

juridiction fait ensuite le constat. En ce qu'il a disposé que les frais ne peuvent pas être totalement mis à charge des parties requérantes lorsque la décision attaquée est annulée sans prévoir que les frais ne peuvent pas davantage être totalement mis à charge des parties requérantes lorsque leur recours est rejeté par suite de l'application de la boucle administrative, le législateur décrétoal a porté atteinte, sans justification raisonnable, au droit à un égal accès au juge.

B.13. Il s'ensuit que la disposition attaquée doit être annulée en tant qu'elle s'applique à la boucle administrative.

B.14. Eu égard à l'approbation que mérite le souci du législateur décrétoal d'aboutir à un règlement efficace et définitif des litiges, la question s'est posée de savoir si les effets de l'article 4.8.4., annulé, du Code flamand de l'aménagement du territoire ne devaient pas être maintenus pendant une période déterminée, afin de ne pas compromettre la sécurité juridique et de permettre au législateur décrétoal d'adopter de nouvelles règles qui ne soulèvent pas les griefs de constitutionnalité précités.

Dès lors qu'il n'existe pas de nécessité impérieuse, pour le Conseil pour les contestations des autorisations, de pouvoir continuer à appliquer la boucle administrative dans l'attente de l'intervention du législateur décrétoal, il n'y a pas lieu de maintenir les effets de la disposition annulée.

Par ces motifs,

la Cour

– annule l'article 4.8.4. du Code flamand de l'aménagement du territoire, tel qu'il a été remplacé par l'article 5 du décret de la Région flamande du 6 juillet 2012 modifiant diverses dispositions du Code flamand de l'aménagement du territoire, en ce qui concerne le Conseil pour les contestations des autorisations ;

– annule l'article 4.8.28., paragraphe 2, alinéa 3, du Code flamand de l'aménagement du territoire, tel qu'il a été remplacé par la même disposition, en tant qu'il s'applique à la boucle administrative.

Siég. : MM. **M. Bossuyt** (prés.), **A. Alen**, **J. Spreutels**, **E. De Groot**, **L. Lavrysen**, **J.-P. Snappe**, **J.-P. Moerman** (rapp.), **E. Derycke**, Mme **T. Merckx-Van Goey** (rapp.), MM. **P. Nihoul**, **Fr. Daoût** et **Th. Giet**. Greffier : M. **P.-Y. Dutilleux**.

Plaid. : M<sup>es</sup> **P. Vande Casteele** et **M. Storme**.

*J.L.M.B. 14/595*

## Observations

### La boucle administrative ne serait-elle pas bouclée ?

1. En qualité de juridiction administrative régionale flamande, le Conseil pour les contestations des autorisations statue par voie d'arrêt sur les recours en annulation introduits contre une variété de décisions prises en matière d'aménagement du territoire<sup>1</sup>.

Aux termes de l'article 4.8.2., alinéa 2, du Code flamand de l'aménagement du territoire, le Conseil annule la décision attaquée si celle-ci est « irrégulière », à savoir « contraire à la réglementation, aux prescriptions urbanistiques applicables ou aux principes de bonne gouvernance ».

<sup>1</sup> Article 4.8.2., paragraphe 1<sup>er</sup>, du Code flamand de l'aménagement du territoire, modifié par l'article 5 du décret de la Région flamande du 6 juillet 2012 « modifiant diverses dispositions du Code flamand de l'aménagement du territoire, en ce qui concerne le Conseil pour les contestations des autorisations », M. B. du 24 août 2012.



L'annulation se présentant comme une sanction radicale pour l'acte incriminé, étant donné que celui-ci est censé n'avoir jamais existé, l'article 4.8.4. du code cherche à en limiter la mise en œuvre. C'est en instituant un mécanisme – dénommé « boucle administrative » – qui permet à l'acte incriminé d'être corrigé en cours de procédure juridictionnelle<sup>2</sup>.

2. Le mécanisme de la « boucle administrative » répond, dans le Code flamand, aux prescriptions suivantes.

Le Conseil peut, *via* un « arrêt interlocutoire », offrir la possibilité à l'administration qui accorde l'autorisation litigieuse « de réparer ou de faire réparer » celle-ci<sup>3</sup>. Il ne peut offrir cette possibilité que si la correction ne porte pas « préjudice de façon disproportionnée » à différentes catégories de personnes énumérées dans le code, à savoir celles à qui est ouvert un recours devant le Conseil<sup>4</sup>.

L'irrégularité qui peut être réparée doit, par ailleurs, être de nature à rendre la décision en cause régulière et à en permettre le maintien<sup>5</sup>.

Dans le délai qui lui est imparti, l'administration concernée fait savoir au Conseil si elle décide de réparer l'irrégularité observée ou si elle renonce à faire usage de cette possibilité<sup>6</sup>.

Si l'administration fait choix de réparer – ou de faire réparer – l'irrégularité observée, un délai est fixé endéans lequel l'administration procède à la réparation et communique au Conseil la manière dont elle a procédé<sup>7</sup>.

Dans le respect des modalités établies par le Gouvernement flamand, les parties peuvent communiquer leur point de vue, par écrit, sur la manière dont l'irrégularité a été corrigée<sup>8</sup>.

Selon les travaux préparatoires à l'adoption du décret ayant institué le mécanisme, le recours à celui-ci suppose que l'ensemble des moyens invoqués aient été examinés par le Conseil, avant de lancer la « boucle »<sup>9</sup>.

3. Le mécanisme ainsi mis en place a été jugé irrégulier par la Cour constitutionnelle (I). L'on est, dès lors, amené à se demander si le mécanisme du même nom récemment instauré dans les lois coordonnées « sur le Conseil d'État » l'est également (II). Plus généralement, faut-il considérer que tout mécanisme de la nature de celui en cause présente une irrégularité (III) ?

