

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

L'autorité de la chose jugée de la déclaration d'illégalité incidente

Nihoul, Marc

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):

Nihoul, M 2010, L'autorité de la chose jugée de la déclaration d'illégalité incidente. dans M Nihoul (ed.), *L'article 159 de la Constitution: le contrôle de légalité incident*. Projucit, La Chartre, Bruxelles, pp. 211-300.

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.

L'AUTORITE DE LA CHOSE JUGEE DE LA DECLARATION D'ILLEGALITE INCIDENTE

Marc NIHOUL

*Professeur aux F.U.N.D.P. Namur
Directeur du centre de recherches PROJUCIT
Avocat au barreau de Bruxelles*

*« Le repos des familles et de la société
toute entière se fonde non seulement sur
ce qui est juste mais sur ce qui est fini »*

MONTESQUIEU

INTRODUCTION

1. L'article 159 de la Constitution a suscité d'importantes discussions, en doctrine et en jurisprudence, au sujet des autorités, des normes et de la sanction directement visées par la disposition constitutionnelle. La question de la force ou de l'autorité de la chose jugée de la déclaration d'illégalité incidente faite sur la base de l'article 159 de la Constitution est, quant à elle, davantage passée inaperçue. Il s'agit pourtant d'une question essentielle dans un Etat de droit. Une question qui mérite d'être distinguée de celle de la portée du refus d'application en tant que tel, par ailleurs traitée par Diane DEOM dans le même ouvrage.

Certes, la déclaration d'illégalité et le refus d'application sont intimement liés dans l'opération de juger ou de contrôler la légalité d'un acte administratif dès lors que la première conditionne le second. Avant de refuser l'application d'une norme, le juge doit en constater l'illégalité. Avec le recul, cependant, le constat d'illégalité pourrait bien constituer en lui-même une sanction distincte du refus d'application. Une sanction qui justifie, le cas échéant, le recours à l'expression « *déclaration d'illégalité* ». Une sanction qui ne saute pas aux yeux à la lecture de

l'article 159 de la Constitution, moins encore que le refus d'application déjà déduit implicitement des termes « *n'appliqueront* ». Une sanction directement liée à l'autorité de la chose jugée² dont la déclaration d'illégalité pourrait être revêtue. Le cœur de la question est de savoir si la déclaration d'illégalité incidente revêt une autorité de la chose jugée absolue ou, au contraire, relative. En cas d'autorité relative, la déclaration d'illégalité incidente s'imposerait uniquement aux parties litigantes³. En cas d'autorité absolue, elle lierait également les tiers, en plus des parties au litige. Elle vaudrait *erga omnes*, comme le dit si bien l'expression latine consacrée.

Il convient d'insister, par souci de clarté, sur le caractère juridictionnel⁴ de la déclaration d'illégalité étudiée, précisément susceptible de lui conférer le statut de sanction. Il en irait différemment d'un constat d'illégalité posé par une autorité administrative, en particulier, à défaut pour celui-ci de revêtir l'autorité de la chose jugée.

La déclaration est, en outre, qualifiée d'incidente. Devant le Conseil d'Etat, en particulier, la déclaration d'illégalité ne porte pas sur l'acte

L'on dit bien « *autorité de la chose jugée* », à se fier à la définition retenue par l'article 23 du Code judiciaire.

Le juge judiciaire n'aurait en effet pas le pouvoir d'écarter une décision émanant d'une juridiction administrative, par exemple, sous réserve de l'obligation de vérifier si elle ne fait pas l'objet d'un recours autorisé par la loi et si elle n'est pas rendue sur une contestation qui, d'après la loi, est du ressort exclusif des tribunaux, conformément aux articles 144 et 145 de la Constitution (Cass., 12 mars 1942, *Arr. Cass.*, 1942, p. 23 et concl. Proc. gén. HAYOT DE TERMICOURT, alors Av. gén.; *R.J.D.A.*, 1946, p. 22 et obs. P. DE VISSCHER; *Rev. de l'adm.*, 1942, p. 329 et obs. R. OCKRENT; P. BOUCQUEY, « Vers une redéfinition des relations entre le juge judiciaire et le juge administratif ? », *C.D.P.K.*, 1997, pp. 560-572).

La précision n'est pas sans importance eu égard à l'ancienne théorie du ministre-juge selon laquelle le ministre ou l'administrateur est juge de droit commun des réclamations formulées par les administrés et l'acte administratif qui en résulte est assimilé à un jugement (v. à ce sujet M. NIHOUL, *Les privilèges du préalable et de l'exécution d'office*, Bruges, La Chartre, 2001, n° 197, p. 257). Entre-temps, la Cour de cassation a eu l'occasion de préciser que l'appréciation du pouvoir exécutif sur la validité ou la nullité de ses arrêtés ne lie pas les cours et tribunaux. V. Cass., 10 février 1943, *Pas.*, 1943, I, p. 61 et Cass., 5 juillet 1943, *Pas.*, 1943, I, p. 282, aménagés par nos soins : « *L'appréciation des secrétaires généraux des ministères sur la nullité ou la validité des arrêtés qu'ils ont pris (et qui sont contrôlables) ne saurait lier le pouvoir judiciaire* ». Dans le même sens : Cass., 7 avril 1876, *Pas.*, 1876, I, p. 246; Cons. Guerre de l'armée d'occupation, 27 janvier 1923, *Pas.*, 1923, II, p. 124.

suspendu ou annulé⁵. Mais bien sur le règlement – le plus souvent⁶ – qui, en amont, fonde l'acte suspendu ou annulé et qui, déclaré illégal, communique son vice à ce dernier pour entraîner, en aval, sa suspension ou son annulation. C'est en cela que la déclaration ou l'illégalité est dite « *incidente* ». Avec quelle autorité à l'égard des tiers, en particulier, qu'ils soient citoyens, juges, administrés ou autorités ? Tel est précisément l'objet de la question étudiée. Celui de la force ou de l'autorité de la déclaration d'illégalité faite dans une décision de justice pour justifier le refus d'application sur pied de l'article 159 de la Constitution et que nous qualifions la « *déclaration d'illégalité incidente* ». Une question passée sous silence en doctrine et en jurisprudence dont l'attention semble s'être focalisée pour l'heure sur le refus d'application, l'annulation, la suspension ou encore le rejet de telles demandes en ce qui concerne l'autorité de la chose jugée en matière administrative.

La question est essentielle, disions-nous. Elle est aussi loin d'être évidente. La réponse pourrait même être plurielle.

Il n'est en effet pas exclu *a priori* qu'une déclaration d'illégalité incidente soit susceptible de revêtir une autorité différente selon qu'elle figure dans un arrêt de suspension ou d'annulation du Conseil d'Etat, en principe nanti d'une autorité *erga omnes*, ou dans une décision judiciaire, dont l'autorité est d'ordinaire qualifiée de relative⁷. Intuitivement, il faut convenir que telle est la première idée qui vient à l'esprit : l'autorité de la déclaration d'illégalité incidente suivrait naturellement l'autorité de la décision dans laquelle elle se trouve. A la réflexion, cependant, il n'est pas non plus exclu que l'autorité de la déclaration d'illégalité incidente varie selon qu'elle est localisée dans un arrêt d'annulation ou dans un arrêt de suspension, dès lors qu'à la différence du premier, ce dernier est frappé

⁵ L'on exclura volontairement du champ de l'étude la question spécifique de l'autorité du rejet d'une exception d'illégalité dans la mesure où un tel rejet peut être assimilé *a fortiori* à celui d'une demande de suspension ou d'annulation dont l'autorité est considérée comme nulle par le pouvoir judiciaire au nom de la théorie de l'objet véritable du recours. V. ci-dessous n° 40 et note 213.

⁶ En pratique, l'autorité jurisprudentielle d'un arrêt constatant l'illégalité d'un règlement, comparé à une décision individuelle, sera d'avantage susceptible d'être invoquée ultérieurement chaque fois que ledit règlement trouvera application. Dans le sens d'une autorité « *plus grande* » de ce fait : D. DE ROY, « Le contrôle de légalité des actes administratifs par le juge de cassation », note sous Cass., 9 septembre 2002, *J.L.M.B.*, 2003, p. 1179, note 2.

⁷ Sous réserve d'exceptions légales et jurisprudentielles sur lesquelles nous aurons l'occasion de revenir.

d'un caractère provisoire. Cela même si l'autorité de l'arrêt de suspension est également réputée absolue.

La question de l'autorité de la chose jugée de la déclaration d'illégalité incidente ne se pose pas uniquement en matière administrative, mais également en droit constitutionnel. Une brève comparaison s'imposera, en conséquence, avec l'autorité attachée à la déclaration d'inconstitutionnalité contenue dans un arrêt de la Cour constitutionnelle. Spécialement avec l'autorité attachée à la déclaration d'illégalité d'une norme réglementaire contenue dans un arrêt de la Cour constitutionnelle, pour être complet, puisque l'hypothèse est désormais avérée⁸.

Au besoin, des propositions concrètes seront formulées pour tenter d'améliorer le système légal actuel, selon les conclusions qui seront tirées en fin de réflexion.

2. La question est très technique. Elle est aussi plus complexe qu'il n'y paraît à première vue. La question est surtout importante. On peut même dire qu'elle est cruciale dans le cadre d'un Etat de droit efficace, point seulement en termes de responsabilité des autorités publiques⁹. Tellement cruciale que l'on pouvait s'attendre à trouver la solution dans la loi directement, voire, à défaut, dans une jurisprudence affirmée et constante de la Cour de cassation ou du Conseil d'Etat.

Rien de tel, en réalité. La loi reste muette. Les lois, plus exactement, restent silencieuses, car tous les juges peuvent recourir à l'article 159 de la Constitution. L'on eût pu trouver la solution, par conséquent, dans le Code judiciaire, dans les lois coordonnées sur le Conseil d'Etat ou même dans le Code d'instruction criminelle ou dans la Constitution, voire dans toutes ces normes à la fois...

L'article 159 de la Constitution date toutefois de 1831 et le silence des lois n'avait rien d'étonnant à l'époque : la portée de la déclaration d'illégalité incidente ne posait guère de difficulté, en l'absence d'une juridiction

⁸ V. sur ce point P. LEWALLE, « La Cour constitutionnelle, juge de l'administration », *En hommage à Francis Delpérée. Itinéraires d'un constitutionnaliste*, Bruxelles-Paris, Bruylant-L.G.D.J., 2007, pp. 887-908.

⁹ Si elle est absolue, l'autorité de la chose jugée de la déclaration d'illégalité incidente sera en effet déterminante pour l'établissement d'une faute éventuelle en présence d'une autorité publique dès lors que toute illégalité, selon la Cour de cassation, est en règle constitutive de faute en droit belge.

investie d'un pouvoir général d'annulation. A l'époque, le pénal tenait le civil en état, si bien que la question ne se posait pas vraiment non plus du point de vue purement judiciaire. Il est plus surprenant, en revanche, que la question n'ait pas été réglée en 1946, avec la création du Conseil d'Etat, même s'il est compréhensible que le législateur ait été retenu par d'autres questions plus immédiates.

Il n'en reste pas moins que si la question posée reste ouverte à l'heure actuelle et qu'elle mérite d'être discutée aujourd'hui, c'est avant tout parce que le législateur n'a pas cru bon la trancher dans un dispositif clair, cohérent et précis. Ce qu'il convient de regretter avec force.

A défaut de trouver la solution dans les lois, l'on pouvait s'attendre à trouver celle-ci dans la jurisprudence et, de préférence, dans une jurisprudence unanime et « *suprême* ». L'on songe, en particulier, à l'un ou l'autre arrêt de principe rendu par la Cour de cassation, par le Conseil d'Etat en assemblée générale voire encore par la Cour constitutionnelle.

Mais la jurisprudence non plus n'est guère prolifique. Rares sont les décisions qui tranchent la question expressément, de manière claire et précise. Nombreuses sont en revanche celles qui résolvent le dilemme à la sauvette. De manière générale, les décisions de justice ne sont en tous cas pas unanimes entre elles, ce qui fait plutôt désordre s'agissant d'un élément primordial de la protection juridique du citoyen.

Quant à la doctrine, elle est quasi muette sur ce point précis.

Devant ce silence de la loi, de la jurisprudence et de la doctrine, il ne reste plus qu'à raisonner avec les moyens du bord et proposer des solutions. Nous le ferons en trois temps. Premièrement, nous prendrons le temps de l'analyse approfondie de la législation, de la jurisprudence et de la doctrine de manière à fonder notre réflexion (I). Deuxièmement, nous envisagerons différentes pistes de solutions (II). Enfin, troisièmement, nous soumettrons des propositions (III).

I. L'ANALYSE DE LA LEGISLATION, DE LA JURISPRUDENCE ET DE LA DOCTRINE

L'analyse de la législation, de la jurisprudence et de la doctrine portera successivement sur deux objets distincts. D'abord, sur la valeur des principales décisions de justice rencontrées en matière administrative en

général (A). Ensuite, sur la valeur de la déclaration d'illégalité incidente en particulier (B).

Sur ce dernier point, il s'agira surtout de montrer l'absence d'une théorie jurisprudentielle aboutie en la matière. Auparavant, nous aurons pris le soin d'élargir le débat en évoquant les principales évolutions en matière d'autorité de la chose jugée.

A. LA VALEUR DES PRINCIPALES DECISIONS DE JUSTICE

3. La loi n'est donc d'aucun secours en ce qui concerne l'autorité de la chose jugée de la déclaration d'illégalité incidente. Elle ne l'est ni sur ce point précis ni à vrai dire sur celui, plus large, d'une véritable théorie homogène et cohérente de l'autorité des décisions de justice en général. L'on doit se résigner à constater le règne du particularisme à cet égard. Le droit positif s'est construit par touches successives, tantôt jurisprudentielles¹⁰, tantôt législatives, sans aucune vue d'ensemble. A telle enseigne que F. RIGAUX parle aujourd'hui d'« *autorités de chose jugée* » au pluriel et non d'une seule¹¹. Et pourtant, les mêmes questions se posent bien souvent, quel que soit le juge ou la discipline concernée. En particulier, l'autorité de la chose jugée s'étend-elle aux motifs qui sous-tendent le dispositif juridictionnel et ladite autorité est-elle opposable aux tiers ? Deux questions essentielles du point de vue du sujet abordé dans les lignes qui suivent. Deux questions qui méritent une étude transversale dès lors que le contrôle de légalité des actes administratifs est lui-même transversal ou diffus. La déclaration d'illégalité d'un acte administratif est susceptible de se retrouver dans n'importe quelle décision de justice dès lors que chaque droit dans chaque matière est susceptible de trouver sa source, ses limites ou son conditionnement, en tout ou en partie, dans un acte administratif.

Après avoir identifié rapidement la valeur des principales décisions de justice rencontrées en matière administrative et la source juridique qui permet de l'établir (1), nous reprendrons plus en détail les deux questions simplement évoquées jusqu'ici (2). Le tout non sans profiter du résultat des travaux de nos collègues dans chaque discipline, sans lesquels l'effort

¹⁰ En premier lieu jurisprudentielles, conviendrait-il de préciser.

¹¹ F. RIGAUX, « Autorités de la chose jugée », *J.T.*, 2007, pp. 318-19. Comp. G. DE LEVAL et F. GEORGES, *L'effet de la décision de justice. Contentieux européens, constitutionnel, civil et pénal*, Liège, Anthémis, 2008 ; J. VAN MEERBEECK, « La fin de l'autorité... de chose jugée ? », in *Liber amicorum Michel MAHIEU*, Bruxelles, Larcier, 2008, pp. 141-163.

de synthèse eût été plus ardu encore.

1. Les autorités de la chose jugée

4. Comme indiqué ci-dessus, le droit positif de la chose jugée semble s'être construit par touches successives, tantôt jurisprudentielles, tantôt législatives, sans aucune vue d'ensemble. Il en résulte que les décisions juridictionnelles ne sont pas égales devant la loi. Seules certaines d'entre elles ont vu leur portée précisée par la loi et, le cas échéant, celle-ci n'est pas toujours absolue. Ainsi, seules les décisions judiciaires et les arrêts de la Cour constitutionnelle font l'objet de réelles précisions légales, respectivement dans la loi spéciale sur la Cour d'arbitrage et dans le Code judiciaire, alors que les arrêts du Conseil d'Etat¹² et les décisions pénales sont les parents pauvres en législation. D'un autre côté, les décisions judiciaires, en règle, sont revêtues de l'autorité de la chose jugée relative, à la différence des autres, sous réserve de dérogations légales ou jurisprudentielles, selon le cas¹³. Un rapide tour d'horizon s'impose à ce double égard.
5. Les lois coordonnées sur le Conseil d'Etat se limitent à disposer que la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat « *statue par voie d'arrêts* »¹⁴ et que « *Les juridictions administratives saisies par renvoi du Conseil d'Etat après un arrêt d'annulation se conforment à cet arrêt sur le point de droit qu'il juge* »¹⁵. Cette dernière précision ne vise toutefois que les arrêts rendus par le Conseil d'Etat en qualité de juridiction d'appel. Les lois coordonnées ne définissent même pas les concepts de suspension et d'annulation, les deux sanctions pourtant réservées de manière générale au

¹² Non sans paradoxe dès lors que la valeur des arrêts de suspension et d'annulation de la Cour constitutionnelle semble avoir été fixée par la loi spéciale sur la Cour d'arbitrage en tenant compte de l'expérience des arrêts du Conseil d'Etat non générée par la législation.

¹³ Des exceptions légales existent en effet, dans lesquelles l'autorité absolue de la chose jugée est établie, en matière judiciaire de brevets, d'état des personnes et d'actions en cessations instruites comme en référé (l'autorité est étendue à l'égard de l'assureur en matière d'assurances de responsabilité pour autant que celui-ci ait au minimum assumé la direction du procès). Des exceptions jurisprudentielles aussi, en matière pénale, avec l'évolution tout aussi jurisprudentielle, dans le sens d'une plus grande relativité, que l'on connaît en la matière.

¹⁴ Articles 7, 11, 12, 13, 14-15, 16, 17, 18, 26. L'article 7 dispose de manière générale que « *La section du contentieux administratif statue par voie d'arrêts, dans les cas prévus par la présente loi et les lois particulières* ».

¹⁵ Article 15.

Conseil d'Etat en matière administrative. A propos de la suspension, elles précisent seulement que celle-ci vise l'exécution de l'acte, sans plus¹⁶. Elles ne disent rien, *a fortiori*, en ce qui concerne le refus d'application ou la déclaration d'illégalité incidente qui, lorsqu'ils fondent la suspension ou l'annulation, leur est nécessairement préalable. Mais il est vrai que ceux-ci trouvent leur source dans l'article 159 de la Constitution directement. Seuls les travaux préparatoires de la loi portant création du Conseil d'Etat énoncent à plusieurs reprises l'effet *erga omnes* de l'annulation¹⁷.

En dépit du silence de la loi, les arrêts d'annulation rendus par le Conseil d'Etat ont été reconnus, en doctrine¹⁸ et en jurisprudence¹⁹, comme étant

¹⁶ Article 17 des lois coordonnées. L'article 18 parle, quant à lui, de la suspension de l'acte...

¹⁷ V. Projet de loi portant création d'un Conseil d'Etat, *Doc. parl.*, S., s. e., 1939, n° 80, pp. 26, 28, 38 et 41 ; *Ann. Parl.*, S., 4 juillet 1939, p. 610 ; *Doc. parl.*, S., s. e. 1946, n° 58, p. 6 et l'autorité *erga omnes* des arrêts d'annulation du Conseil d'Etat, à l'exclusion des arrêts de rejet ; Rapport préc. l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section d'administration du Conseil d'Etat, *Mon.*, 23-24 août 1948, p. 6826 au sujet de l'article 4 dudit arrêté. V. aussi P. LEWALLE, *Contentieux administratif*, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 2008, n° 617, pp. 1099-1100, et n° 641, pp. 1128-1129.

Il peut ainsi être considéré que les arrêts comportant une sanction d'annulation ou de suspension revêtent nécessairement une autorité distincte de celle prévue par le droit commun à l'article 23 du Code judiciaire combiné avec l'article 2 du même code, du fait de leur dispositif. Sur cette question, rem. R. WITMEUR, « L'autorité de la chose jugée administrativement », in B. BLERO (éd.), *Le Conseil d'Etat de Belgique. Cinquante ans après sa création (1946-1996)*, Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 772-779. Sur le statut de droit commun du Code judiciaire en l'absence d'incompatibilité, v. M. NIHOUL, *o. c.*, 2001, n° 516-525, pp. 638-649. Rem. au passage Projet de loi portant création d'un Conseil d'Etat, *Doc. parl.*, S., s. e. 1946, n° 58, p. 7 : « Les règles régissant l'autorité de la "chose jugée", laquelle n'a d'effets que "inter partes", ne découlent point de la Constitution, mais de l'article 1351 du Code civil. Le législateur ordinaire a donc le droit de les modifier. M. Wodon cite d'ailleurs des cas où les jugements des tribunaux ordinaires ont des effets à l'égard des personnes étrangères à la cause. Par exemple, en matière de faillite ». Plus tard, l'article 1351 du Code judiciaire sera transféré à l'article 23 du Code judiciaire.

V. de manière générale P. WIGNY, *Principes généraux du droit administratif belge*, 4^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1962, n° 532, p. 427 ; A. BUTTGENBACH, *Manuel de droit administratif*, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 1966, p. 492, n° 513 ; C. CAMBIER, *Droit administratif*, T. I, Bruxelles, Larcier, 1968, p. 468 ; M. LEROY, *Les règlements et leurs juges*, Bruxelles, Bruylant, 1987, n° 127, pp. 173-174 ; A. ALEN, A. MAST, et J. DUJARDIN, *Précis de droit administratif belge*, 11^e éd. (par rapport au premier précis d'A. MAST), Bruxelles, Story-Scientia, 1989, p. 615, n° 667 ; M.-A. FLAMME, *Droit administratif*, T. I, Bruxelles, Bruylant, 1989, n° 253-253bis, pp. 603-607 ; W. LAMBRECHTS, *Geschillen van bestuur*, 3^e éd. add., Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1990, p. 207 ; J. SALMON, *Le Conseil d'Etat*, Bruxelles,

Bruylant, 1994, pp. 527-528 ; A. VAN MENDEL, I. CLOECKAERT, W. ONDERDONCK et S. WYCKAERT, *De administratieve rechtshandeling. Een proeve*, Gent, Mys & Breesch, 1997, n° 341-343, p. 125 ; P. BOUVIER, *Eléments de droit administratif*, Bruxelles, De Bocck, 2002, n° 326, p. 279 ; G. DE LEVAL, *Eléments de procédure civile*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2005, n° 175, p. 253, note 139 ; M. LEROY, *Contentieux administratif*, 4^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 764 ; P. LEWALLE, *o. c.*, 3^e éd., 2008, pp. 1128 et s. (rem. n° 647, p. 1138 : « L'annulation (...) crée dans l'ordonnement juridique un « vide », situation objective qui, en principe, est applicable à tous et invocable par tous »). V. plus sp. M. BOES, « Beschouwingen over de gevolgen van nietigverklaringsarresten van de Raad van State », in *Liber amicorum Josse de Wilmars*, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1982, p. 5 ; A. VANDER STICHELE, « Voor een betere uitvoering van de arresten van de Raad van State », in *Liber amicorum F. Dumon*, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1983, p. 987 ; D. LAGASSE, « Responsabilité de l'administration à l'occasion de l'exécution des décisions des juridictions administratives », in *La responsabilité des pouvoirs publics*, Bruxelles, Bruylant, 1991, n° 2, p. 197 ; M.L. WILLOT-THOMAS, « Les effets juridiques et pratiques des jugements en matière administrative », *A.P.T.*, 1992, pp. 78-79 ; B. BLERO, « Du contentieux de la suspension et des autres mesures provisoires organisés par la loi du 19 juillet 1991 », *A.P.T.*, 1993, p. 140 ; P. LEWALLE, « L'autorité de la chose jugée des arrêts prononcés par le Conseil d'Etat au contentieux de l'exercice de pouvoir et le juge judiciaire », in *Le contentieux interdisciplinaire - Het interdisciplinair geschil*, Diegem, Kluwer, 1996, pp. 174-264, sp. n° 17, p. 193 ; C. BERX, *Rechtsbescherming van de burger tegen de overheid. Een analyse van het systeem van administratieve rechtspraak in België*, Antwerpen-Groningen, Intersentia Rechtswetenschappen, 2000, p. 108, n° 212 ; S. LUST, *Rechtsherstel door de Raad van State*, Brugge, Dic Keure, 2000, n° 135, p. 252 ; S. LUST et P. POPELIER, « Rechtshandhaving door het Arbitragehof en de Raad van State door de uitoefening van de vernietigingsbevoegdheid : de positieve en negatieve bijdrage aan de rechtsvorming », *R.W.*, 2001-2002, pp. 1217-1224 ; P. DE SOMERE, « L'exécution des décisions du juge administratif », *A.P.T.*, 2005, pp. 1-22 ; J. THEUNIS, « De "exceptie van onwettigheid" (artikel 159 G.W.) : meer vragen dan antwoorden », *R.W.*, 2007-2008, p. 1268, n° 5. *Adde* Proc. gén. W. J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, alors Pr. av. gén. Cass., concl. préc. Cass., 16 décembre 1965, *Pas.*, 1966, I, p. 513, sp. p. 524 et notes 47-48 ; Proc. gén. W. GANSHOF VAN DER MEERSCH, concl. conf. préc. Cass., 22 octobre 1970, *Pas.*, 1971, I, p. 162 et note 1.

¹⁹ V. parmi tant d'autres C.E., *Van Woensel*, n° 15.497, 6 octobre 1972, *Rec.*, 1972, p. 707 ; C.E., *Tibax*, n° 20.599, 30 septembre 1980, *Rec.*, 1980, p. 1161 et *T.B.P.*, 1981, p. 342, B.1.8 ; Cass., 2 décembre 1981, *Pas.*, 1982, I, 450 ; Cass., 13 mai 1982, *Pas.*, 1982, I, p. 1056, concl. Proc. gén. VELU, alors Av. gén. ; *J.T.*, 1982, p. 772 et concl. ; *R.C.J.B.*, 1984, p. 10, note R.-O. DALCQ ; Cass., 27 mars 1984, *Pas.*, 1984, I, p. 871 ; Cass., 15 septembre 1988, *Pas.*, 1989, I, p. 50 ; Cass., 19 octobre 1989, *Pas.*, 1990, I, p. 200.

Dans trois arrêts récents, la Cour de cassation a expressément identifié l'existence d'un principe général de droit de l'autorité de la chose jugée des arrêts d'annulation prononcés par le Conseil d'Etat : Cass., 21 décembre 2001, *Pas.*, 2001, p. 2204 ; *J.L.M.B.*, 2002, p. 1032 et obs. D. PHILIPPE, « Annulation de nomination et lien causal » (en conséquence l'arrêt bénéficie également aux candidats qui n'ont pas poursuivi l'annulation, leur abstention d'agir ne permettant pas de déduire une renonciation à leurs droits) ; Cass., 26 mars 2004, *J.T.*, 2004, p. 560 ; Cass., 21 juin

nantis de la plus forte autorité de chose jugée qualifiée d'absolue ou *erga omnes* en ce qu'elle lie tous les sujets de droit, des juridictions aux particuliers en passant par les autorités, spécialement celles chargées d'appliquer la norme. Cette qualité est liée à la nature du contrôle imparti à la Haute juridiction administrative qui est de type objectif²⁰. Il porte avant tout sur des actes et non des personnes ; sur la légalité générale et égale davantage que sur des droits subjectifs tributaires de titres juridiques différents. L'unanimité de la doctrine et de la jurisprudence sur ce point incline P. LEWALLE à y déceler « la nature (même) des choses »²¹.

L'on pourrait penser que cette qualité soit réservée aux arrêts d'annulation compte tenu du caractère provisoire des arrêts de suspension. Comment l'arrêt de suspension pourrait-il avoir une portée absolue alors qu'il ne lie

2004, *Pas.*, 2004, p. 1095 : « L'autorité de chose jugée qui est liée aux décisions des juridictions administratives constitue un principe général de droit administratif qui n'est pas soumis à l'application des dispositions du Code judiciaire ». Rapp. C.E., sa Ballast Nedam Groep, n° 84.724, 18 janvier 2000 et les principes de « l'applicabilité erga omnes et l'effet rétroactif d'un arrêt d'annulation ». Comp. A. BOSSUYT, « Les principes généraux du droit en droit administratif et droit public, dans la jurisprudence de la Cour de cassation », in S. GILSON (dir.), *Au-delà de la loi ? Actualités et évolutions des principes généraux du droit*, Louvain-la-Neuve, Anthémis, 2006, p. 177.

Ainsi, par exemples, la Cour de cassation tire-t-elle comme conséquence de l'annulation d'un règlement que les poursuites fondées sur lui sont dépourvues de fondement (Cass., 22 janvier 1974, *Pas.*, 1974, I, p. 535 ; Cass., 22 octobre 1973, *Pas.*, 1974, I, p. 196 ; Bruxelles, 22 juin 1999, *T.M.R.*, 2000, p. 238 et *R.B.D.C.*, 2001, n° 44, p. 109 (F. TULKENS et J. SOHIER, « Les cours et tribunaux, Chronique de jurisprudence 1999-2000 ») ; Cass., 10 octobre 2000, *Pas.*, 2000, p. 1508 ; M. LEROY, *o. c.*, 4^e éd., 2008, p. 764 ; P. LEWALLE, *o. c.*, 3^e éd., 2008, p. 1105, n° 323) ou que le moyen fondé sur la violation d'une disposition réglementaire annulée est irrecevable (Cass., 9 juin 1977, *Larcier Cassation*, 1997, p. 255, cité par P. LEWALLE, *o. c.*, 3^e éd., 2008, n° 625, p. 1107).

20 M. LEROY, *o. c.*, 1987, n° 127, p. 173 ; B. BLERO, *o. c.*, *A.P.T.*, 1993, p. 140 ; P. LEWALLE, *o. c.*, 3^e éd., 2008, n° 643, p. 1130.

21 P. LEWALLE, *o. c.*, 3^e éd., 2008, n° 641, p. 1129, aménagé par nos soins. L'auteur relève que la portée *erga omnes* d'un arrêt d'annulation peut être limitée, en ce qui concerne un acte individuel, aux personnes ayant introduit un recours, à l'exclusion de ceux qui s'en seraient abstenus (cette jurisprudence administrative n'est toutefois pas partagée par la Cour de cassation) (n° 645, pp. 1134-1136). Des voies de recours sont par ailleurs ouvertes et la tierce-opposition confirmerait et contrebalancerait l'effet *erga omnes* attaché aux arrêts d'annulation (n° 646, pp. 1136-1137). La tierce-opposition est cependant également organisée en matière judiciaire en ce qui concerne des décisions réputées nanties d'un effet relatif.

pas le juge du fond, par définition ? La jurisprudence²² et les précis de contentieux administratif enseignent cependant que la suspension « produit (...) ses effets erga omnes, comme l'annulation le fera plus tard »²³, avec pour conséquences d'interdire à l'autorité de refaire même partiellement l'acte attaqué sans réparer l'illégalité déclarée et de rendre sans objet les autres demandes de suspension qui auraient été ou seraient introduites contre le même acte. Quant au juge judiciaire, il est tenu par la suspension jusqu'à nouvel ordre²⁴. La suspension différerait cependant de l'annulation non point quant à l'intensité de son autorité mais quant à la nature de la sanction et à son champ d'application temporel. A la différence de l'annulation, en effet, la suspension n'aurait pas d'effet rétroactif²⁵ dans la mesure où elle ne porte pas sur l'existence de l'acte mais uniquement sur son exécution.

La suspension comme telle n'aurait pas d'effet rétroactif mais l'illégalité de l'acte suspendu justifiant ladite sanction ne serait pas dépourvue de toute portée sur le passé. M. LEROY identifie cette portée comme relevant de la « présomption d'illégalité » réfragable susceptible d'avoir des implications rétroactives : ainsi « (...) l'autorité jurisprudentielle d'un tel arrêt peut-elle être invoquée même pour la période antérieure à l'arrêt, à

22 V. par exemple C.E., *De Liedekerke*, n° 35.392, 5 juillet 1990 ; C.E., *Peeters et crts*, n° 39.575, 4 juin 1992.

23 M. LEROY, *o. c.*, 4^e éd., 2008, p. 889. V. aussi P. LEWALLE, *o. c.*, 3^e éd., 2008, p. 1105, n° 323. V. encore B. JADOT, « Le pouvoir de suspendre l'exécution d'actes administratifs reconnu au Conseil d'Etat, par la loi du 16 juin 1989 », *Ann. dr. Louvain*, 1990, p. 265, n° 38 ; P. LEVERT, « L'efficacité en amont des arrêts. Suspension et mesures provisoires », in B. BLERO (dir.), *o. c.*, p. 752 ; B. BLERO, *o. c.*, *A.P.T.*, 1993, pp. 144-145 ; E. LANCKSWERDT, *Het administratief kort geding*, Antwerpen, Kluwer, 1993, n° 21, pp. 16-17.

24 J. THEUNIS, *o. c.*, *R.W.*, 2007-2008, n° 6-9, pp. 1268-1269 (au point de devoir prendre des mesures provisoires tel l'ordre d'arrêter des travaux) (à noter que l'auteur indique que le juge judiciaire est tenu par l'illégalité constatée) ; C.E., *s.a. Egta Contractors Antwerpen*, n° 40.734, 13 octobre 1992 en matière de marchés publics ; C.A., n° 57/92, 14 juillet 1992, B.11 et n° 80/92, 23 décembre 1992, B.11 en matière d'expropriation ; E. LANCKSWERDT, *o. c.*, 1993, n° 28-29, pp. 19-20 ; P. LEWALLE, *Le référé administratif*, Collection scientifique de la Faculté de droit de Liège, 1993, pp. 152-153 ; D. D'HOOGHE et L. SCHELLEKENS, « De interferentie tussen kortgedingprocedures voor de Raad van State en gerechtelijke procedures voor andere rechts machten », in *Rechtsbescherming door de Raad van State, 15 jaar procedurele vernieuwing*, Brugge, Die Keure, 2004, p. 239, n° 38.

25 B. JADOT, *o. c.*, *Ann. dr. Louvain*, 1990, p. 265, n° 38 ; M. LEROY, *o. c.*, 4^e éd., 2008, p. 889 ; P. LEWALLE, *o. c.*, 3^e éd., 2008, n° 623, p. 1105. V. par exemple C.E., *Région wallonne*, n° 103.527, 13 février 2002.

l'appui, par exemple, d'une argumentation invitant une juridiction à refuser d'appliquer ce règlement à une situation litigieuse située entre sa publication et sa suspension, en application de l'article 159 de la Constitution»²⁶. A fortiori la même présomption s'attache-t-elle à la déclaration d'illégalité incidente formulée dans un arrêt de suspension²⁷. Avec effet rétroactif et parfois même pour le futur²⁸, à considérer du moins que cette déclaration incidente là ne soit pas revêtue de l'autorité de la chose jugée tout simplement.

Il importe de préciser, enfin, que les arrêts rendus par le Conseil d'Etat au contentieux de la cassation administrative ont une autorité relative²⁹. Tous les arrêts du Conseil d'Etat n'ont donc pas, par nature, l'autorité absolue de la chose jugée.

6. L'article 9 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la *Cour d'arbitrage* dispose expressément, dans son premier paragraphe, que « *Les arrêts d'annulation rendus par la Cour d'arbitrage ont l'autorité absolue de la chose jugée à partir de leur publication au Moniteur belge* »³⁰.

