conseil d'État lui-même. Cet article dispose précisément, en quatre mots, que la section du contentieux administratif indique « par voie de disposition générale » ceux des effets devant être maintenus ou considérés comme définitifs. Pour le Conseil d'État, ces mots seraient source, d'une part, de valeur juridique (fût-elle temporaire) pour l'arrêté pourtant irrégulier et, d'autre part, de base légale pour les actes adoptés sur le fondement de celui-ci, dans les deux cas avec effet *erga omnes*. Il en résulte-

rait, en substance, qu'« un acte administratif unilatéral de portée réglementaire annulé, dont les effets sont cependant maintenus, n'est pas un acte administratif unilatéral au sens de l'article 159 de la Constitution »¹¹. À ce titre, il échapperait à toute exception d'illégalité et donc à tout refus d'application corrélatif.

À noter que la Cour constitutionnelle évite, dans son propre raisonnement, d'opposer formellement et directement l'article 14^{ter} précité à l'article 159 de la Constitution, peut-être inconsciemment pour éviter d'accentuer la différence de valeur entre les deux dispositions dans la hiérarchie des normes. La Cour préfère opposer l'article 159 de la Constitution au principe de l'effet utile des arrêts d'annulation du Conseil d'État et des (aux) modalités dont ils peuvent être assortis (B.8.1, 2^e par.) ; en réalité à une dérogation au principe de l'effet rétroactif de l'arrêt d'annulation, dont on cherchera vainement le fondement légal précis¹², en ce que le règlement annulé ne disparaît pas de l'ordonnancement juridique et demeure un règlement (B.6, 2^e phrase) applicable.

Il est vrai que l'article 159 de la Constitution ne figure pas parmi les normes de référence confiées à la Cour constitutionnelle pour le contrôle des normes de valeur législative. La Cour en connaît toutefois par le truchement des principes d'égalité et de non-discrimination¹³ (les articles 10 et 11 de la Constitution auxquels est ajouté l'article 13, pour la circonstance, selon lequel « [n]ul ne peut être distrait, contre son gré, du juge que la loi lui assigne ») de la Constitution, avec lesquels l'article 159 de la Constitution peut être combiné. Et comme il incombe à la Cour d'interpréter les normes au regard desquelles elle est invitée à exercer son contrôle, à la différence des règles que les juridictions judiciaires et administratives appliquent, la Cour s'autorise à interpréter également l'article 159 de la Constitution (B.6).

¹¹D. RENDERS, *o. c.*, *J.T.*, 2011, p. 369, point 4.

¹²Voy. M. NIHOUL, « L'autorité de la chose jugée de la déclaration d'illégalité incidente », in M. Nihoul (dir. et éd.), *L'article 159 de la Constitution. Le contrôle de légalité incident*, Bruxelles, La Charte, 2010, n° 5, pp. 217-222.

¹³La différence de traitement porte sur la faculté d'invoquer l'application de l'article 159 de la Constitution à un acte réglementaire dont est privée la catégorie de justiciables confrontée à un arrêt maintenant des effets d'un règlement annulé. Le critère objectif de cette différence de traitement est l'existence d'un tel arrêt et son objectif légitime consiste dans la préservation de la sécurité juridique.

¹⁰C.J.U.E. (gde ch.), *Inter-Environnement Wallonie et Terre wallonne*, 28 février 2012, C-41/11 sur concl. av. gén. M^{me} Juliane Kokott présentées le 8 décembre 2011.

Tel est bien le principal apport de l'arrêt commenté : l'interprétation proposée de l'article 159 de la Constitution, que la Cour constitutionnelle resitue dans son double contexte constitutionnel et international pour tenter d'en diminuer la portée. La Cour ne s'en cache d'ailleurs pas lorsqu'elle écrit noir sur blanc que celui-ci n'est *plus* absolu¹⁴. Pour rectifier cette perspective historique, il convient d'observer qu'en pratique tel n'était déjà pas le cas à l'origine, dans les années qui ont suivi l'adoption de la Constitution de 1831, et ce jusqu'à l'arrêt *La Flandria* rendu par la Cour de cassation le 5 novembre 1920, également du fait d'une interprétation accommodante de l'article 159 de la Constitution avec d'autres dispositions ou principes constitutionnels, en particulier la séparation des pouvoirs.