### ***1. La boucle administrative flamande est inconstitutionnelle***

4. Aux termes de l'arrêt annoté, la Cour constitutionnelle décide d'annuler le mécanisme de la « boucle administrative » instituée par le Code flamand de l'aménagement du territoire.

<sup>2</sup> Pour un examen approfondi du mécanisme de la boucle administrative aux Pays-Bas, en Région flamande et, en particulier, dans les lois coordonnées « sur le Conseil d'État », voy. L. LOSSEAU, « L'introduction de la boucle administrative au sein des lois coordonnées sur le Conseil d'État », *Ann. Dr.*, 2013/4, pp. 523-580 ; également F. EGGERMONT, « De bestuurlijke lus », *R.W.*, 2013-2014, pp. 962.

<sup>3</sup> Article 4.8.4., paragraphe 1<sup>er</sup>, alinéa 1<sup>er</sup>, du code. Voy., à ce sujet, H. BORTELS, « De bestuurlijke lus : aanzet naar een meer oplossingsgerichte bestuursrecht ? », *T.B.P.*, 2013, pp. 302-316.

<sup>4</sup> *Ibidem*. Les catégories de personnes concernées sont celles énumérées à l'article 4.8.11., paragraphe 2, du code, auquel on se permet de renvoyer.

<sup>5</sup> Article 4.8.4., paragraphe 1<sup>er</sup>, alinéa 2, du code.

<sup>6</sup> Article 4.8.4., paragraphe 2, alinéa 1<sup>er</sup>, du code.

<sup>7</sup> Article 4.8.4., paragraphe 2, alinéa 2, du code.

<sup>8</sup> Article 4.8.4., paragraphe 2, alinéa 3, du code.

<sup>9</sup> *Doc. parl.*, VI. Parl., sess. ord. 2011-2012, n° 1509-1, pp. 3-4.



La Cour retient, à l'encontre du mécanisme, pas moins de quatre critiques dont l'importance ne saurait passer inaperçue.

5. Le mécanisme viole, tout d'abord, les principes de l'indépendance et de l'impartialité du juge qui, avec la séparation des pouvoirs, constituent, selon la Cour « des caractéristiques fondamentales de l'État de droit »<sup>10</sup>.

À juste titre, la Cour constitutionnelle rappelle qu'« Il n'appartient pas au juge mais à l'administration de déterminer le contenu d'une décision discrétionnaire », suite à la correction d'une irrégularité<sup>11</sup>.

La Cour observe cependant que, dans le mécanisme de la « boucle » déféré à sa censure, le contenu de la décision doit demeurer le même à la suite de la correction opérée<sup>12</sup>.

La juridiction en conclut qu'« En permettant au Conseil pour les contestations des autorisations, lorsque celui-ci propose l'application de la boucle administrative, de faire connaître son point de vue sur l'issue du litige, qui pourtant doit mener à la même décision », la boucle administrative « porte une atteinte discriminatoire au principe de l'indépendance et de l'impartialité du juge »<sup>13</sup>.

6. Le mécanisme de la « boucle » porte, par ailleurs, une atteinte discriminatoire aux droits de la défense, au droit à la contradiction et au droit d'accès à un juge<sup>14</sup>.

Tel que le mécanisme est consacré dans le Code flamand, les parties à la cause ne peuvent communiquer leur point de vue au sujet de l'utilisation qui en est faite, qu'après que l'administration y a recouru<sup>15</sup>.

La Cour constitutionnelle observe cependant que, lorsqu'une juridiction « apporte un élément qui vise à influencer l'issue du litige – comme en l'espèce la possibilité d'appliquer la boucle administrative –, le droit à la contradiction implique qu'un débat doit avoir lieu à ce sujet entre les parties »<sup>16</sup>.

La Cour ajoute que « La simple appréciation, par le Conseil (...) que les intéressés ne sont pas susceptibles d'être préjudiciés de manière disproportionnée par l'application de la boucle ne suffit pas » : c'est aux parties – non à la juridiction – qu'il revient « de déterminer si un nouvel élément nécessite ou non des observations »<sup>17</sup>.

La Cour relève encore que l'application de la « boucle » peut « avoir des conséquences pour des personnes intéressées (...) qui n'ont pas introduit de recours contre la décision ou ne sont pas intervenues dans la procédure »<sup>18</sup>.

La juridiction décide ainsi qu'« En ne prévoyant pas de débat contradictoire sur la possibilité d'appliquer la boucle administrative, dans des cas où cette application n'a pas encore fait l'objet d'un débat entre les parties, et en ne prévoyant pas la possibilité d'introduire un recours contre la décision prise en application de la boucle administrative, après la notification ou [la] publication de celle-ci », la disposition en cause est inconstitutionnelle<sup>19</sup>.

<sup>10</sup> C.C., arrêt n° 74/2014 du 8 mai 2014, B.7.2.

<sup>11</sup> *Ibidem*, B.7.3.

<sup>12</sup> *Ibidem*, B.7.4.

<sup>13</sup> *Ibidem*, B.7.4.

<sup>14</sup> *Ibidem*, B.8.5.

<sup>15</sup> *Ibidem*, B.8.2.

<sup>16</sup> *Ibidem*, B.8.3.

<sup>17</sup> *Ibidem*, B.8.3.

<sup>18</sup> *Ibidem*, B.8.4.

<sup>19</sup> *Ibidem*, B.8.5.

7. La Cour estime encore que le mécanisme de la « boucle » porte atteinte « au droit, que la loi du 29 juillet 1991 garantit au destinataire de l'acte mais aussi à tout tiers intéressé, de prendre immédiatement connaissance des motifs qui justifient la décision (...) »<sup>20</sup>.

L'administration concernée est, en effet, autorisée à ne fournir qu'à la faveur de l'application du mécanisme « la motivation requise d'un acte administratif individuel qui n'était pas formellement motivé »<sup>21</sup>, si telle est l'irrégularité qui vient à être décelée par le Conseil pour les contestations des autorisations.

