Le retrait d'acte, les cours et tribunaux, et la Cour des comptes

par

Andrzej Trybulowski

Maître de conférences invité à l'Université catholique de Louvain
Avocat au barreau de Bruxelles

Esther Rombaux

Assistante à l'Université catholique de Louvain
Avocate au barreau du Brabant wallon

et

Luca Ceci

Assistant à l'Université catholique de Louvain
Avocat au barreau du Brabant wallon

1. La théorie du retrait d'acte administratif n'est pas l'apanage du seul Conseil d'État. Les cours et tribunaux de l'ordre judiciaire, ainsi que la Cour des comptes, sont, eux aussi, attentifs à une application minutieuse du principe de la légalité, tempéré, parfois, par celui de la sécurité juridique.

2. Le principe de la légalité est, en premier lieu, consacré par l'article 159 de la Constitution[1]. La disposition énonce que « les cours et tribunaux n'appliqueront les arrêtés et règlements généraux, provinciaux et locaux, qu'autant qu'ils seront conformes aux lois ». La légalité de l'acte administratif constitue également un principe général de droit[2] consacré par l'ensemble des juridictions belges, qu'elles soient administratives ou qu'elles relèvent de l'ordre judiciaire.

3. Le principe de la sécurité juridique ne fait pas l'objet d'une disposition constitutionnelle aussi explicite. Il fait, toutefois, l'objet de consécrations jurisprudentielles, qui émanent des plus hautes instances juridictionnelles.

Ainsi, la Cour constitutionnelle mobilise le principe de la sécurité juridique, combiné aux articles 10 et 11 de la Constitution, pour vérifier la constitutionnalité des normes législatives soumises à son examen[3]. Elle juge, par exemple, que « le principe de confiance est étroitement lié au principe de la sécurité juridique […] qui interdit au législateur de porter atteinte sans justification objective et raisonnable à l'intérêt que possèdent les sujets de droit d'être en mesure de prévoir les conséquences juridiques de leurs actes »[4].

La Cour de cassation, au gré d'une jurisprudence quelque peu sinusoïdale, essaie de trouver un point d'équilibre – toujours délicat – entre le principe de la confiance légitime, combiné à celui de la sécurité juridique, et les erreurs, de droit ou de fait, commises par les

[1] Sur l'article 159 de la Constitution, voy. not. 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., 16 juin 2006 et 23 octobre 2006, *R.C.J.B.*, 2009, pp. 14 et ss. ; X. Delgrange, « La Cour de cassation refuse le contrôle de légalité incident lorsqu'un recours est ouvert devant une juridiction administrative, ballon d'essai ou erreur sans lendemain ? », note sous Cass., 11 mars 2015, *A.P.T.*, 2015, pp. 509 et ss. ; 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. 279 et ss. ; M. Nihoul (dir.), *L'article 159 de la Constitution et le contrôle de légalité incident*, Bruxelles, la Charte, 2010 ; Ph. Quertainmont, « Le contrôle juridictionnel de la légalité des actes administratifs individuels (l'exception d'illégalité et le retrait des actes créateurs de droits) », note sous Cass., 21 avril 1988, *R.C.J.B.*, 1990, pp. 402 et ss. ; D. Renders, « Article 159 », *in* M. Verdussen (dir.), *La Constitution belge : lignes et entrelignes*, Bruxelles, Le Cri, 2004, pp. 353 et ss. ; J. Theunis, « De "exceptie van onwettigheid" (artikel 159 G.W.) : meer vragen dan antwoorden ? », *R.W.*, 2007-2008, pp. 1266 et ss. ; J. Theunis, *De exceptie van onwettigheid*, Brugge, die Keure, 2011.

[2] P. Popelier, « La loi aujourd'hui (le principe de légalité) », *in* I. Hachez, Y. Cartuyvels, H. Dumont, P. Gérard, F. Ost et M. van de Kerchove (dir.), *Les sources du droit revisitées*, vol. 2, Bruxelles, Université Saint-Louis, 2012, pp. 36 et ss.

[3] Voy. not. C. const., arrêt n° 59/2009 du 25 mars 2009 ; C. const., arrêt n° 105/2011 du 16 juin 2011 ; C. const., arrêt n° 107/2011 du 16 juin 2011 ; C. const., arrêt n° 18/2012 du 9 février 2012.

[4] C. const., arrêt n° 105/2011 du 16 juin 2011.

différentes administrations du pays. Dans un arrêt du 27 mars 1992, la Cour juge ainsi que « les principes généraux de bonne administration comportent le droit à la sécurité juridique ; que ces principes s'imposent aussi à l'administration des finances ; que le droit à la sécurité juridique implique notamment que le citoyen doit pouvoir faire confiance à ce qu'il ne peut concevoir autrement que comme étant une règle fixe de conduite et d'administration ; qu'il s'ensuit qu'en principe, les services publics sont tenus d'honorer les prévisions justifiées qu'ils ont fait naître dans le chef du citoyen »[5].

Le Conseil d'État n'est pas en reste. Il manie également la figure de la sécurité juridique pour contrôler les actes administratifs qu'il est appelé à examiner. La Haute juridiction administrative juge ainsi que « les principes généraux de bonne administration comprennent le droit à la sécurité juridique, qu'il en résulte que les attentes légitimes suscitées par les pouvoirs publics chez l'administré doivent en règle générale être honorées et que, si le statut des fonctionnaires peut toujours être modifié, même dans un sens défavorable à l'agent, lorsque l'intérêt du service le commande, l'autorité doit néanmoins agir prudemment en n'intervenant pas de façon inopinée dans une situation existante, sauf en cas de motifs graves et sérieux »[6] ou encore que « le principe général de droit de la confiance légitime […] auquel est associé celui de la sécurité juridique, est celui en vertu duquel le citoyen doit pouvoir se fier à une ligne de conduite claire et constante de l'autorité ou à des concessions ou des promesses que les pouvoirs publics ont faites dans un cas concret. Le respect de la confiance légitime peut s'imposer quand l'administration a commis une erreur, si une attente légitime a été suscitée et ce en l'absence d'un motif grave permettant de revenir sur cette reconnaissance »[7].

4. Au travers de ces différents exemples, l'on observe qu'une interaction entre le principe de la légalité et celui de la sécurité juridique apparaît dans la jurisprudence de l'ensemble des juridictions belges.

Toutefois, le point d'équilibre entre ces deux principes n'est pas toujours strictement identique et varie, parfois considérablement, suivant la juridiction appelée à se prononcer sur le litige en cause.

[5] Cass., 27 mars 1992, *Pas.*, 1992, I, p. 680.
[6] C.E., arrêt *Vervliet*, n° 94.090 du 19 mars 2001.
[7] C.E., arrêt *s.a. Mercedes-Benz Belgium Luxembourg*, n° 238.545 du 16 juin 2017.

5. S'agissant de la théorie du retrait d'acte administratif, s'interroger sur le point d'équilibre adopté par les cours et tribunaux – et par la Cour des comptes – implique d'examiner, d'abord, la manière dont ces hautes juridictions comprennent et appliquent la théorie du retrait (Chapitre I[er]). Ensuite, sont considérées les conséquences d'un retrait d'acte opéré dans le cours de la procédure judiciaire, plus particulièrement en matière fiscale (Chapitre II). Enfin, eu égard à l'antagonisme existant entre les plus hautes juridictions nationales, la question d'un appel au législateur est également posée et examinée (Chapitre III).

CHAPITRE I[er].

L'APPLICATION DE LA THÉORIE DU RETRAIT D'ACTE PAR LES COURS ET TRIBUNAUX ET LA COUR DES COMPTES[8]

6. À côté du Conseil d'État, c'est dans la jurisprudence des cours et tribunaux que l'on retrouve les principales applications de la théorie du retrait d'acte administratif (Section 1[re]). La Cour des comptes fait toutefois également référence à cette théorie dans ses décisions (Section 2).

Section 1[re]. – *La jurisprudence des cours et tribunaux*

7. Examiner l'application de la théorie du retrait d'acte administratif par les juridictions de l'ordre judiciaire implique de relever les hypothèses dans lesquelles ces juridictions sont amenées à examiner la théorie du retrait d'acte administratif (Sous-section 1[re]), d'une part, et de décrire l'attitude que ces juridictions adoptent face à cette théorie (Sous-section 2), de l'autre.

[8] Les auteurs remercient, pour leur relecture attentive, Benoit Gors, dont les observations éclairées ont également nourri la présente contribution, ainsi que Camille Courtois.

Sous-section 1re. – *Les hypothèses de retrait d'acte administratif devant les juridictions civiles*

8. Bien que le Conseil d'État soit, *a priori*, le juge *naturel*[9] de l'acte administratif, les cours et tribunaux ont également un rôle à jouer dans le contrôle de la régularité[10] de celui-ci.

À cet égard, l'on relève que la compétence des cours et tribunaux de l'ordre judiciaire découle des articles 144 et 145 de la Constitution. Le premier énonce que « les contestations qui ont pour objet des droits civils sont exclusivement du ressort des tribunaux », le second que « les contestations qui ont pour objet des droits politiques sont du ressort des tribunaux, sauf les exceptions établies par la loi ».

En application de ces dispositions, « relèvent de la compétence des juridictions de l'ordre judiciaire l'ensemble des recours qui tendent à protéger un droit subjectif de l'administré à l'égard d'une personne de droit public »[11].

Les juridictions civiles sont ainsi compétentes pour examiner la responsabilité civile de l'administration ; pour se prononcer au sujet des actes administratifs qui mettent en œuvre une compétence liée de l'administration[12] ; pour examiner et, le cas échéant, annuler ou réformer

[9] En effet, bien que l'article 14, § 1er, des lois coordonnées « sur le Conseil d'État » débute par une exclusion – « Si le contentieux n'est pas attribué par la loi à une autre juridiction […] » – c'est la section du contentieux administratif du Conseil d'État qui est la plus régulièrement appelée à se prononcer sur les demandes d'annulation et de suspension de l'acte administratif. C'est également elle qui se voit confier le contentieux de la cassation administrative à l'égard des décisions des diverses autres juridictions administratives (voy. lois coordonnées « sur le Conseil d'État » (*Mon. b.* du 21 mars 1973), art. 14, § 2 ; arrêté royal du 30 novembre 2006 « déterminant la procédure en cassation devant le Conseil d'État » (*Mon. b.* du 1er décembre 2006)).

[10] Dans la suite des développements, le terme « régulier » signifie : « Établi ou accompli conformément aux dispositions constitutionnelles, légales ou réglementaires » (*Le Nouveau Petit Robert de la langue française 2010,* Paris, Dictionnaires Le Robert, 2010, *v°* « Régulier », p. 2.170).

[11] D. Renders, *Droit administratif général*, 3e éd., coll. « Centre Montesquieu d'études de l'action publique », Bruxelles, Larcier, 2019, p. 618.

[12] Voy. not. Cass., 24 janvier 2014, *Pas.*, 2014, p. 236, qui énonce que « les cours et tribunaux connaissent de la demande d'une partie fondée sur un droit subjectif. […] Pour qu'une partie puisse se prévaloir d'un tel droit à l'égard de l'autorité administrative, il faut que la compétence de cette autorité soit liée ». Sur la compétence liée, voy. P. Goffaux, *Dictionnaire de droit administratif*, 2e éd., Bruxelles, Bruylant, 2016, *v°* « Compétence liée et compétence discrétionnaire », pp. 155 et ss., qui écrit que « les expressions "compétence liée" et "compétence discrétionnaire" sont utilisées pour déterminer l'étendue du pouvoir d'appréciation dont jouit une autorité administrative avant de prendre une décision. Plus la loi, les règlements ou les principes généraux de droit vont encadrer et limiter ce pouvoir d'appréciation, et plus la compétence de l'administration sera dite liée ; et moins elles le feront, et plus sa compétence sera dite discrétionnaire ».

une sanction administrative communale[13] ; pour contrôler certains actes administratifs dont, par exemple, les décisions d'attribution de marchés publics adoptées par des pouvoirs adjudicateurs n'ayant pas la qualité d'autorité administrative au sens de l'article 14, § 1er, des lois coordonnées « sur le Conseil d'État »[14], les décisions de la Commission de Régulation de l'Électricité et du Gaz[15] et celles de l'Institut belge des services postaux et des télécommunications[16] ; et enfin, de façon plus générale, pour contrôler, au travers de l'article 159 de la Constitution, tout acte administratif que ces juridictions sont amenées à appliquer.

9. L'examen de la régularité d'un retrait d'acte administratif intervient, toujours, à l'occasion de l'une de ces différentes hypothèses. En effet, le juge judiciaire ne statue en principe jamais, directement, sur la question du retrait. Il examine cette question au travers du litige qui lui est soumis.

10. Parmi ces litiges, les hypothèses de retrait suivantes ont, par exemple, déjà fait l'objet de décisions :

– le retrait d'une pension de survie, accordée plus de deux ans auparavant et irrégulière en raison du fait que son bénéficiaire ne remplissait pas les conditions d'octroi, a été validé par la Cour de cassation[17] ;
– le retrait d'une désignation à un emploi de chef d'atelier, annulé par le Conseil d'État, a été estimé fautif par un tribunal[18] ;
– la décision de retrait d'une décision d'attribution d'un marché public près de dix mois après son adoption n'a pas été jugée, « en tant que telle », irrégulière[19] ;

[13] Loi du 24 juin 2013 « relative aux sanctions administratives communales » (*Mon. b.* du 1er juillet 2013), art. 31.

[14] Loi du 17 juin 2013 « relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions » (*Mon. b.* du 21 juin 2013), art. 24.

[15] Loi du 29 avril 1999 « relative à l'organisation du marché de l'électricité » (*Mon. b.* du 11 mai 1999, p. 16264), art. 29*bis* ; voy. X. Taton, *Les recours juridictionnels en matière de régulation*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 109 et ss. L'autorité de recours est, aujourd'hui, la Cour des marchés, qui est une section spécifique de la Cour d'appel de Bruxelles (Code judiciaire, art. 101).

[16] Loi du 17 janvier 2003 « concernant les recours et le traitement des litiges à l'occasion de la loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des secteurs des postes et télécommunications belges » (*Mon. b.* du 24 janvier 2003), art. 2. L'autorité de recours est, aujourd'hui, la Cour des marchés, qui est une section spécifique de la Cour d'appel de Bruxelles (Code judiciaire, art. 101).

[17] Cass., 21 avril 1988, *Pas.*, 1988, I, p. 990.

[18] Civ. Hainaut, div. Charleroi, 30 mai 2018, R.G. 17/1986/A, inédit.

[19] Civ. Hainaut, div. Charleroi, 3 janvier 2018, R.G. 17/877/A, inédit ; Civ. Hainaut, div. Charleroi, 3 janvier 2018, R.G. 17/878/A, inédit ; Civ. Hainaut, div. Charleroi, 3 janvier 2018, R.G. 17/879/A, inédit.

– l'action en justice, introduite par l'administration en vue de faire constater par le juge l'illégalité de l'acte qu'elle ne peut plus retirer en raison de la jurisprudence du Conseil d'État, a été jugée recevable[20].

11. L'on relève ainsi que les hypothèses de retrait soumises au juge judiciaire sont multiples.

Elles apparaissent à tous les niveaux de juridiction, qu'il s'agisse du juge de paix ou de la Cour de cassation, et concernent des domaines très variés.

Sous-section 2. – *L'attitude des cours et tribunaux face à la théorie du retrait d'acte administratif*

12. L'attitude des cours et tribunaux face à la théorie du retrait d'acte administratif repose sur un principe (§ 1er), qui peut, éventuellement, être assorti d'exceptions (§ 2).

§ 1er. – Le principe

13. Le retrait d'acte administratif est, suivant la Cour de cassation, « une décision par laquelle une autorité supprime rétroactivement un acte qu'elle a pris, de sorte que celui-ci est censé n'avoir jamais existé. Il a le même effet qu'une annulation. L'annulation d'un acte administratif entraîne sa disparition *ab initio*, de sorte que les parties sont remises dans l'état où elles se trouvaient avant la décision annulée »[21].

Le retrait peut être exprès ou implicite[22].

La théorie du retrait d'acte administratif fait l'objet de décisions éparses de la Cour de cassation, qui n'a, en réalité, jamais développé une véritable théorie générale du retrait d'acte, comme a pu le faire le Conseil d'État.

---

[20] Bruxelles, 30 juin 1997, *C.D.P.K.*, 1998, p. 237.

[21] Cass., 20 décembre 2017, P. 17.1208.F.

[22] Cass., 13 mars 2017, *J.L.M.B.*, 2017, p. 1292 ; *J.T.T.*, 2017, p. 181 ; C. trav. Gand, 7 mai 1998, *T. Vreemd.*, 1998, p. 203, qui juge que « le retrait d'un acte administratif est un acte juridique exprès ou implicite par lequel une autorité administrative met à néant un acte qu'elle a accompli auparavant, *ab initio*, avec effet rétroactif au moment auquel l'acte est né ».

C'est, en effet, par le prisme de l'article 159 de la Constitution, que la théorie du retrait d'acte administratif est envisagée et examinée par la Haute juridiction judiciaire. Le retrait constitue, dès lors, une application particulière du principe – plus large – de la légalité, incarné par cette disposition constitutionnelle.

En application de celle-ci, la Cour de cassation estime que tout juge, qu'il appartienne à l'ordre judiciaire ou à l'une des juridictions administratives[23], a non seulement le pouvoir, mais également le devoir[24], d'écarter tout acte administratif unilatéral, individuel ou réglementaire, contraire à une norme de valeur supérieure[25].

Le pouvoir ainsi reconnu au juge ne connaît pas de limites[26], notamment temporelles. Dans le prolongement de celui-ci, le retrait de

[23] Voy. not. R. VAN MELSEN, « Le champ d'application personnel du contrôle de légalité incident », *in* M. NIHOUL (dir.), *L'article 159 de la Constitution et le contrôle de légalité incident*, Bruxelles, la Charte, 2010, p. 26.

[24] Voy. not. Cass., 12 décembre 2016, *Chron. D. S.*, 2017, p. 273, qui énonce que « les juridictions contentieuses ont, en vertu de [l'article 159], le pouvoir et le devoir de vérifier la légalité interne et la légalité externe de tout acte administratif sur lequel est fondée une demande, une défense ou une exception ». Voy. égal., déjà au début du XX[e] siècle, Cass., 15 juillet 1907, *Pas.*, 1907, I, p. 334, qui estime « que si le pouvoir judiciaire est sans compétence pour apprécier ces arrêtés quant au fond, il a, en vertu de l'article 107 [actuel article 159] de la Constitution, le devoir de vérifier, avant d'en faire l'application, s'ils sont conformes aux lois ».

[25] Voy. not. Cass., 23 octobre 2006, *Pas.*, 2006, p. 2121, qui énonce qu'« aux termes de l'article 159 de la Constitution, les cours et tribunaux n'appliquent les règlements généraux, provinciaux et locaux qu'autant qu'ils sont conformes aux lois. Cette disposition est générale et ne fait aucune distinction entre les actes qu'elle vise ; elle s'applique aux décisions même non réglementaires de l'administration et aux actes administratifs individuels ; elle impose aux cours et tribunaux d'exercer un contrôle de légalité tant interne qu'externe sur lesdits actes. Le recours en suspension, même d'extrême urgence, ou en annulation devant le Conseil d'État dont dispose l'étranger sur la base des articles 14 et 17 des lois coordonnées sur le Conseil d'État ne porte pas atteinte au pouvoir que les cours et tribunaux trouvent dans l'article 159 de la Constitution ». Sur l'article 159 de la Constitution, voy. égal. *supra*, note 1.

[26] Bien que l'article 159 de la Constitution ne connaisse pas de limites, l'on relève un arrêt relativement récent de la Cour de cassation du 11 mars 2015 (P. 14.1709.F.), qui, sur avis conforme de Monsieur l'Avocat général, estime, de façon particulièrement surprenante, que « si l'article 159 de la Constitution s'applique aux dispositions même non réglementaires de l'administration et aux actes administratifs, fussent-ils individuels, il n'en va pas ainsi lorsque le juge est saisi d'une contestation ayant trait à un droit politique dont le législateur a attribué la connaissance à une autre juridiction en application de l'article 145 de la Constitution. Dès lors que la loi a confié au Conseil du contentieux des étrangers les contestations relatives aux décisions individuelles prises en application de la loi du 15 décembre 1980, les juges d'appel n'étaient pas tenus d'effectuer le contrôle de légalité prévu par l'article 159 de la Constitution ». Sur l'arrêt, voy. X. DELGRANGE, « La Cour de cassation refuse le contrôle de légalité incident lorsqu'un recours est ouvert devant une juridiction administrative, ballon d'essai ou erreur sans lendemain ? », *op. cit.* ; J. MARTENS, « Variations sur le thème de l'exception d'illégalité », obs. sous Cass., 11 mars 2015, *J.L.M.B.*, 2015, pp. 1358 et ss., qui considèrent, pour le premier, que « l'arrêt ne laisse pas de surprendre, tant du point de vue de la politique jurisprudentielle (I) que de celui de la stricte analyse juridique (II). L'étonnement croît encore si l'on considère que cette motivation n'était pas indispensable, peut être qualifiée d'*obiter dictum* » (p. 512), pour le second, qu'« il apparaît clairement que l'arrêt commenté ne s'intégrera pas facilement dans le vaste corpus jurisprudentiel qui le précède, et

l'acte administratif irrégulier ne devrait, lui non plus, pas connaître de limites.

14. L'on observe que le retrait est examiné uniquement au regard du caractère régulier ou irrégulier de l'acte administratif unilatéral[27] (I), bien que certaines décisions de juridictions inférieures recourent à des critères différents (II).

I. – L'irrégularité de l'acte administratif retiré

15. Contrairement au Conseil d'État[28] qui recourt à une double distinction pour autoriser le retrait d'un acte administratif[29], la Cour de cassation utilise un critère unique : la Cour vérifie si l'acte est – ou n'est pas – régulier.

---

l'on ne peut exclure qu'il soit tôt ou tard désavoué par la Cour de cassation elle-même. Il serait en tout cas particulièrement hasardeux de voir dans cette décision inattendue et sans doute accidentelle l'amorce d'une remise en cause fondamentale de la jurisprudence antérieure » (p. 1362). L'on relève également l'arrêt, certes plus ancien, de la Cour de cassation du 7 novembre 1975, *Pas.*, 1976, I, p. 306, qui énonce que « l'examen de la légalité ou de l'illégalité d'une décision administrative préjudiciable ne cesse pas de relever de la compétence des cours et tribunaux, du fait que cette décision administrative peut donner lieu à un recours en annulation par le Conseil d'État. Que cette compétence n'est davantage entravée ni par la circonstance qu'un tel recours a été introduit contre cette décision administrative mais n'a pas entraîné l'annulation parce que le Conseil d'État a déclaré le recours irrecevable du chef de tardiveté, ni par la circonstance que la décision administrative n'est plus susceptible d'annulation ».

[27] Le retrait concerne uniquement l'acte administratif *unilatéral* – qu'il soit individuel ou réglementaire – et non l'acte bilatéral, c'est-à-dire la convention (Bruxelles, 4 décembre 2015, R.G. 2012/AR/468).

[28] Le Conseil d'État a déjà été invité à saisir la Cour constitutionnelle quant à une éventuelle discrimination, qui résulterait de la différence de jurisprudence entre le Conseil d'État et la Cour de cassation. Il y a répondu en estimant « que, par la question préjudicielle qu'elle suggère, la partie adverse invite apparemment le Conseil d'État à interroger la Cour d'arbitrage sur la conformité des articles 14 et 19 des lois coordonnées sur le Conseil d'État aux articles 10 et 11 de la Constitution, combinés avec l'article 159 de celle-ci ; que la discrimination que la partie adverse entend dénoncer ne proviendrait cependant pas des articles 14 et 19 précités, mais d'une divergence entre la jurisprudence de la Cour de cassation et celle du Conseil d'État à propos de la possibilité de remettre en cause la légalité d'un acte administratif individuel ; que la Cour d'arbitrage n'est pas compétente pour se prononcer sur la jurisprudence de ces juridictions ni, *a fortiori*, pour dire laquelle doit l'emporter en cas de contradiction ; qu'il n'y a pas lieu de poser à la Cour d'arbitrage la question préjudicielle formulée dans le dernier mémoire de la partie adverse » (C.E., arrêt *Dechamp*, n° 90.287 du 18 octobre 2000) ; voy. égal. C.E., arrêt *CPAS de Schaerbeek*, n° 181.541 du 28 mars 2008.

[29] Voy. not. A. Trybulowski, « La théorie du retrait d'acte : erreur imputable, retrait impossible ? », note sous C.E., arrêt *Brucculeri*, n° 229.376 du 27 novembre 2014, *A.P.T.*, 2015, p. 286, où l'on observe que « les conditions de la théorie du retrait d'acte [appliquée par le Conseil d'État] reposent – écrit-on classiquement – sur une double distinction. D'une part, une distinction entre les actes réguliers et les actes irréguliers et, d'autre part, entre les actes créateurs de droits – ou d'avantages – et les actes qui ne possèdent pas cette caractéristique ».

16. Le retrait d'acte administratif *irrégulier* est possible[30] à tout moment[31]. Aucun critère temporel ne vient restreindre la marge de manœuvre de l'autorité compétente.

Plus précisément, ce n'est pas, en tant que tel, le retrait d'acte administratif irrégulier qui est, directement, autorisé. C'est, davantage, le refus d'application de l'acte irrégulier, visé par le retrait opéré, qui est ordonné.

« Encore que la technique utilisée soit différente », écrit Michel LEROY, « cela revient à cautionner le retrait sans s'interroger sur la validité de celui-ci »[32]. Patrick GOFFAUX écrit, de façon similaire, qu'« il en découle qu'une administration, qui ne s'en tiendrait pas à la théorie du retrait et refuserait d'appliquer (ce qui équivaut à un retrait) un acte administratif créateur de droit et illégal alors même que le délai de retrait serait expiré, ne pourrait être condamnée par une juridiction à exécuter cet acte »[33].

17. Le retrait d'acte administratif *régulier*, par contre, est, semble-t-il, une hypothèse absente de la jurisprudence de la Cour de cassation.

---

[30] Face à un acte irrégulier, l'autorité a, suivant le Conseil d'État, la possibilité, et non l'obligation, de le retirer (voy. E. THIBAUT, rapport précéd. C.E., arrêt *s.a. Conduites et Entreprises et consorts*, n° 202.019 du 17 mars 2010, cité par O. DI GIACOMO, « L'annulation d'une décision de retrait d'un acte administratif fait-elle naître un nouveau délai dans lequel il pourrait être procédé à la réfection de ce retrait ? Commentaire de l'arrêt du Conseil d'État n° 202.019, *s.a. Conduites et Entreprises e.a.*, du 17 mars 2010 », *A.P.T.*, 2013, p. 26 ; voy., en sens partiellement contraire, Y. HOUYET, « Le régime juridique belge du retrait des actes administratifs face aux exigences du droit de l'Union européenne », *A.P.T.*, 2009, p. 164). Devant les cours et tribunaux de l'ordre judiciaire, l'on relève une décision du Tribunal de première instance de Mons qui énonce « que la théorie du retrait des actes administratifs autorise le retrait des actes non créateurs de droit au profit des administrés ; Qu'une décision de rejet de la réclamation administrative ne crée pas de droit pour le redevable et peut donc, en tout temps, être retirée par la partie défenderesse ; Qu'un enrôlement, même illégal, fonde formellement une créance apparente du Trésor sur le contribuable, créance susceptible de faire l'objet d'exécution ou de mesures conservatoires par le receveur ; *Qu'il appartient à la partie défenderesse de faire disparaître immédiatement de l'ordre juridique un tel acte illégal ; Qu'il y va d'une obligation de résultat* » (Civ. Mons, 4 septembre 2003, *F.J.F.*, 2005, p. 458, nous soulignons).

[31] Voy. not. A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME et J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, 20e éd., Mechelen, Kluwer, 2014, pp. 993 et ss. ; J. SALMON, J. JAUMOTTE et E. THIBAUT, *Le Conseil d'État de Belgique*, vol. 1, Bruxelles, Bruylant, 2012, spéc. pp. 803-804 ; B. CAMBIER et D. RENDERS, « La théorie du retrait d'acte à la croisée des chemins », *in Liber amicorum Robert Andersen*, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 121 et ss. ; M. LEROY, *Contentieux administratif*, 4e éd., Bruxelles, Bruylant, 2008, pp. 430 et ss. ; 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 ? », obs. sous C.E., arrêt *Dechamp*, n° 90.287 du 18 octobre 2000, *J.T.*, 2001, pp. 333 et ss. ; Ph. QUERTAINMONT, « Le contrôle juridictionnel de la légalité des actes administratifs individuels (l'exception d'illégalité et le retrait des actes créateurs de droits) », *op. cit.*, p. 434.

[32] M. LEROY, *Contentieux administratif*, *op. cit.*, p. 431.

[33] P. GOFFAUX, *Dictionnaire de droit administratif*, *op. cit.*, *v°* « Retrait », p. 595.

Le constat est logique. L'on se situe en effet en dehors du champ d'application de l'article 159 de la Constitution. Aussi, il convient, à notre estime, d'appliquer à un tel acte la jurisprudence du Conseil d'État[34]. Sur cette base, un retrait d'acte administratif régulier serait possible, notamment, lorsque la loi, le décret ou l'ordonnance l'autorise de manière explicite[35].