²⁶ M. LEROY, *o. c.*, 4^e éd., 2008, p. 889. V. aussi P. LEVERT, in B. BLERO (dir.), *o. c.*, 1999, pp. 756-757 dans une mesure limitée et sous réserve d'effets définitifs et irréversibles.

²⁷ Rappr. R. WITMEUR, in B. BLERO (éd.), *o. c.*, 1999, pp. 789-791 en ce qui concerne la valeur probante des arrêts de rejet à l'égard des tiers.

²⁸ L'autorité de chose jugée de la suspension est en effet provisoire, normalement appelée à ne durer que six mois et « *tout au plus jusqu'à la décision au fond* » (P. DE SOMERE, « L'exécution des décisions du juge administratif », *A.P.T.*, 2005, pp. 2-3). L'article 17, § 4, alinéa 1^{er} des lois coordonnées du 12 janvier 1973 sur le Conseil d'Etat précise que « *Si la suspension a été ordonnée, il est statué sur la requête en annulation dans les six mois du prononcé de l'arrêt* ». Le § 7 de la même disposition stipule toutefois qu'en l'absence d'annulation, la chambre compétente peut lever ou rapporter la suspension ordonnée. En pratique, l'absence d'annulation se justifie souvent pour des raisons distinctes de la légalité.

²⁹ P. LEWALLE, *o. c.*, 3^e éd., 2008, p. 1101, n° 618. Une telle autorité pourrait être liée à la nature généralement subjective (politique) du contentieux soumis à cassation.

³⁰ Le § 2 précise que « *Les arrêts rendus par la Cour d'arbitrage portant rejet des recours en annulation sont obligatoires pour les juridictions en ce qui concerne les questions de droit tranchées par ces arrêts* ». V. not. H. SIMONART, *La Cour d'arbitrage. Une étape dans le contrôle de la constitutionnalité de la loi*, Bruxelles, E. Story-Scientia, 1988, pp. 194-220 et 252-272 ; F. DELPÉRIE et S. DEPRÉ, *Le système constitutionnel de la Belgique*, Bruxelles, Larcier, 1998, n° 400, pp. 270-271 ; S. LUST et P. POPELIER, *o. c.*, *R.W.*, 2001-2002, n° 4-31, pp. 1210-1217 ; G. DE LEVAL, *o. c.*, 2^e éd., 2005, n° 175, p. 253, note 139 ; M.-F. RIGAUX et B. RENAULD, *La Cour constitutionnelle*, Bruxelles, Bruylant, 2008, pp. 227-258.

Les articles 24 et 25 précisent que l'arrêt ordonnant la suspension a effet à dater de sa publication au *Moniteur belge* dans son intégralité ou par extrait dans les cinq jours du prononcé et pour un maximum non prorogeable de trois mois, délai dans lequel la Cour est tenue de rendre son arrêt sur la demande principale. A défaut, la suspension cesse immédiatement ses effets. En l'absence de définition des effets de la suspension dans la loi spéciale, la Cour constitutionnelle a défini la suspension comme une sorte d'annulation temporaire revêtue de l'autorité de la chose jugée *erga omnes*³¹ mais sans effet rétroactif³².

Quant aux arrêts rendus sur question préjudicielle, ils ont une « *autorité relative renforcée* », selon l'expression consacrée en doctrine³³, dans la

³¹ C.A., n° 47/2003 et 48/2003, 10 avril 2003, B. 8 : « *l'arrêt qui suspend une norme législative est revêtu de l'autorité de chose jugée erga omnes, même si ce n'est que de manière provisoire* ».

³² C.A., n° 30/1997, 1 mai 1997, B.5.3 : selon la Cour la « *suspension n'invaliderait automatiquement ni les arrêtés d'exécution pris sur la base du décret attaqué ni les actes administratifs individuels pris sur la base de ce même décret ou de ses arrêtés d'exécution* » s'agissant vraisemblablement des actes antérieurs au prononcé de l'arrêt, même si cela n'est pas directement précisé. V. aussi not. G. ROSOUX et F. TULKENS, « *Considérations théoriques et pratiques sur la portée des arrêts de la Cour d'arbitrage* », in *La Cour d'arbitrage : un juge comme les autres ?*, Liège, Jeune Barreau de Liège, 2004, n° 42, p. 140.

³³ Selon l'expression de F. DELPÉRIE et A. RASSON-ROLAND, *Recueil d'études sur la Cour d'arbitrage 1980-1990*, Bruxelles, Bruylant, 1990, p. 51 et *La Cour d'arbitrage*, Bruxelles, Larcier, 1996, n° 91, p. 108. V. encore not. M. BECKERS, *L'autorité et les effets des arrêts de la Cour d'arbitrage*, Bruxelles, E. Story-Scientia, 1987, resp. pp. 50, 55 et 54 : « *une autorité qui dépasse l'autorité inter partes* » même si « *L'arrêt préjudiciel ne peut qu'être assimilé au mécanisme de l'exception d'illégalité* » en ce qu'il n'a pas valeur d'annulation de la norme qui ne disparaît pas de l'ordonnement juridique mais qui « *devra rester lettre morte pour l'avenir* » ; J. VELAERS, *Van Arbitragehof tot Grondwettelijk Hof*, Antwerpen, Maklu, 1990, p. 406 ; L.-P. SUETENS et R. LEYSEN, « *Les questions préjudicielles : cause d'insécurité juridique ?* », in *La sécurité juridique*, Ed. Jeune Barreau de Liège, 1993, n° 23, pp. 66-67 ; G. DE LEVAL (rapp.), « *La pertinence de la question préjudicielle et l'usage de la réponse par le juge a quo* », 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, 2006, p. 265 ; M.-F. RIGAUX et B. RENAULD, *o. c.*, 2008, n° 322-323, pp. 257-258. *Adde* V. BARTHOLOMÉE et J. SOSSON, « *La Cour d'arbitrage et le droit de la filiation : les effets de l'arrêt du 21 décembre 1990* », *J.T.*, 1991, p. 711, n° 9 et p. 712, n° 13 ; B. LOMBAERT, « *Le maintien des effets des normes censurées par la Cour d'arbitrage – recours en annulation et questions préjudicielles* », *A.P.T.*, 1998, pp. 184-188 ; G. ROSOUX et F. TULKENS, in *o. c.*, 2004, p. 101, n° 7, n° 14, p. 105 et n° 22-25, pp. 116-119 ; Q. PEIFFER, « *Loi anticonstitutionnelle et administration, ou comment justifier une erreur* », note sous Cass., 21 décembre 2007, *J.L.M.B.*, 2008, n° 7-10, pp. 1084-1086.

mesure où les juges appelés à statuer dans la même affaire sont tenus par la réponse de la Cour³⁴, d'une part, et, d'autre part, les autres juges qui se poseraient la même question peuvent décider d'y apporter la même réponse si elle leur semble adéquate. La Cour constitutionnelle a confirmé que de tels arrêts n'ont pas d'autorité absolue³⁵. Cette autorité peut d'ailleurs être transformée en autorité absolue par le truchement des différents gouvernements ou des justiciables justifiant d'un intérêt, qui disposent de la faculté d'introduire un recours en annulation contre la norme inconstitutionnelle dans un nouveau délai de six mois. Certains estiment que l'arrêt préjudiciel est de la sorte plus proche de la suspension que de l'annulation en ce que le constat d'inconstitutionnalité peut être assimilé à une suspension *inter partes*³⁶. D'autres auteurs insistent au contraire, sans être nécessairement suivis par les hautes juridictions du pays, sur la nécessité d'interpréter la loi spéciale du 6 janvier 1989 comme emportant l'obligation pour le juge de choisir entre deux voies exclusivement : soit refuser d'appliquer la norme législative déjà constatée invalide par la Cour constitutionnelle dans un arrêt précédent, soit poser une question préjudicielle à celle-ci. Il n'y aurait pas de troisième voie qui permettrait au juge d'ignorer la jurisprudence constitutionnelle en appliquant une norme législative déjà censurée³⁷. En attendant, seuls les juges et les parties semblent visés par l'autorité des arrêts préjudiciels, à l'exclusion des tiers et spécialement des autorités administratives. C'est en cela qu'elle reste « relative ».

7. L'autorité des décisions judiciaires rendues en matière pénale connaît un

³⁴ Article 28 : « La juridiction qui a posé la question préjudicielle, ainsi que toute autre juridiction appelée à statuer dans la même affaire sont tenues, pour la solution du litige à l'occasion duquel ont été posées les questions visées à l'article 26, de se conformer à l'arrêt rendu par la Cour constitutionnelle ».

³⁵ C.A., n° 26/91, 16 octobre 1991, B.3 : « Par elle-même, une décision préjudicielle par laquelle la Cour constate une violation n'est pas applicable erga omnes et ne fait pas non plus disparaître de l'ordre juridique belge la règle de droit qui en fait l'objet ».

³⁶ G. ROSOUX et F. TULKENS, *in o. c.*, 2004, p. 134, n° 36.

³⁷ V. E. KRINGS, « Propos sur les effets des arrêts rendus par la Cour d'arbitrage », *J.T.*, 1985, p. 588, n° 61 ; H. SIMONART, *o. c.*, 1988, p. 257 ; du même auteur, « Le contrôle exercé par la Cour d'arbitrage », *in La cour d'arbitrage – Actualité et perspectives*, Bruxelles, Bruylant, 1988, p. 185, n° 178 ; L.-P. SUETENS et R. LEYSEN, *in o. c.*, 1993, n° 23, p. 67 ; J. VAN COMPERNOLLE et M. VERDUSSEN, « La guerre des juges aura-t-elle lieu ? A propos de l'autorité des arrêts préjudiciels de la Cour d'arbitrage », *J.T.*, 2000, pp. 302-304 au sujet de « la portée dissuasive d'un arrêt préjudiciel (qui) correspond, en vérité, à une autorité de chose jugée élargie influençant indirectement, certes, mais certainement et nécessairement, tout litige ultérieur dont la solution serait liée à l'application de la norme censurée ».

sort spécifique qui justifie de l'aborder avant celle des autres décisions judiciaires. Dans les esprits, le caractère public – voire d'ordre public – de l'action pénale rapproche à l'évidence celle-ci du contentieux administratif³⁸ et du contentieux constitutionnel dans lesquels les arrêts d'annulation et de suspension du Conseil d'Etat et de la Cour constitutionnelle sont réputés avoir l'autorité absolue de chose jugée également. L'argument plaide en faveur de la nature publique du droit pénal dans la discussion fort théorique relative au classement des disciplines selon la *summa divisio* droit public – droit privé. Le droit administratif et le droit pénal ont en commun la force particulière de leurs décisions de justice.

La règle de l'autorité absolue des décisions pénales – qui ne vaut qu'à l'égard des décisions pénales belges³⁹ – n'est cependant pas davantage écrite dans une disposition légale. Elle participe d'un « principe général de droit selon lequel la juridiction civile ne peut remettre en question ce qui a été jugé définitivement, certainement et nécessairement par le juge répressif sur l'existence d'un fait qui forme la base commune de l'action civile et de l'action publique »⁴⁰. La Cour de cassation a pris soin de préciser que « l'autorité au civil de la chose jugée au pénal n'est pas réglée par les articles 23 et suivants du Code judiciaire mais constitue un principe général de droit pénal consacré par diverses dispositions du droit pénal »⁴¹ et spécialement l'article 4 de la loi du 17 avril 1878 contenant le

³⁸ Rapp. R. WITMEUR, *in* B. BLERO (éd.), *o. c.*, 1999, p. 795 mais uniquement en vue de soutenir un adage selon lequel, pour utiliser une formule familière, l'administratif tiendrait aussi le judiciaire en état.

³⁹ C.C., n° 113/2008, 31 juillet 2008, B.4.

⁴⁰ H.-D. BOSLY, D. VANDERMEERSCH et M.-A. BEERNAERT, *Droit de la procédure pénale*, 5^e éd., Bruxelles, La Chartre, 2008, p. 337. V. aussi G. DE LEVAL, *Eléments de procédure civile*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2005, n° 175, pp. 254-255 ; M. PREUMONT, « Les principes généraux du droit en matière pénale », *in* S. GILSON (dir.), *o. c.*, 2006, pp. 115-116 ; M. FRANCHIMONT, A. JACOBS et A. MASSET, *Manuel de procédure pénale*, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 2009, p. 988.

⁴¹ Cass., 27 juin 1972, *Pas.*, 1972, I, p. 1014 et note 1 ; Cass., 28 avril 1981, *Pas.*, 1981, I, p. 992 et note 1 ; Cass., 6 février 1985, *Pas.*, 1985, I, p. 702 et note 1 (*non bis in idem*) ; Cass., 8 avril 1998, *Pas.*, 1998, I, p. 446 et note 2. Adde certains arrêts remettant en cause le « principe général du droit (interne) consacrant l'autorité erga omnes de la chose jugée au pénal » au nom des droits de la défense et du droit à un procès équitable : not. Cass., 15 février 1991, *Pas.*, 1991, I, p. 572 ; Cass., 14 juin 2006, *Pas.*, 2006, p. 1403 et concl. Av. gén. D. VANDERMEERSCH. Adde R. HAYOIT DE TERMICOURT, « Considérations sur le projet de Code judiciaire », *Bull.*, 1966, pp. 12-13 et *J.T.*, 1966, p. 499 ; W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, *Propos sur le texte de loi*

titre préliminaire du Code de procédure pénale⁴².

Or, cette disposition consacre dans les textes l'adage précis selon lequel « *le criminel tient le civil en état* » dont il convient de remarquer qu'il ne connaît pas d'équivalent en matière administrative (en dehors de la protection des droits subjectifs et de la responsabilité civile de l'Etat en particulier). L'autorité *erga omnes* de la chose jugée au pénal – dont il s'agit – vaudrait donc uniquement au civil, en plus du répressif⁴³ bien entendu. Elle consacre la « *prépondérance de la justice répressive, gardienne des intérêts généraux de la société, qui prévaut sur la justice civile, protectrice d'intérêts privés* »⁴⁴. Comme si l'action publique exercée au nom de la société liait celle-ci toute entière, par nature, même

et les principes généraux du droit, Bruxelles, Bruylant, 1970, p. 87 et *J.T.*, 1970, pp. 585-586.

⁴² Au départ, la jurisprudence de la Cour de cassation focalisait l'attention sur l'article 4 de la loi du 17 avril 1878, fût-ce implicitement, qui consacre la prédominance de l'action publique sur l'action civile : not. Cass., 4 juillet 1878, *Pas.*, 1878, I, p. 296 et concl. Proc. gén. MESDACH DE TER KIELE, alors Pr. av. gén.; Cass., 24 juin 1926, *Pas.*, 1927, I, p. 23 et note 4; Cass., 3 janvier 1929, *Pas.*, 1929, I, p. 322 et note 3; Cass., 3 janvier 1955, *Pas.*, 1955, I, p. 429 et note 2; Cass., 9 septembre 1963, *Pas.*, 1964, I, p. 27 et note 1; Cass., 26 février 1965, *Pas.*, 1965, I, p. 654 et note 2; Cass., 21 mai 1965, *Pas.*, 1965, I, p. 1021 et note 2; Cass., 10 mai 1985, *Pas.*, 1985, I, p. 1131 et note 1. Rapp. Cass., 10 mars 1924, *Pas.*, 1924, I, p. 240 et note 1; P. LECLERCQ, note 2 sous Cass., 23 juin 1932, *Pas.*, 1932, I, p. 200; Cass., 26 mai 1972, *Pas.*, 1972, I, p. 892 et note 4 (le chapeau fait état d'un principe général de l'autorité de la chose jugée en matière répressive et à l'article 4 de la loi du 17 avril 1878). Dans plusieurs arrêts, l'autorité *erga omnes* est simplement affirmée et la formule selon laquelle ladite autorité s'attache à ce qui a été certainement et nécessairement jugé par le juge répressif s'est progressivement imposée : not. Cass., 20 mai 1966, *Pas.*, 1966, I, p. 1186 et note 2; Cass., 22 mai 1969, *Pas.*, 1969, I, p. 870 et note 3; Cass., 18 novembre 1976, *Pas.*, 1977, I, p. 307 et notes 1-2, impl. (le sommaire fait état d'un principe général); Cass., 21 novembre 1980, *Pas.*, 1981, I, p. 343 et note 1, impl. (*idem*); Cass., 1^{er} octobre 1982, *Pas.*, 1983, I, p. 151 et note 1 (*idem*); Cass., 19 novembre 1982, *Pas.*, 1983, I, p. 344 et note 1 (*idem*); Cass., 18 septembre 1986, *Pas.*, 1987, I, p. 75 et note 1; Cass., 17 décembre 1987, *Pas.*, 1988, I, p. 481 (*idem*); Cass., 19 novembre 1982, *Pas.*, 1983, I, p. 151 et note 1, impl. (*idem*). *Adde* Cass., 19 septembre 1968, *Pas.*, 1969, I, p. 72 et note 3, impl.; Cass., 21 mai 1970, *Pas.*, 1970, I, p. 827, impl. et concl. Proc. gén. W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH; Cass., 24 juin 1970, *Pas.*, 1970, I, p. 945, impl. (*idem*); Cass., 21 octobre 1976, *Pas.*, 1977, p. 225 (*idem*); Cass., 16 septembre 1986, *Pas.*, 1987, I, p. 53 et note 1.

⁴³ Par exemple à l'égard du juge répressif saisi pour d'autres faits : Cass., 24 juin 1974, *Pas.*, 1974, I, p. 1105 et *R.W.*, 1974-1975, col. 727, obs. A. VANDEPLAS. V. M. FRANCHIMONT, A. JACOBS et A. MASSET, *o. c.*, 3^e éd., 2009, pp. 990-999.

⁴⁴ F. RIGAUX, *o. c.*, *J.T.*, 2007, p. 318.

en l'absence des citoyens, aux débats, en leur nom personnel⁴⁵.

L'on peut observer au passage que le Code de procédure pénale en projet, pourtant conçu dans l'optique d'un décloisonnement des disciplines, continue à ignorer les interférences possibles entre procès pénal et administratif⁴⁶.

8. L'autorité de la chose jugée des décisions de justice est davantage précisée par la loi en droit judiciaire. Le chapitre IV de la première partie du Code judiciaire consacrée aux principes généraux est afférent à la chose jugée et comporte les articles 23 à 28. L'article 23 dispose que « *L'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet de la décision. Il faut que la chose demandée soit la même ; que la demande soit fondée sur la même cause ; que la demande soit entre les mêmes parties, et formée par elles et contre elles en la même qualité* ». Les articles 25 et 27 que « *L'autorité de chose jugée fait obstacle à la réitération de la demande* » grâce à « *L'exception de chose jugée (qui) peut être invoquée en tout état de cause devant le juge du fond saisi de la demande* », mais « (...) *ne peut être soulevée d'office par le juge* ». Les articles 24 et 26 que « *Toute décision définitive a, dès son prononcé, autorité de chose jugée* » et que celle-ci « (...) *subsiste tant que la décision n'a pas été infirmée* ». L'article 28 du Code judiciaire précise enfin que « *Toute décision passe en force de chose jugée dès qu'elle n'est plus susceptible d'opposition ou d'appel, sauf les exceptions prévues par la loi et sans préjudice des effets des recours extraordinaires* »⁴⁷. La « *force de la chose jugée* » n'est cependant pas définie plus avant. Doctrine⁴⁸ et jurisprudence⁴⁹ en concluent toutefois

⁴⁵ Rem. J.J. HAUS, *Principes généraux du droit pénal belge*, T. II, 3^e éd., Gand, A. Hoste, 1879, n° 1415, p. 607 : « *Ce que la société a fait juger, est donc jugé à l'égard de tous ses membres ; la décision qu'elle a provoquée par l'action de ses mandataires, doit être considérée comme la vérité pour tous les citoyens ; car tous ont été parties à la cause* ».

⁴⁶ M. FRANCHIMONT, A. JACOBS et A. MASSET, *o. c.*, 3^e éd., 2009, p. 1015.

⁴⁷ A noter donc que la loi consacre l'expression de l'autorité ou de la force de la chose jugée mais parle d'autorité ou de force de chose jugée lorsqu'il s'agit d'un qualificatif.

⁴⁸ V. par exemple P. MAHAUX, « *La chose jugée et le code judiciaire* », *J.T.*, 1971, p. 586 ; A. FETTWEIS, *Manuel de procédure civile*, 2^e éd., Faculté de droit de Liège, 1987, n° 374, p. 281 ; O. CAPRASSE, « *L'effet des décisions judiciaires à l'égard des tiers* », in G. DE LEVAL, P. LEWALLE et M. STORME (éd.), *Le contentieux interdisciplinaire*, C.I.D.J., Bruxelles, Bruylant, 1996, pp. 271-272 ; G. DE LEVAL, *o. c.*, 2^e éd., 2005, n° 174, p. 252 ; J. MARTENS, « *L'exception d'illégalité et le droit à l'aide sociale des étrangers* », obs. sous Cass., 10 septembre 2007, *J.L.M.B.*, 2008, p. 304 ; J.-F. VAN DROOGHENBROECK et F. BALOT, « *L'autorité de la chose jugée*

le caractère relatif, en règle, des décisions judiciaires, à défaut d'effets vis-à-vis des tiers.

A noter qu'à côté de l'effet négatif de la chose jugée, s'opposant à la réitération de la demande, l'article 1350, 3° du Code civil confère à la chose jugée un effet probatoire – qualifié d'effet positif⁵⁰ – constitutif d'une présomption légale à faire valoir dans le cadre d'une procédure subséquente entre les mêmes parties, mais à propos d'un autre objet ou d'une autre cause, le plus souvent attachée à l'un ou plusieurs des motifs formant le soutien nécessaire de la décision antérieure devenue définitive.

Parallèlement au Code judiciaire, dont l'article 2 précise la portée supplétive, il arrive que le législateur consacre explicitement l'autorité absolue de la chose jugée à l'égard de certaines décisions judiciaires⁵¹ en justifiant ce traitement différencié, non par un souci d'efficacité, mais par les nécessités de la matière⁵².

happée par la concentration du litige », in G. DE LEVAL et F. GEORGES, *L'effet de la décision de justice. Contentieux européens, constitutionnel, civil et pénal*, Liège, Anthémis, 2008, p. 173, n° 32.

⁴⁹ V. par exemple Cass., 20 avril 1966, *Pas.*, 1966, I, p. 1055 et notes 1-2 ; Cass., 27 juin 1975, *Pas.*, 1975, I, p. 1053 ; Cass., 16 octobre 1981, *Pas.*, 1982, I, p. 245 ; Cass., 28 avril 1989, *Pas.*, 1989, I, p. 914 ; Cass., 20 juin 1996, *Pas.*, 1996, I, p. 667.

⁵⁰ J.-F. VAN DROOGHENBROECK et F. BALOT, « L'effet positif de la chose jugée », *J.T.*, 2009, pp. 297-300. Rem. récemment Cass., 4 décembre 2008, *J.T.*, 2009, p. 303 à propos de l'illégalité d'un acte administratif : « De ce qu'il n'y a pas identité entre l'objet et la cause d'une action définitivement jugée et ceux d'une autre action ultérieurement exercée entre les mêmes parties, il ne se déduit pas nécessairement que pareille identité n'existe à l'égard d'aucune prétention ou contestation élevée par une partie dans l'une ou l'autre instance ni, partant, que le juge puisse accueillir une prétention dont le fondement est inconciliable avec la chose antérieurement jugée. L'autorité de la chose jugée s'attache à ce que le juge a décidé sur un point litigieux et à ce qui, en raison de la contestation portée devant lui et soumise à la contradiction des parties, constitue, fût-ce implicitement, le fondement nécessaire de sa décision ». En contentieux administratif, la violation de l'autorité de chose jugée sera également constitutive d'une illégalité, parfois supplémentaire à celle constatée. V. M. LEROY, *o. c.*, 4^e éd., 2008, p. 484.

⁵¹ V. sur ce point G. DE LEVAL, *o. c.*, 2^e éd., 2005, n° 175, pp. 254-256 ; J.-F. VAN DROOGHENBROECK et F. BALOT, in G. DE LEVAL et F. GEORGES, *o. c.*, 2008, pp. 187-196, n° 56-70. Rem. Projet de loi portant création d'un Conseil d'Etat, *Doc. parl.*, S., s. e. 1946, n° 58, p. 7 : « M. Wodon cite (...) des cas où les jugements des tribunaux ordinaires ont des effets à l'égard des personnes étrangères à la cause. Par exemple, en matière de faillite ».

⁵² Rem. A. FETTWEIS, *o. c.*, 2^e éd., 1987, n° 20, p. 34 : « Même en droit privé, il existe un contentieux objectif ».

Ainsi, l'article 51, § 1^{er}, alinéa 1^{er} de la loi du 28 mars 1984 sur le brevet d'invention dispose que la décision emportant l'annulation d'un brevet, en totalité ou en partie, par un jugement, un arrêt ou une sentence arbitrale, « a contre tous l'autorité de la chose jugée sous réserve de la tierce opposition ». Antérieurement, la proclamation de la décision par arrêté royal garantissait son opposabilité aux tiers grâce à la publication de celui-ci⁵³. Il a été décidé d'y mettre fin compte tenu de la rareté de telles proclamations constatée en pratique et des difficultés rencontrées pour prouver à l'administration compétente que la décision est passée en force de chose jugée⁵⁴. En même temps, le risque de décisions contradictoires a été limité par la spécialisation des juridictions en la matière et l'information au public garantie par une procédure d'inscription au Registre des brevets. Eu égard à la gravité des décisions d'annulation, le pourvoi en cassation est en outre exceptionnellement suspensif. La justification de l'autorité absolue tient de nouveau à la nature même de l'acte juridique sujet à contestation. Dès lors que l'existence d'un brevet s'impose à tous, il doit en aller de même s'agissant de sa mise à néant. La relativité du brevet est inimaginable, autrement dit. Il s'agit d'éviter qu'un « brevet déclaré nul à l'égard d'une personne puisse ultérieurement être déclaré valable à l'égard d'une autre personne »⁵⁵ et, à cet effet, de donner à la décision d'annulation un « effet non seulement entre les parties, mais également à l'égard des personnes qui n'ont été ni parties ni représentées à l'instance »⁵⁶. Dans ces conditions, il n'est pas certain, loin s'en faut, que l'autorité dépasse la question précise de l'existence du brevet, bien qu'une norme réglementaire puisse être relevante de ce point de vue et déclarée illégale.

L'article 331decies, § 1^{er} du Code civil, de son côté, dispose que « les

⁵³ V. l'article 26 de la loi du 24 mai 1854 sur les brevets d'invention, *Pasin.*, 1854, p. 176 ; civ. Malines, 29 mars 1926, *Ingénieur-Conseil*, 1926, p. 110 ; T. BRAUN et P. STRUYE, *Précis des brevets d'invention de la contrefaçon industrielle*, 1935, p. 140, n° 392 (l'arrêté royal avait au demeurant un effet rétroactif). Comme telle, la décision judiciaire n'avait qu'une valeur relative et la nullité était constatée par arrêté royal susceptible de recours devant le Conseil d'Etat (S.L.C.E., avis du 7 mars 1980 sur un projet de loi sur les brevets d'invention, *Doc. parl.*, Ch., s. o. 1980-1981, n° 919/1, p. 77).

⁵⁴ V. Projet de loi sur les brevets d'invention, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch., s. o. 1980-1981, n° 919/1, p. 43.

⁵⁵ *Ibid.*

⁵⁶ *Ibid.*

décisions judiciaires en matière de filiation sont opposables même aux personnes qui n'y ont point été parties ; mais celles-ci peuvent former opposition ». Il en va plus généralement ainsi, au terme de la jurisprudence de la Cour de cassation, de toutes les décisions constitutives ou modificatives de l'état des personnes compte tenu de l'indivisibilité de celui-ci⁵⁷ qui intéresse l'ordre public. Une règle de procédure spécifique est prévue à titre complémentaire afin de restreindre le risque de contestations (non sans contradiction dans son libellé) : « le tribunal peut ordonner, même d'office, que soient appelés à la cause tous les intéressés auxquels il estime que la décision doit être rendue commune » (§ 2) par exception à l'article 811 du Code judiciaire⁵⁸. A nouveau, il semble que seul l'état des personnes soit protégé par l'autorité absolue de la chose jugée, indépendamment des motifs présidant à son établissement.

Enfin, plusieurs lois prévoient des actions en cessation instruites comme en référé et dont la chose jugée a autorité *erga omnes* au civil comme au pénal ainsi qu'à l'égard des tiers en ce qui concerne les ordres civils de cessation⁵⁹. Des exemples peuvent être trouvés dans la loi du 12 janvier 1993 concernant un droit d'action en matière de protection de l'environnement qui ne le précise pas comme tel mais dont l'article 3, alinéas 5 à 7 organise la surséance à statuer, avec suspension de prescription, sur l'éventuelle action pénale concomitante relative à des faits faisant l'objet d'une action en cessation, jusqu'à ce qu'une décision passée en force de chose jugée ait été rendue relativement à l'action en cessation⁶⁰ ou encore dans les lois dites « *anti-discrimination* » qui opèrent de même⁶¹⁻⁶².

⁵⁷ Cass., 20 juin 1996, *Pas.*, 1996, I, p. 667.

⁵⁸ Rem. à cet égard Cass., 3 avril 2006, *Pas.*, 2006, p. 735 : « Le juge qui, en matière de responsabilité civile, attire l'attention sur l'éventuelle implication de tiers et ordonne la réouverture des débats en vue de permettre aux parties d'appeler ces tiers à la cause, ne porte pas atteinte à ces principes » de l'autonomie des parties et du droit en vertu desquels les parties sont seules maîtresses de l'action en justice en matière civile.

⁵⁹ J.-F. VAN DROOGHENBROECK et F. BALOT, in G. DE LEVAL et F. GEORGES, *o. c.*, 2008, n° 66-67, pp. 192-194.

⁶⁰ *Ibid.*, n° 66, p. 192 et les références note 129 ; A. LEBRUN, *L'action en cessation en matière d'environnement*, Diegem, Kluwer, 1997, n° 79, pp. 73-74 concernant l'existence d'un acte illégal (!), à savoir la violation manifeste de la règle environnementale.

⁶¹ V. les articles 20, § 4, alinéas 5-7 de la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination, 25, § 4, alinéas 5-7 de la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes et 18, § 4, alinéas 5-7 de la loi du 10 mai 2007 modifiant la loi du 31 juillet 1981 tendant à

Notons que les lois sur les mines, minières et carrières coordonnées par arrêté royal du 15 septembre 1919 prévoient, dans leur article 34, alinéa 1^{er}, que la nullité d'une concession peut être prononcée par les tribunaux en cas d'inobservation des prescriptions de ladite loi, sans assortir cependant la nullité prononcée d'une portée absolue. Il s'agit là, pourtant, d'une exception légale à l'absence de pouvoir d'annulation du pouvoir judiciaire⁶³.

9. En guise de *synthèse*, le rapide tour d'horizon au sujet de la valeur des décisions de justice permet de confirmer la pluralité des autorités de la chose jugée. Les plus élaborées d'entre elles en législation sont celles des décisions judiciaires et des arrêts de la Cour constitutionnelle. Lorsque l'autorité *erga omnes* d'une décision est précisée en législation ou en jurisprudence, sa justification semble tenir à un contenu décisionnel précis (spécialement l'annulation) dont il s'agit de garantir l'opposabilité dans un souci de sécurité juridique.

Dans tous les cas, la loi demeure muette au sujet de l'étendue matérielle de l'autorité de la chose jugée en ce qui concerne les motifs fondant le dispositif, en particulier, et au sujet de la portée des décisions à l'égard des tiers (la loi spéciale sur la Cour d'arbitrage ne vise que les juridictions).

En conséquence, la doctrine et la jurisprudence se sont emparées du sujet pour dégager des solutions et penser l'autorité de la chose jugée de la manière la plus cohérente possible, avec cependant le lot d'hésitations et de controverses que l'on connaît habituellement dans ce cas de figure, en l'absence d'autorité s'attachant à une intervention législative. Sans oublier les remises en question imposées plus récemment par la jurisprudence internationale dans toutes les disciplines, spécialement lorsque sont mis en cause les droits et libertés fondamentaux comme en matière de chose jugée.

Le questionnement semble commun à toutes les disciplines, sans exclure toutefois la tendance naturelle à observer d'abord les solutions proposées

réprimer certains actes inspirés par le racisme et la xénophobie. La même observation vaut à l'égard de ces textes.

⁶² Dans les deux cas, il faut concéder que le texte de loi n'est pas explicite et s'apparente ainsi à l'autorité absolue des décisions en matière pénale déduite de l'article 4 du Titre préliminaire du Code d'instruction criminelle.

⁶³ M.-A. FLAMME, *o. c.*, T. I, 1989, n° 244, p. 582.

par les processualistes, dont l'expérience est plus ancienne que celle des publicistes, et dont les codes constituent en principe le droit commun en cette matière également. Pour eux aussi, cependant, – ou d'abord, selon le point de vue –, l'autorité de la chose jugée serait l'un des « *problèmes les plus difficiles du droit procédural* »⁶⁴. Il n'en reste pas moins que la pensée élaborée dans les autres disciplines semble s'être construite au départ de la réflexion menée en droit judiciaire⁶⁵.

A noter qu'*a priori*, il n'est pas évident que les questions d'intensité et d'étendue de l'autorité soient liées, en ce qui concerne du moins les motifs, ce qui présente un intérêt capital du point de vue de la déclaration d'illégalité incidente. Autrement dit, la portée absolue d'une décision de justice ne commande pas nécessairement, *a priori*, que l'ensemble de son contenu soit revêtu de la même autorité. Pas plus que l'autorité relative n'impose une limitation de celle-ci au seul dispositif de la décision exclusivement.

Il n'est pas davantage acquis, par ailleurs, que la décision nantie d'une autorité de la chose jugée relative soit dépourvue de toute force à l'égard des tiers à la décision et que la déclaration d'illégalité incidente logée dans une telle décision soit dès lors condamnée à la confidentialité.

Partant, les deux questions appellent de plus amples développements.

2. L'autorité, les personnes et les motifs

10. L'effet des décisions de justice est aujourd'hui défini de façon extensive

⁶⁴ A. FETTWEIS, *o. c.*, 2^e éd., n° 3, p. 219 citant le rapport VAN REEPINGHEN et H. VIZIOZ. L'« *une des questions les plus obscures du droit et l'objet d'incessantes et interminables controverses* », selon P. LECLERCQ, Proc. gén., concl. préc. Cass., 6 mars 1930, *Pas.*, 1930, I, p. 143, ici p. 149. L'on se limitera, en conséquence, à un aperçu doctrinal récent.

Sur l'autorité de la chose jugée en général, v. sp. A. FETTWEIS, *o. c.*, 2^e éd., 1987, n° 360-384, pp. 267-286 ; O. CAPRASSE, in G. DE LEVAL, P. LEWALLE et M. STORME (éd.), *o. c.*, 1996, sp. pp. 267-273 ; G. DE LEVAL, *o. c.*, 2^e éd., 2005, pp. 243-256, n° 168-175 ; F. RIGAUX, *o. c.*, *J.T.*, 2007, pp. 318-319 ; J.-F. VAN DROOGHENBROECK et F. BALOT, in G. DE LEVAL et F. GEORGES, *o. c.*, 2008, pp. 153-217 ; J. VAN MEERBEECK, in *o. c.*, 2008, pp. 141-163. Traditionnellement, l'effet négatif de l'autorité est la fin de non-recevoir ou l'exception de chose jugée, l'effet positif la présomption *juris et de jure* ou irréfragable.

