

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

La Cour de cassation et le geste barrière du maintien d'application d'une norme déclarée illégale pour assurer la sécurité juridique

NIHOUL, Marc

Published in:

Entre tradition et pragmatisme

Publication date:

2021

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for published version (HARVARD):

NIHOUL, M 2021, La Cour de cassation et le geste barrière du maintien d'application d'une norme déclarée illégale pour assurer la sécurité juridique. dans *Entre tradition et pragmatisme: liber amicorum Paul Alain Foriers*. Larcier, Bruxelles, pp. 1659-1680.

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.

La Cour de cassation et le geste barrière du maintien d'application d'une norme déclarée illégale pour assurer la sécurité juridique

MARC NIHOUL

Professeur ordinaire à l'UNamur

Avocat

I. HYPOTHÈSE

Le maintien d'effet(s)(1) est aujourd'hui organisé par la loi belge dans les contentieux objectifs dont sont investis la Cour constitutionnelle et la section du contentieux administratif du Conseil d'État (2). L'on pourrait en déduire trop rapidement que ce mécanisme juridique serait réservé à ces juridictions ou encore que le champ d'application matériel ou personnel (pour ne pas dire juridictionnel) de celui-ci serait limité *a priori* ou « par nature ». Il n'en est rien. Certes, le maintien d'effet(s) n'est pas encore organisé par le Code judiciaire à l'heure actuelle. Il n'est pas mis par la loi à la disposition des juridictions judiciaires, en particulier de la Cour de

(1) À ne pas confondre avec le maintien administratif flamand prévu par décret-cadre Maintien administratif du 22 mars 2019.

(2) Côté néerlandophone, le Conseil pour les contestations des autorisations et la Cour environnementale de la Région flamande ont été dotés du même pouvoir de maintien d'effet(s) de l'acte administratif annulé depuis le 1^{er} janvier 2015. Voy. l'art. 36 du décret de la Communauté flamande du 4 avril 2014 relatif à l'organisation et à la procédure de certaines juridictions administratives flamandes, *M.B.*, 1^{er} octobre 2014, p. 77633. Côté wallon, le Conseil du contentieux administratif wallon ambitionné depuis 2014 n'a pas encore vu le jour après trois déclarations de politique régionale ou wallonne successives (2019-2024, p. 71).

cassation, malgré les récentes réformes du Code judiciaire. Mais il pourrait parfaitement l'être à l'avenir. Il n'est d'ailleurs pas réservé aux contentieux d'annulation d'actes publics, *de lege lata*, puisqu'il est également prévu dans le cadre du contentieux préjudiciel, par nature incident (3), aux termes de l'article 28, alinéa 2, de la loi spéciale sur la Cour constitutionnelle. Il est par ailleurs susceptible d'interférer – voire de surgir – dans les contentieux de l'indemnité (4) voire dans tout contentieux, à titre incident. Il n'est pas davantage réservé aux actes réglementaires ou normes générales et abstraites puisqu'il vise également les actes individuels suivant l'article 14^{ter} des lois coordonnées sur le Conseil d'État. Il est en revanche limité à l'hypothèse de l'annulation, dans la loi et le décret, s'agissant du Conseil d'État et de juridictions flamandes.

L'histoire nous enseigne au demeurant que la plupart des juridictions aujourd'hui investies de ce mécanisme protecteur de l'intérêt général se le sont en réalité approprié, au nom de la sécurité juridique, avant même l'intervention du législateur pour régulariser – c'est-à-dire légaliser – la situation. La Cour de cassation n'y fait pas exception. Par un arrêt du 20 décembre 2007, elle a en effet considéré qu'« [i]l appartient au pouvoir judiciaire, lors de l'interprétation de la loi, de fixer dans le temps les effets de la violation de la Constitution à laquelle conclut la Cour constitutionnelle dans une réponse à une question préjudicielle. Le juge qui constate ainsi l'application dans le temps de l'inconstitutionnalité constatée par la Cour constitutionnelle, doit tenir compte de la confiance légitime de la société dans les dispositions légales et des exigences impératives de la sécurité juridique » (5) (en l'espèce fonction de la publication de l'arrêt de la Cour constitutionnelle).

(3) Il s'agit d'un contrôle de légalité incident, à l'instar de celui prévu à l'article 159 de la Constitution, mais exercé sur renvoi par une autre juridiction *a quo*.

(4) Principalement l'indemnité et l'indemnité réparatrice devant la section du contentieux administratif du Conseil d'État, et l'indemnité civile devant le pouvoir judiciaire. L'illégalité est au cœur des deux derniers, indépendamment d'une annulation effective, dans le second cas lorsque celle-ci est constitutive de faute, sauf responsabilité objective.

(5) Cass. (1^{re} ch.), 20 décembre 2007, *Pas.*, 2007, p. 2421 et *J.T.*, 2009, p. 264, avec obs. très critiques J. KIRKPATRICK, « Les suites à donner à un arrêt préjudiciel de la Cour constitutionnelle qui déclare une lacune législative contraire au principe d'égalité », pp. 257 et s., n^{os} 13 et 14 : l'éminent commentateur observe que la Cour de cassation autorisait ainsi le juge du fond à procéder à une « consolidation » que le législateur n'avait pas (encore) permis à la Cour constitutionnelle elle-même d'opérer. Voy. aussi Cass. (1^{re} ch.), 5 juin 2008, *Pas.*, 2008, p. 1406 (formule quasi identique évoquant « l'effet dans le temps » et critère identique) ; Mons, 17 juin 2009, *T.F.R.*, 2010, p. 86, note S. DE RAEDT, « Het Grondwettelijk Hof buiten spel gezet in naam van de rechtszekerheid ». Rapp. C. trav. Bruxelles, 17 janvier 2013, *J.L.M.B.*, 2014, p. 647 où la Cour du travail fait subtilement sienne la « proposition » faite par la Cour constitutionnelle dans son arrêt n^o 125/2011 du 7 juillet 2011 de fixer au 8 juillet 2013 les effets de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution par

Ce que la Cour a fait pour un constat d'inconstitutionnalité logé dans un arrêt de la Cour constitutionnelle, peut-elle le faire à l'égard d'un constat d'illégalité qu'elle aurait dressé elle-même, le plus souvent dans la foulée d'un juge du fond ? Telle est la question précise qui mérite d'être posée dans les lignes qui suivent, écrites en hommage appuyé à notre estimé collègue et confrère Paul Alain Foriers, lui qui parmi tant d'autres engagements professionnels, est avocat à la Cour de cassation. Plus généralement, le juge judiciaire – en particulier la Cour de cassation en dernier recours – peut-il décider de maintenir tout ou partie des effets de l'acte administratif dont il a pourtant constaté l'illégalité(6), *de lege lata* et *de lege ferenda* ? Peut-il, autrement dit, fonder le « refus de refuser l'application d'un acte administratif » – c'est-à-dire en définitive de « maintenir l'application d'un acte »(7) – illégal sur les impératifs de sécurité juridique et de confiance légitime ? Et le cas échéant, à quelles conditions et selon quelles modalités ?

Le propos est tenu en toute indépendance et liberté, voire légèreté, dans le contexte opportun d'un *liber amicorum*, lequel pousse à une réflexion plus ouverte que d'ordinaire, avec davantage de respiration, laquelle est décidément bienvenue en cette période particulière de confinement physique et social, paradoxalement chronophage, dans lequel le maintien d'effet(s) peut être comparé à « un geste barrière posé pour assurer la sécurité juridique ».