18. S'agissant de l'acte administratif *irrégulier* – qui, seul, fait l'objet de la suite des développements –, la Cour de cassation, par exemple, estime :

> « Attendu qu'en vertu de l'article 159 de la Constitution, les cours et tribunaux n'appliqueront les arrêtés qu'autant qu'ils seront conformes aux lois ;
>
> Que cette règle est rédigée en termes généraux et ne fait aucune distinction entre les actes administratifs qu'[elle] vise ;
>
> Que cet article s'applique aux décisions non réglementaires de l'administration et aux actes administratifs, fussent-ils individuels ;
>
> Que la règle s'applique aussi lorsque l'illégalité de la décision est due aux pouvoirs publics ;
>
> Attendu que les pouvoirs publics qui procèdent à la rétractation d'office d'un acte qui est entaché d'une illégalité manifeste, telle qu'une contradiction claire entre les motifs et le dispositif de la décision, n'agissent pas en violation de leur mission constitutionnelle et légale, même si cet acte pourrait avoir pour effet d'accorder certains droits ;
>
> […]
>
> Que l'arrêt qui n'applique pas un arrêté illégal ne viole pas les dispositions légales citées par le moyen en cette branche »[36].

19. À cet égard, n'importe quelle irrégularité est susceptible de justifier le retrait – ou le refus d'application sur la base de l'article 159 de la Constitution – de l'acte administratif.

---

[34] La Cour de cassation pourrait se prononcer sur la légalité du retrait d'un acte régulier dans l'hypothèse où une autorité administrative retire un tel acte conformément à la jurisprudence du Conseil d'État et où ce retrait est ensuite contesté, à l'occasion d'un litige, devant les cours et tribunaux. Dans cette hypothèse précise, la juridiction saisie devra soit respecter le retrait intervenu, soit l'écarter sur base de l'article 159 de la Constitution, au motif que le retrait serait irrégulier. Toutefois, une telle hypothèse n'a pas été rencontrée au cours de nos recherches.

[35] Sur cette question, voy., dans le présent ouvrage, la contribution de B. Gors, K. Polet et L. Vansnick.

[36] Cass., 2 décembre 2002, *Pas.*, 2002, p. 2309 ; sur cet arrêt, voy. égal. *Rapport annuel de la Cour de cassation*, 2002-2003, pp. 55-56.

Il s'agit en effet d'examiner la légalité interne et externe de l'acte administratif[37]. L'illégalité externe concerne la compétence de l'auteur de l'acte, ainsi que les formes et formalités qui s'imposent à celui-ci[38]. L'illégalité interne, quant à elle, a trait à l'objet, aux motifs et au but de l'acte administratif unilatéral[39].

En revanche, le juge judiciaire – à l'instar du juge administratif – est incompétent pour examiner l'opportunité[40] ou l'utilité[41] d'un acte. Seule l'erreur manifeste d'appréciation[42] pourrait, le cas échéant, être censurée et justifier le retrait d'acte qui en serait entaché.

20. Par ailleurs, l'irrégularité de l'acte retiré ne doit pas forcément être de nature à entraîner l'annulation de celui-ci par la section du contentieux administratif du Conseil d'État.

21. En effet, d'une part, sont seuls susceptibles de justifier l'annulation d'un acte par le Conseil d'État, la « violation des formes soit substantielles, soit prescrites à peine de nullité, [l]'excès ou [le] détournement de pouvoir »[43]. Or, certaines irrégularités ne répondent pas à cette exigence. Il en est notamment ainsi de l'avis de l'Inspection des finances relatif à un acte administratif impliquant une dépense. Il s'agit d'une formalité qui n'est pas substantielle et dont

[37] Voy. Cass., 30 mars 2017, C.10.0273.F. ; *A.P.T.*, 2017, p. 445 (somm.) ; Cass., 9 mars 2015, S.12.0026.N. ; Y. Houyet, « Le régime juridique belge du retrait des actes administratifs face aux exigences du droit de l'Union européenne », *op. cit.*, p. 163.

[38] Voy. D. Renders, *Droit administratif général*, *op. cit.*, pp. 298 et ss.

[39] D. Renders, *Droit administratif général*, *op. cit.*, pp. 372 et ss.

[40] Voy. Cass., 31 mai 2001, C.98.0198.N ; voy. égal. P. Lewalle, avec la collab. de L. Donnay, *Contentieux administratif*, 3e éd., Bruxelles, Larcier, 2008, p. 355.

[41] Ph. Quertainmont, « Le contrôle juridictionnel de la légalité des actes administratifs individuels (l'exception d'illégalité et le retrait des actes créateurs de droits) », *op. cit.*, p. 430.

[42] Voy. not. Mons, 6 décembre 2013, *J.L.M.B.*, 2014, p. 490, qui estime que « la cour n'a certes pas à substituer son pouvoir d'appréciation à celui de l'autorité administrative ; qu'il appartient toutefois à la cour de vérifier si l'appelante n'a pas exercé son pouvoir d'appréciation de manière déraisonnable et, partant, fautive ».

[43] Lois coordonnées « sur le Conseil d'État », art. 14, § 1er, al. 1er. L'article 14*bis* des mêmes lois précise que « sont considérées comme des formes substantielles, les concertations, les associations, les transmissions d'informations, les avis, les avis conformes, les accords, les accords communs, à l'exception des accords de coopération visés à l'article 92*bis* de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, et les propositions qui concernent les relations entre l'État, les Communautés et les Régions et qui sont prévus par ou en vertu des lois prises en exécution des articles 39, 127, § 1er, 128, § 1er, 129, § 1er, 130, § 1er, 135, 136, alinéa 1er, 140, 175, 176 et 177 de la Constitution ».

l'éventuelle irrégularité ne peut, par conséquent, entraîner l'annulation de l'acte administratif[44]. Il en va de même du visa de la Cour des comptes[45].

Par contre, même en présence de telles irrégularités, l'acte nous semble pouvoir être retiré au sens de la jurisprudence de la Cour de cassation. Celle-ci vise, en effet, toute irrégularité, sans distinction.

22. D'autre part, depuis la loi du 20 janvier 2014[46], « les irrégularités visées à [l'article 14, § 1er, des lois coordonnées "sur le Conseil d'État"] ne donnent lieu à une annulation que si elles ont été susceptibles d'exercer, en l'espèce, une influence sur le sens de la décision prise, ont privé les intéressés d'une garantie ou ont pour effet d'affecter la compétence de l'auteur de l'acte »[47].

Il s'agit de l'exigence communément appelée « intérêt au moyen »[48].

À nouveau, une irrégularité ne donne lieu à l'annulation de l'acte qu'elle affecte que si le moyen la dénonçant présente un intérêt pour le requérant. Dans le cas contraire, le moyen est rejeté et l'acte administratif n'est pas annulé.

Par contre, une telle irrégularité autorise le retrait d'acte administratif, étant donné la formulation englobante de l'article 159 de la Constitution[49].

---

[44] Voy. D. Renders, *Droit administratif général*, *op. cit.*, p. 326, qui cite C.E., arrêt *Commune de Grimbergen*, n° 21.436 du 6 octobre 1981 et C.E., arrêt *s.a. Belge Immobilière de Gestion « SABIG »*, n° 45.966 du 2 février 1994.

[45] M. Leroy, *Contentieux administratif*, *op. cit.*, p. 376. Voy. égal. C.E., arrêt *De Moor et consorts*, n° 121.046 du 26 juin 2003.

[46] Loi du 20 janvier 2014 « portant réforme de la compétence, de la procédure et de l'organisation du Conseil d'État » (*Mon. b.* du 3 février 2014) ; sur la réforme, voy. D. Renders, B. Gors, A. Trybulowski et L. Vansnick, « Variations sur la réforme du Conseil d'État : du mandat *ad litem* aux dépens, en passant par quelques accessoires autour du pouvoir d'annuler », *in* A. L. Durviaux et M. Pâques (dir.), *Droit administratif et contentieux*, Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 103 et ss.

[47] Lois coordonnées « sur le Conseil d'État », art. 14, § 1er, al. 2.

[48] Sur l'intérêt au moyen, voy. not. B. Gors et L. Vansnick, « L'application de la réforme du Conseil d'État au contentieux de l'environnement et de l'urbanisme », *in* F. Viseur et J. Philippart (dir.), *La justice administrative*, Conférence du Jeune Barreau de Bruxelles, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 520 et ss. ; M. Kaiser et E. Gourdin, « La qualité du requérant et son intérêt au recours et au moyen », *in* F. Viseur et J. Philippart (dir.), *La justice administrative*, Conférence du Jeune Barreau de Bruxelles, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 58 et ss. ; M. Nihoul, « Le moyen digne d'intérêt pour le Conseil d'État selon le législateur (premières applications) », *C.D.P.K.*, 2015, pp. 19 et ss.

[49] À notre estime, une telle irrégularité permet également de justifier le retrait d'acte administratif au sens de la jurisprudence du Conseil d'État, mais uniquement dans le délai de recours initial de, en principe, soixante jours. Une fois ce délai épuisé, l'irrégularité invoquée pour justifier le retrait d'acte doit être l'une de celles qui pourraient en justifier l'annulation.

23. Dans le même ordre d'idées, il convient de mentionner le décret wallon relatif à la procédure d'expropriation[50], dont l'article 22 énonce, de façon similaire à l'obligation de l'« intérêt au moyen », que « l'illégalité de l'expropriation ne peut être déclarée que si le motif invoqué a été susceptible d'exercer, en l'espèce, une influence sur le sens de la décision prise, a privé les intéressés d'une garantie ou a pour effet d'affecter la compétence de l'auteur de l'acte ».

Selon les travaux préparatoires du décret, « cette disposition est la reproduction de l'article 14, § 1er, des lois coordonnées sur le Conseil d'État. […] Il ne serait pas logique et conforme au principe d'égalité que le requérant qui saisit le Conseil d'État soit traité différemment que celui qui demande à un magistrat de l'Ordre judiciaire d'examiner la légalité de l'arrêté d'expropriation. Comme l'a indiqué la section de législation du Conseil d'État à propos du projet de décret, l'interprétation qui est ou sera donnée à l'article 14, § 1er, des lois coordonnées sur le Conseil d'État vaudra pour l'article 22 du décret, ce qui se conçoit aisément puisque les textes sont identiques »[51].

Le parallélisme effectué avec l'exigence de l'intérêt au moyen devant le Conseil d'État est compréhensible, étant donné qu'un pouvoir de censure de l'acte administratif existe tant dans le chef du Conseil d'État – qui a le pouvoir de l'annuler –, que dans celui du juge chargé d'examiner la procédure d'expropriation – qui peut refuser de faire droit à cette expropriation –[52].

Toutefois, cette solution étonne au vu de son apparente contradiction avec l'article 159 de la Constitution.

---

[50] *Mon. b.* du 18 décembre 2018.

[51] Projet de décret « relatif à la procédure d'expropriation », Commentaire des articles, *Doc.*, Parl. wall., sess. ord. 2018-2019, n° 1170/1, p. 20. L'on note que l'avis du Conseil d'État rendu sur l'avant-projet de décret énonce notamment qu'« au regard des explications qui figurent dans le commentaire des articles, il peut être considéré que la Région wallonne, fût-ce en se fondant sur les compétences implicites au sens de l'article 10 de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980, est bien compétente pour adopter, en application des articles 6*quater* et 79, § 1er, de la même loi spéciale, les dispositions en projet, et ce en vue d'assurer une unité de jurisprudence entre la section du contentieux administratif du Conseil d'État et les juges de l'Ordre judiciaire. Il convient cependant de rappeler que ces dispositions devront être appliquées conformément à l'interprétation qui est donnée à l'article 14, § 1er, alinéa 2, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, telle que cette interprétation résulte, notamment, de la jurisprudence précitée de la Cour constitutionnelle » (Projet de décret « relatif à la procédure d'expropriation », Avis du Conseil d'État, *Doc.*, Parl. wall., sess. ord. 2018-2019, n° 1170/1, p. 55).

[52] Sur la procédure d'expropriation, voy. D. Renders (dir.), *L'expropriation pour cause d'utilité publique*, coll. « Centre Montesquieu d'études de l'action publique », Bruxelles, Bruylant, 2013.

De même, l'on ne retrouve pas pareille possibilité de refus d'annulation d'un acte administratif en raison de l'absence d'un « intérêt au moyen » devant les juridictions civiles chargées de vérifier, et, le cas échéant, d'annuler, les actes adoptés par la Commission de Régulation de l'Électricité et du Gaz[53] et ceux de l'Institut belge des services postaux et des télécommunications[54].

C'est pourquoi, sans approfondir davantage ici la question, l'on estime qu'un retrait d'acte devrait pouvoir être effectué, en droit de l'expropriation wallon, en présence de toute illégalité, alors même qu'elle serait soulevée par un moyen jugé dénué d'intérêt dans le chef de l'exproprié ou du tiers intéressé.

II. – Les décisions des juridictions inférieures

24. Bien que la position de la Cour de cassation sur le retrait d'acte administratif se fonde exclusivement sur l'article 159 de la Constitution, certaines juridictions de première instance et d'appel appliquent – ou ont appliqué – non pas la jurisprudence de cette dernière, mais bien celle du Conseil d'État[55].

Ainsi, la Cour d'appel de Liège a estimé qu'« est illégal et, partant, ne peut être appliqué par les cours et tribunaux, l'acte par lequel l'Administration annule ou retire un acte qu'elle a pris antérieurement et qui produit des effets de droit, lorsque ce retrait ou cette annulation sont intervenus après l'expiration du délai prévu pour agir en annulation devant le Conseil d'État, qu'un tel recours n'a pas été formé et que l'acte retiré ou annulé n'apparaît pas entaché d'une irrégularité telle qu'il y a lieu de le tenir pour inexistant »[56].

Le Tribunal de première instance de Hasselt a jugé que « de theorie van de intrekking van administratieve rechtshandeling is gebaseerd

[53] Loi du 29 avril 1999 « relative à l'organisation du marché de l'électricité », *Mon. b.* du 11 mai 1999, art. 29*bis*.

[54] Loi du 17 janvier 2003 « concernant les recours et le traitement des litiges à l'occasion de la loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des secteurs des postes et télécommunications belges » (*Mon. b.* du 24 janvier 2003), art. 2.

[55] Voy. égal. D. Lagasse, « De l'antinomie entre les principes de légalité et de la sécurité juridique », obs. sous Civ. Bruxelles, 18 septembre 1987, *J.T.*, 1988, p. 481, qui, en 1988, constate que « parmi [les jugements et arrêts publiés méritant d'être pris en considération], plus de la moitié considèrent que les actes administratifs ne peuvent plus ou être retirés ou voir leur légalité contestée lorsqu'ils sont devenus définitifs ».

[56] Liège, 31 janvier 1996, *Pas.*, 1995, II, p. 80.

op een afweging van twee algemene rechtsbeginselen, namelijk het legaliteitsbeginsel en het rechtszekerheidsbeginsel. Regelmatige administratieve rechtshandelingen die rechten toekennen mogen niet worden ingetrokken. De onregelmatige administratieve rechtshandelingen die rechten toekennen, kunnen op geldige wijze worden ingetrokken indien en voor zover een uitdrukkelijke wetsbepaling de intrekking toelaat. Is er geen dergelijke wetsbepaling, dan kunnen ze enkel op basis van rechtmatigheidsgronden worden ingetrokken. Dit moet dan bovendien gebeuren ofwel binnen de termijn bepaald voor het instellen van een annulatieberoep bij de Raad van State of – indien een ontvankelijk annulatieberoep is ingesteld – uiterlijk voor de sluiting van de debatten. De intrekking kan op elk moment gebeuren indien de handelingen door bedrog zijn uitgelokt of door een zodanige onregelmatigheid zijn aangetast dat ze voor onbestaande moeten worden gehouden »[57].

La Cour d'appel de Bruxelles a considéré, quant à elle, que « l'impossibilité de la puissance publique de retirer elle-même un acte juridique qu'elle reconnaît elle-même irrégulier ne la prive pas du droit de soumettre le problème de l'irrégularité de l'acte juridique au tribunal afin que celui-ci puisse se prononcer à ce sujet »[58].

25. Ces différentes décisions ne peuvent toutefois être approuvées *de lege lata*. En effet, elles tiennent pour illégal, ou impossible, un retrait intervenu au-delà du délai de recours en annulation devant le Conseil d'État. Or, en application de la jurisprudence de la plus haute juridiction judiciaire[59], un tel retrait est bien régulier et pos-

[57] Civ. Hasselt, 30 avril 2015, *F.J.F.*, 2015, p. 268.

[58] Bruxelles, 30 juin 1997, *C.D.P.K.*, 1998, p. 237.

[59] L'on note toutefois que la Cour de cassation suscite parfois elle-même le doute quant à l'application exacte de la théorie du retrait. Elle juge ainsi « qu'est légalement justifiée la décision de la cour d'appel qui a considéré que "s'agissant d'un acte administratif recognitif, son retrait pouvait être opéré à tout moment, les règles gouvernant le retrait d'un acte administratif créateur de droit [...] ne lui étant pas applicables" » (Cass., 3 octobre 1996, *Pas.*, 1996, I, p. 11 ; *R.W.*, 1996-1997, p. 1205). Si les « règles gouvernant le retrait d'un acte administratif créateur de droit » ne sont pas applicables à l'acte administratif, est-ce parce que, en l'espèce, il était uniquement recognitif – à l'instar de ce qu'en dit la jurisprudence du Conseil d'État – ou parce qu'il était examiné par un juge de l'ordre judiciaire qui a le devoir d'écarter tout acte irrégulier sans considérations de délai ? La Cour de cassation juge encore que « le fait que la commune même est à la source de l'atteinte portée à l'environnement est en principe sans incidence sur son intérêt à agir en justice contre des actes commis en vertu d'une autorisation urbanistique délivrée illicitement. *La possibilité d'introduire une action en cessation* en matière de protection de l'environnement contre des actes constituant une violation manifeste ou une menace grave de violation en matière d'environnement *est étrangère aux limites dans lesquelles la commune peut contester ou rétracter ses propres décisions* et doit être considérée comme la possibilité d'introduire une action autonome en vue d'éviter toute menace grave pour l'environnement » (Cass., 10 mars 2008, *Pas.*, 2008,

sible. Par conséquent, si ces décisions avaient été soumises à l'examen de la Cour de cassation, elles auraient toutes, en principe, été cassées sur la question du retrait, en application de l'article 159 de la Constitution.

Tel a, par exemple, été le cas d'un arrêt du 27 novembre 2012 de la Cour d'appel de Liège qui, après avoir estimé qu'« un acte administratif, créateur de droits, même illégal, est définitif et continue à produire ses effets en dépit de son illégalité, dès lors qu'il n'est plus susceptible d'être annulé parce que le délai de soixante jours pour introduire un recours en annulation est expiré [...] et sauf si l'acte a été obtenu par fraude ou doit être tenu pour inexistant ou encore si une disposition légale en autorise le retrait hors délai »[60], a été censuré par la Cour de cassation en ce que cette appréciation « viole l'article 159 de la Constitution »[61].

§ 2. – Une ou plusieurs exceptions ?

26. La jurisprudence de la Cour de cassation fonde la possibilité de retrait d'un acte administratif irrégulier sur l'article 159 de la Constitution. Un tel retrait peut donc être effectué à tout moment, quel que soit le délai écoulé depuis l'adoption de l'acte.

Il n'en demeure pas moins que la lecture de certaines décisions de la Cour de cassation, ou de cours d'appel, sème le doute sur la question et laisse à penser qu'une ou plusieurs exceptions pourraient, éventuellement, être admises.

Il en va ainsi de l'imputabilité de l'irrégularité commise (I), du caractère manifeste de l'irrégularité viciant l'acte administratif (II), de l'introduction d'un recours judiciaire (III) et, enfin, de l'autorité de la chose jugée d'un arrêt ou d'un jugement ayant déjà statué sur la régularité de l'acte administratif (IV).

p. 637, nous soulignons). Quelles sont ces « limites dans lesquelles la commune peut […] rétracter ses propres décisions » ?

[60] Liège, 27 novembre 2012, cité par Cass., 8 janvier 2015, *Pas.*, 2015, p. 59.

[61] Cass., 8 janvier 2015, *Pas.*, 2015, p. 59.

I. – L'imputabilité de l'irrégularité de l'acte administratif à son auteur

27. Que l'on examine la jurisprudence du Conseil d'État ou celle de la Cour de cassation, l'on remarque que l'imputabilité de l'erreur – et donc de l'irrégularité de l'acte – à son auteur a pu être considérée, à plusieurs reprises, comme empêchant le retrait de celui-ci.

Le Conseil d'État a ainsi considéré le retrait d'un acte par son auteur impossible « au motif qu'[il] l'a délivr[é] par erreur et, partant, de manière irrégulière, lorsque cette erreur lui est imputable »[62], « sinon exclusivement du moins au premier chef »[63].

L'on a déjà pu critiquer et souligner le caractère inadéquat de cette jurisprudence[64], qui n'a plus, désormais, les faveurs du Conseil d'État[65].

28. S'agissant de la Cour de cassation, celle-ci a également considéré, dans deux arrêts distincts, que

– « le permis de bâtir délivré crée dans le chef de celui qui l'obtient des droits auxquels l'autorité communale ne peut porter atteinte ; que celle-ci notamment ne peut rapporter ultérieurement un permis de bâtir au motif qu'il a été délivré par erreur et, partant, de manière irrégulière, *dès lors que cette irrégularité lui est imputable* »[66] ;

[62] C.E., arrêt *Société de droit allemand Marcon GmbH*, n° 53.601 du 9 juin 1995 ; C.E., arrêt *XXX*, n° 76.966 du 18 novembre 1998 ; C.E., arrêt *Alloule*, n° 82.983 du 20 octobre 1999 ; C.E., arrêt *XXX*, n° 156.155 du 9 mars 2006.

[63] C.E., arrêt *Vrinssen*, n° 13.829 du 9 décembre 1969 ; voy., en ce sens, C.E., arrêt *s.a. Mobistar*, n° 123.480 du 25 septembre 2003, *erratum* : C.E., arrêt *s.a. Mobistar*, n° 124.573 du 23 octobre 2003.

[64] Voy. A. Trybulowski, « La théorie du retrait d'acte : erreur imputable, retrait impossible ? », *op. cit.*, pp. 285 et ss. ; voy. égal., en ce sens, J. De Beys, B. Gors et Ch. Thiebaut, « La procédure d'octroi des subventions », *in* D. Renders (dir.), *Les subventions*, coll. « Centre Montesquieu d'études de l'action publique », Bruxelles, Larcier, 2011, p. 357, note 538 ; M.-A. Flamme, *Droit administratif*, t. I, Bruxelles, Bruylant, 1989, p. 539 ; P. Goffaux, *Dictionnaire élémentaire de droit administratif*, *op. cit.*, *v°* « Retrait », p. 585 ; M. Pâques, « Erreur de l'administration et retrait », obs. sous C.E., arrêt *Société de droit allemand Marcon GmbH*, n° 53.601 du 9 juin 1995, *Amén.-Env.*, 1995, p. 263 ; R. Van Melsen, « Une faculté de retrait, même en cas d'erreur imputable à son auteur », note sous C.E., arrêt *Brucculeri*, n° 229.376 du 27 novembre 2014, *C.D.P.K.*, 2014, pp. 670 et ss.

[65] C.E., arrêt *Boodts*, n° 66.641 du 9 juin 1997 ; C.E., arrêt *Boodts*, n° 117.945 du 4 avril 2003 ; C.E., arrêt *n.v. Aveve*, n° 132.404 du 15 juin 2004 ; C.E., arrêt *n.v. Immofisk*, n° 205.101 du 11 juin 2010 ; C.E., arrêt *XXX*, n° 216.364 du 21 novembre 2011 ; C.E., arrêt *Ait Lhadj*, n° 229.960 du 22 janvier 2015 ; Cass., 2 décembre 2002, *Pas.*, 2002, p. 2309.

[66] Cass., 10 septembre 1981, *Pas.*, 1982, I, p. 47, note J.V., nous soulignons.

– « qu'en principe, le permis de bâtir délivré crée dans le chef de celui qui l'obtient des droits auxquels l'autorité communale ne peut porter atteinte ; que celle-ci notamment ne peut rapporter ultérieurement le permis de bâtir au motif qu'il a été délivré par erreur, et, partant, de manière irrégulière, *dès lors que cette irrégularité lui est imputable* »[67].

La position de la Cour de cassation dans ces deux arrêts contraste avec sa jurisprudence constante, qui estime, notamment, que l'article 159 de la Constitution « s'applique aussi lorsque l'illégalité de la décision est due aux pouvoirs publics »[68].

Restreindre le retrait d'acte administratif aux irrégularités non imputables à leurs auteurs nous semble, dès lors, contraire à l'article 159 de la Constitution. En effet, celui-ci s'applique quelle que soit l'irrégularité dont l'acte est frappé et quelle que soit la partie qui se prévaut de celle-ci. L'auteur de l'acte peut, d'ailleurs, lui-même se prévaloir de l'exception d'illégalité[69].

29. Un jugement du Tribunal de première instance de Bruxelles du 18 septembre 1987 est particulièrement limpide sur cette question. Il énonce que « le texte de l'article [159] est général et non ambigu ; qu'il n'établit aucune distinction suivant la qualité des parties ou selon que l'acte constitue une charge ou un avantage pour un particulier ; qu'au contraire, dans la généralité de ses termes, il impose aux tribunaux un devoir, dès que l'application d'un arrêté ou d'un règlement leur est demandée – devoir qui est de vérifier sa conformité aux lois – ; que rien dans les travaux du Congrès national n'autorise une interprétation différente de l'article [159] de la Constitution […] ; qu'au surplus, aucune règle spécifique et en particulier aucune autre règle constitutionnelle ne limite le droit d'invoquer l'exception d'illégalité devant les cours et tribunaux ; qu'il faut, dès lors, admettre que l'article [159] de la Constitution peut conduire à permettre à l'autorité administrative de se retrancher derrière une

[67] Cass., 3 décembre 1985, *Pas.*, 1986, I, p. 410, nous soulignons.
[68] Cass., 2 décembre 2002, *Pas.*, 2002, p. 2309.
[69] Voy. not. C. const., arrêt n° 70/2007 du 26 avril 2007, qui estime que « l'article 159 de la Constitution n'empêche pas une autorité administrative d'invoquer l'illégalité d'une décision qu'elle a elle-même prise. Le président du tribunal de première instance peut, dans le cadre d'une procédure en cessation, être ainsi amené à examiner, sur la base de l'article 159 de la Constitution, la validité de l'autorisation de la commune, parce que la cessation d'un acte autorisé est demandée ».

illégalité qu'elle a elle-même commise pour ne pas exécuter une décision qu'elle a régulièrement prise et notifiée »[70].

Il n'appartient, dès lors, pas au juge de moduler l'exception d'illégalité – et donc la possibilité de retrait – suivant que l'irrégularité commise est, ou non, imputable à son auteur.

Il en est d'autant plus ainsi que restreindre la possibilité de retrait à des hypothèses d'irrégularités non imputables à leur auteur limiterait fortement le rayon d'action de l'administration. En effet, de telles irrégularités sont moins fréquentes. L'on pense bien sûr à une formalité qui devait être accomplie par une autorité tierce, voire par le bénéficiaire de l'acte. Ces hypothèses sont toutefois limitées. La majorité des irrégularités commises le sont par l'auteur de l'acte administratif qui en est frappé.

II. – Le caractère manifeste de l'irrégularité viciant l'acte administratif

30. Dans son arrêt du 2 décembre 2002, précité, la Cour de cassation juge :

> « Attendu qu'en vertu de l'article 159 de la Constitution, les cours et tribunaux n'appliqueront les arrêtés qu'autant qu'ils seront conformes aux lois ;
>
> Que cette règle est rédigée en termes généraux et ne fait aucune distinction entre les actes administratifs qu'[elle] vise ;
>
> Que cet article s'applique aux décisions non réglementaires de l'administration et aux actes administratifs, fussent-ils individuels ;
>
> Que la règle s'applique aussi lorsque l'illégalité de la décision est due aux pouvoirs publics ;
>
> Attendu que les pouvoirs publics qui procèdent à la rétractation d'office d'un acte qui est *entaché d'une illégalité manifeste* telle qu'une contradiction claire entre les motifs et le dispositif de la décision, n'agissent pas en violation de leur mission constitutionnelle et légale, même si cet acte pourrait avoir pour effet d'accorder certains droits »[71].

31. La formulation de l'arrêt pose question.

---

[70] Civ. Bruxelles, 18 septembre 1987, *J.T.*, 1988, p. 479, obs. D. Lagasse, « De l'antinomie entre les principes de légalité et de la sécurité juridique ».

[71] Cass., 2 décembre 2002, *Pas.*, 2002, p. 2309, nous soulignons.

En effet, en affirmant que « les pouvoirs publics qui procèdent à la rétractation d'office d'un acte qui est *entaché d'une illégalité manifeste* […] n'agissent pas en violation de leur mission constitutionnelle et légale »[72], la Cour de cassation vise-t-elle à restreindre la possibilité de retrait à l'acte administratif manifestement irrégulier ou cette épithète est-elle présente uniquement en raison des faits propres à la cause examinée par la Cour ? Ou est-ce encore un lien avec la théorie de l'acte inexistant telle que celle-ci est comprise par le Conseil d'État[73] ?

Si la première solution venait à être préférée, cela signifierait « que les pouvoirs publics ne pourraient rétracter leurs actes, qui ne sont pas affectés d'une irrégularité évidente, qu'à la condition qu'ils aient été préalablement déclarés illicites par un juge »[74].