⁶⁵ En droit administratif, v. par exemple P. LEWALLE, *o. c.*, 3^e éd., 2008, n° 619, p. 1103 qui se fonde sur les réflexions d'A. FETTWEIS.

en doctrine et en jurisprudence, voire même en législation⁶⁶. La tendance n'est pas pour nous déplaire compte tenu de notre inclination à plaider en faveur d'une plus grande valorisation de l'opération de juger en matière administrative, spécialement sur les questions de légalité des règlements. D'abord par souci d'économie, car la justice coûte cher. Ensuite par exigence de cohérence voire d'efficacité, car les contradictions juridictionnelles minent la confiance du citoyen dans la justice. Il serait dommage de se priver d'efficacité, plus généralement, lorsque celle-ci peut être organisée à frais raisonnables.

a. L'autorité et les personnes

11. Dans le même esprit, bon nombre d'auteurs et de juges insistent aujourd'hui, en matière administrative comme en droit judiciaire, sur la force obligatoire ou probante inhérente à toute décision de justice, en ce compris à l'égard des tiers – et donc *ratione personae* –. Traditionnellement, l'on distinguait seulement et plus radicalement l'autorité de chose jugée relative et absolue – *inter partes* et *erga omnes* – selon que la décision liait les seules parties à la cause⁶⁷ ou, au contraire, tout sujet de droit. Aujourd'hui, il semble acquis que même la décision nantie d'une autorité relative de chose jugée produit des effets à l'égard des tiers.

En matière administrative, P. LEWALLE, en particulier, est d'avis que l'autorité relative de chose jugée (en l'occurrence d'un arrêt de cassation administrative) n'empêche pas qu'au-delà des parties « *toute autorité administrative doit avoir égard à cette décision, en fonction de sa force obligatoire* »⁶⁸ à l'égard des tiers. Toute décision de justice définitive, judiciaire comme administrative, serait en effet doublement revêtue d'une autorité de chose jugée entre les parties, d'une part, et d'une force

⁶⁶ J.-F. VAN DROOGHENBROECK et F. BALOT parlent d'un phénomène d'extension de l'autorité de la chose jugée sous l'impulsion de la concentration du litige (in G. DE LEVAL et F. GEORGES, *o. c.*, 2008, p. 159).

⁶⁷ *Res inter alios judicata, aliis neque nocere, neque prodesse potest.*

⁶⁸ P. LEWALLE, *o. c.*, 3^e éd., 2008, n° 619, p. 1103. V. aussi n° 311, pp. 429-430 : une « *autorité singulièrement contraignante* » « *indépendamment de la question de savoir si le jugement a autorité absolue ou relative de chose jugée* » ! Un acte juridictionnel ne peut d'ailleurs pas être retiré, abrogé ni modifié par une autorité administrative. *Adde* P. LEWALLE, in *o. c.*, 1996, p. 179, n° 4.

obligatoire inhérente à toute décision de justice vis-à-vis des tiers⁶⁹⁻⁷⁰, d'autre part. L'auteur se réfère sur ce point aux considérations de M. FETTWEIS⁷¹, elles-mêmes inspirées de J. FOYER, aujourd'hui suivies par nombre d'auteurs et par la Cour de cassation, selon lesquelles l'acte juridictionnel définitif émet une norme obligatoire qui modifie l'ordonnement juridique lorsqu'il tranche une question litigieuse, norme qui est opposable à tous. Tel serait précisément l'effet obligatoire de la décision de justice à distinguer de sa force probante (relative à l'*instrumentum*), de l'autorité relative de chose jugée consacrée à l'article 23 du Code judiciaire (liée à la force consumptive de l'action) et de sa force exécutoire renforcée⁷² confinées, quant à elles, aux parties. La spécificité de cette force obligatoire consiste dans ce qu'elle peut être

⁶⁹ En ce compris les administrations non parties au litige. P. LEWALLE, *o. c.*, 3^e éd., 2008, n° 311, p. 430, l'autorité de chose jugée est purement et simplement étendue à ces autorités.

⁷⁰ L'opposabilité peut préjudicier comme bénéficiaire aux tiers, en ce compris à l'égard d'autres tiers, croit-on utile de préciser. Rem. ainsi civ. Charleroi, 20 juin 2001, *Rev. not. belge*, 2003, p. 151, note L. COLLON et la preuve d'une vente avancée par l'administration fiscale pour établir l'exigibilité d'un droit d'enregistrement au moyen d'une décision ordonnant la résolution de celle-ci : « un jugement ne produit d'effets qu'entre parties ; mais (...), par son existence même, modifie l'ordonnement juridique et cette modification, objectivement, doit être reconnue et respectée par tous » (p. 153).

⁷¹ A. FETTWEIS, obs. sous C.E., *Pirson et crts*, n° 26.341, 9 avril 1986, *Ann. dr. Liège*, 1987, p. 213 (rapport HOEFFLER et obs. F. HAUMONT, *Amén.*, 1986, pp. 86-97) : « Le jugement, même lorsqu'il se borne à reconnaître un droit subjectif, lui confère une certitude, une solidité, lui procure une efficacité qu'il n'avait pas avant l'intervention du magistrat » (p. 220, n° 7). L'arrêt commenté énonce à propos d'un ordre de démolir donné par la Cour d'appel de Bruxelles que l'administration habilitée à délivrer le permis de démolir doit se soucier « de l'effet obligatoire qui est inhérent aux décisions judiciaires indépendamment de l'autorité de chose jugée qu'elles revêtent entre les parties » et prêter son concours à l'exécution de la décision judiciaire. V. aussi C.E., *Pirson et crts*, n° 36.336, 1^{er} février 1991, *J.L.M.B.*, 1991, p. 1350 et obs. J.-F. NEURAY, « Les limites du pouvoir d'appréciation de l'administration et son obligation de contribuer à l'exécution des décisions de justice », pp. 1354-1356. Précédemment, v. C.E., *Evenepoel*, n° 12.409, 26 mai 1967, *Rec.*, 1967, p. 514 et *Pas.*, 1967, IV, p. 141. V. aussi A. FETTWEIS, *o. c.*, 2^e éd., 1987, n° 358-359, pp. 265-267 et p. 570, n° 890 ; G. DE LEVAL, *Traité des saisies*, Liège, Faculté de droit, 1988, n° 266, p. 546 : « le rayonnement exécutoire du titre n'est pas limité aux parties » (dans le cas particulier de l'exécution en ce qui concerne les tiers qui, par leur situation, sont appelés, en vertu de la loi ou d'une convention, à collaborer à la réalisation du droit).

⁷² C'est-à-dire désignant la qualité pour un acte d'être susceptible d'être exécuté par la force. V. M. NIHOUL, *o. c.*, 2001, p. 177, n° 129.

écartée par les tiers soit par la tierce opposition (principale ou incidente)⁷³ soit par « des preuves indépendantes »⁷⁴, ce que l'autorité de la chose jugée interdit entre les parties. Selon M. FETTWEIS, « C'est cette distinction qui permet de comprendre que, si les parties sont irrévocablement tenues de s'incliner devant ce qui a été définitivement jugé entre elles, les tiers doivent reconnaître l'existence du jugement et son effet substantiel »⁷⁵.

L'écartement par voie de preuves indépendantes, non définies par M. FETTWEIS, s'entend de la preuve contraire par toutes voies de droit à apporter contre cette présomption simple et légale⁷⁶ par le tiers à qui la

⁷³ La tierce opposition est facultative et présente l'intérêt spécifique, pour le tiers, de ne pas emporter le renversement de la charge de la preuve, ce qui n'est pas le cas dans le cadre de l'autre voie de contestation. La tierce opposition répond toutefois à des conditions strictes de délai, ordinairement de trente ans ou de trois mois selon que la décision opposée n'a pas ou a fait l'objet d'une signification au tiers en cause. Pour A. FETTWEIS, la tierce opposition serait obligatoire en cas de « négation directe de ce qui a été décidé en justice » (*o. c.*, 2^e éd., 1987, p. 570, n° 890). Ce que contestent formellement J.-F. VAN DROOGHENBROECK et F. BALOT sur la base de la jurisprudence et sans quoi la tierce opposition serait toujours obligatoire puisque la force (probante selon eux) de la décision porte sur ce qui a été décidé (*in* G. DE LEVAL et F. GEORGES, *o. c.*, 2008, n° 39, pp. 177-178, note 85). A noter que les mêmes auteurs considèrent que la connaissance de la décision par le tiers par un autre biais que la signification ne change rien au choix qu'il aurait de former opposition dans les trente ans ou de choisir de renverser la preuve par jugement (*ibid.*, p. 180, n° 43, note 92).

⁷⁴ A. FETTWEIS, *o. c.*, *Ann. dr. Liège*, 1987, n° 8, p. 221 et *o. c.*, 2^e éd., 1987, p. 570, n° 890.

⁷⁵ *Ibid.*, n° 358, p. 266.

⁷⁶ O. CAPRASSE, *in* G. DE LEVAL, P. LEWALLE et M. STORME (éd.), *o. c.*, 1996, pp. 270-273 et 281-282 ; G. DE LEVAL, *o. c.*, 2^e éd., 2005, n° 167, p. 241 ; J.-F. VAN DROOGHENBROECK et F. BALOT, *in* G. DE LEVAL et F. GEORGES, *o. c.*, 2008, n° 38, p. 176. Les derniers auteurs discutent, dans leur contribution, la critique formulée en doctrine à l'encontre de la présomption simple et légale qui n'eût du être une présomption que de l'homme (c'est-à-dire ne devant pas être renversée, mais simplement abandonnée à la discrétion du juge), dont l'impact en pratique est toutefois très limité et qui peut se justifier par le principe de concentration du litige ou d'efficacité judiciaire (n° 40-43, pp. 179-181). Le même sort est au demeurant réservé au tiers contestant au civil l'autorité de la chose jugée au pénal, au tiers opposant ou encore à l'opposant d'un jugement par défaut, sans violation du droit au procès équitable, au principe de l'égalité des armes et aux droits de la défense (pas même au principe d'impartialité dans le dernier cas, alors que le débat a lieu devant le juge ayant pris la décision contestée). V. aussi O. CAPRASSE, *in* G. DE LEVAL, P. LEWALLE et M. STORME (éd.), *o. c.*, 1996, pp. 289-290 où l'auteur souligne dans le même but le rôle aujourd'hui plus actif du juge en matière de preuve et le même principe en matière d'opposabilité au civil d'une décision pénale.

décision est opposée dans un procès ultérieur. Raison pour laquelle bon nombre d'auteurs⁷⁷, à l'instar de la Cour de cassation⁷⁸⁻⁷⁹, situent l'effet légal examiné de la décision de justice sur le plan de la force probante⁸⁰ et point sur celui de la force obligatoire. D'autant que la décision judiciaire, en dehors de son opposabilité, n'a pas pour effet de créer des obligations à leur profit ni à leur charge⁸¹. Il importe de le préciser.

La possibilité pour le tiers de contester la décision rendue en son absence découle évidemment du respect des droits de la défense, du droit à un procès équitable et de l'égalité des armes.

L'autorité de la chose jugée, quant à elle, confère aux parties au procès une fin de non recevoir permettant de faire déclarer irrecevable toute action qui aurait pour objet de revenir sur ce qui a été antérieurement débattu et jugé. L'autorité de la chose jugée va donc au-delà de la force probante⁸² et de la présomption légale de vérité irréfragable entre les parties en ce qu'elle agit sur les droits eux-mêmes, reconnus par jugement, en les mettant à l'abri de toute contestation future, dans les limites qui la régissent.

En même temps, l'autorité de la chose jugée est restreinte en ce qui

⁷⁷ O. CAPRASSE, *ibid.*, pp. 274-291 et sp. p. 291 ; G. DE LEVAL, *o. c.*, 2^e éd., 2005, n° 167, pp. 240-241 : un effet d'opposabilité (force probante) de l'acte juridique proprement dit (*negotium*) ; J.-F. VAN DROOGHENBROECK et F. BALOT, *in* G. DE LEVAL et F. GEORGES, *o. c.*, 2008, pp. 173-196 ; n° 32-70. *Adde* J. MARTIENS, *o. c.*, *J.L.M.B.*, 2008, p. 305.

⁷⁸ Rem. Cass., 16 octobre 1981, *Pas.*, 1982, I, p. 245 : « si l'autorité de la chose jugée comme présomption irréfragable est relative, en ce sens qu'elle ne peut être invoquée que par les parties, la décision revêtue de cette autorité a toutefois force probante à l'égard des tiers, notamment comme présomption *iuris tantum* et sous réserve des voies de recours que la loi leur reconnaît, spécialement la tierce opposition ». V. aussi not. Cass., 20 avril 1966, *Pas.*, 1966, I, p. 1055 et notes 1-2 ; Cass., 27 juin 1975, *Pas.*, 1975, I, p. 1053 ; Cass., 28 avril 1989, *Pas.*, 1989, I, p. 914 et concl. Proc. gén. E. KRINGS, *Arr. Cass.*, 1988-89, n° 495 ; Cass., 26 mars 1992, *Pas.*, 1992, I, p. 677 (sommaire).

⁷⁹ Il semble que le Conseil d'Etat privilégie, quant à lui, comme il ressort du moins de la jurisprudence citée ci-dessus, l'effet obligatoire de toute décision de justice à l'égard des tiers.

⁸⁰ Non point au niveau de l'*instrumentum*, mais bien à celui du *negotium* et de son opposabilité.

⁸¹ G. DE LEVAL, *o. c.*, 2^e éd., 2005, n° 167, p. 241, note 98 ; Cass., 26 mars 1992, *Pas.*, 1992, I, p. 677 (sommaire) ; Cass., 28 avril 1989, *Pas.*, 1990, I, p. 914.

⁸² Formellement, l'article 23 du Code judiciaire a d'ailleurs repris, en 1967, le contenu de l'ancien article 1351 du Code civil abrogé pour la circonstance.

concerne l'ordonnance rendue en référé ; elle est provisoire et ne porte pas sur le fond du litige. Elle ne peut pas être soulevée d'office et est d'ordinaire relative, conformément aux principes dispositif et de neutralité du juge civil⁸³, à la différence des décisions pénales et des arrêts d'annulation du Conseil d'Etat⁸⁴.

12. A suivre cette conception étendue de la force obligatoire ou probante de toute décision de justice, la distinction entre l'autorité de chose jugée relative et absolue présente moins d'intérêt. Mais elle en conserve encore, et non des moindres, dès lors que le constat d'illégalité incident, en présence d'une autorité de chose jugée relative, est susceptible d'être contestée par les tiers par d'autres moyens que les voies de recours ordinaires. Par ailleurs, l'opposabilité générale du constat d'illégalité incident renforce la nécessité d'organiser concrètement celle-ci de manière à la rendre effective, ce qui n'est pas le cas à l'heure actuelle. L'opposabilité, concrètement et en pratique, dépend en effet largement de la publicité réservée aux décisions de justice qui mériterait d'être renforcée, dans un souci d'efficacité. Les nouvelles technologies devraient s'avérer particulièrement précieuses dans ce cadre.

Théoriquement, lorsque l'autorité de la chose jugée d'une décision est reconnue comme absolue, par la législation ou la jurisprudence, la question de la force obligatoire ou probante de la décision de justice à l'égard des tiers devient inutile puisque ceux-ci sont liés par l'autorité de la chose jugée directement. Encore convient-il cependant de préciser l'étendue de celle-ci en ce qui concerne la motivation incidente à l'égard des tiers, dès lors que le constat d'illégalité y est par définition logé.

En présence d'une décision nantie de l'autorité relative de la chose jugée, en revanche, la force obligatoire ou probante de la décision est bel et bien distincte de l'autorité de la chose jugée entre les parties et elle ne met pas un terme au débat sur la légalité, comme entre les parties. La discussion reste ouverte, au-delà de la simple présomption. Elle devrait logiquement emporter l'obligation pour l'autorité de motiver et argumenter sérieusement son choix lorsqu'elle décide de ne pas suivre la déclaration

⁸³ G. DE LEVAL, *o. c.*, 2^e éd., 2005, n° 169, pp. 245-246, C ; J.-F. VAN DROOGHENBROECK et F. BALOT, *in* G. DE LEVAL et F. GEORGES, *o. c.*, 2008, n° 23, p. 167 : « une autorité restreinte dite "de chose décidée" qui, tant que les circonstances demeurent inchangées, lie ceux qui y sont parties et les juges qui les ont rendues ».

⁸⁴ A. FETTWEIS, *o. c.*, 2^e éd., 1987, n° 360 et s., pp. 267 et s., sp. n° 378 et 381, pp. 283-284.

d'illégalité, soit formellement soit matériellement selon que l'on se situe ou non dans le champ d'application de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs.

b. L'autorité et les motifs

13. Alors que *ratione personae* les développements qui précèdent montrent un élargissement de la chose jugée à l'égard des tiers, le même phénomène semble rencontré *ratione materiae* au niveau du contenu décisionnel avec le dépassement du domaine de ce qui est expressément et nécessairement tranché par le juge pour rejoindre celui des implications du dispositif et des motifs fondateurs de la décision.

Cette seconde extension de la chose jugée semble davantage contestée en doctrine⁸⁵, toujours au nom des droits de la défense et pour cause, mais en ce qui concerne cette fois également les parties⁸⁶ et plus seulement les tiers⁸⁷. Elle est également davantage nuancée en jurisprudence. Il résulte ainsi de la jurisprudence récente de la Cour de cassation que « *L'autorité de chose jugée ne s'attache qu'à ce que le juge a décidé sur un point litigieux et à ce qui, en raison de la contestation portée devant lui et soumise à la contradiction des parties, constitue fût-ce implicitement, le fondement nécessaire de la décision* »⁸⁸.

⁸⁵ V. par exemple A. FETTWEIS, *ibid.*, n° 361, pp. 269-271 et n° 384, pp. 285-286 ; G. DE LEVAL, *o. c.*, 2^e éd., 2005, n° 156 B et note 30 et p. 243, n° 168 (« *les motifs décisifs et décisifs* ») ; J.-F. VAN DROOGHENBROECK et F. BALOT, in G. DE LEVAL et F. GEORGES, *o. c.*, 2008, pp. 196-214, n° 71-101. Rem. aussi G. WIEDERKEHR, « Justice civile, chronique in Justices », *Rev. gén. proc.*, 1995, p. 293.

⁸⁶ Et, à travers elles, le principe du contradictoire.

⁸⁷ Cette extension étant bien entendu davantage critiquable lorsque sont concernés des tiers.

⁸⁸ Cass., 23 octobre 1979, *Pas.*, 1980, I, p. 245 et note 2 ; Cass., 28 mars 1980, *Pas.*, 1980, I, p. 940 ; Cass., 24 avril 1981, *Pas.*, 1981, I, p. 957 ; Cass., 24 décembre 1981, *Pas.*, 1981, I, p. 557 ; Cass., 14 mai 1982, *Pas.*, 1982, I, p. 1086 ; Cass., 28 juin 1984, *Pas.*, 1981, I, p. 1315 ; Cass., 2 avril 1990, *Pas.*, 1990, I, p. 896, concl. Proc. gén. J.-F. LECLERCQ (alors Av. gén.) ; Cass., 5 novembre 1990, *Pas.*, 1991, I, p. 237 ; Cass., 8 février 1991, *Pas.*, 1991, I, p. 550 (en ce qui concerne la portée d'un arrêt d'annulation) ; Cass., 15 mars 1991, *Pas.*, 1991, p. 656 ; Cass., 27 février 1995, *Pas.*, 1995, I, p. 230 et note 1 ; Cass., 8 octobre 2001, *Pas.*, 2001, p. 1600 ; Cass., 4 avril 2002, *Pas.*, 2002, p. 826 (en ce qui concerne la portée d'un arrêt d'annulation) ; Cass., 13 juin 2002, *Pas.*, 2002, p. 1349 ; Cass., 12 décembre 2003, *R.C.J.B.*, 2006, p. 48 ; Cass., 2 mars 2006, *Pas.*, 2006, p. 486 ; Cass., 29 janvier 2007, *Pas.*, 2007, p. 195. V. également *infra*, n° 25.

14. Il est important de préciser qu'en droit judiciaire, la contestation soumise à la contradiction des parties ne requiert pas nécessairement un débat effectif mais seulement la possibilité raisonnable de celui-ci compte tenu des circonstances procédurales⁸⁹. Il convient toutefois de distinguer à cet égard les moyens de procédure et les moyens de fond, seuls les premiers étant réellement visés par l'extension récente de la chose jugée.

Les moyens de procédure visent les règles de procédure et recevabilité ou de compétence relevant de l'ordre public procédural⁹⁰. Leur rejet explicite comme implicite paraît devoir être accepté, même en l'absence de débat, compte tenu de la possibilité de les contester par l'exercice d'une voie de recours. Tel est le cas, en particulier, d'une décision déclarant expressément ou implicitement la demande recevable en l'absence de contestation sur ce point.

En ce qui concerne les moyens de fond, relatifs au fond même des droits en litige, seules les « *implications réelles* » de la chose explicitement débattue et puis jugée peuvent être considérées comme l'ayant été implicitement. Il s'agit des points litigieux nécessairement et certainement tranchés par la résolution d'autres points en dépit d'une énonciation formelle, selon une déduction logique. Parmi ceux-ci figurent vraisemblablement l'application ou le refus d'application d'une norme dont la légalité a été débattue mais non explicitement tranchée par le juge en des termes exprès. Le doute, dans ce cas de figure, doit inciter à la contradiction au lieu de conclure à la chose jugée. *A fortiori* voire davantage lorsqu'il s'agit de déterminer la portée de la force obligatoire de la décision de justice à l'égard des tiers.

La première question qui se pose à propos de la déclaration d'illégalité incidente est donc de savoir, dans un premier temps, si l'exception d'illégalité constitue un moyen de procédure ou un moyen de fond. L'hypothèse étudiée vise l'autorité de la chose jugée entre les parties en ce qui concerne une question de légalité tranchée sur la base de l'article 159

⁸⁹ V. sur ce point J.-F. VAN DROOGHENBROECK et F. BALOT, in G. DE LEVAL et F. GEORGES, *o. c.*, 2008, pp. 196-214, n° 71-101 au nom de la loyauté procédurale et de la concentration du litige. Par un arrêt du 29 mai 2009, la Cour de cassation a considéré que le juge ne pouvait élever un moyen de fait que les parties n'ont ni invoqué ni débattu, sans le soumettre à la contradiction, se départissant par là de sa jurisprudence antérieure (*J.T.*, 2009, p. 552, concl. Av. gén. A. HENKES et obs. J.-F. VAN DROOGHENBROECK).

⁹⁰ Déclinaoire de compétence, fin de non recevoir ou exception.

de la Constitution et sans préjudice de la force obligatoire ou probante de cette décision de justice à l'égard des tiers. Le plus souvent, il semble que l'exception d'illégalité appartienne à la catégorie des moyens de fond dès lors que la légalité de la norme se rapporte généralement à l'étendue des droits fixée par elle. L'on ne peut pas exclure, cependant, l'hypothèse particulière dans laquelle la compétence – plus rarement la recevabilité – résulte d'une norme à propos de laquelle la question de légalité est posée, s'agissant d'un mécanisme incident. Le cas échéant, la chose jugée inclura jusqu'aux décisions implicites.

Dans les autres cas, il conviendra de déterminer, dans chaque cas d'espèce, si la légalité incidente a été nécessairement et certainement tranchée par la résolution d'autres points de droit, ce qui sera généralement le cas lorsque la suspension ou l'annulation est fondée, comme dans la plupart des hypothèses rencontrées, sur l'illégalité d'une norme supérieure laissée inappliquée⁹¹.

15. Cela dit, l'inclusion de l'illégalité incidente dans le domaine de la chose jugée est une chose. La qualification de l'autorité attachée à cet élément de la chose jugée pourrait bien en être une autre. Il n'est pas sûr, à la réflexion, que l'autorité absolue de la chose jugée s'étende automatiquement à tous les motifs qui sous-tendent même nécessairement le dispositif de la suspension ou de l'annulation, en général, et à la déclaration d'illégalité incidente, en particulier.

La question continue de se poser, autrement dit, en présence d'un arrêt d'annulation du Conseil d'Etat réputé nanti d'une autorité de chose jugée *erga omnes*, si cette qualité s'étend ou non à la « simple »⁹² déclaration d'illégalité incidente qui, en pratique, précède souvent la suspension ou

⁹¹ A noter que la fin de non-recevoir tirée de l'autorité de la chose jugée n'est pas d'ordre public, conformément à l'article 27 du Code judiciaire. Elle ne peut donc pas être invoquée pour la première fois en degré de cassation, même si elle porte sur une question de légalité dont l'exception, quant à elle, est opportunément considérée comme étant d'ordre public. V. sur ce point J.-F. VAN DROOGHENBROECK et F. BALOT, *in* G. DE LEVAL et F. GEORGES, *o. c.*, 2008, n° 102, pp. 214-215. Sous réserve de l'exception de dessaisissement empêchant le juge de revenir sur une question litigieuse irrévocablement tranchée par lui dans le cours antérieur de l'instance (n° 105, pp. 216-217). Les auteurs plaident toutefois *de lege ferenda* en faveur d'une exception d'ordre public (p. 217, n° 106). D'autant que tout moyen de pur droit peut être invoqué pour la première fois en degré de cassation, indépendamment de son caractère d'ordre public.

⁹² La sanction est en effet mineure comparée à la suspension et l'annulation.

l'annulation de l'acte administratif entrepris lorsque ce dernier se fonde sur un acte administratif antérieur⁹³ illégal, le plus souvent une disposition réglementaire.

Dans l'affirmative, il faudrait en conclure que l'autorité de la chose jugée d'une déclaration d'illégalité est susceptible de varier selon la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat et le pouvoir judiciaire (en ce compris la Cour de cassation) dès lors que les décisions judiciaires, quant à elles, sont le plus souvent revêtues d'une autorité de chose jugée relative⁹⁴. Or, l'on a vu que celle-ci empêche uniquement les parties de contester encore ce qui a été définitivement jugé.

Dans le cas contraire, il conviendrait d'accepter l'idée selon laquelle l'autorité de la chose jugée d'une décision juridictionnelle puisse porter sur un contenu à géométrie variable. A savoir, en l'occurrence, que la déclaration d'illégalité incidente contenue dans un arrêt de suspension ou d'annulation ne soit pas revêtue de la même autorité de chose jugée que la suspension ou l'annulation elle-même.

Pour mémoire, il résulte de notre tour d'horizon des autorités de la chose jugée que l'autorité absolue vise en principe à garantir l'opposabilité générale d'un dispositif décisionnel précis. L'analyse de la jurisprudence en matière de contrôle de légalité incident nous permettra de revenir sur la question au moment d'envisager différentes pistes de solution.

B. LA VALEUR DE LA DECLARATION D'ILLEGALITE INCIDENTE

1. Aperçu général de la jurisprudence

16. Avant 1946, il n'est pas vraiment étonnant que la jurisprudence n'ait pas

⁹³ En pratique, l'hypothèse n'est évidemment pas exclue de voir un acte administratif se fonder sur un acte postérieur, ne précisant pas toujours, au demeurant, si celui-ci postule ou non un effet rétroactif. Le tout sans préjudice de l'illégalité d'un tel procédé.

⁹⁴ Comme tels, les arrêts de la Cour de cassation sont généralement dépourvus d'autorité de chose jugée à proprement parler puisqu'ils peuvent ne pas être suivis par la juridiction de renvoi en cas de cassation. Lorsque la deuxième décision est cassée pour les mêmes motifs que ceux de la première cassation, cependant, le juge du fond, à qui l'affaire est renvoyée, doit se conformer à la décision de la Cour de cassation sur le point de droit jugé par cette cour qui peut porter sur une question de légalité administrative. V. l'article 1120 du Code judiciaire.

trouvé utile de trancher la question. Et pour cause. L'article 159 de la Constitution n'a commencé à acquérir ses lettres de noblesse qu'à partir de 1920, à la suite de l'arrêt *La Flandria*. Et même entre les deux grandes guerres, on ne peut pas dire que le contrôle judiciaire des actes administratifs ait connu le développement qui a été le sien au lendemain de la seconde guerre mondiale. Quant au contrôle des lois, au sens strict, il demeurerait clairement exclu.

Il est plus étonnant, en revanche, que la question n'ait pas été tranchée depuis que le Conseil d'Etat a été créé en 1946 et investi d'un pouvoir général d'annulation des actes administratifs. L'annulation se démarque en effet clairement du refus d'application. Si ce n'est que, dans les deux cas, un constat d'illégalité doit être préalablement posé. Lorsque ce constat vise un acte antérieur dans la chaîne administrative et qu'il entraîne l'annulation d'un acte subséquent, il ne serait pas choquant *a priori* que la déclaration soit revêtue d'une autorité absolue au même titre que l'annulation, même si cette déclaration est incidente et même si tel n'est pas le cas lorsque c'est le pouvoir judiciaire qui opère le même constat. Après tout, ce ne serait pas la première fois que l'article 159 de la Constitution donnerait lieu à une interprétation différente selon qu'il est mis en œuvre par le Conseil d'Etat⁹⁵ ou le pouvoir judiciaire.

Malheureusement, aucun arrêt de principe, à notre connaissance – ni de la Cour de cassation ni du Conseil d'Etat – ne tranche vraiment la question, à ce jour, de manière péremptoire. Cela ne signifie pas qu'en pratique la question ne se soit pas posée à plusieurs reprises. Le cas échéant, toutefois, les juges semblent faire comme si de rien n'était ou comme si la réponse était évidente. Sans la justifier. Un tel comportement ne serait pas trop dérangeant si tous les juges décidaient dans le même sens. Mais tel n'est pas le cas en réalité.

17. De manière synthétique, le dépouillement de la jurisprudence de la Cour de cassation, du Conseil d'Etat et de la Cour constitutionnelle montre que :

- selon la Cour constitutionnelle, l'autorité de la déclaration d'illégalité incidente contenue dans une décision judiciaire serait relative⁹⁶ (la

⁹⁵ A la faveur de la combinaison de l'article 159 de la Constitution avec les lois coordonnées sur le Conseil d'Etat.

⁹⁶ Les constats d'illégalité posés par le pouvoir judiciaire, autrement dit, ne vaudraient qu'*inter partes*. V. ainsi C.A., n° 56/2005, 8 mars 2005, B.9.1 et B.13 à propos d'une confirmation législative intervenue à la suite de la censure judiciaire d'un arrêté

jurisprudence de la Cour constitutionnelle ne contient apparemment aucune information au sujet de la déclaration d'illégalité incidente contenue dans un arrêt du Conseil d'Etat) ;

- la Cour de cassation ne se serait pas encore prononcée à cet égard ; mais elle semble limiter l'autorité absolue des arrêts du Conseil d'Etat aux annulations⁹⁷ ou « décisions d'annulation »⁹⁸, tout en observant parfois que c'est « la constatation, par ce dernier, de l'excès de pouvoir (qui) s'impose » à la juridiction judiciaire⁹⁹.

appliqué par la même juridiction et le Conseil d'Etat à plusieurs reprises (apparemment sans déclaration d'illégalité incidente non plus, la Cour l'aurait signalé le cas échéant) ; C.A., n° 55/2006, 19 avril 2006, B.5.1 et B.9 à propos d'une confirmation législative intervenue en matière d'élection sociale après la censure des arrêtés concernés par deux décisions judiciaires ; C.A., n° 88/95, 21 décembre 1995, B.8 : « une décision judiciaire qui déclare un arrêté illégal par application de cet article n'a pas de portée générale, mais s'applique seulement au litige dans le cadre duquel le contrôle de légalité est exercé et entre les parties concernées. Cette décision ne fait donc pas disparaître l'arrêté de l'ordre juridique. On ne saurait anticiper sur des décisions judiciaires ultérieures concernant la légalité des arrêtés énumérés dans la disposition litigieuse. Il résulte de ce qui précède qu'une déclaration antérieure d'illégalité d'un arrêté par application de l'article 159 de la Constitution ne fait pas disparaître l'intérêt qu'ont les parties à attaquer une disposition qui abrogerait semblable arrêté ». A noter que la Cour, dans la motivation de son dernier arrêt, semble donner à l'autorité relative de la chose jugée une portée plus générale qui ne serait pas limitée aux décisions judiciaires.

⁹⁷ Cass., 15 septembre 1988, *Pas.*, 1989, I, p. 50 : « cette annulation opère rétroactivement et erga omnes ». V. aussi Cass., 22 octobre 1973 et 22 janvier 1974, *Pas.*, 1974, I, pp. 196 et 534 ; Cass., 27 mars 1984, *Pas.*, 1984, I, p. 871 ; Cass., 19 octobre 1989, *Pas.*, 1990, I, p. 200.

⁹⁸ Cass., 13 mai 1982, *Pas.*, 1982, I, p. 1056 (aménagé par nos soins) et concl. Proc. gén. VELU, alors Av. gén. ; *J.T.*, 1982, p. 772 et concl. ; *R.C.J.B.*, 1984, p. 10, note R.-O. DALCQ, « Unité ou dualité des notions de faute et d'illégalité ». V. aussi Proc. gén. W. GANSHOF VAN DER MEERSCH, alors Pr. av. gén., concl. conf. préc. Cass., 16 décembre 1965, *Pas.*, 1966, I, p. 524 et notes 47-48 ; Proc. gén. W. GANSHOF VAN DER MEERSCH, concl. conf. préc. Cass., 22 octobre 1970, *Pas.*, 1971, I, p. 162 et note 1 ; Cass., 2 décembre 1981, *Pas.*, 1982, I, 450 ; Cass., 21 juin 1990, *Pas.*, 1990, I, p. 1199.

⁹⁹ Cass., 13 mai 1982, *Pas.*, 1982, I, p. 1056 (aménagé par nos soins) et concl. Proc. gén. VELU, alors Av. gén. ; *J.T.*, 1982, p. 772 et concl. ; *R.C.J.B.*, 1984, p. 10, note R.-O. DALCQ : « lorsqu'une juridiction judiciaire est valablement saisie d'une demande en responsabilité fondée sur l'excès de pouvoir résultant de la méconnaissance de telles règles constitutionnelles ou légales 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 » et lui commande de constater la commission d'une faute par l'auteur de l'acte annulé.

- la jurisprudence du Conseil d'Etat serait partagée, mais sans aucune véritable discussion sur le sujet.

En pratique, les parties sont souvent identiques lorsque la question de l'autorité est posée. Elle se résout alors simplement du fait qu'au minimum les déclarations d'illégalité incidentes ont une autorité relative, sans qu'il soit besoin de le préciser.

Néanmoins, certains arrêts du Conseil d'Etat donnent à penser que l'autorité de la déclaration d'illégalité incidente serait absolue, lorsqu'il se réfère simplement à sa jurisprudence antérieure pour trancher en faveur de l'illégalité sans aucune appropriation (véritable) des motifs.

D'autres arrêts indiquent au contraire que l'autorité serait relative, évidemment lorsque le Conseil d'Etat le dit expressément (un arrêt explicite sur ce point a pu être relevé), mais aussi lorsque le Conseil d'Etat prend la peine de s'approprier les motifs d'un arrêt précédant ou encore lorsqu'il reproduit la même motivation qu'un arrêt antérieur invoqué par une partie ou l'auditorat sans même mentionner cet arrêt.