II. OBJET

Se demander en ces termes si la Cour de cassation peut maintenir l'application ou des effets d'une norme qu'elle a déclarée illégale, conduit à dépasser le champ administratif pour rejoindre celui de la norme en général. C'est que la Cour de cassation – comme toute juridiction – peut refuser l'application d'une norme de valeur législative contraire au droit international ayant effet direct en droit belge(8). Il est donc plus prudent

l'article 59 de la loi du 3 juillet 1978 à laquelle conclut la Cour constitutionnelle (alors que la loi spéciale ne l'y autorise pas dans le contentieux préjudiciel).

(6) Le constat d'illégalité doit évidemment être préalable dans l'opération de maintien d'effet(s) comme il l'est par ailleurs dans celle de refus d'application.

(7) L'expression présente le désavantage de considérer l'application de l'acte comme un tout sans mettre en évidence que celle-ci pourrait être partielle.

(8) Sous réserve de la compétence exclusive de la Cour constitutionnelle s'agissant de la violation, par une loi, un décret ou une règle visée à l'art. 134 de la Constitution, d'un droit fondamental garanti de manière

de ne pas limiter *a priori* le champ d'application du principe général de la sécurité juridique sur lequel est fondé le maintien d'effet(s).

Par ailleurs, la norme doit être interprétée au sens large comme incluant les décisions individuelles. Pour mémoire, Kelsen a préféré le mot norme à celui de règle précisément pour prendre en compte les prescriptions qui ne sont pas des règles. L'on est conscient que la doctrine est parfois réticente à accepter l'existence de normes individuelles mais aucune notion ne semble totalement satisfaisante. Le mot acte pourrait être préféré mais la portée de celui-ci est extrêmement large. À moins de limiter le mot norme par les adjectifs « individuelle » ou « générale », sous peine d'alourdir la formule. Le mot norme a été repris de la formulation du principe général de légalité retenue par la Cour de cassation (9) dans notre proposition de réforme de l'article 159 de la Constitution (10).

III. INTÉRÊT

Il serait indubitablement préférable que le législateur tranche expressément la question de savoir si la Cour de cassation – et plus généralement le pouvoir judiciaire voire tout juge – peut maintenir des effets d'une norme qu'elle a déclarée illégale. La loi pourrait de la sorte encadrer cette prérogative en prévoyant les garanties nécessaires à sa bonne utilisation. Elle l'a fait s'agissant de la section du contentieux administratif du Conseil d'État, dans l'hypothèse d'une annulation, même si l'absence de recours contre les arrêts de la Haute juridiction administrative a inévitablement pour résultat, en pratique, de diminuer l'efficacité desdites garanties. Il est permis de le constater notamment en ce qui concerne le devoir de motivation, c'est-à-dire de justification concrète, en ce qui concerne l'existence de circonstances exceptionnelles et le détail de la balance des intérêts.

totalemment ou partiellemment analogue par une disposition du titre II de la Constitution ainsi que par une disposition de droit européen ou de droit international, même si la violation de la disposition de droit européen ou de droit international est uniquement invoquée devant la juridiction (la juridiction est alors tenue de vérifier, même d'office, l'analogie), la question préjudicielle n'étant toutefois pas requise lorsque la juridiction estime qu'un arrêt d'une juridiction internationale ou un arrêt de la Cour constitutionnelle fait apparaître que la disposition de droit européen ou de droit international ou, selon le cas, du titre II de la Constitution, est manifestement violée (art. 26, § 4, de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle).

(9) Cass., 8 avril 2003, *Pas.*, 2003, p. 761 : « [...] l'article 159 de la Constitution, ne constitue qu'une application particulière du principe du droit plus général selon lequel le juge ne peut appliquer une décision, à savoir une norme, violant une disposition supérieure ».

(10) M. NIHOUL, « Légalité, sécurité, efficacité. Vers une révision de l'article 159 de la constitution ? », in *L'article 159 de la Constitution et le contrôle de légalité incident*, Bruges, la Charte, 2010, pp. 453-466 ; « L'adaptation de l'article 159 de la Constitution », *C.D.P.K.*, 2019, pp. 331-341.

À l'inverse, imaginons un instant que le législateur décide explicitement d'interdire au pouvoir judiciaire de maintenir l'application d'un acte déclaré illégal. Une telle loi ne pourrait-elle être considérée comme contraire au principe de sécurité juridique – voire au droit à un procès équitable – au point d'essayer un refus d'application ? Plus encore si l'effectivité du droit européen était en cause ? Pour mémoire, la constitutionnalité de l'article 14^{ter} des lois coordonnées sur le Conseil d'État a été affirmée par la Cour constitutionnelle au nom du principe général de valeur internationale de sécurité juridique dont découlerait somme toute la faculté de maintenir le « principe du maintien d'effet(s) »(11). De là à considérer que l'interdiction de maintenir les effets d'une norme annulée serait contraire à la sécurité juridique lorsque l'annulation met en péril des situations existantes ou des attentes légitimes suscitées après un certain temps, il n'y a qu'un pas que la valeur internationale du principe de sécurité juridique permet techniquement de franchir, même si en principe il ne revient pas au législateur de modaliser l'article 159 de la Constitution lorsque ce n'est pas prévu. Dans ces conditions, il est plus que souhaitable de voir le législateur intervenir sans tarder, pour éviter aussi le risque de l'interprétation *a contrario*, lequel pourrait amener à considérer en l'état que, parce que le Code judiciaire ne prévoit pas cette prérogative, celle-ci ne peut être utilisée.

En toute orthodoxie, il conviendrait toutefois de modifier préalablement l'article 159 de la Constitution pour respecter la hiérarchie des normes en prévoyant la possibilité pour le législateur de modaliser le commandement constitutionnel de refuser l'application d'un acte illégal.

IV. RETOUR AUX SOURCES : LA NÉCESSITÉ DU MAINTIEN

L'apparition du mécanisme juridique que constitue le maintien d'effet(s) trouve fondamentalement sa justification dans la *nécessité de tempérer les exigences de légalité* dans des circonstances exceptionnelles au nom de la sécurité juridique. Plus exactement, il s'agit de tempérer les exigences habituelles liées à l'illégalité d'une norme lorsque celle-ci est constatée car le maintien d'effet(s) n'a pas pour effet de légaliser la norme illégale, juste d'en maintenir l'effet en tout ou en partie alors qu'en principe un tel effet est exclu.

(11) Il est revenu sur ce point ci-dessous.

Un retour aux sources du mécanisme montre qu'il n'est pas propre à une sanction particulière découlant de l'illégalité en manière telle que tout type de sanction peut être *a priori* concerné pourvu que la sécurité juridique l'exige : annulation (suspension (12)), refus d'application, responsabilité, pour prendre les principales sanctions, mais sans en exclure *a priori* d'autres telle que la cessation.

La source du mécanisme est d'abord et avant tout jurisprudentielle, lorsque des juridictions internationales et hautes juridictions ont commencé à user du dispositif alors qu'elles n'en étaient pas formellement investies par les textes légaux organisant les contentieux concernés.