Toutefois, en raison de la portée très large que la Cour de cassation confère à l'article 159 de la Constitution, le retrait d'acte administratif ne nous semble pas pouvoir être limité à l'illégalité manifeste. La disposition constitutionnelle interdit en effet au juge d'appliquer un acte administratif irrégulier, quelle que soit l'irrégularité que l'acte contient. L'irrégularité en cause peut donc être manifeste, ou moins évidente[75]. Sa seule présence vicie l'acte administratif qui doit, par conséquent, être écarté par le juge. De la même façon, quelle que soit l'irrégularité dont l'acte administratif est affecté, il nous semble pouvoir être retiré par l'autorité compétente[76].

---

[72] Cass., 2 décembre 2002, *Pas.*, 2002, p. 2309 (nous soulignons).

[73] Voy. P. Popelier, « De intrekking van bestuurshandelingen : een gissing naar een leer van het Hof van Cassatie », note sous Cass., 2 décembre 2002, *C.D.P.K.*, 2003, p. 339.

[74] Y. Houyet, « Le régime juridique belge du retrait des actes administratifs face aux exigences du droit de l'Union européenne », *op. cit.*, p. 163.

[75] Voy. Cass., 13 juin 2013, C.12.0091.F., qui énonce que « l'arrêt [attaqué] ne limite pas son contrôle de légalité de l'arrêté de classement du 9 novembre 2006 aux irrégularités manifestes dont cet acte pourrait être affecté mais examine si cet arrêté ne méconnaît pas la notion de patrimoine immobilier telle qu'elle est consacrée par l'article 206, 1°, a), du Code bruxellois de l'aménagement du territoire, [de sorte que] le moyen, en cette branche, ne peut être accueilli ».

[76] L'on rapproche l'idée de l'arrêt précité de la Cour de cassation du 8 janvier 2015, qui casse l'arrêt de la Cour d'appel de Liège pour avoir considéré qu'« *un acte administratif*, créateur de droits, *même illégal*, est définitif et *continue à produire ses effets en dépit de son illégalité*, dès lors qu'il n'est plus susceptible d'être annulé parce que le délai de soixante jours pour introduire un recours en annulation est expiré [...] et *sauf si l'acte* a été obtenu par fraude ou *doit être tenu pour inexistant* ou encore si une disposition légale en autorise le retrait hors délai » (Cass., 8 janvier 2015, *Pas.*, 2015, p. 59, nous soulignons).

III. – L'introduction d'un recours judiciaire

32. L'introduction d'un recours judiciaire a déjà été considérée comme un empêchement au retrait d'acte administratif.

Ainsi, le Tribunal correctionnel de Namur a estimé qu'un fonctionnaire sanctionnateur ne peut plus retirer une sanction administrative, laquelle constitue un acte administratif, une fois qu'un recours judiciaire est introduit contre un tel acte. Le jugement a toutefois été déféré devant la Cour de cassation, qui souligne, par contre, « que la décision du fonctionnaire sanctionnateur constitue un acte administratif, lequel fait l'objet du recours judiciaire. En décidant que le fonctionnaire sanctionnateur ne pouvait retirer la décision entreprise dès lors que le tribunal correctionnel était désormais saisi des faits, le jugement ne justifie pas légalement sa décision »[77].

33. S'interroger sur la pertinence d'une telle restriction au retrait d'acte administratif nécessite, à notre estime, d'établir une distinction selon la qualité de l'autorité saisie du recours, qu'elle soit administrative ou judiciaire.

Si l'autorité devant laquelle le recours est déféré dispose uniquement d'une compétence d'annulation, le retrait d'acte administratif irrégulier doit demeurer possible malgré l'introduction du recours. En effet, si un acte administratif est contesté, l'autorité saisie est uniquement appelée à vérifier la régularité de l'acte. Si une irrégularité est constatée, l'acte, ou la décision qui se fonde sur l'acte irrégulier, pourra être annulé. Par conséquent, que l'acte irrégulier soit annulé par l'organe de recours ou retiré par son auteur, le résultat est identique et conforme au principe de la légalité. Un retrait accroît par ailleurs l'efficience de la procédure.

Par contre, si l'autorité devant laquelle le recours est déféré dispose d'une compétence de réformation, c'est-à-dire qu'elle est compétente pour annuler l'acte querellé et le remplacer par sa propre décision, l'interdiction de procéder à un retrait, une fois un recours introduit, nous semble pouvoir, ici, être approuvée. En effet, dans ce cas, l'autorité initiale a épuisé sa compétence et l'autorité de recours est, désormais, seule compétente pour adopter une nouvelle décision,

[77] Cass., 22 février 2017, *Amén.-Env.*, 2017, p. 318.

selon un pouvoir d'appréciation propre[78]. Un retrait effectué par l'auteur de l'acte initial serait, lui, entaché d'une irrégularité tirée de l'incompétence de l'auteur de l'acte[79].

34. Par conséquent, l'unique hypothèse dans laquelle l'introduction d'un recours empêcherait, à notre estime, l'autorité de retirer son acte est l'existence d'un pouvoir de réformation de la décision dans le chef de l'autorité de recours. Dans le cas contraire, si la compétence de l'autorité de recours est uniquement une compétence d'annulation, le retrait devrait toujours pouvoir être envisagé.

IV. – L'autorité de la chose jugée d'un arrêt ou d'un jugement ayant déjà statué sur la régularité de l'acte administratif

35. Une dernière question qui ne manque pas de se poser est l'incidence, sur la possibilité de retrait, d'un jugement ou d'un arrêt ayant déjà statué sur la régularité de l'acte administratif dont le retrait est envisagé.

36. L'hypothèse est la suivante. À l'occasion d'un litige, la légalité d'un acte est contestée. Le tribunal ou la cour examine la question et conclut à la régularité de l'acte administratif. Le jugement ou l'arrêt intervenu n'est pas contesté et acquiert donc autorité de la chose jugée[80].

---

[78] L'on note ainsi que, s'agissant des recours administratifs organisés, « les éventuelles irrégularités de la décision contestées sont couvertes » par la nouvelle décision. (D. Renders, *Droit administratif général*, *op. cit.*, p. 589).

[79] Voy. toutefois, en sens contraire, C.E., arrêt *a.s.b.l. Liaison Antiprohibitionniste*, n° 242.060 du 3 juillet 2018, qui, confronté au retrait d'une décision qui fait l'objet d'un recours organisé pendant, estime : « Selon la requérante, le retrait de la décision du ministre du 31 mars 2015 serait […] sans incidence sur l'objet du recours au Gouvernement. Elle soutient, en substance, que la décision initiale a disparu dès l'intentement du recours et non à la suite de son retrait. Cette thèse ne peut être suivie. S'il est constant que le recours instauré par l'article 31 du Code précité est un recours en réformation, c'est la décision prise sur recours qui fait disparaître la décision initiale en se substituant à elle et non la seule circonstance que le recours est introduit. D'ailleurs, en précisant que le recours a un effet suspensif sauf dans les hypothèses qu'il énumère, l'article 31 du Code confirme que son intentement ne fait pas disparaître la décision attaquée. La décision de retrait du 1er août 2016 a fait disparaître rétroactivement l'acte par lequel il a été statué sur la demande de subvention introduite par la requérante. Le recours introduit contre cet acte a dès lors perdu son objet, de sorte que le Gouvernement ne devait plus statuer sur celui-ci. En soutenant qu'à la suite de l'introduction du recours, seul le Gouvernement était compétent pour statuer sur la demande de subvention, que le ministre avait perdu sa compétence et qu'il ne pouvait donc pas décider de retirer sa décision du 31 mars 2015, la requérante critique la légalité de cette décision de retrait, laquelle n'a fait l'objet d'aucun recours et, partant, est devenue définitive ».

[80] Sur l'autorité de la chose jugée, voy. not. G. de Leval, « Le jugement », *in* G. de Leval (dir.), *Droit judiciaire. Tome 2. Manuel de procédure civile*, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 695 et ss., qui la définit comme la caractéristique d'« une décision judiciaire définitive qui empêche que la

Qu'en est-il du retrait d'un tel acte ? L'autorité peut-elle, en méconnaissance du jugement ou de l'arrêt intervenu, estimer que l'irrégularité examinée par la juridiction est bien présente et, par conséquent, retirer l'acte ?

Poser la question revient à y répondre. En effet, « dans la mesure où celle-ci n'a pas été remise en cause, par l'exercice des voies de recours, et/ou ne peut plus l'être, l'administration n'est pas autorisée à retirer un acte administratif en se fondant sur un grief de légalité qui a été rejeté par un juge judiciaire »[81]. Raisonner différemment reviendrait à méconnaître une décision de justice coulée en autorité de la chose jugée.

37. De la même façon, si un acte administratif est annulé par le Conseil d'État, mais que ses effets sont maintenus durant un certain temps – en application de l'article 14*ter* des lois coordonnées « sur le Conseil d'État » –, l'auteur de l'acte ne peut pas le retirer, malgré la présence d'une irrégularité reconnue par la juridiction administrative. L'impossibilité de retrait persiste aussi longtemps que les effets de l'acte sont maintenus.

La solution découle notamment de l'arrêt n° 18/2012 du 9 février 2012 de la Cour constitutionnelle[82]. La Cour y estime que si « l'article 159 de la Constitution a pu, à l'origine, être conçu comme absolu », il est aujourd'hui nécessaire de tenir compte, pour l'appliquer, d'autres dispositions constitutionnelles et internationales. Parmi ces dispositions, figure l'article 160 de la Constitution qui consacre l'existence du Conseil d'État. Par conséquent, estime la Cour constitutionnelle, « le contrôle juridictionnel de légalité, prévu à l'article 159 de la Constitution, doit raisonnablement tenir compte de l'effet utile des arrêts d'annulation du Conseil d'État et des modalités dont ils peuvent être assortis »[83].

38. En revanche, il n'en va pas de même d'une décision du Conseil d'État qui rejette le recours en annulation introduit contre un acte

même action puisse être à nouveau introduite entre les mêmes parties et confère à cette décision la valeur présumée de décision exacte ; en un mot elle est la vérité judiciaire ».

[81] Y. Houyet, « Le régime juridique belge du retrait des actes administratifs face aux exigences du droit de l'Union européenne », *op. cit.*, p. 163.

[82] C. const., arrêt n° 18/2012 du 9 février 2012.

[83] Voy. égal. D. Renders, B. Gors, A. Trybulowski et L. Vansnick, « Variations sur la réforme du Conseil d'État : du mandat *ad litem* aux dépens, en passant par quelques accessoires autour du pouvoir d'annuler », *op. cit.*, pp. 156-157.

administratif. En effet, la Cour de cassation estime qu'une telle décision ne jouit en principe pas de l'autorité de la chose jugée[84].

Dans pareille hypothèse, parce que le juge judiciaire peut toujours examiner la régularité de l'acte administratif en application de l'article 159 de la Constitution, l'autorité administrative semble également pouvoir le retirer, alors même qu'il n'aurait pas été, par hypothèse, censuré par le Conseil d'État[85].

*

39. Le retrait d'un acte administratif irrégulier est, par un détour par l'article 159 de la Constitution, admis à tout moment par la Cour de cassation. Ce retrait est autorisé en présence de toute illégalité, qu'elle soit manifeste, imputable à son auteur ou qu'aucune de ces hypothèses ne soit rencontrée. Les seules véritables limites au retrait semblent être, d'une part, l'introduction d'un recours auprès d'une autorité qui dispose d'une compétence de réformation de l'acte administratif et, d'autre part, l'existence d'une décision judiciaire, coulée en autorité de chose jugée, qui a examiné et validé le point de droit sur base duquel le retrait est envisagé.

Section 2. – *Les décisions de la Cour des comptes*

40. De façon similaire à l'examen de la jurisprudence des cours et tribunaux, la position de la Cour des comptes face à la théorie du retrait d'acte administratif est abordée par les hypothèses que la Cour est amenée à rencontrer (Sous-section 1re) et par la position qu'elle adopte à l'égard de la théorie du retrait d'acte administratif (Sous-section 2).

[84] Sur la question, voy. not. M. Nihoul, « L'autorité de la chose jugée relative des arrêts de rejet du Conseil d'État devant le pouvoir judiciaire enfin affirmée ? », note sous Gand, 19 novembre 2015, *A.P.T.*, 2016, pp. 710 et ss. Voy. égal. D. Delvax, « Quelle autorité de chose jugée convient-il de reconnaître aux arrêts rendus par le Conseil d'État au contentieux de l'annulation ? », note sous Cass., 14 décembre 2015, *R.C.J.B.*, 2018, pp. 283 et ss.

[85] En ce sens, Y. Houyet, « Le régime juridique belge du retrait des actes administratifs face aux exigences du droit de l'Union européenne », *op. cit.*, p. 163.

Sous-section 1re. – *Les hypothèses de retrait d'acte administratif devant la Cour des comptes*

41. La Cour des comptes[86], instituée par l'article 180 de la Constitution[87], est orchestrée par la loi du 29 octobre 1846 « relative à l'organisation de la Cour des comptes »[88].

La Cour se définit elle-même comme « l'institution constitutionnelle chargée de contrôler les finances publiques fédérales, communautaires, régionales et provinciales. Elle assiste les assemblées parlementaires et les conseils provinciaux dans l'exercice de leur mission de surveillance de la perception et de l'utilisation des deniers publics. Le contrôle de la Cour des comptes porte sur la légalité des opérations et leur conformité aux règles budgétaires, sur la qualité et la fidélité de la comptabilité et des états financiers et sur le respect de l'efficacité, de l'efficience et de l'économie »[89].

La Cour des comptes n'est ni une autorité administrative au sens des lois coordonnées « sur le Conseil d'État »[90], ni une juridiction relevant du pouvoir judiciaire. Elle dépend du pouvoir législatif, en ce qu'elle constitue « un collège collatéral du pouvoir législatif »[91].

---

[86] Sur la Cour des comptes, voy. J. Masson, « La Cour des comptes », *J.T.*, 2016, pp. 541-545 ; F. Daerden et W. Dumazy, *La dette des pouvoirs publics*, Bruxelles, Labor, 2003 ; P. Rion, E. Aerts et A. Vandenbulcke, *Het Rekenhof, Geschiedenis van een controle-instelling, Tussen traditie en vernieuwing*, Tielt, Uitgeverij Lannoo, 1999 ; M. Dreze-Lebon et F. Erauw, « La Cour des comptes », *R.P.D.B.*, t. V, Bruxelles, Bruylant, 1977, pp. 382-429 ; Ph. Quertainmont, *La Cour des comptes et sa mission juridictionnelle*, Bruxelles, Bruylant, 1977. Voy. égal., J. Vanpraet, « Rekenhof : de herziening van artikel 180 van de Grondwet », *in* J. Velaers, J. Vanpraet, Y. Peeters et W. Vandenbruwaene (eds), *De zesde staatshervorming : instellingen, bevoegdheden en middelen*, Antwerpen, Intersentia, 2014, pp. 913-924 ; L. Detroux, « L'article 180 de la Constitution », *Rev. b. dr. const.*, 2006, pp. 279-286.

[87] L'alinéa 2 de la disposition énonce que la Cour « est chargée de l'examen et de la liquidation des comptes de l'administration générale et de tous comptables envers le trésor public. Elle veille à ce qu'aucun article des dépenses du budget ne soit dépassé et qu'aucun transfert n'ait lieu. La Cour exerce également un contrôle général sur les opérations relatives à l'établissement et au recouvrement des droits acquis par l'état, y compris les recettes fiscales. Elle arrête les comptes des différentes administrations de l'État et est chargée de recueillir à cet effet tout renseignement et toute pièce comptable nécessaire. Le compte général de l'État est soumis à la Chambre des représentants avec les observations de la Cour des comptes ».

[88] *Mon. b.* du 1er novembre 1846.

[89] *Déclaration de mission de la Cour des comptes*, 2004, disponible sur https://www.ccrek.be/Docs/Site/DeclarationDeMission.pdf et, le cas échéant, sur https://perma.cc/5AHA-Z428.

[90] Voy. lois coordonnées « sur le Conseil d'État », art. 14, § 1er.

[91] J. Masson, « La Cour des comptes », *op. cit.*, p. 542.

42. Les missions qui lui sont attribuées sont triples. La Cour des comptes a une mission juridictionnelle[92], une mission administrative[93] et une mission d'information[94].

[92] La mission juridictionnelle de la Cour des comptes est « la mission d'arrêter les comptes des comptables publics et, le cas échéant, de condamner le comptable à rembourser le déficit constaté dans son compte. […] Cela dit, la première chose consiste à déterminer qui est justiciable de la Cour. En effet, sauf exception, il n'y a pas, dans les administrations, de grade de comptable. Comptable, c'est une fonction, consistant à manipuler les fonds publics. Encore faut-il, pour que le comptable soit justiciable de la Cour, que cette fonction soit pour lui principale. Elle l'est, par exemple, pour un receveur des contributions directes ou pour un fonctionnaire payant les traitements ou les pensions d'agents de la fonction publique. Elle ne l'est pas pour l'agent à qui un de ses supérieurs remet occasionnellement de l'argent public pour effectuer un achat. La Cour a toutefois, pendant longtemps, considéré que tout agent manipulant des fonds publics en était comptable, au sens courant du terme, et par conséquent, faute de définition constitutionnelle ou légale du comptable, relevait de sa juridiction. Cette conception est abandonnée, n'ayant pas été admise par la Cour de cassation, qui a décidé qu'un agent n'est justiciable de la Cour des comptes que s'il a pour mission principale la gestion des deniers publics » (J. Masson, « La Cour des comptes », *op. cit.*, pp. 542-543).

[93] La mission administrative de la Cour des comptes « comporte des aspects très divers. Elle s'exerce à l'égard de l'État, des provinces, des communautés, des régions et des organismes dépendant de ces pouvoirs publics. D'une manière globale, la Cour est chargée du contrôle de la comptabilité générale et de la comptabilité budgétaire des différents services de l'État […]. Elle arrête les comptes généraux des différents services de l'État […]. Par rapport aux budgets, la Cour veille à ce qu'il n'y ait ni dépassements ni transferts de crédits […]. La Cour est encore chargée d'exercer un contrôle général sur les opérations relatives à l'établissement et au recouvrement des droits acquis par l'État et par les entités fédérées, y compris les recettes fiscales […]. Sur le plan pratique, pour s'acquitter de ces aspects de sa mission administrative, la Cour a accès en permanence aux imputations budgétaires […]. Dans un domaine très différent, afin de permettre au citoyen de connaître les différents mandats publics ou privés qu'un homme politique exerce, la loi belge, depuis plusieurs années, s'inspirant de ce qui se fait dans d'autres pays, impose à une série de personnes d'établir une déclaration de mandats et une déclaration de patrimoine […]. Les déclarations doivent être déposées au greffe de la Cour des comptes, choisie à cette fin par le législateur à cause de son indépendance à l'égard du pouvoir politique. […] Autre aspect encore de la mission de la Cour : dans le cadre de la loi du 4 juillet 1989 relative à la limitation et au contrôle des dépenses électorales engagées pour les élections de la Chambre des représentants ainsi qu'au financement et à la comptabilité ouverte des partis politiques, elle donne un avis sur l'exactitude et l'exhaustivité des rapports financiers sur les comptes annuels des partis politiques […]. Signalons encore le contrôle par la Cour du comptage des élèves effectué par les Communautés française et flamande, pour la répartition de la partie attribuée du produit de la T.V.A. entre ces communautés » (J. Masson, « La Cour des comptes », *op. cit.*, pp. 544-545).

[94] La mission d'information de la Cour des comptes est une « mission d'information en matière budgétaire et comptable [en faveur de la Chambre des représentants]. L'aspect le plus connu – mais non le seul : sans attendre la publication du cahier, la Cour se doit de signaler à la Chambre tout manquement aux lois du budget – de ladite mission est sans conteste la publication annuelle d'un cahier d'observations. […] Le cahier contient les observations de la Cour sur le compte général de l'État […]. En outre, il récapitule les observations importantes formulées par la Cour pendant l'année écoulée et indique la suite qui leur a été donnée, que le ministre se soit rallié ou non aux observations. La Cour fait également part à la Chambre des représentants de ses observations sur les projets de budgets […], soulignant notamment, le cas échéant, les sous-évaluations manifestes de dépenses. Elle possède aussi une mission d'avis et d'information au sujet de l'exercice de l'autonomie fiscale régionale en matière d'impôt des personnes physiques. De son côté, la Chambre des représentants peut demander à la Cour son avis sur l'incidence financière et budgétaire de propositions de loi. Enfin, […] la Cour fait publier au *Moniteur* les déclarations de mandats des personnes astreintes à une telle déclaration ainsi que la liste des personnes qui, astreintes à déposer une déclaration de leurs mandats ou une déclaration de patrimoine, n'ont pas remis ces documents au greffe de la Cour » (J. Masson, « La Cour des comptes », *op. cit.*, p. 545).

43. C'est dans le cadre de la mission administrative qui lui est dévolue que la Cour est amenée à vérifier la régularité de l'acte administratif unilatéral – plus spécifiquement, de l'acte administratif impliquant une dépense – et, le cas échéant, à prendre position quant à son éventuel retrait.

Ces actes sont, par exemple, une nomination ou une promotion qui se révèle être irrégulière quelques années après son adoption, de sorte que la dépense budgétaire qui en découle est contestée par la Cour des comptes.

Sous-section 2. – *L'attitude de la Cour des comptes face à la théorie du retrait d'acte administratif*

44. L'attitude de la Cour des comptes face à un acte administratif irrégulier est similaire à celle de la Cour de cassation. Un tel acte administratif ne peut pas être appliqué en raison de l'illégalité qui l'affecte, quel que soit le moment où la Cour des comptes vient à l'examiner.

En effet, « la mission qui lui est dévolue par la Constitution et la loi du 29 octobre 1846 n'est, en principe, et sauf disposition légale contraire, soumise à aucune limitation, de sorte que son Collège demeure compétent pour se prononcer à tout moment sur la légalité d'un acte administratif non annulé appelé à produire des effets sur le Trésor »[95].

Par conséquent, de façon analogue à la Cour de cassation, la Cour des comptes estime que l'auteur d'un acte administratif irrégulier peut le retirer sans aucune considération temporelle[96].

Ainsi, « un rédacteur ayant été promu gestionnaire de bibliothèque sans avoir subi l'épreuve d'accession au grade de sous-chef de bureau ou un grade assimilé, la Cour avait fait observer que la mesure

[95] 157e Cahier de la Cour des comptes. *Observations et documents soumis à la Chambre des représentants*, Fasc. Ier, p. 262.

[96] Voy. P. Goffaux, *Dictionnaire de droit administratif*, *op. cit.*, *v°* « Retrait », p. 596 ; A. Mast, J. Dujardin, M. Van Damme et J. Vande Lanotte, *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, *op. cit.*, pp. 993 et ss. ; Ph. Quertainmont, « Le contrôle juridictionnel de la légalité des actes administratifs individuels (l'exception d'illégalité et le retrait des actes créateurs de droits) », *op. cit.*, pp. 434-435 ; J.-M. Favresse, « La théorie du retrait des actes administratifs n'est-elle pas sujette à critique ? », *R.J.D.A.*, 1971, pp. 161 et ss.

n'était pas justifiée, il convenait de rapporter l'arrêté de nomination de l'intéressé. Le Ministre de la Santé publique et de la Famille s'y était refusé, en invoquant la jurisprudence du Conseil d'État, selon laquelle un acte individuel qui confère des droits ne peut plus être rapporté pour cause d'irrégularité lorsqu'il est devenu définitif. La Cour a répliqué, suivant la position de jurisprudence qu'elle avait adoptée antérieurement à propos d'un cas analogue (122e Cahier, fascicule Ier, p. 69), que sa mission n'était soumise à aucune limitation et que son Collège demeurait compétent pour se prononcer sur la légalité d'un acte à l'occasion du contrôle des dépenses qui en dérivent »[97].

À la suite de cette critique de la Cour des comptes, le ministre concerné avait retiré l'acte irrégulier, mais « l'agent intéressé ayant pris son recours devant le Conseil d'État envers l'acte le privant *ab initio* de sa nomination, cette juridiction a, par son arrêt n° 13.614 du 6 juin 1969[98], annulé pour excès de pouvoir l'arrêté pris le 7 septembre 1966 par le Ministre de la Santé publique qui rapportait celui du 2 août 1963, relatif à la promotion litigieuse »[99].

45. L'articulation de la position de la Cour des comptes avec la jurisprudence du Conseil d'État s'avère pour le moins délicate, pour ne pas dire impossible.

La Cour le relève elle-même et écrit, en ce sens, qu'elle « regrette […] de devoir constater que les résultats obtenus par son contrôle des dépenses dites "fixes" sont, en partie, susceptibles d'être compromis pour la jurisprudence qui s'est instaurée en matière de retrait des actes administratifs créateurs de droits »[100].

La Cour estime que cette jurisprudence est « une libre interprétation de la volonté du législateur et du règlement fixant les délais

[97] 125e Cahier de la Cour des comptes. *Observations et documents soumis à la Chambre des représentants*, Fasc. Ier, p. 112. Voy., dans le même sens, 141e Cahier de la Cour des comptes. *Observations et documents soumis à la Chambre des représentants*, Fasc. Ier, pp. 20-26 ; 132e Cahier de la Cour des comptes. *Observations et documents soumis à la Chambre des représentants*, Fasc. Ier, pp. 15-19 ; 128e Cahier de la Cour des comptes. *Observations et documents soumis à la Chambre des représentants*, Fasc. Ier, p. 93.

[98] C.E., arrêt *de Lannoy*, n° 13.614 du 6 juin 1969.

[99] 126e Cahier de la Cour des comptes. *Observations et documents soumis à la Chambre des représentants*, Fasc. Ier, p. 63.

[100] 132e Cahier de la Cour des comptes. *Observations et documents soumis à la Chambre des représentants*, Fasc. Ier, p. 15.

de recours »[101]. Par conséquent, « dans l'exercice de ses prérogatives en matière de contrôle des dépenses, la Cour ne peut être liée par cette jurisprudence. En effet, la Cour des Comptes est constitutionnellement investie de l'obligation de critiquer l'illégalité de tout acte administratif, d'en dénoncer l'existence au Parlement quel que soit le moment où il viendrait à sa connaissance, et d'empêcher la mise à charge du budget de toute dépense qui en serait la conséquence »[102].

La Cour des comptes relève également que « la Cour de cassation a, pour sa part, jugé que la compétence des cours et tribunaux d'examiner la légalité ou l'illégalité d'une décision administrative n'est pas entravée par la considération que cette décision n'est plus susceptible d'être retirée par l'autorité administrative »[103].

C'est pourquoi, précise, en outre, la Cour, « en raison des points de vue divergents du Conseil d'État et de la Cour des Comptes, l'autorité administrative se trouve devant un dilemme lorsqu'elle est confrontée à un acte individuel créateur de droits qu'elle a pris de manière irrégulière et qu'elle n'a pas rapporté dans le délai de 60 jours : elle ne peut satisfaire aux observations de la Cour sans courir le risque de se voir censurer par le Conseil d'État, ni invoquer la jurisprudence de celui-ci sans recevoir de nouvelles observations ou se voir opposer un refus de visa de la part de la Cour »[104].

46. C'est, au final, par un appel au législateur que la Cour entend régler cette problématique.

À ce sujet, elle précise qu'« il est permis de se demander si la solution du problème ne réside pas dans une intervention du législateur

---

[101] 157e Cahier de la Cour des comptes. *Observations et documents soumis à la Chambre des représentants*, Fasc. Ier, p. 264.

[102] 141e Cahier de la Cour des comptes. *Observations et documents soumis à la Chambre des représentants*, Fasc. Ier, p. 26 ; voy. égal. 160e Cahier de la Cour des comptes. *Observations et documents soumis à la Chambre des représentants*, Fasc. Ier, p. 87 ; 159e Cahier de la Cour des comptes. *Observations et documents soumis à la Chambre des représentants*, Fasc. Ier, pp. 86-88 ; 158e Cahier de la Cour des comptes. *Observations et documents soumis à la Chambre des représentants*, Fasc. Ier, pp. 131-133 ; 156e Cahier de la Cour des comptes. *Observations et documents soumis à la Chambre des représentants*, Fasc. Ier, p. 93 ; 154e Cahier de la Cour des comptes. *Observations et documents soumis à la Chambre des représentants*, Fasc. Ier, pp. 59-61.

[103] 156e Cahier de la Cour des comptes. *Observations et documents soumis à la Chambre des représentants*, Fasc. Ier, p. 93.

[104] 157e Cahier de la Cour des comptes. *Observations et documents soumis à la Chambre des représentants*, Fasc. Ier, p. 268.

précisant que l'expiration du délai de recours en annulation par le Conseil d'État ne porte pas atteinte au pouvoir de l'autorité administrative de retirer un acte irrégulier. Cependant, pour concilier la sécurité juridique et l'efficacité de la gestion et du contrôle des finances publiques, ce pouvoir pourrait être limité dans le temps, le délai attaché à la possibilité de retrait devant toutefois être suffisant pour permettre à l'organe de contrôle de faire connaître ses objections motivées à l'égard de l'acte contesté, et à l'autorité d'en tirer les conclusions »[105].