A noter que nous n'avons pas trouvé, à ce stade, de jurisprudence se positionnant clairement par rapport à la déclaration d'illégalité incidente logée dans une décision d'un autre ordre juridictionnel en présence de parties différentes. L'expérience montre, en revanche, que de manière générale les juridictions sont sensibles aux positions prises par d'autres juges antérieurement¹⁰⁰. Par souci de cohérence et pour éviter les cacophonies inutiles. Il en résulte une sorte d'influence mutuelle, parfois réciproque.

2. Analyse détaillée de la jurisprudence du Conseil d'Etat

18. Le Conseil d'Etat ne semble guère unanime sur la nature de l'autorité de la chose jugée des déclarations d'illégalité incidentes logées dans ses arrêts. Telle est la conclusion que l'on peut tirer de l'analyse de la jurisprudence de la Haute juridiction administrative¹⁰¹. Seul un arrêt, apparemment, se

¹⁰⁰ L'on songe par exemple à la légalité du numerus clausus ou encore à la légalité des taxes sur les antennes ou pylônes mobilophoniques (v. sur ce point M. NIHOUL et A. VANDEBURJE, « La taxation des antennes et pylônes GSM par les communes », *Rev. dr. com.*, 2008, pp. 48-75).

¹⁰¹ A noter que le même constat vaut apparemment en France. V. la contribution de J. THEUNIS dans le même ouvrage.

prononce explicitement en faveur de l'autorité relative de la chose jugée. Plus nombreux sont, en revanche, les arrêts dont tantôt l'autorité absolue tantôt l'autorité relative peut être déduite.

Il faut préciser que le Conseil d'Etat est souvent amené à trancher un moyen fondé sur la violation de l'autorité de la chose jugée d'arrêts précédents, auquel cas la valeur de ladite autorité n'est généralement pas précisée en présence des mêmes parties¹⁰². Le cas échéant, il est rarement fait état de l'article 159 de la Constitution, au demeurant.

Dans certains cas, la position du Conseil d'Etat est totalement indécidable. Et dans toutes les hypothèses, le juge de l'excès de pouvoir ne motive guère son point de vue en ce qui concerne l'autorité de la chose jugée¹⁰³. De manière générale, il est par ailleurs rare qu'il décide de se départir d'une décision antérieure émanant de la même institution.

a. En faveur de l'autorité absolue

19. Dans certains cas, le Conseil d'Etat semble donner une force absolue à ses déclarations d'illégalité incidentes par la formulation qu'il choisit, certes sans être vraiment explicite sur ce point précis, mais sans aucune appropriation, non plus, des motifs énoncés dans un précédent arrêt en présence de parties différentes.

A titre d'exemple¹⁰⁴, le Conseil d'Etat a considéré qu'« *Un moyen fondé sur la violation d'un arrêté reconnu illégal ne peut pas conduire à une*

¹⁰² C.E., *Albrecht et crts*, n° 181.871 (et n° 181.872), 9 avril 2008 (N).

¹⁰³ Un seul arrêt évoque la justification technique d'une autorité qui s'attache aux motifs. Il s'agit de l'arrêt *Everard de Harzir*, n° 180.008, 21 février 2008.

¹⁰⁴ Dans le même sens : C.E., *Ghijssens et Vanheel*, n° 170.355, 23 avril 2007, 5.3.2 (N) : « *Overwegende dat de Raad van State in het arrest nr. 77.263 van 27 november 1998 vastgesteld heeft dat het koninklijk besluit van 20 oktober 1964 de Grondwet miskent ; dat het door dat besluit ingevoerde advies van de commissie van advies dan ook de wettigheid van het koninklijk besluit van 31 juli 1969 niet kan aantasten* » (rem. aussi 5.3.3 : « *zoals in het arrest nr. 120.621 van 16 juli 2003 is gesteld (...)* ») ; C.E., *a.s.b.l. « Action et Liberté »*, n° 82.934, 18 octobre 1999 ; C.E., *de v.z.w. Nationaal Syndicaat der Militairen*, n° 95.359, 14 mai 2001, 3.2.3 (N) : « *overeenkomstig de overwegingen van de arresten nr. 77.236 en 82.934 die voor het onderhavige geval wordt bijgevalen (...)* » ; C.E., *a.s.b.l. « Action et Liberté »*, n° 84.074, 14 décembre 1999 : « *l'inconstitutionnalité de l'arrêté royal du 20 octobre 1964 instituant la CCPM a été constatée par l'arrêt n° 77.263 du 27 novembre 1998 et confirmée par l'arrêt n° 82.934 du 18 octobre 1999* » ; C.E., *Danneel*, n° 100.711, 12 novembre

annulation »¹⁰⁵, juste après avoir indiqué qu'il avait déjà admis, pour les raisons exposées dans l'arrêt *De Keuster* n° 184.105 du 12 juin 2008, que l'arrêté en question était irrégulier et devait être écarté en vertu de l'article 159 de la Constitution.

Ainsi, le Conseil d'Etat a-t-il également annulé un permis de lotir « pour les mêmes motifs retenus par l'arrêt précité et reproduits ci-dessous » : « il résulte de l'arrêt n° 160.501 du 26 juin 2006 que le Conseil d'Etat a dit pour droit qu'est illégal le permis de lotir (en question), qui fondait le permis d'urbanisme annulé par cet arrêt ; que l'autorité de chose jugée s'attache aux motifs de cet arrêt qui en constituent le soutien nécessaire ; que, dès lors, pour les mêmes motifs retenus par l'arrêt précité et reproduits ci-dessus, le quatrième moyen est fondé »¹⁰⁶. Il faut préciser que toutes les parties n'étaient pas présentes à la cause initiale et spécialement l'une des deux parties adverses¹⁰⁷. Il n'y a pas, en

l'occurrence, de véritable appropriation des motifs évoqués dans la première affaire dès lors que l'autorité de chose jugée est expressément opposée à une argumentation précisément destinée à rencontrer la position adoptée par le Conseil d'Etat dans le premier arrêt.

La Haute juridiction administrative a encore considéré que « *de verwerende partij geenzins betwist dat de onwettigheid van het gewestplan Halle-Vilvoorde-Asse, vastgesteld bij het arrest nr. 26.736 van 26 juni 1986 ten aanzien van het kadastraal perceel Sectie A, nr. 79/c, in dezelfde mate geldt ten aanzien van het perceel van de verzoekende partijen, kadastraal bekend Sectie A, nr. 67/c vermits dit perceel deel uitmaakt van hetzelfde reservegebied voor woningen* »¹⁰⁸. La décision annulée précisait au demeurant que tout avait été fait pour permettre au gouvernement de modifier en conséquence le plan de secteur considéré.

20. Un cas particulier doit être signalé, dans lequel le Conseil d'Etat a reconnu une certaine autorité à une déclaration d'illégalité incidente qui débordait pourtant visiblement l'objet précis de la requête initiale.

Dans un arrêt *a.s.b.l. Action et Liberté*, n° 112.550, du 14 novembre 2002, en effet, le Conseil d'Etat était amené à contrôler de manière incidente la légalité de l'arrêté royal du 25 avril 1996 portant exécution de la loi du 11 juillet 1978 organisant les relations entre les autorités publiques et les syndicats des agents du personnel militaire des Forces terrestres, aériennes et navales et du service médical dans le cadre de recours dirigés à l'encontre de décisions de la Commission de contrôle de la représentativité des organisations syndicales professionnelles se prononçant sur la représentativité de certaines organisations. Lesdites décisions étaient bien entendu fondées sur l'arrêté royal en question. Or, selon le Conseil d'Etat, « l'arrêt n° 91.392 du 5 décembre 2000 a constaté l'illégalité des titres I et II dudit arrêté royal ; (...) cette illégalité entraîne, par voie de conséquence, celle des actes attaqués »¹⁰⁹ dès lors qu'ils ont pour base

2001, 5.3.4 ; C.E., *a.s.b.l. « Action et Liberté »*, n° 103.909, 22 février 2002 ; C.E., *Dumazy et cts*, n° 126.054, 4 décembre 2003 : « Considérant (...) que l'arrêt n° 77.263 du 27 novembre 1998 a constaté l'inconstitutionnalité de l'arrêté royal du 20 octobre 1964 organique de la commission consultative du personnel militaire ». Comp. à l'inverse C.E., *Brans*, n° 83.539, 22 novembre 1999.

¹⁰⁵ C.E., *Reekmans*, n° 187.123, 16 octobre 2008, 8 (N), traduction libre par nos soins. Les motifs d'un autre arrêt sont également utilisés pour rejeter un moyen fondé sur une violation structurelle du principe d'impartialité en ce qui concerne la composition d'un organe de recours en matière de discipline dans l'enseignement en Communauté flamande. Et dans d'autres arrêts pour rejeter une défense afférente à la violation du délai raisonnable en présence de requérants différents : C.E., *Helsen*, n° 11.844, 24 octobre 2002 (N) ; C.E., *De Bal et Helsen*, n° 111.845, 24 octobre 2002 (N) ; C.E., *Clicteur*, n° 113.702, 16 décembre 2002 (N) ; C.E., *Teuwen*, n° 115.412, 4 février 2003 (N) ; C.E., *Scheerlinck*, n° 120.819, 24 juin 2003 (N). V. encore dans le même sens C.E., *Timperman*, n° 96.213, 7 juin 2001 (N).

¹⁰⁶ C.E., *Everard de Harzir*, n° 180.008, 21 février 2008. V. aussi C.E., *Everard de Harzir*, n° 177.004, 22 novembre 2007 concernant un permis d'urbanisme, sans toutefois invoquer l'autorité de la chose jugée : « Considérant que l'illégalité du permis de lotir du 22 juillet 1998 a été établie par un arrêt n° 154.604 du 7 février 2006 pour les motifs suivants : (...) ; Considérant que l'arrêt n° 155.523 du 23 février 2006 a annulé le permis de lotir du 22 septembre 2003 au motif que celui-ci, qui a pour objet de modifier le permis de lotir du 22 juillet 1998 illégal, est lui-même frappé d'illégalité ; que, par voie de conséquence, le permis d'urbanisme attaqué délivré sur la base de ces permis de lotir, dont l'un a été déclaré illégal et l'autre a été annulé, est lui-même illégal » (en l'absence de la partie intervenante mais en présence d'une seconde partie adverse, la Région wallonne).

¹⁰⁷ A savoir la Région wallonne. La partie intervenante était également différente. Par contre, la requérante et la première partie adverse (la commune de Rixensart) étaient déjà présentes dans la première affaire qui portait toutefois sur un objet différent

stricto sensu, puisqu'il était poursuivie l'annulation d'un permis d'urbanisme et non du permis de lotir directement.

¹⁰⁸ C.E., *De Lille et Van Hyfte*, n° 145.095, 27 mai 2005 (N).

¹⁰⁹ Dans le même sens : C.E., *a.s.b.l. Syndicat national des Militaires, en abrégé « S.N.M. »*, n° 103.908, 22 février 2002 ; C.E., *a.s.b.l. « Action et Liberté »*, n° 103.909, 22 février 2002. Rappr. Best. Dep. West-Vlaanderen, 2 juillet 2003, *T.R.O.S.*, 2005/37, p. 61 et note A. GLABEKE, « Artikel 159 van de Grondwet en de onbestaande bestuurshandeling » dans le sens de l'inexistence de l'acte manifestement

juridique l'arrêté royal du 25 avril 1996. Les termes choisis inclinent à penser que la conséquence est absolue, mais il doit être précisé que l'autorité relative eût pu être brandie également dès lors que la requérante et la partie adverse étaient déjà toutes deux présentes dans l'affaire à l'origine du premier arrêt qui tendait directement à l'annulation de plusieurs dispositions de l'arrêté royal du 25 avril 1996¹¹⁰.

L'examen de l'arrêt *a.s.b.l. Action et Liberté et crts*, n° 91.392 du 5 décembre 2000 révèle que le Conseil d'Etat y conclut bien à l'illégalité des Titres I et II de l'arrêté attaqué « *mais que seules les dispositions formellement critiquées par les requérants peuvent être annulées* » (sic). Or, l'arrêt n° 112.550 ne précise pas les dispositions de l'arrêté royal sur lesquelles les actes attaqués étaient fondés ni si ces dispositions, précédemment, avaient été annulées ou simplement déclarées illégales. Il faut croire que la précision ne changeait pas grand-chose au constat d'illégalité final¹¹¹ et que même sur le plan de la chose jugée il n'y avait guère d'intérêt pratique à distinguer là où l'arrêt ne distingue pas puisque, comme on l'a déjà dit, la requérante, dans la seconde espèce, de même que la partie adverse, étaient déjà présentes dans la première affaire¹¹². L'autorité au moins relative de l'arrêt n° 91.392 leur était donc opposable sur ce point. Même s'il faut reconnaître le procédé quelque peu cavalier au regard du principe du dispositif en particulier, dès lors que la déclaration d'illégalité incidente débordait les besoins de l'annulation dans le premier cas et semble avoir été au moins partiellement instrumentalisée dans le second.

Pour la petite histoire, les titres I et II de l'arrêté dont question avaient été adoptés sans négociation préalable au sein du comité de négociation prévu à cet effet, l'autorité compétente pensant apparemment que la disposition l'établissant n'était pas encore entrée en vigueur. Elle s'était en tout cas limitée à consulter l'ancienne commission consultative du personnel militaire pour avis, viciant par là-même l'ensemble des dispositions

illégal en raison de son annulation partielle par le Conseil d'Etat pour défaut de consultation de la section de législation du Conseil d'Etat.

¹¹⁰ Pour être tout à fait précis, la requérante – *a.s.b.l. Action et Liberté* – était accompagnée d'autres requérants dans cette première affaire, non dans la seconde.

¹¹¹ C'est-à-dire à l'annulation des mesures d'exécution de l'arrêté.

¹¹² Tel était le cas, en revanche, dans le cadre du recours en annulation initial d'une disposition qui avait déjà été annulée par un arrêt antérieur. Le Conseil d'Etat a constaté que le recours avait perdu son objet à cet égard, « *puisque cette disposition a disparu de l'ordonnement juridique* ».

afférentes à la réglementation des relations avec les organisations syndicales. Il semble qu'il en allait de même au sujet de l'arrêté royal du 29 octobre 2001 intervenu subséquemment pour modifier l'arrêté royal du 25 avril 1996 afin d'y réinscrire les dispositions annulées par le Conseil d'Etat.

b. En faveur de l'autorité relative

21. Au contraire, plusieurs arrêts du Conseil d'Etat considèrent l'autorité de la chose jugée d'une déclaration d'illégalité incidente localisée dans un arrêt de suspension ou d'annulation antérieur comme étant relative en présence de parties différentes.

Ainsi, en matière de fonction publique, le Conseil d'Etat devait connaître de la nomination d'un chef de corps de la zone de police locale Tienen-Hoegaarden. Ladite nomination était attaquée notamment parce qu'elle était fondée sur des dispositions réglementaires adoptées sans consultation préalable de la section de législation selon les conditions prévues dans les lois coordonnées sur le Conseil d'Etat. Or, dans son rapport, l'auditeur avait relevé que dans une autre affaire portant sur le même objet, mais relativement à une autre zone de police et à d'autres personnes, un arrêt *Dewil* n° 147.283 du 5 juillet 2005 avait déjà tranché la question et annulé la nomination alors attaquée par ce motif. Par identité de motif¹¹³, l'auditeur concluait à l'annulation. Entre-temps, toutefois, la réglementation litigieuse avait été rapportée et remplacée par de nouvelles règles adoptées cette fois dans le respect des procédures. La partie requérante contestait bien entendu l'application rétroactive de ces nouvelles règles, mais le Conseil d'Etat ne l'a pas suivie en visant précisément l'insécurité juridique à laquelle l'autorité a voulu remédier par une simple consolidation formelle, insécurité d'autant plus grande que l'arrêt d'annulation *Dewil* n° 147.283 ne valait qu'*inter partes*¹¹⁴. Certes, la

¹¹³ « *Met verwijzing naar dat arrest* » (14).

¹¹⁴ C.E., *Schippers et crts*, n° 185.217, 8 juillet 2007 (N), 23 : « *Doordat de Raad van State het koninklijk besluit van 5 februari 2001 en de omzendbrief ZPZ 11 buiten toepassing verklaard heeft – enerzijds omdat de afdeling Wetgeving van de Raad van State niet om advies was gevraagd en anderzijds omdat een omzendbrief geen rechtsgrond kon vormen voor de vaststelling van de functiebeschrijving en de profielvereisten die zouden gelden bij de eerste aanstelling van een korpschef – is een rechtsonzekerheid ontstaan die de uitvoerende macht heeft willen verhelpen. Die rechtsonzekerheid is des te groter daar het arrest nr. 147.283 van de Raad van State enkel inter partes geldt en de betrokken regelingen ook in andere zaken toegepast zijn. De verwerende partij heeft de onzekerheid weggenomen door de vastgestelde*

considération est incidente dans l'appréciation d'un cas de rétroactivité. Elle est toutefois essentielle et donc principale – par opposition à accessoire – dans le raisonnement sur ce point. L'on observera par ailleurs que l'illégalité a été relevée par l'auditeur, confirmation probable, s'il en est, du caractère relativement confidentiel de la déclaration d'illégalité incidente à l'heure actuelle sur lequel on aura l'occasion de revenir.

Cet arrêt, explicite dans sa motivation, est unique en son genre.

Dans deux arrêts du 14 mai 1979, le raisonnement du Conseil d'Etat est plus sinueux, c'est-à-dire moins tranché. Confronté à une note ministérielle fixant à la baisse par erreur le nombre de brevets de promotion à la fonction de directeur d'un établissement d'enseignement secondaire inférieur de l'Etat pouvant être délivrés en 1975 à la suite d'un examen, le Conseil avait reçu le recours d'une candidate évincée en prenant soin de préciser que le délai pour contester ladite note étant expiré, « la constatation de l'illégalité de cette décision à titre d'exception ne peut profiter qu'à la seule requérante auteur de la demande qui, d'une part, a rendu possible et nécessaire la constatation de cette illégalité et, d'autre part, a pour objet limité l'annulation du refus spécialement opposé à la requérante de lui délivrer le brevet ; que l'obligation juridique à laquelle le jury d'examen a manqué et dont le Conseil d'Etat peut, en l'espèce, constater la violation se réduit dès lors à celle d'accorder un brevet à la requérante, étant donné que, classée 63^e, elle aurait dû se voir délivrer le 63^e brevet »¹¹⁵. D'autres candidats ne l'ont pas entendu de cette oreille et ont invoqué l'effet *erga omnes* des motifs de ce premier arrêt. L'argument n'a pas fait mouche, le Conseil d'Etat estimant « qu'un motif d'annulation qui est indissociablement lié au dispositif de l'arrêt d'annulation et qui, de ce fait, participe de l'autorité de chose jugée s'attachant à ce dispositif, ne possède pas par lui-même cette autorité, ce dont il résulte que cette autorité n'est pas générale mais ne joue que dans la mesure où elle est le soutien du dispositif, en d'autres termes : l'autorité du motif d'annulation ne vaut que pour ce qui est contenu dans le dispositif (...); l'autorité du motif d'annulation ne peut donc s'appliquer à d'autres cas, même identiques par hypothèse, ni, plus particulièrement, au sort réservé à d'autres personnes qui n'étaient pas parties au procès et sur la situation desquelles l'arrêt ne peut dès lors être réputé avoir décidé quoi que ce soit, même implicitement

vormgebreken te herstellen en een nieuwe regeling uit te vaardigen die inhoudelijk identiek is aan de voordien bestaande ».

¹¹⁵ C.E., *De Block*, n° 18.063, 25 janvier 1977, *Rec.*, 1977, p. 101.

(...) »¹¹⁶. Seule l'annulation du refus de délivrer un brevet à la candidate concernée a valeur *erga omnes*, en d'autres termes¹¹⁷.

22. Le plus souvent, le Conseil d'Etat se limite à renvoyer à sa propre jurisprudence, laissant entendre de la sorte implicitement que la déclaration d'illégalité incidente n'a pas l'autorité absolue de la chose jugée. Spécialement lorsqu'il s'approprie d'une manière ou d'une autre les motifs exposés dans sa jurisprudence antérieure¹¹⁸.

¹¹⁶ C.E., *Vaelen et crts*, n° 19.618, 14 mai 1979 et *Coleman*, n° 19.619, *Rec.*, 1979, p. 485. Il s'agit de la question des répercussions de l'arrêt d'annulation sur les actes identiques qui donne souvent lieu à d'autres motivations que celle de l'autorité, telle que le caractère définitif des décisions individuelles une fois expiré le délai de recours. V. P. LEWALLE, *o. c.*, 3^e éd., 2008, n° 688, pp. 1205-1208.

¹¹⁷ « cela signifie (...) que dans les relations de droit, chacun doit agir conformément à ce qu'exige le respect de l'annulation prononcée par le dispositif et dès lors aussi conformément à ce que requiert la juste exécution de l'arrêt ; (...) l'autorité *erga omnes* qui s'attache au motif de l'annulation signifie, plus particulièrement, qu'il est établi à l'égard de quiconque participe aux relations de droit que le refus d'accorder un brevet à (la requérante originaire) était entaché par l'irrégularité constatée dans le motif d'annulation ; l'autorité *erga omnes* de ce motif d'annulation ne va cependant pas au-delà de ce qui, dans le dispositif, a été décidé à (son égard) (...); (...) il n'est pas permis, par conséquent, d'invoquer l'autorité des motifs de l'arrêt pour affirmer en droit, c'est-à-dire de manière obligatoire, qu'en constatant une irrégularité qui avait porté préjudice à (la requérante originaire) le Conseil d'Etat a constaté en même temps que d'autres personnes ont eu à pâtir de la même irrégularité ; (...) l'autorité restreinte qui s'attache au motif d'annulation – vu la portée limitée du dispositif de l'arrêt – ne peut dès lors constituer un motif obligatoire, pour le jury, de revoir le cas des autres candidats à la lumière de ce motif d'annulation et de leur accorder un brevet (...) ni ne saurait, par conséquent, être invoquée pour justifier l'annulation de la décision attaquée par le présent recours », à savoir la décision d'attribuer un brevet à la requérante originaire et point aux actuels requérants.

¹¹⁸ C.E., *b.v.b.a. Mechelse Taximaatschappij*, n° 178.885, 24 janvier 2008, 9 au sujet d'une interprétation de la loi éclairée par les travaux préparatoires et confirmée par deux arrêts antérieurs : « *De Raad van State blijft ook te dezen bij dat standpunt* ». Seul l'un de ces arrêts comportait toutefois lui-même une déclaration d'illégalité incidente (C.E., *Ville de Namur*, n° 21.994, 10 février 1982, *Rec.*, 1982, p. 261). Dans l'autre cas, le Conseil d'Etat a retenu une interprétation conciliante d'un arrêté d'exécution (C.E., *s.p.r.l. Métropole Taxi et crts*, n° 25.488, 18 juin 1985, *Rec.*, 1985). V. encore C.E., *Descendre e.a.*, n° 151.828, 29 novembre 2005 (N), 3.2 et C.E., *Ziekenhuis Oost-Limburg*, n° 169.264, 22 mars 2007 (N), 3 : « *De Raad van State blijft te dezen bij dat oordeel* » au sujet de circulaires réglementaires et comp. C.E., *Denewet*, n° 182.449, 28 avril 2008 (N), 4.2.1 ; C.E., *v.z.w. tot Steun en Inrichting van Protestants-Christelijke Scholen, School met de Bijbel*, n° 167.586, 8 février 2007 (N), 4 : « *om de redenen uiteengezet in de hiervoor genoemde arresten, die de Raad zich ook voor de huidige zaak eigen maakt* » (le Conseil d'Etat fait application de l'article 159 de la Constitution pour refuser d'appliquer les dispositions d'un arrêté non annulées par les arrêts d'annulation partielle concernés au seul motif que leur

Parfois, le Conseil d'Etat va jusqu'à omettre de renvoyer à sa propre jurisprudence, alors qu'il partage l'analyse de légalité. Il se contente alors de refaire le même raisonnement. Le plus souvent dans des termes identiques¹¹⁹. Dans une affaire de dispense de cotisations sociales, la Commission de dispenses de cotisations dépendant du Ministère des Classes moyennes et de l'Agriculture instituée en la matière s'était fondée sur une disposition réglementaire introduisant une présomption irréfragable d'absence d'état de besoin pour refuser partiellement une demande de dispense. Or, cette disposition avait été considérée illégale et donc écartée par le Conseil d'Etat dans un arrêt précédant¹²⁰, ce que l'auditeur avait signalé dans son avis d'audience¹²¹. Sur réouverture des débats, l'arrêt final¹²² ne réfère toutefois plus audit arrêt, constate néanmoins l'illégalité de la disposition réglementaire dans les mêmes termes exactement et refuse en conséquence de l'appliquer, en ce qu'il fondait la décision attaquée. Plusieurs arrêts vont dans le même sens¹²³.

annulation n'était pas requise, l'absence de consultation de la section de législation du Conseil d'Etat devant être fatale à l'ensemble de l'arrêté concerné pour le même motif ; C.E., *Smits e.a.*, n° 120.652, 17 juin 2003 (N) : « *dat om de in die arresten uiteengezette redenen de delegatie aan het hogeschoolbestuur vervat in artikel 3 van het concordantiebesluit op grond van artikel 159 van de Grondwet door de Raad van State niet mag worden toegepast* » ; C.E., *n.v. Garwig A. & M.*, n° 119.223, 12 mai 2003 (N) : « *zoals de Raad van State overigens reeds herhaaldelijk heeft gewezen onder meer in de arresten nr. ...* » ; C.E., *Sorton*, n° 115.679, 11 février 2003 (N) : « *zoals de Raad van State reeds heeft geoordeeld in de arresten nr. ...* » ; C.E., *v.z.w. Nationaal Syndicaat der Militairen*, n° 95.359, 14 mai 2001 (N) : « *overeenkomstig de overwegingen van de arresten nr. 77.236 en 82.934 die voor het onderhavige geval wordt bijgevalen* ».

¹¹⁹ L'on en trouve un bon exemple en matière de taxes sur les pylônes GSM. V. M. NIHOUL et A. VANDEBURIE, *o. c.*, *Revue de droit communal*, 2008, pp. 48-75. L'on ne peut évidemment reprocher à la Haute juridiction administrative de veiller ainsi à la cohérence de sa jurisprudence.

¹²⁰ C.E., *De Muijder*, n° 66.865, 18 juin 1997.

¹²¹ C.E., *Dekempeneer*, n° 72.041, 25 février 1998. Vérification faite, il semble que ce soit l'intervention des mêmes personnes dans les mêmes matières, au sein de l'auditorat, qui ait permis d'évoquer l'existence d'un précédent sur ce point.

¹²² C.E., *Dekempeneer*, n° 78.373, 27 janvier 1999, au motif que le Roi n'avait reçu de la loi le pouvoir que de déterminer les conditions et les critères qui permettent d'apprécier l'état de besoin, ce que ne constitue pas une présomption irréfragable dont l'effet est d'exclure d'emblée et de manière définitive celui-ci.

¹²³ C.E., *Ghijssens et Vanheel*, n° 170.355, 23 avril 2007 ; C.E., *v.z.w. Bouckenborgh Jongeren- en Cultuurcentrum*, n° 170.869, 7 mai 2007 : le requérant invoquait un arrêt du Conseil d'Etat dont le Conseil partage l'interprétation et la déclaration d'illégalité incidente du même arrêté ministériel sans le mentionner expressément.

Cela dit, même lorsque l'autorité relative de la chose jugée pourrait être invoquée entre mêmes parties, elle ne l'est pas toujours.

Ainsi, le Conseil d'Etat a-t-il déjà validé la délivrance par le Ministre du Développement territorial d'un permis d'urbanisme visant à aménager une brasserie-restaurant et trois appartements en violation d'une disposition d'un P.C.A. (plan communal d'aménagement) interdisant l'activité « *Horeca* » sur la parcelle des requérants, dont l'illégalité avait toutefois été constatée préalablement et l'application en conséquence écartée dans un arrêt d'annulation antérieur pour cause de discrimination¹²⁴. Les mêmes parties étaient à la cause¹²⁵.

Enfin, il arrive bien évidemment aussi que le Conseil d'Etat renvoie à sa propre jurisprudence sans pouvoir invoquer l'autorité de la chose jugée comme telle. Ainsi, le Conseil d'Etat a-t-il profité de l'occasion pour signaler dans son arrêt que « *depuis l'arrêt Dubuffet n° 101.867 du 14 décembre 2001, le requérant ne peut l'ignorer* »¹²⁶ : une commune est habilitée à réglementer et autoriser le cumul d'une fonction communale

¹²⁴ C.E., *Ville de Verviers*, n° 183.592, 29 mai 2008 : « *Dans ces conditions, l'acte attaqué a pu, sans violer les dispositions visées au moyen, considérer « qu'il n'y a pas lieu de remettre en cause l'affectation prévue » par les intervenants et délivrer le permis entrepris* ». L'acte en question tenait compte, dans sa motivation, de l'enseignement de l'arrêt d'annulation du Conseil d'Etat n° 142.327 du 17 mars 2005, dans lequel figurait le constat d'illégalité, dont il citait un large extrait. Comp. déjà dans la même affaire, toujours entre mêmes parties : C.E., *Grégoire et crts*, n° 167.938, 16 février 2007 : « *dans son arrêt n° 142.327 du 17 mars 2005, le Conseil d'Etat a estimé, statuant sur une critique énoncée en termes identiques, que « le P.C.A. n° 22, en tant qu'il interdit l'activité "Horeca" sur la parcelle des requérants, est (...) frappé d'illégalité et que son application doit, sur pied de l'article 159 de la Constitution, être écartée* » ; (...) que l'auditeur chargé de l'instruction du dossier s'est référé, en son rapport, à l'arrêt n° 142.327 du 17 mars 2005 ; qu'aucune des parties adverses n'a déposé de dernier mémoire ; que la première branche du premier moyen est fondée ».

¹²⁵ Dans la même affaire, v. C.E., *Sonck*, n° 145.310, 2 juin 2005 (N), 3.1.3 : « *Overwegende dat uit het arrest nr. 141.287 van 25 februari 2005, waarbij de schorsing werd bevolen van het bijzonder plan van aanleg "Zonevreemde bedrijven-1/2 Morti n.v." prima facie blijkt dat dit bijzonder plan van aanleg onwettig was ; dat het dan ook niet kan worden betrokken bij de beoordeling van de wettigheid van de thans bestreden beslissingen* » (le Conseil d'Etat fait ainsi une application quasi automatique de l'illégalité d'une norme suspendue après l'adoption de l'acte attaqué, cela dit entre mêmes parties) (deux annulations s'en suivront par ailleurs avec les arrêts *Sonck* n° 159.400, 31 mai 2006 et n° 166.216, 21 décembre 2006 (N)).

¹²⁶ C.E., *Dubuffet*, n° 179.908, 20 février 2008.

avec des activités professionnelles accessoires. Seule la Région wallonne, en qualité d'autorité de tutelle, s'était ajoutée à la cause. Mais le règlement communal contesté par voie incidente avait été modifié entre-temps et l'autorisation demandée ne portait pas sur les mêmes activités. Il n'en reste pas moins que le point de droit contesté était identique et la motivation de l'arrêt laisse clairement entendre qu'il en a pour le moins été tenu compte.

3. Aperçu général de la doctrine

23. A défaut pour la loi ou la jurisprudence d'avoir tranché le problème, il était encore possible de se tourner vers la doctrine pour amorcer la réflexion, faciliter l'analyse des différentes solutions susceptibles d'être envisagées et éprouver les motifs à même de justifier celles-ci. Il semble toutefois que le sujet n'ait pas retenu l'attention des auteurs, spécialement dans les contributions relatives à l'article 159 de la Constitution.

Les auteurs se limitent généralement à affirmer l'autorité relative du refus d'application au moment d'aborder cette disposition constitutionnelle, souvent par opposition avec l'annulation¹²⁷ et sans tenir compte de ce que le Conseil d'Etat peut également le prononcer, ce qui est régulièrement précisé plus loin dans l'exposé, mais sans en tirer de conséquence. Ailleurs, l'autorité absolue des arrêts d'annulation du Conseil d'Etat est affirmée, en ce compris de ses motifs, mais sans viser la spécificité des déclarations d'illégalité incidente lorsqu'il en existe. Les auteurs distinguent ainsi de manière abstraite l'annulation *erga omnes* du refus d'application *inter partes*. Souvent en présentant les choses de façon dichotomique, en donnant à penser que les cours et tribunaux refusent d'appliquer un acte illégal, tandis que le Conseil d'Etat l'annule¹²⁸.

¹²⁷ V. les références mentionnées *infra* à la note 157.

¹²⁸ V. en particulier P. WIGNY, *o. c.*, 4^e éd., 1962, n° 475, p. 387 ; M.-A. FLAMME, « Pour un contrôle juridictionnel plus efficace de l'Administration », *J.T.*, 1972, pp. 417-423 et 439-443 ; A. ALEN, *Rechter en bestuur in het Belgische publiek recht. De grondslagen van de rechterlijke wettigheidscontrole*, Antwerpen, Kluwer, 1984, n° 8, p. 11 et n° 23, p. 32 et note 3 ; W. LAMBRECHTS, *o. c.*, 3^e éd. add., 1990, p. 140 ; 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, pp. 287-294. Rem. F. DE VISSCHERE, « De controle van de burgerlijke rechter op de handelingen van het Bestuur », in *Jaarboek van het Vlaams rechtsgenootschap*, Leuven, 1960, p. 78 : « *De Raad van State doet uitspraak erga omnes ; de burgerlijke rechter louter inter partes* ».

24. Il y a bien quelque exception, tel B. BLÉRO qui, dans un article consacré au contentieux de la suspension et des mesures provisoires, s'exprime sur le sujet précis des effets de l'autorité de la chose jugée dans des situations contentieuses analogues. Dans ce contexte très spécifique, l'estimé auteur conteste l'autorité absolue des motifs d'un arrêt d'annulation (qu'il qualifie d'extension des effets qui s'attachent aux motifs d'un arrêt d'annulation) tant pour des raisons pratiques que juridiques. Sur le plan juridique, l'auteur épingle le principe selon lequel l'autorité de la chose jugée ne peut concerner que les situations juridiques effectivement soumises au juge et les articles 37, 108 et 133 de la Constitution aux termes desquels le pouvoir réglementaire appartient au Roi et point au pouvoir juridictionnel qui ne s'exerce « *que par la répétition fréquente des mêmes solutions et non par l'autorité indéfinie d'un seul arrêt* »¹²⁹.

M. LEROY, de son côté, ne s'écarte pas vraiment de la présentation dichotomique évoquée ci-dessus lorsqu'il écrit que « *Quand il s'agit d'actes réglementaires, en l'absence d'annulation, leur application peut toujours être refusée par toute juridiction, par application de l'article 159 de la Constitution. Mais cette déclaration d'illégalité n'a aucun effet en dehors du litige précis où elle trouve place. Le règlement illégal subsiste : il reste applicable dans tous les autres cas, sauf qu'à chaque procès les tribunaux pourront en refuser l'application, s'ils sont, eux aussi, convaincus de son illégalité* ». En outre, pour qu'une obligation de rétablir la légalité puisse être établie dans le chef de l'autorité, « *Encore faut-il que l'illégalité soit établie avec certitude : il ne suffit pas qu'un juge de paix suppléant refuse d'appliquer un arrêté illégal pour qu'on en conclue ipso facto que cet arrêté est illégal, surtout si d'autres juridictions repoussent les exceptions d'illégalité qui leur sont présentées* »¹³⁰.

¹²⁹ B. BLÉRO, *o. c.*, *A.P.T.*, 1993, pp. 143-144. L'auteur reprend à ce sujet une citation d'E. KRINGS, « Considérations sur l'Etat de droit, la séparation des pouvoirs et le pouvoir judiciaire », *J.T.*, 1989, p. 525.