À en croire la Cour constitutionnelle (13), c'est du côté de la Cour de justice des Communautés européennes (aujourd'hui Cour de justice de l'Union européenne) qu'il faut chercher la source d'inspiration du maintien d'effet(s), la Cour ayant pris l'habitude de limiter dans certains cas les effets de ses arrêts. L'arrêt *Gabrielle Defrenne c. Sabena* du 8 avril 1976, en particulier, est cité, lequel, il est vrai, semble avoir inspiré la Cour européenne des droits de l'homme, comme expliqué dans les lignes qui suivent. Dans l'arrêt *Defrenne*, la Cour était confrontée à l'effet déclaratif et donc rétroactif de son interprétation de l'article 119 du Traité de Rome comme imposant ou non avec effet direct l'égalité de rémunérations entre travailleurs masculins et féminins pour un même travail lorsque celui-ci est accompli dans un même établissement ou service privé ou public, en l'occurrence celui de steward ou hôtesse de l'air. Les conséquences économiques potentiellement explosives d'une telle position pour les entreprises en général, lesquelles ont maintenu des pratiques contraires pendant une période prolongée en l'absence de dispositions nationales interdisant celles-ci, ont amené la Cour à considérer « que, si les conséquences pratiques de toute décision juridictionnelle doivent être mesurées avec soin, on ne saurait cependant aller jusqu'à infléchir l'objectivité du droit et compromettre son application future en raison des répercussions qu'une décision de justice peut entraîner pour le passé ».

(12) La suspension n'est autre qu'un refus d'application ou d'exécution provisoire... Il peut paraître incongru de maintenir les effets d'un acte que l'on décide de suspendre, l'impératif retenu pouvant être pris en compte dans les conditions de la suspension, mais en pratique il pourrait s'avérer nécessaire d'en maintenir très provisoirement l'application. L'alternative serait de différer la suspension.

(13) C. const., 7 juillet 2011, n° 125/2011, B.5.4. (la Cour observant au passage avoir tiré de l'art. 4, al. 2, qui a été inséré dans la loi spéciale du 6 janvier 1989 par la loi spéciale du 9 mars 2003, l'extension de la possibilité de maintenir les effets des dispositions jugées inconstitutionnelles en ce qu'il autorise toute personne qui justifie d'un intérêt à demander l'annulation de dispositions dont la Cour, statuant sur une question préjudicielle, a constaté qu'elles violent la Constitution, alors que le maintien d'effet(s) en matière préjudicielle avait été exclu par le législateur – B.5.3).

Le principe est donc, il faut insister sur ce point, « l'objectivité du droit » et son application à tout le moins future en cas de position juridictionnelle nouvelle, en l'espèce.

Toutefois, « des considérations impérieuses de sécurité juridique tenant à l'ensemble des intérêts en jeu, tant publics que privés, empêchent en principe de remettre en cause les rémunérations pour des périodes passées »(14), en particulier dans l'ignorance du niveau global auquel les rémunérations auraient été établies pour respecter l'égalité et compte tenu du comportement de plusieurs États membres et de la Commission, laquelle s'était abstenue d'introduire des procédures en manquement. En conséquence, « l'effet direct de l'article 119 ne peut être invoqué à l'appui de revendications relatives à des périodes de rémunération antérieures à la date du présent arrêt, sauf en ce qui concerne les travailleurs qui ont introduit antérieurement un recours en justice ou soulevé une réclamation équivalente ».

En l'espèce, l'enjeu était l'application du droit européen (l'égalité de rémunération entre travailleurs masculins et féminins) et l'indemnisation des travailleurs proportionnelle à l'impact de l'illégalité sur leur rémunération en refusant d'appliquer, en quelque sorte, les règles inégalitaires en l'occurrence en matière de pension. Le contentieux n'était pas celui de l'annulation.

Dans son arrêt *Marckx* du 13 juin 1979, la Cour européenne des droits de l'homme s'est directement et précisément inspirée de cet arrêt mais aussi du « droit public interne de certains États contractants dotés d'une Cour constitutionnelle limitant l'effet rétroactif des décisions de cette cour portant annulation d'une loi » (« solution analogue »), donc du droit constitutionnel comparé, pour considérer que « le principe de sécurité juridique, nécessairement inhérent au droit de la Convention comme au droit communautaire, dispense l'État belge de remettre en cause des actes ou situations juridiques antérieurs au prononcé du présent arrêt »(15). Les circonstances auxquelles la Cour a eu égard tiennent dans la potentielle contestation de nombreux partages successoraux intervenus depuis l'entrée en vigueur de la convention (14 juin 1955), les contestations se prescrivant par trente ans en la matière, et dans la lente progression de

(14) La formule « en principe » étonne dans la mesure où la limitation des effets dans le temps est « en principe » exceptionnel.

(15) L'adverbe « nécessairement » est vraisemblablement utilisé pour imposer le principe dans l'interprétation du droit.

l'évolution vers l'égalité sans invoquer sinon tardivement la Convention pour l'accélérer (la Commission ayant elle-même rejeté une requête en 1967).

Deux observations retiennent l'attention dans ce paragraphe 58 de l'arrêt. D'abord, la Cour « interprète la Convention à la lumière des conditions d'aujourd'hui, mais elle n'ignore pas que des différences de traitement entre enfants "naturels" et enfants "légitimes", par exemple dans le domaine patrimonial, ont durant de longues années passé pour licites et normales dans beaucoup d'États contractants ». La Cour insiste à cet égard sur le caractère évolutif du droit. Ensuite, la Cour martèle qu'elle « n'a pas à se livrer à un examen abstrait des textes législatifs incriminés : elle recherche si leur application aux requérantes cadre ou non avec la Convention [...]. Sans doute sa décision produira-t-elle fatalement des effets débordant les limites du cas d'espèce, d'autant que les violations relevées ont leur source immédiate dans lesdits textes et non dans des mesures individuelles d'exécution, mais elle ne saurait annuler ou abroger par elle-même les dispositions litigieuses : déclaratoire pour l'essentiel, elle laisse à l'État le choix des moyens à utiliser dans son ordre juridique interne pour s'acquitter de l'obligation qui découle pour lui de l'article 53 ».

Cette dernière observation est particulièrement opportune car elle touche au contentieux subjectif dans lequel le maintien d'effet(s), consistant à tout le moins dans l'absence complète ou partielle d'effet rétroactif de la déclaration d'illégalité d'une norme, est parfaitement concevable.

La Cour constitutionnelle se réfère encore à la décision prise le 16 mars 2000 par l'ancienne Commission européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Walden c. Liechtenstein* (16), laquelle fonde sur le même principe de la sécurité juridique inhérent au droit de la Convention qu'une Cour constitutionnelle peut laisser un délai au législateur pour légiférer de manière à remédier à l'inconstitutionnalité dénoncée, avec pour conséquence un maintien d'effet ou d'application pendant une période transitoire après l'arrêt, en plus de l'absence d'effet rétroactif de celui-ci.

Dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, l'arrêt 18/2012 occupe une place importante car il concerne la compatibilité de l'article 14^{ter} des lois coordonnées sur le Conseil d'État avec l'article 159 de la

(16) Voy. déjà Comm. eur. D.H., décision du 18 octobre 1995, *J.R. c. Allemagne*, req. n° 22651/93, D.R. 83, p. 14. Ultérieurement, la Cour constitutionnelle cite encore Comm. eur. D.H., décision du 26 juin 1996, *Mika c. Autriche*; Cour eur. D.H., décision, 6 novembre 2003, *Roshka c. Russie*; Cour eur. D.H., 22 juillet 2010, *P.B. et J.S. c. Autriche*, §§ 48 et 49.