47. Enfin, l'on relève que la situation qui donnait le plus souvent lieu à une divergence entre la position de la Cour des comptes et la jurisprudence du Conseil d'État – c'est-à-dire l'octroi d'un visa préalable de la Cour sur les pensions à charge de l'État – n'a plus lieu d'être étant donné l'abrogation[106] de l'article 17 de la loi du 29 octobre 1846 « relative à l'organisation de la Cour des comptes »[107], qui imposait un tel visa préalable[108].

*

48. Que l'acte administratif soit examiné par la Cour de cassation ou contrôlé par la Cour des comptes, son auteur est en mesure de le retirer sans contraintes temporelles. L'article 159 de la Constitution, pour la première juridiction, l'article 180 de la Constitution, pour la seconde autorité, autorisent un contrôle étendu, à tout moment, et sans limites particulières. Toutefois, vu la position du Conseil d'État – et sa jurisprudence restrictive relative au retrait d'acte –, l'équilibre entre le principe de la légalité et celui de la sécurité juridique apparaît être, en soi, une source d'insécurité.

---

[105] 132e Cahier de la Cour des comptes. *Observations et documents soumis à la Chambre des représentants*, Fasc. Ier, p. 19.

[106] Loi du 22 mai 2003 « modifiant la loi du 29 octobre 1846 relative à l'organisation de la Cour des comptes » (*Mon. b.* du 3 juillet 2003), art. 10.

[107] *Mon. b.* du 1er novembre 1846.

[108] Voy. égal. Cass., 16 octobre 2017, C.15.0453.F., qui énonce qu'« en vertu de l'article 17, alinéa 1er, de la loi du 29 octobre 1846 relative à l'organisation de la Cour des comptes, cette cour statue sur la légalité et le taux des pensions à charge de l'État. Il ne se déduit ni de cette disposition ni de l'article 159 de la Constitution que les décisions de la Cour des comptes sur la légalité et le taux des pensions à charge de l'État lient les tribunaux appelés à statuer sur une contestation qui a pour objet des droits civils ou politiques ».

CHAPITRE II.

LES CONSÉQUENCES DU RETRAIT D'ACTE OPÉRÉ DANS LE COURS DE LA PROCÉDURE JUDICIAIRE[109]

49. Envisager l'ensemble des hypothèses dans lesquelles un acte administratif peut être retiré en cours d'instance judiciaire – et concevoir les ramifications de chacune de ces hypothèses – se révèle être, si pas impossible, particulièrement difficile[110].

Aussi, l'examen s'est porté sur la jurisprudence fiscale[111]. Cette matière regorge de recours administratifs organisés qui, le plus souvent, donnent naissance à une décision administrative, parfois retirée après l'introduction d'un recours judiciaire.

50. Après avoir préalablement rappelé quelques notions inhérentes à la matière (Section 1re), l'on relève que la jurisprudence fiscale diverge tant sur les conséquences du retrait d'acte opéré en cours d'instance (Section 2), que sur l'influence de celui-ci sur la question des dépens (Section 3). L'on s'interroge partant sur l'opportunité de

[109] Les auteurs tiennent à remercier le Professeur Jean-François Van Drooghenbroeck et Monsieur le juge fiscal pour le ressort de la Cour d'appel de Liège Éric Van Brustem pour leur précieuse relecture.

[110] À titre liminaire, l'on souligne que nos recherches se sont heurtées à une double difficulté.

L'accessibilité des sources, d'une part. Contrairement aux arrêts du Conseil d'État, les jugements et arrêts des cours et tribunaux ne sont pas systématiquement publiés. Ils le sont d'autant moins quand il n'est pas statué sur le fond en raison d'un incident de procédure, tel un retrait.

Il est apparu, d'autre part, que les conséquences procédurales à tirer du retrait en cours d'instance judiciaire différaient beaucoup d'une juridiction à l'autre, voire, au sein de la jurisprudence d'une même juridiction, d'une décision à l'autre. Peut-être ces divergences s'expliquent-elles par le fait que le concept même du retrait se concilie mal avec le contentieux subjectif dont l'objet n'est pas un acte – comme au contentieux objectif –, mais bien un droit subjectif, dont, par hypothèse, la reconnaissance est influencée par une décision de retrait.

[111] Il ne s'agit toutefois que d'un exemple parmi d'autres et il convient partant d'en souligner les limites.

La première limite est celle du contexte spécifique dans lequel s'insère l'instance considérée. Si l'hypothèse du retrait d'une décision prise sur recours administratif organisé est examinée, il faut garder à l'esprit que le retrait en cours d'instance n'est pas exclu en dehors de tout recours préalable.

La seconde limite, intrinsèquement liée à la première, touche à la nature de l'acte dont le retrait est examiné : du fait même qu'un recours judiciaire est introduit, l'hypothèse est circonscrite au seul cas où la décision administrative prise sur recours ne satisfait pas le contribuable requérant. L'analyse est, en d'autres termes, limitée au retrait d'un acte non créateur d'un avantage (comp. M. Boes, « Intrekking van fiscale beslissingen », *T.F.R.*, 2005, p. 398 : « Men zou kunnen stellen dat een [besluit dat het beroep van de belastingplichtige ongegrond verklaart] een beletsel wegneemt voor de provincie of de gemeente om een belasting te innen, en in die zin ook rechtscheppend is »).

régler ces questions dans un accord procédural (Section 4). L'on analyse ensuite la possibilité d'ordonner le retrait d'acte au titre de la réparation en nature d'une faute, que cette faute ait été commise en matière fiscale ou dans un domaine juridique différent (Section 5).

Section 1re. – *Quelques notions inhérentes au contentieux fiscal*

51. La Cour de cassation définit généralement l'impôt – aussi appelé « taxe », « cotisation », « droit » ou « contribution » par le législateur[112] – comme « un prélèvement pratiqué par voie d'autorité par l'État, les régions, les communautés, les provinces ou les communes sur les ressources des personnes qui y vivent ou y possèdent des intérêts, pour être affecté aux services d'utilité publique »[113].

L'impôt est matérialisé et rendu exécutoire par le rôle.

Il s'agit du « titre que l'Administration se confère à elle-même [en application du privilège du préalable[114]] et qui est doté de la force exécutoire, sans devoir recourir aux cours et tribunaux »[115]. Le rôle est défini par la Cour de cassation comme « un acte authentique par lequel l'administration […] se crée un titre contre le contribuable, et manifeste sa volonté d'exiger le payement de l'impôt [au besoin par la contrainte] »[116]. En d'autres termes, il s'agit « à la fois [du] titre constitutif de l'impôt et [du] titre exécutoire de l'État »[117].

[112] A. Tiberghien (fond.), *Manuel de Droit fiscal*, t. 1, 34e éd., Waterloo, Kluwer, 2016, p. 3.

[113] Cass., 20 mars 2003, C.01.0269.F. Voy. égal. A. Tiberghien (fond.), *Manuel de Droit fiscal*, t. 1, *op. cit.*, p. 3.

[114] A. Tiberghien (fond.), *Manuel de Droit fiscal*, t. 1, *op. cit.*, p. 919. Sur le privilège du préalable, voy. not. M. Nihoul, *Les privilèges du préalable et de l'exécution d'office : pour une relecture civile et judiciaire à l'aide du droit commun de l'exécution*, Bruges, la Charte, 2001.

[115] N. Pirotte, *Le recouvrement de l'impôt sur les revenus et de la taxe sur la valeur ajoutée. Chronique approfondie de jurisprudence 2000-2015*, coll. « Les Dossiers du Journal des Tribunaux », vol. 101, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 77.

[116] Cass., 17 juin 1929, *Pas.*, 1929, I, p. 246.

[117] N. Pirotte, *Le recouvrement de l'impôt sur les revenus et de la taxe sur la valeur ajoutée. Chronique approfondie de jurisprudence 2000-2015*, *op. cit.*, p. 77.

La loi fiscale est généralement considérée comme étant d'ordre public[118]. Ce principe emporte, notamment, une limitation de la liberté contractuelle de l'administration fiscale[119].

Depuis l'entrée en vigueur de la loi du 23 mars 1999 « relative à l'organisation judiciaire en matière fiscale »[120], les contestations relatives à l'application des lois d'impôt sont soumises au Tribunal de première instance[121], selon la procédure décrite aux articles 1385*decies* et 1385*undecies* du Code judiciaire.

52. Il faut encore souligner que le juge fiscal est sans juridiction pour connaître d'une demande qui viserait la décision rendue sur recours administratif. Seule la taxe sur laquelle porte cette décision peut être soumise au juge[122].

L'enseignement vaut également en matière de fiscalité communale et provinciale – dont il est question dans la majorité des décisions examinées –, alors même que le texte de l'article L3321-10, alinéa 1er, du Code wallon de la démocratie locale et de la décentralisation (ci-après « C.D.L.D. »)[123] dispose que « *[l]a décision* prise par une des autorités visées à l'article L3321-9 [c'est-à-dire, le collège provincial ou le collège communal, qui agissent en tant qu'autorité administrative] peut faire l'objet d'un recours devant le Tribunal de première instance dans le ressort duquel la taxe a été établie »[124].

---

[118] Cass., 15 mai 2003, *Pas.*, 2003, p. 1006 ; *J.L.M.B.*, 2003, p. 1853. Voy. égal. A. Henkes, « "Le droit fiscal est d'ordre public !" *So what* ? De la relativité de l'ordre public en droit fiscal et du rôle de la Cour », discours prononcé à l'occasion de la rentrée solennelle de la Cour de cassation du 1er septembre 2016, pp. 37 et ss. ; A. Tiberghien (fond.), *Manuel de Droit fiscal*, t. 1, *op. cit.*, pp. 30-31, qui nuancent toutefois ce principe.

[119] Cass., 10 septembre 1968, *Pas.*, 1969, I, p. 38 (« Attendu que les clauses d'une convention ne sauraient avoir pour effet d'éluder les dispositions d'ordre public des lois fiscales ») ; D. Renders, *Droit administratif général*, *op. cit.*, p. 679 ; D. Renders, Th. Bombois, B. Gors, Ch. Thiebaut et L. Vansnick, *Droit administratif, Tome III. Le contrôle de l'administration*, coll. « Précis de la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain » Bruxelles, Larcier, 2010, p. 447 ; S. Riger-Brown, « Les personnes morales de droit public peuvent-elles transiger ? », *J.T.*, 2018, p. 229 ; A. Tiberghien (fond.), *Manuel de Droit fiscal*, t. 1, *op. cit.*, p. 31 ; P. Abba, « Le contrat de transaction en droit public », *A.P.T.*, 2017, p. 357.

[120] Loi du 23 mars 1999 « relative à l'organisation judiciaire en matière fiscale » (*Mon. b.* du 27 mars 1999), art. 4.

[121] Code judiciaire, art. 569, al. 1er, 32°.

[122] Cass., 31 janvier 2014, F.12.0030.F. Voy. aussi Civ. Luxembourg, div. Marche-en-Famenne, 24 octobre 2018, R.G. 17/513/A, inédit.

[123] Anciennement, l'article 10, alinéa 1er, de la loi du 24 décembre 1996 « relative à l'établissement et au recouvrement des taxes provinciales et communales » (*Mon. b.* du 31 décembre 1996), codifié par l'article 2, 14°, de l'arrêté du Gouvernement wallon du 22 avril 2004 « portant codification de la législation relative aux pouvoirs locaux » (*Mon. b.* du 12 août 2004).

[124] Nous soulignons.

En effet, la Cour de cassation estime qu'« [i]l suit [des articles 569, alinéa 1er, 32°[125], et 1385*undecies*, alinéas 1er et 2[126], du Code judiciaire, ainsi que des articles 10, alinéas 1er et 2, et 11 de la loi du 24 décembre 1996] qu'en matière de fiscalité communale, le juge est saisi des contestations relatives à l'application des règlements-taxes communaux et que, si la réclamation introduite devant le collège des bourgmestre et échevins contre une taxe communale est le préalable qui rend admissible l'action portée devant lui, ce n'est pas la décision administrative éventuellement rendue sur cette réclamation qui fait l'objet de l'action en justice mais la taxe établie en application du règlement-taxe »[127].

Les demandes qui visent la mise à néant de la décision rendue sur recours administratif sont, en application de cette jurisprudence, déclarées non fondées[128].

Section 2. – *Le sort de l'instance judiciaire en cas de retrait d'acte*

53. Les décisions confrontées à un retrait d'acte en cours de procédure judiciaire y attachent des conséquences diverses. Pour certains juges, le retrait d'acte emporte la perte de l'objet de la demande (Sous-section 1re). Pour d'autres, le retrait implique le désistement tacite du contribuable (Sous-section 2). Pour d'autres juges encore, il faut considérer que l'autorité administrative n'était plus compétente pour retirer sa décision une fois le juge saisi, ce qui suppose d'examiner la demande au fond (Sous-section 3)[129].

---

[125] « Le tribunal de première instance connaît […] des contestations relatives à l'application d'une loi d'impôt ».

[126] « Contre l'Administration fiscale, et dans les contestations visées à l'article 569, alinéa 1er, 32°, l'action n'est admise que si le demandeur a introduit préalablement le recours administratif organisé par ou en vertu de la loi.

L'action est introduite au plus tôt six mois après la date de réception du recours administratif au cas où ce recours n'a pas fait l'objet d'une décision et, à peine de déchéance, au plus tard dans un délai de trois mois à partir de la notification de la décision relative au recours administratif ».

[127] Cass., 17 juin 2016, F.15.0148, *Rev. dr. comm.*, 2017, p. 41 (somm.) ; *R.F.R.L.*, 2016, p. 331, note L. Orban et les conclusions du Premier avocat général A. Henkes. Pour un cas d'application, voy. Civ. Arlon, 20 décembre 2016, R.G. 12/401/A, 13/269/A, 14/167/A et 15/155/A, *R.F.R.L.*, 2017, p. 101.

[128] Voy., par ex., Civ. Namur, div. Namur, 17 octobre 2018, R.G. 16/206/A, inédit ; Civ. Namur, div. Namur, 17 octobre 2018, R.G. 16/1441/A, inédit.

[129] La division ainsi décrite peut paraître artificielle, étant donné que certaines décisions combinent plusieurs des notions abordées.

54. À titre liminaire, l'on précise qu'un retrait d'acte opéré en cours d'instance n'entraîne pas la perte d'intérêt du demandeur. Si un intérêt était présent au moment de l'introduction de la demande, les articles 17 et 18 du Code judiciaire[130] s'opposent, en effet, à ce que le juge tire des conséquences de sa disparition en cours d'instance. C'est au moment où la demande est formée qu'il convient d'apprécier si le demandeur y a intérêt[131]. Ainsi, contrairement à ce qu'a pu juger le Conseil d'État en ce qui concerne les recours introduits devant lui[132], la perte d'intérêt du demandeur en cours d'instance judiciaire n'entraîne pas l'irrecevabilité de la demande.

Le Tribunal de première instance du Luxembourg, division Marche-en-Famenne, a notamment eu l'occasion de rappeler ce principe dans un jugement du 3 janvier 2018, en réponse à une commune défenderesse qui affirmait que le demandeur n'avait plus « aucun intérêt né et actuel à demander l'annulation de la taxe litigieuse dès lors que celle-ci ne lui [était] plus réclamée »[133].

La Cour de cassation estime par contre qu'il revient au juge qui constate la disparition de l'intérêt du demandeur au cours de l'instance, de décréter que la demande est devenue sans objet[134]. Encore faut-il, à notre sens, vérifier quel était l'objet exact de la demande et – plus particulièrement ici – si le retrait l'a fait disparaître dans son intégralité.

---

[130] L'article 17 du Code judiciaire dispose que « [l]'action ne peut être admise si le demandeur n'a pas qualité et intérêt pour la former ». L'article 18 précise que « [l]'intérêt doit être né et actuel.

L'action peut être admise lorsqu'elle a été intentée, même à titre déclaratoire, en vue de prévenir la violation d'un droit gravement menacé ».

[131] Cass., 13 juin 2014, C.12.0388.F. ; Cass., 24 avril 2003, C.00.0567.F-C.01.0004.F., *Arr. Cass.*, 2003, n° 261, et les conclusions de l'Avocat général X. De Riemaecker ; Cass., 4 décembre 1989, *Pas.*, 1990, I, p. 414.

[132] « Pour fonder la recevabilité d'une demande, l'intérêt que doit avoir le requérant à son recours doit exister non au moment de l'adoption de l'acte ou du règlement mais au moment de l'introduction de la requête et subsister jusqu'au prononcé de l'arrêt » (C.E., arrêt *Raemaekers*, n° 240.458 du 16 janvier 2018). Voy. égal., parmi d'autres, C.E., arrêt *XXX*, n° 237.411 du 21 février 2017. L'on relève la récente condamnation de la Belgique de ce chef : C.E.D.H. (2e sect.), affaire *Ronald Vermeulen c. Belgique*, arrêt du 17 juillet 2018, *J.T.*, 2018, p. 775, obs. D. Lagasse, « L'excès de formalisme du Conseil d'État à nouveau sanctionné à Strasbourg ».

[133] Civ. Luxembourg, div. Marche-en-Famenne, 3 janvier 2018, R.G. 17/397/A, inédit. Voy. égal. Civ. Luxembourg, div. Marche-en-Famenne, 5 septembre 2018, R.G. 17/397/A, inédit. En matière de marchés publics, voy. Civ. Hainaut, div. Charleroi, 3 janvier 2018, R.G. 17/877/A, inédit (dont un extrait est reproduit *infra*, note 178) ; Civ. Hainaut, div. Charleroi, 3 janvier 2018, R.G. 17/878/A, inédit ; Civ. Hainaut, div. Charleroi, 3 janvier 2018, R.G. 17/879/A, inédit.

[134] Cass., 29 mai 2015, C.13.0615.N., et les conclusions de l'Avocat général C. Vandewal, pt. 25, qui cite P. Vanlersberghe, « Commentaar bij art. 17 Ger.W. », *in* B. Allemeersch, P. Depuydt, D. Lindemans, S. Raes et J. Laenens, *Gerechtelijk recht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, (f. mob.), Mechelen, Kluwer, n° 55 (décembre 2002), p. 15.

Sous-section 1re. – *La perte d'objet de la demande*

55. Pour un certain nombre de jugements, le retrait de la décision par laquelle l'administration rejette le recours préalable du contribuable entraînerait la perte d'objet de la demande. L'emploi du conditionnel s'explique par le fait que le retrait en lui-même ne ressort pas explicitement des décisions analysées, qui s'étendent rarement sur le contenu exact de la décision de l'administration.

Il apparaît plutôt – la nuance est importante – que c'est la réfection[135] de l'acte, qui va souvent de pair avec le retrait, qui entraîne la perte d'objet de la demande. Cela apparaît logique si l'on se rappelle qu'en matière fiscale, ce n'est pas la décision de rejet de l'administration qui fait l'objet de la demande, mais bien la taxe en elle-même.

Ainsi, le tribunal conditionnera la perte d'objet au constat que les taxes querellées via le recours judiciaire ont été annulées par le collège communal[136], que le collège a décidé de porter les cotisations litigieuses en non-valeur[137] ou, encore, que ces cotisations ont fait l'objet d'un dégrèvement[138].

---

[135] Sur l'(im)possibilité de procéder à la réfection de l'acte retiré, *cf. infra* : nos 64 et ss.

[136] Civ. Namur, div. Namur, 18 avril 2018, R.G. 15/1374/A, inédit ; Civ. Namur, div. Namur, 24 janvier 2018, R.G. 14/2326/A, inédit.

[137] Civ. Hainaut, div. Mons, 16 mai 2017, R.G. 16/960/A, 16/961/A et 16/962/A, inédit. « Mettre en non-valeur » est une opération comptable qui consiste à considérer une créance comme définitivement irrécupérable (voy. *Le Nouveau Petit Robert*, Paris, Dictionnaires Le Robert, 2003, *v°* « Non-valeur », p. 1741). Il s'agit, en quelque sorte, d'une décision de « désenrôlement ». Comp. Anvers 20 octobre 2009, *L.R.B.*, 2010, p. 64 (somm.) : « En ce qui concerne le retrait de la cotisation, la Cour fait remarquer que la technique du placement d'une cotisation sur un "état de non-valeur" est une technique purement comptable qui n'est plus à l'ordre du jour depuis l'entrée en vigueur de la loi du 24 décembre 1996 relative à l'établissement et au recouvrement des taxes provinciales et communales et qui ne porte pas atteinte à l'existence du rôle déclaré exécutoire ».

[138] Civ. Luxembourg, div. Marche-en-Famenne, 12 juillet 2018, R.G. 17/346/A, inédit. En l'espèce, l'État belge avait déposé deux avertissements-extrait de rôle en rectification des cotisations querellées, qui prévoyaient le remboursement des montants réclamés en faveur des demandeurs, mais le Tribunal a ordonné la réouverture des débats après avoir constaté que l'introduction du recours judiciaire avait dessaisi l'administration, de sorte qu'il était dans l'impossibilité de vider sa saisine (Civ. Luxembourg, div. Marche-en-Famenne, 6 septembre 2017, R.G. 17/346/A, inédit). Dans le cadre de la réouverture des débats, l'État belge a reconnu être dessaisi mais a exposé que les dégrèvements avaient été accordés en application d'une convention préventive de la double imposition qui autorisait un contribuable à introduire une « demande de révision » d'une imposition qu'il estime contraire la convention. C'est à la lumière de ces explications et après avoir jugé que la convention préventive de double imposition, en tant que disposition de droit international, primait sur les dispositions de droit interne desquelles découlent le dessaisissement que le Tribunal a constaté la perte d'objet (Civ. Luxembourg, div. Marche-en-Famenne, 12 juillet 2018, R.G. 17/346/A, inédit).

Le retrait ne suffit donc pas, à lui seul, à conclure à la perte d'objet. Avant d'arriver à une telle conclusion, il est nécessaire de déterminer quel est l'objet exact de la demande puisqu'il ne s'agit pas, devant les juridictions de l'ordre judiciaire, d'un acte administratif. Il s'agit de « "la chose demandée" des articles 1138, 2° et 23 du Code judiciaire […], [de] "la prétention", "l'avantage ou le résultat recherché" »[139]. Or, en matière fiscale, ce n'est pas la mise à néant de la décision de rejet du recours administratif qui est soumise à la censure du juge, mais bien l'annulation de la taxe.

À notre sens, et sous réserve des développements ci-après consacrés à la réfection de l'acte[140], il appartiendra dès lors au juge fiscal, avant de constater la perte d'objet, de vérifier que la réfection, la manière dont l'administration a donné suite au retrait de sa décision de rejet – annulation, mise en non-valeur, dégrèvement, rectification, etc. – rencontre effectivement la prétention du demandeur. Le juge devra, en d'autres termes, s'assurer que la nouvelle décision de l'administration n'octroie pas moins au demandeur que ce qu'il aurait pu obtenir du tribunal si sa demande avait abouti, à savoir l'annulation de la taxe querellée, avec toutes les conséquences que pareil dispositif engendre[141].

Sous-section 2. – *Le désistement tacite du demandeur*

56. L'on a vu que le retrait d'acte en cours d'instance peut, sous certaines conditions, faire perdre son objet à la demande.

Dans un jugement du 29 juin 2016, le Tribunal de première instance du Luxembourg, division Arlon, semble attacher une autre conséquence au retrait d'acte. Invité par une commune défenderesse à constater la perte d'objet en raison de la conclusion d'un accord qui prévoyait la mise en non-valeur de la taxe contestée, le Tribunal met tout d'abord en cause la légalité d'un tel accord en raison du principe

[139] H. Reghif, « Chapitre 1er : La demande en justice », *Droit judiciaire. Commentaire pratique* (f. mob.), Waterloo, Kluwer, 2007, pp. II.1-4 et II.1-5.

[140] Sur l'(im)possibilité de procéder à la réfection de l'acte retiré, *cf. infra* : nos 64 et ss.

[141] Voy. not. O. Querinjean et C. Lambrechts, « Les recours judiciaires », *in* F. Stevenart Meeûs (dir.), *Manuel de procédure fiscale*, 2e éd., coll. « Les manuels pratiques », Limal, Anthemis, 2015, pp. 519-523 ; A. Tiberghien (fond.), *Manuel de Droit fiscal*, t. 2, 34e éd., Waterloo, Kluwer, 2016, pp. 1888-1889.

de dessaisissement[142]. Il constate toutefois, ensuite, que la décision de mise en non-valeur, conjuguée avec l'absence de la demanderesse à l'audience de plaidoirie fixée sur pied de l'article 747, § 1er, du Code judiciaire, « ne peut être interprété[e] que comme un désistement d'instance, tacite mais certain, de cette dernière »[143].

L'enseignement de cette décision en matière de retrait d'acte en cours d'instance apparaît limité dans la mesure où c'est de la probable réfection de l'acte, *combinée* avec l'absence du demandeur à l'audience de plaidoirie *fixée sur pied de l'article 747, § 1er, du Code judiciaire*, que le juge a déduit le désistement[144].

L'on note, par contre, qu'en vertu de l'article 824, alinéa 3, du Code judiciaire, « [l]e désistement tacite ne peut être déduit que d'actes ou de faits précis et concordants qui révèlent l'intention certaine de la partie d'abandonner l'instance ou l'action » et que, pour la Cour de cassation, « la renonciation à un droit est de stricte interprétation et ne peut se déduire que de faits non susceptibles d'une autre interprétation »[145].

Or, si l'absence du demandeur à l'audience de plaidoirie s'expliquait probablement, *in casu*, par l'accord conclu entre parties[146] l'on ne peut en déduire avec certitude, à notre estime, que cette absence n'aurait pas pu avoir d'autre interprétation que le désistement.

De même, il nous semble qu'il échet, avant de décréter le désistement, de vérifier si le demandeur a jugé que la réfection accompagnant généralement le retrait de la décision prise sur recours a bien eu pour effet de faire droit à sa prétention.

57. Une telle vérification a, semble-t-il, été suggérée par le Tribunal de première instance du Luxembourg, division Marche-en-Famenne,

---

[142] Sur le principe de dessaisissement, *cf. infra* : nos 59 et ss.

[143] Civ. Luxembourg, div. Arlon, 29 juin 2016, R.G. 13/360/A, inédit.

[144] Il est ici question du seul désistement d'instance, le désistement d'action n'étant pas admis en droit fiscal en raison du caractère d'ordre public des lois d'impôt (O. Querinjean et C. Lambrechts, « Les recours judiciaires », *op. cit.*, p. 531). Au contraire, « [c]omme le désistement d'instance n'emporte pas renonciation au droit substantiel, il est toujours permis, même si les droits litigieux intéressent l'ordre public (Bruxelles, 16 octobre 2001, *J.T.*, 2002, p. 451) » (C. Closset-Marchal, « Examen de jurisprudence (2002-2012). Droit judiciaire privé. Introduction et incidents de l'instance », *R.C.J.B.*, 2014, p. 246).

[145] Cass., 7 mars 2002, *Pas.*, 2002, I, p. 664 ; Cass., 15 février 1974, *Pas.*, 1974, I, p. 630 ; C. Closset-Marchal, « Examen de jurisprudence (2002-2012). Droit judiciaire privé. Introduction et incidents de l'instance », *R.C.J.B.*, 2014, p. 248 ; P.-Y. Thoumsin, « Le point sur les principes généraux du droit. Les renonciations ne se présument pas », *J.T.*, 2017, p. 713.

[146] Sur l'accord procédural, *cf. infra* : n° 72.

dans un jugement du 6 septembre 2017. Pour le tribunal, les demandeurs « peuvent se désister de la procédure qu'ils ont engagée conformément à l'article 820 du Code judiciaire » « si suite à l'enrôlement des cotisations [prévoyant le remboursement des cotisations supplémentaires qui leur étaient réclamées et qui faisaient l'objet de la demande, ils] considèrent qu'il est fait droit à leurs prétentions, qu'ils précisaient au point 2 de leurs conclusions, comme un retour aux premières impositions établies par l'État belge ». Considérant que les conclusions des parties, rédigées avant l'émission des nouvelles cotisations, ne lui permettent pas de se prononcer sur les chefs de demande, le Tribunal décide même d'ordonner la réouverture des débats[147].

Il apparaît raisonnable de déduire du jugement du 6 septembre 2017 qu'au sens du Tribunal, la seule réfection ne permet pas de décréter le désistement. Une telle décision impose d'établir, au préalable et avec certitude, que le demandeur estime qu'il a été fait droit à sa prétention.

58. Peut-être en serait-il allé autrement si la réfection avait été prévue par un accord. C'était, du reste, le cas dans l'affaire qui a donné lieu au jugement du 29 juin 2016 précité. Ainsi, la Cour du travail de Bruxelles a déjà jugé que « [l]a conclusion entre parties, d'une convention portant sur un ou plusieurs points litigieux, et son exécution valent désistement tacite quant à ces chefs de demande »[148]. À défaut, pour le demandeur, de s'être désisté de façon expresse, dans le respect des conditions fixées à l'article 824, alinéa 2, du Code judiciaire, il nous semble toutefois qu'avant de décréter le désistement, le tribunal devra avoir égard à l'accord conclu, afin de vérifier qu'aucun doute ne subsiste quant à l'intention du demandeur d'abandonner l'instance.

En conclusion, le retrait en cours d'instance de la décision prise sur réclamation, même couplé à un acte de réfection qui ferait disparaître la taxe querellée, ne peut, à notre estime, suffire pour décréter le désistement tacite du demandeur si son intention d'abandonner l'instance ne ressort pas très clairement d'un accord conclu entre

[147] Civ. Luxembourg, div. Marche-en-Famenne, 6 septembre 2017, R.G. 17/346/A, inédit.
[148] C. trav. Bruxelles, 31 octobre 1973, R.G. 2412 (somm.).

parties. L'existence de cette intention devra, partant, être dûment contrôlée par le juge.