La Cour souligne cependant que « Le droit à la motivation formelle permet de renforcer le contrôle juridictionnel sur les actes administratifs à portée individuelle et le respect du principe de l'égalité des armes dans le cadre du contentieux administratif »<sup>22</sup>. Elle ajoute que « L'obligation de motivation formelle, qui doit permettre à l'administré d'apprécier s'il y a lieu d'introduire les recours dont il dispose, manquerait son objectif si cet administré ne parvient à connaître les motifs qui justifient la décision qu'après qu'il a introduit un recours »<sup>23</sup>.

Au surplus, relève la Cour, la Convention d'Aarhus « sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement » requiert « que l'acte administratif en cause, pour autant qu'il relève du champ d'application de la Convention, soit communiqué au public "assorti des motifs et considérations sur lesquels ladite décision est fondée" »<sup>24</sup>.

8. Au-delà des trois premières critiques retenues, la Cour constitutionnelle estime encore que le régime des « frais » – soit le droit de mise au rôle et les indemnités de témoins – pose un problème en termes d'égalité.

Le Code flamand de l'aménagement du territoire prévoit, en règle, que le Conseil est tenu de mettre « l'ensemble ou une partie des frais à charge de la partie qui a succombé sur le fond »<sup>25</sup>. Il dispose, par exception, qu'en cas d'application de la « boucle », le Conseil « peut » – mais ne doit pas – « porter l'ensemble ou une partie des frais à charge » de l'administration qui accorde l'autorisation<sup>26</sup>.

Selon la Cour, la différence de traitement ainsi instituée « porte atteinte, sans justification raisonnable, au droit à un égal accès au juge »<sup>27</sup>. La circonstance qu'une irrégularité ait pu être corrigée par application de la « boucle » témoigne de ce qu'une irrégularité a été commise qui, si elle n'avait pas pu être – ou pas été – réparée, aurait conduit l'administration à succomber. Dès lors que la règle est posée selon laquelle la partie qui « succombe sur le fond » doit, au moins en partie, supporter les frais de l'instance, l'administration qui fait usage de la « boucle » – sans quoi elle aurait succombé – doit, selon la Cour, être traitée de la même manière que la partie qui succombe<sup>28</sup>.

<sup>20</sup> *Ibidem*, B.9.5.

<sup>21</sup> *Ibidem*, B.9.5.

<sup>22</sup> *Ibidem*, B.9.5.

<sup>23</sup> *Ibidem*, B.9.5.

<sup>24</sup> *Ibidem*, B.9.5. L'on note encore que la Cour estime qu'il ne saurait être recouru aux pouvoirs implicites pour déroger à l'exigence de motivation formelle de la catégorie des actes administratifs de portée individuelle en cause, considérant « que l'incidence de la disposition en cause sur la compétence fédérale en matière de motivation formelle n'est pas marginale (...) » (*Ibidem*, B.9.5).

<sup>25</sup> Article 4.8.28, paragraphe 2, du code.

<sup>26</sup> Article 4.8.28., paragraphe 2, alinéa 3, du code.

<sup>27</sup> C.C., arrêt n° 74/2014 du 8 mai 2014, B.12.4.

<sup>28</sup> *Ibidem*, B.12.1. à B.12.4.

## II. La boucle administrative fédérale est-elle inconstitutionnelle ?

9. Le mécanisme flamand de la « boucle administrative » a inspiré le législateur fédéral dans le cadre de la récente réforme du Conseil d'État qu'il a adoptée<sup>29</sup>.

Un mécanisme comparable – du même nom – a été consacré, qui se présente de la manière suivante.

La section du contentieux administratif du Conseil d'État « *peut charger la partie adverse, par voie d'arrêt interlocutoire, de corriger ou de faire corriger un vice dans l'acte ou le règlement attaqué* »<sup>30</sup>.

Le recours à la boucle « *est subordonné à la faculté, offerte aux parties, de faire valoir leurs observations sur son utilisation* »<sup>31</sup>.

La loi précise que « *L'arrêt interlocutoire fixe les modalités de la correction ainsi que le délai dans lequel elle doit intervenir* »<sup>32</sup>. Elle ajoute que « *Si la correction requiert un nouvel acte ou un nouveau règlement, l'objet du recours est étendu à cet acte ou [à] ce règlement* »<sup>33</sup>. Elle précise encore que « *La correction ne peut porter que sur les vices relevés dans l'arrêt interlocutoire* »<sup>34</sup> et que « *La correction de ces vices ne peut pas avoir une incidence sur le contenu de l'acte ou du règlement* »<sup>35</sup>.

Il est, par ailleurs, exclu de pouvoir appliquer la boucle dans diverses hypothèses : lorsque « *le vice n'est pas susceptible d'être corrigé dans un délai de trois mois, sauf à démontrer qu'il peut l'être dans un délai raisonnable* »<sup>36</sup> ; lorsque « *le pouvoir de décision propre de la partie adverse n'est pas suffisant pour corriger le vice* »<sup>37</sup> ; lorsque « *la partie adverse refuse expressément l'application* » du mécanisme<sup>38</sup> ; et