Qu'à cela ne tienne, selon la Cour, l'article 159 de la Constitution doit être lu, aujourd'hui, en combinaison avec – pour ne pas écrire dans le respect de – l'article 160 de la Constitution, d'une part, et, d'autre part, le principe de la sécurité juridique inhérent à l'ordre juridique interne, à celui de l'Union européenne et à la Convention européenne des droits de l'homme.

4. L'article 160 de la Constitution, d'abord, consacre l'existence du Conseil d'État et le contrôle objectif de la légalité des actes administratifs. Il en résulterait que « *le contrôle juridictionnel de légalité, prévu à l'article 159 de la Constitution, doit raisonnablement tenir compte de l'effet utile des arrêts d'annulation du Conseil d'État et des modalités dont ils peuvent être assortis* ». Quitte à être lui-même privé d'effet utile dans certains cas...

Pourtant, l'article 160 de la Constitution ne contient, comme tel, aucune indication à ce sujet.

Il ne déroge pas à l'article 159 de la Constitution qui, formulé en termes généraux – ce qui a toujours fait sa force dans la lutte contre l'arbitraire administratif –, est le fer de lance du contrôle juridictionnel de légalité en général, subjectif comme objectif, lequel ne se limite pas à la sanction d'annulation. Si l'article 160 de la Constitution peut être lu comme dérogeant à l'une

ou l'autre disposition constitutionnelle, c'est davantage aux articles 144 et 145 de la Constitution qu'il s'agit, mais ces dispositions consacrent le contrôle judiciaire subjectif de légalité en manière telle qu'il y va d'une addition – d'une superposition – de contrôles plutôt que d'une dérogation de l'un par rapport à l'autre.

L'article 160 de la Constitution ne dit rien, non plus, au sujet du pouvoir d'annulation confié au Conseil d'État, non pas par lui, mais par les lois coordonnées du 12 janvier 1973 (sans même en définir la portée, convient-il de rappeler). La Cour constitutionnelle le reconnaît elle-même lorsqu'elle précise que la disposition constitutionnelle attribue au législateur le pouvoir de déterminer les compétences du Conseil d'État et le mode de fonctionnement de celui-ci. Néanmoins, la Cour semble prêter à l'article 160 de la Constitution une vertu d'aspiration, ou selon le point de vue de propulsion, permettant de donner rang constitutionnel au contrôle objectif de légalité organisé par la loi au profit du Conseil d'État, certainement en ce qui concerne la sanction d'annulation et les modalités de celle-ci, mais il est d'ores et déjà permis de se demander pourquoi il en irait autrement s'agissant des autres modalités contenues dans les lois coordonnées voire dans le Règlement de procédure ?

L'on pourrait être tenté de soutenir que l'article 160 de la Constitution est postérieur aux lois coordonnées du 12 janvier 1973 et que le Constituant, par cette disposition, ait souhaité constitutionnaliser les lois coordonnées du 12 janvier 1973 dans toutes ses dispositions, voire même seulement dans les principales. La sécurité juridique s'oppose cependant à prêter de telles intentions au Constituant, dans l'état actuel du texte constitutionnel. D'autant que la modalité du maintien des effets d'un règlement annulé est une exception à la règle de l'annulation introduite en législation par une loi du 4 août 1996¹⁵, soit postérieurement à l'article 107*quinquies* (entretiens devenu l'article 160 par les vertus de la coordination) a été inséré dans la Constitution en date du 18 juin 1993¹⁶.

En droit public, la localisation précise d'un dispositif normatif dans la hiérarchie des normes est

¹⁴ La Cour évoque également une « restriction » (B.8.2) après avoir utilisé les termes « tenir compte de » (B.8.1, 2^e par. Et B.9.1) ou « combinaison » (B.8.1, 3^e par.).