Sous-section 3. – *Le dessaisissement de l'autorité administrative au profit du juge*[149]

59. Plus nombreuses sont les décisions qui estiment qu'une fois le juge saisi, la décision prise sur réclamation ne peut plus faire l'objet d'un retrait, son auteur ayant été dessaisi par l'introduction d'un recours judiciaire.

Il en va ainsi, par exemple, de deux arrêts de la Cour d'appel d'Anvers qui jugent respectivement que :

> « dès qu'une action en justice a été intentée, l'administration ne dispose plus de la compétence de se prononcer au sujet d'une réclamation introduite. Le principe de sécurité juridique et l'interdiction de détournement de pouvoir s'opposent en outre à ce que le collège des bourgmestre et échevins procède à une déclaration d'annulation d'une imposition et au retrait de la décision concernant la réclamation, vu qu'il apparaît que ce retrait ne s'est fait que pour permettre au collège d'établir une nouvelle imposition. Étant donné que ce retrait de l'imposition est nul, l'imposition existe encore et il y a double imposition si une nouvelle imposition est encore établie »[150] ;

[149] La jurisprudence précitée selon laquelle le juge fiscal est compétent pour annuler la taxe – non la décision par laquelle l'administration rejette la réclamation introduite contre cette taxe – implique que la distinction que nous avons opérée ci-avant (*cf. supra* : n^os^ 32 et ss.) entre la compétence d'annulation et la compétence de réformation de l'organe de recours, pour déterminer si l'introduction d'un recours a pour effet de dessaisir l'auteur de l'acte initial, manque de pertinence en matière fiscale. Ceci explique que nous consacrons des développements spécifiques au dessaisissement de l'autorité au profit du juge en cette matière.

[150] Anvers, 30 juin 2009, *T.F.R.*, 2009, p. 932 (somm.), note M. Jonckheere, « Intrekking en hertaxatie bij lokale belastingen ». Voy. égal. Anvers, 25 septembre 2012, *Cour. fisc.*, 2013, p. 343 (somm.), note A. Jacobs, « L'Administration (communale en l'espèce) peut-elle, de sa propre initiative, rétracter une taxation établie de manière irrégulière, pour ensuite établir une nouvelle taxation afin de rectifier son erreur ? » ; Anvers, 20 octobre 2009, *L.R.B.*, 2010, p. 64 (somm.). Dans l'arrêt du 25 septembre 2012, la Cour estime, de façon similaire, que « suite à l'introduction du recours en justice, l'administration a perdu sa compétence décisionnelle. Si l'administration prend une décision après qu'une requête ait été introduite, cette décision est irrégulière. L'administration n'est en effet plus compétente à ce moment. Le principe de sécurité juridique et l'interdiction de l'abus de pouvoir s'opposent à ce que l'Administration puisse encore rétracter sa décision (en l'espèce la taxation et la décision rendue sur la réclamation du redevable) une fois le litige soumis au pouvoir judiciaire. La rétractation d'une décision antérieure ne peut pas être utilisée par l'autorité pour réparer une faute de procédure commise dans l'établissement d'une imposition ».

et que :

> « la compétence décisionnelle est retirée à l'administration par l'introduction de l'action en justice. Le principe de sécurité juridique et l'interdiction de détournement de pouvoir s'opposent à ce que le collège des bourgmestre et échevins procède à la déclaration de nullité de la taxation et au retrait de la décision concernant la réclamation. Le but de la possibilité de retirer des actes administratifs est de faire en sorte que les actes juridiques irréguliers disparaissent de l'ordonnancement juridique. Le retrait ne peut être utilisé pour donner l'occasion à l'administration de pouvoir introduire à nouveau des taxations, entachées d'erreurs de procédure »[151].

Les jugements rendus les 3 janvier[152] et 5 septembre 2018[153] par le Tribunal de première instance du Luxembourg, division Marche-en-Famenne, vont dans le même sens. Ils sont motivés par référence à l'article L3321-10, alinéa 1er, du C.D.L.D. et aux articles 569, alinéa 1er, 32°, et 1385*undecies* du Code judiciaire, ainsi qu'à la doctrine :

> « En cas de recours en justice, à l'instar du directeur régional en matière d'impôts sur les revenus, il y a lieu de considérer que le Collège communal est dessaisi, de sorte que sa décision prise après le dépôt de la requête au greffe *est nulle* (M. Balleux, La procédure contentieuse judiciaire, ESSF, 2016, p. 24).
>
> A. Decroës relève à juste titre, ce qui suit : "Soutenir le contraire, à savoir que le directeur [elle s'exprime en matière de contributions directes mais son point de vue est transposable en matière de taxes communales] reste saisi du dossier alors que l'instance judiciaire est introduite, aboutirait à des situations absurdes […]. Prenons, par exemple, l'hypothèse dans laquelle le directeur rend une décision défavorable au contribuable après que le tribunal soit saisi de l'action, le contribuable devra, afin d'éviter que cette décision défavorable devienne irrévocable, introduire une nouvelle action contre cette décision. Le tribunal se trouverait dès lors saisi doublement de la même contestation. Une autre situation est celle où le directeur attend la fin de l'instance judiciaire pour rendre une décision. Si cette décision est semblable à celle du tribunal, elle est inutile. Si cette décision est contraire à celle du tribunal, cela reviendrait à permettre à une autorité administrative d'aller à l'encontre d'une décision judiciaire qui a autorité de chose jugée, ce qui ne peut évidemment se

[151] Anvers, 23 octobre 2012, *L.R.B.*, 2012, p. 58 (somm.).
[152] Civ. Luxembourg, div. Marche-en-Famenne, 3 janvier 2018, R.G. 17/397/A, inédit.
[153] Civ. Luxembourg, div. Marche-en-Famenne, 5 septembre 2018, R.G. 17/397/A, inédit.

concevoir » (A. Decroës, « La procédure judiciaire fiscale », *J.D.F.*, 2000, pp. 257 à 298 et spéc. pp. 292 et 293).

L'introduction de l'action judiciaire entraîne donc le dessaisissement de l'administration, celle-ci ne pouvant plus statuer sur la réclamation. Il s'agit d'une règle spécifique au contentieux fiscal qui écarte toute application de la théorie du retrait des actes administratifs. En effet, en vertu de cette règle fiscale de dessaisissement, la décision de la direction régionale, en matière de contributions directes, ou celle du collège communal, en matière de taxes communales, qui se prononcerait sur une réclamation après l'introduction d'un recours judiciaire serait sans aucune valeur juridique (*Cf.*, en ce sens, A. Decroës, « La procédure judiciaire fiscale », *o.c.*, pp. 292 et 293 ; Cass., 11 mars 2011, F.10.0004.N., www.juridat.be).

La décision du Collège communal du 28 juillet 2015 est postérieure au dépôt de la requête au greffe. Elle a, par conséquent, été prononcée alors que le Collège communal était dessaisi.

Il appartient, par conséquent, au Tribunal d'examiner le fondement de la demande" »[154].

60. Si la majorité des juridictions semblent s'accorder sur le principe selon lequel la saisine du juge entraîne le dessaisissement de l'autorité administrative, elles n'en tirent pas toutes les mêmes conséquences. Ainsi, le jugement précité du 29 juin 2016 rappelle que « [l]a saisine du Tribunal entraîne en principe le dessaisissement de l'autorité administrative qui outrepasse ses pouvoirs si elle statue après l'introduction de la requête ». Toutefois, plutôt que d'examiner le fond de la demande, le Tribunal décrète le désistement tacite du demandeur, non sans avoir précisé qu'il ne lui appartient pas d'outrepasser le principe dispositif, « même si la légalité de l'accord conclu entre parties pose question »[155].

61. Il est aussi des cas où, sans se prononcer explicitement sur la possibilité pour l'autorité administrative de retirer son acte une fois le juge saisi, le tribunal se prononce au fond, comme si l'administration n'avait pas statué depuis l'introduction de l'action[156].

62. À notre estime, le dessaisissement de l'autorité administrative une fois un recours judiciaire introduit mérite d'être nuancé, à tout

[154] Voy. égal. Civ. Luxembourg, div. Marche-en-Famenne, 6 septembre 2017, R.G. 17/346/A, inédit ; Civ. Namur, div. Namur, 6 janvier 2016, R.G. 14/728/A, *F.J.F.*, 2016, p. 250 (somm.), qui développent un raisonnement identique.

[155] Civ. Luxembourg, div. Arlon, 29 juin 2016, R.G. 13/360/A, inédit.

[156] Civ. Luxembourg, div. Arlon, 16 novembre 2016, R.G. 15/3/A, inédit.

le moins en ce qu'il est interprété comme s'opposant au retrait en cours d'instance[157]. En citant Anne Decroës, les jugements précités laissent entendre que la conclusion de l'auteure – pour qui considérer que « le directeur reste saisi du dossier alors que l'instance judiciaire est introduite, aboutirait à des situations absurdes » – reste valable, peu importe que le directeur des contributions ait statué sur la réclamation avant que le tribunal ne soit saisi.

Or, il est fondamental de bien distinguer deux hypothèses.

Soit l'autorité n'a pas statué sur la réclamation dans le délai qui lui est imparti par l'article L3321-10, alinéa 2, du C.D.L.D., tel qu'interprété par la Cour constitutionnelle[158] et la Cour de cassation[159], avant que le contribuable n'ait saisi le juge[160]. La question du retrait ne se pose alors pas, puisqu'il n'existe, par hypothèse, aucun acte à retirer.

---

[157] M. Marlière et A. Scheyvaerts, « Les recours administratifs », *in* F. Stevenart Meeûs (dir.), *Manuel de procédure fiscale*, 2e éd., coll. « Les manuels pratiques », Limal, Anthemis, 2015, p. 448 (« si une action est introduite devant le tribunal de première instance, seul ce dernier (ou la cour d'appel après lui) peut encore décider au sujet de l'imposition litigieuse. En effet, le directeur ne pourrait pas revoir ou retirer sa décision alors que le recours introduit devant le tribunal dessaisit l'administration en tant qu'autorité administrative […] ») ; A. Tiberghien (fond.), *Manuel de Droit fiscal*, t. 2, 33e éd., *op. cit.*, p. 1704 (« Le retrait ne peut être utilisé pour donner aux autorités publiques l'occasion de permettre de recommencer les impositions entachées d'erreurs de procédure. Lorsqu'un recours a été intenté devant le Tribunal de première instance contre la décision du collège des bourgmestre et échevins relative à une réclamation, le collège n'est plus compétent pour prendre des décisions se rapportant à l'imposition litigieuse ») ; A. Tiberghien (fond.), *Manuel de Droit fiscal*, t. 1, *op. cit.*, pp. 896 et 912 ; circulaire Ci.RH.863/530.827 du 18 septembre 2000, n° 78, disponible sur www.fisconet.fgov.be (« Lorsqu'un recours a été introduit contre la décision directoriale, l'administration est par ce fait même dessaisie en tant qu'autorité administrative dotée d'un pouvoir contentieux. En effet, les deux procédures – administrative et judiciaire – ne peuvent jamais coexister »).

[158] C. const., arrêt n° 114/2000 du 16 novembre 2000, B.27. Voy. aussi C. const., arrêt n° 134/2004 du 22 juillet 2004, B.6.2. Il s'agissait, à l'époque, de l'article 10, alinéa 2, de loi du 24 décembre 1996 « relative à l'établissement et au recouvrement des taxes provinciales et communales » (*Mon. b.* du 31 décembre 1996) codifié par l'article 2, 14°, de l'arrêté du Gouvernement wallon du 22 avril 2004 « portant codification de la législation relative aux pouvoirs locaux » (*Mon. b.* du 12 août 2004).

[159] Cass., 11 mars 2011, F.10.0004.N. Voy. aussi Cass., 15 juin 2017, F.16.0054.F. ; A. Jacobs, « L'Administration (communale en l'espèce) peut-elle, de sa propre initiative, rétracter une taxation établie de manière irrégulière, pour ensuite établir une nouvelle taxation afin de rectifier son erreur ? », note sous Anvers, 25 septembre 2012, *Cour. fisc.*, 2013, p. 343.

[160] En vertu de l'article 1385*undecies*, alinéa 2, *in limine*, du Code judiciaire, le contribuable saisit le juge au plus tôt six mois après la date de réception du recours administratif. Si l'on extrapole sur base du raisonnement des hautes juridictions, il faudrait en fait considérer qu'un délai est bien prévu par les textes – la combinaison de l'article L3321-10, alinéa 2, C.D.L.D. et de l'article 1385*undecies*, alinéa 2, *in limine*, du Code judiciaire – mais que ce délai peut varier en fonction du moment où le contribuable introduira un recours judiciaire, s'il décide d'introduire un tel recours, de sorte que le délai pourrait ne jamais toucher à sa fin. Toujours à suivre cette logique – « l'administration […] peut traiter le litige aussi longtemps que le contribuable n'a pas porté celui-ci devant le juge compétent » (C. const., arrêt n° 114/2000 du 16 novembre 2000, B.27) –, ce délai, aussi variable soit-il, devrait être qualifié de délai de rigueur puisque les textes, tels qu'interprétés par la jurisprudence, attachent une sanction au dépassement du délai : une fois le juge saisi, l'autorité est purement et simplement dessaisie (M. Boes, « Intrekking van fiscale beslissingen »,

Soit – c'est l'hypothèse qui nous intéresse puisqu'il ne peut y avoir de retrait sans acte à retirer –, l'administration a statué sur la réclamation avant qu'une action ne soit intentée par le contribuable. Dans ce cas, la jurisprudence de la Cour de cassation relative à l'article 159 de la Constitution permet à l'administration, qui constate avoir commis une illégalité à la lecture de l'acte introductif d'instance, de procéder au retrait de la décision par laquelle elle a rejeté la réclamation du contribuable[161].

Anne Decroës ne va pas dans un sens différent quand elle précise qu'elle s'interroge « sur l'effet de l'introduction de l'action devant le tribunal de première instance sur les pouvoirs du directeur des contributions *lorsqu'il n'a pas statué dans le délai de six (ou neuf) mois* »[162] avant d'écrire qu'« il ne fait aucun doute que l'introduction de l'action entraîne le dessaisissement de l'administration, celle-ci ne pouvant dès lors plus statuer sur la réclamation »[163].

Il en va de même de Jacqueline Linsmeau quand elle souligne que « les effets de l'action et notamment le dessaisissement de l'administration […] ne se produiront qu'une fois le délai [de six mois] entièrement écoulé », puisqu'elle semble ainsi aborder la seule hypothèse où aucune décision n'a été prise par l'administration avant l'introduction du recours[164].

Marc Levaux, quant à lui, est clair lorsqu'il pose la question de savoir ce qu'il en est du pouvoir du directeur régional « lorsqu'il n'a pas statué dans le délai de six (ou neuf) mois à dater de la réclamation et que le contribuable saisit le tribunal […] » avant d'affirmer que

op. cit., pp. 397-398 ; J.-P. Magremanne et A. Scheyvaerts, « Actualités 2017 en matière de taxes provinciales et communales », *in* Y. Bernaerts e.a., *Le droit fiscal en Belgique. Édition 2018*, coll. « Les ateliers des FUCaM », Limal, Anthemis, 2018, p. 540 ; A. Tiberghien (fond.), *Manuel de Droit fiscal*, t. 2, 33e éd., *op. cit.*, p. 1729).

[161] Voy. aussi Cass., 22 février 2017, *Amén.-Env.*, 2017, p. 318, pour autant que cet arrêt puisse être transposé en matière fiscale où, pour rappel, ce n'est pas la décision administrative qui fait l'objet de la demande soumise au juge.

[162] A. Decroës, « La procédure judiciaire fiscale », *J.D.F.*, 2000, p. 292. Nous soulignons.

[163] A. Decroës, « La procédure judiciaire fiscale », *op. cit.*, p. 292.

[164] Ce que confirme la suite de son développement où, après avoir rappelé « en effet » « que l'introduction de l'action entraîne le dessaisissement de l'administration », l'auteure aborde deux hypothèses marginales dans lesquelles soit la décision est prise avant la saisine du juge mais n'a pas encore été notifiée au réclamant, soit la notification de la décision est postérieure à la date de recours (J. Linsmeau, « Les conséquences et effets pratiques de l'application du Code judiciaire à la nouvelle procédure fiscale », *in* M. Eloy (dir.), *La nouvelle procédure fiscale et sa pratique*, Bruxelles, Éd. du Jeune Barreau de Bruxelles, 1999, pp. 132-133).

« dans cette hypothèse » « le directeur régional est […] dessaisi du dossier et ne peut donc plus statuer sur la réclamation »[165].

De même, Olivier QUERINJEAN et Charlotte LAMBRECHTS expliquent que « le recours introduit auprès du tribunal dessaisit automatiquement le directeur régional » lorsqu'ils abordent l'hypothèse dans laquelle « le directeur régional n'a pas encore statué sur la réclamation »[166].

À l'occasion des travaux préparatoires de la loi du 15 mars 1999 « relative au contentieux en matière fiscale »[167], un ministre avait en effet fait observer, en réponse à des questions qui touchaient à la seule hypothèse de l'absence de décision avant la saisine du tribunal[168], que « dès que le contribuable choisit d'introduire un recours devant le tribunal de première instance, il dessaisit automatiquement l'administration de son dossier »[169].

63. La confusion entre les deux hypothèses précédemment distinguées semble être née de l'interprétation stricte donnée par l'administration à l'article 375 du Code des impôts sur les revenus 1992 (ci-après « C.I.R. 92 ») sur la base d'une autre déclaration du ministre lors de l'élaboration de la loi du 15 mars 1999[170], ainsi que d'un arrêt de la Cour de cassation du 8 juin 1938 qui juge qu'« aucune disposition des lois coordonnées relatives aux impôts sur les revenus ne

[165] M. LEVAUX, « La procédure judiciaire fiscale », *Act. dr.*, 1999, p. 475.

[166] O. QUERINJEAN et C. LAMBRECHTS, « Les recours judiciaires », *op. cit.*, p. 503.

[167] *Mon. b.* du 27 mars 1999.

[168] « *M. Leterme* constate que le contribuable est autorisé à porter le litige devant le tribunal de première instance lorsque l'administration ne lui a pas notifié sa décision dans un délai de six mois. Le contribuable pourra-t-il introduire un second recours au niveau juridictionnel dans l'hypothèse où l'administration se prononce sur le dossier alors que le premier recours est toujours pendant devant la juridiction compétente ? Si oui, quel sera l'impact de ce second recours sur la procédure en cours ? » (Projet de loi « relatif au contentieux en matière fiscale », Rapport fait au nom de la commission des finances et du budget par MM. Lucien Suykens et Robert Meureau, *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 1997-1998, n° 1341/23, p. 20).

[169] Projet de loi « relatif au contentieux en matière fiscale », Rapport fait au nom de la commission des finances et du budget par MM. Lucien Suykens et Robert Meureau, *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 1997-1998, n° 1341/23, p. 20.

[170] Projet de loi « relative à l'organisation judiciaire en matière fiscale », Rapport fait au nom de la Commission des finances et des affaires économiques par MM. Coene et Santkin, *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 1998-1999, n° 1-966/11, p. 169 (« Le ministre estime important de bien marquer, c'est d'ailleurs un principe de droit administratif, qu'un acte administratif (comme le rôle) ne peut être retiré alors qu'un recours a été introduit qui dessaisit l'administration en tant qu'autorité administrative. Si le directeur veut « changer » sa décision, il doit le signaler au juge et c'est au juge de réformer la décision initiale. À personne d'autre. Mais rien n'empêche les parties de déposer des conclusions d'accord. […] si le contribuable n'est pas d'accord avec la décision directoriale, il doit porter le litige qui l'oppose à l'administration devant le judiciaire et non pas introduire une demande de reconsidération sous forme d'une demande de dégrèvement ») ; M. BOES, « Intrekking van fiscale beslissingen », *op. cit.*, p. 398.

donne au directeur des contributions le droit de rapporter ou d'annuler une décision qu'il a rendue et de la remplacer par une décision nouvelle »[171].

Cette interprétation – consistant à déduire que « le retrait d'une décision statuant sur une réclamation est impossible »[172] du fait que la décision du directeur des contributions est « irrévocable »[173] à défaut d'intentement d'une action auprès du tribunal – a d'ailleurs donné lieu à la modification de l'article 375, sur l'initiative du médiateur fédéral, pour y prévoir expressément la possibilité de « rectifier » l'acte[174].

À notre sens, comme le souligne l'auteur de la proposition de loi qui a abouti à la modification de l'article 375 C.I.R. 92, l'ancien texte ne s'opposait pas au retrait de la décision du directeur des contributions puisque, d'une part, l'arrêt du 8 juin 1938 revêt une portée « limitée à la protection du contribuable contre une possibilité illimitée du fisc de remettre en cause une décision *favorable* déjà prise »[175] et, d'autre part, l'article 375 C.I.R. 92 prévoit expressément, en son

[171] Cass., 8 juin 1938, *Pas.*, 1938, I, p. 197.

[172] Proposition de loi « modifiant l'article 375 du Code des impôts sur les revenus 1992 » déposée par M. Christian Brotcorne, Développements, *Doc. parl.*, Chambre, sess. extr. 2014, n° 54-0201/1, p. 3. Voy. égal. A. Tiberghien (fond.), *Manuel de Droit fiscal*, t. 1, *op. cit.*, p. 896 ; circulaire Ci.RH.863/530.827 du 18 septembre 2000, n^os^ 75 et 77, disponible sur www.fisconet.fgov.be (« lorsqu'[une décision directoriale statuant sur une réclamation] acquiert un caractère définitif, elle constitue toujours un obstacle à l'enrôlement d'une imposition nouvelle inconciliable avec ses termes. […] Ce principe est d'ailleurs consacré en des termes exprès par l'article 375, § 1^er^, alinéa 2, CIR 92, qui énonce que la décision notifiée au redevable est irrévocable à défaut d'intentement d'une action devant le tribunal de première instance dans le délai prescrit à cet effet. Il en résulte que dès l'expiration de ce délai, la décision est passée en force de chose "décidée" et la cotisation devient intangible […] les principes généraux de la mutabilité des actes administratifs ne peuvent être transposés tels quels en cette matière. […] En cas de décision qui leur est défavorable, certains redevables pourraient être amenés, plutôt que d'introduire directement une action en justice, de saisir le directeur d'une demande en reconsidération de la décision qui a été prise, par le biais d'un recours "gracieux", en faisant valoir de nouveaux moyens, voire des éléments de preuve qu'ils n'auraient pas été en mesure de produire au cours de l'instruction de la réclamation (la présentation de nouveaux griefs étant exclue, *a contrario*, par le texte de l'article 372, CIR 92). Une telle possibilité ne saurait être admise. […] Lorsqu'un recours a été introduit contre la décision directoriale, l'administration est par ce fait même dessaisie en tant qu'autorité administrative dotée d'un pouvoir contentieux. En effet, les deux procédures – administrative et judiciaire – ne peuvent jamais coexister »).

[173] Il s'agit du terme utilisé par l'article 375, § 1^er^, alinéa 3, C.I.R. 92.

[174] Loi du 15 avril 2018 « modifiant l'article 375 du Code des impôts sur les revenus 1992 » (*Mon. b.* du 20 avril 2018), art. 3, insérant un paragraphe 1^er^/1 à l'article 375, C.I.R. 92.

[175] Proposition de loi « modifiant l'article 375 du Code des impôts sur les revenus 1992 » déposée par M. Christian Brotcorne, Développements, *Doc. parl.*, Chambre, sess. extr. 2014, n° 54-0201/1, p. 3, nous soulignons. En effet, la Cour de cassation précise dans son arrêt du 8 juin 1938 qu'« il n'a pu entrer dans l'intention du législateur de laisser le contribuable sous le coup d'une décision toujours révocable susceptible d'être remplacée par une autre aggravant sa situation ; que l'esprit de la loi comme son texte s'opposent à ce qu'il en soit ainsi » (Cass., 8 juin 1938, *Pas.*, 1938, I, p. 197).

paragraphe 1er, alinéa 1er, que le directeur des contributions statue en tant qu'autorité administrative, ce qui implique que la jurisprudence de cassation relative au retrait d'acte lui est applicable[176].

Contrairement à ce qui a pu être soutenu, les spécificités du contentieux fiscal ne nous semblent donc pas s'opposer à ce que la décision prise sur réclamation soit retirée par son auteur au cours de l'instance judiciaire qui s'en suit[177]. On l'a dit, encore faudra-t-il que le juge détermine si l'objet de la demande a réellement disparu et qu'il statue sur les éventuels chefs de demande qui subsisteraient[178].

64. Ceci nous amène à nous interroger sur la réfection.

L'on a vu que l'autorité qui retire la décision prise sur recours en cours d'instance judiciaire accompagne le plus souvent ce retrait

[176] L'on s'écarte sur ce point de la conséquence attachée par l'auteur de la proposition à la qualification du directeur des contributions comme « autorité administrative », ce dernier partant du postulat, peu pertinent dans l'hypothèse qui nous occupe, que la décision rendue sur recours est créatrice d'avantages : « [L'administration] ne tient pas compte du fait que l'alinéa 1er de l'article 375, § 1er, prévoit expressément que le directeur des contributions statue sur une réclamation en tant qu'autorité administrative. Ce qui implique nécessairement que les règles du droit administratif sont applicables à ces décisions. Or, en vertu des règles du droit administratif, un acte administratif irrégulier créateur de droits peut être retiré aussi longtemps qu'il peut être annulé par le tribunal de première instance » (Proposition de loi « modifiant l'article 375 du Code des impôts sur les revenus 1992 » déposée par M. Christian Brotcorne, Développements, *Doc. parl.*, Chambre, sess. extr. 2014, n° 54-0201/1, p. 3).

[177] Voy., dans ce sens, M. Boes, « Intrekking van fiscale beslissingen », *op. cit.*, p. 400 : « Er is […] geen reden, integendeel, om [de theorie van de intrekking van bestuurshandelingen] ook niet toe te passen in fiscale geschillen. […] Zowel een besluit dat een bezwaar gegrond acht, als een besluit dat een bezwaar verwerpt, kan worden ingetrokken. In dat laatste geval kan de overheid het besluit intrekken, zelfs zo de belastingplichtige inmiddels beroep heeft aangetekend tegen dat besluit : het heeft immers geen zin dat de overheid passief blijft wachten op een ordeel van de rechter waarvan de uitkomst voor het bestuur vaststaat ». Voy. égal. *ibid.*, p. 398. Comp. M. De Jonckheere, « Intrekking en hertaxatie bij lokale belastingen », *op. cit.*, pp. 937 et ss.

[178] Comme, par exemple, une demande visant l'indemnisation d'un dommage moral sur pied de l'article 1382 du Code civil. À ce propos, voy., en matière de marchés publics, Civ. Hainaut, div. Charleroi, 3 janvier 2018, R.G. 17/877/A, inédit : « La défenderesse conclut à l'irrecevabilité de la demande pour défaut d'intérêt né et actuel. […] La demande de la demanderesse est fondée sur l'article 1382 du Code civil. La demanderesse se prétend donc être titulaire d'un droit subjectif à la réparation du dommage qu'elle prétend subir à la suite de l'adoption de la décision d'attribution dont elle critique la régularité, prise dans le cadre d'un marché public à l'attribution duquel elle a pris part en déposant une offre. Ce droit à réparation fût-il contesté, la demanderesse qui s'en prétend titulaire a intérêt et qualité pour introduire la présente demande en justice, l'examen de l'existence et de la portée de ce droit relevant, non de la recevabilité, mais du bien-fondé de la demande. *Il en va d'autant plus ainsi, en tout état de cause, que la demanderesse soutient aussi que le dommage dont elle se prévaut n'est pas entièrement réparé par le retrait de la décision d'attribution [intervenu en cours d'instance], invoquant un dommage moral et les tracasseries administratives résultant du comportement "post-attribution" de la défenderesse. À cet égard, le Tribunal considère que ce poste de demande, formulé par le biais de ses conclusions déposées le 7 juillet 2017, rencontre les exigences posées par l'article 807 du Code judiciaire* […] » (nous soulignons). Voy. égal. Civ. Hainaut, div. Charleroi, 3 janvier 2018, R.G. 17/878/A, inédit ; Civ. Hainaut, div. Charleroi, 3 janvier 2018, R.G. 17/879/A, inédit.

d'une décision procédant à la réfection de l'acte retiré, par exemple en adoptant une décision d'annulation de la taxe. L'option consistant à neutraliser la taxe sera privilégiée lorsque l'autorité réalise que son acte est entaché d'un vice de fond, puisque pareille illégalité implique que la taxe n'était pas due.

L'on pourrait donc aussi imaginer que, pour donner suite au retrait d'un acte entaché d'un vice de procédure, cette fois, l'administration procède à la réfection de son acte en annulant la taxe litigieuse pour ensuite enrôler une nouvelle taxe[179]. Elle considérerait en effet dans cette hypothèse que le vice – de forme – n'implique pas que la taxe n'était pas due.

La doctrine[180] s'est d'ailleurs déjà interrogée sur la compétence de l'autorité pour corriger un vice dans l'établissement de l'impôt, au nom de la théorie du retrait, alors même que des normes spécifiques traitent de l'établissement de l'impôt[181].