Constitution à travers les principes d'égalité et de non-discrimination. La question débattue consistait à déterminer si le maintien d'effet(s) d'une norme administrative décidé par le Conseil d'État en application de l'article 14^{ter} des lois coordonnées privait le pouvoir judiciaire de sa prérogative de refuser l'application de ladite norme en cas d'illégalité en application de l'article 159 de la Constitution, conformément au principe de légalité tout aussi « nécessairement inhérent à l'État de droit ». Dans son arrêt, la Cour invoque le principe supranational de la sécurité juridique pour donner à l'article 14^{ter} des lois coordonnées une valeur supérieure à celle de la loi, la disposition légale ne constituant autrement dit qu'une application dudit principe, sans apercevoir ou observer que l'article 159 de la Constitution, lui aussi, « ne constitue qu'une application particulière du principe du droit plus général selon lequel le juge ne peut appliquer une décision, à savoir une norme, violant une disposition supérieure »(17). Il est permis de remarquer qu'une telle observation n'aurait pas exclu la nécessité de combiner les deux principes de valeur internationale, le maintien d'effet(s) ne portant peut-être pas atteinte à la légalité s'il est décidé de manière exceptionnelle.

Pour le sujet qui nous occupe, le raisonnement de la Cour constitutionnelle est crucial car il met en lumière qu'une disposition similaire à celle de l'article 14^{ter} des lois coordonnées sur le Conseil d'État – pas plus que celles déjà évoquées pour d'autres juridictions – n'est pas requise pour autoriser le maintien juridictionnel d'effet(s) d'une norme illégale lorsque celle-ci est applicable au litige dont un juge – quel qu'il soit – a à connaître dans le cadre de sa compétence, conformément à la jurisprudence précitée. Si l'article 14^{ter} des lois coordonnées peut limiter l'article 159 de la Constitution au nom de la sécurité juridique(18), c'est que le principe de

(17) Cass., 8 avril 2003, *Pas.*, 2003, p. 761.

(18) Il faut dire que le législateur est rarement explicite sur ses intentions ou plutôt sur la portée de celles-ci sur le contentieux subjectif lorsqu'il organise le contentieux objectif. Il n'est dit mot, par exemple, de la portée, sur l'article 159 de la Constitution, du maintien d'effet(s) ou de l'organisation par l'article 18 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle d'un nouveau délai de six mois pour un recours administratif ou judiciaire contre un acte administratif (en l'occurrence individuel) qui trouve sa base juridique dans une loi annulée lorsque ce nouveau délai n'est pas utilisé. Sur ce dernier point, la Cour a récemment confirmé que la non-utilisation dudit délai n'empêche pas d'invoquer l'illégalité ou la légalité de cet acte ultérieurement sur le fondement de l'art. 159 de la Constitution, lequel est une application particulière du principe général de droit de valeur constitutionnelle selon lequel le juge ne peut appliquer une décision violant une disposition supérieure (Cass., 9 janvier 2020, C.18.0146.N et concl. conf. pr. av. gén. R. MORTIER, www.cass.be). Le caractère définitif dudit acte ne peut être opposé à celui qui l'invoque. La sécurité juridique que visait à garantir l'article 18 de la loi spéciale sur la Cour constitutionnelle est de la sorte limitée par la légalité consacrée à l'article 159 de la Constitution. Et si la Cour constitutionnelle était saisie d'une question préjudicielle portant sur la constitutionnalité dudit article 18 interprété (qui sait un jour ?) comme privant d'effet l'article 159 de la Constitution ? Peut-être serait-elle tentée de raisonner comme elle

la sécurité juridique suffit à contenir l'article 159 de la Constitution : « si l'article 159 de la Constitution ne prévoit, explicitement, aucune restriction au mode de contrôle de légalité qu'il consacre, une telle restriction se justifie néanmoins si elle est nécessaire pour assurer le respect d'autres dispositions constitutionnelles ou de droits fondamentaux » et proportionnée au but légitimement poursuivi (19).

Tant le principe de la sécurité juridique que celui de légalité sont nécessairement inhérents à l'État de droit, au droit de la Convention et au droit belge. Ni le principe de légalité ni le principe de la sécurité juridique ne sont absolus. Ils doivent être combinés pour trouver entre les deux un juste équilibre dans le respect du principe de proportionnalité. D'ailleurs, la légalité contribue directement à la sécurité juridique et inversement...

À noter que la confiance légitime n'est guère éloignée de la sécurité juridique. La Cour constitutionnelle a écrit à ce sujet que « Il appartient à la Cour de rechercher, dans les affaires qui lui sont soumises, un juste équilibre entre l'intérêt de remédier à toute situation contraire à la Constitution et le souci de ne plus compromettre, après un certain temps, des situations existantes et des attentes qui ont été créées. Bien que le constat d'une inconstitutionnalité dans un arrêt préjudiciel soit déclaratoire, les principes de la sécurité juridique et de la confiance légitime peuvent dès lors justifier de limiter l'effet rétroactif qui peut découler d'un tel constat » (20).

Alors que le maintien d'effet(s) semble avoir été initié par la Cour de justice de l'Union européenne, celle-ci s'est empressée d'en limiter l'usage par les juges nationaux lorsque l'effectivité du droit européen est en jeu, c'est-à-dire en présence d'une contrariété par rapport au droit européen. Toutes les illégalités ne sont donc pas égales sous l'angle du maintien d'effet(s)... La suspension provisoire de l'effet d'une règle du droit de l'Union directement applicable pour maintenir les effet(s) d'une règle de droit national qui lui serait contraire peut uniquement être autorisée par la Cour de justice ou dans les conditions restrictives déterminées par

l'a fait en ce qui concerne l'article 14^{ter} des lois coordonnées sur le Conseil d'État en invoquant, d'une part, les articles 142 et 160 de la Constitution, lesquels consacrent l'existence de la Cour constitutionnelle et du Conseil d'État et, à travers elles, les lois organiques concernées, de valeur constitutionnelle également, appelant ainsi une lecture combinatoire plutôt qu'exclusive, et, d'autre part, le principe de sécurité juridique de valeur internationale. Une telle lecture contrasterait avec celle du juge judiciaire lequel donne à l'article 159 de la Constitution une portée extensive que le contentieux objectif, apparu plus d'un siècle après lui, n'est, en principe et à son estime, pas de nature à restreindre.

(19) C. const., 9 février 2012, n° 18/2012, B.8.2.

(20) C. const., 7 juillet 2011, n° 125/2011, B.5.4.

elle(21). Il va de soi que la Cour de cassation doit également respecter ces conditions si un tel pouvoir lui est reconnu(22) ou si elle se l'approprie unilatéralement plus largement qu'aujourd'hui.

V. QUESTIONS OUVERTES : AU-DELÀ DU MAINTIEN

Avec le recul, il est permis de se demander si, plutôt que maintenir les effets d'un acte annulé, il ne conviendrait pas de reporter ou modaliser l'annulation selon les circonstances, ce qui éviterait les effets contradictoires. De même, il ne serait plus question de maintenir l'application d'un acte mais d'organiser le refus d'application différemment, même si les textes ne le permettent pas aujourd'hui expressément. Il s'agirait, en définitive, de proportionner la sanction en fonction de la situation. Quant au résultat, il serait identique, que l'on fasse comme si l'acte était légal ou comme s'il n'était pas annulé ou privé d'application : des effets juridiques sont produits, une valeur juridique est reconnue à l'acte concerné par un autre acte juridictionnel. À le concevoir comme tel, l'antidote pourrait être extrapolé à d'autres sanctions que la privation d'effets telles que l'indemnité ou la cessation nécessitant d'être neutralisées au nom de la sécurité juridique. En l'état, le maintien d'effet(s) est en effet conçu comme un remède à la privation d'effet(s) inhérente à l'annulation de l'acte (la suppression des effets de l'acte avec effet rétroactif et futur) et au refus d'application de celui-ci (le refus de lui donner effet pour le passé et le futur dans le cas d'espèce), à l'image d'un antidote ou d'une contre-sanction(23).