¹⁵ Vig. 1^{er} octobre 1996.

¹⁶ Vig. 9 juillet 1993.

primordiale. Elle détermine les voies de recours ouvertes¹⁷ et, avant cela, la compétence d'une autorité constituée de modifier ou non un contenu normatif antérieur. La question touche ainsi à l'organisation et à la séparation des pouvoirs qui émanent de la Nation et qui doivent être exercés de la manière établie par la Constitution (article 33).

Par l'arrêt commenté, la Cour constitutionnelle a probablement voulu signaler aux autres juridictions (au pouvoir judiciaire en particulier, auquel elle s'adressait singulièrement en l'espèce par la voie d'une réponse à une question préjudicielle posée par celui-ci) qu'il est temps d'apprendre à vivre ensemble plutôt que de se livrer sans cesse des batailles de compétence, à défaut d'ailleurs de pouvoir gagner une guerre sur ce point ; il convient désormais de tenir compte de l'arsenal juridictionnel construit par la Constitution au fil du temps et d'arrêter de faire abstraction du Conseil d'État, dans certaines circonstances, alors que celui-ci a été voulu sur le plan politique.

Il reste que cette volonté politique n'est pas suffisante en droit si elle n'est pas traduite de façon adéquate dans la règle de droit qui convient. À défaut d'être clair et précis sur ce point, c'est-à-dire d'inclure un contenu normatif suffisant permettant de conclure à ce résultat, l'article 160 de la Constitution ne peut être interprété comme dérogeant à l'article 159 de la Constitution.

Il n'appartient pas plus au législateur de modifier la portée d'une disposition constitutionnelle au seul nom – fût-il considérable – d'une autre disposition de même rang confiant uniquement le soin au législateur de déterminer les compétences du Conseil d'État et le mode de fonctionnement de celui-ci. Dans le cas contraire, pourquoi limiter la dérogation à l'article 159 de la Constitution et ne pas l'étendre à l'article 144 de la Constitution voire davantage encore : le législateur pourrait

ainsi confier au Conseil d'État le soin de tirer les conséquences civiles des annulations qu'il prononce ou attribuer à la Cour constitutionnelle un recours extraordinaire contre les arrêts de la Cour de cassation et du Conseil d'État, réservé aux assemblées législatives, sans qu'une révision constitutionnelle ne soit nécessaire sur ces deux points. Mais alors pourquoi avoir ouvert l'article 144 à révision dernièrement dans ce but ?¹⁸

À suivre cette analyse, il est une autre compétence à laquelle le législateur, spécial cette fois, pourrait également s'attaquer. Il s'agit de celle de la Cour constitutionnelle en reconnaissant par exemple le soin à toute juridiction de contrôler la conformité des décrets aux lois ou décrets spéciaux¹⁹. Il n'est pas acquis que la Cour constitutionnelle considère, dans ce cas également, que le législateur ait reçu un blanc-seing du Constituant.

Comment ne pas observer, encore, que l'article 142, alinéa 1^{er}, de la Constitution est similaire à l'article 160 de la Constitution lorsqu'il confie au législateur spécial le soin de déterminer la composition, la compétence et le fonctionnement de la Cour constitutionnelle ? Une voie d'interprétation comparable s'ouvre ainsi à la Cour constitutionnelle pour justifier peut-être un jour une législation voire une construction jurisprudentielle qui serait contraire ou à tout le moins accommodante avec la Constitution.

Enfin, le raisonnement tenu ne conduit-il pas à admettre également que toute atteinte législative aux lois déterminant les compétences du Conseil d'État et le mode de fonctionnement de celui-ci puisse être considérée comme une violation (à tout le moins indirecte) de l'article 160 de la Constitution, combiné pour l'heure avec les principes d'égalité et de non-discrimination, en dépit de l'absence de tout contenu normatif précis ? La valeur des lois coordonnées sur le Conseil d'État