<sup>29</sup> Loi du 20 janvier 2014 « portant réforme de la compétence, de la procédure et de l'organisation du Conseil d'État », M.B. du 3 février 2014 ; *err.*, 13 février 2014. Sur la réforme du Conseil d'État en général, voy. notamment le numéro spécial « Quelle réforme pour quel Conseil d'État », *Publicum*, n° 15, juin 2013, avec des contributions de Fr. TULKENS, V. THIRY, R. BORN, Ch. STORCK, M. LEROY, D. RENDERS et B. GORS, J. BOURTEMBOURG et B. RENSON ; également K. KEMPE et M. VAN SCHEL, « Hervorming van de Raad van State : naar een sneller en efficiënter procesverloop », *Vastgoed Info*, 2014, pp. 1-4 ; D. RENDERS, « Quel Conseil d'État sera demain ? », *Justice-en-Ligne*, 18 février 2014 ; *La Tribune-Flash d'Avocats.be*, 28 février 2014, avec des contributions de G. WERQUIN, V. FEYENS, M. CLÉMENT DE CLÉTY, C. DONY, N. FORTEMPS, C. MOLITOR et J. BOURTEMBOURG ; D. RENDERS, « À quelle urgence le référé administratif gagne-t-il à se... référer ? » obs. sous C.E., arrêt n° 226.770 du 17 mars 2014, *J.T.*, 2014, pp. 245-246 ; C. MATHIEU, « De nieuwe bevoegdheid van de Raad van State : de schadevergoeding tot herstel — Vraag naar de implementeringswijze, doeltreffendheid en noodzaak », *Jura Falconis*, 2013-2014, pp. 77-111 ; D. RENDERS, « L'ombudsman et le Conseil d'État se marient ! », *Justice-en-ligne*, 28 avril 2014 ; G. DEBERSAQUES et F. EGGERMONT, « De hervorming van de Raad van State 2014 : een eerste analyse van de voornaamste nieuwigheden », *R.W.*, 2013-2014, pp. 1403-1423 ; S. LUST, « De hervorming van de Raad van State in een notendop », *R.A.B.G.*, 2014, pp. 473-482 ; D. RENDERS, « L'urgence se dilate, le préjudice se délite ! », obs. sous C.E., arrêt n° 227.104 du 11 avril 2014, *J.T.*, 2014, pp. 326-327 ; E. BREWAEYS, « Procesrechtelijke vernieuwingen — deel 1 », *N.j.W.*, 2014, pp. 426-443 ; D. RENDERS, « Peut-on greffer son urgence sur le recours d'un tiers ? », obs. sous C.E., arrêt n° 227.247 du 30 avril 2014, *A.P.T.*, 2014/2, à paraître ; R. ANDERSEN, « Enjeux et défis du Conseil d'État belge », in *Reforming administrative procedure quo vadis ?*, Lectures Series, Leuven, Autumn 2013, à paraître.

<sup>30</sup> Article 38, paragraphe 1<sup>er</sup>.

<sup>31</sup> Article 38, paragraphe 1<sup>er</sup>, alinéa 2, des lois « sur le Conseil d'État », coordonnées le 12 janvier 1973, inséré par l'article 13 de la loi du 20 janvier 2014. L'article 38, paragraphe 3, des lois précise, à cet égard, que « *Lorsque l'application de la boucle administrative n'est proposée que dans l'arrêt interlocutoire, les parties disposent d'un délai de quinze jours à partir de la notification de cet arrêt pour communiquer leur point de vue sur l'application de celle-ci. La section du contentieux administratif statue ensuite sur l'application de la boucle administrative, conformément au paragraphe 1<sup>er</sup>* ». Sur cette question, voy. aussi J. BOURTEMBOURG, « De la boucle et de quelques autres nouveautés », *La Tribune-Flash d'Avocats.be*, 28 février 2014, pp. 5-6.

<sup>32</sup> Article 38, paragraphe 1<sup>er</sup>, alinéa 3, de la loi.

<sup>33</sup> *Ibidem*.

<sup>34</sup> Article 38, paragraphe 1<sup>er</sup>, alinéa 4, de la loi.

<sup>35</sup> *Ibidem*.

<sup>36</sup> Article 38, paragraphe 2, 1°, de la loi.

<sup>37</sup> Article 38, paragraphe 2, 2°, de la loi.

<sup>38</sup> Article 38, paragraphe 2, 3°, de la loi.

lorsque « *la correction du vice ne peut mettre définitivement fin à la procédure en cours* »<sup>39</sup>.

La loi précise encore que « *Dès que la partie adverse a exécuté l'arrêt interlocutoire visé au paragraphe 1<sup>er</sup>, elle en informe immédiatement le Conseil d'État par écrit et précise la manière dont le vice a été corrigé* »<sup>40</sup>. La loi ajoute que « *Si le Conseil d'État n'a pas reçu de notification dans les quinze jours suivant l'expiration du délai de réparation fixé par voie d'arrêt interlocutoire, l'acte ou le règlement attaqué est annulé* »<sup>41</sup>.

« *Les autres parties [à la cause] peuvent, dans un délai de quinze jours à compter du moment où la section du contentieux administratif leur notifie la manière dont le vice a été corrigé, faire valoir leurs observations sur ce point* »<sup>42</sup>.

« *Si la section du contentieux administratif constate que le vice n'a pas été complètement corrigé ou que la correction est entachée de nouveaux vices, l'acte ou le règlement corrigé, ou, le cas échéant, le nouvel acte ou le nouveau règlement, est annulé* »<sup>43</sup>. En revanche, « *Si le vice a été complètement corrigé, la boucle administrative opère avec effets rétroactifs et le recours est rejeté* »<sup>44</sup>.

Procurant exécution à la loi de réforme, l'article 65/1 nouveau du Règlement général de procédure – inséré par un arrêté royal du 28 janvier 2014<sup>45</sup> – prévoit que le lancement de la boucle impose à l'auditeur et, à tout le moins au Conseil d'État, d'examiner « *tous les moyens* »<sup>46</sup>.

L'article 68, alinéa 5, inchangé du même règlement dispose, pour sa part, que « *(...) l'ensemble des dépens, liés tant à la demande de suspension qu'à la requête en annulation, sont mis à charge de la partie qui succombe au fond* »<sup>47</sup>. Dans le rapport au Roi précédant l'adoption de l'arrêté royal du 28 janvier 2014 précité, il est toutefois précisé que la partie qui succombe est « *celle dont l'acte est entaché d'illégalité mais qui peut bénéficier de l'application de la boucle administrative* »<sup>48</sup>, tant au sujet des « *dépens* » qu'au sujet de « *l'indemnité de procédure* »<sup>49</sup>.