65. L'administration pourrait ainsi décider d'enrôler une nouvelle cotisation dans le respect des conditions fixées à l'article 355 du C.I.R. 92, rendu applicable au niveau local par l'article L3321-12, alinéa 1er, du C.D.L.D. L'article 355 dispose ainsi :

> « Lorsqu'une imposition a été annulée pour n'avoir pas été établie conformément à une règle légale autre qu'une règle relative à la prescription, l'administration peut, même si le délai fixé pour l'établissement de la cotisation est alors écoulé, établir à charge du même redevable, une nouvelle cotisation en raison de tout ou partie des mêmes éléments d'imposition, dans les trois mois de la date à laquelle la décision du conseiller général de l'administration en charge de l'établissement des impôts sur les revenus ou du fonctionnaire délégué par lui n'est plus susceptible de recours en justice.
>
> Lorsque l'imposition annulée a donné lieu à la restitution d'un crédit d'impôt, d'un précompte ou d'un versement anticipé, il est tenu compte de

[179] Il est important de préciser que l'autorité taxatrice et l'autorité de recours ne relèvent pas de personnalités juridiques distinctes. Au niveau local, le collège arrête et rend exécutoire le rôle (C.D.L.D., art. L3321-4, § 1er) mais il est également celui qui statue sur les réclamations auxquelles les taxes enrôlées peuvent donner lieu (C.D.L.D., art. L3321-9, al. 1er). En matière d'impôt sur les revenus, c'est le dirigeant de l'administration en charge de l'établissement des impôts sur les revenus ou le fonctionnaire délégué par lui qui forme et rend exécutoire le rôle (C.I.R. 92, art. 298, § 1er), tandis que le conseiller général – anciennement le directeur des contributions – de la même administration reçoit les réclamations introduites par les redevables contre le montant de l'imposition établie (C.I.R. 92, art. 366, al. 1er).

[180] M. De Jonckheere, « Intrekking en hertaxatie bij lokale belastingen », *op. cit.*, pp. 937 et ss.

[181] En matière de fiscalité locale, voy. C.D.L.D., art. L3321-1 à L3321-12 ; en matière d'impôt sur les revenus, voy. C.I.R. 92, art. 297 à 463*bis*.

cette restitution lors de l'établissement de la nouvelle cotisation de remplacement ».

Faire application de l'article 355 supposerait, donc, qu'après avoir retiré sa décision de rejet, l'administration accueille la réclamation, annule la taxe querellée et établisse une nouvelle cotisation dans un délai de trois mois, qui démarre une fois que cette décision n'est plus susceptible de recours en justice – trois mois après sa notification au réclamant[182] –.

66. Procéder de la sorte revient toutefois à occulter la ligne de démarcation – mentionnée précédemment – à tracer entre l'acte retiré, la décision prise sur réclamation et l'objet de la décision, c'est-à-dire la taxe contestée.

Ainsi, l'effet rétroactif du retrait de la décision de rejet devrait replacer l'autorité au moment de statuer sur la réclamation et lui offrir un nouveau délai pour trancher[183]. Ce délai court jusqu'à la saisine du juge. Or, par hypothèse, un juge serait déjà saisi, de la première taxe enrôlée.

Cette situation s'opposerait donc à la jurisprudence de la Cour constitutionnelle[184] et de la Cour de cassation[185], qui interprètent l'article L3321-10, alinéa 2, du C.D.L.D. comme empêchant l'administration de statuer sur la réclamation introduite une fois le juge saisi.

67. La réfection apparaît, dans ces circonstances, impossible. Aussi, il semblerait que c'est à ce niveau, celui de la réfection – non celui du retrait –, que les spécificités du droit fiscal font obstacle à l'application des principes généraux du droit administratif.

Il en va d'autant plus ainsi depuis que l'article 375 C.I.R. 92 – nouvelle mouture[186] – frappe d'irrecevabilité la « demande de rectification » de la décision du conseiller général de l'administration qui a l'établissement de l'impôt sur les revenus dans ses attributions, qui peut être introduite par le redevable, « lorsque [ce dernier] a

[182] Code judiciaire, art. 1385*undecies*, al. 2, *in fine*. L'on arrive à un délai total de six mois à dater de cette notification.

[183] Voy. L. Donnay et P. Lewalle, *Manuel de l'exécution des arrêts du Conseil d'État*, coll. « de la Faculté de droit de l'Université de Liège », Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 328-329.

[184] C. const., arrêt n° 114/2000 du 16 novembre 2000, B.27.

[185] Cass., 11 mars 2011, F.10.0004.N.

[186] C.I.R. 92, art. 375, § 1er/1, inséré par la loi du 15 avril 2018 « modifiant l'article 375 du Code des impôts sur les revenus 1992 » (*Mon. b.* du 20 avril 2018) et rendu applicable au niveau local par l'article L3321-12, alinéa 1er, du C.D.L.D.

introduit une action auprès du tribunal de première instance préalablement à la demande de rectification ».

Dans ce contexte où le retrait d'acte administratif est – en théorie – possible, mais ne peut être suivi d'aucun effet utile – on l'a dit, le seul retrait de la décision prise sur réclamation n'aurait pas pour conséquence de faire perdre son objet à la demande du contribuable qui, en l'absence de réfection, verrait la cotisation qu'il conteste subsister –, il est permis de s'interroger sur l'utilité que revêt encore le retrait en matière fiscale.

Si une réfection pouvait être envisagée, l'on s'interroge d'ailleurs – bien que cela dépasse l'objet de la présente contribution – sur la manière dont il conviendrait de combiner l'article 355 C.I.R. 92 et sa disposition cousine, l'article 356 du même Code.

Cette dernière disposition ouvre au profit de l'administration un délai de six mois à dater de l'annulation, par le juge, de la cotisation contestée, pour enrôler une cotisation subsidiaire. Quelle serait l'utilité de ce mécanisme si, une fois le couperet d'une requête judiciaire tombé, l'administration pouvait – en boucle, le cas échéant –, faire usage du mécanisme de l'article 355, avant que le juge ne se prononce, pour enrôler une nouvelle cotisation ?

Conclure à l'impossibilité de la réfection permet, au contraire, de garantir la bonne articulation du mécanisme prévu par l'article 356 C.I.R. 92 avec la disposition de l'article 355.

Section 3. – *Le sort des dépens en cas de retrait d'acte*

68. Reste l'épineuse question des dépens.

Aux termes de l'article 1017, alinéa 1er, *in limine*, du Code judiciaire, « [t]out jugement définitif prononce, même d'office, la condamnation aux dépens contre la partie qui a succombé, à moins que des lois particulières n'en disposent autrement et sans préjudice de l'accord des parties que, le cas échéant, le jugement décrète ».

De deux choses l'une. Soit les parties se sont accordées sur le sort des dépens – comme c'est souvent le cas quand le sort de l'instance

a lui-même fait l'objet d'une transaction[187] – et le juge actera l'accord[188]. Soit le retrait a été opéré « unilatéralement », sans consultation préalable du contribuable requérant. Dans ce cas, il appartiendra au juge, après avoir constaté la perte d'objet – si le retrait a bien entraîné sa disparition[189] –, de déterminer quelle partie succombe en raison du retrait opéré en cours d'instance.

69. Dans cette hypothèse, la jurisprudence développée par le Conseil d'État nous paraît pouvoir être transposée devant le juge judiciaire[190].

Selon la Haute juridiction administrative, « il peut être considéré que le retrait par la partie adverse de la décision attaquée a modifié favorablement la situation de la partie requérante, en sorte que la disparition de cette décision constitue une forme de succédané d'une annulation contentieuse. […] »[191]. Sous réserve de l'importante nuance apportée ci-après[192], la partie adverse qui procède au retrait de son acte en cours d'instance – ici, l'administration fiscale – devrait partant être qualifiée de partie succombante et supporter les dépens.

L'on prend ici conscience de l'importance du sort que le juge réserve à l'instance en cas de retrait – abordé ci-avant –, l'article 827, alinéa 1er, *in limine*, du Code judiciaire, par exemple, prévoyant que « [t]out désistement emporte soumission de payer les dépens, au paiement desquels la partie qui se désiste est contrainte ».

---

[187] Voy., par ex., Civ. Namur, div. Namur, 18 avril 2018, R.G. 15/1374/A, inédit ; Civ. Namur, div. Namur, 24 janvier 2018, R.G. 14/2326/A, inédit ; Civ. Hainaut, div. Mons, 16 mai 2017, R.G. 16/960/A, 16/961/A et 16/962/A, inédit ; Civ. Luxembourg, div. Arlon, 16 novembre 2016, R.G. 15/3/A, inédit.

[188] *Cf. infra* : n° 72, en ce qui concerne les accords conclus au fond entre le contribuable demandeur et l'administration fiscale défenderesse.

[189] Dans le cas contraire, le juge devra, pour statuer sur les dépens, tirer les conséquences de la décision qu'il prononcera au fond sur cette demande et/ou sur les éventuels autres chefs de demande.

[190] Les deux contentieux ont certes leurs spécificités mais l'on rappellera, en ce qui concerne l'indemnité de procédure, que l'article 30/1 des lois coordonnées « sur le Conseil d'État », inséré par l'article 11 de la loi du 20 janvier 2014 « portant réforme de la compétence, de la procédure et de l'organisation du Conseil d'État » (*Mon. b.* du 3 février 2014), s'inspire de l'article 1022 du Code judiciaire (Projet de loi « portant réforme de la compétence, de la procédure et de l'organisation du Conseil d'État », Amendements, *Doc. parl.*, Sénat, 2013-2014, n° 5-2277/2, p. 4 ; Projet de loi « portant réforme de la compétence, de la procédure et de l'organisation du Conseil d'État », Commentaire des articles, *Doc. parl.*, Sénat, 2012-2013, n° 5-2277/1, p. 24).

[191] C.E., arrêt *Cukier et Henrion*, n° 228.036 du 8 juillet 2014. Voy. égal., par ex., C.E., arrêt *s.p.r.l. C-Consult Advice*, n° 230.471 du 11 mars 2015 ; C.E., arrêt *Szymkovicz*, n° 230.565 du 17 mars 2015 ; C.E., arrêt *s.p.r.l. Teccon*, n° 231.170 du 8 mai 2015 ; C.E., arrêt *Delogne et consorts*, n° 231.582 du 15 juin 2015 ; C.E., arrêt *Blond*, n° 231.681 du 19 juin 2015 ; C.E., arrêt *s.a. Delta Thermic*, n° 231.765 du 26 juin 2015.

[192] *Cf. infra* : n° 70.

70. L'équation consistant à assimiler, sans autre examen, le retrait d'acte à une victoire dans le chef de l'administré doit toutefois être nuancée. Dans certaines décisions, le Conseil d'État prend le temps d'examiner les circonstances dans lesquelles le retrait est intervenu avant de se prononcer sur la condamnation aux dépens. Ainsi en est-il allé d'un arrêt du 1er septembre 2014, dans lequel la Haute juridiction administrative, « considérant [qu]'[…] il ressort des éléments de la cause que le retrait a été opéré par la partie adverse à la suite de sa prise de connaissance d'un élément nouveau que les parties requérantes avaient omis de lui préciser », a jugé que « dans de telles circonstances, il n'y a lieu d'octroyer une indemnité de procédure à aucune des parties »[193].

Le juge judiciaire serait d'autant plus fondé à adopter le même réflexe que, depuis l'entrée en vigueur de la loi du 25 décembre 2016 « modifiant le statut juridique des détenus et la surveillance des prisons et portant des dispositions diverses en matière de justice », l'article 1017, alinéa 1er, du Code judiciaire précise que « les frais inutiles, y compris l'indemnité de procédure visée à l'article 1022, sont mis à charge, même d'office, de la partie qui les a causés fautivement »[194].

Le Tribunal de première instance du Luxembourg, division Marche-en-Famenne, a d'ailleurs fait application de cette disposition dans le jugement précité du 5 septembre 2018. Après avoir déclaré non fondée la demande reconventionnelle de la commune, qui tendait à obtenir l'indemnisation d'un dommage fixé au montant de référence de l'indemnité de procédure pour abus de procédure – « c'est contourner le système mis en place par le législateur à l'article 1017 du Code judiciaire que de revendiquer au titre du dommage les honoraire[s] d'avocat exposés en vue de se défendre » –, le juge constate par contre que le contribuable a adopté un comportement déloyal en « [ne soumettant pas] au Collège communal les mêmes justificatifs qu'il a ensuite soumis au Tribunal et qui lui permettaient d'obtenir gain de cause sur sa demande principale ». Le Tribunal en conclut que le contribuable a causé des frais inutiles au sens de l'article 1017,

[193] C.E., arrêt *Motte et consorts*, n° 228.239 du 1er septembre 2014.

[194] Loi du 25 décembre 2016 « modifiant le statut juridique des détenus et la surveillance des prisons et portant des dispositions diverses en matière de justice » (*Mon. b.* du 30 décembre 2016), art. 81.

alinéa 1er, *in fine*, du Code judiciaire, et que l'indemnité de procédure doit, partant, être mise à sa charge.

71. Ainsi, l'examen des circonstances dans lesquelles le retrait est intervenu apparaît être indispensable pour statuer sur le sort à réserver aux dépens[195]. « Il convient [en effet] de tenir compte des raisons pour lesquelles la demande perd son objet »[196].

Cet examen permet également, le cas échéant, de qualifier la situation de « manifestement déraisonnable » au sens de l'article 1022, alinéa 3, du Code judiciaire et d'ainsi faire varier à la hausse le montant de l'indemnité de procédure allouée au contribuable.

Par contre, le retrait de la décision rendue sur réclamation ne pourra pas, à notre sens, être mobilisé pour établir l'absence de complexité de l'affaire, toujours au sens de l'article 1022, alinéa 3, du Code judiciaire, en raison de ce que peu d'écrits de procédure auraient été échangés[197].

Section 4. – *L'accord procédural : une solution pour régler les conséquences du retrait d'acte en cours d'instance ?*

72. Les conséquences attachées par les juges fiscaux au retrait d'acte en cours d'instance sont diverses. Si nous avons pu plaider pour que la seule perte d'objet soit retenue, cette solution implique

[195] M. Belmessieri, « L'indemnité de procédure devant le Conseil d'État », *in* F. Viseur et J. Philippart (dir.), *La justice administrative*, Conférence du Jeune Barreau de Bruxelles, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 175 ; E. Rombaux, « L'indemnité de procédure, deux ans après son insertion dans les lois coordonnées sur le Conseil d'État », *C.D.P.K.*, 2015, p. 553.

[196] B. De Coninck et J.-F. Van Drooghenbroeck, « L'assureur de responsabilité et l'indemnité de procédure : le lien d'instance au cœur du litige multipartite », *R.G.A.R.*, 2013, n° 14993, p. 4, pt. 11.

[197] Voy. not. C.E., arrêt *a.s.b.l. Ligue des droits de l'homme*, n° 242.384 du 20 septembre 2018 ; C.E., arrêt *a.s.b.l. ATQ Quart Monde Belgique et consorts*, n° 242.385 du 20 septembre 2018 : « Si l'incident de procédure que constitue le retrait de la décision attaquée a, en l'espèce, eu pour conséquence la limitation des échanges d'écrits de procédure, il n'en demeure pas moins que la partie requérante a été tenue d'introduire un recours contre la décision attaquée en recourant aux services d'un avocat. Il n'y a, dès lors, pas lieu de diminuer le montant de l'indemnité de procédure sollicitée par la partie requérante mais bien de faire droit à sa demande et de lui allouer une indemnité de procédure fixée au montant [de base] de sept cents euros ». Comp. Civ. Namur, div. Namur, 6 janvier 2016, R.G. 14/728/A, *F.J.F.*, 2016, p. 250 (somm.) : « dès lors que la commune a accepté de reprendre parmi ses irrécouvrables la taxe litigieuse, il serait manifestement déraisonnable – au sens de l'article 1022, alinéa 3, du Code judiciaire – de condamner la commune en cause, qui s'est inclinée dès avant la date prévue pour le dépôt de ses premières conclusions, au montant de base de l'indemnité de procédure. Par conséquent, le tribunal condamne la commune au paiement de l'indemnité de procédure minimale […] ».

toutefois, à notre estime, que le juge vérifie que toutes les prétentions formulées par le contribuable ont bien été rencontrées.

L'analyse de la jurisprudence fiscale en matière de retrait d'acte met une autre réalité à jour. Dans la majorité des cas, malgré l'interdiction de principe qui frappe la transaction en matière fiscale[198], un accord a été conclu entre l'administration fiscale et le contribuable, et c'est sur invitation des parties que le juge tire telle conséquence, plutôt que telle autre, du retrait[199].

N'est-ce pas, *in fine*, la solution à préconiser ? Pourquoi, si les parties sont d'accord, faire durer une instance onéreuse et imposer au juge de se pencher sur une affaire qui, en réalité, ne fait plus débat ? Le principe dispositif limite en effet la marge de manœuvre du juge à qui l'on présente un accord procédural[200], sous la réserve, importante en droit fiscal, d'un examen de la conformité de cet accord à l'ordre public[201]. La décision du juge « se [bornera alors, sous cette réserve,] à donner la forme d'un jugement à un accord intervenu entre les parties »[202], en application de l'article 1043 du Code judiciaire.

Il nous semble toutefois que la formule consistant à prévoir, outre le retrait de la décision prise sur réclamation, le désistement d'instance du demandeur, ne pourra que difficilement être discutée, même au nom de l'ordre public, puisque le retrait vise précisément à mettre un terme à une illégalité commise par l'administration.

Les parties qui, en fonction du contexte dans lequel le retrait est intervenu, souhaiteront éviter la sanction attachée au désistement par l'article 827 du Code judiciaire[203], seront néanmoins attentives à régler le sort de dépens.

---

[198] Voy. *supra*, note 119. En pratique, les accords passés entre le contribuable et l'administration fiscale sont pourtant nombreux (P. Abba, « Le contrat de transaction en droit public », *op. cit.*, p. 357 ; S. Riger-Brown, « Les personnes morales de droit public peuvent-elles transiger ? », *op. cit.*, p. 229), à ce point que l'on peut s'interroger sur la pertinence que revêt encore aujourd'hui l'interdiction de principe qui frappe de tels accords.

[199] Voy., par ex., Civ. Namur, div. Namur, 18 avril 2018, R.G. 15/1374/A, inédit ; Civ. Namur, div. Namur, 24 janvier 2018, R.G. 14/2326/A, inédit ; Civ. Hainaut, div. Mons, 16 mai 2017, R.G. 16/960/A, 16/961/A et 16/962/A, inédit ; Civ. Luxembourg, div. Arlon, 16 novembre 2016, R.G. 15/3/A, inédit.

[200] Cass., 28 septembre 2012, C.12.0049.N. ; Cass., 9 mai 2008, *J.T.*, 2008, p. 741, note J.-F. Van Drooghenbroeck.

[201] Civ. Luxembourg, div. Marche-en-Famenne, 3 août 2017, R.G. 17/106/A, inédit.

[202] Cass., 19 octobre 1989, *Pas.*, 1990, I, p. 203.

[203] À ce propos, *cf. supra* : n° 69.

Section 5. – *Le retrait d'acte administratif opéré au titre d'une réparation en nature*

73. Qu'il s'agisse d'établir ou d'enrôler un impôt, ou d'adopter un acte administratif relevant d'un tout autre domaine, l'autorité administrative est susceptible, parfois, de commettre une faute. Sous certaines conditions, cette faute donne lieu à une réparation. Le retrait d'acte administratif irrégulier n'est-il pas la meilleure réparation d'une faute ? Y répondre exige de définir le principe de la réparation en nature et d'examiner son application à l'égard d'une autorité administrative (Sous-section 1re), et de croiser la théorie du retrait d'acte administratif avec le principe de la réparation en nature (Sous-section 2).

Sous-section 1re. – *La réparation en nature d'une faute extracontractuelle commise par une autorité administrative*

74. La personne morale de droit public agit et son action doit toujours être, en tout point, régulière. Dans le cas contraire, sous réserve d'une erreur invincible ou d'une autre cause d'exonération, l'autorité commet une faute[204].

[204] Sur la responsabilité civile des pouvoirs publics, voy. D. Renders (coord.), *La responsabilité des pouvoirs publics. XXIIes Journées d'études juridiques Jean Dabin*, Bruxelles, Bruylant, 2016. Voy. égal. S. Van Drooghenbroeck, « La responsabilité de l'État-législateur : une très remarquable construction jurisprudentielle », note sous Cass., 28 septembre 2006, *J.T.*, 2018, pp. 600 et ss. ; D. Renders, *Droit administratif général*, *op. cit.*, pp. 621 et ss. ; M. Joassart, « Le juge civil et la séparation des pouvoirs. Commentaire des arrêts de la Cour d'appel de Bruxelles du 21 février 2014 et du 12 septembre 2014 », *A.P.T.*, 2016, pp. 435 et ss. ; D. Renders et A. Mechelynck, « La responsabilité civile extracontractuelle de la commune, de ses mandataires et de ses agents », *in* R. Capart (coord.) *Le droit communal. État des lieux*, Limal, Anthemis, 2015, pp. 21 et ss. ; P. Van Ommeslaghe, « La responsabilité des pouvoirs publics et, en particulier du pouvoir exécutif : bilan en 2014 », *in* F. Tulkens et J. Sautois (coord.), *Actualités en droit public et administratif : la responsabilité des pouvoirs publics*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 7 et ss. ; D. Renders, « La responsabilité extracontractuelle de l'administration et de ses agents, en passant par celle de ses mandataires », *in* P. Levert et B. Lombaert (dir.), *Droit et contentieux de la fonction publique. Dix années d'actualités*, Paris, EFE, 2013, pp. 475 et ss. ; C. Doyen-Biver, A. L. Durviaux, D. Fisse et J. Sohier, *La responsabilité des pouvoirs publics*, Waterloo, Kluwer, 2010 ; D. Renders, « Recevabilité et fondement de la demande en réparation du dommage causé par l'État qui juge », note sous Cass., 27 juin 2008, *R.C.J.B.*, 2010, pp. 183 et ss. ; B. Dubuisson, V. Callewaert, B. De Coninck et G. Gathem, *La responsabilité civile : chronique de jurisprudence 1996-2007. Le fait générateur et le lien causal*, Bruxelles, Larcier, 2009, spéc. pp. 545 et ss. ; J. Wildemeersch, « La responsabilité des pouvoirs publics : valse à trois temps sur un air de 1382 », *in* B. Kolh (éd.), *Droit de la responsabilité*, Liège, Anthemis, 2009, pp. 231 et ss. ; D. De Roy, « La responsabilité quasi-délictuelle de l'administration : unité ou dualité des notions d'illégalité et de faute ? », *in* H. Dumont, P. Jadoul et

La faute de la personne morale de droit public peut prendre deux formes différentes. Elle existe lorsque l'autorité adopte « un comportement qui, ou bien s'analyse en une erreur de conduite devant être appréciée suivant le critère de l'autorité normalement soigneuse et prudente, placée dans les mêmes conditions, ou bien, sous réserve d'une erreur invincible ou d'une autre cause de justification, viole une norme de droit national ou d'un traité international ayant des effets dans l'ordre juridique interne, imposant à cette autorité de s'abstenir ou d'agir de manière déterminée »[205].

L'autorité doit ainsi, d'une part, se conformer au devoir général de prudence et, d'autre part, « respecter les règles et principes en vigueur qui s'imposent à l'Administration à raison de leur valeur hiérarchiquement supérieure »[206].

75. Outre la démonstration d'une faute, la victime doit également démontrer un dommage et un lien causal entre ces deux derniers éléments en vue d'obtenir la réparation de son préjudice.

76. Cette réparation est susceptible de prendre deux formes distinctes : une réparation en nature ou une réparation par équivalent,

S. Van Drooghenbroeck (dir.), *La protection juridictionnelle du citoyen face à l'administration*, Bruxelles, la Charte, 2007, pp. 67 et ss. ; D. Renders, « L'autorité administrative doit-elle d'office refuser d'appliquer une loi inconstitutionnelle ? », obs. sous Cass., 21 décembre 2007, *J.T.*, 2008, pp. 554 et ss. ; R. Van Melsen, « La responsabilité civile du fait des agents des personnes publiques : entre organes, préposés, agents contractuels, agents statutaires et exigences du principe d'égalité et de non-discrimination », *C.D.P.K.*, 2007, pp. 155 et ss. ; D. Renders et F. Piret, « La responsabilité pénale et civile des mandataires provinciaux et communaux », *in* L. le Hardÿ de Beaulieu (dir.), *Droit de la démocratie provinciale et communale : la désignation et la responsabilité des mandataires*, Namur, Presses universitaires de Namur, 2006, pp. 81 et ss. ; H. Vandenberghe, « Overheidsaansprakelijkheid – Aansprakelijkheid van de uitvoerende macht », *in* H. Vandenberghe (ed.), *Overheidsaansprakelijkheid*, Brugge, die Keure, 2005, spéc. pp. 61 et ss. ; D. De Roy, « La jurisprudence de la Cour de cassation en matière de responsabilité civile des autorités administratives : revirement ou affinement ? », obs. sous Cass., 25 octobre 2004, *J.L.M.B.*, 2005, pp. 638 et ss. ; S. Covemaeker, « De nieuwe Wet van 10 februari 2003 betreffende de aansprakelijkheid van en voor personeelsleden in dienst van openbare rechtspersonen », *R.G.D.C.*, 2003, pp. 476 et ss. ; D. Déom, « La responsabilité civile des fonctionnaires : une page se tourne », *Rev. dr. comm.*, 2003, pp. 8 et ss. ; A. Van Oevelen, « De nieuwe wettelijke regeling betreffende de aansprakelijkheid van en voor personeelsleden in dienst van openbare rechtspersonen », *R.W.*, 2003-2004, pp. 161 et ss. ; B. Dubuisson, « Faute, illégalité et erreur d'interprétation en droit de la responsabilité civile », note sous Cass., 26 juin 1998, *R.C.J.B.*, 2001, pp. 21 et ss. ; P. Lewalle, « La responsabilité des pouvoirs publics », *Responsabilités. Traité théorique et pratique* (f. mob.), vol. 1, dossier 21, Story-Scientia, 1999 ; D. Déom et B. Paques, « Les permis et autorisations administratives et la réparation des dommages causés aux tiers », *Amén.-Env.*, 1995, numéro spécial, pp. 47 et ss. ; C. Dressen, A. L. Durviaux et P. Lewalle, « La responsabilité délictuelle des communes », *Rev. dr. comm.*, 1994, pp. 274 et ss.

[205] Cass., 25 octobre 2004, *Pas.*, 2004, p. 1667, concl. J. F. Leclercq.

[206] D. Renders et F. Piret, « La responsabilité pénale et civile des mandataires provinciaux et communaux », *op. cit.*, p. 107.

c'est-à-dire l'octroi d'une compensation financière sous la forme de dommages et intérêts.

En droit commun de la responsabilité civile extracontractuelle, la réparation en nature est en principe privilégiée[207]. Il s'agit d'un « droit qui est reconnu à la victime »[208]. La réparation par équivalent n'est accordée que lorsque la première est impossible ou lorsqu'elle constitue un abus de droit[209].

Il en va de même, en principe, d'une faute commise par un pouvoir public[210]. Ainsi, dans un arrêt du 26 juin 1980, la Cour de cassation énonce :

> « Attendu que la victime d'un dommage résultant d'un acte illicite a le droit d'en exiger la réparation en nature si elle est possible et ne constitue pas l'exercice abusif d'un droit ; que le juge a le pouvoir de l'ordonner,

[207] Voy. not. P. Wéry, « La réparation en nature du dommage en matière de responsabilité civile extracontractuelle », note sous Cass., 5 mai 2011, *R.G.D.C.*, 2012, pp. 247 et ss. ; B. Dubuisson, V. Callewaert, B. De Coninck et G. Gathem, *La responsabilité civile : chronique de jurisprudence 1996-2007. Le fait générateur et le lien causal*, *op. cit.*, spéc. pp. 545 et ss. ; P. Wéry, « L'article 1370 du Code civil et la nomenclature des sources des obligations », *in* S. Stijns et P. Wéry (eds), *De bronnen van niet-contractuele verbintenissen – Les sources d'obligations extracontractuelles*, Bruges et Bruxelles, la Charte, 2007, spéc. pp. 14-15 ; P. Wéry, « Condamnations non pécuniaires, réparation en nature et remplacement judiciaire en matière extracontractuelle », obs. sous Liège, 8 juin 1993, *J.T.*, 1995, pp. 428 et ss. ; H. De Page, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, Bruxelles, Bruylant, 1964, spéc. pp. 1067-1069 ; R. O. Dalcq, *Traité de la responsabilité civile*, Bruxelles, Larcier, 1962, spéc. pp. 745-751.

[208] P. Wéry, *Droit des obligations*, vol. 2, coll. « Précis de la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain », Bruxelles, Larcier, 2016, p. 92.

[209] Cass., 5 mai 2011, *Pas.*, 2011, p. 1272.