¹³⁰ M. LEROY, *o. c.*, 1987, p. 184, n° 136 et *o. c.*, 4^e éd., 2008, p. 483. Rapp. au-delà de l'autorité de la chose jugée Q. PEIFFER, *o. c.*, *J.L.M.B.*, 2008, n° 16, p. 1089 au sujet du refus d'application par une juridiction d'une loi contraire au droit international directement applicable susceptible, selon l'auteur, d'engager la responsabilité d'une autorité administrative non partie au litige selon sa connaissance ou non de la décision concernée : « *il semble qu'une décision de justice de paix non publiée, refusant d'appliquer une loi contraire à un traité international, servira moins au plaideur qu'un arrêt de cour d'appel, abondamment publié et commenté* ». Plus généralement, il faut se garder de croire que la manière dont la doctrine appréhende la question de la responsabilité de l'administration pour illégalité en présence de controverse jurisprudentielle impliquant de la jurisprudence administrative présuppose l'autorité

Plus récemment, A. ALEN et J. THEUNIS évoquent, depuis le colloque dont le présent ouvrage constitue les actes, la possibilité pour l'autorité administrative de considérer l'acte comme inexistant lorsque l'illégalité de celui-ci a été constatée précédemment par l'une des plus hautes juridictions¹³¹. Sans considération toutefois pour la question de l'autorité de la chose jugée. Solution qui, en définitive, aboutit en pratique au même résultat que celui visé à travers l'autorité absolue.

II. L'ANALYSE DES DIFFÉRENTES PISTES DE SOLUTION

A notre estime, plusieurs arguments peuvent être invoqués dans un sens comme dans l'autre, en ce qui concerne surtout l'autorité de la déclaration d'illégalité incidente figurant dans un arrêt du Conseil d'Etat. Les décisions judiciaires, quant à elles, semblent davantage cantonnées à une autorité « relative complète » ou complètement relative. L'on imagine mal, en effet, reconnaître, dans l'état actuel des textes, l'autorité absolue à la déclaration d'illégalité incidente située dans une décision judiciaire dont l'autorité est relative.

A. LES ARGUMENTS EN FAVEUR DE L'AUTORITÉ ABSOLUE DE LA DÉCLARATION D'ILLÉGALITÉ INCIDENTE SITUÉE DANS UN ARRÊT DU CONSEIL D'ÉTAT

D'un côté, la notion même d'autorité de la chose jugée plaide en faveur

relative des arrêts d'annulation du Conseil d'Etat en ce qui concerne le constat d'illégalité incident, à l'instar d'ailleurs de toute interprétation législative qui y serait contenue. Car si l'autorité de la chose jugée conduit à établir l'illégalité et donc la faute, encore celle-ci peut-elle être excusable, ce qui dépend de circonstances généralement indépendantes de la question de fond au sujet de la légalité, non couvertes par ladite autorité (par exemple D. RENDERS et J.-F. VAN DROOGHENBROECK, « Erreur de droit et droit à l'erreur », in *Liber amicorum Michel Mahieu*, Bruxelles, Larcier, 2008, pp. 460-469, n^o 4-19 ; 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. 571-573, en faveur du double critère de la jurisprudence la plus haute dans la hiérarchie juridictionnelle et la plus récente).

¹³¹ A. ALEN et J. THEUNIS, « Praktische vragen over de "exceptie van onwettigheid" in artikel 159 van de Grondwet », *Thémis*, 2008-2009, n^o 54, n^o 10, pp. 7-8. Rapp. A. GLABEKE, *o. c.*, *T.R.O.S.*, 2005/37, pp. 62-63. Les deux auteurs font le parallèle, sur ce point, avec la question actuelle du refus d'application par l'autorité administrative d'une loi déclarée inconstitutionnelle par la Cour constitutionnelle. V. au contentieux de la responsabilité Q. PEIFFER, *o. c.*, *J.L.M.B.*, 2008, n^o 16, p. 1089 et D. RENDERS, *o. c.*, *J.T.*, 2008, pp. 555-557, notes sous Cass., 21 décembre 2007.

d'une conception moniste du dispositif juridictionnel. Les arguments dans ce sens sont au nombre de deux.

1. L'unicité de la chose jugée : l'accessoire doit suivre le principal

25. Selon un premier argument, il est traditionnellement soutenu que l'autorité de la chose jugée, sans préciser si elle est relative ou absolue, ne se rapporte pas seulement au dispositif de la décision mais s'étend aux motifs qui sous-tendent celui-ci. La règle est au demeurant constante et générale, puisqu'on la retrouve en droit administratif¹³²⁻¹³³⁻¹³⁴ comme en droit

¹³² V. par exemple C.E., *Thunus*, n^o 98.711, 6 septembre 2001 : « l'autorité de chose jugée des arrêts du Conseil d'Etat ne s'attache qu'au dispositif des arrêts et aux motifs qui en sont indissolublement liés ; (...) en matière pénale, l'autorité de chose jugée ne s'attache qu'à ce qui a été certainement jugé » (le Conseil d'Etat semble distinguer de la sorte la portée des deux catégories de décisions alors qu'en pratique l'idée est identique).

Rem. au passage et parmi tant d'autres, sans qu'une déclaration d'illégalité incidente ne soit concernée : C.E., *Mathys*, n^o 4.099, 21 février 1955, *Rec.*, 1955, p. 186 concernant un considérant « qui forme la base sur laquelle repose l'annulation » et « est inséparable du dispositif de l'arrêt » (le recueil, mais non l'arrêt, indique en sommaire que « Les motifs inséparables du dispositif d'un arrêt du Conseil d'Etat ont la même autorité de la chose jugée ») ; C.E., *Colard*, n^o 16.960, 27 mars 1975, *Rec.*, 1975, p. 304 et C.E., *Schollaert*, n^o 2.944, 27 novembre 1953, *Rec.*, 1953, p. 1348 concernant la violation du motif essentiel et indissociable du dispositif de l'annulation d'actes individuels (dans le premier cas en présence des mêmes parties auxquelles s'était ajouté un requérant) ; C.E., *Walrand*, n^o 16.785, 19 décembre 1974, *Rec.*, 1974, p. 1202 au sujet d'un considérant qui est le soutien nécessaire du dispositif d'un arrêt d'annulation d'une décision individuelle ; C.E., *a.s.b.l. Verbond van het Vlaams overheids personeel et Verbelen*, n^o 22.309, 3 juin 1982 : « l'autorité de la chose jugée d'un arrêt d'annulation (...) s'étend à la motivation sur laquelle se fonde cette annulation et dont elle est indissociable » (en l'espèce les motifs ont été étendus, au titre de l'autorité de chose jugée, à d'autres questions similaires, non tranchées par le premier arrêt, en présence d'une nouvelle requérante supplémentaire) ; C.E., *Brauers*, n^o 23.712, 24 novembre 1983 : l'autorité s'étend aux motifs déterminants du dispositif de l'arrêt, à savoir « ceux qui indiquent la base de l'annulation, c'est-à-dire la définition intégrale du devoir juridique auquel l'autorité a manqué en accomplissant l'acte annulé » ; C.E., *Decorte*, n^o 25.466, 13 juin 1985 : une annulation « a l'autorité de la chose jugée tout comme le considérant de l'arrêt qui constitue le fondement indispensable de cette annulation ».

¹³³ W. LAMBRECHTS, *o. c.*, 3^e éd. add., 1990, p. 207 ; B. BLERO, *o. c.*, *A.P.T.*, 1993, pp. 140-144 (*contra* en ce qui concerne les tiers) ; J. SALMON, *o. c.*, 1994, p. 528 ; R. WITMEUR, in B. BLERO (éd.), *o. c.*, 1999, p. 802 ; P. BOUVIER, *o. c.*, 2002, n^o 326, p. 279 ; M. LEROY, *o. c.*, 4^e éd., 2008, p. 759.
Rem. S. LUST et P. POPELIER, *o. c.*, *R.W.*, 2001-2002, n^o 35, pp. 1219-1220 : « Het arrest stelt immers enkel erga omnes vast dat de vernietigde handeling is aangetast

civil¹³⁵ ou encore en droit pénal¹³⁶. Or, le plus souvent, en présence d'une déclaration d'illégalité, la suspension ou l'annulation d'une décision individuelle trouve directement sa source dans l'illégalité d'un règlement appliqué, illégalité qui se situe d'ailleurs à ce point au fondement même de la suspension ou de l'annulation que l'on pourrait y voir l'élément principal du dispositif et non simplement l'accessoire. Toute décision ultérieure qui continuerait à se fonder sur le règlement illégal entre les mêmes parties serait d'ailleurs logiquement condamnée à une nouvelle

door de in de motivering vastgestelde onwettigheid. Het heeft geen enkel gezag van gewijsde met betrekking tot andere bestuurshandelingen die misschien door dezelfde onwettigheid zijn aangeast. Derden die met een gelijksoortige of zelfs een identieke beslissing worden geconfronteerd, maar die niet bij het gevoerde proces betrokken waren en over wier rechtssituatie in het dictum van het arrest dan ook niets werd beslist, kunnen zich niet op het gezag van (de motieven van) het annulatiearrest beroepen om bijvoorbeeld herstelmaatregelen uit te lokken. En een overheid die na een vernietiging eenzelfde onwettigheid begaat, schendt daardoor niet noodzakelijk het gezag van gewijsde van een vernietigingsarrest. Dit is maar het geval wanneer haar nieuwe beslissing in alle aspecten identiek is aan de vernietigde beslissing». Rem. aussi M. LEROY, o. c., 1987, n° 127, p. 174 et o. c., 4^e éd., 2008, p. 764, mais en contradiction avec pp. 483-484 déjà citées ci-dessus : « D'autres décisions de justice ont une autorité absolue de chose jugée : les décisions répressives. Quant un tribunal acquitte un prévenu au motif que le règlement auquel il a contrevenu est illégal, le jugement d'acquiescement a autorité absolue de chose jugée, et cette autorité s'attache au motif qui est le soutien nécessaire du dispositif, soit en l'espèce la déclaration d'illégalité du règlement, déclaration qui entraîne, par application de l'article 159 de la Constitution, son inapplicabilité ».

¹³⁴ A noter que seul l'article 15 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat stipule que « Les juridictions administratives saisies par renvoi du Conseil d'Etat après un arrêt d'annulation se conforment à cet arrêt sur le point de droit qu'il juge » (souligné par nos soins).

¹³⁵ En matière civile, v. par exemple A. FETTWEIS, o. c., 2^e éd., n° 384, pp. 285-286 et les références citées : l'autorité s'étend aux motifs inséparables du dispositif et qui constituent son soutien nécessaire ainsi qu'aux motifs décisifs par lesquels le juge tranche une question litigieuse débattue dans le respect des droits de la défense ; G. DE LEVAL, o. c., 2^e éd., 2005, n° 156 B, p. 220 et note 30 ; Cass., 29 juin 1972, *J.T.*, 1972, p. 603 ; Cass., 4 octobre 1978, *Pas.*, 1979, I, p. 166 et note 1 ; Cass., 23 octobre 1979, *Pas.*, 1980, I, p. 245 et note 2 ; Cass., 24 avril 1981, *Pas.*, 1981, I, p. 957 ; Cass., 6 novembre 1981, *Pas.*, 1982, I, p. 350 ; Cass., 24 décembre 1981, *Pas.*, 1982, I, p. 557 ; Cass., 4 novembre 1983, *Pas.*, 1984, I, p. 242 ; Cass., 22 mars 1984, *Pas.*, I, p. 857 et note 1.

¹³⁶ En matière pénale, v. par exemple Cass., 26 février 1965, *Pas.*, 1965, I, p. 654 et note 2 ; Cass., 21 mai 1965, *Pas.*, 1965, I, p. 1021 et note 2 ; Cass., 22 mai 1969, *Pas.*, 1969, I, p. 870 et note 3 ; G. DE LEVAL, o. c., 2^e éd., 2005, n° 175 A, pp. 254-255 ; M. FRANCHIMONT, A. JACOBS et A. MASSET, o. c., 3^e éd., 2009, pp. 1003-1004 et les références citées notes 97-99 et 104.

suspension ou annulation, sous réserve de circonstances particulières¹³⁷. Mais plus encore, lorsqu'elle est localisée dans un arrêt du Conseil d'Etat nant de l'autorité de chose jugée *erga omnes*, la sanction incidente devrait recevoir une portée renforcée lorsqu'elle constitue l'un des motifs qui sous-tendent le dispositif. Le cas échéant, elle constitue en effet un motif décisif par lequel le juge tranche une question litigieuse et dans ces conditions « l'autorité de la chose jugée (...) restreint le contrôle d'exception instauré par l'article 159 de la Constitution »¹³⁸, pour des motifs de procédure.

Il semble pourtant que l'autorité du motif d'annulation ait tendance à être asservie au dispositif, dans la jurisprudence du Conseil d'Etat, sans pouvoir dépasser la portée de celui-ci. Les arrêts *Vaelen et crts* et *Coleman* ont déjà été épinglés dans ce sens¹³⁹. Plus généralement, la portée d'une annulation fait aujourd'hui l'objet d'une interprétation étroite limitée à l'objet sur lequel le juge s'est prononcé formellement dans son dispositif¹⁴⁰⁻¹⁴¹⁻¹⁴².

¹³⁷ L'on songe, par exemple, à l'hypothèse dans laquelle le verdict en annulation diffère de celui posé en suspension. La question plus spécifique en ce qui concerne les arrêts de suspension sera discutée plus loin.

¹³⁸ V. R. WITMEUR, in B. BLÉRO (éd.), o. c., 1999, p. 782 au sujet de l'autorité des arrêts de rejet.

¹³⁹ C.E., *Vaelen et crts*, n° 19.618, 14 mai 1979 et *Coleman*, n° 19.619, *Rec.*, 1979, p. 485. V. aussi C.E., *Tibax*, n° 20.599, 30 septembre 1980, *Rec.*, 1980, p. 1161 et *T.B.P.*, 1981, p. 342, B.2.6 : il s'agit de rendre « supportable l'effet de l'annulation » et d'éviter que les effets juridiques d'une annulation s'amplifient sans contrôle au-delà de l'objet du recours. Rem. B.2.1 « En substance, le motif d'annulation est le constat, se déduisant des éléments de fait et de droit qui se sont produits au moment où fut prise la décision (...) litigieuse, de l'obligation juridique concrète qui incombait à cette époque à l'autorité administrative et à laquelle celle-ci a failli en procédant à l'acte administratif annulé. Ainsi, le motif d'annulation fournit au juge l'indispensable justification juridique pour conclure à l'annulation et est, de ce fait, indissociablement lié au dispositif du prononcé. En raison de cette fonction de support du motif d'annulation, la portée du dispositif est mieux circonscrite par ce motif d'annulation reconnu fondé, d'une part, et, d'autre part, l'autorité de force jugée s'étend au motif d'annulation mais uniquement dans la mesure où le dispositif requiert le support du motif d'annulation (...) ».

¹⁴⁰ Au sujet de la portée d'arrêts d'annulation, v. Cass., 8 juin 1961, *Pas.*, I, 1961, p. 1092 ; Cass., 23 avril 1981, *Pas.*, 1981, I, p. 953 ; Cass., 8 juin 1984, *Pas.*, 1984, I, p. 1235 ; Cass., 8 février 1991, *Pas.*, 1991, I, p. 550 ; Cass., 4 avril 2002, *Pas.*, 2002, p. 826.

¹⁴¹ V. P. DE SOMERE, o. c., *A.P.T.*, 2005, pp. 6-8 en ce qui concerne les actes dont les actes annulés étaient les antécédents déterminants (et sauf au Conseil d'Etat à étendre l'objet du recours en cours d'instance), les actes liés aux actes annulés (les actes

En matière constitutionnelle aussi, la doctrine semble d'avis de limiter

analogues ou parallèles telles d'autres nominations fondées sur les mêmes motifs jugés illégaux !) ou encore les actes dérivés : « pas même par l'autorité des motifs d'annulation, ceux-ci n'ayant autorité qu'à l'égard du contenu du dispositif » (p. 6), ces actes doivent faire l'objet d'un recours distinct. Au sujet des actes préalables, l'auteur indique qu'ils doivent faire l'objet d'un recours distinct sauf en présence d'un acte administratif complexe ou d'un règlement « dont l'illégalité peut être invoquée sans limites » (p. 7) sans préciser l'autorité qui s'attache au constat d'illégalité éventuel. A propos des actes dérivés privés de fondement légal mais « non formellement annulés », leur illégalité peut être mise en cause dans le cadre d'un recours distinct ou devant le juge ordinaire « en application de l'article 159 de la Constitution » (p. 7, note 48) et non de l'autorité de la chose jugée... La perte de leur force matérielle (lorsque la décision annulée en constitue l'unique et nécessaire fondement juridique) n'est au demeurant « pas opposable aux tiers dès lors que ces actes dérivés n'ont pas été formellement annulés, et que s'il en était autrement, la sécurité juridique serait compromise si la validité d'actes juridiques existant formellement pouvait être remise en cause sans limites et au-delà de tout recours formé régulièrement » (p. 7).

P. LEWALLE souligne à cet égard qu'il convient de ménager l'équilibre entre l'autorité de la chose jugée, qui participe de la logique de la fiction, et les exigences de la réalité, qui requièrent la stabilité des situations juridiques (o. c., 3^e éd., 2008, n^o 647, pp. 1138-1139). Entre la légalité pure et la sécurité juridique, autrement dit. Entre l'effet obligatoire de l'annulation et la lettre de l'arrêt, aussi. L'auteur s'inscrit en faveur d'une interprétation étroite qui serait, à son estime, « la seule conforme aux principes de l'organisation et du fonctionnement de la juridiction » (p. 1139) et aux principes dispositif (excluant l'action d'office) et de la séparation des fonctions administratives et juridictionnelles (n^o 648, p. 1140 : « si le juge ne peut anéantir des actes non attaqués, s'il ne peut remplacer ou corriger l'acte attaqué, l'interprète ne pourra supposer qu'il l'a fait. La thèse de l'annulation implicite d'actes analogues ou dérivés de l'acte annulé devra donc être écartée... » au même titre que la thèse de l'annulation implicite d'un acte simplement constaté comme étant illégal, convient-il d'ajouter). L'auteur souligne que le requérant a le loisir d'attaquer plusieurs actes par une requête à objet complexe.

Les arguments invoqués en faveur de l'extension d'un arrêt d'annulation aux actes distincts mais identiques ne manquent pas d'interpeller en ce qui concerne la portée de la déclaration d'illégalité incidente : la légalité, l'égalité et la chose jugée. V. P. LEWALLE, o. c., 3^e éd., 2008, n^o 686, pp. 1204 ; M. LEROY, o. c., 4^e éd., 2008, pp. 786-790.

¹⁴² A noter dans le même sens la jurisprudence du Conseil d'Etat selon laquelle bien que l'annulation d'un acte administratif ait des effets *erga omnes*, l'abstention d'autres intéressés à poursuivre l'annulation dans les délais impartis implique qu'ils se sont abstenus de faire valoir leurs prétentions et ont renoncé à celles-ci. *Contra* Cass., 21 décembre 2001, déjà cité. V. en ce qui concerne l'incidence de l'annulation sur les droits des tiers sp. B. BLERO, o. c., *A.P.T.*, 1993, pp. 140-144 ; P. DE SOMERE, o. c., *A.P.T.*, 2005, p. 8 ; A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME et J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, 17^e éd., Kluwer, Mechelen, 2006, n^o 978, p. 994 ; P. LEWALLE, o. c., 3^e éd., 2008, n^o 617, pp. 1099.

l'interprétation d'un arrêt en se fondant sur la généralité de certains de ses motifs. De la sorte, si « une interprétation correcte (d'un) arrêt (de la Cour constitutionnelle) par ceux qui sont amenés à en assurer l'exécution rend indispensable la prise en considération des motifs et des considérations qui ont amené la Cour (constitutionnelle) à statuer dans le sens indiqué dans le dispositif »¹⁴³, « il ne semble pas pour autant qu'on puisse invoquer cette motivation pour donner à l'arrêt une portée qui ne coïncide pas avec les limites que la Cour a posées dans son dispositif »¹⁴⁴. Or, le dispositif des arrêts de la Cour constitutionnelle, à l'instar de ceux du Conseil d'Etat, ne mentionnent jamais les éventuelles déclarations d'illégalité incidente.

Au niveau communautaire également dès lors que selon la Cour de justice des Communautés européennes « l'autorité d'un arrêt d'annulation s'étend aux motifs qui sont le soutien nécessaire de son dispositif ; toutefois cette autorité des motifs ne peut être invoquée que par les parties au procès. Ainsi, une entreprise non partie au procès ne peut, pour obtenir le remboursement de son amende, invoquer l'autorité d'un arrêt annulant, au motif que l'infraction n'était pas établie, une décision qui constatait sa participation à une entente avec les entreprises requérantes »¹⁴⁵⁻¹⁴⁶.

¹⁴³ M. BECKERS, o. c., 1987, pp. 51-53. V. aussi M.-F. RIGAUD et B. RENAULD, o. c., 2008, n^o 293, pp. 230-231.

¹⁴⁴ V. BARTHOLOMEE et J. SOSSON, o. c., *J.T.*, 1991, p. 715, n^o 34, note 96. Ainsi, selon les auteurs, « Le caractère général de certains motifs de l'arrêt devrait à nos yeux, être interprété plutôt comme l'annonce de ce que serait sa jurisprudence si d'autres questions préjudicielles connexes lui étaient posées, que comme un correctif à son dispositif au champ d'application trop étroit. La Cour attend les questions... et pose déjà les jalons de sa jurisprudence ultérieure ».

¹⁴⁵ C.J.C.E., *Commission c. AssiDomän Kraft e.a.*, 14 septembre 1999, *J.T.D.E.*, 1999, p. 234. A noter que cet exemple est cité par G. DE LEVAL, o. c., 2^e éd., 2005, p. 252, n^o 174, note 137 pour établir la portée relative de la présomption irréfragable emportée par l'autorité de la chose jugée alors que l'exemple vise un cas d'annulation mentionné au numéro suivant comme une exception au principe de la relativité de la chose jugée s'agissant des décisions ayant une autorité absolue (certes sans mentionner les arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes).

¹⁴⁶ Observons par ailleurs, à la lecture de la contribution de S. ADAM dans le présent ouvrage, que selon les vœux exprimés par l'article 241 CE, la Cour de justice des Communautés européennes réserve une autorité relative aux déclarations d'inapplicabilité contenues dans ses arrêts, sous réserve de la portée spécifique des arrêts préjudiciels qui s'explique par le fait que le renvoi est signifié aux Etats membres et aux institutions, qui ont la possibilité de déposer des observations, de même que l'arrêt (I, C, 4).

Pour mémoire, l'extension de la chose jugée par les motifs est également mal reçue en doctrine et en jurisprudence civiles¹⁴⁷. Selon G. WIEDERKEHR, par exemple, « *ni les moyens ni même le dispositif ne sont susceptibles d'avoir, isolément, l'autorité de chose jugée. Le dispositif n'a d'autorité de chose jugée que lié aux moyens et inversement. Il y aurait donc lieu de s'interroger non pas sur l'extension de l'autorité de chose jugée aux moyens, mais sur la limitation de l'autorité de chose jugée du dispositif par les moyens* »¹⁴⁸.

2. La spécialité du contrôle objectif ou « *qui peut le plus peut le moins* »

26. Deuxième argument en faveur de l'autorité absolue, c'est celui de la justification de l'autorité absolue des arrêts du Conseil d'Etat inhérente à la mission qui lui est impartie, à savoir un contrôle de légalité objectif. L'illégalité incidente, au même titre que l'illégalité principale, s'inscrit dans le cadre du même contrôle objectif dont le verdict devrait logiquement revêtir la même portée en toute cohérence.

Un raisonnement comparable a été tenu par le Conseil d'Etat à propos de la faculté de refuser l'application d'un règlement de la Chambre des représentants en matière de personnel alors que l'article 14, § 1^{er} des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat avait étendu la compétence de la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat aux actes administratifs des assemblées législatives ou de leurs organes relatifs aux membres de leur personnel. Selon la Haute juridiction administrative, « *si l'on admet la compétence du Conseil d'Etat pour l'annuler, l'on aperçoit pas ce qui interdirait à la juridiction d'en écarter l'application* »¹⁴⁹. Sur les conseils de la section de législation, le législateur a néanmoins inséré un second alinéa dans la disposition aux termes duquel « *L'article 159 de la Constitution s'applique également aux actes et règlements visés au 2* »¹⁵⁰.

La législation montre cependant que le contrôle objectif ne débouche pas nécessairement sur un verdict absolu, spécialement en dehors de

¹⁴⁷ V. *supra*, n° 13 *in fine*.

¹⁴⁸ G. WIEDERKEHR, « Justice civile, chronique in Justices », *Rev. gén. Proc.*, 1995, p. 293, cité par G. DE LEVAL, *o. c.*, 2^e éd., 2005, n° 156B, p. 220, note 30.

¹⁴⁹ C.E., *Brouillard*, n° 119.261, 12 mai 2003.

¹⁵⁰ V. sur ce point M. NIHOUL, « Les affres de la législation en matière d'« autorité administrative » et le respect de la Constitution », *J.T.*, 2008, pp. 71-73.

l'annulation. La portée relative (même si elle est renforcée) des arrêts préjudiciels de la Cour constitutionnelle indique que toute décision de ce type ne revêt pas par nature une portée obligatoire absolue. L'argument n'apparaît donc pas suffisant.

Enfin, l'attention doit être attirée sur le fait que le contrôle de légalité incident s'opère le plus souvent en l'absence de l'auteur de l'acte concerné. Certes, la procédure devant le Conseil d'Etat est plus inquisitoire qu'accusatoire et conduit l'auditorat à inviter expressément les éventuels intéressés à faire valoir leur point de vue par intervention¹⁵¹. Les invitations sont toutefois lancées en fonction de l'acte faisant directement l'objet de la demande de suspension ou d'annulation, non en fonction de l'acte sujet à contrôle incident. Le risque d'absence est encore plus grand devant le pouvoir judiciaire où l'une des parties doit prendre l'initiative d'appeler l'auteur en déclaration de jugement commun, au besoin¹⁵². Or, n'est-il pas difficile de concevoir l'autorité absolue de la chose jugée d'une déclaration d'illégalité faite en l'absence de l'auteur de l'acte concerné ?

B. LES ARGUMENTS EN FAVEUR D'UNE AUTORITE RELATIVE DE LA DECLARATION D'ILLEGALITE INCIDENTE

D'un autre côté, l'autorité absolue se justifie surtout par la sanction prononcée, en manière telle qu'une conception dualiste paraît tout aussi vraisemblable. Les arguments dans ce sens peuvent également être présentés au nombre de deux.

1. Les spécificités de la sanction ou la spécificité des sanctions

27. Premier argument, l'on pourrait être tenté de réserver le caractère absolu de la chose jugée aux seules sanctions qui l'impliquent et qui, par définition ou par nature, selon les points de vue, ne s'accrochent pas de

¹⁵¹ De même devant la Cour constitutionnelle, où l'article 74, alinéa 1^{er} de la loi spéciale sur la Cour d'arbitrage prévoit au demeurant la publication au Moniteur belge d'un avis de recours en annulation ou de question préjudicielle mentionnant notamment l'auteur et l'objet de la procédure. Une telle publicité n'existe pas devant le Conseil d'Etat en matière réglementaire.

¹⁵² Rem. J. MARTENS, *o. c.*, *J.L.M.B.*, 2008, p. 306 au sujet du droit à l'aide sociale des étrangers demandeurs de régularisation déboutés qui soulèvent l'illégalité des décisions de rejet prises par le Ministre de l'Intérieur devant les juridictions du travail en présence de C.P.A.S. exclusivement.

la relativité. L'on songe naturellement à l'annulation¹⁵³. Mais également aux décisions relatives à l'état des personnes, par exemple. Déjà moins à la suspension, en revanche, qui se démarque au demeurant déjà de l'annulation par son caractère provisoire et l'absence d'effet rétroactif.

Selon cette perspective, seule la sanction définitive aurait une autorité absolue, mais point l'illégalité qui conduit à la prononcer.

Une telle conception autorise par ailleurs à douter que l'effet *erga omnes* de l'annulation soit inhérent à l'autorité de la chose jugée dès lors que l'annulation administrative, décidée par une autorité administrative, par exemple l'autorité de tutelle, vaut également *erga omnes* sans pourtant faire l'objet d'une décision juridictionnelle¹⁵⁴.

Plusieurs différences entre l'annulation et le refus d'application¹⁵⁵, surtout, confortent le point de vue. La base légale, la sanction, mais aussi la publicité voire la procédure.

28. Alors que l'annulation devant le Conseil d'Etat trouve sa source dans l'article 14, § 1^{er} des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, d'abord, le refus d'application – directement consécutif à la déclaration d'illégalité incidente – procède de l'article 159 de la Constitution, qui est antérieur à la création du Conseil d'Etat et qui définit lui-même la portée de la sanction qu'il établit¹⁵⁶, sans que la loi – inférieure à la Constitution – puisse y déroger ou y changer quoi que ce soit. Il est de la sorte loin d'être évident qu'en organisant la compétence générale d'annulation de la section

¹⁵³ Rem. C.E., *Lebacqz*, n° 21.484, 20 octobre 1981, *Rec.*, 1981, p. 1392 : « le respect de l'autorité de la chose jugée d'un arrêt qui annule une décision administrative intéresse l'ordre public ; (...) le Conseil d'Etat doit dès lors faire intervenir d'office dans l'examen d'une affaire pendante devant lui l'effet d'un arrêt d'annulation qu'il a rendu ».

¹⁵⁴ Pour contourner cette difficulté, P. BOUVIER fait état de « l'autorité de la chose décidée » de ladite annulation qui s'opposerait à ce que l'autorité dont la décision est ainsi censurée reprenne la même décision sans corriger le vice constaté (*o. c.*, 2002, n° 289, p. 249). Il reste que l'annulation peut être annulée, à la différence de celle prononcée par le Conseil d'Etat (la cassation éventuelle d'un arrêt du Conseil d'Etat porte, quant à elle, sur un problème ciblé de compétence).

¹⁵⁵ Egalement pratiqué par les autorités de tutelle, par ailleurs, avec la bénédiction des juridictions. V. la contribution de R. VAN MELSEN dans le même ouvrage.

¹⁵⁶ Ladite sanction semble faire figure d'exception sur ce point, à considérer que l'autorité de la chose jugée en général soit établie par la loi. V. Projet de loi portant création d'un Conseil d'Etat, *Doc. parl.*, S., s. e. 1946, n° 58, p. 7, extrait cité *supra*, note 17.

d'administration du Conseil d'Etat, le législateur ait pu, fût-ce implicitement, conférer au refus d'application logé dans un arrêt d'annulation une portée différente de celle qu'il avait déjà en vertu de la Constitution.

Or, l'article 159 de la Constitution précise que c'est à l'occasion des contestations que les cours et tribunaux n'appliqueront les arrêtés et règlements généraux, provinciaux et locaux, qu'autant qu'ils seront conformes aux lois. Il y va d'une sorte de question préjudicielle que le juge est amené à se poser lui-même au moment de statuer dans une seule et même opération avant d'envisager un autre type de sanction. Probablement convient-il d'éviter de mélanger les genres, en conséquence, s'agissant au surplus d'une sanction partagée dans son maniement par le pouvoir judiciaire et le Conseil d'Etat.

29. D'autant que, par définition, ensuite, le refus d'application ne peut pas être assimilé à une annulation. Il n'emporte ni les mêmes exigences ni *a fortiori* les mêmes effets. Refuser l'application d'une norme ne porte pas atteinte à son existence ni pour le futur ni avec effet rétroactif¹⁵⁷. L'argument a été abondamment utilisé en d'autres lieux pour contester la dévolution au pouvoir judiciaire de la compétence d'annulation des décisions individuelles¹⁵⁸, sauf exception légale¹⁵⁹.

¹⁵⁷ Rem. C.A., n° 88/95, 21 décembre 1995, B.8 en faveur de l'effet relatif des déclarations judiciaires d'illégalité mais sur la base d'un argument transposable aux arrêts du Conseil d'Etat : « Cette décision ne fait (...) pas disparaître l'arrêté de l'ordre juridique ».