10. Les critiques retenues par la Cour constitutionnelle à l'endroit de la boucle administrative flamande sont-elles transposables à l'égard de la « *boucle administrative* » fédérale ainsi décrite ?

11. S'agissant de la critique afférente à l'indépendance et à l'impartialité du juge, il nous paraît que la loi fédérale est tout aussi critiquable que le Code flamand de

<sup>39</sup> Article 38, paragraphe 2, 4°, de la loi.

<sup>40</sup> Article 38, paragraphe 4, alinéa 1<sup>er</sup>, de la loi.

<sup>41</sup> *Ibidem*.

<sup>42</sup> Article 38, paragraphe 4, alinéa 2, de la loi.

<sup>43</sup> Article 38, paragraphe 4, alinéa 3, de la loi.

<sup>44</sup> Article 38, paragraphe 4, alinéa 4, de la loi.

<sup>45</sup> « *Modifiant divers arrêtés relatifs à la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'État* », *M. B.* du 3 février 2014 ; *err.*, 13 février 2014.

<sup>46</sup> Voy. l'article 65/1, paragraphe 1er, alinéa 1er, paragraphe 2 et paragraphe 3.

<sup>47</sup> L'on observe que si l'arrêté royal du 28 janvier 2014 précité n'apporte pas de modification à l'article 68, alinéa 5, même après l'instauration de la « *boucle administrative* », la section de législation du Conseil d'État conseillait à son auteur de ce faire (Avis de la S.L.C.E. du 20 janvier 2014 « *sur un projet d'arrêté royal modifiant divers arrêtés relatifs à la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'État* », *M. B.* du 3 février 2014, p. 9090).

<sup>48</sup> Rapport au Roi précédant l'arrêté royal du 28 janvier 2014 « *modifiant divers arrêtés relatifs à la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'État* », *M. B.* du 3 février 2014, pp. 9083-9084.

<sup>49</sup> Au sujet de l'indemnité de procédure, voy. également *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 2012-2013, n° 5-2277/1, p. 25 ; voy., à ce sujet, C. MOUTOR, « *L'indemnité de procédure devant le Conseil d'État* », *La Tribune-Flash d'Avocats.be*, 28 février 2014, p. 6.

l'aménagement du territoire, dès lors qu'elle interdit que le contenu de l'acte auquel la « boucle » est appliquée soit modifié.

Pour paraphraser la Cour constitutionnelle, « En permettant au Conseil [d'État], lorsque celui-ci propose l'application de la boucle administrative, de faire connaître son point de vue sur l'issue du litige, qui pourtant doit mener à la même décision », la loi fédérale devrait logiquement, elle aussi, être jugée irrégulière : où est le juge indépendant et impartial qui pourra, au besoin, se déjuger à la suite de l'utilisation de la boucle ?

Une autre critique – qui n'a, semble-t-il, pas été soulevée devant la Cour – paraît plus radicale encore.

Telle qu'elle se présente, la « boucle administrative » est un mécanisme qui aboutit soit à la régularisation de l'acte en cause – on corrige le vice dont l'acte est entaché –, soit à la réfection de cet acte – on substitue à l'acte vicié un nouvel acte purgé de tout vice.

Dans la thèse de doctorat que nous avons consacrée à *La consolidation législative de l'acte administratif unilatéral*, l'on a démontré que l'opération de régularisation d'un tel acte est nécessairement irrégulière, en raison de la nature même des vices susceptibles d'affecter celui-ci<sup>50</sup> :

- Le *vice d'incompétence* n'est pas régularisable. Une autorité administrative ne saurait couvrir *a posteriori* ce qu'une autre a préalablement décidé, en vertu du principe de l'attribution des compétences.
- Le *vice de forme ou de procédure* n'est pas davantage régularisable. La motivation formelle de l'acte et la consultation d'une autorité sont autant de formes qui, si elles devaient être accomplies après que l'acte a été pris, videraient de sa substance même l'obligation qui pèse sur l'administration. Inviter, comme dans le mécanisme de la boucle, l'administration à accomplir *a posteriori* une formalité substantielle, c'est démontrer, dans le même temps, que cette formalité n'a, en rien, rempli son office, puisque la formalité omise n'a pas pu peser sur le dispositif de l'acte attaqué.
- Le *vice des motifs* n'est pas non plus régularisable. Le principe selon lequel toute décision administrative doit reposer sur des motifs de droit et de fait signifie que la décision doit se justifier par une situation de fait et de droit existant au moment où elle est prise. En clair, les motifs doivent nécessairement préexister au dispositif<sup>51</sup>.
- Enfin, *les vices de l'objet et du but* ne sont évidemment pas régularisables. La régularisation est une opération, qui cherche à voir un acte être maintenu en vie. L'objet et le but de cet acte sont, dans cette perspective, inaltérables, sous peine de se trouver face à un acte différent, ce qui ne revient plus alors à le régulariser, mais à le refaire.

Si la régularisation d'un acte administratif unilatéral constitue, par nature, une opération irrégulière – c'est, du reste, le motif pour lequel le phénomène de la *consolidation législative* a vu le jour –, la réfection d'un tel acte est également, par nature,

<sup>50</sup> Voy. D. RENDERS, *La consolidation législative de l'acte administratif unilatéral*, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 2003, pp. 66-69 ; également D. RENDERS et B. GORS, « À propos de la boucle administrative et du maintien des effets des actes annulés », *Publicum*, n° 15, juin 2013, pp. 28-29.