¹⁷ Le pouvoir judiciaire lui-même, en degré de cassation, n'a pas toujours respecté cette rigueur lorsqu'il s'agissait par exemple de déterminer l'obligation de poser une question préjudicielle, s'agissant d'une juridiction du dernier degré. Voy. parmi d'autres M. NIHOUL, « La Cour de cassation a-t-elle commis un "déli de renvoi préjudiciel" à l'occasion de l'affaire I.N.U.S.O.P. ? », *R. Cass.*, 1996, pp. 205 à 230230 ; C. DE BAETS et F. AUVRAY, « Houde het Hof van Cassatie van prejudiciële vragen aan het Grondwettelijk Hof ? », in *Liber amicorum Ludovic De Gryse*, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 373-386. Tel n'a pas été le cas en l'espèce, s'agissant d'une juridiction de fond judiciaire, ne statuant pas en dernier ressort, et il convient de s'en féliciter.

¹⁸ Rapp. X. DELGRANGE, N. LAGASSE et J. VAN NIEUWENHOVE, « De hervorming van de instellingen en de herzieningsverklaring van 2007. Een grondwettelijke verkenning van enkele voorstellen », *C.D.P.K.*, 2008, n^{os} 32 et 33, pp. 22 à 24 ; M. NIHOUL, *in o. c.*, 2009, n^o 5, pp. 483-484.

¹⁹ Voy. toutefois M. NIHOUL, « Le contrôle de conformité des décrets aux lois spéciales par le pouvoir judiciaire : *struggle for life* ou créationnisme ? », note sous Cass., 21 avril 2011, *A.P.*, 2012, pp. 27-48. Sur le même arrêt, voy. S. FEYEN, « Het Hof van Cassatie en het Grondwettelijk Hof op weg naar een nieuw conflict ? », *R.W.*, 2011-2012, pp. 1358-1381. La particularité que les compétences et le fonctionnement de la Cour constitutionnelle soient déterminés par une loi spéciale n'y change rien puisque l'astuce du raisonnement consiste à fonder ceux-ci sur l'article 160 de la Constitution, supérieur à celle-là dans la hiérarchie des normes.

coordonnées le 12 janvier 1973 ne serait plus législative dans la hiérarchie des normes, en d'autres termes.

Ce n'est pas la première fois, en réalité, que l'article 160 de la Constitution est utilisé pour asseoir le contrôle objectif de légalité et ses implications, que partagent la Cour constitutionnelle et le Conseil d'État chacun en ce qui concerne son champ normatif. Non point en doctrine parmi les auteurs cités précédemment s'agissant de l'article 14^{ter}²⁰. Mais bien par le Conseil d'État en matière de retrait des actes administratifs, ce que nous avons déjà vivement critiqué en son temps²¹ en évoquant pire que soutenir comme alors le fondement de la théorie du retrait dans l'article 160 de la Constitution : que cette disposition dérogerait – voire permettrait de déroger – à l'article 159 de la Constitution ! L'argument ne sera pas tombé dans l'oreille d'un sourd. Le retrait des actes administratifs est une théorie jurisprudentielle pur jus dont l'existence a été consacrée par le Conseil d'État par référence à l'article 160 de la Constitution, complété par les lois coordonnées sur le Conseil d'État, plus particulièrement les articles 14 et 30 de celles-ci, combinés avec l'article 4, alinéa 3, de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif, pour justifier la dérogation apportée par celle-ci à l'article 159 de la Constitution.

5. Le principe de la sécurité juridique, ensuite et surtout, vient également limiter la portée de l'article 159 de la Constitution, selon la Cour constitutionnelle²². La Cour avertit au passage qu'elle « *tient compte de ce principe lorsqu'elle exerce son contrôle sur la base des dispositions constitutionnelles au regard desquelles elle exerce un contrôle direct* » (B.8.1). Pourquoi en irait-il différemment en cas de contrôle indirect, *via* les principes d'égalité et de non-discrimination ?

²⁰ Pas même S. Lust alors que celle-ci s'est penchée de manière approfondie sur la question. Voy. *supra*, note 7.