Une autre question mérite réflexion. Celle des autorités habilitées à maintenir l'application d'une norme illégale dans des circonstances exceptionnelles au nom de la sécurité juridique. Elle est ici simplement posée puisque la Cour de cassation est l'hypothèse choisie au départ. Mais en pratique, il est admis que le refus d'application soit utilisé par certaines autorités administratives dans le cadre de leur mission de contrôle, apparentée à celle du juge. L'on songe singulièrement aux autorités de tutelle, lesquelles sont au demeurant souvent investies d'un pouvoir d'annulation dont la force n'est évidemment pas jurisprudentielle, simplement

(21) C.J.U.E. (gde ch.), 8 septembre 2010, aff. C-409/06, *Winner Wetten*, pt 67 ; C.J.U.E. (gde ch.), 28 février 2012, aff. C-41/11, *Inter-Environnement Wallonie*, pt 58.

(22) Et cela même si la disposition nationale ne le prévoit pas, évidemment.

(23) Le contre-effet est moins évident en ce qui concerne la sanction de l'indemnité, sauf à considérer que celle-ci est l'un des effets de l'acte dans ce qu'il a d'illégal. À la considérer comme telle, il reviendrait au juge de décider si la situation (et singulièrement la balance des intérêts) la justifie ou non, en tout ou en partie.

administrative, mais néanmoins opposable à tous « jusqu'à décision de justice contraire » car contestable devant les juges au même titre qu'un « simple » acte administratif. L'on songe aussi à toute autorité administrative habilitée à retirer son acte illégal dans certaines conditions, le retrait d'acte ayant les mêmes effets que l'annulation. Ces autorités-là peuvent-elles également prendre le risque de tempérer les exigences de légalité en modalisant l'effet des sanctions prévues par les textes ou la jurisprudence (comme dans le cas du retrait d'acte, lequel pourrait dans cette hypothèse ne porter que sur certains effets) au nom de la sécurité juridique ?

Le débat fait écho à celui, plus général et particulièrement sensible, du périmètre des acteurs investis du pouvoir de considérer une norme comme étant illégale et, partant, d'en refuser l'application sans aucune intervention préalable du juge (24). Les autorités administratives sont principalement concernées, mais plus généralement tout pouvoir constitué, voire toute personne morale de droit public et il n'est pas exclu, avec le recul, que toute personne juridique se voie investir de ce pouvoir d'anticipation ou de résistance, à ses risques et périls, auquel, dans le cas présent, il serait totalement ou partiellement renoncé au nom de la sécurité juridique (25).

Après tout, le maintien d'effet(s) n'est pas le seul mécanisme juridique permettant, en droit administratif, de tempérer les exigences de légalité. L'on songe par exemple à la théorie du fonctionnaire de fait (26), la continuité du service public, ou encore la théorie de l'acte individuel définitif devant le Conseil d'État (27)... Au même titre, la balance des intérêts pouvant justifier de ne pas suspendre l'exécution d'un acte illégal fait directement écho au maintien d'effet(s) pour la durée de la procédure (28).

(24) Voy. R. VAN MELSEN, « Le champ d'application personnel du contrôle de légalité incident », in M. NIHOUL (éd.), *L'article 159 de la Constitution et le contrôle de légalité incident*, Bruges, la Chartre, 2010, pp. 23-99. De même, les organes d'avis peuvent prendre en compte l'illégalité d'une norme.

(25) « L'adaptation de l'article 159 de la Constitution », *C.D.P.K.*, 2019, n° 3.

(26) Également liée à des circonstances exceptionnelles en période de guerre.

(27) Voy. concernant les restrictions à l'art. 159 de la Constitution liées aux exigences de la sécurité juridique et, par là, du principe de légitime confiance, les réflexions not. de P. MARTENS, « L'exception d'illégalité : entre l'injustice et le désordre », *J.L.M.B.*, 1988, pp. 1277 et s. ; D. LAGASSE, « L'absence de toute autorité de la chose jugée d'un arrêt de rejet du Conseil d'État devant les Cours et tribunaux ou de la suprématie du principe de légalité administrative sur le principe de la sécurité juridique », *R.C.J.B.*, 2000, pp. 265 et s. *Adde* M. PÂQUES, « Incertitude et loi du changement. La sécurité et la confiance comme principes modérateurs », *Chaire Francqui 2020*, UCL.

(28) Voy. l'art. 17 des lois coordonnées sur le Conseil d'État. La balance des intérêts autorise par ailleurs le Conseil d'État à limiter l'indemnité, qu'elle soit réparatrice ou non. Voy. les art. 19 et 19bis des mêmes lois.

Dans certains cas, l'illégalité manifeste s'oppose au tempérament, empêchant l'apparence ou la bonne foi requises. Ainsi, l'illégalité manifeste autorise le retrait de l'acte individuel créateur de droit hors délai voire même de constater l'inexistence de l'acte individuel hors délai⁽²⁹⁾⁽³⁰⁾. Elle ne semble toutefois pas opérer (ni donc pouvoir être prise en considération selon les textes) en ce qui concerne le maintien d'effet(s), en l'occurrence pour exclure celui-ci, sous réserve de ce qu'un juge pourrait en tirer comme conséquences en ce qui concerne l'existence de circonstances exceptionnelles.

Enfin, il est permis de se demander si *a posteriori* le législateur est encore habilité à modifier les effets juridictionnellement maintenus, à titre définitif ou non mais surtout dans le premier cas, d'un acte annulé, en l'absence d'un terme fixé pour son intervention, comme il est parfois donné de lire dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle. La solution se trouve probablement du côté de la séparation des pouvoirs, de la loi du changement ou des exceptions constitutionnelles à la non-rétroactivité qui a pour but elle aussi de prévenir l'insécurité juridique. Le cas échéant, l'intervention du législateur « [...] peut uniquement être justifiée lorsqu'elle est indispensable pour réaliser un objectif d'intérêt général, comme le bon fonctionnement ou la continuité du service public. S'il s'avère en outre [qu'elle] a pour effet d'influencer dans un sens déterminé l'issue de procédures judiciaires ou d'empêcher les juridictions de se prononcer sur une question de droit, la nature du principe en cause exige que des circonstances exceptionnelles justifient cette intervention du législateur qui porte atteinte, au détriment d'une catégorie de citoyens, aux garanties juridictionnelles offertes à tous »⁽³¹⁾. Mais encore faut-il, le cas échéant, que des circonstances exceptionnelles (pour pouvoir modifier des effets maintenus dans un second temps) s'ajoutent à des circonstances exceptionnelles (pour maintenir des effets dans un premier temps). À moins que circonstances exceptionnelles sur circonstances exceptionnelles ne vaille ?

(29) Rem. C.E., 2 mars 2011, n° 211.716, *Harray*.

(30) De façon comparable, l'interprétation « manifestement erronée » d'une disposition par le juge *a quo* conduit la Cour constitutionnelle à priver celui-ci de la prérogative d'interpréter celle-ci utilement dans le cadre d'une question préjudicielle. Voy. par ex. C. const., 26 novembre 2020, n° 158/2020, B.10.