<sup>51</sup> Tout au plus la substitution des motifs, en cas de compétence liée, pourrait, le cas échéant, être envisagée. Mais, dans cette situation, la boucle ne serait pas d'application, puisque le Conseil d'État admet déjà que cette situation ne doit pas conduire à l'annulation (voy. notamment P. LEWALLE avec la collaboration de L. DONNAY, *Contentieux administratif*, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 1143 ; également M. LEROY, *Contentieux administratif*, Limal, Anthemis, 2011, pp. 409-410 ; J. SALMON, J. JAUMOTTE et E. THIBAUT, *Le Conseil d'État de Belgique*, vol. 2, pp. 1039-1045).



irrégulière si l'administration, tout en corrigeant l'acte, est tenue de ne pouvoir en modifier le contenu.

L'exercice de l'action administrative suppose que l'autorité investie du pouvoir de décision oriente son action dans le respect de la légalité qui, précisément, empêche de pouvoir retenir n'importe quel contenu décisoire.

À cet égard, toute irrégularité, même de forme, touche au fond de la décision : l'auteur d'un acte n'est pas l'autre ; une formalité est faite pour éclairer l'auteur ; seule une motivation formelle adéquate peut valablement conduire au dispositif d'une décision, etc. En permettant à l'administration de corriger, après l'adoption de l'acte, une irrégularité tenant à la légalité, fût-ce externe, de l'acte, l'on fait fi de l'interaction qui existe entre la légalité d'une décision et le contenu de celle-ci qui, pourtant, fait de la compétence de l'auteur de l'acte, des formes et des formalités, non du formalisme, mais une composante essentielle du fondement de l'action administrative<sup>52</sup>.

Il en résulte que, oui, la réfection d'un acte administratif peut évidemment être opérée : mais c'est à la faveur d'une remise à plat de l'ensemble de l'œuvre décisoire qui, à partir des conditions de légalité qu'il convient de respecter – aussi bien de forme que de fond – permet à l'administration de prendre la décision qui découle du respect de la légalité, non d'arranger la légalité qui découlerait de la décision souhaitée. Cette condition d'antériorité n'est pas mince : elle est le gage de l'existence du droit public, donc de l'État démocratique.

Des considérations qui précèdent, il apparaît ainsi que « la boucle administrative » fédérale doit être condamnée pour deux motifs :

- selon la Cour constitutionnelle, il y a qu'un juge qui propose l'application d'une « boucle administrative » devant mener à la même décision et qui fait connaître son point de vue sur l'issue du litige, n'est pas indépendant et impartial ;
- selon nous, il y a, au surplus, que la régularisation administrative est, par nature, irrégulière et que la réfection administrative est irrégulière si elle impose à l'administration de maintenir sa décision pour corriger le vice dont l'acte initial était entaché.

12. À la différence de la boucle administrative flamande, la boucle administrative fédérale permet aux parties de se prononcer quant à l'utilisation du mécanisme, avant que celui-ci ne soit, le cas échéant, mis en œuvre.

De ce point de vue, la critique ne paraît pas pouvoir porter à l'encontre de la loi fédérale, comme elle a pu porter à l'égard du Code flamand de l'aménagement du territoire<sup>53</sup>.

Dans l'arrêt annoté, la Cour constitutionnelle relève toutefois que l'application de la « boucle » peut « avoir des conséquences pour des personnes intéressées qui n'ont pas introduit de recours contre la décision ou ne sont pas intervenues dans la procédure ». C'est le motif pour lequel elle juge qu'« (...) en ne prévoyant pas la possibilité d'introduire un recours contre la décision prise en application de la boucle administrative, après la notification ou [la] publication de celle-ci », le Code flamand est, sous cet angle, également inconstitutionnel<sup>54</sup>.

<sup>52</sup> D. RENDERS, « Préface » de Ph. BOUVIER, *La naissance du Conseil d'État de Belgique : une histoire française ?*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 21.

<sup>53</sup> Voy., dans le même sens, E. BREWAEYS, « Procesrechtelijke vernieuwingen — deel 1 », *op. cit.*, p. 444.

<sup>54</sup> C. C., arrêt n° 74/2014 du 8 mai 2014, B.8.5.

À l'heure où la « boucle administrative » fédérale était encore à l'état de projet, l'on s'était précisément inquiété du point de savoir si les tiers disposeraient « d'un nouveau recours contre la décision corrigée ou selon le cas [contre] la nouvelle décision »<sup>55</sup>.

Il échet d'observer qu'un tel recours n'est, dans le mécanisme institué au niveau fédéral, nullement ouvert au profit des tiers<sup>56</sup> : l'acte corrigé – ou celui qui le remplace – est intégré dans la procédure juridictionnelle en cours<sup>57</sup> qui, si l'administration a correctement procédé, est ponctué par un arrêt de rejet<sup>58</sup>.

C'est le motif pour lequel il nous paraît que la critique en cause, retenue par la Cour à l'encontre de la « boucle » flamande, devrait l'être également à l'encontre de la « boucle » fédérale.

La circonstance que le contenu décisoire de l'acte corrigé ou refait soit inchangé n'est pas de nature à modifier la donne. Dans la « boucle » flamande, tel était le cas également. Même indépendamment de cette circonstance, la correction apportée ne saurait, une nouvelle fois, être réduite à un formalisme de pacotille. Pour ne prendre qu'un seul exemple, découvrir *a posteriori* la motivation formelle d'un acte pourrait précisément conduire à vouloir attaquer ce dernier : c'est au point que l'exigence en cause a notamment été instituée à cette fin<sup>59</sup>.

13. Dans l'utilisation de la « boucle administrative » fédérale, il est précisément permis de procéder à la correction d'une irrégularité déduite de la loi du 29 juillet 1991, qui exige que tout acte administratif unilatéral de portée individuelle soit motivé en la forme<sup>60</sup>. C'est même l'un des exemples qui a pu être livré dans le cadre des travaux préparatoires à l'adoption de la loi ayant consacré la « boucle fédérale », en vue d'illustrer l'intérêt du mécanisme en cause<sup>61</sup>.

Telle qu'elle est organisée, la « boucle » fédérale permet, comme la « boucle » flamande, de corriger *a posteriori* la motivation formelle d'un acte administratif.