[210] Sur la réparation en nature d'une faute commise par un pouvoir public, voy. G. Jocqué, « Herstel *in natura* bij onrechtmatige handeling van overheid », note sous Cass., 4 septembre 2014, *N.j.W.*, 2015, pp. 244 et ss. ; D. Renders, « Dans quelle mesure le principe de la séparation des pouvoirs fait-il interdiction au juge de condamner l'administration à réparer le dommage causé par sa faute extracontractuelle ? », note sous Cass., 4 septembre 2014, *R.G.D.C.*, 2015, pp. 569 et ss. ; Q. Peiffer, « La réparation en nature du dommage causé par une carence réglementaire », obs. sous Civ. Bruxelles, 4 octobre 2013, *J.L.M.B.*, 2014, pp. 1052 et ss. ; B. Van den Bergh, « Festina lente ? Over de (redelijke-)termijnproblematiek in het raam van aansprakelijkheidsvorderingen tegen overheden », note sous Civ. Bruxelles, 22 janvier 2010, *R.W.*, 2010-2011, pp. 1480 et ss. ; Th. Bombois, « Conditions et limites du pouvoir judiciaire face à l'autorité publique… Vol au-dessus d'un nid de vipères », *C.D.P.K.*, 2005, pp. 24 et ss., spéc. pp. 38-40 ; F. Delpérée, « La prévention et la réparation des dommages causés par l'administration », note sous Cass., 26 juin 1980, *R.C.J.B.*, 1998, pp. 173 et ss. ; D. Déom et B. Paques, « Les permis et autorisations administratives et la réparation des dommages causés aux tiers », *op. cit.*, pp. 47 et ss. ; B. Jadot, « Les pouvoirs du juge judiciaire à l'égard de l'administration : le pouvoir d'injonction et la réparation en nature », *in La responsabilité des pouvoirs publics. Actes du colloque interuniversitaire organisé les 14 et 15 mars 1991*, Bruxelles, Bruylant, 1991, pp. 441 et ss. ; D. Déom, « De la réparation en nature du préjudice causé par les pouvoirs publics », *A.P.*, 1981, pp. 127 et ss. ; F. De Visscher, « Quelques réflexions sur le pouvoir d'injonction du juge judiciaire à l'égard de l'administration – À propos de l'arrêt du 26 juin 1980 de la Cour de cassation », *J.T.*, 1981, pp. 682 et ss.

notamment en prescrivant à l'auteur du dommage les mesures destinées à faire cesser l'état de choses qui cause le préjudice ;

Attendu que n'échappe pas à l'application de cette règle l'autorité administrative qui par un acte illicite porte atteinte aux droits civils d'une personne et lui cause de ce fait un dommage ;

Que les cours et tribunaux ne s'immiscent pas dans l'exercice des pouvoirs légalement réservés à cette autorité, lorsque, aux fins de rétablir entièrement dans ses droits la partie lésée, ils ordonnent la réparation en nature du préjudice et prescrivent à l'administration des mesures destinées à mettre fin à l'illégalité dommageable »[211].

Dans un arrêt du 4 septembre 2014, la Cour précise que « si les cours et tribunaux ne s'immiscent pas dans l'exercice des pouvoirs légalement réservés à une autorité administrative lorsque, aux fins de rétablir entièrement dans ses droits la partie lésée, ils ordonnent la réparation en nature du préjudice et prescrivent à l'administration des mesures destinées à mettre fin à l'illégalité dommageable, le principe général du droit de la séparation des pouvoirs leur interdit de faire, hors cette hypothèse, des actes d'administration publique et de réformer ou d'annuler les actes des autorités administratives »[212].

L'on rappelle bien entendu que le principe de la séparation des pouvoirs interdit au juge de faire œuvre d'administration et d'exercer des prérogatives reconnues au pouvoir exécutif.

Concrètement, « lorsque plusieurs solutions s'offrent à l'administration pour, en nature, réparer le dommage qu'elle a occasionné par sa faute, l'administration qui dispose d'une compétence discrétionnaire doit trouver, dans le dispositif du juge, le pouvoir de l'exercer pleinement, sous peine de violer le principe de la séparation des pouvoirs. La même logique conduit à devoir préciser que si la compétence est liée ou si elle est discrétionnaire et qu'il n'existe qu'une manière de réparer en nature le dommage occasionné, le juge ne heurte pas le principe en cause en ordonnant de prendre la – seule – mesure qui s'impose »[213].

[211] Cass., 26 juin 1980, *Pas.*, 1980, I, p. 1341.
[212] Cass., 4 septembre 2014, *Pas.*, 2014, p. 1731.
[213] D. Renders, « Dans quelle mesure le principe de la séparation des pouvoirs fait-il interdiction au juge de condamner l'administration à réparer le dommage causé par sa faute extracontractuelle ? », *op. cit.*, p. 578.

Si le juge a, dès lors, le pouvoir de condamner l'autorité à réparer, en nature, la faute commise, il ne peut, à sa place, choisir la mesure la plus efficiente pour ce faire.

Sous-section 2. – *La condamnation au retrait d'acte administratif au titre d'une réparation en nature*

77. L'administration adopte un acte administratif en méconnaissance d'une ou plusieurs normes supérieures. Saisi notamment de cette question, un tribunal reconnaît l'irrégularité commise et l'estime fautive. Il envisage de condamner l'administration, en nature, à retirer l'acte irrégulier, afin de rétablir le requérant dans la situation qui était la sienne avant l'adoption de l'acte litigieux.

L'hypothèse ainsi décrite a, notamment, donné lieu à un jugement du 11 février 2013, dans lequel le Tribunal de première instance de Mons estime, s'agissant d'une infraction urbanistique, que, « dans le chef de la commune, une faute est également retenue, dans la mesure où elle a contribué, selon le tribunal, à la réalisation et au maintien des aménagements litigieux. Non seulement elle a régularisé une situation qu'elle savait illégale, mais elle n'a pas refusé les dérogations aux prescriptions urbanistiques. Enfin, la commune a minimisé les inconvénients engendrés par l'exploitation litigieuse. […] En ce qui concerne le préjudice futur, *le tribunal ordonne à la commune de retirer le permis unique*, vu son illégalité, sous peine d'une astreinte de 2.500 € par jour de retard »[214].

78. La solution choisie par le juge pose question au regard du principe de la séparation des pouvoirs. Si celui-ci pouvait en effet ordonner à l'administration de mettre fin à l'illégalité, pouvait-il également lui imposer la manière d'y mettre fin, c'est-à-dire en retirant la décision irrégulière ?

L'on a tendance à répondre à cette question par l'affirmative.

En effet, lorsque la compétence de l'administration est liée, le juge a la possibilité de lui imposer la mesure à prendre, étant donné que cette mesure est – légalement – la seule possible.

[214] Civ. Mons, 11 février 2013, R.G. 2010/123/A, *Amén.-Env.*, 2013, p. 112, nous soulignons.

Il en va de même, à notre estime, du retrait d'acte administratif. Dès l'instant où un tribunal constate l'irrégularité d'un acte administratif individuel, l'administration est liée par l'autorité de la chose jugée attachée au jugement et ne peut plus appliquer l'acte irrégulier – à tout le moins, dans le cadre du litige tranché par le tribunal[215] –.

Par conséquent, étant donné que l'autorité n'a plus la possibilité d'exécuter un tel acte, le principe de la séparation des pouvoirs ne s'oppose pas, à notre sens, à une injonction de retrait prononcée par le juge de la responsabilité civile.

Il en est d'autant plus ainsi « qu'on pourra en revanche éventuellement reprocher à l'administration d'avoir commis une faute en n'ayant pas retiré ou abrogé l'acte irrégulier dont elle est l'auteur à partir du moment où elle connaissait l'irrégularité en question »[216].

79. L'on peut également rapprocher l'injonction de retirer l'acte administratif au titre d'une réparation en nature de l'article 36 des lois coordonnées « sur le Conseil d'État ». Cette disposition énonce : « lorsque l'arrêt implique que l'autorité concernée prenne une nouvelle décision, la section du contentieux administratif, saisie d'une demande en ce sens, peut ordonner par cet arrêt que cette décision intervienne dans un délai déterminé ». De plus, ajoute la disposition, l'arrêt se substitue à la nouvelle décision à prendre « lorsqu'[elle] résulte d'une compétence liée de la partie adverse […] ».

Si le Conseil d'État a la possibilité d'enjoindre à une autorité administrative de prendre une décision dans un délai déterminé, voire de se substituer à celle-ci en cas de compétence liée, le principe de la séparation des pouvoirs ne nous semble pas pouvoir s'opposer à une réparation en nature opérée sous la forme d'un retrait.

80. Par conséquent, le retrait d'un acte administratif irrégulier nous semble pouvoir constituer la réparation adéquate, en nature, d'une faute commise par l'autorité administrative.

[215] Voy. M. PÂQUES, *Principes de contentieux administratif*, coll. « de la Faculté de droit de l'Université de Liège », Bruxelles, Larcier, 2017, p. 149.
[216] *Ibid.*

CHAPITRE III.

UNE RÉCONCILIATION DU CONSEIL D'ÉTAT, DES COURS ET TRIBUNAUX, ET DE LA COUR DES COMPTES, OPÉRÉE PAR LE LÉGISLATEUR ?

81. La divergence de jurisprudences[217] entre le Conseil d'État, les cours et tribunaux, et la Cour des comptes, quant aux conditions à respecter pour procéder au retrait d'un acte irrégulier créateur d'un avantage[218], et les difficultés que ces jurisprudences posent – notamment au regard de la sécurité juridique[219] –, amènent certains auteurs à s'interroger sur les solutions qui peuvent être mises en place pour dégager une approche commune[220].

Une piste explorée, du reste à l'appel de la Cour des comptes[221], est l'intervention du législateur, qui préciserait les hypothèses dans lesquelles les actes administratifs peuvent être retirés, ainsi que les conditions à respecter pour y procéder.

L'idée n'est pas neuve puisqu'une proposition de loi a déjà été, par le passé, déposée en ce sens (Section 1re), mais la mise en œuvre de cette solution fait face à des obstacles conséquents (Section 2). De même, si le législateur français a franchi le pas, son approche ne semble pas adaptée aux réalités que connaît notre législateur (Section 3). Cette

---

[217] Voy. *supra*, Chapitre Ier. Le Conseil d'État limite ainsi dans le temps la possibilité de retirer un acte irrégulier créateur d'un avantage alors que, selon les cours et tribunaux et la Cour des comptes, le retrait pourrait intervenir en tout temps.

[218] Voy. C.E., arrêt *Tommelein*, n° 23.281 du 24 mai 1983 ; B. Cambier et D. Renders, « La théorie du retrait d'acte à la croisée des chemins », *op. cit.*, p. 112 ; D. Renders, *Droit administratif général*, *op. cit.*, pp. 396 et ss. ; voy. égal. A. G. De Poyer, Note sous C.E., arrêt *Van Landeghem*, n° 1.134 du 6 novembre 1951, *R.J.D.A.*, 1952, p. 124. La doctrine utilise également l'expression actes « créateurs de droits » ou actes « affectant favorablement […] la situation de son destinataire ou de tiers » (J. Salmon, J. Jaumotte et E. Thibaut, *Le Conseil d'État de Belgique*, vol. 1, *op. cit.*, p. 797).

[219] Nos recherches ont également mis en évidence que ces difficultés ont déjà amené des plaideurs à s'interroger sur la compatibilité de l'existence de ces deux thèses avec les articles 10 et 11 de la Constitution, par l'intermédiaire de questions préjudicielles présentées au Conseil d'État mais qui n'ont pas, à notre connaissance, été posées à la Cour constitutionnelle. Voy. C.E., arrêt *Dechamp*, n° 90.287 du 18 octobre 2000 ; C.E., arrêt *CPAS de Schaerbeek*, n° 181.541 du 28 mars 2008, déjà évoqués, *supra*, note 28.

[220] B. Cambier et D. Renders, « La théorie du retrait d'acte à la croisée des chemins », *op. cit.*, pp. 121-124.

[221] *Cf.*, *supra* : n° 46 ; Ph. Quertainmont, « Le contrôle juridictionnel de la légalité des actes administratifs individuels (l'exception d'illégalité et le retrait des actes créateurs de droits) », *op. cit.*, p. 427 ; voy. égal. 157e Cahier de la Cour des comptes. *Observations et documents soumis à la Chambre des représentants*, Fasc. Ier, pp. 258 et ss.

situation implique d'examiner des alternatives où une application plus uniforme de l'article 159 de la Constitution (Section 4) pourrait être combinée avec des interventions législatives (Section 5).

Section 1re. – *Une intervention envisagée de longue date*

82. Le 16 juillet 1992[222], une proposition de loi « relative au délai de retrait par l'autorité compétente d'un acte administratif irrégulier » est déposée en vue d'imposer aux autorités administratives de retirer les actes irréguliers qu'elles auraient adoptés[223], sans avoir égard à l'auteur de la décision en cause. Dans les développements précédant son unique article, le texte – après avoir rappelé les limites imposées par la jurisprudence du Conseil d'État quant au délai de retrait des actes administratifs irréguliers créateurs d'un avantage et la position divergente de la Cour des comptes – reconnaît la nécessité d'une intervention du législateur. L'objectif est d'apporter une solution aux difficultés que génère cette opposition de thèses.

Dès lors qu'il n'y a, selon la proposition, « rien d'illogique à ce que l'administration dispose, pour retirer un acte irrégulier créateur de droits, d'une période plus longue que celle dont les intéressés disposent pour saisir le Conseil d'État » et que « l'administration a non seulement le pouvoir mais encore le devoir de respecter la loi […], ce qui implique l'obligation pour elle de mettre fin aux situations irrégulières »[224], il est envisagé d'imposer aux autorités administratives de retirer tout acte irrégulier qu'elles auraient adopté. Les actes « entachés de fraude »[225] sont, eux, réputés inexistants.

En outre, le texte prévoit que si l'acte irrégulier est créateur de droits, il ne peut être retiré que dans un délai de trois ans. Par contre, aucun délai n'est fixé pour les actes recognitifs de droits, qui, définis par référence à la doctrine de l'époque, sont « ceux qui,

[222] L'on précise également que la Cour des comptes avait déjà soumis à la sous-commission des finances de la Chambre des Représentants un avant-projet de proposition de loi en ce sens, le 13 novembre 1984 ; voy. A. Allard, « La théorie du retrait comme succédané à l'annulation contentieuse est-elle transposable en droit fiscal ? » *A.P.T.*, 1988, pp. 67 et 68.

[223] Proposition de loi « relative au délai de retrait par l'autorité compétente d'un acte administratif irrégulier », *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 1992-1993, n° 48-900/1.

[224] Proposition de loi « relative au délai de retrait par l'autorité compétente d'un acte administratif irrégulier », *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 1992-1993, n° 48-900/1, p. 2.

[225] Second paragraphe de l'article unique de la proposition de loi.

sans attribuer un avantage aux intéressés, se bornent à constater que ces derniers remplissent certaines conditions et à en tirer les conséquences nécessaires »[226].

S'agissant du choix du délai de trois ans pour permettre le retrait des actes irréguliers créateurs d'un avantage, son fondement est, notamment, justifié par référence au temps nécessaire à la Cour des comptes pour examiner de tels actes[227].

83. Cette proposition de loi – particulièrement sommaire – n'aboutit toutefois pas. À notre estime, cela s'explique par le fait qu'elle ne parvient pas à appréhender la complexité des hypothèses pouvant se présenter dans le cadre de l'application de la théorie du retrait d'acte. Du reste, elle ne règle pas le sort de tous les actes pouvant être adoptés par des autorités administratives.

En effet, le texte ne vise que les actes irréguliers créateurs d'un avantage, ainsi que les actes frauduleux – réputés inexistants – et les actes recognitifs de droit. La proposition de loi ne détermine toutefois pas le sort à réserver aux actes qui n'y sont pas expressément visés – l'on songe, notamment, à la possibilité de retirer des actes réguliers, créateurs ou non créateurs d'un avantage – ou le délai dans lequel leur retrait pourrait intervenir.

De même, outre le fait qu'aucun délai n'est imposé pour le retrait des actes recognitifs de droit, aucune précision n'est apportée quant au fait de savoir si ces actes doivent être irréguliers ou s'ils peuvent également être réguliers pour être retirés. L'on souligne toutefois que les termes employés dans la proposition de loi semblent suggérer que seuls les actes irréguliers peuvent être retirés[228].

Une autre question qui mérite d'être posée est celle du délai dans lequel les actes irréguliers non créateurs d'un avantage – outre les actes recognitifs – peuvent être retirés. En effet, si le texte précise

[226] Proposition de loi « relative au délai de retrait par l'autorité compétente d'un acte administratif irrégulier », *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 1992-1993, n° 48-900/1, p. 3.

[227] Proposition de loi « relative au délai de retrait par l'autorité compétente d'un acte administratif irrégulier », *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 1992-1993, n° 48-900/1, p. 3.

[228] Le premier paragraphe de l'article unique proposé débute en effet par « [t]out acte irrégulier émanant d'une autorité administrative doit être retiré », avant de préciser, dans un second alinéa, que les actes créateurs de droits – par hypothèse donc irréguliers – ne peuvent être retirés que dans un délai de trois ans et d'indiquer, dans un troisième alinéa, qu'aucun délai n'est imposé pour les actes recognitifs de droits – également irréguliers par hypothèse –.

que les actes irréguliers doivent être retirés, il n'impose une limite temporelle qu'aux seuls actes irréguliers créateurs d'un avantage.

La proposition de loi n'envisage pas du reste – que ce soit dans son article unique ou dans les développements qui le précèdent[229] – les hypothèses particulières mises en évidence par la jurisprudence du Conseil d'État dans l'application de la théorie du retrait d'acte.

Ainsi, l'impact de l'introduction d'un recours en annulation devant le Conseil d'État n'est pas analysé, alors que – en théorie du moins – le délai durant lequel le retrait d'un acte irrégulier créateur d'un avantage est possible en application de la jurisprudence actuelle du Conseil d'État pourrait dépasser la durée de trois ans fixée par le texte proposé. En effet, le Conseil d'État autorise le retrait jusqu'à la clôture des débats[230] et même, sous certaines conditions[231], jusqu'au prononcé de l'arrêt[232]. Par ailleurs, à l'exception de l'acte réputé inexistant – qui est par ailleurs confondu avec la notion d'acte frauduleux –, les autres hypothèses dans lesquelles un retrait peut intervenir en tout temps[233] ne sont pas considérées.

L'on relève aussi que le délai fixé par la proposition de loi pour permettre le retrait des actes irréguliers créateurs d'un avantage se fonde sur la pratique de la Cour des comptes et le délai dont elle dispose, en théorie, pour analyser ce type d'actes administratifs[234].

---

[229] Proposition de loi « relative au délai de retrait par l'autorité compétente d'un acte administratif irrégulier », *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 1992-1993, n° 48-900/1, p. 3.

[230] Voy., par ex., C.E., arrêt *Dilien*, n° 8.284 du 20 décembre 1960 ; C.E., arrêt *Van Dessel*, n° 8.424 du 7 février 1961 ; C.E., arrêts *Goyens et consorts*, n^os^ 20.363 à 20.365 du 27 mai 1980 ; C.E., arrêt *n.v. Aveve*, n° 132.404 du 15 juin 2004 ; C.E., arrêt *Brzozowski*, n° 191.190 du 9 mars 2009 ; C.E., arrêt *Materne*, n° 192.104 du 1er avril 2009 ; C.E., arrêt *El Habachi*, n° 192.105 du 1er avril 2009 ; C.E., arrêt *Saadi*, n° 192.106 du 1er avril 2009 ; C.E., arrêt *s.a. Conduites et Entreprises et consorts*, n° 202.019 du 17 mars 2010 ; C.E., arrêt *De Maesschalk*, n° 213.352 du 19 mai 2011.

[231] À savoir que le recours soit déclaré recevable et que le retrait se fonde sur un motif invoqué dans la requête introduite devant le Conseil d'État ou sur un motif d'ordre public ; A. Mast, J. Dujardin, M. Van Damme et J. Vande Lanotte, *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, 19e éd., Mechelen, Kluwer, 2012, p. 992 ; A. Trybulowski, « La théorie du retrait d'acte : erreur imputable, retrait impossible ? », *op. cit.*, p. 287 ; B. Cambier et D. Renders, « La théorie du retrait d'acte à la croisée des chemins », *op. cit.*, p. 115.

[232] Voy., parmi d'autres, C.E., arrêt *de Zurpele*, n° 2.206 du 13 février 1953 ; C.E., arrêt *Poliart*, n° 29.708 du 30 mars 1988 ; C.E., arrêt *Watelet*, n° 187.848 du 12 novembre 2008.

[233] À savoir lorsque l'acte administratif a été obtenu par fraude, si le retrait est prévu par la loi, lorsque le retrait est nécessaire à l'exécution d'une annulation contentieuse ou si le titulaire de l'acte y renonce sans que cela nuise aux tiers ; A. Trybulowski, « La théorie du retrait d'acte : erreur imputable, retrait impossible ? », *op. cit.*, p. 287 et note 26 ; B. Cambier et D. Renders, « La théorie du retrait d'acte à la croisée des chemins », *op. cit.*, p. 116 et notes 33 à 38.

[234] Proposition de loi « relative au délai de retrait par l'autorité compétente d'un acte administratif irrégulier », *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 1992-1993, n° 48-900/1, p. 3.

Or, ce point de référence peut être critiqué, notamment en ce que les autorités administratives se trouvant en première ligne pourraient – de leur côté – également revendiquer la fixation d'un autre délai, correspondant à leurs pratiques[235].

Enfin, et surtout, la durée imposée pour le retrait des actes irréguliers créateurs d'un avantage pose question. Était-il nécessaire de prévoir un délai de trois ans – ayant pour effet de prolonger d'autant l'insécurité juridique des administrés bénéficiaires des actes administratifs en cause –, alors que d'autres délais, plus courts, sont parfaitement envisageables, comme l'ont déjà relevé certains auteurs[236] ?

À notre estime, la circonstance que plusieurs points de divergence n'ont pas été envisagés empêche le texte proposé le 16 juillet 1992 d'opérer une véritable réconciliation des thèses défendues par le Conseil d'État et par les cours et tribunaux, et la Cour des comptes, dès lors que plusieurs points de divergence n'ont pas été envisagés.

Section 2. – *Les obstacles qui se dressent devant le législateur*

84. Les difficultés ainsi présentées mettent en évidence, à notre estime, trois obstacles à surmonter par le législateur pour parvenir à réconcilier efficacement la jurisprudence du Conseil d'État avec celle des cours et tribunaux, et de la Cour des comptes.

Le premier de ces obstacles concerne le champ d'application d'éventuelles dispositions légales encadrant la mise en œuvre de la théorie du retrait d'acte. En effet, le législateur doit-il – ou même peut-il – envisager toutes les hypothèses dans lesquelles un retrait peut intervenir ? Peut-il également viser et définir toutes les catégories d'actes administratifs susceptibles d'être retirés, comme nous les connaissons aujourd'hui ? La précarité d'un texte ayant l'objectif d'encadrer tous les cas d'application de la théorie du retrait d'acte semble déjà présenter un obstacle difficile à surmonter. Ce texte risque en effet de ne pas parvenir à envisager toutes les hypothèses de retrait et les catégories proposées pourraient être vivement critiquées.

[235] Bien qu'un délai de trois ans semble déjà particulièrement long.

[236] B. Cambier et D. Renders, « La théorie du retrait d'acte à la croisée des chemins », *op. cit.*, pp. 121 et 122.

De même, cette première difficulté en amène immédiatement une deuxième. Si le législateur parvenait à envisager toutes les hypothèses dans lesquelles un retrait peut intervenir, l'application de son texte serait nécessairement variable en raison de l'impossibilité de définir l'acte irrégulier ou illégal. En effet, dès lors que le caractère irrégulier ou illégal d'un acte est laissé à l'appréciation de l'autorité l'ayant adopté – bien que soumise, le cas échéant, au contrôle des juridictions –, l'application d'une loi encadrant la théorie du retrait d'acte pourra difficilement être uniforme. Le caractère irrégulier ou illégal d'un acte peut d'ailleurs souvent être débattu. L'on peut donc légitimement s'interroger sur l'utilité de développer une réglementation dont la mise en œuvre serait fondée sur des notions aussi malléables que celles d'irrégularité ou d'illégalité.

Du reste, si le législateur parvenait à écarter ces deux obstacles, une montagne se dressera devant lui lorsqu'il sera appelé à trancher la question du délai dans lequel l'acte administratif peut – ou doit – être retiré.

Si Benoit Cambier et David Renders ont déjà dégagé des solutions logiques et de nature à garantir une certaine sécurité juridique pour les administrés[237], le législateur devra toujours faire face à de nombreuses critiques. Le délai proposé pourrait ainsi être jugé trop court ou trop long. De même, il pourrait aussi être opposé au législateur qu'il n'a pas le pouvoir de limiter dans le temps l'application de l'article 159 de la Constitution[238], sur lequel se fondent les cours et tribunaux, et la Cour des comptes, pour défendre la possibilité de retirer en tout temps les actes irréguliers créateurs d'un avantage.

La question du délai – et de la détermination de son point de départ – est d'ailleurs, à notre estime, l'une des raisons, voire la raison principale, pour laquelle aucune réglementation n'a encore vu le jour afin de fixer – définitivement et pour tous types d'actes – une limite temporelle dans laquelle doit intervenir le retrait des actes administratifs.

[237] B. Cambier et D. Renders, « La théorie du retrait d'acte à la croisée des chemins », *op. cit.*, pp. 123 et 124.

[238] C. Desmecht, « L'article 159 de la Constitution : un article qui vous veut du bien », *op. cit.*, p. 292 ; 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 ? », *op. cit.*, p. 335.

Section 3. – *La solution française*

85. Si l'échec des tentatives de légiférer en la matière peut décourager et si les obstacles se dressant devant le législateur semblent difficiles à surmonter, la solution est peut-être à trouver – comme l'origine de la théorie du retrait d'acte en droit belge[239] – chez nos voisins français. En effet, depuis l'entrée en vigueur du Code des relations entre le public et l'administration[240], le retrait des actes administratifs est organisé par le législateur hexagonal[241].

Celui-ci a ainsi adopté plusieurs articles[242] fixant les règles applicables « au retrait d'un acte administratif unilatéral pris par l'administration »[243], sans préjudice des exigences découlant du droit européen ou de dispositions législatives ou réglementaires particulières. Après avoir défini la notion de retrait[244] et le champ d'application des règles qui l'organisent[245], le législateur français envisage les différentes hypothèses dans lesquelles l'administration peut – ou doit – retirer un acte administratif, ainsi que le délai à respecter pour y procéder.

Le Code des relations entre le public et l'administration dispose, d'abord, qu'un acte administratif unilatéral obtenu « par fraude » peut être retiré à tout moment[246]. Ensuite, il distingue les règles applicables aux actes créateurs de droits[247] et celles réglant le sort des actes qui n'en créent pas.

Parmi les actes créateurs de droits, le texte distingue le retrait qui intervient à l'initiative de l'administration, ou sur demande d'un tiers, du retrait faisant suite à une demande du bénéficiaire de l'acte en cause. L'administration ne peut retirer un acte créateur de droits

[239] C.E. fr., arrêt *Dame Cachet* du 3 novembre 1922, *D.*, 1925, III[e] part., p. 9 et note M. HAURIOU.

[240] Voy., en ce sens, dans le présent ouvrage, la contribution d'H. PAULIAT présentant le retrait d'acte en droit français.

[241] Au sein du Titre IV du Livre II du Code des relations entre le public et l'administration.

[242] Code des relations entre le public et l'administration, art. L240-1 à L243-4.

[243] Code des relations entre le public et l'administration, art. L241-1.

[244] S'agissant de la disparition juridique d'un acte pour l'avenir comme pour le passé (Code des relations entre le public et l'administration, art. L240-1, 2°).

[245] Elles s'appliquent « outre aux administrations mentionnées au 1° de l'article L100-3, aux organismes et personnes chargés d'une mission de service public industriel et commercial pour les actes qu'ils prennent au titre de cette mission » (Code des relations entre le public et l'administration, art. L204-2).

[246] Code des relations entre le public et l'administration, art. L241-2.

[247] S'agissant d'un équivalent aux termes « créateurs d'un avantage », que nous employons.

d'initiative ou à la demande d'un tiers que pour autant qu'il soit illégal et que le retrait intervienne dans un délai de quatre mois « suivant la prise de cette décision »[248]. Elle peut toutefois y procéder sans limite de temps pour les décisions attribuant des subventions, lorsque leurs conditions d'octroi n'ont pas été respectées[249].

Si le retrait est demandé par le bénéficiaire de l'acte, le Code prévoit que l'administration doit procéder à son retrait pour autant qu'il soit illégal et qu'il soit retiré dans les quatre mois « suivant l'édiction de la décision »[250]. Le Code précise encore qu'un acte légal peut être retiré à la demande de son titulaire, sans limite temporelle, mais à deux conditions : le retrait ne peut porter atteinte aux droits des tiers et l'acte retiré doit être remplacé par une décision plus favorable au bénéficiaire[251].

En ce qui concerne les actes non créateurs de droits, aucune distinction n'est opérée. Le législateur français autorise l'administration à les retirer s'ils sont illégaux et si leur retrait intervient dans un délai de quatre mois suivant leur « édiction »[252]. Toutefois, aucune limite temporelle n'est imposée lorsqu'il s'agit d'une « mesure à caractère de sanction »[253].

Enfin, le législateur hexagonal envisage le retrait d'un acte administratif créateur de droits lorsqu'un recours administratif préalable obligatoire est organisé[254]. Le texte dispose que, dans cette hypothèse, le retrait de la décision attaquée est possible jusqu'à l'expiration du délai imparti à l'autorité compétente pour se prononcer, si le recours organisé a été régulièrement présenté.

86. La solution française a le mérite de rencontrer une partie des difficultés mises en évidence dans la proposition de loi belge déposée le 16 juillet 1992.