²¹ « À 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 à 290. Depuis l'arrêt commenté, voy. not. C.E., *s.a. Conduites et entreprises et crt*, n° 202.019, 17 mars 2010.

²² La Cour semble faire écho, sur ce point, à la thèse J. Theunis qui fondait le « *refus d'application* » de l'article 159 de la Constitution et du principe de la légalité sur la norme supérieure que constitue le principe de la sécurité juridique (*o. c.*, 2011, n° 561, p. 572).

Pour mémoire, c'est sur la base du principe de la sécurité juridique que la Cour constitutionnelle s'est unilatéralement reconnu la faculté de modaliser les effets de ses arrêts préjudiciels dans le temps alors que la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle ne prévoyait celle-ci qu'en cas d'annulation²³. L'on devait donc s'attendre à ce que cette même Cour conforte la même faculté, expressément établie par la loi, dans le chef de la Haute juridiction administrative. Le contraire eût été singulier, bien qu'il y ait une différence considérable entre les deux contentieux. L'article 159 de la Constitution ne trouve pas à s'appliquer directement dans le cadre du contrôle de constitutionnalité des normes de valeur législative. Il ne fonde pas le refus d'application incident d'une telle norme et ne pouvait dès lors pas s'interpréter comme limitant la portée du maintien des effets de celle-ci. En se reconnaissant ledit pouvoir, la Cour ne validait donc pas, comme en l'espèce, une restriction législative portée à une disposition constitutionnelle au nom du principe de la sécurité juridique alors que celui-ci, en soi, ne commande ni de permettre aux juridictions de maintenir les effets d'une norme réglementaire ou législative ni *a fortiori* de limiter la portée d'une disposition constitutionnelle en sens différent voire contraire, par la voie législative.

Une telle restriction, pourtant, serait « *nécessaire pour assurer le respect d'autres dispositions constitutionnelles ou de droits fondamentaux* » (B.8.2). La Cour, habilement, souhaite mêler de la sorte le principe de la sécurité juridique (droit fondamental²⁴) et l'article 160 de la Constitution (autre disposition constitutionnelle à

²³ C.C., n° 125/2011, 7 juillet 2011, B.5.4. Voy. not. *J.T.*, obs. M. Mahieu et G. Pijcke, « Aménagement dans le temps des effets des arrêts rendus sur question préjudicielle : la Cour constitutionnelle a franchi le cap ». Les auteurs montrent que cette jurisprudence va dans le sens de l'histoire dont la tendance tourne à l'avantage de la sécurité juridique. Mais la sécurité juridique n'inclut-elle pas avant tout et en premier lieu le respect de la séparation des pouvoirs et des textes constitutionnels ?

²⁴ Que constitue aussi l'accès à un juge – que permet l'article 159 de la Constitution – mais dont la Cour indique à raison, jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme à l'appui, que celle-ci « *a accepté, à plusieurs reprises, que des actes d'autorités publiques continuent de produire leurs effets, malgré leur irrégularité, en raison du respect dû au principe de sécurité juridique* » (B.9.3, 1^{er} par.). Le respect de l'article 13 de la Constitution ne donnera donc pas lieu à une analyse spécifique par la Cour (B.10.1). À noter que l'article 159 de la Constitution n'est pas une disposition attributive de compétence mais se borne à instituer un contrôle incident qu'un juge ne doit exercer que pour autant qu'il ait compétence et juridiction pour connaître de la demande sur laquelle vient se greffer cette exception.

défaut d'une autre encore consacrant le même principe) dont le contenu n'est pourtant pas substantiel, comme on vient de le voir au point précédent, puisqu'il se borne à conférer une habilitation au législateur. Le glissement est perceptible dans le même paragraphe dont il résulte que le législateur serait *tenu* de garantir notamment le principe de sécurité juridique et qu'il *se doit* de régler le mode de contrôle de l'action administrative, « *ce qui peut exiger des restrictions au contrôle juridictionnel incident de la légalité des actes réglementaires, pour autant que ces restrictions soient proportionnées au but légitime poursuivi* » (B.8.2) sans plus tenir compte du rang constitutionnel de la disposition établissant ledit contrôle dès lors qu'il est question de sécurité juridique aux vertus internationales. De là à considérer que le principe de la sécurité juridique commande de restreindre le contrôle juridictionnel incident de la légalité des actes réglementaires, il y a un pas qui n'est pas formellement franchi par la Cour constitutionnelle mais qui l'est en réalité discrètement lorsqu'elle en vient à admettre que le législateur modifie la Constitution sous le couvert de la sécurité juridique sur ce point.