¹⁵⁸ Par le passé comme à titre prospectif. Pour le futur, rem. R. ANDERSEN, « Monisme ou dualisme juridictionnels. Un vrai ou un faux dilemme ? », in *Vigilantibus ius scriptum. Feestbundel voor Hugo Vandenberghe*, Brugge, Die Keure, 2007, p. 19 : l'article 159 de la Constitution ne peut « être interprété comme allant jusqu'à conférer au pouvoir judiciaire un pouvoir d'annulation ». Par le passé, doctrine et jurisprudence se sont évertuées à distinguer l'annulation du « devoir de refuser de prêter main-forte aux actes administratifs illégaux » conformément au principe de la séparation des pouvoirs interdisant au juge de s'immiscer dans l'administration active (à l'exception de L. MOUREAU). V. la contribution de D. DEOM dans le même ouvrage. V. aussi X (un membre du Congrès qui a fait partie de la section centrale nommée pour l'examen du projet de Constitution), *Dans quels cas l'autorité judiciaire peut-elle arrêter les excès de pouvoirs de la puissance exécutive ?*, Bruxelles, Remy, 1834, pp. 19, 20 et 30 ; J. LEJEUNE, *Etude sur la Constitution belge. Du droit des tribunaux de vérifier la légalité des actes administratifs (interprétation des art. 92, 93, 107 de la Constitution)*, Bruxelles, Decq, 1857, p. 18 à propos des travaux préparatoires de l'article 159 de la Constitution et de la portée discutée de celui-ci en ce qui concerne les règlements devant la section centrale du Congrès national, évoquant l'explication d'un membre selon laquelle : « mais comme le magistrat ne juge jamais que sur l'espèce qui lui est

soumise, sa décision n'aura de force que relativement à ce citoyen, et, par conséquent, n'empêchera pas l'exécution du règlement quant aux autres citoyens » ; C. DE BROUCKÈRE et F. TIELEMANS, *Répertoire de l'Administration et du droit administratif de la Belgique*, T. V, Bruxelles, Weissenbruch, 1846, p. 190 : « leur mission se borne à n'y avoir aucun égard dans le cas particulier qui leur est soumis : l'acte continue donc de subsister, et d'autres citoyens peuvent en être victimes, à moins qu'ils ne se résignent également à intenter ou à soutenir un procès pour échapper à son application » ; J.-H.-N. DE FOOZ, *Le droit administratif belge*, T. I, Tournai, Casterman, 1859, pp. 313, 315-316 : « les tribunaux n'annulent pas l'acte illégal, ils ne le modifient pas, mais ils le délaissent et s'abstiennent d'en faire application au cas pour lequel on l'invoque, en lui opposant la force d'inertie » (p. 316) ; J.-J. THONISSEN, *La Constitution belge annotée*, 3^e éd., Bruxelles, Bruylant-Christophe, 1879, p. 332, n° 507 dans le sens d'un « droit de ne pas tenir compte » d'un arrêté ou d'un règlement n'en restant pas moins debout ; A. GIRON, *Le droit administratif de la Belgique*, 2^e éd., T. I, Bruxelles, Bruylant-Christophe, 1885, n° 205, p. 229 et n° 211, p. 232, B et *Dictionnaire de droit administratif et de droit public*, T. I, Bruxelles, Bruylant-Christophe, 1895, « Actes illégaux », n° 1, p. 7 concernant l'interdiction de prononcer par voie réglementaire l'annulation de l'acte : l'illégalité d'autorité absolue est en conséquence proscrite ; *Pandectes belges*, T. III, Bruxelles, Larcier, 1873, « Acte administratif », col. 98, n° 179 et note 1 : « dire pour droit qu'il ne sera pas exécuté dans un cas donné » sous peine de statuer par voie générale et réglementaire ; M. BOURQUIN, *La protection des droits individuels contre les abus de pouvoir de l'autorité administrative en Belgique*, Bruxelles, Bruylant, 1912, pp. 55-56 ; P. ERRERA, *Traité de droit public belge. Droit constitutionnel – droit administratif*, 2^e éd., Paris, Giard & Brière, 1918, T. I – Droit constitutionnel, § 171, p. 265 : « L'acte subsiste, mais il faut reconnaître qu'ainsi frappé, il perd la plus grande partie de sa force. L'effet de la chose jugée ne s'étend pas, il est vrai, au-delà de ses limites normales (Code civil, art. 1351) ; une autre juridiction, la même peut-être, appelée à connaître itérativement de la légalité du même acte, statuera dans le sens de la validité ; on a vu bien des fois des fluctuations de ce genre, auxquelles les courants d'idées politiques ne sont pas étrangers » (en ce compris lorsque le refus d'application procède de l'autorité administrative statuant en matière contentieuse : § 172, p. 265) et § 341, p. 504 : « Sans l'annuler – droit réservé aux pouvoirs exécutif et législatif, le pouvoir judiciaire énerve l'acte qu'il estime illégal, en lui refusant toute sanction : c'est le faire tomber de soi-même » ; M. VAUTHIER, *Précis de droit administratif de la Belgique*, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 1950, n° 525, pp. 707-708 ; P. WIGNY, *Droit constitutionnel. Principes et droit positif*, T. I, Bruxelles, Bruylant, 1952, n° 502, p. 667 ; C. CAMBIER, *Principes du contentieux administratif*, T. I, Bruxelles, Larcier, 1961, pp. 193-217 ; A. VRANCKX, *Administratieve rechtshandelingen*, Administratief Lexicon, 1961, n° 114, p. 56 ; P. WIGNY, *o. c.*, 4^e éd., 1962, n° 475, p. 387 (et les références citées) au sujet d'une disposition analysée précédemment comme visant toutes les juridictions (en ce compris donc le Conseil d'Etat) conformément à la nature de la fonction juridictionnelle (n° 471, p. 381) : « Effets entre parties : L'acte illégal n'est pas appliqué entre parties. Pour elles il perd sa force obligatoire et exécutoire. Mais il subsiste pour le surplus » ; R. WILKIN, *Dictionnaire du droit public*, Bruxelles, Bruylant, 1963, v° Actes publics, n° 17, impl. ; C. CAMBIER, *o. c.*, T. I, 1966, pp. 594-595 ; *Novelles, Droit administratif*, T. VI, Le Conseil d'Etat, Bruxelles, Larcier, 1975, n° 1810-1811, pp. 621-622 ; A. ALEN, *o. c.*, 1984, n° 8, p. 11 et n° 23, p. 32 et note 3 ; M. LEROY, *o. c.*, 1987, n° 127, p. 174 et p. 184, n° 136 ; A. ALEN, A. MAST, et J.

DUJARDIN, *o. c.*, 11^e éd. 1989, n° 584, p. 515 : « Ce jugement laisse en tout cas en vie la décision tenue pour illégale, de sorte qu'elle peut encore être appliquée par un autre juge, voire par le même juge dans une autre cause » (p. 516, les auteurs ne précisent pas ce qu'il en est des illégalités incidentes relevées par le Conseil d'Etat) ; M.-A. FLAMME, *o. c.*, T. I, 1989, n° 243, p. 581 et les références citées ; W. LAMBRECHTS, *o. c.*, 3^e éd. add., 1990, p. 111 ; F. DELPÉRÉE et S. DEPRÉ, *o. c.*, 1998, p. 242, n° 356 : « L'intervention du juge n'aboutit pas – cela va de soi – à une censure radicale de l'acte incriminé » ; F. DELPÉRÉE, *Le droit constitutionnel de la Belgique*, Bruxelles-Paris, Bruylant-L.G.D.J., 2000, n° 77, p. 98 et n° 875, pp. 739-740 ; P. BOUVIER, *o. c.*, 2002, n° 8, p. 22 ; J. VANDE LANOTTE et G. GOEDERTIER, *Overzicht publiekrecht*, Brugge, Die Keure, 2003, p. 764, n° 1179 ; M. PAQUES, *Droit public élémentaire en quinze leçons*, Bruxelles, Larcier, 2005, n° 379, p. 289 ; M. LEROY, *o. c.*, 4^e éd., 2008, pp. 483-484 et 764. V. encore Proc. gén. L. CORNIL, concl. conf. préc. et Cass., 26 mars 1952, *Pas.*, 1952, I, pp. 463, 468 et 470 ; F. DE VISSCHERE, *in o. c.*, Leuven, 1960, pp. 69-70 et du même auteur, « Gaat de burgerlijke rechtspraak naar een ruimer interpretatie van artikel 107 van de Grondwet ? », *T.B.P.*, 1960, pp. 319-385 ; Proc. gén. W. GANSHOF VAN DER MEERSCH, alors Pr. av. gén., concl. conf. préc. Cass., 16 décembre 1965, *Pas.*, 1966, I, p. 524 ; J. DELVA, « Het rechtstreeks bestrijden van overheidsdaden voor de burgerlijke rechtscollèges », *T.P.R.*, 1967, n° 9-10, pp. 389-392 ; Proc. gén. W. GANSHOF VAN DER MEERSCH, concl. conf. préc. Cass., 22 octobre 1970, *Pas.*, 1971, I, p. 162 ; M.-A. FLAMME, *o. c.*, *J.T.*, 1972, p. 420, n° 11 (l'auteur reconnaît p. 421, n° 13 que le refus d'application s'apparente souvent à une annulation lorsqu'il porte sur une décision individuelle) ; C. HUBERLANT, « Le contrôle des actes administratifs par les Cours et Tribunaux en Belgique », *in Rapports belges au IX^e Congrès de l'Académie internationale de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 1974, pp. 476-477 ; E. KRINGS, *o. c.*, *J.T.*, 1989, n° 18, p. 525 et n° 22, note 55, p. 526 : « ledit contrôle reste limité au jugement des causes qui font l'objet des décisions judiciaires et (...) il n'a jamais un caractère général. Il n'y a donc en aucune manière annulation » ; P. MARTENS, « L'exception d'illégalité : entre l'injustice et le désordre », note sous C.E., 2 septembre 1987, *J.L.M.B.*, 1988, p. 1536 ; 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, n° 21, p. 430 ; P. CHARLIER, « Le contrôle juridictionnel exercé sur l'administration en droit belge », *R.R.D.*, 1983, pp. 9, 10, 14 et 16 ; C. BERX, *o. c.*, 2000, p. 108, n° 212 et n° 280, p. 136 et note 564 ; S. LUST, *o. c.*, 2000, n° 63-64, pp. 127-128 ; D. RENDERS, « Article 159 », *in M. VERDUSSEN* (dir.), *La Constitution belge. Lignes et entrelignes*, Bruxelles, Le Cri, 2004, p. 354 ; C. DESMECHT, *o. c.*, *R.G.D.C.*, 2006, n° 24-25, pp. 291-292 ; M. PAQUES et L. DONNAY, « Jurisdiction ordinaire et juridiction administrative en droit belge », *C.D.P.K.*, 2007, p. 80 « sous réserve d'une application extensive des motifs du jugement en question » ; D. VAN HEUVEN et J. VANPRAET, « Over de grenzen van het rechtsherstel door de gewone rechtbanken bij onreëmatig overheidsoptreden inzake stedenbouw », *T.R.O.S.*, 2007, n° 7 et 9, pp. 179-180 (l'illégalité d'une décision de retrait n'a pas pour effet de ressusciter *erga omnes* la décision retirée, ce qui s'apparenterait à une annulation) ; D. DE ROY, « L'exception d'illégalité instituée par l'article 159 de la Constitution : de la vision d'apocalypse à la juste mesure ? », note sous Cass., 23 octobre 2006, *R.C.J.B.*, 2009, p. 33, n° 30, note 42 (l'auteur distingue l'incidence pour les parties du sort de l'acte), n° 36, p. 36 et p. 61, n° 92. *Adde* les travaux préparatoires cités *supra* note 16.

Quant à l'effet rétroactif de l'arrêt d'annulation, il est considéré par la section de législation du Conseil d'Etat comme inhérent au dispositif même et au terme « annulation ». A telle enseigne que « Si le législateur entendait écarter tout effet rétroactif, il devait recourir à un terme autre que le terme "annulation" »¹⁶⁰. Si le Constituant entendait donner une valeur absolue au refus d'application, autrement dit, il devait recourir à un autre terme et préférer celui d'annulation ou d'abrogation.

Dans la jurisprudence du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation, la portée absolue de l'autorité des arrêts d'annulation est précisément justifiée par le mécanisme de la mise à néant que constitue l'annulation¹⁶¹. Or, la disposition déclarée illégale, quant à elle, n'est pas annulée ; pas plus d'ailleurs que celle qui est suspendue. La portée absolue des arrêts de suspension, bien que provisoire, conforte ainsi l'intuition selon laquelle seul le dispositif de la suspension est servi par l'autorité.

En somme, ce qui définit l'autorité de la déclaration d'illégalité incidente, c'est le refus d'application et non l'autorité de la décision dans laquelle elle se trouve.

La déclaration d'illégalité incidente est d'ailleurs l'accessoire du refus d'application, à titre principal, et non directement de l'annulation à laquelle conduit seulement le refus d'application, et encore pas dans tous les cas. Il arrive, par exemple, qu'une disposition réglementaire antérieure renaisse de ses cendres pour la circonstance, avec un dispositif différent ou identique au précédent apte à fonder l'acte entrepris sur la question

¹⁵⁹ Rem. M.-A. FLAMME, *o. c.*, T. I, 1989, n° 243, p. 582 où l'auteur souligne *a contrario* que des lois spécifiques ont été jugées nécessaires pour confier aux tribunaux judiciaires le pouvoir d'annuler certains actes administratifs. Parmi les exemples figure la loi du 24 mai 1854 sur les brevets d'invention, déjà citée comme une exception en matière judiciaire à l'autorité relative de la chose jugée... A l'inverse, toutefois, il ne revient pas au législateur de régler la portée d'une disposition constitutionnelle.

¹⁶⁰ S.L.C.E., avis sur un Projet de loi portant l'organisation, la compétence et le fonctionnement de la Cour d'arbitrage, *Doc. parl.*, S., s. 1981-82, n° 246/2, p. 360 et avis de J. VELU, pp. 417 et 433. La Cour d'arbitrage ne peut au demeurant maintenir les effets de la norme annulée que par voie de disposition générale.

¹⁶¹ Rem. par exemple M.-A. FLAMME, *o. c.*, T. I, 1989, n° 243-244, pp. 581-582 au sujet de la « compétence d'annulation erga omnes ». V. également la jurisprudence de la Cour de cassation citée *supra*, n° 16, note 96.

contestée¹⁶². Le cas échéant, la décision individuelle ne sera pas annulée.

30. En outre, reconnaître une portée absolue à la déclaration d'illégalité incidente logée dans un arrêt du Conseil d'Etat suscite des interrogations quant à la publicité et l'opposabilité d'une telle déclaration. Actuellement, seuls les arrêts d'annulation ou de réformation sont en effet publiés au *Moniteur belge* et encore « dans les mêmes formes que les actes, règlements ou décisions annulés ou réformés », le plus souvent par extraits

¹⁶² Au sujet de la résurrection du droit antérieur régulier (sa remise en vigueur), sp. de la norme que la disposition censurée avait abrogée comme si elle était toujours restée en vigueur (sous réserve de cas spécifiques liés aux dispositions en vigueur), v. M. NIHOUL, « Le citoyen peut-il invoquer l'application d'un règlement illégal ? », *C.D.P.K.*, 2008, p. 620, n° 7 et note 33 ; P. LEWALLE, *o. c.*, 3^e éd., 2008, n° 625, p. 1107 et n° 628, pp. 1111-1112. V. en ce qui concerne la jurisprudence du Conseil d'Etat, en présence d'annulations, C.E., *Thill*, 23 juin 1982, n° 22.378, *Rec.*, 1982, p. 1053 ; C.E., *a.s.b.l. V.V.O.*, 20 décembre 1988, n° 31.651, *A.P.M.*, 1989, p. 18 ; C.E., *Pirard*, n° 41.825, 29 janvier 1993, *a contrario* (car si l'autorité à l'origine de l'annulation est prononcée sauf en tant qu'elle abroge la norme antérieure : en application de l'article 159 de la Constitution, le Conseil d'Etat ne peut en effet prononcer une annulation qui aurait pour effet de rétablir un règlement dont il a constaté l'illégalité) ; comp. C.E., *Union professionnelle Corporation of Flight Hostesses*, 2 septembre 1987, *J.L.M.B.*, 1988, p. 1531, obs. P. MARTENS, « L'exception d'illégalité : entre l'injustice et le désordre » (si la norme antérieure est entachée de la même illégalité, seule l'autorité compétente est tenue de la corriger) ; C.E., *Commune de Braine-le-Château et crts.*, n° 138.732, 21 décembre 2004. V. en ce qui concerne la jurisprudence de la Cour de cassation, en présence de refus d'application cette fois, *Cass.*, 25 novembre 2002, *Pas.*, 2002, p. 2245 ; *Cass.*, 14 février 2005, *Pas.*, 2005, p. 364 : il appartient au juge qui écarte l'application d'une disposition réglementaire en raison de son illégalité d'apprécier le litige sur la seule base de la disposition réglementaire applicable dans sa rédaction *légitime* antérieure. Sur la substitution de fondement réglementaire, v. sp. 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. Rem. au sujet du retour à l'état antérieur du droit en cas d'annulation ou de suspension par la Cour constitutionnelle (même si la norme subsiste dans le second cas) : l'article 13, § 3 de la loi spéciale sur la Cour d'arbitrage qui réfère à des « dispositions redevenues applicables par l'effet de l'annulation » dans le cadre de la rétractation ; G. ROSOUX et F. TULKENS, *in o. c.*, 2004, n° 6, pp. 100-101, n° 14, pp. 105-106 et p. 134, n° 36 ; G. ROSOUX, « Leçons de l'éphémère. La Cour d'arbitrage et le "renouveau" électoral - La Cour d'arbitrage et la suspension », *R.B.D.C.*, n° 27, p. 30 et p. 32, n° 30 : « Par l'effet de la suspension, le régime antérieur renaît de ses cendres » (sauf intervention du législateur) (n° 27, p. 30) ; C.A., n° 30/2003, 26 février 2003, B.24. En cas d'arrêt préjudiciel positif : H. SIMONART, *o. c.*, 1988, p. 256.

qui reprennent le dispositif exclusivement¹⁶³. La déclaration d'illégalité incidente n'y figurant pas, il y a de fortes chances, dans ces circonstances, qu'aucune publicité ne lui soit donnée, quand bien même elle serait à la source de la censure. La crainte se vérifie en pratique. Par voie de conséquence, la déclaration d'illégalité pourrait passer inaperçue à l'égard des citoyens autres que ceux directement concernés par l'affaire, mais aussi aux autres autorités et aux autres juridictions. Il n'est pas même exclu qu'elle passe inaperçue au sein même du Conseil d'Etat¹⁶⁴, d'une chambre à l'autre voire d'un conseiller à l'autre. Si la déclaration d'illégalité incidente n'est pas publiée, après tout, c'est peut-être que l'intention n'était pas de lui donner une autorité absolue¹⁶⁵.

En 1993, B. BLERO observait déjà que « *Sur un plan pratique, l'extension de l'autorité des motifs d'un arrêt d'annulation à des situations contentieuses analogues crée plus de problèmes qu'elle n'en résout. Elle implique en effet que l'autorité de la chose jugée est violée dès qu'une autorité administrative méconnaît une règle dont le non-respect a déjà donné lieu à un arrêt d'annulation. Elle requiert de la part des autorités administratives une maîtrise parfaite de la jurisprudence du Conseil d'Etat. Quant au Conseil d'Etat, il doit connaître à la perfection jusqu'au plus insignifiant de ses arrêts puisqu'il est tenu de rechercher, à propos de chaque affaire – le moyen tiré de la violation de la chose jugée étant d'ordre public –, si le problème juridique qui lui est posé n'a pas déjà été tranché par un précédent arrêt d'annulation* »¹⁶⁶. Du moins si la norme, pour ce qui nous concerne, n'a pas déjà été censurée. Fondamentalement, le problème n'est pas très différent.

¹⁶³ L'article 39 de l'arrêté du Régent précise en effet que le Conseil d'Etat détermine si l'arrêt doit être publié en entier ou par extrait et que la publication est faite sans délai par la partie adverse à la requête du greffier en chef.

¹⁶⁴ En pratique, la répartition des dossiers est cependant organisée par l'auditorat et le conseil de manière à diminuer considérablement ce risque, spécialement au sein d'un même « rôle linguistique ». Les banques de données jouent également un précieux rôle dans ce cadre. La période des vacances est déjà plus à craindre car l'extrême urgence augmente le risque de perturber la répartition et d'erreurs.

¹⁶⁵ Rappr. A. VAN MENSEL, I. CLOECKAERT, W. ONDERDONCK et S. WYCKAERT, *o. c.*, 1997, p. 125, n° 341 où les auteurs associent l'autorité absolue des arrêts d'annulation et la publication de ceux-ci en des termes qui n'excluent toutefois pas une évolution en la matière : « *De onwettigheid van een administratieve rechtshandeling heeft immers niet enkel belang voor partijen, maar raakt de hele rechtsorde. Vandaar dat de vernietingsarresten ook bij uittreksel of in extenso worden bekendgemaakt in het Belgisch Staatsblad in dezelfde vormen als het vernietigde besluit* ».

¹⁶⁶ B. BLERO, *o. c.*, A.P.T., 1993, p. 143.

31. Enfin, l'on peut se demander si la portée de la déclaration d'illégalité ne dépend pas non plus des mécanismes mis en place par le législateur, sur le plan procédural¹⁶⁷, pour lui permettre d'accéder un jour à l'annulation. Tel est le cas devant la Cour constitutionnelle en présence d'un arrêt préjudiciel déclarant la loi, le décret ou l'ordonnance inconstitutionnel. L'article 4, alinéa 2 de la loi spéciale ouvre un nouveau délai de six mois pour l'introduction d'un recours en annulation. Un tel dispositif est inexistant devant le Conseil d'Etat et empêche, en conséquence, les intéressés de transformer la déclaration d'illégalité en annulation.

L'article 26 de la loi spéciale sur la Cour d'arbitrage organise également la faculté de ne pas poser une question déjà résolue. L'article 159 de la Constitution semble, quant à lui, nier un tel effet indirect en limitant le refus d'application au cas d'espèce à trancher sans aucune valeur relative renforcée. Une publicité est d'ailleurs organisée en ce qui concerne les arrêts préjudiciels de la Cour constitutionnelle, bien qu'ils ne soient pas nantis de l'autorité absolue de la chose jugée et qu'ils contiennent souvent une déclaration d'inconstitutionnalité d'une certaine manière incidente, en tous cas préjudicielle.

En somme, il semble que, dans l'ensemble, le refus d'application n'ait pas été conçu, dès le départ, pour recevoir une portée générale, même circonscrite.

32. Revenons sur la base légale du refus d'application pour nous y attarder quelques instants. A la différence de la suspension et de l'annulation, dont la portée absolue est inhérente à la sanction qu'elles emportent, méticuleusement choisie par le législateur, la déclaration d'illégalité incidente procède directement de l'article 159 de la Constitution qui prévoit directement et expressément une sanction spécifique, à portée relative, à l'endroit du refus d'application. Il paraît légitime, dans ces circonstances, de se demander si la sanction d'annulation – établie par une loi – est en mesure de modaliser le refus d'application organisé par l'article 159 de la Constitution. A défaut, la modification législative de la disposition constitutionnelle à laquelle conduirait, fût-ce implicitement, l'interprétation conférant une valeur absolue à la déclaration d'illégalité

¹⁶⁷ Sans oublier que l'exception d'illégalité peut être invoquée à tout moment (sauf en ce qui concerne les actes individuels devant le Conseil d'Etat), à la différence du recours en annulation, enfermé dans des délais très stricts.

incidente contenue dans un arrêt du Conseil d'Etat, s'exposerait à des critiques d'inconstitutionnalité.

L'argument n'est pas nouveau et a déjà été invoqué lorsque le législateur a étendu l'application de l'article 159 de la Constitution aux actes et règlements des pouvoirs législatif et juridictionnel en matière de personnel et de marchés publics en complétant l'article 14, § 1^{er} des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat par un second alinéa¹⁶⁸ ; ou encore précédemment lorsque le Conseil d'Etat a refusé que soit invoquée devant lui l'exception d'illégalité ou le retrait d'acte à propos d'une décision individuelle devenue définitive. La critique a été formulée en doctrine, dans ces derniers cas, que la jurisprudence du Conseil d'Etat, fondée sur les lois coordonnées du Conseil d'Etat, revient à distinguer là où l'article 159 de la Constitution ne fait aucune distinction¹⁶⁹⁻¹⁷⁰.

¹⁶⁸ Depuis la loi du 15 mai 2007 modifiant l'article 14 des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973, l'article 14, § 1^{er}, alinéa 2 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat renvoie en ces termes à l'article 159 de la Constitution s'agissant des actes et règlements n'émanant pas d'une autorité administrative à proprement parler, mais d'une des autorités assimilées par énumération en ce qui concerne les actes et règlements relatifs aux marchés publics et aux membres de leur personnel : « L'article 159 de la Constitution s'applique également aux actes et règlements visés au 2 ». Sur le procédé, v. la critique de M. NIHOUL, *o. c.*, *J.T.*, 2008, pp. 71-73. L'article 140 de la Constitution procédait déjà de la même manière en ce qui concerne les arrêtés et règlements que le Parlement et le Gouvernement de la Communauté germanophone peut adopter dans l'exercice de toute autre compétence (provinciale) qui leur est attribuée par la loi : « L'article 159 est applicable à ces arrêtés et règlements ». Il s'agit toutefois d'une disposition constitutionnelle. L'article 9, § 2 de la loi spéciale du 12 janvier 1989 relative aux institutions bruxelloises avait procédé autrement, quant à lui, en disposant que sur des questions précises, « En cas de non-conformité, elles (les juridictions) refusent l'application de l'ordonnance ».

¹⁶⁹ V. par exemple D. LAGASSE, « La sécurité juridique doit-elle prévaloir sur la légalité d'un acte administratif ? La théorie du retrait d'acte administratif est-elle encore justifiée en droit belge ? », note sous C.E., *Dechamp*, n° 90.287, *J.T.*, 2000, pp. 334-335. Comp. D. LAGASSE, « De l'antinomie entre les principes de la légalité et de la sécurité juridique », obs. sous civ. Bruxelles, 18 septembre 1987, *J.T.*, 1988, pp. 480 et s. V. plus généralement la contribution de F.-X. BARCENA dans le même ouvrage.

¹⁷⁰ D'autres questions se sont également posées, par exemple à propos de la compatibilité avec l'article 159 de la Constitution de la compétence limitée du juge des saisies (v. not. M. BOES, « De beslagrechter, administratieve beroepen en artikel 159 van de Grondwet », note sous Civ. Termonde (sais.), 8 octobre 2004, *T.R.O.S.*, 2005, pp. 253-258), de l'inclusion des ordonnances et des décrets dans le champ du contrôle de légalité (v. not. F. DUMON, « Projets de réformes et fonction juridictionnelle », *J.T.*, 1977, n° 34, pp. 565-566), des délais de prescription (civ. Dinant, 2 février 1995, *J.L.M.B.*, 1995, p. 1297, obs. J. REITERS : l'article 159 de la Constitution ne permet pas de contourner la prescription du droit de réclamation prévu par le code d'impôts

En même temps, le fait que le Conseil d'Etat tolère que l'exception d'illégalité d'un règlement puisse être invoquée sans limitation de temps, e'est-à-dire, non seulement lorsque le délai de recours pour annuler la norme réglementaire est épuisé, mais aussi, en réalité, autant de fois qu'il sera nécessaire en pratique¹⁷¹ compte tenu de son application, confirme à tout le moins l'esprit d'une valeur relative de l'autorité de la déclaration d'illégalité incidente, en ce compris lorsqu'elle est logée dans un arrêt

sur le revenu en agissant devant les juridictions civiles sur la base des règles gouvernant la répétition d'indu en se prévalant de la disposition constitutionnelle) ou encore de l'article 14^{ter} des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat et la portée de la décision du Conseil d'Etat de maintenir certains effets d'un acte annulé au regard de l'exception d'illégalité : le maintien des effets de la norme annulée et donc reconnue illégale n'empêche pas qu'un autre juge constate incidemment l'illégalité de l'acte dérivé privé de fondement légal et refuse de l'appliquer sur la base de l'article 159 de la Constitution. « L'effet de la modulation se limiterait, dès lors, à permettre aux autorités administratives concernées de continuer à appliquer les actes dérivés aussi longtemps qu'ils ne sont pas contestés par voie d'exception ou de moyen incident devant une juridiction autre que le Conseil d'Etat lui-même, lié sur ce point par son propre arrêt » (P. LEWALLE, *o. c.*, 3^e éd., 2008, p. 1122, n° 636). Le même raisonnement vaut en réalité pour l'acte annulé, sauf à jouer sur les mots. « Dans la mesure où il ne peut se concevoir que le législateur ait conféré au Conseil d'Etat un pouvoir inconstitutionnel (...) le maintien d'application d'un règlement annulé par le Conseil d'Etat doit être interprété tous devoirs saufs pour les juridictions d'exécuter la prescription de l'article 159 de la Constitution » (D. RENDERS, « Le maintien des effets d'un règlement annulé par le Conseil d'Etat et le respect des droits fondamentaux », *J.T.*, 2002, p. 763, note 20). Or, le cas échéant, l'irrégularité de l'acte annulé est couverte par l'autorité absolue de la chose jugée et lie tout juge en manière telle qu'aucune demande en justice ne saurait être valablement fondée sur un acte annulé dont les effets ont été maintenus (*ibid.*, p. 273). Selon l'auteur, l'annulation comme telle n'est pas contraire à l'article 159 de la Constitution dès lors que la norme n'existe plus et son application ne pourra par conséquent plus être écartée (*ibid.*, note 20).

A travers l'histoire, l'article 159 de la Constitution semble avoir été mis à toutes les contributions. Il est ainsi invoqué pour dénier toute autorité aux arrêts de rejet du Conseil d'Etat, les lois coordonnées ne pouvant pas limiter le contrôle de légalité organisé par la disposition constitutionnelle (R. WITMEUR, in B. BLERO (éd.), *o. c.*, 1999, pp. 779-783). Il l'a encore été, par exemple, pour justifier la constitutionnalité du recours en annulation dans le même esprit d'un contrôle juridictionnel de l'action administrative (Projet de loi portant création d'un Conseil d'Etat, *Doc. parl.*, S., s. e. 1939, n° 80, pp. 27-28 et s. e. 1946, n° 58, p. 6 ; *Ann. Parl.*, S., 4 juillet 1939, p. 611 ; not. L. WODON, « Du recours pour excès de pouvoir devant la Constitution belge », Académie royale de Belgique. Bulletin de la classe des lettres et des sciences morales et politiques, 1938, n° 11-12, pp. 519 et s.).

¹⁷¹ Comp. P. DE SOMERE, *o. c.*, *A.P.T.*, 2005, p. 7 : « sans limites ».

d'annulation du Conseil d'Etat¹⁷².

Pire. Reconnaître une autorité de chose jugée absolue à la déclaration d'illégalité incidente reviendrait en réalité à transformer le refus d'application en abrogation, voire même dans une forme d'annulation puisque la jurisprudence est par nature déclarative, c'est-à-dire rétroactive. Une telle autorité serait en parfaite contradiction avec l'affirmation lancinante en jurisprudence selon laquelle la décision illégale continue d'exister tant qu'elle n'est pas annulée ensuite d'un recours à cet effet¹⁷³.

Certes, notre premier réflexe est de conclure en faveur de l'autorité absolue complète des arrêts du Conseil d'Etat conformément à l'adage « *qui peut le plus peut le moins* » : pourquoi donc refuser à cette juridiction la force d'un constat qu'il peut traduire d'ordinaire en annulation ? Et bien justement parce qu'il ne s'agit pas d'une annulation. Or, « *qui peut le moins ne peut pas nécessairement le plus* », pour prendre le contre-pied de l'adage : si le Conseil d'Etat peut annuler un acte administratif contesté, il doit le faire dans un laps de temps limité permettant de concilier la légalité et la sécurité juridique. Reconnaître une portée absolue à la déclaration d'illégalité incidente reviendrait à cloner l'annulation et à l'admettre au-delà du délai mythique des soixante jours. Elle reviendrait à conférer au Conseil d'Etat un pouvoir réglementaire, certes négatif, mais réglementaire tout de même qui, sauf exception légale, appartient au pouvoir exécutif¹⁷⁴.

33. L'argument de la base légale peut encore être pris a *fortiori*. Selon cette analyse, une distinction quant aux effets selon le type de décision prise serait d'autant moins inconcevable que la loi spéciale sur la Cour d'arbitrage l'a consacrée en ce qui concerne les arrêts de la Cour en limitant l'autorité absolue aux arrêts d'annulation et en réservant une valeur relative renforcée à l'arrêt préjudiciel exclusivement. Or, la

¹⁷² Le confirme également le fait, au demeurant, que les arrêts de rejet ne sont pas revêtus de l'autorité de la chose jugée absolue.

¹⁷³ Rem. à cet égard M.-A. FLAMME, *o. c.*, T. I, 1989, n° 245, p. 583. L'auteur souligne que la distinction entre refus d'application et annulation est parfois assez académique en matière de décision individuelle en raison de l'absence de tout effet ou application dans les deux cas. C'est précisément pour cette raison que le Conseil d'Etat limite la période de contestation de tels actes devant lui et que, par le passé, la doctrine et la jurisprudence voulaient limiter le champ d'application de l'article 159 de la Constitution aux actes réglementaires. V. ainsi A. ALEN, *o. c.*, 1984, n° 23, p. 32 et notes 1, 2 et 4. V. aussi la contribution de F.-X. BARCENA dans le même ouvrage.

¹⁷⁴ Dans ce sens précis : B. BLERO, *o. c.*, *A.P.T.*, 1993, pp. 143-144.

particularité de ce dernier, on l'a vu, est également d'emporter un constat d'invalidité destiné à lier les juges appelés à se prononcer dans la même affaire sans affecter directement la norme puisque celle-ci n'est l'objet ni d'une suspension de son exécution ni d'une annulation¹⁷⁵. La déclaration d'illégalité incidente s'apparenterait donc au constat d'inconstitutionnalité de l'arrêt préjudiciel, ce qui plaide en faveur d'une portée relative de celle-là, faute de pouvoir imaginer que l'autorité d'un arrêt préjudiciel puisse être inférieure à celle d'un constat d'illégalité incident¹⁷⁶. Ladite autorité, dans les deux cas, ne vaudrait qu'*inter partes*, à l'égard des juridictions appelées à statuer dans la même affaire, à l'exclusion des autres particuliers ou autorités administratives éventuelles. En ce qui concerne les autorités administratives, celles-ci doivent en effet continuer, en principe, à appliquer la loi inconstitutionnelle¹⁷⁷. Elles doivent vraisemblablement le faire, faut-il préciser, même si elles étaient parties au litige à la source de l'arrêt préjudiciel, dans le cadre de leurs relations avec les autres

¹⁷⁵ Rem. H. SIMONART, *o. c.*, 1988, pp. 255-256 et note 106 : « *L'effet du constat opéré par la Cour d'arbitrage est ainsi comparable à celui que produit le constat d'irrégularité d'un arrêté effectué par application de l'article 107 de la Constitution. Dans l'un et l'autre cas l'irrégularité constatée entraîne interdiction d'appliquer une règle qui subsiste par ailleurs. Il existe toutefois entre les deux techniques une différence essentielle. Dans le cas de l'article 107 de la Constitution le constat de non-validité est l'œuvre du juge lui-même tandis qu'il est ici effectué par une autre institution* ». Cette différence n'est pas relevante de notre point de vue dès lors que l'autorité de la chose jugée s'adresse le plus souvent à un autre juge que celui à l'origine de la première décision.

¹⁷⁶ Il serait en effet pour le moins étonnant, sur le plan des principes, de reconnaître à la déclaration d'illégalité incidente une vertu absolue qui n'est pas reconnue à l'arrêt préjudiciel de la Cour constitutionnelle.

¹⁷⁷ Les auteurs semblent se référer aux écrits de V. BARTHOLOMEE et J. SOSSON sur ce point : *o. c.*, *J.T.*, 1991, p. 713, n° 18. V. G. ROSOUX et F. TULKENS, *in o. c.*, 2004, n° 23, pp. 116-117 : « *Ce n'est (...) qu'à l'occasion d'un litige ultérieur porté devant une juridiction que le grief d'inconstitutionnalité pourra être évoqué afin d'obtenir la non-application in casu de la disposition* » (les auteurs évoquent toutefois une « *valeur persuasive* » d'un arrêt préjudiciel à l'égard des autorités administratives) ; C. BEHRENDT, « *Quelques réflexions relatives aux effets, en droit, des arrêts de la Cour constitutionnelle* », in G. DE LEVAL et F. GEORGES, *o. c.*, 2008, n° 11, p. 135 ; D. RENDERS, *o. c.*, *J.T.*, 2008, pp. 555-557 (l'auteur sous-entend n° 9 que l'autorité ne serait pas exclue à invoquer une erreur invincible en se fondant sur ledit arrêt). Rem. V. BARTHOLOMEE et J. SOSSON, *o. c.*, *J.T.*, 1991, p. 713, n° 18 : après avoir comparé pourtant les déclarations d'invalidité contenues dans les arrêts préjudiciels de la Cour constitutionnelle et les arrêts d'annulation du Conseil d'Etat, les auteurs justifient le maintien de la force obligatoire de la norme censurée à l'égard des autorités administratives (vraisemblablement non parties à la cause) par la circonstance que la loi spéciale n'exige déjà pas des autres juridictions le respect des arrêts préjudiciels en leur permettant de poser une nouvelle question.

administrés.

Le parallèle précis entre la déclaration d'invalidité fondée sur l'article 159 de la Constitution dans un arrêt d'annulation du Conseil d'Etat et celle contenue dans un arrêt préjudiciel a été fait en doctrine par V. BARTHOLOMEE et J. SOSSON. Constatant avec H. SIMONART¹⁷⁸ que l'arrêt rendu sur question préjudicielle n'a pas valeur de précédent *en dehors des juridictions* parce que le législateur n'a pas prévu de caractère obligatoire de la déclaration d'invalidité à l'égard des autorités administratives chargées de l'exécution ou de l'application de la règle jugée irrégulière, les auteurs observent, à titre de parallèle avec « l'autorité des arrêts du Conseil d'Etat » (*sic*), que « Dans le cadre d'une affaire déterminée, le Conseil d'Etat peut être amené à annuler un acte administratif parce qu'il est adopté sur base d'un règlement illégal. Nonobstant cette déclaration d'invalidité, si le délai pour agir en annulation contre ce règlement est écoulé, les autorités administratives vont devoir continuer à l'appliquer. Les juges, par contre, pourront toujours refuser d'appliquer ce règlement en se fondant sur l'article 107 de la Constitution »¹⁷⁹. Implicitement, les auteurs semblent ainsi reconnaître une autorité de chose jugée relative à la déclaration incidente logée dans un arrêt d'annulation du Conseil d'Etat (pourtant reconnu comme étant nanti d'un effet *erga omnes*)¹⁸⁰.