La permission ainsi donnée n'est, à notre estime, juridiquement pas tolérable : ainsi qu'on l'a déjà souligné, la motivation formelle de l'acte est l'une de ces formes qui, si elle devait être accomplie après que l'acte a été pris, viderait de sa substance

<sup>55</sup> D. RENDERS et B. GORS, « À propos de la boucle... », *op. cit.*, p. 30 ; dans le même sens, J. BOURTEMBOURG, « Les attentes et la réforme : réflexion sur les équilibres », *Publicum*, n° 15, juin 2013, p. 37.

<sup>56</sup> Voy., en ce sens, F. BELLEFLAMME et J. SOHIER, « Incidence de la réforme du Conseil d'État sur la responsabilité des pouvoirs publics », in Fr. TULKENS et J. SAUTOIS (coord.), *Actualités en droit public et administratif — La responsabilité des pouvoirs publics*, Bruxelles, Bruylant, coll. UB3, 2014, pp. 78-79. La ministre de l'Intérieur a même répondu, à l'occasion des débats relatifs à un amendement afférent à cette question : « (...) il a été jugé non justifié de tenir compte de l'intérêt des tiers pour préserver la décision d'annulation, alors que ces mêmes tiers n'ont rien entrepris pour contester cet acte. Un raisonnement inverse viserait à créer une forme de recours de rattrapage » (*Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 2013-2014, n° 5-2277/3, p. 44).

<sup>57</sup> Article 38, paragraphe 1<sup>er</sup>, alinéa 3, de la loi.

<sup>58</sup> Article 38, paragraphe 4, alinéa 4, de la loi.

<sup>59</sup> *Doc. parl.*, Sénat, sess. extr. 1988, n° 215/1, pp. 1 et 2.

<sup>60</sup> Loi du 29 juillet 1991 « relative à la motivation formelle des actes administratifs », *M.B.* du 12 septembre 1991. Sur la motivation formelle des actes administratifs, voy. notamment J. VANDE LANOTTE et E. CEREXHE, *De motiveringsplicht van bestuurshandelingen*, Brugge, Die Keure, 1992, 45 pages ; R. ANDERSEN et P. LEWALLE, « La motivation formelle des actes administratifs », *A.P.T.*, 1993, pp. 62-85 ; Ph. BOUVIER, « La motivation formelle des actes administratifs », *R.R.D.*, 1994, pp. 165-184 ; I. OPDEBEEK et A. COOLSAET (sous la direction de), *Formele motivering van bestuurshandelingen*, Brugge, Die Keure, 1999, 378 pages ; P. JADOUL et S. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *La motivation formelle des actes administratifs*, Bruxelles, La Charte, 2005, 379 pages ; P. GOFFAUX, *Dictionnaire élémentaire de droit administratif*, v° Motivation formelle des actes administratifs, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 162-169 ; I. OPDEBEEK et A. COOLSAET (sous la direction de), *Formele motivering van bestuurshandelingen*, Brugge, Die Keure, 2013, 601 pages ; D. MAREEN, « Het motiveringsbeginsel », in I. OPDEBEEK et M. VAN DAMME (sous la direction de), *Beginnelsen van behoorlijk bestuur*, Brugge, Die Keure, 2006, pp. 131-173.

<sup>61</sup> Voy. notamment *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 2013-2014, n° 5-2277/3, p. 20 ; également R. BORN, « La réforme du Conseil d'État ou du compromis incertain aux probables avancées », *Publicum*, n° 15, juin 2013, p. 15 ; E. BREWAEYS, « Procesrechtelijke vernieuwingen — deel 1 », *op. cit.*, p. 443.

même l'obligation qui pèse sur l'administration<sup>62</sup>. C'est en ce sens que Jean-Jacques Israël écrit : « ou bien, on estime que la forme répond par elle-même à un objectif qui doit être poursuivi ; le vice sera alors substantiel et ne saurait être ultérieurement régularisé par la seule intervention de la forme ; ou bien, on estime que c'est une exigence de pure forme sans signification particulière et alors, le vice n'entraînera pas l'annulation de l'acte ; il sera reconnu non substantiel et la régularisation n'aura qu'un sens théorique : elle sera, elle aussi, de pure forme »<sup>63</sup>.

Si la boucle administrative fédérale devait être déférée à la censure de la Cour constitutionnelle, elle devrait – tout comme la « boucle » flamande – ne pas résister au contrôle de constitutionnalité touchant à l'exigence de motivation formelle telle que l'appréhende la Cour, à juste titre selon nous.

14. S'agissant des « dépens », enfin, l'on a pu observer que ceux-ci seraient mis à charge de l'administration qui, profitant de la « boucle administrative », ne succomberait pas au fond, règle qui s'étend, selon le vœu du législateur, à l'indemnité de procédure.

Il en résulte que la critique de constitutionnalité retenue par la Cour sur ce point ne paraît pas, de prime abord, pouvoir être retenue à l'égard de la boucle administrative fédérale.

### **III. La boucle administrative n'est-elle pas, par nature, inconstitutionnelle ?**

15. Les considérations qui précèdent conduisent à se demander si, flamande, fédérale, voire – qui sait ? – wallonne un jour, la « boucle administrative » n'est tout simplement pas un mécanisme qui peine à pouvoir trouver sa place en droits belge et européen des droits de l'homme.

Si la « boucle administrative » peut être instituée, c'est *a minima* aux conditions suivantes :

- en permettant la seule réfection de l'acte irrégulier, à l'exclusion de sa régularisation, par nature irrégulière ;
- pour autant que le contenu de la décision nouvelle puisse, lui aussi, être modifié ;
- en ayant préalablement permis aux parties à la cause de faire valoir leur point de vue au sujet de l'opération correctrice ;
- dans les limites de ce que tolère, par voie d'exception, le principe de non-rétroactivité de l'acte administratif unilatéral ;
- pour autant que l'acte refait puisse, à son tour, être susceptible de recours, notamment de tiers intéressés qui, désormais, l'estimeraient indispensables à la défense de leurs intérêts.
- le tout en considérant que les dépens et l'indemnité de procédure juridictionnelle intentée initialement soient mis à charge de l'administration dont l'acte s'est révélé irrégulier.