Force est de rappeler que le principe de la sécurité juridique ne commande pas en soi le maintien temporaire des effets d'un règlement irrégulier. Celui-ci est en l'espèce le fait de la loi. La Cour constitutionnelle ne le cache pas vraiment puisqu'elle indique clairement qu'« *[e]n l'espèce, le législateur a cherché à ménager un équilibre entre le principe de légalité des actes réglementaires, consacré à l'article 159 de la Constitution, et le principe de sécurité juridique. Il a confié à une juridiction le soin de déterminer si des raisons exceptionnelles justifiaient que les effets d'un acte réglementaire illégal soient maintenus tout en exigeant qu'ils ne le soient que par voie de disposition générale afin d'éviter toute discrimination entre les justiciables* » (B.9.3, 2^e par., nous soulignons) et que, de la sorte, il « *a instauré un juste équilibre entre l'importance de remédier à chaque situation contraire au droit et le souci de ne plus mettre en péril, après un certain temps, des situations existantes et des attentes suscitées* » (B.9.4). De son côté et pour l'heure, la jurisprudence de Strasbourg « *accepte* », comme le précise toujours la Cour constitutionnelle, qu'une

règle soit édictée dans ce sens (en législation ou en jurisprudence), au regard du droit au procès équitable (B.9.3, 1^{er} par.), mais sans pour autant l'imposer. Or, en droit belge, au nom de l'État de droit dont découle le principe de la sécurité juridique, une révision de la Constitution – fût-ce de l'article 159 ou de l'article 160 de la Constitution – s'imposait et continue de s'imposer pour limiter la portée de l'article 159 de la Constitution.

6. Que l'on soit bien compris. Nous ne sommes pas opposés, sur le fond, au dispositif querellé susceptible de porter remède à une conception trop absolutiste de la légalité formelle, mais ne pouvons, sur le plan technique, souscrire à ses effets en ce qui concerne le contrôle de légalité incident, dans l'état actuel de la Constitution.

Nous craignons le précédent d'une interprétation par trop accommodante de la Constitution qui ouvrirait la boîte de Pandore et, en matière administrative, donnerait raison *contra legem* au Conseil d'État dans ses divergences de vue, c'est-à-dire de jurisprudence, avec le pouvoir judiciaire, sans aucun bénéfice d'inventaire. L'article 160 de la Constitution combiné avec le principe de sécurité juridique est, de ce point de vue, une « *arme à construction massive* » dans les mains du Conseil d'État et la Cour constitutionnelle, en l'espèce au détriment du principe de légalité. Il ne paraît plus exclu, par exemple, qu'un jour le principe de la sécurité juridique, tel qu'interprété par la Cour constitutionnelle, soit de nature à mettre à mal la jurisprudence de la Cour de cassation selon laquelle le contrôle de légalité incident organisé par l'article 159 de la Constitution doit pouvoir être exercé sans limite de temps, même à l'égard d'actes individuels créateurs de droit.

Il reste à vérifier si la Cour de cassation s'inclinera devant la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, elle qui a déjà considéré, dans la même veine, qu'il appartient au pouvoir judiciaire, lors de l'interprétation de la loi, de constater ou fixer dans le temps les effets de la violation de la Constitution à laquelle conclut la Cour constitutionnelle dans une réponse à une question préjudicielle en tenant compte de la confiance légitime de la société dans les dispositions légales et des

exigences impératives de la sécurité juridique²⁵, à un moment où la Cour constitutionnelle elle-même ne s'était pas encore expressément reconnu ce pouvoir en l'absence d'une disposition législative dans ce sens à la différence de ce qui existe pour les arrêts d'annulation.