34. Cela étant, la comparaison entre la déclaration d'illégalité incidente et le constat d'inconstitutionnalité préjudiciel trouve certaines limites qui justifient l'absence d'une autorité relative renforcée en ce qui concerne le constat d'illégalité incident.

¹⁷⁸ H. SIMONART, *o. c.*, 1988, p. 555 et note 102 : la loi n'envisage point le caractère obligatoire limité du constat de non-validité à l'égard « *des autorités administratives chargées de l'exécution ou de l'application de la règle jugée irrégulière ou des particuliers* » (souligné par nos soins). V. aussi G. ROSOUX et F. TULKENS, *in o. c.*, 2004, n° 23, pp. 116-117.

¹⁷⁹ V. BARTHOLOMEE et J. SOSSON, *o. c.*, *J.T.*, 1991, p. 713, n° 18, note 71. L'autorité est en effet limitée aux juridictions appelées à statuer dans la même affaire et peut-être même à l'exclusion de l'autorité administrative partie à la cause, sans autre forme de précision. Les auteurs analysent, à titre principal, l'effet d'un arrêt préjudiciel déclarant une norme non valide sur l'officier de l'état civil et le notaire.

¹⁸⁰ Les auteurs comparent toutefois la déclaration incidente avec celle contenue dans un arrêt préjudiciel dont ils précisent les limites des répercussions « *en dehors du litige où la question a été posée* » (*ibid.*, p. 713, n° 18). Ils abordent au demeurant la question de manière générale et non particulière à l'espèce concernée, comme il ressort de la conclusion (p. 715, n° 34).

Certes, les deux sanctions présentent plusieurs traits communs. *Primo*, elles sont prévues dans deux contentieux réputés de nature objective, *a fortiori* lorsque la question préjudicielle émane de la Haute juridiction administrative. Lorsque la question émane d'une juridiction judiciaire, il peut en effet être soutenu que la question vise davantage à permettre le jugement d'un droit subjectif. Encore que la Cour constitutionnelle, de son côté, insiste sur le fait que « *statuant sur une question préjudicielle, (elle) doit s'exprimer au sujet d'une norme générale et non pas seulement sur le cas particulier dont est saisi le juge a quo qui formule la question préjudicielle* »¹⁸¹. Dans tous les cas, une certaine « *concrétisation* »¹⁸² du contentieux paraît inéluctable, mais le constat vaut en réalité aussi devant le Conseil d'Etat dont il n'est pas un secret que le contentieux n'est pas de pure légalité ni entièrement objectif.

Secundo, la conséquence du constat d'invalidité est identique dans un cas comme dans l'autre. La sanction est en effet le refus d'application de la norme invalidée. Par une juridiction distincte dans le cas de l'arrêt préjudiciel, par la même juridiction s'agissant de la mise en œuvre de l'article 159 de la Constitution. Mais qu'importe, en fin de compte, à considérer les conséquences de la réponse qui sont identiques.

35. Au-delà de ces ressemblances, la déclaration d'illégalité incidente et le constat d'inconstitutionnalité préjudiciel sont très différents dès lors qu'ils répondent chacun à un régime juridique bien distinct. Et non seulement parce que la portée des arrêts préjudiciels est précisée par la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage, en son article 28, alors que l'article 159 de la Constitution, dont procède directement le refus d'application, n'en dit rien. Ce dernier vise également les juridictions amenées à appliquer un acte administratif¹⁸³, mais sans aucunement définir la valeur absolue ou relative du constat d'illégalité préalable au refus d'application.

Du point de vue de la légalité, d'abord, et plus particulièrement de l'accessibilité et la prévisibilité du droit, l'arrêt préjudiciel fait l'objet d'une publication, à l'instar d'ailleurs des arrêts d'annulation et même de

¹⁸¹ C.A., n° 77/2003, 28 mai 2003, B.2.1.

¹⁸² G. ROSOUX et F. TULKENS, *in o. c.*, 2004, p. 119, n° 26.

¹⁸³ De même, l'article 9, § 2 de la loi spéciale du 12 janvier 1989 relative aux institutions bruxelloises dispose que sur des questions précises, « *En cas de non-conformité, elles (les juridictions) refusent l'application de l'ordonnance* » (aménagé par nos soins).

suspension¹⁸⁴ rendus par la Cour constitutionnelle. Tel n'est pas le cas des arrêts de suspension rendus par le Conseil d'Etat, même en matière réglementaire. Quant aux arrêts d'annulation, ils sont publiés, mais le plus souvent par extrait, à l'initiative de la partie adverse et selon le principe du parallélisme des formes¹⁸⁵. Il paraît difficile, dans ces circonstances, de donner une portée générale aux constats d'illégalité logés dans un arrêt de suspension ou d'annulation du Conseil d'Etat en l'absence de toute publicité, accessibilité et prévisibilité, et donc sécurité.

Sous l'angle de la portée, ensuite, l'effet relatif renforcé de l'arrêt préjudiciel tient notamment à son effet indirect sur des litiges comparables tel que modalisé à l'article 26 de la loi spéciale à travers la faculté de ne pas poser une question déjà résolue. L'article 159 de la Constitution semble, quant à lui, nier un tel effet indirect en limitant le refus d'application au cas d'espèce à trancher. Par conséquent, le juge semble contraint de se poser la question de la légalité¹⁸⁶, sans pouvoir s'en dispenser en se bornant par exemple à en référer à la décision antérieure. Certes, rien n'exclut qu'il tienne compte, le cas échéant, de la présomption éventuelle d'irrégularité en cas de constat d'illégalité incident préalable. Il n'y est cependant pas tenu, sous réserve peut-être des règles relatives à la preuve. Et l'existence d'une jurisprudence antérieure ne le dispense pas de prendre position, après s'être posé en toute indépendance la question de la légalité.

A noter que le législateur a récemment confirmé l'effet relatif des arrêts préjudiciels en le justifiant par le motif qu'en cas de recours en annulation consécutif au constat d'inconstitutionnalité, tel qu'organisé par la loi spéciale, la Cour doit pouvoir prendre en considération le point de vue

¹⁸⁴ L'article 24 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage dispose que l'arrêt ordonnant la suspension a effet à dater de sa publication.

¹⁸⁵ La publication par extrait des arrêts d'annulation est requise par le greffier en chef conformément à l'article 39 de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section d'administration du Conseil d'Etat : « *En cas d'annulation ou de réformation, les arrêts sont publiés dans les mêmes formes que les actes, règlements ou décisions annulés ou réformés. Le Conseil d'Etat détermine si l'arrêt doit être publié en entier ou par extrait. Cette publication est faite sans délai par la partie adverse à la requête du greffier en chef* ». Il résulte dudit texte qu'aucune sanction n'est prévue en cas de non exécution de l'obligation de publication. Il n'est pas exclu, en revanche, de publier l'arrêt en entier, par exemple lorsqu'il contient une déclaration d'illégalité incidente. Ni avec un extrait spécifique sur ce point, en sus du dispositif, même si le mot « *extrait* » est déterminé au singulier.

¹⁸⁶ V. sur ce point la contribution de B. LOMBAERT dans le même ouvrage.

d'autres tiers qui n'étaient pas à la procédure et apporter au besoin des nuances dans son premier arrêt¹⁸⁷. L'occasion est ainsi donnée de muer l'autorité relative de l'arrêt préjudiciel en autorité absolue par un arrêt d'annulation¹⁸⁸. Un tel dispositif n'est pas prévu en ce qui concerne les constats d'invalidité incidents.

Par ailleurs, seuls les arrêts d'annulation de la Cour constitutionnelle sont susceptibles de donner lieu à rétractation, à l'exclusion des arrêts préjudiciels. Un tel dispositif n'existe pas s'agissant des annulations prononcées par le Conseil d'Etat¹⁸⁹ et donc *a fortiori* pas non plus en ce qui concerne les déclarations d'illégalité incidentes.

Cela dit, il doit être observé que l'arrêt préjudiciel, lui aussi, est susceptible d'inclure une déclaration de non-validité incidente, située en amont de la norme faisant directement l'objet de la question préjudicielle. Le statut de cette déclaration n'est guère précisé en doctrine, celle-ci se limitant à distinguer les contentieux préjudiciel et d'annulation. H. SIMONART, par exemple, écrit sous forme de conclusion « *qu'un constat de non-validité acquiert une portée différente selon qu'il est contenu dans un arrêt d'annulation ou dans un arrêt rendu au contentieux des questions préjudicielles* »¹⁹⁰ sans préciser s'il en va de même s'agissant des éventuels constats incidents. Certes, l'article 28 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 impose le respect de l'arrêt et non seulement de la réponse préjudicielle, sans qu'il soit possible toutefois de déterminer s'il y va d'une intention claire ou volontaire dans le chef du législateur. *A contrario*, l'article 9, § 2 de la même loi stipule que les arrêts rendus par la Cour constitutionnelle portant rejet des recours en annulation sont obligatoires pour les juridictions uniquement¹⁹¹ et « *en ce qui concerne les*

¹⁸⁷ V. Projet de loi spéciale modifiant la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage, *Doc. parl.*, S., s.o. 2002-2003, n° 2-897/6, p. 218 ; F. TULKENS, « La loi du 9 mars 2003 modifiant la loi sur la Cour d'arbitrage : changements de fond ou améliorations de façade ? », *R.B.D.C.*, 2003, p. 264 ; G. ROSOUX et F. TULKENS, *in o. c.*, 2004, n° 25, p. 119 ; G. DE LEVAL (rapp.), *in o. c.*, 2006, p. 265.

¹⁸⁸ Mais sans que la Cour constitutionnelle ne puisse en prendre l'initiative.

¹⁸⁹ En revanche, seuls les arrêts d'annulation autorisent une limitation de leurs effets dans le temps. A l'exclusion des arrêts de suspension et, *a fortiori*, des déclarations d'illégalité incidentes.

¹⁹⁰ H. SIMONART, *o. c.*, 1988, p. 261. Dans le premier cas, il est définitif, dans le second provisoire.

¹⁹¹ H. SIMONART, *ibid.*, p. 218 soutenait une position différente avant qu'une disposition explicite vienne préciser la portée des arrêts de rejet. A son estime, les autorités publiques et les personnes chargées de l'exécution ou de l'application de la norme

questions de droit tranchées par ces arrêts »¹⁹². L'article 9, § 1^{er}, quant à lui, dispose que les arrêts d'annulation rendus par la Cour d'arbitrage ont l'autorité absolue de la chose jugée à partir de leur publication au Moniteur belge.

A noter que ce dispositif de l'autorité relative renforcée a été sévèrement critiqué en doctrine lorsqu'il a été établi, spécialement aux motifs que la question de droit à résoudre est identique, que l'on se situe dans le contentieux préjudiciel ou d'annulation, et que dans les deux cas l'examen de validité s'effectue dans les mêmes conditions procédurales. Il eut été logique, dans ces conditions, de reconnaître une force obligatoire *erga omnes* aux constats de non-validité posés par arrêt préjudiciel¹⁹³.

En somme et pour clôturer ces développements au sujet de la base légale et de la sanction, l'article 159 de la Constitution paraît dicter un refus d'application dont les effets se distinguent nettement de l'annulation mais déjà moins du constat d'inconstitutionnalité préjudiciel. Ils plaident en faveur d'une autorité relative du constat d'illégalité incident, qui s'inscrit au demeurant dans la ligne d'un mouvement plus général de relativisation de la chose jugée.

2. L'évolution relative de la chose jugée en général

36. Plus généralement, en effet, il est permis de se demander si l'ère de l'autorité absolue de la chose jugée en droit public n'est pas révolue aujourd'hui sous la pression internationale. Il paraît difficile, en tous cas,

contrôlée étaient également liées par l'autorité *erga omnes* de l'arrêt de rejet (qui s'étend à l'interprétation donnée à la norme), en plus des autorités qui ont été parties devant la Cour ou qui auraient pu l'être en déposant un mémoire.

A noter qu'il est arrivé à la Cour constitutionnelle d'annuler une norme en ce qu'elle ne s'applique pas à une catégorie de personnes, plutôt que d'identifier une lacune législative, probablement de manière à lier les autorités administratives d'application et les contraindre à étendre le bénéfice de la norme, ce qui n'est pas le cas avec un arrêt de rejet, seules les juridictions étant liées par les questions de droit tranchées par un tel arrêt. V. G. ROSOUX et F. TULKENS, *in o. c.*, 2004, n° 20, p. 114 ; D. RIBBES, « Existe-t-il un droit à la norme ? Contrôle de constitutionnalité et omission législative », *R.B.D.C.*, 1999, pp. 237-274.

¹⁹² Sur l'interprétation des normes contrôlées et leur autorité discutée en tant que soutien nécessaire du dispositif, v. G. ROSOUX et F. TULKENS, *in o. c.*, 2004, n° 12, p. 104 (s'agissant des arrêts de rejet) et n° 30, pp. 127-128 (s'agissant des arrêts préjudiciels).

¹⁹³ H. SIMONART, *o. c.*, 1988, p. 261. Dans le même sens : V. BARTHOLOMEB et J. SOSSON, *o. c.*, *J.T.*, 1991, p. 712, n° 15 ; B. LOMBAERT, *o. c.*, *A.P.T.*, 1998, p. 188 ; G. ROSOUX et F. TULKENS, *in o. c.*, 2004, n° 25, p. 118.

de taire en matière administrative l'évolution substantielle – pour ne pas écrire la lame de fond – commandée par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme (les droits de la défense, le principe du contradictoire et le principe de l'égalité des armes), sur la base juridique de laquelle la doctrine et la jurisprudence imposent progressivement l'écartement de l'autorité absolue de la chose jugée au pénal sur le procès civil ultérieur¹⁹⁴, en cessation sur le procès pénal¹⁹⁵ ou civil ultérieur¹⁹⁶, etc. Avec F. RIGAUX, il faut observer qu'il ne reste plus grand-chose de l'autorité absolue une fois que celle-ci a cessé d'être opposable à un tiers qui n'a pas été partie à l'action répressive. « *Pur fantasme, l'autorité erga omnes était condamnée à disparaître* »¹⁹⁷.

C'est que la solution d'un litige dépend parfois de la force de persuasion des parties dans la présentation des arguments. Chaque partie doit avoir des chances égales de discuter de la légalité d'un acte administratif tant du point de vue des faits que du droit. Et l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme pourrait bien un jour s'opposer à l'autorité absolue de la chose jugée en matière administrative comme en

¹⁹⁴ Aujourd'hui, la jurisprudence de la Cour de cassation est en effet fixée en ce sens que « l'autorité de la chose jugée au pénal ne fait pas obstacle à ce que, lors d'un procès civil ultérieur, une partie ait la possibilité de contester les éléments déduits du procès pénal, lorsqu'elle n'était pas partie à l'instance pénale ou dans la mesure où elle n'a pu librement y faire valoir ses intérêts », conformément à l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et à l'article 14, § 1^{er} du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (Cass. aud. plén.), 15 février 1991, *Pas.*, 1991, I, p. 572 ; Cass., 2 novembre 2001, *Pas.*, 2001, p. 1777. V. de façon générale O. CAPRASSE, *in* G. DE LEVAL, P. LEWALLE et M. STORME (éd.), *o. c.*, 1996, p. 289 : au civil, aujourd'hui, « la décision rendue en matière pénale n'est opposable que sous réserve de la preuve contraire » conformément à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme qui « évince » le principe interne de l'autorité *erga omnes* de la chose jugée au pénal (la présomption est identique à celle de toute décision de justice) ; H.-D. BOSLY, D. VANDERMEERSCH et M.-A. BEERNAERT, *o. c.*, 5^e éd., 2008, pp. 338-339 et 1569-1570 ; D. CHICHOYAN, « L'autorité de la chose jugée du pénal sur le procès civil ultérieur », *in* G. DE LEVAL et F. GEORGES, *o. c.*, 2008, pp. 219-244 ; M. FRANCHIMONT, A. JACOBS et A. MASSET, *o. c.*, 3^e éd., 2009, pp. 1008-1014.

¹⁹⁵ C.A., n° 157/2004, 6 octobre 2004, B.84 dans l'hypothèse précise où le renversement de la charge de la preuve en cessation au civil peut influencer ultérieurement la preuve dans une affaire pénale : « le juge pénal serait néanmoins tenu d'apprécier concrètement les éléments de preuve et de respecter la présomption d'innocence du prévenu ».

¹⁹⁶ J.-F. VAN DROOGHENBROECK et F. BALOT, *in* G. DE LEVAL et F. GEORGES, *o. c.*, 2008, n° 70, pp. 195-196 et les notes 137-138.

¹⁹⁷ F. RIGAUX, *o. c.*, *J.T.*, 2007, p. 318.

matière pénale. Il paraît en tous cas difficile d'oser soutenir que la déclaration d'illégalité incidente – bien distincte du dispositif de la suspension ou de l'annulation – échapperait seule à cette tendance fondamentale à la relativité de la chose jugée. D'autant que le juge judiciaire paraît, quant à lui, déjà réticent à reconnaître une portée absolue à toute décision juridictionnelle administrative au-delà de l'annulation, ne fût-ce qu'au nom de la spécificité des compétences judiciaires. Dans ces conditions, il paraît vain, bien davantage encore, de vouloir soutenir l'autorité absolue de la chose jugée de la déclaration d'illégalité incidente logée dans une décision pénale, autorité qui empêcherait la juridiction administrative de remettre en question ce qui a été jugé définitivement, certainement et nécessairement par le juge répressif concernant l'existence d'un élément qui forme la base commune de l'action administrative et de l'action publique, en l'occurrence la légalité d'un acte administratif¹⁹⁸. L'on a déjà montré, plus haut, la portée limitée de l'autorité absolue en matière pénale, cantonnée aux relations entretenues avec le procès civil tenu en état. Le juge pénal, en outre, n'a pas reçu de la Constitution le pouvoir d'annuler un acte administratif, à la différence du Conseil d'Etat, ce vers quoi tendrait la reconnaissance d'une autorité absolue.

37. La tendance générale est du reste confirmée par la loi et l'émergence de contrôles supérieurs dont l'efficacité en aval se traduit par l'apparition de mécanismes ou procédures susceptibles de remettre en cause ce qui paraissait définitif et, à ce titre, revêtu de l'autorité absolue de la chose jugée, telle l'annulation prononcée par le Conseil d'Etat. L'on songe en particulier à la rétractation organisée aux articles 10 et suivants de la loi spéciale sur la Cour d'arbitrage (l'article 17 en ce qui concerne les arrêts du Conseil d'Etat) ensuite des seuls arrêts d'annulation de la Cour constitutionnelle, à l'exclusion des arrêts préjudiciels. Il en va de même de la réouverture de la procédure à la suite d'un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme établissant une violation de la Convention du même nom ou de l'un de ses protocoles, actuellement réservée à la seule action publique¹⁹⁹ mais à titre provisoire et attendue de pied ferme en matière administrative à moyen terme. Bref, il semble que rien ne puisse plus être

¹⁹⁸ En cas d'autorité absolue, le risque de contradiction entre décisions nanties de l'autorité absolue eût pu être écarté en recourant simplement au principe élémentaire d'antériorité (sous réserve de prévoir un mécanisme de publicité).

¹⁹⁹ V. la loi du 1^{er} avril 2007 modifiant le Code d'instruction criminelle en vue de la réouverture de la procédure en matière pénale et les articles 442bis à octies du Code d'instruction criminelle qui composent le Chapitre IIbis du livre II, Titre III dudit code.

considéré comme totalement définitif en matière administrative. Telle est la portée des droits de la défense, du contradictoire ou encore de l'égalité des armes dont on ne voit pas ce qui justifierait qu'elle s'arrête aux seules portes de la matière administrative. Et encore n'est-il pas exclu qu'un jour la Cour de justice des Communautés européennes mette en cause l'autorité de la chose jugée lorsqu'elle emporte une violation du droit communautaire²⁰⁰.

C. LE CAS PARTICULIER DE LA SUSPENSION

38. La portée de la déclaration d'illégalité incidente pourrait encore être différente selon que l'on a affaire à un arrêt d'annulation ou de suspension²⁰¹. Plusieurs arguments militent en ce sens.

D'abord, la sanction même de la suspension porte exclusivement sur l'exécution d'un acte, c'est-à-dire sur sa force exécutoire au sens large du terme, à l'exclusion de sa force obligatoire : l'acte ne peut plus être exécuté²⁰², mais il subsiste et il peut être retiré. La suspension, sur ce point, est singulièrement proche du refus d'application ou, pourrait-on dire pour souligner l'analogie, du « *refus d'exécution* ».

Ensuite, la suspension est provisoire²⁰³, dans l'attente d'un « *arrêt définitif* » qui tranchera ou non par l'annulation, en principe dans un délai qui ne peut dépasser six mois²⁰⁴. Or, la suspension ne lie en rien le juge de

²⁰⁰ V. à cet égard J. VAN MEERBEECK, *in o. c.*, 2008, pp. 157-158 et 163.

²⁰¹ Sans préjudice des mesures provisoires ou de l'astreinte.

²⁰² La suspension est, sur ce point, immédiatement exécutoire. L'autorité à la source de l'acte doit s'abstenir de toute exécution, c'est-à-dire de tout ce qui serait de nature à lui procurer un quelconque effet. Plus généralement, le Roi en assure l'exécution et comme le prescrit la formule exécutoire qui doit être apposée sur les arrêts, les ministres et les autorités administratives sont tenus de pourvoir à cette exécution et les huissiers à y concourir lorsqu'ils sont requis à cet effet en ce qui concerne les voies de droit commun. V. l'article 37 de l'arrêt du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat.

²⁰³ Elle est d'ailleurs susceptible d'être reconsidérée. L'article 17, § 2, alinéa 3 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat stipule que « *Les arrêts par lesquels la suspension a été ordonnée sont susceptibles d'être rapportés ou modifiés à la demande des parties* ».

²⁰⁴ « *Si la suspension a été ordonnée, il est statué sur la requête en annulation dans les six mois du prononcé de l'arrêt* », précise l'article 17, § 4, alinéa 1^{er} des lois coordonnées du 12 janvier 1973 sur le Conseil d'Etat. Il s'agirait toutefois d'un délai d'ordre qui n'est en tous cas pas assorti d'une sanction. Partant, le législateur a en

l'annulation²⁰⁵. Il peut paraître incongru, dans ces conditions, de reconnaître une portée absolue au dispositif même de la suspension, de par le risque de contradiction qu'il comporte²⁰⁶ alors que celui-ci ne lie déjà

principe donné six mois d'autorité à l'arrêt de suspension et en pratique « *tout au plus jusqu'à la décision au fond* » (P. DE SOMERE, o. c., A.P.T., 2005, pp. 2-3). Ce qui, en situation d'arriéré, peut prendre un certain temps. Pour ne pas dire un temps certain. Si l'autorité administrative n'est pas contrainte d'agir dans l'intervalle, elle peut, dans ces conditions, être tentée de le faire et il peut difficilement le lui être reproché, le cas échéant, si du moins elle respecte l'autorité de la chose jugée attachée à l'arrêt de suspension. La question présente un intérêt pratique bien réel, d'autant qu'il arrive également que la procédure en annulation ne débouche pas sur la confirmation ou l'infirmité de l'illégalité déclarée par voie d'arrêt de suspension, par exemple lorsque le requérant s'abstient de déposer une demande de poursuite de la procédure dans le délai imparti après la notification d'un rapport défavorable de l'auditeur ou en cas de désistement d'instance. Pour autant, l'autorité administrative ne peut pas attendre indéfiniment. V. à propos de cette situation particulière, M. NIHOUL, o. c., C.D.P.K., 2008, pp. 610-621. La tentation est grande, en situation d'arriéré, d'augmenter la portée d'une déclaration d'illégalité figurant dans un arrêt de suspension, pour des raisons pratiques évidentes. Seule une intervention législative est cependant de nature à changer la donne, de ce point de vue, éventuellement même à titre temporaire, le temps pour les mesures adoptées récemment contre l'arriéré de produire leurs effets escomptés, il faut le souhaiter.

205 Elle ne constitue nullement un brevet de légalité pour la suite de la procédure. Rem. C.E. (ass. gén.), *Missorten*, n° 93.104, 6 février 2001 : « *Considérant que le principe de confiance peut être défini comme l'un des principes de bonne administration en vertu duquel le citoyen doit pouvoir se fier à une ligne de conduite constante de l'autorité ou à des concessions ou des promesses que les pouvoirs publics ont faites dans le cas concret ; que ce principe concerne l'intervention de l'administration active et non celle d'une juridiction ; qu'il ne peut en aucun cas amener le Conseil d'Etat à se déclarer compétent à l'encontre des dispositions constitutionnelles et légales qui fixent la compétence des juridictions* » en raison de son silence sur ce point dans un arrêt interlocutoire (en suspension) : l'exception d'incompétence est d'ordre public et peut être soulevée à chaque stade de la procédure, même d'office. Rem. l'article 17, § 7 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat – sans équivalent dans la loi spéciale sur la Cour d'arbitrage : en l'absence d'annulation, la chambre compétente peut lever ou rapporter la suspension ordonnée. Comp. en ce qui concerne la Cour constitutionnelle, les articles 24, alinéas 2 et 25 de la loi spéciale concernée : l'arrêt de suspension a effet à dater de sa publication et cet effet cesse immédiatement si la Cour ne s'est pas prononcée sur la demande principale dans les trois mois du prononcé. Entre-temps, l'autorité ne vaut que « *jusqu'à ce que l'arrêt statuant sur le recours en annulation ait été rendu* » (C.A., n° 47/2003, 10 avril 2003, B.8.).

206 Un risque de contradiction déjà présent en réalité entre le caractère en principe intemporel du constat d'illégalité et le caractère non rétroactif de la suspension, comme il sera rappelé de suite. Concernant l'arrêt préjudiciel de la Cour constitutionnelle et sous réserve d'une limitation de cette « *irradiation* » par la Cour, v. G. ROSOUX et F. TULKENS, in o. c., 2004, n° 31, p. 129 et la discussion n° 42, pp. 140-142.

pas le juge de l'annulation dans le cas d'espèce porté devant le Conseil d'Etat. La suspension ne lie pas non plus les parties au litige, au demeurant, du moins pas définitivement, puisque la discussion reste ouverte dans le cadre de la procédure en annulation. Comment pourrait-elle alors lier d'autres personnes et d'autres juges, en dehors de la cause et de l'objet précisément abordés ? La réponse est dans la question. Il en va de même, à plus forte raison encore, s'agissant de la déclaration d'illégalité incidente logée dans un arrêt de suspension du Conseil d'Etat. Le constat d'invalidité qui figure dans un arrêt de suspension ne peut pas être totalement assimilé à celui qui participe d'un arrêt d'annulation puisque la suspension elle-même est, par rapport à l'annulation, une sorte de décision préalable ou provisoire avant dire droit. Elle en est l'accessoire transitoire. C'est la raison pour laquelle il paraît délicat de soutenir que cette décision serait provisoirement nantie d'une autorité absolue de la chose jugée...

En outre, le contrôle de légalité auquel procède le juge dans le cadre de la suspension ne dépasse pas le stade des apparences, stigmatisé par le critère du sérieux des moyens au terme d'un premier examen. Il s'agit d'un contrôle sommaire qui ne s'accommode guère avec une portée absolue²⁰⁷. Le contrôle de légalité incident n'y fait pas exception.

Par ailleurs, la suspension ne fait l'objet d'aucune publicité officielle. Seuls les arrêts d'annulation du Conseil d'Etat sont publiés au Moniteur, et encore par extraits et à l'exclusion de l'éventuelle déclaration de légalité

207 Dans le même sens, v. B. BLERO, o. c., A.P.T., 1993, pp. 144-145 : « *Encore moins que les motifs d'un arrêt d'annulation, les motifs qui fondent une décision de suspension ont vocation à s'imposer au-delà du cercle des personnes concernées par le litige* ». V. aussi P. DE SOMERE, o. c., A.P.T., 2005, p. 2 et note 12 : « *Contrairement à celle d'un arrêt d'annulation, l'autorité de chose jugée d'un arrêt de suspension est limitée au dispositif de l'arrêt et ne s'étend pas à ses motifs (...)* ». Or, pour mémoire, l'illégalité incidente constitue, dans le cas de figure étudié, le principal motif de la suspension. L'observation de l'auteur vise toutefois à établir « *qu'une obligation d'agir ne peut résulter de l'arrêt de suspension proprement dit* » et point à dénier l'effet *erga omnes* attaché à l'arrêt de suspension ni à la déclaration d'illégalité incidente. *Expressis verbis*, l'auteur ne limite d'ailleurs pas l'autorité de la chose jugée *erga omnes* à l'annulation ; il en reconnaît le bénéfice à « *l'arrêt de suspension* ». En outre, de l'aveu de l'auteur, la jurisprudence serait nuancée sur ce dernier point et l'administration serait en toute hypothèse tenue, en vertu de l'autorité de la chose jugée, de prendre les mesures d'exécution qui sont intrinsèquement liées à l'acte dont l'exécution est suspendue. L'auteur cite l'exemple du fonctionnaire dont la révocation est suspendue et qui doit, en conséquence, être réintégré jusqu'au prononcé de l'arrêt définitif tout en étant rétribué.

incidente. L'absence de toute publicité des arrêts de suspension plaide également en faveur d'une autorité de chose jugée limitée.

Enfin et pour toutes ces raisons d'ailleurs, la suspension n'a pas d'effet rétroactif²⁰⁸, ce qui en soi est déjà contradictoire avec le caractère en principe intemporel du constat d'illégalité qui y serait logé. Pour mémoire, la portée d'un arrêt d'annulation est inhérente au dispositif même et au terme « *annulation* », selon la section de législation du Conseil d'Etat. A telle enseigne que « *Si le législateur entendait écarter tout effet rétroactif, il devait recourir à un terme autre que le terme "annulation"* »²⁰⁹. Il en va de même, de toute évidence, en ce qui concerne la portée nécessairement absolue de l'annulation.

39. En somme, le caractère limité de la sanction justifié par le provisoire et l'apparence de légalité pourrait conférer un statut différent à la déclaration d'illégalité, selon que cette déclaration figure dans un arrêt de suspension ou un arrêt d'annulation, et plus seulement parce que le refus d'application se distingue nettement de la suspension et de l'annulation. Tel est déjà le cas sur le plan de la portée du dispositif dans le temps en manière telle que cela n'est pas inconcevable sur le plan de la force probante de la déclaration d'illégalité incidente, c'est-à-dire de son autorité de la chose jugée, même si la doctrine identifie celle-ci comme valant *erga omnes*.

A noter que la suspension a été distinguée par la Cour constitutionnelle au moins implicitement selon qu'elle porte sur une décision individuelle ou un règlement. Ainsi, selon la Cour, « *Une demande de suspension d'une loi, d'un décret ou d'une ordonnance diffère fondamentalement d'une demande de suspension d'un acte administratif individuel. En cas de suspension d'un tel acte, seul est affecté un rapport de droit entre des justiciables déterminés et l'autorité. Dans le cas de la suspension d'une loi, d'un décret ou d'une ordonnance, il s'agit d'une règle générale dont le champ d'application concerne un nombre indéterminé de sujets de droit, les effets s'étendant dès lors erga omnes. Une éventuelle suspension pourrait causer une insécurité juridique plus grande que celle dont les justiciables se plaignent* »²¹⁰. Sauf dans un cas, en réalité. Celui d'une déclaration d'illégalité incidente portant sur un règlement et fondant la

²⁰⁸ L'on a déjà souligné ci-dessus que la suspension ne permettait pas non plus de modaliser les effets de l'arrêt dans le temps à la différence de l'annulation.

²⁰⁹ V. *supra*, note 158.

²¹⁰ C.A., n° 30/1997, 1^{er} mai 1997, B.4.2, souligné par nos soins.

suspension d'une décision individuelle, précisément.

D. TENTATIVE DE SYNTHÈSE

40. De manière synthétique, il est permis de penser que deux pistes existent selon que la déclaration d'illégalité incidente est conçue soit comme l'accessoire de la décision principale ou de la compétence de chaque juge et l'autorité aurait tendance à varier le cas échéant selon le type de décision dans laquelle elle se loge (critère de la compétence ou de l'autorité de la décision principale répondant à une approche fonctionnelle), soit comme un dispositif autonome, organisé spécifiquement par l'article 159 de la Constitution exclusivement, et l'on aurait tendance à concevoir ladite autorité comme étant relative dans tous les cas (critère de la sanction spécifique selon une approche normative).
41. La première piste, qui procède en quelque sorte d'une approche fonctionnelle de la chose jugée, part du constat selon lequel l'autorité de la chose jugée des décisions de justice varie selon les juges et la matière. Ainsi, en matière administrative, les arrêts de suspension ou d'annulation du Conseil d'Etat sont en principe nantis de l'autorité absolue de la chose jugée, tandis que les décisions judiciaires sont d'ordinaire revêtues de l'autorité relative. Si l'on conçoit la déclaration d'illégalité incidente comme l'accessoire de la compétence de chaque juge, l'autorité qu'elle revêt pourrait alors différer selon qu'elle figure dans un arrêt du Conseil d'Etat ou dans une décision judiciaire.

Cependant, les choses se compliquent dès que l'on approfondit les données du problème. En effet, toutes les décisions judiciaires n'ont pas l'autorité relative de la chose jugée ou, autrement dit, certaines d'entre elles sont nantis d'une autorité de la chose jugée absolue, telles les décisions pénales en vertu d'un principe général de droit unanimement reconnu ou encore certaines décisions plus spécifiques en vertu de dérogations légales. Dans tous ces cas de figure, pourtant, il ne semble pas que la compétence accessoire doive suivre la compétence principale du point de vue de l'autorité de la chose jugée²¹¹, seule la portée générale du dispositif précis

²¹¹ Dans le même esprit, M. LEROY fait la distinction, parmi les décisions de justice, entre celles qui statuent sur des actions ayant le même objet véritable et celles qui ne le font pas. Selon l'auteur, « *Le Conseil d'Etat reconnaît l'autorité de la chose jugée par ses propres arrêts, mais aussi celle des décisions des juridictions de l'ordre judiciaire statuant sur des actions qui ont le même objet véritable* » (M. LEROY, *o. c.*, 4^e éd., 2008, p. 484), telle la privation d'effet d'un acte comparé à la suspension. A l'inverse,

de la sanction principale devant apparemment être garantie (spécialement l'annulation). L'autorité pourrait donc être dissociée selon l'élément visé, quand bien même l'issue du procès sur le plan principal serait déterminée par le constat d'illégalité accessoire.

les tribunaux judiciaires ne s'estimeraient jamais liés par un arrêt du Conseil d'Etat, arguant de l'absence d'identité d'objet des demandes par définition (l'auteur ne cite toutefois que l'exemple des arrêts de rejet). Tel ne serait dépendant pas le cas lorsqu'une décision répressive constate la légalité d'un ordre de démolir un bâtiment menaçant ruine avant de condamner un prévenu pour avoir refusé d'exécuter cet ordre. Selon M. LEROY, « *Il est vrai qu'un jugement répressif a une autorité de chose jugée erga omnes, mais l'objet de l'action pénale – condamner l'auteur d'une infraction – diffère de celui du recours en annulation, et, selon l'article 23 du Code judiciaire, « L'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet de la décision. Il faut que la chose demandée soit la même ; que la demande soit fondée sur la même cause ; que la demande soit entre les mêmes parties, et formée par elles et contre elles en la même qualité »* (ibid., note 2 ; *contra* et d'ailleurs critiqué par l'auteur : C.E., *Kegeaert*, n° 10.577, 24 avril 1964, *Rec.*, 1964, p. 378 qui se fonde sur la déclaration de légalité interne et externe de l'ordre par le juge pénal pour rejeter les moyens invoqués à l'appui de la demande d'annulation ; comp. C.E., *Vankeirsblick*, n° 8.743, 12 juillet 1961 concernant le rejet d'un moyen précis).