(31) C.A., 29 mars 2000, n° 36/2000, B.5 (modifié par nos soins). Côté Conseil d'État, voy. C.E., 10 octobre 2011, n° 215.675, *Harlez* : « Considérant qu'il est de jurisprudence constante que le principe de non-rétroactivité des actes administratifs peut être écarté lorsque cela s'avère indispensable au bon fonctionnement et à la continuité du service public ; qu'il appartient toutefois à l'auteur de l'acte de justifier de manière formelle les circonstances exceptionnelles pouvant justifier qu'il le fasse rétroagir ; que par ailleurs de tels motifs doivent être pertinents et légalement admissibles ».

VI. À CŒUR OUVERT : LES BIENFAITS DU MAINTIEN

L'attitude que peut adopter le juge en présence de circonstances exceptionnelles n'est point laissée à son appréciation (32). Il s'agit de maintenir tout ou partie des effets d'un acte ou de l'une des dispositions de celui-ci, c'est-à-dire d'en faire durer non pas l'existence à proprement parler mais bien l'une ou l'autre portée par une sorte d'« acharnement thérapeutique » ou au contraire des « soins palliatifs », selon la durée du traitement. Il s'agit, autrement dit, de résister au changement qui devait faire passer l'acte de vie à trépas et en supprimer tout effet avec portée rétroactive, comme s'il n'avait jamais existé. Lorsque le maintien d'effet(s) est provisoire, le sursis n'est que provisoire et les effets de l'annulation seront en réalité souvent ceux de l'abrogation. Lorsque le maintien est définitif, l'annulation restera à l'état de fiction plus ou moins grande, selon les effets qui seront retenus. C'est en quelque sorte « le monde administratif à l'envers » dès lors qu'en procédure contentieuse la suspension de l'exécution de l'acte est en règle traitée avant l'annulation. Avec le maintien, l'exécution est au contraire maintenue malgré l'annulation...

La question n'est pas si différente lorsque la sanction ordinaire à la disposition du juge pour censurer un acte illégal est celle du refus d'application. Certes, l'acte n'est pas annulé puisqu'il est seulement déclaré illégal, mais au lieu d'en refuser l'application, celle-ci est maintenue en tout ou en partie. Le paradoxe est en réalité moins grand dans cette hypothèse dès lors qu'il est seulement dérogé à la règle du refus d'application en présence de circonstances exceptionnelles, ce dont le juriste est habitué avec l'état de nécessité, la force majeure, l'urgence... Des mots qui nous semblent aujourd'hui particulièrement familiers dans le contexte de la crise sanitaire de la Covid-19. La sanction est plus ou moins atténuée, selon l'effet ou les effets maintenu(s), à titre provisoire ou définitif, selon ce qui est nécessaire. Il n'est pas question d'un « mort-vivant » continuant à produire des effets malgré sa mort, mais d'un « acte en situation illégale » régularisé à vie ou pour un certain temps.

À travers cette expression apparaît la principale critique qui pourrait être faite à l'égard du « maintien d'application » de l'acte illégal, fût-il exceptionnel. Il ne vaudrait que pour un cas particulier. Il ne serait opposable qu'aux parties à la cause portée devant le juge, même si celui-ci est

(32) Sous réserve de ce qui est écrit ci-dessus au sujet de la modalisation éventuelle de la sanction elle-même, laquelle pourrait être pratiquée en l'absence de texte au nom de la sécurité juridique.

le Conseil d'État(33). Or, le maintien d'effet(s) d'un acte illégal mériterait davantage que l'autorité relative : une « voie de disposition générale » d'ailleurs prévue par l'alinéa 3 de l'article 8 de la loi spéciale sur la Cour constitutionnelle du 6 janvier 1989 et l'article 14^{ter} des lois coordonnées sur le Conseil d'État ; c'est-à-dire une « force de loi »(34).

À y regarder de plus près, cette « force de loi » n'est reconnue au maintien d'effet(s) d'un acte administratif annulé que s'il s'agit d'un règlement. L'avant-projet avait purement et simplement supprimé cette mention(35) qui figurait pourtant dans l'ancienne version de l'article 14^{ter}, laquelle ne concernait que les actes réglementaires. La section de législation avait observé « qu'il n'est pas certain que pareille omission se justifie à l'égard du "maintien des effets" d'un règlement annulé », invitant à compléter le commentaire de la disposition sur ce point, en tenant compte de ce que la mention figure à l'article 8, alinéa 2, de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle, et indirectement que la Cour constitutionnelle avait déjà observé que la voie retenue visait à éviter toute discrimination entre les justiciables(36). Le Gouvernement a préféré revoir le projet dans ce sens, pour tenir compte du caractère réglementaire des actes concernés et de la symétrie avec les pouvoirs de la Cour constitutionnelle.

Il est difficile de déterminer la signification précise de cette mention. Si elle vise à investir le Conseil d'État du pouvoir de réglementer dans le cas précis – plus exactement du pouvoir d'arrêter que le règlement concerné continuera à s'appliquer à tous ceux auxquels il a vocation à s'appliquer durant un temps déterminé –, alors il est étonnant qu'en ce qui concerne les actes individuels, l'article 14^{ter} ne précise pas de façon symétrique que le Conseil d'État est nanti du pouvoir de décider individuellement « par voie de disposition spéciale » par exemple, les dispositions générales

(33) À considérer la déclaration d'illégalité incidente contenue dans un arrêt d'annulation du Conseil d'État comme ayant une autorité relative. Voy. M. NIHOUL, « L'autorité de la chose jugée de la déclaration d'illégalité incidente », in M. NIHOUL (dir.), *L'article 159 de la Constitution. Le contrôle de légalité incident*, Bruges, la Charte, 2010, pp. 211-300. Rares sont les décisions individuelles concernées, lesquelles deviennent rapidement définitives au sens de la jurisprudence du Conseil d'État et par là-même inattaquables.

(34) F. RIGAUD, « Autorités de la chose jugée », *J.T.*, 2007, p. 308. L'auteur considère que l'expression « autorité absolue de la chose jugée » ne serait pas très bien choisie à cet égard et préfère les formulations française (« s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles ») ou allemande (« ont force de loi ») (pp. 318 et 319).

(35) *Doc. parl.*, Sén., sess. 2012-2013, n° 5-2277/001, p. 72.

(36) S.L.C.E., avis n° 53.317/AG du 11 juin 2013, *Doc. parl.*, Sén., sess. 2012-2013, n° 5-2277/001, p. 100. Voy. C. const., 9 février 2012, n° 18/2012, B.9.3, 2^e phrase. À noter que la Cour avait observé que « [s]il l'estime nécessaire, en fonction des circonstances de l'espèce, le Conseil d'État peut néanmoins excepter du maintien des effets du règlement annulé les justiciables qui ont introduit, dans les délais, un recours en annulation contre ce règlement litigieux et ceci dans le respect du principe d'égalité et de non-discrimination ».

et abstraites se distinguant traditionnellement des dispositions spéciales et concrètes. En effet, l'on ne peut pas ignorer qu'une décision individuelle n'a pas d'effets qu'à l'égard de son destinataire exclusivement. Le cas échéant, l'oubli d'une mention comparable en ce qui concerne les actes individuels pourrait être lourd de conséquences, sauf évidemment à interpréter le texte de façon conciliante, par exemple en considérant la mention comme superfétatoire et en déduisant l'effet normatif de la notion même de maintien d'effet(s)(37).