Et si, sur la base des mêmes considérations, le juge judiciaire se reconnaissait la même compétence, sur le plan civil et à l'instar de ce qu'il fait déjà pour ses propres arrêts, mais avec effet relatif, en ce qui concerne cette fois les arrêts du Conseil d'État décidant d'une annulation (malgré le caractère rétroactif inhérent à la sanction) ou constatant une illégalité de manière incidente (spécialement dans l'hypothèse où celle-ci est considérée comme étant revêtue d'une autorité de chose jugée absolue²⁶) ?

La sécurité juridique pourrait avoir des « *ver-tus* » que la Cour constitutionnelle ne soupçonne pas.

*
* *

– ARRÊT N° 36/2012 DU 18 FÉVRIER 2012

M. Bossuyt, R. Henneuse, E. De Groot (R.), L. Lavrysen, A. Alen, J.-P. Snappe, J.-P. Moerman, E. Derycke, J. Spreutels, T. Merckx-Van Goey, P. Nihoul (R.) et F. Daoût

Pl. : Me H. Lamon, Me M. Maus et Me P. Hofströssler

e.c. : question préjudicielle posée par le Conseil d'État par un arrêt n° 212.379 du 4 avril 2011 et relative à l'article 515 du Code judiciaire.

Lois, arrêtés et règlements – Principe de légalité – Loi d'habilitation – Principe d'égalité – Contrôle de la Cour constitutionnelle

Dans les matières que la Constitution ne réserve pas à la loi, il appartient, en principe, au législateur de décider s'il règle lui-même ces matières ou si, au contraire, il confie au pouvoir

²⁵ Cass., 20 décembre 2007, *Pas.*, 2007, I, p. 2421 et *J.T.*, 2009, p. 264 et obs. critiques J. Kirkpatrick, « Les suites à donner à un arrêt préjudiciel de la Cour constitutionnelle qui déclare une lacune législative contraire au principe d'égalité. À propos de la réparation des dommages causés à des usagers faibles par des accidents impliquant un tram ou un train », pp. 257-262.

²⁶ Dans le sens d'une autorité relative, jusqu'à nouvel ordre constitutionnel ou législatif, voy. M. NIHOUL, *in o. c.*, 2010, pp. 209 à 300.

exécutif le soin d'établir une réglementation. En principe, il appartient également au législateur de décider si, dans ces matières, une telle habilitation du pouvoir exécutif doit être soumise ou non à des restrictions. La Cour ne pourrait censurer de tels choix du législateur, dans le cadre d'un contrôle au regard des articles 10 et 11 de la Constitution, que s'ils étaient manifestement déraisonnables ou portaient atteinte de manière disproportionnée aux droits des personnes concernées.

Droits et libertés – Égalité et Non-discrimination – Notaires et Huissiers de justice – Nombre par arrondissement judiciaire.

Eu égard à la nature différente des fonctions exercées par les notaires et par les huissiers de justice, il n'est pas injustifié que le législateur n'ait pas établi de critères sur la base desquels le Roi doit fixer le nombre d'huissiers de justice par arrondissement judiciaire, alors que l'article 31 de la loi du 25 ventôse an XI contenant organisation du notariat prévoit, lui, des critères sur la base desquels le Roi doit déterminer le nombre de notaires par arrondissement judiciaire.

*
* *

ARRÊT DE LA COUR CONSTITUTIONNELLE

« [...] »

– B –

B.1.1. L'article 515 du Code judiciaire, tel qu'il a été modifié par les lois des 26 février 1981 et 6 avril 1992, dispose :

« Le Roi fixe le nombre d'huissiers de justice par arrondissement, après avoir pris les avis du procureur général près la cour d'appel, du procureur du Roi, du conseil permanent de la Chambre nationale et du conseil de la chambre d'arrondissement des huissiers de justice.

Le nombre d'huissiers de justice fixé par le Roi ne comprend pas ceux qui ont dépassé l'âge de 70 ans.