Plus loin, par contre, l'auteur ne situe plus son raisonnement sur le terrain de l'objet mais sur celui de l'autorité, non sans contradiction. A son estime, « *On dit souvent que les arrêts d'annulation ont autorité absolue de chose jugée. Le propos n'est pas faux, mais il est insuffisant : l'annulation a un effet qui dépasse celui de l'autorité, même absolue, de chose jugée. D'autres décisions de justice ont une autorité absolue de chose jugée : les décisions répressives. Quand un tribunal acquitte un prévenu au motif que le règlement auquel il a contrevenu est illégal, le jugement d'acquiescement a autorité absolue de chose jugée, et cette autorité s'attache au motif qui est le soutien nécessaire du dispositif, soit en l'espèce la déclaration d'illégalité du règlement, déclaration qui entraîne, par application de l'article 159 de la Constitution, son inapplicabilité. Le règlement illégal n'est pas pour autant annulé. Si d'autres personnes sont poursuivies pour l'avoir enfreint, elles devront à leur tour plaider son illégalité, et si elles ont connaissance du premier jugement, celui-ci ne constituera qu'un argument à l'appui de la démonstration à laquelle elles devront se livrer. Par contre, si le règlement est annulé par le Conseil d'Etat, il suffit de produire l'arrêt – qui doit être publié dans les mêmes formes que l'acte annulé – pour établir que les poursuites sont dépourvues de fondement » (M. LEROY, *o. c.*, 4^e éd., 2008, p. 764 ; v. ainsi Cass., 22 janvier 1974, *Pas.*, 1974, I, p. 535 ; de même M. LEROY, *o. c.*, 1987, n° 127, p. 174). A notre estime, si autorité absolue de la chose jugée il y a, le premier jugement pénal auquel fait référence l'auteur ne constituerait pas seulement un argument à l'appui de la démonstration d'illégalité, mais bien un élément décisif ou dirimant, sous réserve de l'exercice de voies de recours. De la sorte, l'auteur semble confondre l'autorité de la chose jugée relative et *erga omnes* des décisions juridictionnelles. Il ne reconnaît en tous cas pas une autorité de la chose jugée *erga omnes* à la déclaration d'illégalité contenue dans une décision répressive, pas plus d'ailleurs qu'il ne la revendique lorsqu'elle figure dans un arrêt du Conseil d'Etat.*

Par ailleurs, tous les arrêts du Conseil d'Etat ne sont pas revêtus de l'autorité absolue de la chose jugée²¹², ou plus exactement seuls les arrêts d'annulation le sont avec certitude. Mais point les arrêts de rejet²¹³ (du

212 En particulier lorsque le Conseil d'Etat statue en qualité de juge du fond, en degré d'appel ou comme juridiction de cassation.

213 La jurisprudence judiciaire dénie en effet toute autorité de chose jugée aux arrêts de rejet du Conseil d'Etat au motif que les conditions de l'article 23 du Code judiciaire ne sont jamais réunies, la cause et l'objet des demandes étant nécessairement différents. V. not. Cass., 24 mars 1977, *Pas.*, 1977, I, p. 789 (l'arrêt par lequel la section d'administration du Conseil d'Etat rejette un recours en annulation d'un acte réglementaire n'a ni l'autorité de la chose jugée *erga omnes* ni le caractère d'une disposition générale et réglementaire ; il ne lie en rien les cours et tribunaux et les juridictions contentieuses, même si devant eux la nullité de l'acte réglementaire est invoquée sur le fondement du même moyen et entre les mêmes parties) et Cass., 9 janvier 1997, *Pas.*, 1997, I, p. 44 et *R.C.J.B.*, 2000, p. 257 et note D. LAGASSE, « L'absence de toute 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 » ; *A.J.T.*, 1998-1999, p. 125 et note J. THEUNIS, « Het gezag van gewijsde van een arrest van de Raad van State voor de gewone rechter die uitspraak doet over een exceptie van onwettigheid » (ni l'appréciation d'une faute ni celle du préjudice causé par celle-ci n'échappent à la compétence du pouvoir judiciaire au cas où la lésion du droit vanté pourrait trouver sa source dans l'acte d'une autorité administrative, même si le recours en annulation dirigé contre cet acte a été rejeté par le Conseil d'Etat). V. aussi Cass., 10 septembre 2007, *J.L.M.B.*, 2008, p. 101, obs. J. MARTENS, « L'exception d'illégalité et le droit à l'aide sociale des étrangers » : le contrôle de légalité n'est pas limité par la circonstance que l'acte administratif a fait l'objet devant le Conseil d'Etat d'une demande en suspension et d'un recours en annulation, et que celui-ci a donné lieu à un arrêt décrétant le désistement d'instance après que celle-là ait été rejetée. V. en outre Projet de loi portant création d'un Conseil d'Etat, *Doc. parl.*, S., s. e. 1946, n° 58, p. 6 ; A. VAN MENDEL, I. CLOECKAERT, W. ONDERDONCK et S. WYCKAERT, *o. c.*, 1997, n° 332-340, pp. 123-124 ; P. BOUVIER, *o. c.*, 2002, n° 326, p. 279 ; M. LEROY, *o. c.*, 4^e éd., 2008, pp. 755-762 ; D. LAGASSE, « Unité ou diversité du contentieux administratif : quel avenir pour le Conseil d'Etat ? », in *Liber amicorum Bernard Glansdorff*, Bruxelles, Bruylant, 2008, pp. 359-360.

Cette position est très critiquée en doctrine administrative, favorable, dans la foulée de la jurisprudence du Conseil d'Etat, à une autorité relative de la chose jugée des arrêts de rejet au fond (c'est-à-dire portant sur une question de légalité, à l'exclusion du rejet pour des motifs de procédure ou de recevabilité), limitée aux questions de droit effectivement débattues et tranchées par le juge, compte tenu du caractère juridictionnel de la décision du Conseil d'Etat. V. not. R. WITMEUR, in B. BLERO (éd.), *o. c.*, 1999, pp. 769-791, sp. pp. 782-783 : « *L'article 159 de la Constitution ne constitue (...) pas un argument suffisant pour refuser une autorité à l'arrêt de rejet du Conseil d'Etat si l'on se limite strictement à ce que dit l'arrêt de rejet* » (p. 782) ; A. VANWELKENHUYZEN, « L'autorité de chose jugée des arrêts du Conseil d'Etat en matière de responsabilité de la puissance publique », note sous Cass., 7 novembre 1975, *R.C.J.B.*, 1977, pp. 439-445, sp. p. 442 ; J. SALMON, *o. c.*, 1994, p. 515 ; P. LEVERT, in B. BLERO (dir.), *o. c.*, 1999, p. 752 ; P. DE SOMERE, *o. c.*, *A.P.T.*, 2005, pp.

moins devant les cours et tribunaux judiciaires) et probablement pas non plus les arrêts de suspension, du moins pas en tous points, dès lors que ces derniers sont frappés d'un caractère provisoire qui se concilie difficilement avec cette qualité. Or, tant les arrêts de rejet que les arrêts de suspension peuvent contenir des déclarations d'illégalité incidentes.

42. Bref, à mesure que l'on approfondit cette première piste de solution qui paraissait évidente au départ, l'on se rend compte que ce qui détermine et est visé par le caractère absolu de l'autorité de la chose jugée, c'est fondamentalement le dispositif ou la sanction que le juge est appelé à prononcer. En matière administrative spécialement l'annulation²¹⁴. Car comment prétendre annuler une norme si la mise à néant ne vaut pas à l'égard de tous ?

En revanche, il n'est pas exclu qu'au-delà de l'annulation, l'autorité absolue s'estompe, voire disparaisse, en ce qui concerne les motifs qui la sous-tendent. Même si, dans l'absolu, il paraît difficile de dissocier l'annulation de la déclaration d'illégalité incidente lorsque l'annulation trouve sa source et son fondement dans celle-ci. Sans elle, l'acte entrepris n'aurait pas connu la disgrâce. Sa légalité n'aurait probablement pas été ébranlée et, le cas échéant, il n'aurait pas été annulé. En manière telle que l'on peut se demander ce qui, de l'annulation ou de la déclaration qui en forme le soutien, est l'accessoire de l'autre.

Il reste que l'inclusion de l'illégalité incidente dans le domaine de la chose jugée est une chose. La qualification de l'autorité attachée à cet élément de la chose jugée pourrait en être une autre. Et il n'est pas certain, à la réflexion, que l'autorité absolue de la chose jugée s'étende automatiquement à tous les motifs qui sous-tendent le dispositif de la suspension ou de l'annulation, en général, et à la déclaration d'illégalité incidente, en particulier.

3-4 ; P. LEWALLE, *o. c.*, 3^e éd., 2008, n^{os} 725-734, pp. 1265-1280 – rem. n^o 734, p. 1280 : « *La légalité est une. La chose jugée est une* ». Une autorité dont D. LAGASSE observe cependant à juste titre qu'elle n'empêcherait pas des réponses contradictoires à un même problème de légalité en présence de parties distinctes, voire en présence d'une même partie dans le cadre d'un objet différent (*in o. c.*, p. 360).

²¹⁴ Dans les autres cas, le dispositif ne vise pas directement la norme elle-même ou son exécution. En matière pénale, par exemple et pour mémoire, l'autorité absolue de la chose jugée vise la ou les condamnation(s) et peine(s) à l'égard de l'ensemble de la société.

D'autant qu'il est une autre manière de penser l'autorité de la déclaration d'illégalité incidente, comme un dispositif autonome réglé par l'article 159 de la Constitution qui prescrit le refus d'application et non l'annulation²¹⁵ et semble condamner ainsi la déclaration d'illégalité incidente à une autorité relative dans tous les cas. On a vu que les arguments ne manquent pas dans ce sens. Ils répondent à une approche normative de la question posée, directement fondée sur la Constitution. Une telle conception pourrait l'emporter sur l'approche fonctionnelle de la chose jugée, qui procède quant à elle de la loi. Elle s'inscrit dans la suite logique de l'évolution relative de la chose jugée en général.

De lege ferenda, pourtant, l'argument d'efficacité – de plus en plus invoqué en matière judiciaire pour éviter la multiplication des instances et étendre l'effet des décisions de justice – plaiderait, quant à lui, en faveur de l'autorité absolue des arrêts du Conseil d'Etat, jusque dans ses déclarations d'illégalité incidentes. Les questions de légalité, spécialement en ce qui concerne les règlements, ne peuvent pas être purement relatives. Et la casuistique dictée par l'article 159 de la Constitution, en apparence, n'empêche pas, à la réflexion, d'organiser le dégagement de décisions générales quant à la conformité. La casuistique ne tend-elle pas par définition vers une certaine forme de généralité ?

43. Telle pourrait être une solution médiane qui consisterait à surfer sur la volatilité de l'autorité de la chose jugée selon les matières, en limitant l'autorité absolue aux déclarations d'illégalité incidentes logées dans les arrêts d'annulation. Une telle solution réclamerait cependant un choix politique et donc l'intervention du législateur²¹⁶ compte tenu de l'importance de la matière du point de vue démocratique et de la nécessité d'une intervention légitime pour trancher un débat difficile ; compte tenu, aussi, de l'état actuel des textes et de l'absence de publicité, contraires aux principes de prévisibilité et d'accessibilité du droit. L'on a montré, en

²¹⁵ Même si, comme on l'a vu avec D. DEOM, le refus d'application ouvre bien d'autres portes, mais en tous cas pas celle de l'annulation, sauf devant la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat, et point en ce qui concerne le même acte.

²¹⁶ En 1964, déjà, C. CAMBIER appelait de ses vœux une codification minimale du contentieux administratif dispersé, en faveur d'un « *ordonnement homogène de leurs données de base* », sans toutefois évoquer la nécessité de préciser l'autorité de la chose jugée des déclarations d'illégalité incidente. V. C. CAMBIER, *o. c.*, T. II, 1964, p. 511. L'autorité des décisions de différentes juridictions administratives spécialisées, par rapport au pouvoir judiciaire, est juste évoquée ça et là (par exemple pp. 113, 120, 132, 453 et s.). Il ne faudrait pas les oublier en cas d'intervention du législateur.

particulier, que rien n'est organisé à l'heure actuelle, en matière administrative, pour donner à la déclaration d'illégalité incidente la publicité qu'elle requerrait, le cas échéant.

Il n'est pas exclu, cela étant, qu'un tel dispositif soit considéré un jour comme contraire aux droits de la défense qui ont fait reculer l'autorité absolue de la chose jugée dans plusieurs domaines du droit aujourd'hui, et spécialement en droit pénal, en manière telle qu'il faut être prudent en matière administrative également. Au centre du ras de marée figure l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et plus généralement les droits de la défense, le principe du contradictoire et le principe de l'égalité des armes. La déclaration d'illégalité incidente n'est-elle pas appelée à suivre la même tendance fondamentale qui mène à la relativité de la chose jugée ? Mais *quid*, le cas échéant, de la compétence d'annulation ? En ce compris dans le chef de la Cour constitutionnelle ?

F. RIGAUX écrit à l'égard de l'autorité qui s'attache à l'arrêt d'annulation que l'expression « *autorité absolue de la chose jugée* » n'est sans doute « *pas très bien choisie* »²¹⁷ pour désigner l'anéantissement à l'égard de quiconque de la norme censurée. Et l'auteur de préférer d'autres formules comme celle de la deuxième phrase de l'article 62, alinéa 2 de la Constitution française du 4 octobre 1958 selon laquelle les décisions du Conseil constitutionnel « *s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles* » ou du paragraphe 31, alinéa

²¹⁷ F. RIGAUX, *o. c.*, *J.T.*, 2007, p. 318 en ce qui concerne la Cour constitutionnelle, mais le constat peut être étendu à la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat. Si ce n'est que l'auteur voit dans la rétractation et la faculté de maintenir certains effets de la norme, des attributs d'une fonction quasi législative. A noter que la rétractation peut emporter le retrait d'arrêts d'annulation du Conseil pourtant nantis de l'autorité absolue de la chose jugée ... D'autres voies de recours débouchent cependant sur le même résultat. Par ailleurs, l'article 14^{ter} des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat autorise depuis 1996 la section du contentieux administratif à indiquer par voie de disposition générale ceux des effets des dispositions d'actes réglementaires annulés qui doivent être considérés comme définitifs ou maintenus provisoirement pour le délai qu'elle détermine, si elle l'estime nécessaire. L'on ne peut donc voir dans l'autorité absolue de la chose jugée la consécration d'une forme de supériorité juridictionnelle, s'agissant de la Cour constitutionnelle, liée à la valeur législative des normes contrôlées par elle, dès lors que les arrêts d'annulation et de suspension du Conseil d'Etat ont également l'autorité de la chose jugée, même si la loi reste muette dans ce dernier cas alors qu'elle consacre explicitement cette autorité en ce qui concerne la Cour constitutionnelle. L'autorité absolue participe plutôt de l'exclusivité du contentieux que l'on retrouve avec le Conseil d'Etat, en ce qui concerne du moins les sanctions d'annulation et de suspension.

2 de la loi allemande sur le Tribunal constitutionnel fédéral, coordonnée le 11 août 1993, selon lequel certaines décisions du Tribunal ont « *force de loi* ». Certes, l'annulation modifie l'ordonnancement juridique de façon spectaculaire, mais toute décision de justice ne revêt-elle pas une force obligatoire au moins apparentée, déjà évoquée plus haut ? Une force autrement caractérisée encore en ce qui concerne les arrêts préjudiciels et la jurisprudence des cours internationales ? L'auteur les aborde d'ailleurs également pour conclure cette fois à la diversité des autorités de la chose jugée dont le point commun est cependant de protéger le justiciable « *en limitant le pouvoir du juge de revenir sur ce qui a été précédemment décidé. La vérité judiciaire ne s'impose pas seulement aux parties, elle fait parfois la loi du juge lui-même* »²¹⁸.

La question est importante pour notre propos car elle autorise à distinguer l'autorité de la chose jugée selon qu'elle porte sur la déclaration d'illégalité incidente ou sur l'annulation ou la suspension, même si les deux sanctions figurent dans la même décision. Plus que jamais, la nécessité se fait sentir de calibrer l'autorité de ladite déclaration en tenant compte de sa nature, de sa spécificité, voire du contexte dans lequel elle est prononcée.

44. Sans doute la loi ne peut-elle pas tout prévoir. Elle doit toutefois prévoir l'essentiel. Et la portée précise de la déclaration d'illégalité incidente comme la portée d'un arrêt du Conseil d'Etat font partie de ces certitudes indispensables à la fondation du système de protection juridique du citoyen sur lesquelles le législateur ne peut pas, ou plus exactement ne peut plus faire l'impasse. Son intervention est donc vivement souhaitée²¹⁹. Il pourrait profiter de l'occasion pour repenser l'ensemble de la question de l'autorité de la chose jugée des décisions juridictionnelles. En ce compris celle des décisions judiciaires, dont on a vu qu'elle a davantage suscité l'inspiration du législateur, sans pour autant résoudre toutes les questions, spécialement en ce qui concerne la force obligatoire à l'égard des tiers ou l'étendue de l'autorité en ce qui concerne la motivation. Deux questions précisément essentielles du point de vue du sujet étudié.

La solution d'une seule et même autorité de la chose jugée commune à

²¹⁸ *Ibid.*, p. 319.

²¹⁹ D'autant que l'autorité d'une déclaration d'illégalité incidente devrait avoir une influence sur le plan de la responsabilité civile.

toutes les décisions juridictionnelles ne s'impose pas *a priori*²²⁰. Une autorité différente en ce qui concerne la même sanction, et spécialement la déclaration d'illégalité incidente, ferait en revanche désordre. La circonstance que la portée des arrêts relève de l'ordre de la fiction juridique²²¹ n'empêche pas d'organiser cette fiction de manière homogène et cohérente. Il s'agit, comme avec la plupart des théories administratives et devant toutes les juridictions susceptibles d'intervenir en la matière, de chercher le fragile équilibre entre les deux principes fondamentaux du droit administratif que sont la légalité (de l'ordre de la fiction) et la sécurité juridique (de l'ordre de la réalité et liée à la continuité).

Pour l'heure, toutes les hésitations en doctrine et en jurisprudence tiennent au même constat initial et objectif selon lequel le législateur ne précise nulle part la portée précise des principales sanctions directes pourtant prévues pour discipliner l'action administrative et corriger les actes administratifs : la suspension, l'annulation, mais également le refus d'application s'agissant, sur ce point, d'une sanction établie par le Constituant originaire lui-même. Or, l'action administrative procède le plus souvent d'une chaîne d'actes relativement complexe dans laquelle un maillon, lorsqu'il est atteint, est susceptible de contaminer en aval toute la chaîne. Il en va de même, en quelque sorte, s'agissant des sanctions elles-mêmes qui sont prononcées dans un contexte procédural susceptible d'être tout aussi complexe compte tenu de la fausse dualité des ordres juridictionnels en matière administrative. Une manière de remédier à cette situation de façon structurelle serait probablement de simplifier radicalement le contentieux administratif pour insuffler à l'ensemble davantage de cohérence. A défaut, la réalité complexe risquera toujours de dépasser la fiction. A l'heure où l'on s'efforce de permettre au juge de remédier véritablement à une situation donnée (notamment à travers la faculté de maintenir dans le temps certains effets de la disposition censurée), ne convient-il pas de repenser fondamentalement le système pour tendre vers une plus grande efficacité ?

Non seulement la loi au sens large est muette sur la portée des différentes sanctions, mais des législateurs distincts les ont établies avec, pour conséquence, la résurgence permanente de la question de la légalité à

²²⁰ A noter que l'éventuelle intégration du pouvoir judiciaire et de la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat ne serait probablement pas sans conséquences de ce point de vue.

²²¹ P. LEWALLE, *o. c.*, 3^e éd., 2008, p. 1106, n° 624.

propos des sanctions elles-mêmes. L'article 159 de la Constitution, à cet égard, est « supérieur » par rapport aux lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, bien que cette supériorité soit en réalité inconsistante, à défaut d'un véritable contenu, suffisamment précis ou substantiel. Probablement toute la difficulté à cerner une solution dans l'état actuel des textes vient-elle de là en fin de compte. La généralité et l'imprécision, à la fois, de l'article 159 de la Constitution permettent aux juridictions d'interpréter et d'argumenter à l'infini, dans un sens comme dans un autre, sans jamais être contraintes ou amenées à se mettre d'accord.

III. PROPOSITIONS

45. MONTESQUIEU a écrit avec perspicacité que « *Le repos des familles et de la société toute entière se fonde non seulement sur ce qui est juste mais sur ce qui est fini* »²²². Jamais cette observation n'aura été aussi actuelle dans une société qui impose d'être efficace et économe, mais qui empêche en même temps de l'être par la multiplication des juges et des recours, notamment. Une telle organisation – ou plutôt « désorganisation » – n'est pas raisonnable. Il est temps de simplifier le contentieux administratif, de préférence par l'intégration du Conseil d'Etat et du pouvoir judiciaire.

A défaut, il y a lieu de s'inscrire aujourd'hui, pour des raisons évidentes d'efficacité et d'économie, en faveur de la reconnaissance de l'autorité absolue de la chose jugée de la déclaration d'illégalité incidente contenue dans un arrêt d'annulation du Conseil d'Etat²²³, mais aussi – pourquoi pas – dans une décision de fond²²⁴ judiciaire définitive, à l'exclusion des décisions prises en référé et en réservant probablement cette qualité aux

²²² Cité par R. WITMEUR, in B. BLERO (éd.), *o. c.*, 1999, p. 786 et avant cela probablement par J. FOYER, *L'autorité de chose jugée en matière civile. Essai d'une définition*, Paris, 1954.

²²³ A l'exclusion des arrêts de suspension mais en ce compris les arrêts de rejet si l'autorité absolue leur est également accordée sur les points de droit tranchés.

²²⁴ Les questions de légalité n'intéressent-elles pas l'ensemble de la société ? En même temps, la chose ne serait pas anodine car l'autorité absolue de la chose jugée (tout comme l'annulation au demeurant) s'accommode mal des revirements de jurisprudence. Comme l'écrivait P. QUERTAINMONT en 1988, « *il n'est pas contestable qu'en cas d'annulation d'un arrêté réglementaire par le Conseil d'Etat, l'arrêt du juge administratif a pour conséquence d'enlever tout pouvoir de contrôle ultérieur aux tribunaux au sujet de la légalité du dit arrêté, puisque celui-ci n'existe plus* » (*o. c.*, R.C.J.B., 1990, n° 25, p. 433). V. aussi J. THEUNIS, *o. c.*, R.W., 2007-2008, p. 1268, n° 5.

arrêts prononcés en appel voire aux arrêts de la Cour de cassation²²⁵ qui en l'état actuel des textes ne sont cependant en règle dotés d'aucune autorité de la chose jugée²²⁶, le tout à condition que les choses soient organisées pour le permettre²²⁷. Une telle position s'inscrit à la suite d'une série d'auteurs qui auraient souhaité que les arrêts préjudiciels de la Cour constitutionnelle soient revêtus de la même autorité que les arrêts d'annulation. Ou encore de ceux qui préconisent de modaliser la responsabilité civile des autorités du fait d'une illégalité, par le biais de l'erreur invincible, en tenant compte de la jurisprudence publiée la plus récente et la plus haute dans l'appareil juridictionnel.

Une telle autorité ne gagnerait pas à être décrétée par la jurisprudence dans l'état actuel du texte constitutionnel²²⁸ et il conviendrait que le législateur – à la suite du constituant s'agissant d'une sanction directement prévue par la Constitution sans aucune autorisation pour la modaliser²²⁹ – organise le tout, ou partie, conformément aux exigences d'accessibilité et de prévisibilité du droit. Il pourrait d'ailleurs le faire en s'attaquant à l'autorité de la chose jugée en général, ce qui fait cruellement défaut en matière pénale et administrative à l'heure actuelle, mais aussi en matière civile sur une série de points mis en évidence en doctrine.

²²⁵ De manière à réduire le risque d'erreur inhérent à toute décision de justice et dont le monopole n'est vraisemblablement pas judiciaire. Théoriquement, il devrait diminuer sous l'effet collégial de plusieurs juges. Sous l'angle de la responsabilité civile, déjà, l'erreur de l'administration sera appréciée différemment selon qu'existe une jurisprudence supérieure à propos de la question de légalité discutée. Il peut en être déduit que la valeur de la déclaration d'illégalité incidente varie en pratique selon le niveau de la juridiction amenée à statuer dans le litige à son origine (première instance, appel, cassation, ce qui vaut parfois aussi devant les juridictions administratives).

²²⁶ Mise à part l'hypothèse de la double cassation dans laquelle la deuxième décision peut avoir été cassée pour les mêmes motifs de légalité administrative que ceux de la première cassation. Le cas échéant, le juge du fond, à qui l'affaire est renvoyée, doit se conformer à la décision de la Cour de cassation sur le point de droit jugé par cette cour.

²²⁷ L'article 6 du Code judiciaire, au demeurant, empêche les juges de se prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises, certes de manière supplétive, conformément à l'article 2 du même code.

²²⁸ Il y a en effet un *hiatus* entre démontrer que les textes auraient pu ou dû prévoir un mécanisme et le reconnaître soi-même en doctrine ou en jurisprudence. En l'état, l'autorité relative, dans tous les cas, nous paraît plus sage.

²²⁹ Il a été montré plus haut que le refus d'application serait par définition contraire à son autorité absolue.

Il s'imposerait d'inscrire dans la Constitution directement, ou d'y prévoir la possibilité pour le législateur de modaliser le refus d'application en précisant par exemple que la déclaration d'illégalité incidente fondant l'annulation d'un acte « s'impose à tous et spécialement aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles »²³⁰.

Il s'imposerait aussi d'organiser ladite autorité de manière rationnelle et cohérente²³¹, spécialement en termes de publicité. Aujourd'hui plus que jamais, il est techniquement possible de gérer la chose jugée de manière à lui garantir sa légitime autorité en matière de légalité. Idéalement à travers un site internet unique en ce qui concerne les normes générales et abstraites dont l'intérêt général est également évident²³². A défaut, la légalité elle-même est en cause dans ses deux dimensions constitutives que sont l'accessibilité et la prévisibilité.

A notre estime, les décisions provisoires devraient connaître un sort différent, de ce point de vue, dès lors que le constat d'illégalité qui peut y

²³⁰ Pour reprendre les termes préciés de F. RIGAUX.

²³¹ L'obligation pourrait être faite d'inviter systématiquement à la cause l'auteur de l'acte contesté incidemment pour défendre celui-ci.

²³² Un tel site serait au demeurant précieux même en l'absence d'autorité absolue de la chose jugée des déclarations d'illégalité incidentes. L'alternative pourrait être un perfectionnement des sites de chacune des juridictions. Notre estimé collègue, David RENDERS, observait avec pertinence dans cette perspective que « Si nul n'est censé ignorer la loi, ne peut-on, désormais, affirmer que nul n'est censé ignorer le site de la Cour constitutionnelle ? » (D. RENDERS, « L'autorité administrative doit-elle d'office refuser d'appliquer une loi inconstitutionnelle ? », obs., *J.T.*, 2008, n° 10, p. 557). Mais à force de disperser les sources et de compliquer le parcours du citoyen soucieux de vérifier si les principales normes publiques doivent encore être respectées, ne condamnons-nous pas davantage encore la démocratie à la faveur d'une technocratie ? Car si nul n'est censé ignorer le site de la Cour constitutionnelle, nul n'est censé ignorer non plus les sites de la Cour de cassation et du Conseil d'Etat... Cela fait beaucoup pour le simple citoyen, au demeurant confronté à des outils de recherche très différents d'un site à l'autre, ne permettant pas toujours la recherche par norme. L'on plaide en conséquence énergiquement en faveur d'une publication centralisée et certifiée des dispositions législatives et réglementaires adoptées par les collectivités supérieures avec mention des arrêts de la Cour constitutionnelle, de la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation, spécialement lorsque lesdits arrêts sanctionnent de manière directe, par une suspension ou une annulation, mais aussi de manière incidente, par le refus d'application, les dites dispositions. Jamais Internet n'a offert autant de possibilités à cet égard et il serait dommage – pour ne pas dire dommageable – de se priver d'une telle opportunité. Le gain serait immense pour les praticiens et la société toute entière, en ce compris les fonctionnaires, les parlementaires et les juges chargés de l'animer.

être fait l'est de manière provisoire et sous le bénéfice de l'apparence de droit. L'autorité absolue pourrait aussi être réservée aux arrêts prononcés en appel voire aux arrêts de la Cour de cassation.

Si l'intention était de réserver une portée absolue aux déclarations d'illégalité contenues dans les arrêts du Conseil d'Etat²³³ (voire de la Cour constitutionnelle) en matière de légalité administrative, certains mécanismes peuvent être utilisés pour permettre davantage de cohérence. Ainsi, par exemple, la surséance à statuer lorsque le contrôle de légalité est déferé en même temps à la censure du Conseil d'Etat²³⁴, à l'instar de ce que l'on connaît en matière pénale²³⁵, ou encore la question préjudicielle²³⁶ voire la rétractation²³⁷. A l'heure actuelle déjà, les juridictions, lorsqu'elles sont saisies concurremment des mêmes difficultés, paraissent attentives à éviter autant que possible les contradictions frontales, ce qui implique à tout le moins une influence réciproque de nature à déterminer le sort d'une affaire.

En ce qui concerne le Conseil d'Etat, l'idée est lancée de permettre à la Haute juridiction administrative d'abroger la norme réglementaire lorsqu'elle en constate l'illégalité²³⁸ ou encore de limiter les effets du

²³³ Et point vis-à-vis du Conseil d'Etat exclusivement, même si cela permettrait de pallier l'absence de tribunaux de première instance dans l'organisation de la juridiction administrative.

²³⁴ V. sur ce point R. WITMEUR, in B. BLERO (éd.), *o. c.*, 1999, pp. 792-800 : « la surséance à statuer dans l'attente de l'arrêt du Conseil d'Etat se justifierait non par l'existence d'un obstacle à la mission du juge mais par l'autorité particulière des arrêts prononcés par le juge de l'excès de pouvoir » et le risque concret, à défaut, de décisions contradictoires débouchant sur des solutions inextricables, spécialement en cas d'annulation par définition rétroactive, en l'absence de procédure de requête eivile ou de rétractation.

²³⁵ L'article 4, § 1^{er} de la loi du 17 avril 1878 contenant le Titre préliminaire du Code de procédure pénale vise uniquement les actions publique et civile. Lorsque l'action civile est poursuivie séparément de l'action publique, l'exercice en est suspendu tant qu'il n'a pas été prononcé définitivement sur l'action publique.

²³⁶ Rappr. J. MARTENS, *o. c.*, *J.L.M.B.*, 2008, p. 309 pour éviter la « fragmentation du statut de la personne étrangère » dans ses rapports avec l'Etat fédéral et le C.P.A.S. grâce à des décisions préjudicielles nanties de l'autorité absolue de chose jugée à l'instar de l'état des personnes. L'auteur observe que cette fragmentation est « poussée plus loin » avec l'exception d'illégalité.

²³⁷ Dans ce sens : M. LEROY, *o. c.*, 1987, n° 130, p. 178 en ce qui concerne les décisions fondées sur un règlement annulé par le Conseil d'Etat.

²³⁸ Comp. B. LOMBAERT, *o. c.*, *A.P.T.*, 1998, p. 189 en ce qui concerne l'arrêt préjudiciel de la Cour constitutionnelle : l'auteur suggère de donner à la Cour constitutionnelle le

constat dont l'autorité serait absolue, à l'instar de ce que la Cour constitutionnelle s'est arrogé le pouvoir de faire dans le silence de la loi dans les années nonante.

Un nouveau délai pourrait également être prévu pour demander l'annulation d'une norme réglementaire incidemment déclarée illégale par le Conseil d'Etat voire également par tout autre juge.

La publication, surtout, des arrêts de suspension et des constats d'illégalité incidents dans les arrêts (de suspension et) d'annulation mériterait d'être imposée²³⁹. A défaut, la pratique pourrait être adoptée par le Conseil d'Etat de reprendre le constat d'illégalité dans le dispositif de ses arrêts, le cas échéant, de manière à en assurer la publicité. Une modification de l'arrêté du Régent ne semble pas requise pour ce faire, encore qu'il ne prescrive la publication par extrait ou en entier que des seules annulations et réformations. A l'heure actuelle, seule la recherche des actes en reproduisant leur intitulé exact sur le site internet du Conseil d'Etat permet au citoyen de tenter sa chance pour vérifier s'ils n'ont pas fait l'objet d'une censure incidente.

Bref, l'imagination des juristes est intarissable pour organiser le système avec cohérence, rationalité et efficacité. L'intervention du législateur – voire du Constituant – est aujourd'hui indispensable car l'autorité de la déclaration d'illégalité incidente est un élément de la protection juridique trop important pour le laisser à la discrétion des juges, au fur et à mesure de l'évolution dialectique mais chaotique de l'histoire²⁴⁰, avec le risque de

pouvoir d'abroger et non d'annuler les normes faisant l'objet de questions par souci de sécurité juridique ; la Cour pourrait également maintenir provisoirement les effets des normes dans le futur et le législateur devrait, parallèlement, régler les effets de l'invalidation sur les procédures en cours par le refus d'application ... ainsi qu'ouvrir le débat aux personnes ayant intérêt à l'abrogation dans le cadre de procédures analogues.

²³⁹ A noter que l'arrêt de suspension comme l'arrêt d'annulation produit ses effets dès son prononcé, indépendamment de sa notification ou publication. Selon M. LEROY, « bien évidemment, c'est assez théorique, et aucun reproche ne peut être adressé à une personne ou une autorité qui ne respecterait pas cette autorité alors qu'elle n'a pas connaissance de l'arrêt » (*o. c.*, 2008, p. 763). Comp. V. BARTHOLOMEE et J. SOSSON, *o. c.*, *J.T.*, 1991, p. 711, n° 10, note 41 : « Il ne pourrait être (...) reproché à un juge d'avoir tenu compte d'un arrêt préjudiciel de la Cour dont il a connaissance alors même que celui-ci n'a pas encore été publié au *Moniteur belge* ».

²⁴⁰ Selon M. LEROY, le contrôle juridictionnel des actes publics est le produit d'une évolution dialectique apparentée à celle d'un « organisme vivant, mais vivant si longtemps que ses conditions de vie se transforment, que certaines fonctions

divergences que l'on connaît entre les différents « *ordres juridictionnels* ». L'intervention du législateur est indispensable en faveur de tous les acteurs du contentieux administratif : les juges, les praticiens, les autorités et, en première ligne, les citoyens.

apparaissent ou croissent, que d'autres s'atrophient ; et la croissance des unes comme l'effacement des autres se répercutent sur la marche générale de l'organisme, et l'activité des autres fonctions » (o. c., 1987, n° 138, p. 188).