À notre estime, cependant, le maintien d'effet(s) ne peut pas être assimilé au pouvoir de réglementer ou de décider. Lorsqu'il décide de maintenir des effet(s) d'un acte annulé, le Conseil d'État module l'annulation qu'il vient de prononcer, ni plus ni moins, avec plus ou moins de latitude selon les circonstances. Il ne réglemente ni ne décide à proprement parler. Il ne peut d'ailleurs pas changer le contenu de la réglementation ou de la décision, le principe général de la séparation des pouvoirs s'y opposant formellement(38). Il met seulement ses pas dans ceux de l'auteur de l'acte dont il n'efface que certaines empreintes. Par conséquent, la signification de la mention « par voie de disposition générale » doit être cherchée ailleurs, et peut-être du côté (impropre) de l'opposabilité du maintien d'effet(s), spécialement à l'égard des tiers, ou de son effet légal. Le cas échéant, elle pourrait paraître surabondante dès lors que le maintien d'effet(s) semble avoir cette portée par définition(39) en matière réglementaire, et qu'en toute hypothèse il bénéficie de l'autorité absolue de la chose jugée inhérente aux arrêts d'annulation prononcés par le Conseil d'État, tant en matière réglementaire qu'à l'égard des décisions individuelles : ledit maintien figure en effet expressément dans le dispositif des arrêts concernés(40) publié au *Moniteur belge* en matière réglementaire(41). Dans cette éventualité et du fait de la mention, le doute est néanmoins une nouvelle

(37) Ou encore en déduisant *a contrario* de la mention la nature spécifique du maintien d'effet(s) s'agissant d'une décision individuelle.

(38) Dans la circonstance particulière que la section de législation du Conseil d'État participe au contrôle de légalité préventif des règlements en rendant des avis, alors que la section du contentieux administratif exerce un contrôle de légalité curatif des mêmes règlements et peut en moduler les effets au point d'en influencer la teneur de manière considérable. La Cour constitutionnelle n'y a rien trouvé à redire avant que le maintien d'effet(s) ne soit légalement organisé aux motifs *a priori* constants de l'indépendance du conseiller d'État et de l'organisation d'une procédure de nature à empêcher la participation d'un conseiller aux deux contrôles successifs.

(39) À la différence de la déclaration d'illégalité incidente, le maintien d'effet(s) d'un acte réglementaire semble par définition revêtir une « portée générale ».

(40) Voy. M. Nihoul, « L'autorité de la chose jugée de la déclaration d'illégalité incidente », *op. cit.*, 2010, resp. n° 5, pp. 218-220 et n° 30, pp. 269 et 270.

(41) Voy. par ex. C.E., 3 avril 2015, n° 230.785, *Jaspard, M.B.*, 21 mai 2015, p. 28.150.

fois permis en ce qui concerne les effets du maintien d'effet(s) d'actes individuels puisque ceux-ci ne sont pas visés par la voie de disposition générale et le dispositif de l'arrêt les concernant n'est pas publié : faut-il en déduire que l'autorité de la chose jugée est relative dans ce cas ? Elle n'est en tout cas pas « générale ». Non sans avoir pris soin de préciser également au passage, pour compléter le raisonnement, que l'autorité absolue de la chose jugée des arrêts d'annulation du Conseil d'État procède seulement d'un principe général de droit de nature à céder le pas devant une norme de valeur législative⁽⁴²⁾ et donc devant l'article 14^{ter} interprété dans ce sens. Le cas échéant, la mention commentée va jusqu'à semer le doute quant au statut lui-même de l'annulation à propos duquel la loi ne précise rien du tout, depuis toujours. La réforme l'article 14^{ter} en 2014 était l'occasion de réconcilier le texte et les principes sur ce point, par souci de sécurité juridique. Inopportunément, il n'en a rien été et l'autorité des arrêts du Conseil d'État en général reste par conséquent livrée en pâture à l'argumentation.

Si d'un côté l'égalité semble malmenée du fait que le maintien d'effet(s) d'un acte se limite à un cas particulier, l'entorse à la légalité s'en trouve quant à elle amenuisée. Il serait de ce point de vue moins grave de maintenir l'application d'un acte illégal dans un cas déterminé que de maintenir l'(es) effet(s) d'une norme annulée. La « remise de sanction » serait en tout cas moins spectaculaire. C'est au demeurant ce qui justifie dans certains cas que l'on isole les effets individuels de l'acte annulé ou l'on réserve l'indemnisation aux personnes ayant saisi la juridiction selon la *prospective overruling* du droit américain.

VII. SOUS GARANTIES : LA NÉCESSITÉ D'UN BEAU MAINTIEN

Le législateur, en 2014, a jugé opportun de prévoir plusieurs garanties pour encadrer la section du contentieux administratif du Conseil d'État lorsque celle-ci décide un maintien d'effet(s) d'un acte annulé. L'expérience menée plusieurs années concernant les actes réglementaires a vraisemblablement justifié ces garanties, mais également et officiellement l'extension du mécanisme aux actes individuels.

(42) Sauf à fonder sa valeur sur la sécurité juridique...

Les garanties sont les suivantes. Une partie doit le demander (l'article 14^{ter} des lois coordonnées prévoit que seule une partie adverse ou intervenante peut le faire de manière vraisemblablement discriminatoire et il est étonnant que le juge lui-même ne puisse soulever d'office cette question), seules des raisons exceptionnelles peuvent justifier de porter atteinte au principe de la légalité, un débat contradictoire doit avoir lieu préalablement sur ce point et la décision doit être spécialement motivée (comme si l'article 149 de la Constitution ne suffisait pas à cet égard). Par ailleurs, la section du contentieux administratif doit l'estimer nécessaire et il *peut* être tenu compte des intérêts des tiers. Enfin, la mesure doit être proportionnée puisqu'elle porte sur « ceux des effets [...] qui doivent être considérés comme définitifs ou maintenus provisoirement pour le délai qu'elle détermine » (nous soulignons).

L'article 8, alinéa 3, de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle ne prévoit, quant à lui, aucune garantie, ce qui est regrettable eu égard au pouvoir considérable que représente l'indication, par voie de disposition générale, des effets des dispositions annulées qui *doivent* être considérés comme définitifs ou maintenus provisoirement pour le délai que la Cour détermine. Seule la proportionnalité est implicitement prévue à travers le terme « doivent ».

Si le législateur décidait de consacrer le même pouvoir dans le chef de la Cour de cassation de maintenir l'application d'une norme illégale comme il l'a fait pour la Cour constitutionnelle et le Conseil d'État (section du contentieux administratif), des garanties comparables à celles prévues dans le second cas sont souhaitables et permettraient de guider la Cour dans son opération de maintien de l'application de la règle.

Il est en toute hypothèse à craindre que, dans l'hypothèse où ces garanties élémentaires n'étaient pas respectées, en présence d'un texte ou non, la violation d'un droit fondamental ou d'une liberté publique puisse être invoquée avec succès, selon le cas, jusque devant la Cour européenne des droits de l'homme, tels le droit à un procès équitable, le droit de propriété ou autre.

VIII. CONCLUSION

L'expérience menée depuis de nombreuses années avec la Cour constitutionnelle et le Conseil d'État, mais aussi avec les juridictions internationales, montre clairement que les juges ne jouent pas avec de la dynamite juridique⁽⁴³⁾ lorsqu'ils manipulent le maintien d'effet(s) d'une norme annulée. Pourquoi en irait-il différemment lorsque la norme est « simplement » déclarée illégale et devrait en conséquence être privée d'effet(s) ?