16. L'on ressent qu'en ayant égard aux prescriptions ainsi rappelées – lesquelles visent à préserver la nature et la raison d'être de l'action et de la justice administratives dans un État de droit –, le mécanisme de la « boucle » devrait être revu en grande profondeur.

À bien y réfléchir, l'on se demande même si elle pourrait présenter un visage tellement différent de celui de la théorie du retrait d'acte, admise depuis bien long-

<sup>62</sup> D. RENDERS, *La consolidation législative de l'acte administratif unilatéral*, op. cit., p. 67.

<sup>63</sup> J.-J. ISRAËL, *La régularisation en droit administratif français*, Paris, L.G.D.J., 1981, p. 59.

temps, et qui, tout en rencontrant le même souci d'efficacité, répond, elle, à l'ensemble des exigences qui s'imposent :

- l'acte irrégulier est retiré, c'est-à-dire censé n'avoir jamais appartenu à l'ordonnement juridique ;
- un acte neuf est adopté qui ne peut rétroactivement produire d'effets que dans la mesure où le principe de non-rétroactivité des actes administratifs unilatéraux le tolère ;
- tant le retrait que l'acte nouvellement adopté sont susceptibles de recours, y compris de la part des tiers qui, le relief juridique changeant, pourraient avoir des raisons de le contester ;
- les dépens et l'indemnité de procédure sont à la charge de l'auteur de l'acte irrégulier<sup>64</sup>.

La circonstance que le retrait puisse, le cas échéant, conduire à un carrousel de décisions – ce que la « boucle » cherche, dit-on, à éviter – est irrelevant : c'est précisément parce que plus aucune contestation ne peut être élevée à l'encontre d'un mécanisme qui vient corriger l'acte administratif en dépit de la nature et de la raison d'être des fonctions d'administrer et de juger, que ce mécanisme est irrégulier.

Au-delà, mesure-t-on qu'en se passant de la « boucle », on épargnera aux juridictions administratives – et à leur éventuel auditorat – d'avoir à examiner tous les moyens dans chaque recours, d'avoir à soulever d'office tous les arguments d'ordre public et – au cas où la justice aurait omis de relever une illégalité qui, de ce fait, n'aurait pas été corrigée par l'administration grâce à la « boucle » – d'éviter à l'État d'avoir à répondre de sa responsabilité du fait de la fonction... de juger<sup>65</sup>.

17. L'efficacité administrative présente assurément un intérêt pour chacun, tout comme l'efficacité de la justice. Mais c'est dans la mesure où l'on ne sacrifie ni à la nature, ni à la raison d'être de l'action administrative, pas plus qu'à celle du contrôle juridictionnel y afférent.

L'État de droit a un prix qui ne saurait être perçu comme le rendant inefficace : c'est, au contraire, à ce prix seul que l'État de droit est efficace.

David RENDERS  
Professeur à l'U.C.L.  
Avocat au barreau de Bruxelles

<sup>64</sup> Sur la théorie du retrait d'acte, voy. notamment P. LOUIS-LUCAS, « Le retrait des actes administratifs individuels », *D.*, 1952, pp. 107-110 ; J.-R. DELATTE, « Le retrait des actes administratifs individuels », *Ann. Fac. Dr. Lg.*, 1965, pp. 93-116 ; G. VACHLOS, « Le retrait des actes administratifs », *Rev. adm.*, 1970, pp. 412-422 ; J.-Y. VINCENT, « Le retrait des actes administratifs unilatéraux. Examen comparatif des solutions adoptées en droit européen et en droit français », *R.T.D.E.*, 1974, pp. 31-55 ; P. LEWALLE, *Contribution à l'application des actes administratifs unilatéraux dans le temps*, Liège, Faculté de droit, La Haye, Martinus Nijhof, 1975, pp. 216 et s. ; M. PÂQUES, *De l'acte unilatéral au contrat dans l'action administrative*, Bruxelles, Story-Scientia, 1991, pp. 249 et s. ; M. VAN DAMME et F. DE KEGEL, *Intrekking van de administratieve rechtshandeling*, Brugge, Die Keure, 1994, 134 pages ; D. RENDERS, *La consolidation législative de l'acte administratif unilatéral*, *op. cit.*, pp. 61-62 ; P. GOFFAUX, *Dictionnaire élémentaire de droit administratif*, *op. cit.*, v° Retrait, pp. 237-247 ; M. VAN DAMME et A. WIRTGEN, « Het rechtszekerheid- en vertrouwensbeginsel », in I. OPDEBEEK et M. VAN DAMME (sous la direction de), *Beginnels van behoorlijk bestuur*, *op. cit.*, pp. 337 et s. ; 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. 109-125 ; M. NIHOUL, « À propos du fondement de la théorie du retrait des actes administratifs et du délai de retrait », obs. sous C.E., arrêt *Goslar*, n° 193.418 du 19 mai 2009, *C.D.P.K.*, 2009, pp. 281-290 ; M. LEROY, *Contentieux administratif*, *op. cit.*, pp. 425-435 ; J. SALMON, J. JAUMOTTE et E. THIBAUT, *Le Conseil d'État de Belgique*, vol. 1, *op. cit.*, pp. 795-808.

<sup>65</sup> Sur cette question, voy. notamment D. RENDERS et J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, « Erreur de droit et droit à l'erreur », in *Liber amicorum Michel Mahieu*, Bruxelles, Larcier, 2008, pp. 471-479, et les références citées ; également 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. 199-222.