En effet, le législateur français a envisagé le sort de plusieurs types d'actes administratifs – réguliers, irréguliers, créateurs d'un avantage ou non – et a précisé, pour tous ces actes, les conditions dans

[248] Code des relations entre le public et l'administration, art. L242-1.
[249] Code des relations entre le public et l'administration, art. L242-2.
[250] Code des relations entre le public et l'administration, art. L242-3.
[251] Code des relations entre le public et l'administration, art. L242-4.
[252] Code des relations entre le public et l'administration, art. L243-3.
[253] Code des relations entre le public et l'administration, art. L243-4.
[254] Code des relations entre le public et l'administration, art. L242-5.

lesquelles un retrait pouvait – ou devait – intervenir. Il a également fixé le délai à respecter, le cas échéant, pour procéder au retrait.

De plus, le législateur traite de l'incidence de plusieurs hypothèses particulières sur la théorie du retrait d'acte : l'acte obtenu par fraude, l'introduction d'un recours administratif organisé, le retrait de sanctions ou encore le retrait à la demande du bénéficiaire de l'acte.

87. Par contre, le Code des relations entre le public et l'administration ne règle pas les autres obstacles qui, à notre estime, se dressent face au législateur belge. Cela s'explique sans doute par le fait que le législateur français n'était pas confronté aux mêmes difficultés.

D'une part, l'on rappelle que tenter d'entourer tous les cas d'application de la théorie du retrait d'acte en Belgique pourrait s'avérer périlleux. Cette tentative risque en effet – si certaines hypothèses n'étaient pas envisagées – d'aboutir à la création d'un texte incomplet ou imparfait, qui devra rapidement être modifié. L'on constate d'ailleurs que le Code des relations entre le public et l'administration n'envisage pas l'incidence de l'introduction d'un recours en annulation devant le Conseil d'État sur la possibilité d'opérer le retrait de l'acte attaqué[255], ce qui illustre la difficulté d'envisager toutes les variables de la théorie du retrait d'acte. Du reste, la divergence de jurisprudences entre le Conseil d'État, les cours et tribunaux et la Cour des comptes, pourrait multiplier les critiques dirigées contre un texte ayant pour prétention d'encadrer le retrait des actes administratifs. Or, le législateur hexagonal n'était pas confronté à cette difficulté.

D'autre part, l'on s'interroge à nouveau sur l'intérêt d'adopter une loi dont l'application se fonde sur les notions d'irrégularité ou d'illégalité. Cette approche risque de créer un texte à géométrie variable et imprévisible pour les administrés, qui dépendra de l'appréciation par les autorités de la régularité des actes qu'elles posent. De même, si ce risque existe aussi chez notre voisin, il faut rappeler que le contentieux administratif français est traité uniquement par des juridictions administratives. En Belgique, par contre, les juridictions judiciaires interviennent également dans le contrôle de l'acte administratif[256]. Le

[255] L'article L242-5 ne vise en effet que l'hypothèse de l'introduction d'un recours administratif organisé.

[256] B. CAMBIER et D. RENDERS, « La théorie du retrait d'acte à la croisée des chemins », *op. cit.*, p. 118.

risque d'une interprétation divergente d'une loi encadrant la théorie du retrait d'acte paraît donc plus élevé en Belgique et celle-ci pourrait, plutôt que de réconcilier le Conseil d'État, les cours et tribunaux et la Cour des comptes, reporter sur son prescrit le débat qui les oppose actuellement.

Enfin – et sans doute principalement – est-il envisageable de réconcilier le Conseil d'État, les cours et tribunaux, et la Cour des comptes, autour d'un délai unique – ou de plusieurs délais – dans le(s)quel(s) un retrait peut intervenir ou doit être réalisé ? En France, le délai maximal de quatre mois fixé par le législateur concrétise la jurisprudence appliquée par le Conseil d'État depuis 2001 et l'arrêt *Ternon*[257], suite auquel la Haute juridiction administrative française s'est départie de sa thèse consistant à lier le délai de retrait au délai de recours en annulation[258]. Le législateur hexagonal n'était cependant pas – à la différence de notre législateur – confronté à l'application de délais différents par plusieurs juridictions habilitées à se prononcer sur la légalité des actes administratifs. Cette situation peut expliquer que la question ait pu être tranchée.

De plus, le rôle joué par les juridictions judiciaires belges dans l'application de la théorie du retrait d'acte repose sur un fondement constitutionnel – l'article 159 –. Or, cette disposition représente un frein important à l'élaboration d'un texte qui fixerait un délai uniforme pour retirer les actes administratifs. Dès lors que le législateur ne pourrait, en principe[259], restreindre par une loi ordinaire le champ d'application de l'article 159 de la Constitution[260] – qui n'im-

[257] C.E. fr. (ass.), arrêt *Ternon* du 26 octobre 2001, *R.F.D.A.*, 2002, p. 77.

[258] B. Cambier et D. Renders, « La théorie du retrait d'acte à la croisée des chemins », *op. cit.*, pp. 121 et 122 ; R. Vanderbeck, « Le retrait et le refus d'application de l'acte administratif unilatéral de portée individuelle contraire au droit européen », *A.P.T.*, 2017, p. 299.

[259] En principe, dès lors que la Cour constitutionnelle a déjà validé une limitation apportée à l'article 159 de la Constitution par l'article 14*ter* des lois coordonnées « sur le Conseil d'État », qui a été ajouté par une loi ordinaire, par référence toutefois à l'article 160 de la Constitution (C. const., arrêt n° 18/2012 du 9 février 2012). *Cf. supra* : n° 37 ; 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* F. Tulkens et J. Sautois (coord.), *Actualités en droit public et administratif : la responsabilité des pouvoirs publics*, Bruxelles, Bruylant, 2014, spéc. pp. 109-116 ; F. Tulkens, « Actualités et réflexions sur le droit transitoire jurisprudentiel. Quand le juge maintient les effets de ce qu'il annule », *J.T.*, 2012, pp. 737-743 ; M. Nihoul, « L'article 160 de la Constitution combiné avec le principe de sécurité juridique au détriment du principe de légalité : une "arme à construction massive" dans les mains du Conseil d'État et de la Cour constitutionnelle ? », note sous C. const., arrêt n° 18/2012 du 9 février 2012, *A.P.T.*, 2012, pp. 405-413.

[260] C. Desmecht, « L'article 159 de la Constitution : un article qui vous veut du bien », *op. cit.*, p. 292 ; 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 ? », *op. cit.*,

pose aucune limite temporelle au contrôle de la légalité des actes administratifs –, l'adoption d'un texte organisant la mise en œuvre de la théorie du retrait d'acte, quelle que soit sa nature ou la matière concernée – en limitant *de facto* le délai de retrait –, pourrait difficilement faire l'unanimité.

Le modèle français ne semble donc pas adapté à la réalité que connaît notre législateur et ne pourrait dès lors être intégré – comme tel – dans notre arsenal législatif.

Section 4. – *Un retour à l'article 159 de la Constitution ?*

88. Les obstacles rencontrés par le législateur belge et l'analyse de la solution adoptée par le législateur français interpellent quant à l'opportunité d'encadrer, en Belgique, par la voie législative, une application générale de la théorie du retrait d'acte. En effet, celle-ci semble difficilement se satisfaire de l'existence d'un texte venant lui imposer sa mise en œuvre et la faire reposer sur des notions – l'irrégularité ou l'illégalité d'un acte – que l'on ne pourrait figer dans une définition.

De même, la thèse du Conseil d'État et celle des cours et tribunaux, et de la Cour des comptes, sont si éloignées quant au délai dans lequel un acte irrégulier créateur d'un avantage peut être retiré, qu'il est difficile de les imaginer se rencontrer autour d'un délai qui ménagerait les thèses en présence. L'économie de l'article 159 de la Constitution – fièrement défendu par la Cour de cassation – ne pourrait du reste être sauvegardée si la possibilité de retirer un acte irrégulier était limitée dans le temps, dès lors que la portée de cette disposition en serait alors réduite.

89. L'opportunité de légiférer sur la question du retrait paraît donc – à première vue – inexistante. Elle amène d'ailleurs à s'interroger sur la pertinence de la théorie du retrait d'acte. En effet, plutôt que de tenter de déterminer si le législateur pourrait réconcilier les

p. 335 ; M. NIHOUL, « L'article 160 de la Constitution combiné avec le principe de sécurité juridique au détriment du principe de légalité : une "arme à construction massive" dans les mains du Conseil d'État et de la Cour constitutionnelle ? », *op. cit.*, p. 410.

thèses en présence, ne faudrait-il pas se demander s'il est nécessaire de maintenir cette théorie ?

L'origine du conflit opposant le Conseil d'État, les cours et tribunaux, et la Cour des comptes, provient des conséquences de leurs thèses sur l'application de l'article 159 de la Constitution.

Là où, sur la base de la jurisprudence de la Cour de cassation, les cours et tribunaux – suivis par la Cour des comptes – considèrent que le retrait peut intervenir sans aucune limite temporelle[261], le Conseil d'État réduit – dans une certaine mesure – le champ d'application temporel de l'article 159 de la Constitution pour les actes créateurs d'un avantage, en limitant dans le temps la possibilité de les retirer sur la base, notamment, du principe de la sécurité juridique[262].

Or, ce principe ne serait-il pas mieux appliqué en garantissant une uniformité dans le contrôle de la légalité des actes créateurs d'un avantage ? Il ne s'agirait alors plus de fixer un délai dans lequel une autorité peut retirer l'acte irrégulier qu'elle a adopté, mais d'accepter que l'exception d'illégalité ne souffre d'aucune limite temporelle et que la légalité d'un acte administratif – quelle que soit sa nature – puisse toujours être analysée. Cela reviendrait d'ailleurs à opérer une simple mise en œuvre du prescrit de l'article 159 de la Constitution, plutôt que d'en développer une application « à la carte », en distinguant les actes créateurs et non créateurs d'un avantage.

Du reste, en pratique, l'on doit constater que la position divergente du Conseil d'État, des cours et tribunaux, et de la Cour des comptes, a un impact limité. En effet, dès lors que la légalité d'un acte peut toujours être contrôlée par les cours et tribunaux – sans limite dans le temps – et qu'ils peuvent – en cas d'irrégularité – refuser de l'appliquer sans considération de délai, cet acte ne pourra, en toute hypothèse, plus produire d'effets juridiques[263]. Bien qu'il ne puisse plus

[261] Cass., 9 janvier 1997, *R.C.J.B.*, 2000, p. 257, note de D. Lagasse, « L'absence de toute autorité de chose jugée d'un arrêt de rejet du Conseil d'État devant les cours et tribunaux ou de la suprématie du principe de la légalité administrative sur le principe de la sécurité juridique » ; Cass., 19 octobre 1989, *Pas.*, 1990, I, p. 207 ; Cass., 21 avril 1988, *Pas.*, 1988, I, p. 983.

[262] C. Desmecht, « L'article 159 de la Constitution : un article qui vous veut du bien », *op. cit.*, p. 292.

[263] Nous rappelons uniquement viser les actes administratifs à portée individuelle.

être retiré selon la jurisprudence du Conseil d'État, cette situation n'est-elle pas l'équivalent d'un retrait[264] ?

Il est vrai que cette solution aurait pour conséquence de maintenir dans l'ordonnancement juridique des actes irréguliers. Toutefois, puisqu'ils ne produiront plus d'effets, il ne s'agit pas d'une critique pouvant, selon nous, empêcher d'aboutir à une application plus uniforme de l'article 159 de la Constitution.

De même, si l'on reconnaissait aux autorités administratives la possibilité de procéder au contrôle de la légalité d'un acte[265], l'abandon de la théorie du retrait d'acte au profit d'une mise en œuvre commune de l'article 159 de la Constitution se justifierait d'autant plus. Ces autorités de première ligne pourraient en effet réaliser – sous le contrôle des juridictions – une vérification de la régularité des actes qu'elles ont à mettre en œuvre pour refuser, le cas échéant, de les appliquer[266]. Cette opération pourrait ainsi priver d'utilité leur éventuel retrait. Comme le précise Renaud VAN MELSEN, dont nous partageons la thèse, ces autorités ne risqueraient pas d'être sanctionnées pour avoir refusé d'appliquer un acte irrégulier, tout comme un acte administratif ne pourrait être censuré pour ne pas avoir mis en œuvre un autre acte affecté d'une illégalité[267]. Cela – bien entendu – pour autant que, si elle est contestée en justice, l'illégalité de l'acte soit confirmée.

Cette solution permettrait aussi, le cas échéant, de faire disparaître de l'ordonnancement juridique des actes irréguliers. En effet, une telle application du principe de la légalité – par les autorités administratives – permettrait à celles ayant adopté un acte qualifié d'irrégulier de décider, en se fondant sur la thèse des cours et tribunaux

[264] C. DESMECHT, « L'article 159 de la Constitution : un article qui vous veut du bien », *op. cit.*, p. 289 (note 11).

[265] Sur la base d'un principe général de la légalité fondé sur l'article 159 de la Constitution. Voy., à ce sujet, R. VAN MELSEN, « Le champ d'application personnel du contrôle de légalité incident », *op. cit.*, pp. 58-68. L'on précise d'ailleurs que, récemment, le Conseil d'État a indiqué qu'« [i]l ne peut se déduire de l'article 159 de la Constitution que les autorités administratives peuvent écarter l'application des actes administratifs illégaux. Toute autorité administrative est tenue de respecter les actes administratifs en vigueur aussi longtemps qu'ils n'ont pas été abrogés, retirés ou annulés, *sauf à les considérer comme inexistants en raison d'une illégalité manifeste* » (C.E., arrêt *Robin*, n° 241.776 du 14 juin 2018, nous soulignons).

[266] R. VAN MELSEN, « Le champ d'application personnel du contrôle de légalité incident », *op. cit.*, p. 98.

[267] R. VAN MELSEN, « Le champ d'application personnel du contrôle de légalité incident », *op. cit.*, pp. 62-64.

et de la Cour des comptes, de le retirer sans être soumises à une limite temporelle.

Il pourrait s'agir de la mise en œuvre la plus aboutie du principe de la légalité, où la sécurité juridique serait néanmoins sauvegardée en permettant que les éventuelles irrégularités d'un acte soient identifiées en amont, pour en écarter l'application le plus rapidement possible. Reconnaître aux autorités administratives la possibilité d'user, d'une certaine manière, de l'exception d'illégalité ne serait-il d'ailleurs pas le point de rencontre qui manquait pour réconcilier nos différentes juridictions ? La question mérite d'être posée.

Section 5. – *Une intervention des législateurs comme garants de la sécurité juridique ?*

90. Un retour à l'article 159 de la Constitution présente certains avantages. Toutefois, une telle opération risque de ne pas convaincre les partisans d'une application plus large du principe de la sécurité juridique, dont la Cour constitutionnelle. Celle-ci a en effet, par exemple, déjà considéré que le principe de la sécurité juridique pouvait limiter la portée de l'article 159[268].

Afin de concilier les thèses en présence, une certaine place devrait donc être accordée au principe de la sécurité juridique, principalement lorsqu'il est question d'actes créateurs d'un avantage[269]. Dans ce cadre, s'il semble – à première vue – qu'une intervention générale du législateur ne puisse apporter une réponse satisfaisante au conflit opposant les différentes juridictions du pays, la solution pourrait – à y regarder de plus près – venir d'interventions localisées des différents législateurs[270], dans des matières déterminées.

[268] *Cf. supra* : n° 37 et note 259 ; M. Nihoul, « L'article 160 de la Constitution combiné avec le principe de sécurité juridique au détriment du principe de légalité : une "arme à construction massive" dans les mains du Conseil d'État et de la Cour constitutionnelle ? », *op. cit.*, pp. 411 et 412, qui commente l'arrêt n° 18/2012 de la Cour constitutionnelle du 9 février 2012 (C. const., arrêt n° 18/2012 du 9 février 2012).

[269] Dès lors que la divergence de thèses porte sur les actes créateurs d'un avantage, une intervention législative présente surtout un intérêt lorsque ces actes sont concernés. De même, un renforcement de la sécurité juridique a principalement un intérêt lorsque les droits des administrés sont en cause.

[270] L'on vise aussi bien le législateur fédéral que les législateurs régionaux et communautaires.

En effet, à côté d'une application plus uniforme de l'article 159 de la Constitution[271], des interventions législatives pourraient encadrer – dans des hypothèses particulières et dans certaines matières[272] – l'application de la théorie du retrait d'acte. Il s'agirait, pour les législateurs, de fixer, dans le champ d'intervention qui est le leur, les conditions dans lesquelles certains actes administratifs peuvent être retirés, ainsi que le délai à respecter. Ce délai – qui permettrait d'assurer la sécurité juridique en limitant la durée pendant laquelle un acte administratif peut être remis en cause – pourrait du reste varier en fonction des actes concernés.

L'obstacle lié à l'impossibilité d'envisager de manière générale toutes les hypothèses dans lesquelles la théorie du retrait d'acte pourrait trouver à s'appliquer, ainsi que celui lié à la difficulté de fixer un délai de retrait unique, seraient ainsi surmontés.

91. Cette solution a, par ailleurs, déjà été mise en œuvre dans certains domaines. L'on peut en effet citer – sans prétendre à l'exhaustivité – plusieurs interventions législatives qui ont, ici et là, encadré le retrait de certains actes administratifs.

La loi du 11 avril 1995 « visant à instituer "la charte" de l'assuré social »[273] prévoit ainsi la possibilité, pour l'institution de sécurité sociale, de rapporter[274] sa décision – et d'en prendre une nouvelle – dans « le délai d'introduction d'un recours devant la juridiction compétente ou, si un recours a été introduit, jusqu'à la clôture des débats », lorsque certaines hypothèses sont rencontrées. Ces hypothèses sont la modification du droit en cause par une disposition légale ou réglementaire[275], le fait nouveau ou les nouveaux éléments de preuve, influençant les droits en cause, invoqués en cours de procédure[276], et l'irrégularité de la décision administrative ou l'erreur matérielle qu'elle contient[277].

[271] En y ajoutant, comme indiqué, la possibilité pour les autorités administratives d'opérer un contrôle de la légalité des actes qu'elles ont à appliquer.

[272] L'on pense notamment au droit fiscal, au droit de la sécurité sociale, au droit de l'environnement ou encore au droit de l'urbanisme.

[273] Loi du 11 avril 1995 « visant à instituer "la charte" de l'assuré social » (*Mon. b.* du 6 septembre 1995).

[274] S'agissant d'un terme parfois utilisé pour invoquer le retrait.

[275] Loi du 11 avril 1995, art. 18, 1°.

[276] Loi du 11 avril 1995, art. 18, 2°.

[277] Loi du 11 avril 1995, art. 18, 3°.

L'article 18 de la charte de l'assuré social énonce ainsi explicitement le délai et les conditions dans lesquelles un retrait d'acte peut intervenir. L'on souligne par ailleurs que l'article 17, alinéa 2, de la charte dispose que « sans préjudice de l'article 18, la nouvelle décision produit ses effets, en cas d'erreur due à l'institution de sécurité sociale, le premier jour du mois qui suit la notification, si le droit à la prestation est inférieur à celui reconnu initialement ». Cette disposition légale consacre ainsi le droit à la sécurité juridique de l'assuré social, au détriment d'une application stricte du principe de la légalité, et donc de l'article 159 de la Constitution.

Par ailleurs, à l'instar de la loi du 11 avril 1995, le décret de la Communauté germanophone du 23 avril 2018 « relatif aux prestations familiales »[278] organise, lui aussi, la possibilité – pour le Gouvernement cette fois – de retirer une décision relative aux prestations familiales sollicitées en application du décret et d'en prendre une nouvelle, dans « le délai d'introduction d'une action en justice ou d'un recours devant la juridiction compétente ou, si une action en justice ou un recours ont déjà été introduits, jusqu'à la clôture des débats »[279]. À nouveau, la disposition vise à garantir, aux bénéficiaires des actes concernés, que ceux-ci ne seront plus remis en cause après un certain délai. De plus, le retrait est également encadré, dès lors qu'il n'est possible que lorsque le droit en cause a été modifié par une disposition légale, décrétale ou réglementaire ou lorsqu'un fait nouveau ou des éléments de preuve nouveaux, influençant les droits en cause, sont invoqués en cours d'instance.

Des hypothèses de retrait sont encore prévues par le Code du Développement Territorial[280], qui rappelle toutefois que celles-ci s'appliquent « sans préjudice des règles générales applicables au retrait des actes administratifs »[281]. Bien que le texte soit muet à ce sujet, la lecture des travaux préparatoires permet de confirmer que le Code renvoie aux règles dégagées par la jurisprudence du Conseil d'État[282],

[278] Décret de la Communauté germanophone du 23 avril 2018 « relatif aux prestations familiales » (*Mon. b.* du 12 juin 2018).

[279] Décret du 23 avril 2018, art. 49.

[280] À savoir : suite à la suspension du permis par le Fonctionnaire délégué, en application de l'article D.IV.62 du Code du Développement territorial (ci-après CoDT) ; en cas de découverte de biens archéologiques lors de la mise en œuvre du permis ; en cas de non-respect, lors de la délivrance du permis, des règles sur l'emploi des langues (CoDT, art. D.IV.91, al. 1er, 1° à 3°).

[281] CoDT, art. D.IV.91, al. 1er.

[282] Séance publique de la Commission de l'environnement, de l'aménagement du territoire et des transports, *Doc.*, Parl. wall., sess. ord. 2015-2016, C.R.A.C. n° 218 (2015-2016), 19 juillet 2016, p. 16.

fondées – faut-il encore l'indiquer – sur le principe de la sécurité juridique.

Enfin, comme déjà relevé, l'article 375 du Code des impôts sur les revenus a été modifié par une loi du 15 avril 2018[283] afin – selon les auteurs de la proposition de loi déposée le 30 juin 2014 – de « conférer expressément au directeur des contributions directes la possibilité de retirer une décision statuant sur une réclamation »[284] lorsque celle-ci est irrégulière.

Un paragraphe 1er/1 a ainsi été inséré à l'article 375, qui précise que « par dérogation au paragraphe 1er, le redevable ou son conjoint, sur les biens duquel l'imposition est mise en recouvrement, peut faire la demande écrite et motivée au conseiller général de l'administration qui a l'établissement de l'impôt sur les revenus dans ses attributions ou au fonctionnaire délégué par lui de rectifier sa décision. La demande doit être introduite dans un délai de trois mois à compter du troisième jour ouvrable suivant l'envoi de la notification de la décision relative à la réclamation. La demande est irrecevable lorsque le redevable a introduit une action auprès du tribunal de première instance préalablement à la demande de rectification ». Bien qu'il s'agisse d'une possibilité de rectifier, en tout ou en partie, une décision, plutôt que d'une faculté de procéder à son retrait – comme le confirme du reste la circulaire 2018/C/79 commentant la modification apportée par la loi du 15 avril 2018[285] –, l'on constate que la possibilité de modifier une décision est de nouveau limitée dans le temps afin d'assurer que, passé un certain délai, l'acte concerné ne pourra plus être remis en cause.

92. Une multiplication des interventions des différents législateurs, venant encadrer les possibilités de retrait d'acte dans des matières particulières, pourrait donc représenter un complément idéal à la solution fondée sur une application plus uniforme de l'article 159 de la Constitution.

[283] Loi du 15 avril 2018 « modifiant l'article 375 du Code des impôts sur les revenus 1992 » (*Mon. b.* du 20 avril 2018).

[284] Proposition de loi « modifiant l'article 375 du Code des impôts sur les revenus 1992 », *Doc. parl.*, Chambre, sess. extr. 2014, n° 54-0201/001, p. 1.

[285] Circulaire 2018/C/79 du SPF Finances « concernant la possibilité pour le conseiller général ou son délégué d'accorder un dégrèvement par voie de rôle et de rectifier sa décision » du 21 juin 2018, p. 8, disponible sur www.fisconet.fgov.be.

D'une part, le Conseil d'État pourrait s'en satisfaire, dès lors que ces dispositions législatives limiteraient dans le temps les possibilités de retrait. D'autre part, les cours et tribunaux, et la Cour des comptes, pourraient accepter qu'une décision ne puisse plus, passé un certain délai, être modifiée en raison de la particularité de certaines matières et des droits consacrés par les actes en cause.

Du reste, en raison de leur champ d'application, par hypothèse limité, des interventions sectorielles ne souffriraient pas des obstacles se dressant devant l'élaboration d'une loi générale tentant d'encadrer tous les cas dans lesquels un acte peut être retiré.

Ces interventions n'auraient pas pour vocation de viser toutes les hypothèses dans lesquelles un acte peut être retiré, elles pourraient prévoir des délais de retrait différents en fonction des actes concernés, qui seraient justifiés par les particularités de la matière en cause, et, enfin, elles pourraient plus aisément fixer le cadre dans lequel un acte doit être considéré comme irrégulier en vue d'être retiré.

Les différences de délai pourraient, à notre estime, difficilement être contestées. En effet, l'on constate – à la lecture des exemples d'interventions législatives précédemment décrits – que le délai dans lequel un retrait peut intervenir est généralement fixé par référence au délai du recours pouvant être introduit contre les actes administratifs concernés. Or, il s'agit là d'un critère dont l'objectivité pourrait difficilement être remise en cause. Celui-ci se fonde sur les particularités des matières traitées, afin, justement, d'éviter de mettre en place un délai dont ne pourraient se satisfaire les autorités devant appliquer les actes susceptibles d'être retirés.

93. Cette solution – intermédiaire – est séduisante. Toutefois, elle impose d'accepter que les législateurs puissent, par des dispositions particulières, limiter la portée de l'article 159 de la Constitution. Or, comme déjà relevé, cette possibilité a été vivement critiquée en doctrine[286].

[286] C. Desmecht, « L'article 159 de la Constitution : un article qui vous veut du bien », *op. cit.*, p. 292 ; 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 ? », *op. cit.*, p. 335 ; M. Nihoul, « L'article 160 de la Constitution combiné avec le principe de sécurité juridique au détriment du principe de légalité : une "arme à construction massive" dans les mains du Conseil d'État et de la Cour constitutionnelle ? », *op. cit.*, p. 410.

Néanmoins, comme l'expose Michel Pâques[287], les critiques fondées sur l'article 159 de la Constitution pourraient perdre en force à la lumière de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, qui a déjà accepté que la portée de cette disposition puisse être limitée, notamment en se fondant sur le principe de la sécurité juridique[288].

Du reste, si l'on reconnaissait aux autorités administratives la possibilité de procéder au contrôle de la légalité des actes administratifs[289] – ce qui, d'une certaine manière, augmente la portée de l'article 159 de la Constitution – ne pourrait-on pas plus aisément se satisfaire d'une limitation dans le temps de la faculté de retirer un acte ?

En effet, d'une part, la diminution de la portée de l'article 159 de la Constitution par une disposition législative serait justifiée suivant le type d'acte en cause et suivant la raison pour laquelle, vu la matière concernée, la sécurité juridique de leur destinataire nécessite de fixer une limite temporelle au retrait. D'autre part, en autorisant les autorités administratives à vérifier la régularité des actes et, le cas échéant, à refuser d'appliquer ceux qui sont irréguliers[290], l'on pourrait – peut-être – réduire les hypothèses dans lesquelles se pose la question du délai dans lequel ces actes peuvent être retirés. En effet, l'irrégularité d'un acte pourrait, dans cette hypothèse, être identifiée dans les premiers jours de son existence.

Cette voie pourrait être l'unique point de rencontre permettant de réconcilier les jurisprudences du Conseil d'État, des cours et des tribunaux, et de la Cour des comptes. Il pourrait aussi s'agir, plus généralement, de l'unique façon de réconcilier le principe de la légalité et celui de la sécurité juridique.

* *
*

94. L'analyse met en évidence que la réconciliation de la thèse du Conseil d'État et de celle des cours et tribunaux, et de la Cour des

[287] Voy., dans le présent ouvrage, la contribution de M. Pâques, pt. 35.
[288] *Cf. supra* : n° 37 et note 259 ; C. const., 9 février 2012, n° 18/2012.
[289] Voy., à ce sujet, R. Van Melsen, « Le champ d'application personnel du contrôle de légalité incident », *op. cit.*, pp. 58-68.
[290] R. Van Melsen, « Le champ d'application personnel du contrôle de légalité incident », *op. cit.*, p. 98.

comptes, implique nécessairement une nouvelle articulation du principe de la légalité avec celui de la sécurité juridique.

En effet, l'on constate qu'aucune solution globale ne peut rencontrer, à la fois, les exigences du principe de la légalité et celles du principe de la sécurité juridique. Au contraire, ces principes ne peuvent coexister qu'en acceptant la possibilité de limiter – dans certaines hypothèses et en fonction des particularités de certaines matières – la portée de l'article 159 de la Constitution et en admettant que – dans d'autres cas – une irrégularité puisse être soulevée en tout temps.

L'alternative proposée n'est pas parfaite, mais permet, selon nous, de ménager les intérêts en présence. L'on pense plus particulièrement aux intérêts de l'administré, qui doit pouvoir se fier – après un certain délai et lorsque ses droits sont en jeu – à la décision qui lui a été communiquée par l'administration. D'ailleurs, l'impossibilité de réconcilier parfaitement le principe de la légalité et celui de la sécurité juridique pourrait être un signal lancé aux autorités administratives et une invitation à s'assurer de la régularité des actes qu'elles posent. C'est en effet – sans doute – au stade de l'élaboration de l'acte administratif que se trouvent les solutions à apporter aux difficultés liées à l'application de la théorie du retrait d'acte.