La confiance placée dans le juge avec le maintien d'effet(s) n'est pas vraiment différente de celle que l'on connaît depuis longtemps avec les droits fondamentaux et les libertés publiques ou encore les principes généraux du droit, dont la valeur dans la hiérarchie des normes peut parfois s'élever au gré d'une accroche internationale, dont la sécurité juridique fait assurément partie. Les garde-fous existent par le truchement des voies de recours habituelles, jusque devant la Cour européenne des droits de l'homme au besoin, même si la portée des arrêts de celle-ci dans un cas d'espèce est encore trop limitée à l'heure actuelle. *De lege ferenda*, il n'est pas exclu qu'il en aille autrement à l'avenir, à l'instar de ce que l'on connaît avec la réouverture d'une procédure pénale à la suite d'un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme⁽⁴⁴⁾ ou encore la rétractation, par exemple, au niveau national, à la suite d'un arrêt d'annulation de la Cour constitutionnelle, laquelle permet au juge saisi de mettre à néant une décision contentieuse pénale, civile ou administrative qu'il a prononcée, dans la mesure où celle-ci était fondée sur une loi, un décret ou une ordonnance entre-temps annulée par la Cour constitutionnelle⁽⁴⁵⁾.

Cette confiance dans le juge doit être renforcée par la formulation de garanties élémentaires que sont la nécessité et l'exception, la balance des intérêts, la proportionnalité, la contradiction et la motivation. Le respect de ces garanties, en pratique, ne peut que contribuer à la légitimité de ce geste barrière propice à la sécurité juridique et empêcher, qu'un jour, le législateur ou le constituant ne décide, à l'expérience, d'équilibrer les pouvoirs autrement.

(43) Rappr. S. VEU, « La modulation dans le temps des effets des arrêts de la Cour de cassation : de la dynamite juridique ? », in *Liber spei et amicitiae. Liber Amicorum Ivan Verougstraete*, Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 143-166.

(44) Voy. la loi du 1^{er} avril 2007 modifiant le Code d'instruction criminelle en vue de la réouverture de la procédure en matière pénale (en ce qui concerne la seule action publique, les intérêts civils étant préservés au nom de... la sécurité juridique). Une évaluation devait permettre d'étendre le dispositif à d'autres matières, civiles et administratives.

(45) Voy. les art. 10 à 18 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 relative à la Cour constitutionnelle.

À titre personnel, nous n'apercevons pas pourquoi la Cour de cassation ne mériterait pas la même confiance que celle faite à ses homologues par le législateur. Il ne serait d'ailleurs pas inintéressant que le Conseil d'État, aussi (voire tout pouvoir constitué ou toute personne), puisse maintenir des effets d'un acte illégal qu'on lui demande de ne pas appliquer à titre incident.

Rappelons par ailleurs que la plupart des juridictions aujourd'hui investies de ce mécanisme protecteur de l'intérêt général se le sont en réalité approprié, au nom de la sécurité juridique, avant même l'intervention du législateur. Le Conseil d'État n'avait pas attendu la réforme de 2014 pour décider très exceptionnellement d'un tel maintien en présence d'un acte individuel alors que les lois coordonnées réservaient le procédé aux actes réglementaires(46). Il l'a fait à deux reprises en matière d'enseignement, s'agissant de nominations ou affectations de professeurs annulées en fin d'année scolaire, pour des raisons évidentes liées à la continuité du service public et l'intérêt des élèves(47). Plusieurs juridictions internationales ou internes s'étaient également servies elles-mêmes au nom de la sécurité juridique et de la légitime confiance et notamment la Cour de justice de l'Union européenne ou la Cour constitutionnelle dans le contentieux préjudiciel alors que seul le contentieux de l'annulation était visé par l'article 8, alinéa 3, de la loi spéciale(48). La modification du Code judiciaire n'est donc pas techniquement nécessaire pour permettre à la Cour de cassation

(46) Projet de loi, Rapport, *Doc. parl.*, Sén., sess. 2012-2013, n° 5-2277/003, p. 24.

(47) C.E., 31 mai 1985, n° 25.424, *Heyndels* ; C.E., 9 juin 2009, n° 194.015, *Maselyne, R.A.B.G.*, 2010, p. 383 et note S. LUST, « Gevolgen van de vernietiging van een individuele beslissing : een nieuwe oplossing voor een oud zeer ». Dans le premier arrêt le Conseil d'État décide de prolonger les effets de l'apparence de droit ayant entraîné jusque-là l'application de la doctrine du fonctionnaire de fait et dispose que « les effets juridiques de l'annulation deviennent opérants le 1^{er} octobre 1985 ». Dans le second, il invoque l'intérêt des enfants et le bas âge de ceux-ci pour procéder de la même manière. Dans aucun des deux cas, la compétence du Conseil d'État n'est discutée.

(48) C. const., 7 juillet 2011, n° 125.2011, B.6 ; C. const., 17 janvier 2013, n° 1/2013, B.16 ; C. const., 17 janvier 2013, n° 3/2013, B.9 ; C. const., 28 mars 2013, n° 48/2013, B.7 ; C. const., 3 avril 2014, n° 60/2014, B.12-13 ; C. const., 24 avril 2014, n° 67/2014, B.6 ; C. const., 18 décembre 2014, n° 185/2014, B15-16 ; C. const., 26 novembre 2015, n° 169/2015, B.14-15. À l'époque, la Cour s'est arrogé ce pouvoir contre la volonté du législateur qui avait rejeté un amendement dans ce sens en 2003, au nom de la sécurité juridique notamment. Depuis lors, l'article 28 de la loi spéciale a été complété par un alinéa 2 en 2016 prévoyant que « Si la Cour l'estime nécessaire, elle indique, par voie de disposition générale, ceux des effets des dispositions ayant fait l'objet d'un constat d'inconstitutionnalité qui doivent être considérés comme définitifs ou maintenus provisoirement pour le délai qu'elle détermine ». De manière générale, la Cour constitutionnelle fait proportionnellement un usage nettement plus fréquent que le Conseil d'État de la possibilité de maintenir les effets d'actes censurés (voy. A. FEYT et F. TULKENS, « L'impact du maintien des effets par le juge constitutionnel ou le juge administratif sur les questions de responsabilité », in *Actualités en droit public et administratif. La responsabilité des pouvoirs publics*, UB³, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 107 qui parlaient par erreur matérielle de « maintenir les effets de ses arrêts d'annulation »). À noter que le pouvoir concerné ne vise pas des actes individuels.

de recourir au mécanisme du maintien d'effet(s) d'actes jugés illégaux. Elle est d'autant moins prérequise qu'aucune mention contraire ou limitative ne figure dans ledit code. Une loi reste cependant souhaitable pour éviter toute contestation sur ce point, pour garantir la prévisibilité et l'accessibilité du droit à cet égard et pour sécuriser le dispositif par des conditions et modalités du même ordre de celles prévues par l'article 14^{ter} des lois coordonnées sur le Conseil d'État.

Dans l'intervalle, l'on voit difficilement la Cour renoncer à faire usage, en cas de nécessité, au dispositif commenté qu'elle a déjà autorisé aux juges du fond dans l'hypothèse d'un arrêt préjudiciel positif de la Cour constitutionnelle, à savoir la faculté de tolérer une situation contraire à la hiérarchie des normes au nom des principes de légitime confiance et des exigences de la sécurité juridique.

Dans tous les cas, la prudence reste requise car intervenir dans le temps juridique n'est jamais sans risque et peut provoquer des réactions en chaîne difficiles à maîtriser.